



UYUŞMAZLIK MAHKEMESİ DERGİSİ

Altı Ayda Bir Yayınlanan Ulusal Hakemli Dergidir

ISSN: 2147-8376

SAYI: 14 • ARALIK 2019

Dergide yayımlanan makaleler yazarların kendi kişisel görüşleri olup, Uyuşmazlık Mahkemesi'nin görüşlerini yansıtmamaktadır. Eserde yer alan görüş ve değerlendirmeler, Uyuşmazlık Mahkemesi'ni bağlayacak mahiyette resmî bir yorum olarak kabul edilemez.

UYUŞMAZLIK MAHKEMESİ DERGİSİ
Altı Ayda Bir Yayınlanan Ulusal Hakemli Dergidir

*

Sahibi

Hicabi DURSUN
Uyuşmazlık Mahkemesi Başkanı

*

Editör

Mevlüt DÖNERTAŞ
Uyuşmazlık Mahkemesi Genel Sekreteri

*

Sorumlu Yazı İşleri Müdürü

Şafak ŞAKAR
Uyuşmazlık Mahkemesi Yazı İşleri Müdürü

*

Yayın Kurulu

Mevlüt DÖNERTAŞ
Uyuşmazlık Mahkemesi Genel Sekreteri

Prof. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ
Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi
Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

Çetin AKKAYA
Yargıtay 5. Ceza Dairesi Üyesi

Dr. Abdullah TEKBAŞ
Anayasa Mahkemesi Raportörü

Dr. Birol KIRMAZ
Yargıtay Cumhuriyet Savcısı

*

Yayın Yönetim Merkezi

Ahlatlıbel Mahallesi İncek
Şehit Savcı Mehmet Selim Kiraz Bulvarı
No: 4, 06805, Çankaya - Ankara / TÜRKİYE
Tel: 0312 489 82 04 - 07 • Faks: 0312 489 80 59
Web: dergi.uyusmazlik.gov.tr - www.uyusmazlik.gov.tr

*

Tasarım

SATA REKLAM
0312 468 72 82

Baskı

GİRİŞİM MATBAASI
Basım yeri: Ankara
Basım tarihi: Aralık 2019

Yıl: 7 Sayı: 14

*

ISSN: 2147-8376

UYUŞMAZLIK MAHKEMESİ DERGİSİ YAZIM KURALLARI VE YAYIN İLKELERİ

1. Uyuşmazlık Mahkemesi dergisi, ULAKBİM tarafından taranan ve “Hakemli Dergi” statüsünde altı ayda bir yayımlanan, çift-kör hakem değerlendirmesinin uygulandığı bir dergidir.
2. Daha önce başka bir yerde yayınlanmamış veya yayınlanmak üzere gönderilmemiş eserler kabul edilir.
3. Yayımlanan makalelerden kaynaklanan her türlü sorumluluk yazarlarına aittir ve dergide yayımlanan yazılar kaynak gösterilmeden başka bir yerde kullanılamaz.
4. Makalenin hangi sayıda yayınlanacağı Uyuşmazlık Mahkemesi Yayın Kurulu’nun yetkisindedir.
5. Makale Uyuşmazlık Mahkemesi Yayın Kurulu’nun izni olmadan geri çekilemez.
6. Derginin yazı dili esas olarak Türkçe olmakla birlikte, dergide yabancı dilde yazılara da yer verilmektedir. Yazılar Türkçe veya yabancı dillerden herhangi birinde yazılmış olsalar dahi, her bir yazıda en az 100, en çok 200 sözcükten oluşan Türkçe ve makalenin yazıldığı dilde özetlerin yine Türkçe ve makalenin yazıldığı dilde Makale ismi ile beşer anahtar sözcüğün yazının başına eklenerek gönderilmesi gereklidir.
7. Yazılar; “Microsoft Word” programında hazırlanmış olmalıdır. Ana metin, 16x24 ebadında, sayfanın üst tarafından 3 cm, alt, sağ ve sol taraflarından 2,5 cm kenar boşlukları bırakılmış, 10,5 punto Palatino Linotype karakteriyle, dipnotlar 8 punto Palatino Linotype karakteriyle, 13,2 mm satır aralığı ve paragraflarında 5 mm girinti bırakılarak yazılmış olmalıdır.
8. Makale, kaynakça dahil 30.000 kelimedenden çok olmamalıdır. 20.000 kelimeyi geçen makalelerin yayımlanmasında yayın kurulu yetkilidir aynı zamanda yayımlanması istenilen makale 30.000 kelimeyi geçse dahi telif ücreti ödemesi 30.000 kelime üzerinden yapılmaktadır.
9. Yayımlanması talep edilen makalelerin www.uyusmazlik.gov.tr veya www.dergi.uyusmazlik.gov.tr adresi üzerinden gönderilmesi gerekmektedir. Ayrıca derginin elektronik versiyonuna da bu adreslerden erişilebilir.
10. Gönderilecek eserlerin ilk sayfasında yazar(lar) hakkında aşağıdaki bilgiler bulunmalıdır: *Ad-soyad, ünvan, çalışılan kurum, telefon, e-posta ve yazışma adresi bilgileri.
11. Gönderilen makalelerin başlığı metne uygun; kısa ve açık ifadedi olmalıdır.
12. Eserlerde kullanılacak tüm referanslar, Tablo ve Şekiller APA 5. Basım stili (APA Style 5th edition) kullanılarak düzenlenmelidir. APA hakkında daha fazla bilgi için lütfen <http://owl.english.purdue.edu/owl/resource/560/01/> internet sitesini ziyaret ediniz.
13. Başlıklardan sonraki ilk satırda paragraf girintisi kullanılmaz sola yaslı olarak paragraf başlatılır. Sonraki paragraflar için paragraf girintisi kullanılmalıdır.
14. Eserde irdelenen konuyla doğrudan ilgisi olmayan ancak açıklanmak veya detay bilgi verilmek istenen kısımlar dipnot yöntemiyle esere eklenmelidir.
15. Eserlerin sonunda APA referans sistemine göre hazırlanacak alfabetik biçimde dizilmiş bir kaynakça bulunmalıdır.

UYUŞMAZLIK MAHKEMESİ DERGİSİ



Veri Tabanlarında Taranmaktadır.

DANIŞMA KURULU

Prof. Dr. Abdurrahman EREN

Haliç Üniversitesi

Prof. Dr. Ahmet BİLGİN

Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ahmet GÜRBÜZ

Bingöl Üniversitesi

İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi

Prof. Dr. Ahmet Mithat KILIÇOĞLU

Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ahmet Nezh KÖK

Atatürk Üniversitesi Tıp Fakültesi

Prof. Dr. Ali AKYILDIZ

Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ali GÜZEL

Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Anıl ÇEÇEN

Prof. Dr. Atıla ÖZER

Prof. Dr. Ayşe Füsün ARSAVA

Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ayşe NUHOĞLU AYKUT

Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk

Fakültesi

Prof. Dr. Cemil KAYA

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Cevdet YAVUZ

İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk

Fakültesi

Prof. Dr. Cumhuri ŞAHİN

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi

Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Çetin ARSLAN

Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Doğan SOYASLAN

Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Elif GÖKÇEARSLAN ÇİFCİ

Ankara Üniversitesi

Sağlık Bilimleri Fakültesi

Prof. Dr. Elif Sibel ÇAKAR

Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Emine TUNCAY KAPLAN

Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ender Ethem ATAY

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi

Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Erkan KÜÇÜKGÜNGÖR

Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Erol ULUSOY

İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk

Fakültesi

Prof. Dr. Faruk AŞICIOĞLU

İstanbul Üniversitesi Adli Tıp Kurumu

Prof. Dr. Faruk TURHAN

Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk

Fakültesi

Prof. Dr. Fethi GEDİKLİ

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Gürcan ALTUN

Trakya Üniversitesi Tıp Fakültesi

Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ

Galatasaray Üniversitesi Hukuk

Fakültesi

Prof. Dr. Halil AKKANAT

İstanbul Üniversitesi Türk Alman

Üniversitesi

Prof. Dr. Haluk BURCUOĞLU

İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk

Fakültesi

Prof. Dr. Hasan TUNÇ

Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk

Fakültesi

Prof. Dr. İbrahim ÖZBAY

Tokat Gaziosmanpaşa Üniversitesi

Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. İhsan ERDOĞAN

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi

Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi

Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. İsmail KIRCA

TOBB Ekonomi Ve Teknoloji Üniversitesi

Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Kayıhan İÇEL

İstanbul Ticaret Üniversitesi Hukuk

Fakültesi

Prof. Dr. Köksal BAYRAKTAR

Prof. Dr. M. Macit KENANOĞLU

İstanbul Şehir Üniversitesi Hukuk

Fakültesi

Prof. Dr. Mahmut KOCA

İstanbul Şehir Üniversitesi Hukuk

Fakültesi

Prof. Dr. Mehmet Emin BİLGE
Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi
Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Metin GÜNDAY
Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. M. Fatih UŞAN
Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi
Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Mustafa Fadıl YILDIRIM
Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi
Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Mustafa Fatih YAVUZ

Prof. Dr. Mustafa KOÇAK
Okan Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Müslüm AKINCI
Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Nasi ASLAN
Çukurova Üniversitesi İlahiyat
Fakültesi

Prof. Dr. Nevzat KOÇ

Prof. Dr. Nihat BULUT
İstanbul Şehir Üniversitesi Hukuk
Fakültesi

Prof. Dr. Nur CENTEL
Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Nuray EKŞİ

Prof. Dr. Osman DOĞRU
Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ömer ANAYURT
Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi
Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Pervin SOMER
Okan Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ramazan ÇAĞLAYAN
Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ramazan GÖKBUNAR
Celal Bayar Üniversitesi İktisadi ve
İdari Bilimler Fakültesi

Prof. Dr. Rauf KARASU
Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Salih CENGİZ
İstanbul Üniversitesi Adli Tıp Enstitüsü

Prof. Dr. Selami KURAN
Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Selçuk ÖZTEK
Fatih Sultan Mehmet Vakıf Üniversitesi
Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Selma ÇETİNER
İstanbul Gedik Üniversitesi
Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Serap AKİPEK
Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Sibel İNCEOĞLU
Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Şebnem AKİPEK ÖCAL
TED Üniversitesi İktisadi ve İdari
Bilimler Fakültesi

Prof. Dr. Tayfun AKGÜNER
İstanbul Gedik Üniversitesi Hukuk
Fakültesi

Prof. Dr. Timur DEMİRBAŞ
Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Veli Özer ÖZBEK
Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk
Fakültesi

Prof. Dr. Veysel BAŞPINAR
Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Yener ÜNVER
Özyeğin Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Yusuf KARAKOÇ
Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk
Fakültesi

Prof. Dr. Yüksel METİN
Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk
Fakültesi

Prof. Dr. Ziya AKINCI
Galatasaray Üniversitesi Hukuk
Fakültesi

Doç. Dr. Devrim AYDIN
Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler
Fakültesi

Doç. Dr. İlke GÖÇMEN
Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Doç. Dr. İştah CENGİZ
Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Doç. Dr. Sinan BAYINDIR
Piri Reis Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Dr. Öğr. Üyesi Adnan KÜÇÜK
Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Dr. Öğr. Üyesi İdris Hakan FURTUN
Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Dr. Öğr. Üyesi Rifat Murat ÖNOK
Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Dr. Gürsel ÖZKAN
Danıştay 13. Dairesi Üyesi



İÇİNDEKİLER / CONTENTS

Arş. Gör. M. Murat AKTAŞ

Borsa İstanbul A.Ş. Piyasalarında Uygulanacak Gözetim Tedbirleri Yönergesi'nin İşlem Bazlı Piyasa Dolandırıcılığı Suçu Bakımından Değerlendirilmesi

(Assessment of the "Directive on Oversight Measures to be taken in the Borsa İstanbul A.Ş. Markets" in Terms of the Transaction-Based Market Manipulation Fraud)

1-23

Doç. Dr. Mustafa AVCI - Dr. Hüseyin BİLGİN

Alkollü Araç Kullanımı Nedeniyle Sürücü Belgesine Geçici Süreli El Konulması İşlemlerinde Görevli Yargı Yeri Sorunu Üzerine Bir İnceleme

(A Study on the Problem of the Place of Jurisdiction in the Proceedings of Temporary Confiscation of Driver's License due to the Use of Alcohol)

25-66

Metin BULUT

Türk Anayasal Gelişme Tarihinde Egemenlik Kavramının Geçirdiği Dönüşümün Ana Hatları

(The Main Lines of the Transformation of the Concept of Sovereignty in the History of Turkish Constitutional Development)

67-136

Arş. Gör. Hakkı Mert DOĞU

Türk Borçlar Kanunu'nun 352. Maddesinin Üçüncü Fıkrasına Göre Kiraya Verenin Kira Sözleşmesini Sona Erdirmesi

(Termination of Leasing of the Lessor Pursuant to Article 352/3 of the Turkish Code of Obligations)

137-151

Dr. Ülgen ASLAN DÜZGÜN

Zorunlu Mali Sorumluluk (Trafik) Sigortası

Genel Şartları ile Getirilen Yenilikler ve Değişiklikler

(Innovations and Amendments with the Highway Motorized Vehicle Compulsory Liability Insurance (Traffic Insurance) General Conditions)

153-193

Arş. Gör. Oğuz ERSÖZ

Mirasçılıktan Cezalandırıcı Çıkarma

(Retributive Debarment from Inheritance)

195-254



Dr. Ahmet Cahit İYİLİKLİ

**Tasarrufun İptali Davalarında Kambiyo Senetleri
Bağlamında Alacaklı Borç İlişkisi**

*(The Relationship Between the Creditor Debt in the context
of Foreign Exchange Bills in the Cancellation of Savings)*

..... 255-308

Dr. Seyfettin KARA

İmar Planı/Değişikliği Davalarında Feragat

(Waiver in Zoning Plan/Amendment Cases)

..... 309-328

Dr. Öğr. Üyesi Semih Sırrı ÖZDEMİR

Elanur TAMER

**Kurumsal Yönetim İlkeleri Işığında Anonim Şirketlerde
Genel Kurula İlişkin İlkelerin Değerlendirilmesi**

*(Evaluation of the Principles regarding General Meetings in Joint-Stock
Companies in the light of Corporate Governance Principles)*

..... 329-373

Arş. Gör. Volkan ÖZÇELİK

**Abonelik Sözleşmesinden Kaynaklanan Para Alacaklarına İlişkin
Takibin Başlatılması Usûlü Hakkında Kanun'a Göre İcra Takibi**

(Execution Proceedings according to Law no. 7155)

..... 375-395

Dr. Hüseyin ŞIK

Bazı Ülkelerde Savcılık Kurumu

(Public Prosecution Service in some Countries)

..... 397-461

Dr. Cemre TÜYSÜZ

**Milletlerarası Ticari Tahkimde Üçüncü Devletin
Doğrudan Uygulanan Kurallarının Tatbiki**

*(Application of Overriding Mandatory Rules of Third
Country in International Commercial Arbitration)*

..... 463-500

Ufuk ÜNLÜ

Katılım Bankacılığı ve Sukuk Uygulamaları

(Islamic Banking and Sukuk Practices in Turkish Banking System)

..... 501-523

Dr. Hasan Kadir YILMAZTEKİN

**Justiciability of Foreign Intellectual Property Rights in the
United Kingdom - With A European Perspective**

*(Yabancı Fikri Mülkiyet Haklarının İngiltere'de
Yargılanabilirliği - Bir Avrupa Perspektifiyle)*

..... 525-570



BORSA İSTANBUL A.Ş. PİYASALARINDA UYGULANACAK GÖZETİM TEDBİRLERİ YÖNERGESİ'NİN İŞLEM BAZLI PİYASA DOLANDIRICILIĞI SUÇU BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

(Assessment of the "Directive on Oversight Measures to be taken in the Borsa İstanbul A.Ş. Markets" in Terms of the Transaction-Based Market Manipulation Fraud)

Arş. Gör. M. Murat AKTAŞ¹

ÖZ

Bu çalışmanın amacı ve kapsamı, Borsa İstanbul A.Ş. tarafından çıkarılan "Borsa İstanbul A.Ş. Piyasalarında Uygulanacak Gözetim Tedbirleri Yönergesi" düzenlemesinin, işlem bazlı sermaye piyasası dolandırıcılığı suçu bakımından değerlendirilmesidir. İşlem bazlı sermaye piyasası dolandırıcılığı suçu, 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu (SerPK) m. 107(1)'de düzenlenmiştir. Yönerge'nin kapsamı, Borsa bünyesindeki piyasaları, pazarları, platformları ve sistemleri; Borsada işlem gören yatırım araçlarını; Borsada "işlem yapma yetkisi verilenler" ile bunların temsilcilerini; Borsada faaliyet gösteren sermaye piyasası kurumlarını; ihraççıları ve fon kurucularını; yatırımcıları ve Borsa düzenlemelerine tabi diğer kuruluşlardır. Bu çalışmada ilgisi ölçüsünde değinilecek diğer sermaye piyasası düzenlemeleri şunlardır: 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu m. 104 ve Sermaye Piyasası Kurulu'nun (SPK) VI-104.1 sayılı Piyasa Bozucu Eylemler Tebliği ile düzenlenen "piyasa bozucu eylemler"; SerPK m. 101 ve "V-101.1 Bilgi Suistimali Ve Piyasa Dolandırıcılığı İncelemelerinde Uygulanacak Tedbirler Tebliği" ile düzenlenen, sermaye piyasası araçlarına yönelik genel tedbirler niteliğindeki, "bilgi suistimali ve piyasa dolandırıcılığı incelemelerinde uygulanacak tedbirler" dir.

Anahtar Kelimeler: Sermaye Piyasası Hukuku, Borsa, Piyasa Dolandırıcılığı Suçu

ABSTRACT

The purpose and the scope of this article is to make an assessment for the Borsa İstanbul A.Ş.'s regulation called as "Directive on Oversight Measures To be Taken in the Borsa İstanbul A.Ş. Markets" in terms of the transaction-based market manipulation fraud. Transaction-based market manipulation fraud is stated under the sec. 107(1) of the Capital Market Law (Law) numbered 6362. Borsa İstanbul A.Ş.'s aforesaid regulation on oversight measures, shall only be applied to the trade markets within the scope of the Borsa İstanbul

1 T.C. Kültür ve Turizm Bakanlığı Ankara Üniversitesi İİBF Öğretim Elemanı. Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk (Ticaret Hukuku) Doktor adayı. mehmetmurat2003@yahoo.com, ORCID ID: 0000-0002-5438-1414

A.Ş. This paper also covers related capital markets regulations : “Market abuse” which is stated under the Capital Market Law art. 104 and the Capital Markets Board’s regulation of “Market Abuse Communiqué” numbered “VI-1.104.1” ; “Measures to be applied in the investigations of insider trading and manipulation” stated under the art. 101 of the Law and Capital Markets Board’s “Communiqué on Measures to be Applied in the Investigations of Insider Trading and Manipulation” numbered “V-101.1”.

Keywords: Capital Markets Law, Exchange, Manipulation Fraud

GİRİŞ

Borsa İstanbul A.Ş. Denetim ve Gözetim kurulu tarafından hazırlanan ve Yönetim Kurulu tarafından 14.03.2019 tarihinde onaylanan, “9.YÖN.01” yönerge kodunu haiz “Borsa İstanbul A.Ş. Piyasalarında Uygulanacak Gözetim Tedbirleri Yönergesi”² , 6362 sayılı SerPK m. 107(1)’de düzenlenen işlem bazlı sermaye piyasası dolandırıcılığı suçu ve SerPK m. 104 ile düzenlenen piyasa bozucu eylemleri önlemeye ve tedbir almaya yönelik bir düzenlemedir. Yönerge düzenlemesinin değerlendirilmesi öncesinde, işlem bazlı piyasa dolandırıcılığı ve piyasa bozucu eylemlere yönelik açıklama yapılması yerinde olacaktır.

I. İŞLEM BAZLI PİYASA DOLANDIRICILIĞI SUÇU

A. Genel olarak Piyasa Dolandırıcılığı Suçu

Piyasa dolandırıcılığı veya mülga düzenlemelerdeki ifadesi ile manipülasyon suçu tanımlanırken genel olarak³, dört temel unsurun varlığından bahsedilebilecektir⁴⁵: Piyasadaki diğer yatırımcılara⁶ yönelik

2 Çalışmamızda, “Borsa İstanbul A.Ş. Piyasalarında Uygulanacak Gözetim Tedbirleri Yönergesi” kısaca “Yönerge” olarak anılacaktır. Yönerge’nin dayanağını, 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu m. 70 ile Borsa İstanbul A.Ş. Borsacılık Faaliyetlerine İlişkin Esaslar Yönetmeliği m. 25, 36 ve 44 oluşturmaktadır.

3 Çalışmamızın bu kısmında, SerPK veya diğer ülke Kanunlarındaki düzenlemelerden bağılı olmaksızın “genel” olarak, piyasa dolandırıcılığı ve ona bağılı olarak piyasa dolandırıcılığı suçu için bir temel kavramsal çerçeve ele alınmaktadır.

4 SPK tarafından belirli tanımlamalar ışığında piyasa dolandırıcılığı, insanları kandırarak bir menkul kıymeti almaya veya satmaya sevk etmeye veya menkul kıymetin fiyatın yapay bir seviyede tutmaya yönelik davranışlar olarak ifade edilmektedir. SPK’ya göre menkul kıymet piyasalarında arz ve talebin serbest bir şekilde karşı karşıya gelerek fiyatları belirlemesine yönelik sürecin kasıtlı olarak engellenmesi şeklinde yapılan tanımlara göre manipülatif eylemler genel olarak şunlardır: (1) arz ve talebin serbest bir şekilde etkileşimini engelleyerek fiyat mekanizmalarına müdahalede bulunmak, (2) insanları kandırarak bir menkul kıymette işlem yapmaya sevk etmek, (3) menkul kıymet fiyatını yapay bir seviyede tutmak, maksadıyla tasarlanan eylemler manipülatif olarak kabul edilmektedir, (Sermaye Piyasası Kurulu, *Hisse Senedi Piyasasında Manipülasyon, Kullanılan Yöntem Örnekleri Manipülatif İşlem Kalıbı Örnekleri Korunma Yolları*, Ankara, Aralık 2003, s. 2).

5 MANAVGAT, Ç. , *Sermaye Piyasasında İşleme Dayalı Manipülasyon ve Özel Hukuk Bakımından Sonuçları*, Ankara, 2008, s. 8; SAKIN, S. , *Sermaye Piyasasında Manipülasyon Suçu, International Journal of Legal Process*, Cilt 2 , Sayı 1 (2016), s. 31-77, s. 39-40.; CHAMBERS, N. , *Sermaye Piyasalarında Manipülasyon ve İMKB’deki Örnekleri, Muhasebe ve Finansman Dergisi*, S. 24 (2004), s. 62-72; ŞENSOY, D., *Manipülasyon; Piyasa Dolandırıcılığı Suçu, Uygulanacak Tedbirler ve Yaptırımlar, Ankara Barosu Dergisi*, S. 2013/3, s. 378.

6 Yönerge bakımından “Yatırımcı” terimi, Borsa bünyesindeki piyasalarda, pazarlarda,



manipülatif (yanıltma amaçlı) aktif veya ihmali fiil/davranış; piyasa dolandırıcılığı yapma kastı; bir sermaye piyasası aracı⁷ için piyasa dolandırıcılığı yapanın ve/veya onunla beraber hareket edenlerin menfaatine/yararına olabilecek şekilde oluşturulan yapay (doğal ortamda oluşmayan) fiyat. Piyasa dolandırıcılığı suçunun düzenlenmesi, ABD'deki menkul kıymetler yasalarının da temelinde yer alan ana düşüncedir⁸.

Buradaki menfaatin niteliği, malvarlığı eksilmesinin önlenmesi veya doğrudan malvarlığı artışı sağlanması şeklinde olabilecektir. Piyasa dolandırıcılığı suçu ile menfaatin fiilen elde edilmiş olması, her zaman suçun varlığı bakımından aranan bir unsur olmayabilecektir. Bazı hallerde, suça esas alınan davranış veya fiilin bu sonucu doğurabilecek nitelikte olması da suçun oluşması bakımından yeterli görülebilecektir.

Belirttiğimiz temel unsurlar ışığında genel olarak piyasa dolandırıcılığı suçu, bir sermaye piyasası aracına ilişkin serbest piyasadaki doğal fiyat oluşumuna, kasıtlı hukuka aykırı fiil ve eylemler ile etki edilerek, yapay fiyat oluşturulmasıdır. Piyasa dolandırıcılığına yönelik eylemleri gerçekleştiren kişi, kendisinin veya bir başkasının menfaatine olacak/olabilecek şekilde yapay fiyat oluşturma düşüncesi (kastı) ile hareket etmelidir. Sermaye piyasası aracının, piyasa şartlarında oluşacak doğal fiyatına yapılan hukuka aykırı etki, doğrudan ve/veya dolaylı nitelikte olabilecektir. Piyasa dolandırıcılığı oluşturabilecek fiil ve davranışlar, bilgi-haber yayma, kamuya açıklanması gerekli bilgileri gizleme, alım ve/veya satım yapmak, başkalarının alım/satımının yapılmasına neden olmak veya bunlara benzer⁹ nitelikteki fiil ve davranışlardır.

Kanımızca, günümüz teknolojik gelişmeleri göz önünde alındığında, piyasa dolandırıcılığı suçunun belirli işlem kalıpları ile sınırlanarak tanımlanması, bu suç düzenlemesini etkisiz kılabilecektir. Piyasa

platformlarda ve sistemlerde emir veren veya işlem yapan gerçek veya tüzel kişileri ifade etmektedir.

7 Türk hukukunda sermaye piyasası aracı kavramı ile ilgili olarak bkz. ADIGÜZEL, B. , 6362 Sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nda Sermaye Piyasası Aracı Kavramı, **Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi**, C. 3, S. 1, s. 1-8.

8 ABD'de 1929 Borsa krizi sonrasında çıkarılan Securities Exchange Act of 1934 §§ 9 ve 10(b), genel olarak piyasa dolandırıcılığını (*market manipulation*) yasaklamakta idi. Ayrıntılı bilgi için bkz. MERRITT, B. F./ LAWRENCE, R. G. / RAUTERBERG, G. V. , **The New Stock Market Law, Economics, And Policy**, New York 2019, s. 200 vd. ; GOLDWASSER, V. , **Stock Market Manipulation and Short Selling**, Melbourne, 2009, s. 77 vd.

9 Piyasa dolandırıcılığı ile diğer yatırımcıların ilgili sermaye piyasası aracı ile ilgili doğal karar alma süreçleri bozulmakta veya buna neden olabilecek nitelikte fiil veya davranışta bulunmaktadır. Daha açık bir ifadeyle piyasa dolandırıcılığı ile diğer yatırımcıların düşünceleri ve kararları, etkilenmekte, yeni düşünce oluşturulmakta, var olan düşünce kuvvetlendirmekte, var olan düşüncenin bir başka şekilde değiştirmesine neden olunmakta veya bu sonuçları doğurabilecek nitelikte işlem ve davranışlar olarak gerçekleştirilmektedir.



dolandırıcılığı suçu, suç ve cezanın kanuniliği ilkesini zedelemeyecek düzeyde esnek ifadelerle tanımlanmalıdır. Kanunen piyasa dolandırıcılığı suçu, bu suçu oluşturabilecek fiil ve davranışların kapsamını sınırlayan bir şekilde tanımlanmamalı ve kanunen sadece suçun temel unsurlarının belirlenmesi yöntemi izlenmelidir. Piyasa dolandırıcılığı suçunun kanuni tanımındaki bu esneklik, suçun etkin cezalandırmasına olanak verecektir. Ancak, suçun kanuni tanımında etkin cezalandırma imkânına yönelik bu esneklik, sınırsız olmamalı ve kanuni tanımda objektif olarak suç oluşturmayacak fiil ve davranışlar açıkça düzenlenmelidir¹⁰.

Piyasa dolandırıcılığı içeriği itibariyle, bilgi bazlı ve işlem bazlı olmak üzere iki ana kategoriye ayrılmaktadır. Mülga 2499 sayılı SerPK döneminde piyasa dolandırıcılığı suçu, SerPK m. 47/I.A-2 (işlem bazlı manipülasyon) ve 47/I.A-3 (bilgi bazlı manipülasyon) olarak düzenlenmiş idi¹¹. 2499 sayılı SerPK m. 47/I.A son bendine göre piyasa dolandırıcılığı fiilleri, SerPK m. 47/I.A'nun her bir alt bent kapsamına giren fiillerden olmaları nedeniyle, iki yıldan beş yıla kadar hapis ve beşbin günden onbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılmaktaydı.

6362 sayılı SerPK bakımından piyasa dolandırıcılığı suçuna ilişkin ana düzenleme, SerPK m. 107 ile yapılmıştır. Piyasa dolandırıcılığı suçu, SerPK m. 107'de "piyasa dolandırıcılığı" olarak ifade edilmiş ve mülga SerPK'dan farklı olarak diğer sermaye piyasası suçlarından ayrı olarak bağımsız bir Kanun maddesinde düzenlenmiştir.

SerPK m. 107(1)'de işlem bazlı piyasa dolandırıcılığı, SerPK m. 107(2)'de ise bilgi bazlı piyasa dolandırıcılığına ilişkin düzenleme yapılmıştır. SerPK m. 107(3)'te ayrıca işlem bazlı piyasa dolandırıcılığı suçuna özel etkin pişmanlık düzenlemesi de yapılmıştır. Piyasa dolandırıcılığı suçunun her iki türü ile ilişkili diğer SerPK hükümleri olarak SerPK m. 101, 102, 104, 108, 114 belirtilebilecektir.

6362 sayılı Kanun bakımından SerPK'da düzenlenen suçlara dair hükümler, öngörülen cezanın diğer Kanunlardaki hükümlerdeki cezai hükümlere göre ağır veya hafif olup olmadığına bakılmaksızın her halükarda, özel norm olarak öncelikle uygulanacaktır¹².

10 GOLDWASSER, s. 101.

11 Mülga SerPK m.47/I.A,B ve C bentlerinde birden fazla suç aynı madde içinde tanımlanmış olmakla birlikte bu suçlar için ortak ceza düzenlemesi yapılmış idi. 6362 sayılı Kanun ise SerPK kapsamındaki suçları ayrı maddeler içinde ve suç tipleri başlıklarda isimlendirilmek suretiyle düzenlemiştir.

12 Mülga SerPK m. 47'deki "Diğer kanunlara göre daha ağır cezayı gerektiren bir suç oluşturmadığı takdirde" ifadesi nedeniyle SerPK'daki suç ve cezalar, cezanın ağırlığına nispeten tali, ikincil norm niteliğindedir. SerPK'daki cezai hükümlerin her halde özel hüküm olarak öncelikli uygulanmaması nedeniyle, SerPK'da suç olarak tanımlanan fiiller,



Piyasa dolandırıcılığı suçu ile ilişkili olarak değerlendirilebilecek Sermaye Piyasası Kurulu (SPK) Tebliğleri ise şunlardır: Bilgi Suistimali ve Piyasa Dolandırıcılığı İncelemelerinde Uygulanacak Tedbirler Tebliği (V-101.1)¹³; Bilgi Suistimali veya Piyasa Dolandırıcılığı Suçları Hakkında Bildirim Yükümlülüğü Tebliği (V-102.1)¹⁴ ve Piyasa Bozucu Eylemler Tebliği (VI-104.1)¹⁵.

B. İşlem Bazlı Piyasa Dolandırıcılığına İlişkin SerPK m. 107(1) Düzenlemesi

İşlem bazlı piyasa dolandırıcılığını düzenleyen SerPK m. 107(1) şu şekildedir: “Sermaye piyasası araçlarının fiyatlarına, fiyat değişimlerine, arz ve taleplerine ilişkin olarak yanlış veya yanıltıcı izlenim uyandırmak amacıyla alım veya satım yapanlar¹⁶, emir verenler, emir iptal edenler, emir değiştirenler veya hesap hareketleri gerçekleştirenler iki yıldan beş yıla kadar hapis ve beş bin günden on bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılırlar¹⁷. Ancak, bu suçtan dolayı verilecek olan adli para cezasının miktarı, suçun işlenmesi ile elde edilen *menfaatten*¹⁸ az olamaz”¹⁹.

TCK veya bir diğer kanunda daha ağır cezayı gerektiren bir suç oluşturması halinde, öncelikle ve sadece o daha ağır cezayı gerektiren hüküm ile cezalandırılmaktaydı.

13 21.01.2014 tarih ve 28889 sayılı RG’de yayımlanmıştır.

14 V-102.1 sayılı “Bilgi Suistimali veya Piyasa Dolandırıcılığı Suçları Hakkında Bildirim Yükümlülüğü Tebliği” (Bildirim Yükümlülüğü Tebliği).

15 21.01.2014 tarihli ve 28889 sayılı RG’de yayımlanan VI-104.1 sayılı Piyasa Bozucu Eylemler Tebliği.

16 İşlem bazlı piyasa dolandırıcılığı için örnek olarak, bkz. T.C. Yargıtay 7. Ceza Dairesi E. 1998/9278 K. 1998/10013 T. 2.12.1998 kararına (<http://www.kazanci.com>) konu olan olay verilebilecektir.

17 Mülga 2499 sayılı SerPK m. 47/LA son fıkra ile m. 47/A’nın her bir alt bent kapsamına giren fiillerden dolayı iki yıldan beş yıla kadar hapis ve beşbin günden onbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılacağı düzenlenmiş idi.

18 Burada adli para cezası ile suçtan elde edilen menfaat arasında ilişki kurulmuştur.

19 2499 sayılı SerPK m. 47/LA-2 şu şekildedir : “Yapay olarak, sermaye piyasası araçlarının, arz ve talebini etkilemek, aktif bir piyasanın varlığı izlenimini uyandırmak, fiyatlarını aynı seviyede tutmak, arttırmak veya azaltmak amacıyla *alım ve satımını yapan* gerçek kişilerle, tüzel kişilerin yetkilileri ve bunlarla birlikte hareket edenler”. Buradaki, “alım ve satım yapma” şeklindeki ifade nedeniyle sadece işlem emri verilmesi, suç bakımından teşebbüs olarak nitelendirilmekteydi, (<http://www.selmandursun.com/?p=118>). Mülga 2499 sayılı SerPK döneminde, mülga İstanbul Menkul Kıymetler Borsası Yönetmeliği m. 24’ten hareket ile sermaye piyasalarındaki bu yapay fiyat hareketleri başlıca üç şekilde gerçekleştirilebileceği ifade edilmiştir: Yükselen bir piyasa olduğu veya bir piyasanın yükseleceği izlenimi oluşturularak fiyatların yükseleceği bir ortam hazırlamak; fiyatların düşüşe geçmesi için bazı işlemleri gerçekleştirerek düşük fiyattan hisse senetlerini toplamak; hisse senedinin gerçek değerine ulaşmasını sağlayıcı işlemlerle fiyatı belirli bir düzeyde tutmak, (YÜCE, A. A. , Sermaye Piyasasında Manipülasyon, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S. 2012, s. 369).



SerPK m. 107(1) bakımından işlem bazlı/dayalı piyasa dolandırıcılığı suçunun maddi unsuru, “sermaye piyasası araçlarının alım ve satımını yapmak, emir vermek, emir iptal etmek, emir değiştirmek veya hesap hareketleri gerçekleştirmek” şeklindeki seçimlik fiillerdir.

SerPK m. 107(1)'de belirtilen fiillerin işlemlerin madde kapsamında suç oluşturabilmesi için SerPK m. 107(1)'de belirtilen suçun manevi unsuru ise “sermaye piyasası araçlarının fiyatlarına, fiyat değişimlerine, arz ve taleplerine ilişkin olarak yanlış veya yanıltıcı izlenim uyandırmak amacıyla²⁰” yapılmasıdır (kast unsuru/manevi unsur).

SerPK m. 107(1) ile piyasa dolandırıcılığı fiili bir “tehlike suçu” düzenlenmiş ve piyasa dolandırıcılığı sonucu bir menfaatin gerçekleşmesi şart koşulmamıştır. Burada, işlemin büyük veya küçük olması değil, piyasa dolandırıcılığı veya bir diğer ifadeyle yapay piyasa sonucunu doğurmaya elverişli olup olmaması önem arz etmektedir²¹. Bir diğer ifadeyle işlem bazlı piyasa dolandırıcılığı suçunun neticesi sermaye piyasası araçlarının fiyatının etkilenmesi tehlikesidir. İşleme dayalı piyasa dolandırıcılığı bakımından haksızlık, failin işlemi yaparken güttüğü amaç ile oluşturulmaktadır²². Suçtan menfaat sağlanması halinde ise bu husus adli para cezası hesaplamalarında esas alınacak bir unsur olacaktır. Kaldı ki, hiçbir menfaat sağlanmasa dahi işlem bazlı piyasa dolandırıcılığı suçu, hem hapis hem asgari beş bin günden on bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılabilir. Sonuç olarak, işlem bazlı piyasa dolandırıcılığı bakımından suçun varlığının kabulü bakımından, suça esas fiilin kasten ve bu amacı gerçekleştirmeye ‘elverişli’ nitelikteki bir fiil ile yapılması gerekli ve yeterlidir²³.

C. İşlem Bazlı Piyasa Dolandırıcılığına Benzer Nitelikteki Piyasa Bozucu Eylemler

Piyasa bozucu eylemler, ilk defa Kanunen SerPK m. 104 hükmüyle tanımlanan, makul bir ekonomik veya finansal gerekçeyle açıklanamayan, borsa ve teşkilatlanmış diğer piyasaların güven, açıklık ve istikrar içinde çalışmasını bozacak nitelikte olan ve bir suç oluşturmayan eylemlerdir, (SerPK m. 104; 21.01.2014 tarihli ve 28889 sayılı RG'de yayımlanan VI-104.1 sayılı Piyasa Bozucu Eylemler Tebliği m. 3 (1)(i)).

20 Mülga 2499 sayılı SerPK m. 47'de bu amaç, “yapay olarak sermaye piyasası araçlarının arz ve talebini etkilemek, aktif bir piyasa varlığı izlenimini uyandırmak, fiyatlarını aynı seviyede tutmak, arttırmak veya azaltmak” olarak düzenlenmiş idi.

21 Aynı yönde bkz. <http://www.spk.gov.tr/indexpage.aspx?pageid=757>.

22 <http://www.selmandursun.com/?p=118>.

23 T.C. Yargıtay 19. Ceza Dairesi, E. 2016/46 K. 2016/13857 T. 24.3.2016; T.C. Yargıtay 19. Ceza Dairesi, 2019/8372 E. 2019/6880 K. (<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/pf/sorgula.xhtml>).



Kanımızca, piyasa bozucu eylem kavramı, SPK'nın bilgi suistimali veya piyasa dolandırıcılığı suçlarına nitelik olarak benzer hukuka aykırı işlemleri, kabahat olarak²⁴ idari para cezası ile cezalandırabilmesi için ihdas edilen bir kavramdır. Buna göre, piyasa bozucu eylemler için SPK tarafından yirmi bin Türk Lirasından beş yüz bin Türk Lirasına kadar idari para cezası verilir. Piyasa bozucu eylemlere ilişkin hüküm ve Tebliğ, hukuka aykırı işlemlerin cezasız bırakılmaması bakımından SPK'ya kolaylık sağlayacak niteliktedir.

İşlem bazlı piyasa dolandırıcılığı suçu oluşturabilecek fiil veya işlemlere örnek olarak, "piyasa bozucu eylemler" ile ilgili VI-104.1 sayılı Piyasa Bozucu Eylemler Tebliği m. 5'te belirtilen işlemler ve V-102.1 sayılı Bildirim Yükümlülüğü Tebliği EK/2-B'de belirtilen işlem kalıpları verilebilecektir. Piyasa dolandırıcılığı oluşturan eylemler nitelik itibariyle piyasayı bozmaktadır. Bu anlamıyla piyasa bozucu eylem kavramı bir üst kavram olarak kullanılabilir. Bununla birlikte teknik anlamıyla piyasa bozucu eylemler, piyasa dolandırıldığı olarak cezai yaptırıma konu edilemeyecek eylemlerdir. Daha geniş bir ifadeyle piyasa bozucu eylemler, bilgi suistimali veya piyasa dolandırıcılığı suçlarını oluşturmamakla birlikte bunlara benzer şekilde piyasanın işleyişini bozan eylemlerdir.

Piyasa bozucu eylemler, Piyasa Bozucu Eylemler Tebliği m. 4-7 ile 4 kategoriye ayrılarak düzenlenmiştir. Çalışmamız ile ilişkili olabilecek kategoriler, Tebliğ m. 5 ile düzenlenen "emir ve işlemlere ilişkin piyasa bozucu eylemler" ve Tebliğ m. 7 ile düzenlenen "diğer piyasa bozucu eylemler" olarak belirtilebilecektir. Tebliğ m. 8'de ise "piyasa bozucu eylem sayılmayan haller" düzenlenmiştir. Buna göre SerPK m. 108'de yer alan bilgi suistimali ve piyasa dolandırıcılığı sayılmayan hâller, "basın özgürlüğü" kapsamındaki faaliyetler ile SerPK m. 104 kapsamına girmeyen eylem ve işlemler piyasa bozucu eylem olarak değerlendirilmez. Bu düzenlemeden hareketle de piyasa bozucu eylemler ile SerPK m. 106 ve 107'de düzenlenen suçların nitelik olarak aynı olduğu sonucuna ulaşılabilecektir. Tebliğ m. 8'den yapılacak bir diğer çıkarım ise "basın özgürlüğü"²⁵ kapsamındaki

24 Piyasa bozucu eylemlerin kabahat niteliği ile ilgili olarak bkz. YENİDÜNYA, A. C. / ERKAN, M./ Mustafa /ASAT, R. (Ed.), **İpek Yolu Canlanıyor Türk-Çin Hukuk Zirvesi**, Adalet Yayınevi, Ankara (2013) içinde YENİDÜNYA, A. C. , Sermaye Piyasası Kanununda Düzenlenen Suç ve Kabahatlere İlişkin Genel Prensipler, s. 94. Suç-kabahat ayrımı ile ilgili genel açıklamalar için bkz. MAHMUTOĞLU, F. S. , Suç - Kabahat Ayrımı – İdari Ceza Hukukunun Temelleri, T.C. İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Tarafından Düzenlenen İdari Ceza Hukuku Sempozyumu, İstanbul, 2009, s. 27 vd.

25 Piyasa Bozucu Eylemler Tebliği m. 8, 18.02.2017 tarih ve 29983 sayılı RG'de yayımlanarak yürürlüğe giren VI-104.1.a sayılı "Piyasa Bozucu Eylemler Tebliği (VI-104.1)'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğ" ile değiştirilmiştir. Tebliğ düzenlemesi ile buradaki basın özgürlüğünün kapsamı genişletilmiştir.



faaliyetlerin aynı zamanda manipülasyon suçu da oluşturamayabilecek olmasıdır. Bununla birlikte, “basın özgürlüğü”nün sınırlarının kesin olmadığı ve bu özgürlüğün kötüye kullanılarak basın (yazılı, görsel, sosyal medya) “yasal manipülasyon” aracı olarak kullanılabilme ihtimali de göz ardı edilmemelidir.

Piyasa Bozucu Eylemler Tebliği m. 5 ile düzenlenen “Emir veya işlemlere ilişkin piyasa bozucu eylemler”, çalışmamız bakımından işlem bazlı manipülasyon ile piyasa bozucu eylemler ile ilgili olarak değerlendirilebilecek niteliktedir. Tebliğ m. 5'te örnekleme yoluyla sayılan fiiller aslında manipülasyon suçunun maddi unsurunu oluşturabilecek nitelikteki fiil ve davranışlardır.

Tebliğ m. 5'e göre tek başına ya da “birlikte hareket eden kişiler”²⁶ tarafından borsa ve teşkilatlanmış diğer piyasalarda gerçekleştirilen, sermaye piyasası araçlarının fiyatları, fiyat değişimleri, işlem hacimleri, işlem miktarları, işlem oranları, emir miktarları, emir oranları, emir iptal miktarları, emir iptal oranları veya emir gerçekleşme oranları gibi sermaye piyasalarının işleyişi veya sermaye piyasası araçlarının fiyatlarının belirlenmesiyle ilgili veriler dikkate alındığında *önemli veya etkili* kabul edilebilecek nitelikte;

a) Alım veya satım yapılması, hesap hareketi gerçekleştirilmesi, emir verilmesi, emir iptali veya emir değiştirilmesi,

b) Farklı fiyat kademelerine emir iletilmesi,

c) Bir dakikadan daha az zaman dilimlerinde piyasadaki en iyi alım fiyatına eşit veya piyasadaki en iyi alım fiyatından daha düşük fiyatlı satım emri ya da piyasadaki en iyi satım fiyatına eşit veya piyasadaki en iyi satım fiyatından daha yüksek fiyatlı alım emri iletmek şeklinde yön değiştiren emirler verilmesi,

ç) Kendinden kendine²⁷ veya karşılıklı işlemler²⁸ gerçekleştirilmesi²⁹,

26 Tebliğ m. 3'e göre “ Birlikte hareket eden kişiler” Tebliğ'de sayılan altı farklı kategoride yer alacak şekilde, emir ileten, işlem gerçekleştiren, nakit, nakit benzeri ya da sermaye piyasası aracı virmanı veya transferi yapan, hesap hareketi gerçekleştiren, bu fiilleri gerçekleştirenlere hesaplar, emirler, işlemler ya da şirketler hakkındaki bilgileri hukuka aykırı olarak veren kişileri veya her ne nam altında olursa olsun, doğrudan ya da dolaylı olarak, aralarında, hesapları arasında veya yönettikleri ya da kullandıkları hesaplar arasında, nakit, nakit benzeri veya sermaye piyasası aracı virmanı ya da transferi gerçekleşen kişilerdir.

27 Tebliğ m. 3'e göre “Kendinden kendine işlem” (*wash sales*), bir kişinin borsa ve teşkilatlanmış diğer piyasalarda işlemlerin hem alıcı hem de satıcı tarafında yer almak suretiyle kendi hesapları arasında gerçekleştirdiği, sermaye piyasası aracının mülkiyetinde bir değişiklik meydana getirmeyen işlemlerdir.

28 Tebliğ m. 3'e göre “Karşılıklı işlem”, birlikte hareket eden kişilerin borsa ve teşkilatlanmış diğer piyasalarda işlemlerin hem alıcı hem de satıcı tarafında yer almak suretiyle kendi hesapları arasında gerçekleştirdiği, sermaye piyasası aracının mülkiyetinin birlikte hareket eden kişiler arasında el değiştirmesini sağlayan işlemlerdir.

29 ABD hukuku bakımından bu manipülasyon tipine özel düzenleme, SEA sec. 9(a)(1) ile yapılmıştır.



- d) Açılış veya kapanış fiyatlarını etkilemeye yönelik işlemler yapılması,
- e) Gün sonu veya vade sonu uzlaşma fiyatlarını etkilemeye yönelik işlemler gerçekleştirilmesi,
- f) Fiyat yükseltici, fiyat düşürücü veya fiyatı sabit tutmaya yönelik işlemler yapılması,
- g) Vadeli işlem ve opsiyon piyasasında bir sicile bağlı tüm hesaplar için ya da piyasa bazında belirlenen pozisyon limitlerinin geçilmesi,
- ğ) Vadeli işlem ve opsiyon piyasasında, ilgili dayanak varlık piyasasında gerçekleştirilen işlemlerle aynı yönlü işlemler gerçekleştirilmesi
- ve benzeri işlemler yapılması suretiyle borsa ve teşkilatlanmış diğer piyasaların güven, açıklık ve istikrar içinde çalışmasını bozan ya da sermaye piyasası araçlarının fiyatları, fiyat değişimleri, arz ve talepleri hakkında yanlış veya yanıltıcı izlenim uyandıran veya adil ve dürüst işlem yapılmasını, piyasanın rekabetçi bir ortamda işleyişini ya da fiyatın doğru ve dürüst bir şekilde oluşmasını zorlaştıran ya da engelleyen fiil ve davranışlar” piyasa bozucu eylem olarak değerlendirilir.

Tekrar ifade edecek olursak, burada işlem bazlı piyasa bozucu eylemler bakımından örnek olarak (sınırlayıcı değildir) belirtilen fiiller, aynı zamanda SerPK m. 107(1)’deki işlem bazlı manipülasyon suçunun da maddi unsurunu teşkil edebilecek fiillerdir. Burada, piyasa bozucu eylem ve piyasa dolandırıcılığı suçu ayırımı bakımından kasıt unsurunun varlığı/ tespiti ayırıcı bir unsur olarak kullanılabilir.

II. YÖNERGE

A. Genel Olarak

Borsa İstanbul Anonim Şirketi (Borsa)³⁰ sermaye piyasası araçlarını konu alan piyasa bozucu eylem ve piyasa dolandırıcılığı fiillerini

30 6362 sayılı SerPK m. 3’te “Borsa”, anonim şirket şeklinde kurulan, sermaye piyasası araçları, kambiyo ve kıymetli madenler ile kıymetli taşların ve SPK’ca uygun görülen diğer sözleşmelerin, belgelerin ve kıymetlerin serbest rekabet şartları altında kolay ve güvenli bir şekilde alınıp satılabilmesini sağlamak ve oluşan fiyatları tespit ve ilan etmek üzere kendisi veya piyasa işleticisi tarafından işletilen ve/veya yönetilen, alım satım emirlerini sonuçlandıracak şekilde bir araya getiren veya bu emirlerin bir araya gelmesini kolaylaştıran, SerPK’ya uygun olarak yetkilendirilen ve düzenli faaliyet gösteren sistemleri ve pazar yerleri olarak tanımlanmıştır.

Borsa İstanbul Anonim Şirketi, İstanbul Menkul Kıymetler Borsası ve İstanbul Altın Borsası yerine gelmek üzere, 6362 sayılı SerPK m. 67’deki faaliyetleri gerçekleştirmek üzere SerPK m. 138 ile kurulmuştur. SerPK m. 65-73 ile borsalara ilişkin düzenleme yapılmıştır. SerPK m. 65 (11) gereğince Borsa aleyhine açılacak davalar adli yargının görev alanındadır.

SPK’nın Borsa ile ilgili ana Tebliğleri şunlardır: Borsalar ve Piyasa İşleticilerin Kuruluş, Faaliyet, Çalışma ve Denetim Esasları Hakkında Yönetmelik, (19.07.2013 tarih ve 28712 sayılı RG); Borsa İstanbul Kotasyon Yönetmeliği, (17.12.2016 tarihli ve 29565 sayılı RG); Borsa İstanbul A.Ş. Kıymetli Madenler ve Kıymetli Taşlar İle İlgili Borsacılık Faaliyetlerine İlişkin Esaslar Yönetmeliği, (19.10.2014 tarihli ve 29150 sayılı RG); Borsa İstanbul A.Ş.

kapsayan bir üst kavram anlamıyla piyasa bozucu eylemlerin önlenmesi bakımından uzun yıllardır çeşitli düzenlemeler yürürlüğe alınmıştır³¹. Bu düzenlemelerin tarihi gelişimi şu şekildedir: 2011-2015 seneleri arasında “İMKB Otomatik Seans Durdurma Sistemi”; 395 sayılı Genelge ile 2012 yılı Haziran ayı itibarıyla yürürlüğe giren “Yatırımcı Bazında Tedbir Sistemi”³²; 2015 yılında, BISTECH³³ teknolojik dönüşüm programı kapsamında küresel standartlarda bir gözetim altyapısı olan SMARTS Sistemi kullanımı; 2017 yılı Eylül ayında “Volatilite Bazlı Tedbir Sistemi”nin (VBTS) devreye alınması.

Borsa'nın gözetim faaliyetlerinin etkinliğinin artırılması amacıyla ve İstanbul Finans Merkezi (İFM) vizyonu beraberinde, “piyasa bozucu” ya da “piyasa dolandırıcılığı” şüphesi içeren emir ve işlemler ile makul bir sebeple açıklanamayan olağan dışı fiyat ve miktar hareketlerini proaktif (önleyici) yöntemle tespit etmek ve piyasalarımıza güveni pekiştirmek amacıyla son olarak çalışmamızda ele aldığımız “Gözetim Tedbirleri Yönergesi” (Yönerge) hazırlanmış ve bir “Tedbir Yönetim Sistemi” geliştirilmiştir. “Gözetim Tedbirleri Yönergesi” gereğince geliştirilen “Tedbir Yönetim Sistemi”, 23.07.2019 tarihinde hem yatırımcı hem de yatırım aracı³⁴ bazında uygulanabilecek şekilde yürürlüğe girmiştir.

Sistemin yürürlüğe gireceği tarih itibarıyla 395 sayılı Genelge³⁵ kapsamında uygulanmakta olan Yatırımcı Bazında Tedbir Sistemi (YBTS) yürürlükten kalkmakla birlikte, VBTS'nin uygulanmasına ise devam edilecektir.

Borsacılık Faaliyetlerine İlişkin Esaslar Esaslar Yönetmeliği, (19.10.2014 tarihi ve 29150 sayılı RG); İstanbul Takas ve Saklama Bankası Anonim Şirketi Merkezi Takas Yönetmeliği; Yatırımcı Tazmin Merkezi Yönetmeliği, (27.02.2015 tarihli ve 29280 sayılı RG).

- 31 Bkz. <https://www.borsaistanbul.com/duyurular/2019/07/19/borsa-istanbul-a-s-piyasalarinda-uygulanacak-gozetim-tedbirleri-yonergesi-ve-tedbir-yonetim-sistemi-nin-devreye-alinmasi>.
- 32 BİST Teftiş ve Gözetim Kurulu 395 sayılı Genelge metni için bkz. <https://www.borsaistanbul.com/data/Genelge/gn2012395.pdf>.
- 33 Borsa İstanbul A.Ş. ile NASDAQ arasında 20.01.2014 tarihinde imzalanan stratejik işbirliği anlaşması kapsamında, gerçekleştirilen çalışmalar sonucunda Borsa İstanbul bünyesinde yer alan tüm piyasalar, 30.11. 2015 tarihi itibarıyla “BISTECH” olarak adlandırılan tek bir işlem platformu üzerinden hizmet vermektedir.
- 34 “Yatırım aracı” kavramı, sermaye piyasası araçlarını ve SPK tarafından uygun görülen diğer sözleşmeleri, belgeleri ve kıymetleri ifade etmektedir. “Sermaye piyasası araçları” SerPK m. 3'te “menkul kıymetler” ve “türev araçlar” ile yatırım sözleşmeleri de dâhil olmak üzere SPK'ca bu kapsamda olduğu belirlenen diğer sermaye piyasası araçları olarak tanımlanmıştır.
- 35 Genelgenin kapsamı, m. 2'de “Borsa yatırım fonları ve varantlar hariç olmak üzere BİST Pay Piyasası ve Gelişen İşletmeler Piyasası'ndaki emirlere ve işlemlere uygulanır” şeklinde düzenlenmiştir.



395 sayılı Genelge düzenlemesine kısaca değinecek olursak, Genelge m. 4 ile “Borsa işlemlerinin açık, düzenli ve dürüst şekilde gerçekleşmesine aykırı mahiyetteki fiiller”, mülga 2499 sayılı SerPK m. 47/f.I (A)(2)’da yer alan “manipülasyon” ve mülga BİST yönetmeliği m. 24 (yapay fiyat ve piyasa fiilleri) saklı olmak üzere, “kendinden kendine işlemler” ve Parçalanmış aktif emirlerle gerçekleştirilen işlemler” kategorilerinde düzenlenmiştir.

Genelge m. 5’te ise sırasıyla “uygulanacak tedbirler” şu şekilde düzenlenmiştir: Yatırımcının bilgilendirilmesi; yatırımcının kimlik veya unvan bilgilerinin ilan edilmesi; yatırımcıya “brüt takas” uygulaması getirilmesi; yatırımcıya önceden “depo şartı” uygulanması; yatırımcı emirlerinin geçici süreyle kabul edilmemesi (bovkot).

B. Yönergenin Amaç ve Kapsamı

Yönerge’nin amacı, Borsa işlemlerinin güvenilir, şeffaf, etkin, istikrarlı, adil, dürüst ve rekabetçi bir şekilde gerçekleşmesinin sağlanmasına, usulsüz, hileli eylemler ile ihlallerin önlenmesine ve 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu’na (SerPK) aykırı olacak şekilde Borsa’da işlem gerçekleştirilmesinin engellenmesine yönelik tedbirleri düzenlemektir. Yönerge genel olarak, üst kavram anlamında piyaza bozucu eylemleri önleyici tedbirleri içermektedir.

Yönerge m. 5’te yer alan, genel müdür tarafından Yönerge kapsamındaki tedbirlerin uygulanmasına ilişkin “ihlallerin engellenmesini, yatırım araçlarının serbest rekabet şartları altında kolay ve güvenli bir şekilde alınıp satılabilmesini, piyasalarda adil işlem ilkeleri geliştirilmesini, makul bir ekonomik veya finansal gerekçeyle açıklanamayan, piyasaların güven, açıklık ve istikrar içinde çalışmasını bozacak nitelikteki eylemlerin ve işlemlerin önlenmesini, Borsa işlemlerinin güvenilir, dürüst ve rekabetçi bir şekilde gerçekleşmesini ve sağlıklı fiyat teşekkül etmesini teminen her türlü önleyici tedbiri alabilir” ifadeleri de Yönerge’nin amacını ortaya koyan niteliktedir.

Yönerge’nin başta SerPK m. 107(1) ile düzenlenen işlem bazlı piyasa dolandırıcılığı yönelik eylem ve işlemler olmak üzere ayrıca emir ve işlemlere ilişkin piyasa bozucu eylemleri (PBE Tebliği Tebliğ m. 5) önlemeyi ve caydırmayı hedef aldığı söylenebilecektir.

Yönerge ile SPK’nın V-101.1, aynı amaca yani sermaye piyasasında genel anlamıyla piyasa bozucu eylemlerin önlenmesi amacıyla yönelen düzenlemelerdir. V-101.1 sayılı Tebliğ kapsamı bakımından Yönerge’nin düzenleme alanını da içine almaktadır. İki düzenlemedeki tedbirler de kişi ve sermaye piyasası aracı bazlı olarak iki farklı kategoridedir. Bununla



birlikte, tedbirlerin bir kısmı ortak olmakla birlikte bazı farklılıklar da bulunmaktadır. Bir diğer temel farklılık ise Tebliğ kapsamında tedbire SPK karar verirken Yönerge kapsamında tedbir kararı Borsa yönetimi tarafından alınacaktır.

Yönerge'nin kapsamı ise Borsa bünyesindeki piyasaları, pazarları, platformları ve sistemleri; Borsada işlem gören yatırım araçlarını; Borsada "işlem yapma yetkisi verilenler"³⁶ ile bunların temsilcilerini³⁷; Borsa'da faaliyet gösteren sermaye piyasası kurumlarını; ihraççıları ve fon kurucularını; yatırımcıları ve Borsa düzenlemelerine tabi diğer kurum ve kuruluşlar şeklinde düzenlenmiştir, (Yönerge m. 1-2).

C. Benzer Bir Düzenleme Olarak Bilgi Suistimali Ve Piyasa Dolandırıcılığı İncelemelerinde Uygulanacak Tedbirlere İlişkin Tebliğ

SerPK m. 101 ve "Bilgi Suistimali ve Piyasa Dolandırıcılığı İncelemelerinde Uygulanacak Tedbirler Tebliği (V-101.1)" ile sermaye piyasası araçları ile ilgili olarak, SerPK m. 106 (bilgi suistimali) ve 107'deki (piyasa dolandırıcılığı) suçların işlendiğine dair "makul şüphe"³⁸ olması veya bu suçlara ilişkin fiillerin işlendiğinin tespit edilmesi halinde uygulanacak tedbirler düzenlenmiştir. V-101.1 sayılı Tebliğ, Yönerge'nin kapsama alanını da içine alan daha genel düzenleme niteliğindedir.

SerPK m. 101 ve V-101.1 Tebliği ile belirtilen suçları işlediği yönünde en azından "makul şüphe" olan gerçek veya tüzel kişiler ile tüzel kişilerin yetkilileri ile ilgili sermaye piyasası araçlarına ilişkin olarak kişi ve/veya sermaye piyasası aracı bazlı olmak üzere farklı tedbirler alınabilecektir.

SerPK m. 101'e göre genel olarak alınabilecek tedbirler şunlardır: Borsalarda geçici veya sürekli olarak işlem yapılmasının yasaklanması; takas yöntemlerinin değiştirilmesi, kredili alım, açığa satış, ödünç

36 Yönerge bakımından "işlem yapma yetkisi verilenler", 19.07.2013 tarihli ve 28712 sayılı RG'de yayımlanan Borsalar ve Piyasa İşleticilerinin Kuruluş, Faaliyet, Çalışma ve Denetim Esasları Hakkında Yönetmelik m. 24(1) çerçevesinde Borsa'ya üye olarak veya üçüncü fıkrası çerçevesinde Borsa'ya üye olmadan işlem yapma yetkisi verilenlerdir.

37 "Temsilci" ifadesi, işlem yapma yetkisi verilenleri, Borsa veya takas ve saklama işlemlerinde temsil edebilen ve temsil ettiği kişi veya kuruluş adına kendisine elden tebligat yapılabilen kişileri kapsamaktadır.

38 V-101.1 sayılı Tebliğ m. 4'e göre "Makul şüphe", sermaye piyasalarında; işlem gerçekleştiren kişilerin veya onlarla birlikte hareket edenlerin işlem kalıpları ve hesaplarında gerçekleştirilen transferler, sermaye piyasası araçlarının geçmiş dönem fiyat miktar analizleri, fiili dolaşım oranları, sermaye piyasası araçları ile ilgili haber ve açıklamalar, ihbar veya şikâyetler ile bunları destekleyen emareler dikkate alınarak yapılan incelemeler sonucunda SerPK m. 106 ve m. 107'de sayılan fiillerin işlendiğine dair oluşan şüphedir. Kanımızca, bu tanımlama sadece değerlendirmeye dayanak olan ölçütleri vermesi nedeniyle yeterince somut olmayıp, yetersizdir.



alma ve verme işlemlerine ilişkin sınırlamalar getirilmesi; teminat yükümlülüğü getirilmesi veya yükümlülüğün değiştirilmesi; farklı pazar veya piyasalarda işlem görmesi veya farklı işlem esaslarının belirlenmesi; piyasa verilerinin dağıtım kapsamının sınırlanması; işlem veya pozisyon limiti getirilmesi. SerPK m. 101'de sayılan tedbirler sınırlayıcı olmayıp, SPK piyasanın etkin ve sağlıklı işleyişini teminen gerekli her türlü tedbiri almaya ve bu tedbirlerin uygulanmasına ilişkin usul ve esasları belirlemeye yetkilidir.

V-101.1 sayılı Tebliğ ile SerPK m. 101'de sayılan bu kişi ve sermaye piyasası aracı bazı tedbirler "işlem yapma yasağı" ve "diğer tedbirler" olmak üzere iki ayrı kategoride somutlaştırılmıştır. İşlem yapma yasağı, 6 ay ile 2 yıl arasında süresi olan "geçici işlem yapma yasağı" (Tebliğ m. 6) ve 5 yıl süreli "sürekli işlem yapma yasağı" (Tebliğ m. 7) olarak iki farklı şekilde uygulanabilmektedir. İşlem yapma yasağı tedbiri kapsamında kalan sermaye piyasası araçları Tebliğ m. 9'da, kapsam dışındaki araçlar ise Tebliğ m. 10 ile düzenlenmiştir.

Tebliğ kapsamındaki ikinci kategoride yer alan SPK tarafından alınabilecek "diğer tedbirler" ise gene kişi ve sermaye piyasası aracı bazı olmak üzere Tebliğ m. 18 ile şu şekilde düzenlenmiştir: "brüt takas" uygulaması; kredili alım, açığa satış, ödünç alma ve verme işlemlerine ilişkin sınırlamalar getirilmesi; işlem veya pozisyon limiti getirilmesi; teminat yükümlülüğü getirilmesi veya mevcut yükümlülüklerinin değiştirilmesi; "depo şartı" getirilmesi.

Tebliğ m. 18'de sermaye piyasası aracına özgü tedbirler ise şu şekildedir: Sermaye piyasası araçlarının işlem sıralarının geçici olarak durdurulmasına karar verilmesi; piyasa verilerinin dağıtım kapsamının sınırlanması; sermaye piyasası araçlarının farklı pazar veya piyasalarda işlem görmesi veya bunlar için farklı işlem esaslarının belirlenmesi.

Tebliğ m. 18 kapsamında alınabilecek bir diğer tedbir ise yatırımcı, yatırım kuruluşu ve/veya sermaye piyasası aracı bazında emir iletim kanallarının (telefonla emir zorunluluğu gibi) kısıtlanmasıdır.

Tebliğ m. 18'de sayılan bu tedbirler sınırlı sayı prensibi ile düzenlenmemiştir. SPK tarafından Tebliğ m. 18 kapsamında alınabilecek tedbirler KAP'ta ilan edilir. Tebliğ m. 18 kapsamında belirtilen tedbirlerin alınması, SerPK'ya aykırılık nedeniyle inceleme yapılmasına engel olmaz.

D. Yönerge Kapsamındaki Tedbirler

Yönerge ile belirlenen tedbirleri uygulama yetkisi, münhasıran Borsa yönetim kurulunun yetkisinde olan tedbirler dışında Borsa genel müdürlüğü tarafından takdir edilecektir, (Yönerge m. 5).

“Borsa Denetim ve Gözetim Kurulu” tarafından yürütülen denetim ve gözetim faaliyetleri sırasında, Yönerge m. 6 kapsamında belirtilen haller³⁹ yanında bunlara benzer diğer hallerden *birinin tespiti* ve bu tespit edilen fiiller ile Borsa işlemlerinin güvenilir, şeffaf, etkin, istikrarlı, adil, dürüst ve rekabetçi bir şekilde gerçekleşmesinin ve sağlıklı fiyat ve piyasa teşekkül etmesinin engellendiğine veya ihlallere sebebiyet verildiğine dair “güçlü emareler” oluşması durumunda “önleyici tedbirler” alınabilecektir. Burada dikkati çeken husus, Yönerge m. 6’da sayılan hallerin sınırlı sayı prensibi ile düzenlenmemiş olması ve V-101.1 sayılı Tebliğde yer alan “makul şüphe” ifadesi yerine gene kapsamı belirsiz “güçlü emareler” ifadesinin kullanılmış olmasıdır. Bu tedbirlerin esnek ifadelerle ve somut ölçütler olmaksızın uygulanabilecek olması, uygulamada haklı olarak, endişe yaratmıştır⁴⁰.

39 Yönerge m. 6 kapsamında belirtilen haller şunlardır: “a) Yüksek miktar ve oranlarda alım ve/veya satım işlemi yapılması suretiyle piyasada hâkimiyet kurulması, b) Bir veya birden fazla fiyat kademesine yüksek miktarlarda alım ve/veya satım emri girilmesi suretiyle arz veya talep üzerinde kontrol sağlanması ve/veya fiyatın istenilen şekilde yönlendirilmesi, c) Girilen alım ve/veya satım emirlerinin kısa zaman aralıklarıyla değiştirilmesi ve/veya iptal edilmesi suretiyle diğer yatırımcılar nezdinde yanıltıcı izlenim uyandırılması, ç) Kısa zaman aralıklarıyla ekonomik veya makul bir gerekçeyle örtüşmeyecek ters yönlü emirler iletilmesi, d) Kısa zaman aralıklarıyla iletilen ters yönlü emirlerin eşleştirilmesi suretiyle aktif bir piyasa olduğu izlenimi oluşturulması ve/veya işlem hacminin yapay olarak artırılması, e) Kendinden kendine veya karşılıklı işlemler gerçekleştirilmesi, f) Tek seferde iletilebilecek miktardaki alım veya satım emirlerinin parçalı olarak girilmesi suretiyle piyasada geniş bir katılım olduğu veya sürekli işlem gerçekleştiği izlenimi yaratılması, g) Süreklilik arz edecek şekilde girilen aktif emirlerle cari işlem fiyatının yükseltilmesi, düşürülmesi veya sabit tutulmaya çalışılması, ğ) Açığa satış işlemleri gerçekleştirilmesi suretiyle sağlıklı piyasa oluşumunun engellenmesi, h) Açılış ve/veya kapanış fiyatını etkilemeye yönelik emir iletilmesi, değiştirilmesi, iptal edilmesi ve/veya işlem gerçekleştirilmesi, ı) Gün sonu veya vade sonu uzlaşma fiyatlarını etkilemeye yönelik emir girilmesi, işlem yapılması , i) Vadeli işlem ve opsiyon piyasalarında bir sicile bağlı tüm hesaplar için ya da piyasa bazında belirlenen pozisyon limitlerinin geçilmesi, j) Vadeli işlem ve opsiyon piyasasında, ilgili dayanak varlık piyasasında gerçekleştirilen işlemlerle aynı yönlü işlemler gerçekleştirilmesi, k) Algoritmik emir iletim sistemlerinin ve özeld yüksek frekanslı işlem kullanıcılarının emir iletmelerinden, değiştirmelerinden, iptallerinden ve/veya işlemlerinden kaynaklı piyasa bozucu durumların ortaya çıkması.

(2) Birbirlerinin emir ve/veya işlemlerini destekler ve/veya tamamlar tarzda emir ilettiği, değiştirdiği, iptal ettiği ve/veya işlem gerçekleştirdiği görülen ya da herhangi bir suretle aralarında ilişki olduğu anlaşılan yatırımcılar hakkında birlikte hareket kapsamında birinci fıkra uyarınca tedbir alınması mümkündür.

(3) Arzın ve/veya fiili dolaşımın daralması nedeniyle piyasada yüksek volatilité görülmesi veya arz talep dengesizliklerinin sağlıklı fiyat oluşumunu engellemesi durumunda da önleyici tedbirler alınabilir.

(4) Yukarıda sayılan hallerden bağımsız olarak bir yatırım aracı için sağlıklı bir piyasa oluşmasını önleyecek şekilde olağandışı fiyat ve/veya miktar hareketinin gerçekleşmesi, anormal piyasa hareketlerinin oluşması veya diğer maddi unsurların ortaya çıkması durumunda önleyici tedbirler alınabilir.”.

40 <https://www.bloomberght.com/yorum/ceren-dilekci/2229048-araci-kurumlarda-yonerge-endisesi> .



1. Tedbir Türleri

Yönerge m. 7(1)'de, Yönerge kapsamında uygulanabilecek tedbir türleri, "yatırımcılar" ve "yatırım araçları" için olmak üzere iki ayrı kategoride düzenlenmiştir. Buna göre, Yönerge m. 6'da sayılan hallerde durumun niteliğine göre m. 7'de sayılan tedbirlerin bir veya bir kaçının uygulanmasına karar verilebilecektir. Burada Yönerge kapsamında yatırımcı ve yatırım aracı özelinde alınabilecek tedbirler Yönerge m. 7(1)'de sayılanlarla sınırlı olmayıp, piyasanın etkin ve sağlıklı işlemlerini teminen gerekli görülmesi durumunda "önleyici mahiyetteki" başka tedbirlerin de alınması mümkündür.

Borsa, Yönerge m. 7(1)'de sayılan tedbirlerin otomatik olarak uygulanmasına yönelik sistemler geliştirebilecek ve bu sistemler uyarınca otomatik olarak alınacak tedbirlerden belirli şartları sağlayanların uygulanmamasına, "Denetim ve Gözetim Kurulu" karar verebilecektir, (Yönerge m. 7(3)).

2. Yatırımcılar Bakımından

Yatırımcı özelinde uygulanabilecek olan ve kişisel olarak nitelendirilebilecek tedbirler şu şekildedir: Yatırımcının emir iletim kanallarının 6 aya kadar bir süre için kısıtlanması; yatırımcının açığa satış ve kredili işlemlerinin 6 aya kadar bir süre için kısıtlanması; yatırımcının takas yükümlülüklerine 6 aya kadar bir süre için "brüt takas"⁴¹ zorunluluğu

41 "Brüt takas", aynı gün içinde, bir yatırımcı tarafından veya bir yatırım aracında gerçekleştirilen tüm alış ve satış işlemlerine ilişkin takas yükümlülüklerinin netleştirmeye tabi tutulmaksızın takas gününde ayrı ayrı yerine getirilmesi şeklinde uygulanan sermaye piyasası tedbiridir, (V-101.1 sayılı Tebliğ m. 4; Yönerge m. 4).

Brüt takas uygulaması, netleştiriminin kaldırılması olarak da ifade edilebilmektedir. Buna göre, söz konusu hisse senetlerinde alım yapmak isteyen yatırımcıların takas tarihinde hesaplarında alımlarını karşılayacak tutarda nakit, satım yapmak isteyen yatırımcıların takas tarihinde hesaplarında satımlarını karşılayacak miktarda menkul kıymet bulundurması gerekmektedir. Örneğin, yatırım hesabımda cari nakit 1000 TL nakit bulunmakta ise brüt takas uygulanan sermaye piyasası aracından 1000 TL'nin üzerinde, yani kaldıraçlı ve kredili alım işlemi yapılamayacaktır. Aynı şekilde o an için yatırım hesabımda brüt takas uygulanan sermaye piyasası aracı mevcut değilse o aracı gün içinde açığa satmak da mümkün olmayacaktır. Bir diğer ifadeyle, yatırım hesabınızda fiilen ne kadar nakit ve yatırım aracı varsa o kadar işlem yapılabilir ve uygulamada yatırım hesabı varlığının beş katına kadar uygulanan kaldıraçlı alım işlemleri ve açığa satış işlemleri yapılamayacaktır. Bu uygulama yatırımcıyı koruma amaçlı olup hesabında para olmayan veya satmak istediği hisse senedi olmayan birinin hisselerde manipülatif işlemler yapamaması amaçlanmaktadır. Brüt takas öncesi yüksek volatiliteli fiyat hareketlerinde devre kesici tedbiri ile tek fiyat alımı tedbiri uygulanır. Yüksek volatilitenin süreklilik arz etmesi halinde ise brüt takas uygulanabilmektedir.

İstanbul Takas ve Saklama Bankası A.Ş. (Takasbank) tarafından aracı kurumların, gün boyunca gerçekleştirilen işlemlerinde, pay ve toplam TL olarak netleştirme yapılmaktadır. Bu çerçevede, aynı tarihte bir payda hem satış hem de alış işlemi yapan aracı kuruluş, satış toplamı alış toplamına mahsup edilerek çıkan net bakiyeye göre söz konusu pay üzerinden

getirilmesi; yatırımcının ilettiği alım satım emirlerine 6 aya kadar bir süre için “depo şartı”⁴² getirilmesi; vadeli işlem ve opsiyon piyasalarında aynı dayanak varlığa bağlı tüm sözleşmeler için bir yatırımcının tüm hesaplarında alınabilecek aynı yönlü pozisyonların sayısının veya bunlara karşılık gelebilecek azami dayanak varlık sayısının 6 aya kadar bir süre için sınırlandırılması; yatırımcıya vadeli işlem ve opsiyon piyasalarında 6 aya kadar bir süre için işlem limiti getirilmesi ve/veya yatırımcının teminat oranlarının artırılması. Bu tedbirler genel olarak işleme bazlı piyasa dolandırıcılığı yaptığı yönünde şüphe bulunan bir yatırımcının kendi hesaplarından işlem yapma imkânını sınırlayarak onu borsa işlemleri anlamında hareketsiz veya hacimsiz işlem yapma konumunda tutmayı hedefleyen tedbirlerdir.

Uygulamada spekülâtör ve manipülâtörlerin borsa işlemlerinde, kendi adına açılı hesaplar yerine “saman hesaplar” kullandığı bilinen bir gerçektir. Bu durum göz önüne alındığında, söz konusu tedbirlerin o yatırım hesaplarının sahipleri ve orada bulunan yatırım aracı ve nakit tutarı ile sınırlı etkiyi haiz olacağı açıktır. O halde, bu tedbirler uygulanırken, IP tespiti gibi teknik olanaklar kullanılarak, doğrudan veya dolaylı olarak piyasa bozucu işlem yürütülen hesapları, asıl yönlendiren kişilerin tespit edilerek tedbir uygulanması (IP tespiti gibi yöntemlerle) yerinde olacaktır. Vekâleten yönetilen ve vekâlet verilen yatırım hesapları ile ilgili tedbir uygulanmasına ilişkin düzenleme ise Yönerge m. 8(3) ile yapılmıştır.

takasa borçlandırılmakta veya alacaklandırılmaktadır. Diğer yandan, tüm paylardaki alış veya satışlarının bedelleri ise genel olarak netleştirilmekte ve aracı kuruluşun alış tutarları fazla ise aracı kuruluş takasa nakit borçlu, satış tutarları fazla ise takastan nakit alacaklı olmaktadır. Netleştirme uygulaması sayesinde bir payda gün içerisinde alım satım gerçekleştiren bir yatırımcı sadece gerçekleştirdiği alım veya satım sonucundaki net fark miktarı kadar teslim yükümlülüğüne tabi olmaktadır.

Takasbank tarafından netleştirme uygulaması kaldırılan paylarda brüt takas uygulaması yapılmakta, aracı kurum ve yatırımcı bazındaki takas alacakları Takasbank tarafından takas süresinden sonra dağıtılmaktadır. Brüt takas uygulaması kapsamına alınan paylarda alım yapmak isteyen yatırımcıların takas tarihinde hesaplarında alımlarını karşılayacak tutarda nakit, satım yapmak isteyen yatırımcıların takas tarihinde hesaplarında satımlarını karşılayacak miktarda menkul kıymet bulundurması gerekmektedir.

- 42 Yönerge bakımından “Depo şartı”, piyasa, pazar, platform, sistem, yatırım aracı veya yatırımcı bazında, iletilen alım satım emirleri için emir konusu nakit tutarın ve/veya yatırım araçlarının bir kısmının veya tamamının Borsaya, işlem yapma yetkisi verilene, bir bankaya veya takas ve saklama kuruluşuna, emir Borsaya iletilmeden önce “depo edilmiş olması” şartı şeklinde uygulanan sermaye piyasası tedbiridir, (Yönerge m. 4).

V-101.1 sayılı Tebliğ bakımından “Depo şartı”, bir sermaye piyasası aracına ilişkin alım veya satım emri verildiğinde, emir konusu işleme ilişkin nakit veya sermaye piyasası aracının, yatırımcının emri verdiği yatırım kuruluşu nezdindeki hesaplarında bulunuyor olması veya emrin verildiği anda yatırım kuruluşuna peşinen tevdi edilmesi ve takas yükümlülüğü yerine getirilinceye kadar söz konusu nakit ya da sermaye piyasası aracının bu hesaplarda tutulması zorunluluğudur, (V-101.1 sayılı Tebliğ m. 4).

3. Yatırım Araçları Bakımından

Yönerge kapsamındaki ikinci kategori tedbirler “yatırım araçları” özelinde uygulanacak tedbirlerdir: Yatırım araçları özelinde uygulanabilecek bu tedbirler şunlardır: Yatırım aracında emir iletim kanallarının 3 aya kadar bir süre için kısıtlanması (sadece telefon ile emir girilmesi gibi); yatırım aracında açılış, gün ortası tek fiyat, kapanış ve tüm tek fiyat bölümlerinde emir toplama süresi boyunca fiyat, miktar ve diğer bilgilerin yayınının 3 aya kadar bir süre için kısıtlanması; yatırım aracında gerçekleştirilecek “açığa satış” (*short sale*)⁴³ işlemlerinde 3 aya kadar bir süre için “yukarı adım kuralı” (*uptick rule*)⁴⁴ getirilmesi; yatırım aracında açığa satış ve kredili işlemlerin 3 aya kadar bir süre için kısıtlanması; yatırım aracında 3 aya kadar bir süre için “brüt takas” zorunluluğu getirilmesi; yatırım aracında 3 aya kadar bir süre için “depo şartı” getirilmesi; yatırım aracının “işlem yöntemi”nin 6 aya kadar bir süre için değiştirilmesi; yatırım aracının “işlem sırası”nın, “BİAŞ Borsacılık Faaliyetlerine İlişkin Esaslar Yönetmeliği”⁴⁵ m. 25’te belirtilen süreye kadar “geçici olarak durdurulması”; Vadeli işlem ve opsiyon piyasalarında (VİOP) aynı dayanak varlığa bağlı tüm sözleşmeler için piyasadaki açık pozisyon (short pozisyon) toplamının karşılık gelebileceği azami “dayanak varlık” sayısının 6 aya kadar bir süre için sınırlandırılması; Vadeli işlem ve opsiyon piyasalarında 6 aya kadar bir süre için “dayanak varlık” bazında *teminat oranlarının* artırılmasıdır. Yatırım aracı bazında uygulanabilecek Yönerge tedbirlerine bakıldığında, piyasa bozucu eylemlere konu olan yatırım aracının ve onunla ilişkili vadeli işlemlerin hacminin sınırlanması, emir verilmesi yöntemlerinin sınırlanarak, hem işlem hacminin sınırlanmasının hem de işlem güvenliğinin sağlanmasının hedeflenmiş olduğu belirtilebilecektir.

43 Açığa satış, o an elinizde bulunmayan bir sermaye piyasası aracının açığa satış kurlarınca izin verilen kademelerden satışını gerçekleştirilmesidir. Açığa satış işlemi o sermaye piyasası aracının değerinin ileride düşeceği beklentisi ile yapılır ve daha sonra satış yapılan miktarda alım yapılarak oluşan alım satım farkından ticari kar elde edilir.

44 Yukarı adım kuralı, açığa satış işleminin, açığa satışa konu olacak yatırım aracının en son gerçekleşen işlem fiyatından daha yüksek bir fiyat üzerinden veya en son gerçekleşen fiyatın bir önceki fiyattan daha yüksek olması hâlinde en son gerçekleşen fiyat düzeyinden yapılmasını ifade etmektedir.

Yukarı adım kuralı ABD hukuku kaynaklı olup, Securities and Exchange Commission -SEC tarafından Securities Exchange Act of 1934 kapsamında çıkarılan “Rule 10(a)(1)” ile düzenlenmiştir. Bu kurala göre yatırımcılar bir sermaye piyasası aracının ancak son işlem gördüğü fiyatın daha üst bir fiyatı üzerinden açığa satılabilmektedir. Şu an açığa satışlarla ilgili olarak uygulanan “*The alternative uptick rule (Rule 201)*” ile ilgili olarak bkz. <https://www.sec.gov/news/press/2010/2010-26.htm> .

45 Çalışmamızda “Yönetmelik” olarak anılmaktadır.



E. Tedbirlerin Uygulanması

Yönerge m. 7'de sayılan tedbirlerin, tespit edilen hususlara ve somut olayın mahiyetine göre, piyasa, pazar, platform, sistem, yatırım aracı, ihraççı⁴⁶, fon kurucusu⁴⁷, "işlem yapma yetkisi verilenler" ile bunların temsilcileri ya da yatırımcılar bazında uygulanması mümkündür, (Yönerge m. 8(1)).

Yönerge'de yer almayan ya da açıklık bulunmayan konularda ortaya çıkabilecek tereddütlere ilişkin olarak ilgili mevzuat hükümlerinde kendisine tanınan yetkiler çerçevesinde karar vermeye ve bu kararları uygulamaya "Genel Müdür" yetkilidir, (Yönerge m. 14).

Bir yatırımcının bütün piyasalar, pazarlar, platformlar ve sistemlerdeki işlemleri için tedbir uygulanabileceği gibi, sadece bir piyasadaki veya sadece bir yatırım aracındaki işlemlerine de tedbir uygulanabilecektir, (Yönerge m. 8(2)). Kanımızca, tedbir kapsamının sınırlarının bu kadar belirsiz olması, uygulamada tedbirin ölçülülüğü bakımından tartışma konusu yapılabilecek, yerinde olmayan bir düzenleme olmuştur.

Uygulamada manipülatörler tarafından sıkça kullanılan bir yöntem de doğrudan veya dolaylı olarak vekâlet hesap kullanımınıdır. Yönerge m. 7 kapsamında "yatırımcı bazında uygulanan tedbirler", yatırımcının "vekâlet verdiği diğer hesapları" için de geçerlidir. Gerekli görülmesi durumunda tedbirlerin kapsamına yatırımcının "vekil sıfatıyla emir ilettiği ve/veya işlem gerçekleştirdiği diğer yatırımcılara ait hesaplar da" alınabilecektir, (Yönerge m. 8(3)).

"Müşterek hesap" sahiplerinden biri hakkında tedbir uygulanması durumunda, diğer hesap sahipleri de söz konusu müşterek hesap bazında tedbir uygulamasına tabi olurlar. Ancak diğer ortakların kendi adlarına açılmış hesapları, aksi belirtilmedikçe tedbir kapsamında değildir (Yönetmelik m. 8(4)). Kanımızca, müşterek hesap sahiplerinin de tedbir uygulanan kişi ile birlikte sorumlu görülerek tedbir kapsamına alınması, hukuken kusursuz bir kişinin tedbir kapsamına alınmasına neden olabilecek olmakla birlikte teknik anlamda zorunluluktur.

Yönerge kapsamında uygulanan tedbirlere, BİST web sitesinden⁴⁸ ulaşılabilmektedir. Bu verilere bakıldığında yatırımcı bazında on beş

46 Yönerge anlamında "ihraççı", sermaye piyasası araçlarını ihraç eden, ihraç etmek üzere Sermaye Piyasası Kuruluna başvuruda bulunan veya sermaye piyasası araçları halka arz edilen tüzel kişiler ile borsa yatırım fonlarını, konut finansmanı fonlarını, varlık finansmanı fonlarını ve ipotek finansmanı kuruluşlarıdır.

47 Yönerge anlamında "Fon kurucusu", Borsa yatırım fonu kurucusu portföy yönetim şirketlerini, konut finansmanı fonu ve varlık finansmanı fonunun kurucularıdır.

48 <https://www.borsaistanbul.com/uyezel/erd>.

farklı kişiye, Yönerge kapsamındaki farklı türdeki tedbirlerin (Açığa satış ve kredili işlem yasağı; brüt takas; internetten emir yasağı) uygulanmış olduğu görülmektedir. Yönerge kapsamında yatırım aracı bazında ise 8 farklı pay senedi için brüt takas ve açığa satış ve kredili işlem yasağı tedbirlerinin uygulanmıştır.

F. Tedbirlerin Duyurulması ve Sona Ermesi

“Tedbirlerin Duyurulması ve Sona Ermesi”, Yönerge m. 9 vd. ile düzenlenmiştir. Aşağıda bu düzenlemelere ilişkin ayrıntılı açıklama yapılmıştır.

1. İhtiyarı Bir Yöntem Olarak Tedbir Öncesi Uyarı Yapılması

Tedbir uygulanmadan önce ilgililer, tedbire konu emir ve işlemlerinin devamı halinde, haklarında tedbir uygulanacağı hususunda bir defaya mahsus olmak üzere “Denetim ve Gözetim Kurulu” tarafından ilgili yatırım kuruluşu aracılığıyla uyarılabilir. Bu durumda yatırım kuruluşu uyarıyı ivedilikle yapmak ve ilgili belgenin/kaydın bir örneğini saklamakla yükümlüdür (Yönerge m. 9). Tedbir uygulanmadan önce uyarı yapılması yöntemi ihtiyarı olup, uyarı yapılmaksızın da doğrudan tedbir uygulanabilecektir.

2. Tedbirlerin Duyurulması

Borsa tarafından alınan tedbirler dışı duyuru ile ilan edilir ve SerPK m. 3’te tanımlanan Kamuyu Aydınlatma Platformu’nda (KAP) yayımlanır. Tedbir duyurusu ve KAP açıklamasında ilgisine göre, tedbir kapsamına giren “Piyasa, pazar, platform ve sistem bilgileri”, “Yatırım aracı, ihraççı, fon kurucusu, işlem yapma yetkisi verilenler ve yatırımcıların kimlik veya unvan bilgileri ile Merkezi Kayıt Kuruluşu Anonim Şirketi-MKK sicil numarası bilgileri” ve “Tedbirin başlama tarihi ve uygulanma süresine” yer alacaktır. Alınan tedbirler ilgisine göre İstanbul Takas ve Saklama Bankası A.Ş.-Takasbank, MKK ve gerekli görülen diğer kurumlara da ayrıca bildirilir, (Yönerge m. 10).

3. Tedbirlerin Sona Ermesi

Tedbirler önceden tedbire ilişkin duyuruda belirlenen sürenin tamamlanmasını müteakip, başka bir işleme gerek kalmaksızın kendiliğinden kalkabileceği gibi süresinden önce alınan bir başka karar ile de kaldırabilir veya o tedbir için düzenlemelerde öngörülen en uzun süreye kadar uzatılabilecektir, (Yönerge m. 11). Tedbiri uzatma ve süresi bitmeden kaldırma kararı da Yönerge m. 10 kapsamında ilan edilir.



4. Yükümlülükler

Borsa bünyesindeki piyasalarda, pazarlarda, platformlarda ve sistemlerde faaliyet gösteren sermaye piyasası kurumları ile işlem yapma yetkisi verilenler ve bunların temsilcileri, tedbirlerin “etkin bir şekilde uygulanması için gerekli önlemleri” almakla yükümlüdürler, (Yönerge m. 12).

“İşlem yapma yetkisi verilenler”, depo şartı getirilen yatırımcılar ya da yatırım araçları için alım veya satım emirlerini Borsaya iletmeden önce; alım emirleri için, emrin teklif edilen fiyat üzerinden parasal karşılığının ilgili müşteri hesaplarında, satım emirleri için ise emir konusu yatırım aracı miktarının tamamının MKK nezdindeki ilgili alt hesaplarda bulunmasını sağlamakla yükümlüdür. “İşlem yapma yetkisi verilenler”, işbu Yönerge hakkında, kendilerince uygun görülecek yöntem ve araçlar vasıtasıyla müşterilerinin bilgilendirilmesini sağlamakla yükümlüdürler. Verilen emirler geçerliliğini sürdürdüğü müddetçe depo edilen nakit ya da yatırım araçlarının söz konusu hesaplarda tutulması zorunludur. İletilen emirlerin işleme dönüşmesi halinde de, alım emirlerinde gerçekleşen alım işlemi tutarına tekabül eden “nakit”, satım emirlerinde ise satılan miktar kadar yatırım aracı takas yükümlülüğü yerine getirilene kadar ilgili hesaplarda tutulmaya devam edilir. Depo edilen nakit ve yatırım aracı, takas işlemleri tamamlanana kadar müşteri tarafından iletilen yeni bir emrin karşılığında depo edilmesi gereken nakit ya da yatırım aracı olarak değerlendirilemez. Benzer şekilde, takas gününde yatırımcının hesabına geçecek olan nakit veya yatırım araçları da depo şartı kapsamında dikkate alınmaz.

“Brüt takas” uygulaması kapsamına alınmış olan yatırım araçları ile gerçek ve tüzel kişilere ait takas işlemleri, Takasbank tarafından belirlenen usul ve esaslar çerçevesinde yerine getirilir, (Yönerge m. 12(4)).

5. Gözetim İncelemesi ve Disiplin Soruşturması

Yönerge kapsamında tedbir alınmış olması gözetim incelemesi veya denetim yapılmasına, bu kapsamda ilave tedbir alınmasına veya disiplin hükümleri uygulanmasına engel teşkil etmez(Yönerge m. 13(1)). Yönerge kapsamında alınan tedbirlere aykırı davranan işlem yapma yetkisi verilenlere ve/veya temsilcilerine Borsa mevzuatı kapsamında ayrıca disiplin yaptırımını uygulanabilir.

SONUÇ

Sağlıklı gelişen bir sermaye piyasası ve güvenilir bir Borsa yatırım ortamının tesisi bakımından, SerPK m. 107(1) ile düzenlenen işlem bazlı piyasa dolandırıcılığı suçu ve SerPK m. 104'te düzenlenen piyasa bozucu eylemlerin, önleyici tedbir, ceza ve yaptırımlara konu edilerek bu konuda caydırıcılık sağlanması önemli bir etkidir. Çalışmamızda ele alındığı üzere, başta işlem bazlı piyasa dolandırıcılığı suçu olmak üzere, genel olarak piyasa bozucu eylemler kavramı dahilindeki bütün fiilleri önlemek ve yaptırım konusu yapmak üzere birbiri ile ilişkili ve aynı alanda düzenleme getiren çok sayıda SPK Tebliği ve Borsa İstanbul AŞ. düzenlemesi yapılmış olması, kanımızca yatırımcıların bu düzenlemelere uygunluğu sağlanması ve hangi işlem ve fiillerin yaptırım konusu olabileceğini öngörülebilmesi bakımından belirsizliğe neden olmaktadır. Aynı konunun birden fazla kurum tarafından düzenleme kapsamına alınması da tek başına belirsizlik oluşturabilecek niteliktedir. Bu düzenlemelerdeki tedbirlere ilişkin kullanılan, içeriği tam olarak belirli olmayan bazı kavramlar da, yatırımcılar üzerinde, bu tedbirlerin ne zaman ve ne şekilde uygulanacağı konusunda belirsizliğe neden olmaktadır. Tedbirler düzenlenirken, kapsamı belirsiz kavramlar kullanılmamalı ve tedbirlerin uygulanmasında etkinlik ve esneklik, içeriği somut olarak belirli kavramlarla yapılan tanımlamalar beraberinde sağlanmalıdır.

Çalışmamız özelinde, Yönerge'de yer alan gözetim tedbirlerinin, tedbirleri tetikleyen öğeler bakımından daha fazla somutlaştırılarak tanımlanması, manipülatörler tarafından bu tedbirlere karşı ön tedbir alınmasına da neden olabilecektir. Bunun aksi yönde ise Yönerge kapsamındaki tedbirlerin, kapsamı tam belirlenemeyen kavramlarla tanımlanmasına devam edilmesi ise piyasadaki işlem hacmini, volatilitiyi azaltarak yatırımcı ilgisini sınırlayabilecektir. Bu noktada, Borsa yönetimince Yönerge'deki tedbirlerin gereğince uygulanması, etkin ve güvenilir bir Borsa yatırım ortamı ortaya koyarak, özellikle küçük yatırımcıları koruyucu etki ortaya çıkaracaktır. Böylece Borsa özelinde, sermaye piyasasının, küçük yatırımcıların tasarruflarının ülke ekonomisine ve kalkınmaya katkısının sağlanması şeklindeki, temel amacını gerçekleştirmek kolaylaşacaktır.

Manipülatörler, sadece bireysel ve birlikte hareket edenlerden ibaret değildir. Borsada robotik yüksek hacimli işlemler gerçekleştiren algoritmalar da çoğu zaman işlem bazlı manipülasyonun, önceden programlanan robotik uygulayıcıları olmaktadır. Yönerge kapsamındaki tedbirlerin özellikle bu algoritmaları hedef alması, görece sığ bir piyasa olan Borsa İstanbul'un daha sağlıklı işlemesi bakımından zaruridir.



KISALTMALAR

art.	: article
C.	: Cilt
E.	: Esas
m.	: madde
K.	: Karar
RG	: Resmi Gazete
S.	: Sayı
s.	: sayfa
SEC	: U.S. Securities and Exchange Commission
SA.	: Menkul Kıymetler Kanunu (Securities Act of 1933)
SEA.	: Menkul Kıymetler Borsası Kanunu (Securities Exchange Act of 1934)
sec.	: section
SerPK	: Sermaye Piyasası Kanunu
SPK	: Sermaye Piyasası Kurulu
TCK	: Türk Ceza Kanunu
vd.	: ve devamı
Vol.	: volume



KAYNAKLAR

ADIGÜZEL, B. , 6362 Sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nda Sermaye Piyasası Aracı Kavramı, **Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi**, C. 3, S. 1, s. 1-8.

CHAMBERS, N. , Sermaye Piyasalarında Manipülasyon ve İMKB'deki Örnekleri, **Muhasebe ve Finansman Dergisi**, S. 24 (2004), s. 62-72.

GOLDWASSER, V. , **Stock Market Manipulation and Short Selling**, Melbourne, 2009.

MAHMUTOĞLU, F. S. , Suç - Kabahat Ayırımı – İdari Ceza Hukukunun Temelleri, **T.C. İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Tarafından Düzenlenen İdari Ceza Hukuku Sempozyumu**, İstanbul, 2009, s. 27 vd.

MANAVGAT, Ç. , **Sermaye Piyasasında İşleme Dayalı Manipülasyon ve Özel Hukuk Bakımından Sonuçları**, Ankara, 2008.

MERRITT, B. F./ LAWRENCE, R. G. / RAUTERBERG, G. V. , **The New Stock Market Law, Economics, And Policy**, New York 2019.

SAKİN, S. , Sermaye Piyasasında Manipülasyon Suçu, **International Journal of Legal Process**, Cilt 2 , Sayı 1 (2016), s. 31 vd.

ŞENSOY, D., Manipülasyon; Piyasa Dolandırıcılığı Suçu, Uygulanacak Tedbirler ve Yapıtlar, **Ankara Barosu Dergisi**, S. 2013/3, s. 369 vd.

Sermaye Piyasası Kurulu, Hisse Senedi Piyasasında Manipülasyon, Kullanılan Yöntem Örnekleri Manipülatif İşlem Kalıbı Örnekleri Korunma Yolları, Ankara, Aralık 2003 ("SPK Yayını").

YENİDÜNYA, A. C. / ERKAN, M./ Mustafa /ASAT, R. (Ed.), **İpek Yolu Canlanıyor Türk-Çin Hukuk Zirvesi**, Ankara, 2013.

YÜCE, A. A. , Sermaye Piyasasında Manipülasyon, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S. 2012, s. 369 vd.

<https://www.bloomberght.com/yorum/ceren-dilekci/2229048-araci-kurumlarda-yonerge-endisesihttps://www.borsaistanbul.com/duyurular/2019/07/19/borsa-istanbul-a-s-piyasalarinda-uygulanacak-gozetim-tedbirleri-yonergesi-ve-tedbir-yonetim-sistemi-nin-devreye-alinmasi> .

<https://www.borsaistanbul.com/uyezel/erd> .

<https://www.borsaistanbul.com/data/Genelge/gn2012395.pdf> .

<http://www.selmandursun.com/?p=118>

<http://www.kazanci.com>

<https://www.sec.gov/news/press/2010/2010-26.htm>



ALKOLLÜ ARAÇ KULLANIMI NEDENİYLE SÜRÜCÜ BELGESİNE GEÇİCİ SÜRELİ EL KONULMASI İŞLEMLERİNDE GÖREVLİ YARGI YERİ SORUNU ÜZERİNE BİR İNCELEME

*(A Study on the Problem of the Place of Jurisdiction in the Proceedings of
Temporary Confiscation of Driver's License due to the Use of Alcohol)*

Doç. Dr. Mustafa AVCI¹
Dr. Hüseyin BİLGİN²

ÖZ

Kişilerin can ve mal güvenliğinin sağlanması için trafik kurallarına uyulması gerekir. Ülkemizde bu trafik kuralları Karayolları Trafik Kanunu ve Karayolları Trafik Yönetmeliğinde düzenlenmiştir. Anılan kuralların bir tanesi de alkollü olarak araç kullanma yasağıdır. Bu yasağa uymayan kişilere idari para cezası verilmesi yanında sürücü belgelerine de geçici olarak el konulmaktadır. Kişilerin alkollü olduğunu tespit edecek olan kamu görevlileri trafik polisleri ve bu konuda yetkili olan diğer kolluk güçleridir. Kanunda belirtilen oranların üstünde vücudunda alkol bulunan kişiler, haklarında tesis edilen işlemlere karşı yargı yoluna başvurma hakkına sahiptir. Çalışmamızda anılan mevzuat hükümleri uyarınca tesis edilen işlemlere karşı açılan davalarda hangi yargı kolunun görevli olduğu konusu bölge idare mahkemeleri, Danıştay ve Uyuşmazlık Mahkemesi kararları esas alınarak izah edilmiştir. Ayrıca bu konuda mevcut bölge idare mahkemeleri arasındaki içtihat farklılığını giderme adına yapılması gerekenlerle ilgili görüş ve önerilere yer verilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Sürücü Belgesi, Karayolları Trafik Kanunu, Danıştay, idari para cezası, Bölge idare mahkemesi, Uyuşmazlık Mahkemesi, içtihat birliği.

ABSTRACT

Persons must comply with traffic rules for safety of life and property. In our country, these traffic rules are regulated by the Highways Traffic Code and the Highways Traffic Regulation. One of the rules in question is the prohibition of driving in alcohol. Persons who do not comply with this law shall be imposed administrative fines and their driver's licenses

- 1 Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı Başkanı, mavci4@anadolu.edu.tr, ORCID ID: 0000-0002-5182-2499
- 2 Konya Bölge İdare Mahkemesi 2. İdari Dava Dairesi Üyesi, huseyinbilgin22@hotmail.com, ORCID ID: 0000-0003-1887-792X



are temporarily seized. Persons who will determine that the persons are alcoholic are traffic police and other law enforcement authorities authorized to do so. People who have alcohol on their body above the rates stated in the law have the right to appeal to the proceedings against the procedures established. In our study, the subject of the judicial branch in the cases filed against the procedures established in accordance with the provisions of the aforementioned legislation is explained on the basis of the regional administrative courts, the Council of State and the decisions of the Court of Jurisdictional Disputes. In this regard, opinions and suggestions about what should be done in order to resolve case law among the regional administrative courts are included.

Keywords: Driving License, Road Traffic Law, Council of State, administrative fines, Regional administrative court, Dispute Court, case law.

GİRİŞ

Alkollü araç kullanma ülkemizdeki trafik kazalarının en önemli sebeplerinden birisi olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu nedenle alkollü araç kullanmanın önüne geçmek amacıyla çeşitli önlemler alınmak istenmiştir. 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanununun “Trafik Kuralları” başlıklı altıncı kısmının “Genel Kurallar” düzenleyen birinci bölümünde yer alan 48. maddesinde³ “Alkol, uyuşturucu veya uyarıcı maddelerin etkisi altında araç sürme yasağı” başlığı altında alkollü araç kullanma yasağına ilişkin kurallara yer verilmiştir. Anılan madde dışında Karayolları Trafik Yönetmeliğinin “Trafik Kuralları” başlıklı altıncı kısmının “Uyuşturucu ve Keyif Verici Maddeler ile Alkollü İçkilerin Etkisiyle Araç Sürme Yasağı” başlıklı ikinci bölümünde yer alan 97.maddesinde⁴ konuya ilişkin ayrıntılı düzenlemeler getirilmiştir.

Kanun ve Yönetmeliğin ilgili hükümleri esas alınarak bu konudaki düzenlemelere ve anılan düzenlemelerin uygulanmasına ilişkin idari yargıya yansıyan olayların esas alındığı ve sırasıyla alkollü olarak araç kullanmaya ilişkin tespitin ne şekilde kimler tarafından yapılacağına, yapılan bu tespitin geçerli olması için gerekli koşullara, alkollü araç kullananlara uygulanacak idari yaptırımların neler olduğuna ve bu yaptırımların ne şekilde sona ereceği hususlarına yer verildiği “Alkollü Araç Kullanımı Nedeniyle Sürücü Belgesine Geçici Süreli El Konulması İşlemleri Üzerine Bir İnceleme” isimli çalışmada incelenerek ele alınmıştır⁵.

3 13.10.1983 günlü kabul tarihli 18.10.1983 gün ve 18195 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan.

4 18.07.1997 gün ve 23053 sayılı mükerrer Resmi Gazetede yayımlanan.

5 AVCI, Mustafa / BİLGİN Hüseyin; “Alkollü Araç Kullanımı Nedeniyle Sürücü Belgesine



Bu çalışmamızda ise yukarıda anılan Kanun ve Yönetmelik hükümleri uyarınca verilen sürücü belgesine el konulması işlemlerine ve idari para cezalarına karşı açılacak olan davalarda görevli yargı kolunun hangisi olduğu, idari işlem niteliğinde olan bu kararlara karşı açılacak olan davalarda adli yargı yerlerinin (Sulh Ceza Hakimlikleri) mi idare mahkemelerinin mi görevli olduğu konusu ele alınmıştır. Çalışmada öncelikle bu konuya ilişkin açılan davalarda mevcut bölge idare mahkemelerinin görüşlerine yer verilmiştir. Bilahare, Danıştay'ın konuya bakan ilgili Dairesi ve İdari Dava Daireleri Kurulu kararlarına değinilmiştir. Son olarak da bu tür uyuşmazlık konularında anayasal karar verme mercii olan Uyuşmazlık Mahkemesi'nin bu konuya ilişkin yaklaşımı ifade edilerek konuya ilişkin görüş ve önerilerimizle çalışma tamamlanmıştır.

I. SÜRÜCÜ BELGESİNE GEÇİCİ EL KOYMAYA YETKİLİ BİRİMLER

Kanun koyucu alkollü araç kullanma eylemi nedeniyle hem idari para cezası hem de sürücü belgesine geçici olarak el koyma şeklinde iki ayrı yaptırım düzenlemiştir⁶. Alkollü araç kullanma nedeniyle mevzuatta düzenlenen idari para cezası ve sürücü belgesine el koyma işlemlerini tesis edecek olan yetkili makamlarda kanun metninde açıkça ifade edilmiştir. Buna göre, anılan işlemleri tesis etmeye yetkili olan makamlar, 2918 sayılı Kanununun 6. maddesinde sayılan kamu görevlileridir (m.48/12). Görevli yargı kolunun belirlenmesinde idari yaptırımı tesis edecek kişilerin önem arzemesi nedeniyle çalışmaya bu kişileri tanıyarak başlamak yerinde olacaktır. Buna göre;

Kanunun *“Trafik zabıtasının görev ve yetki sınırı ile genel zabitanın trafik hizmetlerini yürütmeye ilişkin yetkisi”* başlıklı 6. madde hükmünde trafik para cezası tesisine ve sürücü belgesini geçici almaya ilişkin işlemleri tesis etmeye yetkili olan kişiler trafik zabıtası ve genel zabıta olarak ifade edilmiş ve bu kişilere ilişkin tanımlara yer verilmiştir. Buna göre; bu konuda asıl görevli ve yetkili makam trafik zabıtasıdır. Trafik zabıtasına,

Geçici Süreli El Konulması İşlemleri Üzerine Bir İnceleme” **Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi**, S.13, s.129-166.

- 6 İdari yaptırımlar ve kolluk faaliyetleri konusunda ayrıntılı bilgi için bakınız. ÇAĞLAYAN, Ramazan, **İdare Hukuku Dersleri**, 6.Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018.; ATAY, Ender Ethem, **İdare Hukuku**, 4.Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2014. ;S SANCAKTAR, Oğuz, ve diğerleri, **İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı**, 7.Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2018.; AKYILMAZ, Bahtiyar/ SEZGİNER, Murat/ KAYA, Cemil, **Türk İdare Hukuku**, 9.Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2018. ; ÇAĞLAYAN, Ramazan, **İdari Yargılama Hukuku**, 10.Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2018. ; AVCI, Mustafa ve diğerleri, Editör: AVCI, Mustafa/Akıncı, Müslüm, **İdare Hukuku II**, Lisans Yayıncılık, İstanbul, 2014. ;ÇAĞLAYAN, Ramazan, **İdari Yargılama Hukuku**, 10.Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2018. ;GİRİTLİ, İsmet/BİLGEN, Pertev/AKGÜNER, Tayfun, **İdare Hukuku**, Der Yayınları, İstanbul, 2011.;GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref/TAN, Turgut, **İdare Hukuku Genel Esaslar**, Cilt:1, Turhan Kitabevi, Ankara, 2016.; ÖZAY, İl Han, **Günüşiğında Yönetim**, Alfa Yayıncılık, İstanbul, 2002.



emniyet ve asayiş bakımından zorunlu haller dışında genel zabıta görevi de verilemeyecektir. Trafik zabıtasının bulunmadığı veya yeterli olmadığı yerlerde ise, diğer polis görevlileri ile jandarma, trafik eğitimi almış subay, astsubay ve uzman çavuşlar bu işlemleri tesis etmeye yetkili olan makamlardır⁷.

II. İDARİ YARGI YERLERİNİN KONU HAKKINDAKİ KARARLARI

A. Bölge İdare Mahkemelerine Göre Uyuşmazlığın Çözümünde Görevli Yargı Yeri

6545 sayılı Kanunun kabulü ve yürürlüğe girmesiyle birlikte istinaf kanun yolu⁸ kabul edilerek ülkemizde üç dereceli yargılama sistemi uygulanmaya başlanmıştır. Kural olarak, bütün davalarda istinaf kanun yolu açık iken istinaf kanun yolunun uygulandığı davalarda sadece Kanunda sayılanlar dışında kalan davalar istinaf kanun yolu ile

- 7 Trafik zabıtası ve genel zabitanın görev ve yetki sınırı; a) *Trafik zabıtası*: Trafik zabıtası görevi sırasında karşılaştığı acil ve zorunlu hallerde genel zabıta görevi yapmakla da yetkilidir. Mülki idare amirlerince, emniyet ve asayiş bakımından zorunlu görülen haller dışında, trafik zabıtasına genel zabıta görevi verilemez, araç, gereç ve özel teçhizatı trafik hizmetleri dışında kullanılamaz. b) *Genel Zabıta*: Trafik zabıtasının bulunmadığı veya yeterli olmadığı yerlerde polis; polisin ve trafik teşkilatının görev alanı dışında kalan yerlerde de jandarma, trafik eğitimi almış subay, astsubay ve uzman jandarmalar eliyle yönetmelikte belirtilen esas ve usullere uygun olarak trafiği düzenlemeye ve trafik suçlarına el koymaya görevli ve yetkilidir (2918 sayılı Kanun m.6).
- 8 İstinaf müessesesi hakkında geniş bilgi için bkz.. HASBUTCU, Sebahattin Taha; **İdari Yargıda İstinaf Kanun Yolu**, Adalet Yayınevi, Ankara 2016; YILDIRIM, Ramazan; **Türk İdari Rejimi Dersleri, (İdari Yargılama Hukuku)** Cilt 3, Mimoza Yayınları, Konya 2015, s.337-338. BİLGİN, Hüseyin; **99 Soruda İdari Yargıda İstinaf Başvuru Rehberi**, Adalet Yayınevi, Ankara 2016; AVCI Mustafa; **İdari Yargıda İstinaf Kanun Yolu**, Yetkin Yayınları, Ankara 2017; ÇINARLI Serkan; **İdari Yargılamada İstinaf ve Bölge İdare Mahkemeleri**, 2. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2018; SEZGİNER, Murat; "İdari Yargıda İstinaf İncelemesinin Esasları ile İstinaf Uygulamasında İçtihat Ayrılıkları Sorunu ve Çözüm Yolları", **TC Danıştay Başkanlığı, 150. Yıl Danıştay ve İdari Yargı Günü Sempozyumu**, 10-11 Mayıs 2018, Ankara, s.111-134; TOKLU, Esat; "Türk İdari Yargısının İstinaf Deneyimi, Karşılaştığı Sorunlar ve Çözüm Önerileri", **TC Danıştay Başkanlığı, 150. Yıl Danıştay ve İdari Yargı Günü Sempozyumu**, 10-11 Mayıs 2018, Ankara, s.135-145; GÜLAN, Aydın; "Ülkemizdeki Kanuni Düzenlemeleri Sonrasında İstinaf Kanunuyolu Hakkında Yeniden ve Farklı Düşünmek", **TC Danıştay Başkanlığı, 148. Yıl Danıştay ve İdari Yargı Günü Sempozyumu**, 10 Mayıs 2016, Ankara, s.19-28; SANCAKTAR, Oğuz; "İdari Yargı İstinaf Sistemindeki Olası Sorunlar ve Çözüm Önerileri" **TC Danıştay Başkanlığı, 148. Yıl Danıştay ve İdari Yargı Günü Sempozyumu**, 10 Mayıs 2016, Ankara, s.29-114; DEMİRKOL, Selami; "İdari Yargılama Usulü Yenilenirken İstinaf Kanun Yolu Öngörüsü – Danıştay'ın İçtihat Mahkemesi Rolünün Güçlendirilmesi " **TC Danıştay Başkanlığı, 148. Yıl Danıştay ve İdari Yargı Günü Sempozyumu**, 10 Mayıs 2016, Ankara, s.115-140; AKYILDIZ, Ali; "İstinafa İlkesel Bakmak" **TC Danıştay Başkanlığı, 147. Yıl Danıştay ve İdari Yargı Günü Sempozyumu**, 12 Mayıs 2015, Ankara, s.11-32; YILDIRIM, Ramazan; "Türkiye'de İstinaf Uygulamasının İdari Yargıya Etkileri", **TC Danıştay Başkanlığı, 147. Yıl Danıştay ve İdari Yargı Günü Sempozyumu**, 12 Mayıs 2015, Ankara, s.33-54; KOÇ, Halil KOÇ; "İdari Yargıda İstinaf Sistemine Geçiş", **TC Danıştay Başkanlığı, 147. Yıl Danıştay ve İdari Yargı Günü Sempozyumu**, 12 Mayıs 2015, Ankara, s.55-62.



kesinleşmektedir. Ülkemizde 6545 sayılı Kanunun kabulünden önce 25 olan bölge idare mahkemesi sayısı sekize düşürülmüş ve 2016 yılı temmuz ayında yedi tanesi faaliyete geçirilmiştir⁹.

Alkolü araç kullanma nedeniyle sürücü belgesine el konulması ve idari para cezası işlemlerinin de idari yargı yerinde dava konusu edilmesi durumunda bu kararlara karşı istinaf yoluna başvurulacak ve bu kararlar istinaf dairesinde kesinleşecektir¹⁰. Halen faaliyette olan bölge idare mahkemelerinin bir kısmı 2918 sayılı Kanun uyarınca alkollü araç kullanma nedeniyle sürücü belgesine el konulmasına ilişkin işlemlere karşı açılacak olan davalarda idari yargı yerlerini görevli görmekte iken bir kısım bölge idare mahkemelerince ise adli yargı yerleri görevli görülmektedir.

1. İdari Yargı Yerlerinin Görevli Olduğu Görüşündeki Bölge İdare Mahkemeleri

a. İstanbul Bölge İdare Mahkemesi

aa. Bölge İdare Mahkemesinin Yargı Çevresi

İstanbul Bölge İdare Mahkemesinin yargı çevresinde Bilecik, Bursa, Edirne, İstanbul, Kocaeli, Kırklareli, Sakarya, Tekirdağ, Yalova illeri bulunmaktadır. İstanbul İdare Mahkemeleri, Bursa İdare Mahkemeleri, Edirne İdare Mahkemesi, Tekirdağ İdare Mahkemesi, Sakarya İdare Mahkemeleri, Kocaeli İdare Mahkemeleri de bölge idare mahkemesi bünyesinde faaliyet göstermektedir¹¹. Anılan idare mahkemelerince verilen kararlara karşı istinaf kanun yolu ile İstanbul Bölge İdare Mahkemesine başvuru yapılmaktadır.

bb. Uyuşmazlıklara Bakan Daire ve Dairenin İċhtihadı

İstanbul Bölge İdare Mahkemesinin 8. İdari Dava Dairesi alkollü araç kullanma nedeniyle sürücü belgesine el konulmasına ilişkin işlemlere karşı açılan idari davalarda verilen kararlara yapılan istinaf başvuruları incelemektedir. Anılan Daire tarafından ilk derece mahkemeleri tarafından verilen görev yönünden davanın reddi kararları idari yargı yerleri görevli olduğu gerekçesiyle kaldırılmaktadır¹².

Anılan kararlara bakıldığında ise;

9 BİLGİN, *İstinaf Başvuru Rehberi*, s.6.

10 İstinaf başvurusuna 30 gün içinde başvuru yapılması gerektiği hakkında İstanbul Bölge İdare Mahkemesi 8. İdare Dava Dairesi, 09/01/2018, E.2017/2655, K.2018/16 sayılı kararı; İstinaf başvurusuna 30 gün içinde başvurulması gerektiği hakkında Ankara Bölge İdare Mahkemesi 9. İdari Dava Dairesi, 20/12/2017, E.2017/1354, K.2017/1233 sayılı kararı.

11 BİLGİN, *İstinaf Başvuru Rehberi*, s.7.

12 İstanbul Bölge İdare Mahkemesi 8. İdare Dava Dairesi, 10/10/2018, E.2018/1493, K.2018/1428

cc. Daire Kararında Uygulanan Mevzuat Hükümleri

Öncelikle 5326 sayılı Kabahatler Kanununun 3,16,19 ve 27 maddelerine¹³ yer verilmiştir. Daha sonra 2918 sayılı Karayolları Trafik

sayılı kararı; İstanbul Bölge İdare Mahkemesi 8. İdare Dava Dairesi, 26/06/2018, E.2018/1038, K.2018/1138 sayılı kararı; İstanbul Bölge İdare Mahkemesi 8. İdare Dava Dairesi, 20/09/2017, E.2017/1737, K.2017/1420 sayılı kararı; Esastan davanın görüm ve çözümü halinde yapılan istinaf başvuruları da Dairece esastan karara bağlanmıştır. Davacının sürücüsü olduğu ... plakalı aracın 13/03/2016 tarihinde karıştığı maddi hasarlı trafik kazası sonrası davacının alkolmetre ile alkol ölçümünü reddettiği iddiasıyla 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun 48/9. maddesi uyarınca iki yıl süreyle sürücü belgesine el konulmasına ilişkin 13/03/2016 günlü işlemin iptali istemiyle dava açılmıştır. Davacı tarafından, alkol testinin Adli Tıpta yapılmasının talep edildiği ve Adli Tıpta yapılan alkol testi sonrasında, davacının alkollü olması nedeniyle hakkında 2918 sayılı Kanun'un 48/5. maddesine göre ayrıca sürücü belgesine altı ay süreyle el konulmasına dair işlemin tesis edildiği anlaşılmıştır. Davacının sürücü belgesine alkolmetreyi üflemediği iddiasıyla iki yıl süreyle el konulmasına ilişkin işlemde hukuka uygunluk bulunmadığı gerekçesiyle İstanbul 12. İdare Mahkemesi'nce verilen 27/04/2017 tarih ve E:2016/2038, K:2017/848 sayılı kararıyla iptaline karar verilmiştir. Bu karara karşı yapılan istinaf başvurusunda, başvurunun reddi kararı verilmiştir. İstanbul Bölge İdare Mahkemesi 8. İdare Dava Dairesi, 12/12/2017, E.2017/2233, K.2017/2196 sayılı kararı; İstanbul Bölge İdare Mahkemesi 8. İdare Dava Dairesi, 05/04/2017, E.2017/579, K.2017/520 sayılı kararı.

- 13 *“Genel kanun niteliği” Madde 3-* “(1) Bu Kanunun; a) İdarî yaptırım kararlarına karşı kanun yoluna ilişkin hükümleri, diğer kanunlarda aksine hüküm bulunmaması halinde, b) Diğer genel hükümleri, idarî para cezası veya mülkiyetin kamuya geçirilmesi yaptırımını gerektiren bütün fiiller hakkında, uygulanır.”; *Yaptırım türleri Madde 16-* “(1) Kabahatler karşılığında uygulanacak olan idarî yaptırımlar, idarî para cezası ve idarî tedbirlerden ibarettir. (2) İdarî tedbirler, mülkiyetin kamuya geçirilmesi ve ilgili kanunlarda yer alan diğer tedbirlerdir.”; *Saklı tutulan hükümler Madde 19-* “(1) Diğer kanunlarda kabahat karşılığında öngörülen belirli bir süre için; a) Bir meslek ve sanatın yerine getirilmemesi, b) İşyerinin kapatılması, c) Ruhsat veya ehliyetin geri alınması, d) Kara, deniz veya hava nakil aracının trafikten veya seyrüseferden alıkonulması, Gibi yaptırımlara ilişkin hükümler, ilgili kanunlarda bu Kanun hükümlerine uygun değişiklik yapılmıyca kadar saklıdır.”; *Başvuru yolu Madde 27-* “(1) İdarî para cezası ve mülkiyetin kamuya geçirilmesine ilişkin idarî yaptırım kararına karşı, kararın tebliği veya tefhimi tarihinden itibaren en geç onbeş gün içinde, sulh ceza mahkemesine başvurulabilir. Bu süre içinde başvurunun yapılmamış olması halinde idarî yaptırım kararı kesinleşir. (2) Mücbir sebebin varlığı dolayısıyla bu sürenin geçirilmiş olması halinde bu sebebin ortadan kalktığı tarihten itibaren en geç yedi gün içinde karara karşı başvuruda bulunulabilir. Bu başvuru, kararın kesinleşmesini engellemez; ancak, mahkeme yerine getirmeyi durdurabilir. (3) Başvuru, bizzat kanunî temsilci veya avukat tarafından sulh ceza mahkemesine verilecek bir dilekçe ile yapılır. Başvuru dilekçesi, iki nüsha olarak verilir. (4) Başvuru dilekçesinde, idarî yaptırım kararına ilişkin bilgiler, bu karara karşı ileri sürülen deliller açık bir şekilde gösterilir. Dilekçede ayrıca, başvurunun süresinde yapılmasını engelleyen mücbir sebep dayanaklarıyla gösterilir. (5) İdarî yaptırım kararının mahkeme tarafından verilmesi halinde, bu karara karşı ancak itiraz yoluna gidilebilir. (6) Soruşturma konusu fiilin suç değil de kabahat oluşturduğu gerekçesiyle idarî yaptırım kararı verilmesi halinde; kovuşturmaya yer olmadığı kararına itiraz edildiği takdirde, idarî yaptırım kararına karşı başvuru da bu itiraz merciinde incelenir. (7) Kovuşturma konusu fiilin suç değil de kabahat oluşturduğu gerekçesiyle idarî yaptırım kararı verilmesi halinde; fiilin suç oluşturulmaması nedeniyle verilen beraat kararına karşı kanun yoluna gidildiği takdirde, idarî yaptırım kararına karşı itiraz da bu kanun yolu merciinde incelenir. (8) İdarî yaptırım kararının verildiği işlem kapsamında aynı kişi ile ilgili olarak idarî yargının görev alanına giren kararların da verilmiş olması halinde; idarî yaptırım kararına ilişkin hukuka aykırılık iddiaları bu işlemin iptali talebiyle birlikte idarî yargı merciinde görülür.”



Kanununun 112. maddesinin önceki hali¹⁴ ile 12.07.2013 tarihli ve 6495 sayılı Kanun ile değişik “Sürücü Belgelerinin Geri Alınması ve İptalinde Yetki” başlıklı halihazırda yürürlükteki yeni şekline yer verilmiştir. Anılan düzenlemenin değişiklik sonrası hükmü ise; *“Bu Kanunun 6 ncı maddesinde sayılan görevlilerin ve trafik tescil kuruluşlarının yetkilendirildiği hâller hariç olmak üzere, sürücü belgelerinin geri alınmasına ve iptaline sulh ceza mahkemeleri karar verir.”* şeklindedir. Kararda son olarak, 2918 sayılı Kanunun 6.madde düzenlemesine yer verilmiştir.

çç. Mevzuat Hükümlerinin Yorumlanması

2918 sayılı Kanunun 112. maddesinin değiştirilen halinde, Kanunun 6. maddesinde sayılan görevliler ile trafik tescil kuruluşlarının yetkilendirildiği haller hariç tutulmuştur. Bu kişilerin yaptıkları dışındaki diğer hallerde sürücü belgelerinin geri alınmasına ve iptaline sulh ceza mahkemelerinin karar vereceği vurgulanmıştır.

2918 sayılı Kanunun 112. maddesinde 6495 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik, 5326 sayılı Kanunun yukarıda bahsi geçen 19. maddesinde yer alan *“diğer kanunlarda kabahat karşılığında öngörülen belirli bir süre için bir meslek ve sanatın yerine getirilmemesi, işyerinin kapatılması, ruhsat veya ehliyetin geri alınması, kara, deniz veya hava nakil aracının trafikten veya seyrüseferden alıkonulması gibi yaptırımlara ilişkin hükümlerin, bu Kanun hükümlerine uygun değişiklik yapıncaya kadar saklı olduğu”* hükmü uyarınca bu kapsamda yapılan değişiklik değildir.

dd. İdari İşlemin Özelliğinin Vurgulanması

Sürücü belgelerinin geçici olarak geri alınmasına ilişkin kollukça tesis edilen işlemler halen idari yargının denetimi altındadır. 2918 sayılı Kanunun bahsi geçen 6.maddesinde sayılan görevliler nitelikleri itibariyle idarenin ajanıdır. Bu kişilerin idarenin kendilerine verdiği yetki çerçevesinde icra ettikleri işlemler de idari işlem niteliğindedir.

Anılan kararda, idare hukuku öğretisinde idari işlem; idarenin idare hukuku alanında gördüğü hizmet ve faaliyetlere ilişkin hukuksal sonuç yaratmaya yönelik irade açıklaması olarak tanımlanmıştır. Kamu gücüne dayalı olarak tesis edilmeleri, kesin ve icrai olmaları, resen icra edilebilmeleri ve hukuka uygunluk karinesinden yararlanabilmeleri de idari işlemlerin diğer özelliklerini oluşturmaktadır.

14 2918 sayılı Kanunun 112 maddesinin değişiklik öncesi ilgili hükmü : *Bu Kanundaki suçlarla ilgili davalara bakacak mahkemeler ve yetkileri: Madde 112 –Sürücü belgelerinin geçici olarak geri alınması hariç olmak üzere bu Kanundaki; hafif para cezasını veya bununla birlikte hafif hapis cezasını, belgelerin geri alınması ve iptali veya işyerlerinin kapatılması cezasını gerektiren suçlarla ilgili davalara trafik mahkemelerinde, bunların bulunmadığı yerlerde yetki verilen sulh ceza mahkemelerinde bakılır.”*



Türkiye Cumhuriyeti Anayasasınının 125. maddesinde; idarenin her türlü işlem ve eylemine karşı yargı yolunun açık olduğu belirtilmiştir. 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 2. maddesinde, idari dava türleri; idari işlemlerden doğan iptal davaları, idari işlem ve eylemlerden doğan tam yargı davaları ile idari sözleşmelerden doğan davalar olarak sayılmıştır.

ee. Hüküm Fıkrasının Gerekçesi

İdari işlemlerden doğan uyuşmazlıklarda görevli mahkemeler kural olarak idari yargı mercileri olmakla birlikte, yasama organının bir kanun ile idari işlemi adli yargının denetimine vermesi gibi istisnai durumlarda idari işlemlerden doğan uyuşmazlıklar idari yargı denetimi dışında kalmaktadır.

Trafik idari para cezalarından doğan uyuşmazlıklarda görevli mahkemeler 5326 sayılı Kanunun 27/1.maddesi hükmü uyarınca sulh ceza mahkemeleridir. Ancak, gerek 2918 sayılı gerekse 5326 sayılı Kanun hükümleri göz önüne alındığında, bir idari işlem olan sürücü belgesinin geri alınmasına ilişkin işlemlerden doğan uyuşmazlıklarda görevli mahkemeler idari yargı merciidir.

Buna göre, idare mahkemesince davanın esası incelenerek bir karar verilmesi gerekirken, uyuşmazlığın görüm ve çözümünün adli yargının görevine girdiği gerekçesiyle davanın görev yönünden reddine karar verilmesinde hukuku uyarlık bulunmadığına hükmedilmiştir¹⁵.

ff. Konuya İlişkin Diğer Karar Örnekleri

İstanbul Bölge İdare Mahkemesince inceleme konusu hakkında idari yargı yerleri görevli görülmüştür. Yargı çevresindeki ilk derece mahkemelerince işin esasına girilerek karar verilmektedir¹⁶. Adli ve

15 İstanbul Bölge İdare Mahkemesi 8. İdare Dava Dairesi, 29/05/2018, E.2018/858, K.2018/971 sayılı kararı; İstanbul Bölge İdare Mahkemesi 8. İdare Dava Dairesi, 14/02/2018, E.2018/225, K.2018/258 sayılı kararı; İstanbul Bölge İdare Mahkemesi 8. İdare Dava Dairesi, 30/05/2017, E.2017/1053, K.2017/859 sayılı kararı; İstanbul Bölge İdare Mahkemesi 8. İdare Dava Dairesi, 07/09/2017, E.2017/1495, K.2017/1198 sayılı kararı; İstanbul Bölge İdare Mahkemesi 8. İdare Dava Dairesi, 12/09/2017, E.2017/1204, K.2017/1214 sayılı kararı.

16 İstanbul Bölge İdare Mahkemesi 8. İdare Dava Dairesi, 09/10/2018, E.2018/1042, K.2018/1418 sayılı kararı; İstanbul Bölge İdare Mahkemesi 8. İdare Dava Dairesi, 26/09/2017, E.2017/1769, K.2017/1494 sayılı kararı; İstanbul Bölge İdare Mahkemesi 8. İdare Dava Dairesi, 23/10/2018, E.2018/1115, K.2018/1477 sayılı kararı; *Davacı sürücüsü olduğu ... plakalı aracın 13/03/2016 tarihinde maddi hasarlı trafik kazasına karışmıştır. Davacının alkolmetre ile alkol ölçümünü reddettiği iddiasıyla 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun 48/9. maddesi uyarınca iki yıl süreyle sürücü belgesine el konulmasına ilişkin 13/03/2016 günlü işlem tesis edilmiştir. Anılan işlemin iptali istemiyle açılan davada; davacı tarafından, alkol testinin Adli Tıpta yapılmasının talep edildiği ve Adli Tıpta yapılan alkol testi sonrasında, davacının alkollü olması nedeniyle hakkında 2918 sayılı Kanun'un 48/5. maddesine göre ayrıca sürücü belgesine altı ay süreyle el konulmasına*



idari yargı yerlerinin her ikisinin de kendisini görevsiz görmesi üzerine ortaya çıkan olumsuz görev uyuşmazlığında¹⁷ dava dosyası Uyuşmazlık Mahkemesine gönderilmektedir. Uyuşmazlık Mahkemesince davanın adli yargı yerinde görüleceği yönünde karar verilmektedir¹⁸. Bu gibi durumlarda Uyuşmazlık Mahkemesi kararının bağlayıcı olması nedeniyle o dosyaya münhasır olarak davanın görev yönünden reddine ilişkin kararlara yönelik istinaf başvuruları reddedilmektedir¹⁹.

Davalı idarelerce savunma dilekçelerinde idari yargı yerlerinin görevli olmadığı iddiasıyla görev itirazında bulunabilmektedir. Bunun üzerine idare mahkemesince “görevlilik kararı” verilmektedir. İdare mahkemesince verilen bu karara karşı davalı idarenin itiraz etmesi halinde, mahkemece dava dosyasının esası hakkında karar verilemeyecektir. Bu halde dava dosyasının Uyuşmazlık Mahkemesine gönderilmesi yönünde karar verilmelidir²⁰. Davalı idarenin görev itirazının ilk derece mahkemesince

dair işlemin tesis edilmiştir. Bu nedenle davacının sürücü belgesine alkolmetreyi üflemediği iddiasıyla iki yıl süreyle el konulmasına ilişkin işlemde hukuka uygunluk bulunmadığı gerekçesiyle dava konusu edilen işlemin İstanbul 12. İdare Mahkemesi’nce 27/04/2017 tarih ve E:2016/2038, K:2017/848 sayılı kararla iptaline karar verilmiştir. Bu karara karşı yapılan istinaf isteminin reddi hakkında İstanbul Bölge İdare Mahkemesi 8. İdare Dava Dairesi, 12/12/2017, E.2017/2233, K.2017/2196 sayılı kararı.

- 17 **2247 sayılı Uyuşmazlık Mahkemesi Kanunu Madde 14: Olumsuz görev uyuşmazlığı:** Olumsuz görev uyuşmazlığının bulunduğu ileri sürülebilmesi için adli ve idari yargı mercilerinin tarafları, konusu ve sebebi aynı olan davada kendilerini görevsiz görmeleri ve bu yolda verdikleri kararların kesin veya kesinleşmiş olması gerekir. Bu uyuşmazlığın giderilmesi istemi, ancak davanın taraflarınca ileri sürülebilir.; AVCI, Mustafa; “Olumsuz Görev Uyuşmazlığı ve Çözüm Usulü”, **Ulusal Uyuşmazlık Mahkemesi Sempozyumu**, Uyuşmazlık Mahkemesi Yayınları, Ankara 12 Mayıs 2016, s.175-206.
- 18 Uyuşmazlık Mahkemesi, 28.05.2018, E:2018/332, K:2018/301 sayılı kararı; Ayrıca bu konuda bilgi için bkz. ÇINARLI, Serkan/ BOULONGER, Özge Didem; “Uyuşmazlık Kararları Işığında İdari Yaptırımlarda Görevli Yargı Kolu”, *Terazi Aylık Hukuk Dergisi*, S.151, s.490-503.
- 19 İstanbul Bölge İdare Mahkemesi 8. İdare Dava Dairesi, 09/10/2018, E.2018/1486, K.2018/1412 sayılı kararı. Aynı kararda *Uyuşmazlık Mahkemesince davanın görüm ve çözümünde adli yargı yerinin görevli olduğuna karar verildiği durumlarda adli yargı mercilerinde açılacak asıl dava sonucunda davadaki haklılığa göre vekâlet ücreti yönünden hüküm kurulacaktır. Bu nedenle Uyuşmazlık Mahkemesi kararı sonrasında İdare Mahkemesince verilen görev ret kararında davacı aleyhine avukatlık ücretine hükmedilmesinde hukuka uygunluk bulunmadığına da hükmedilmiştir.*
- 20 *2247 sayılı Yasanın 10. maddesi ve devamı maddelerine göre, adli veya idari yargı mercisine açılmış bir davada görev itirazında bulunulması halinde, başkaca usuli işlem yapıp esasa girilmeden bu itiraz hakkında bir karar verilmelidir. Görev itirazı reddedilmiş ise, bunun tebliğ edilmesi böylece görev itirazında bulunan kişi veya makama görev uyuşmazlığı çıkarmayı isteme konusunda imkan tanınması gerekir. Olayda davalı idarenin görev itirazı üzerine İdare Mahkemesince 15/09/2017 tarihinde görevlilik kararı verilmiştir. Bu kararın tebliği sonrasında davalı idare tarafından verilen ve 23/10/2017 tarihinde Mahkeme kaydına giren dilekçede, uyuşmazlık çıkarılmasını istemek için dilekçenin Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına sunulmasının istenmiştir. Ancak Mahkemece 2247 sayılı Kanunla getirilen süreç işletilmeksizin davanın esasına girilerek karar verilmiştir. İdare Mahkemesince davalı idarenin görevlilik kararına itirazı üzerine, itiraz dilekçesinin karşı tarafa tebliğini müteakiben görev uyuşmazlığı çıkarmaya yetkili makama (Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı) gönderilmesi ve bu itirazın tamamlanmasından sonra bir karar verilmesi gerekir. 2247*

karşılanmaması durumunda istinaf dairesince dava dosyasının ilk derece mahkemesine iadesine karar verilmektedir²¹.

2918 sayılı Kanunun 48/5 maddesi uyarınca tesis edilen işlemler ile birlikte aynı Kanun uyarınca verilen başka idari yaptırımlar da idari dava konusu edilebilmektedir. Örneğin, anılan Kanunun 44/1-b maddesi "Araç kullanırken sürücü belgelerini yanlarında bulundurmak ve yetkililer her istediğinde göstermek, zorundadırlar." hükmü yer almaktadır. İdarece yapılan denetim sırasında sürücü belgesini ibraz etmediğinden bahisle davacıya sürücü belgesine geçici olarak el konulması işlemi yanında 206,00-TL idari para cezası verilmiştir. Bu cezanın da hukuka aykırı olduğu iddiasıyla sürücü belgesine el konulması işlemiyle birlikte idarî yargı merciinde dava konusu edilmiştir. Dairece, 2918 sayılı Kanun'un 44/1-b maddesi uyarınca denetim sırasında sürücü belgesini yanında bulundurmadığından bahisle uygulanan 206,00-TL idari para cezasının aynı maddi olaya (2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun 48/5 maddesi uyarınca 6 ay süreyle sürücü belgesinin geri alınmasına ilişkin) işlemle ilişkili görülmemiştir. Bu nedenle de 2918 sayılı Kanun'un 44. maddesi uyarınca uygulanan idari para cezasının iptali istemiyle açılan davanın adli yargı yerinde (Sulh Ceza Hakimliği'nde) çözümlenmesi gerektiği yönünde karar verilmiştir²².

b. İzmir Bölge İdare Mahkemesi

aa. Bölge İdare Mahkemesinin Yargı Çevresi

İzmir Bölge İdare Mahkemesinin yargı çevresinde Aydın, Balıkesir, Çanakkale, Denizli, İzmir, Kütahya, Manisa, Muğla, Uşak illeri bulunmaktadır. İzmir İdare Mahkemeleri; Aydın İdare Mahkemeleri; Muğla İdare Mahkemeleri; Balıkesir İdare Mahkemeleri; Denizli İdare Mahkemesi; Çanakkale İdare Mahkemesi; Kütahya İdare Mahkemesi; Manisa İdare Mahkemeleri, Uşak İdare Mahkemesi de bölge idare mahkemesi bünyesinde faaliyet göstermektedir²³. Anılan idare mahkemelerince verilen kararlara karşı istinaf kanun yolu ile İzmir Bölge İdare Mahkemesine başvuru yapılmaktadır.

sayılı Yasada belirtilen süreç işletilmeden davanın esası hakkında karar verilmesinde usul hukukuna uyarlık bulunmamaktadır. İstanbul Bölge İdare Mahkemesi 8. İdare Dava Dairesi, 03/10/2018, E.2018/881, K.2018/1406 sayılı kararı; İstanbul Bölge İdare Mahkemesi 8. İdare Dava Dairesi, 03/07/2018, E.2018/475, K.2018/1216 sayılı kararı; İstanbul Bölge İdare Mahkemesi 8. İdare Dava Dairesi, 04/04/2018, E.2017/2498, K.2018/641 sayılı kararı.

21 İstanbul Bölge İdare Mahkemesi 8. İdare Dava Dairesi, 28/11/2017, E.2017/2182, K.2017/2130 sayılı kararı

22 İstanbul Bölge İdare Mahkemesi 8. İdare Dava Dairesi, 25/09/2018, E: 2018/1056, K.2018/1337 sayılı kararı.

23 BİLGİN, *İstinaf Başvuru Rehberi*, s.7.



bb. Uyuşmazlıklara Bakan Daire ve Dairenin İctihadı

İzmir Bölge İdare Mahkemesinin 5. İdari Dava Dairesi çalışma konusuna ilişkin uyuşmazlıkları istinaf makamı olarak inceleyen dairedir²⁴. Beşinci Daire tarafından ilk derece mahkemeleri tarafından verilen görev yönünden davanın reddi kararları idari yargı yerleri görevli olduğu gerekçesiyle kaldırılmaktadır²⁵. Anılan kararlara bakıldığında önceki başlıkta yer verilen İstanbul Bölge İdare Mahkemesi 8. İdari Dava Dairesi kararları ile benzer nitelikte olduğu görülmektedir.

Anılan kararlarda özellikle, 2918 sayılı Kanunun 6. maddesinde sayılan görevliler nitelikleri itibariyle idarenin ajanı olup, yürürlükteki mevzuat kapsamında idarenin kendilerine verdiği yetki çerçevesinde icra ettikleri işlemlerin de idari işlem niteliğinde olduğunda kuşku bulunmadığı vurgulanmıştır²⁶. Ayrıca idari işlemin özelliklerine değinilerek Anayasanın 125. maddesi uyarınca idari işlemlere karşı açılacak davalarda idari yargı yerleri görevli olduğu ifade edilmiştir²⁷.

- 24 HSK 1. Dairesinin 19.12.2018 gün ve 1945 sayılı kararı ile İzmir Bölge İdare Mahkemesi 7. İdari Dava Dairesinin 02/01/2019 tarihi itibarıyla faaliyete geçirilmesine karar verilmiş olup çalışmamız sırasında henüz inceleme konusunda herhangi bir karar verilmediği için 5. Dava Dairesi kararları esas alınmıştır.
- 25 İzmir Bölge İdare Mahkemesi 5. İdari Dava Dairesi, 30/10/2018, E.2018/2265, K.2018/2342 sayılı kararı; İzmir Bölge İdare Mahkemesi 5. İdare Dava Dairesi, 09/03/2017, E.2017/432, K.2017/377 sayılı kararı; İzmir Bölge İdare Mahkemesi 5. İdare Dava Dairesi, 21/02/2017, E.2017/69, K.2017/211 sayılı kararı; İzmir Bölge İdare Mahkemesi 5. İdare Dava Dairesi, 16/03/2017, E.2017/9, K.2017/424 sayılı kararı; 5326 sayılı Kanunun 27/8 maddesinde yer alan “idari yaptırım kararının verildiği işlem kapsamında aynı kişi ile ilgili olarak idari yargının görev alanına giren kararların da verilmiş olması halinde, idari yaptırım kararına ilişkin hukuka aykırılık iddialarının bu işlemin iptal talebiyle birlikte idari yargı merciinde görüleceği” düzenlemesi de birlikte değerlendirildiğinde, dava konusu işlemde doğan uyuşmazlıkta İdare Mahkemesince işin esası incelenerek bir karar verilmesi gerekir. Uyuşmazlığın görüm ve çözümünde adli yargı yerinin görevli olduğu gerekçesiyle davanın görev yönünden reddine karar verilmesinde hukuka uyarlık görülmemiştir. İzmir Bölge İdare Mahkemesi 5. İdari Dava Dairesi, 22/12/2017, E.2017/3528, K.2017/2863 sayılı kararı; İzmir Bölge İdare Mahkemesi 5. İdare Dava Dairesi, 12/10/2017, E.2017/2959, K.2017/1941 sayılı kararı; İzmir Bölge İdare Mahkemesi 5. İdare Dava Dairesi, 18/05/2017, E.2017/1011, K.2017/925 sayılı kararı.
- 26 İzmir Bölge İdare Mahkemesi 5. İdari Dava Dairesi, 22/12/2017, E.2017/3528, K.2017/2863 sayılı kararı.
- 27 “İdare hukuku öğretisinde idari işlem; idarenin idare hukuku alanında gördüğü hizmet ve faaliyetlere ilişkin hukuksal sonuç yaratmaya yönelik irade açıklaması olarak tanımlanmaktadır. Kamu gücüne dayalı olarak tesis edilmeleri, kesin ve icrai olmaları, resen icra edilebilmeleri ve hukuka uygunluk karinesinden yararlanabilmeleri de idari işlemlerin diğer özelliklerini oluşturmaktadır. TC Anayasasının “Yargı Yolu” başlıklı 125. maddesinde; idarenin her türlü işlem ve eylemine karşı yargı yolunun açık olduğu belirtilmiştir. 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun “İdari Dava Türleri ve İdari Yargı Yetkisinin Sınırı” başlıklı 2. maddesinde idari dava türleri; idari işlemlerden doğan iptal davaları, idari işlem ve eylemlerden doğan tam yargı davaları ile idari sözleşmelerden doğan davalar olarak düzenlenmiştir. İdari işlemlerden doğan uyuşmazlıklarda görevli mahkemeler kural olarak idari yargı mercileri olmakla birlikte, yasama organının bir kanun ile idari işlemi adli yargının denetimine vermesi gibi istisnai durumlarda idari işlemlerden doğan uyuşmazlıklar idari yargı denetimi dışında kalmaktadır.” İzmir Bölge İdare Mahkemesi 5. İdari Dava Dairesi, 22/12/2017, E.2017/3528, K.2017/2863 sayılı kararı.



cc. Konuya İlişkin Dairece Verilen Karar Örnekleri

İzmir Bölge İdare Mahkemesinin 2918 sayılı Kanun uyarınca tesis edilen işlemlere karşı açılacak olan davalarda idari yargı yerleri görevli görülmektedir. Bu nedenle bu davaların 60 günlük genel dava açma süresi içinde davanın açılması gerekmektedir²⁸. Dairenin usulden kararları bulunduğu gibi işin esası hakkında, davanın reddi veya dava konusu işlemin iptali yönünde, verdiği çok sayıda kararı bulunmaktadır²⁹.

c. Gaziantep Bölge İdare Mahkemesi

aa. Bölge İdare Mahkemesinin Yargı Çevresi

Gaziantep Bölge İdare Mahkemesinin yargı çevresinde Adıyaman, Batman, Diyarbakır, Elazığ, Gaziantep, Hatay, Kahramanmaraş, Kilis, Malatya, Mardin, Osmaniye, Siirt, Şanlıurfa, Şırnak illeri bulunmaktadır. Gaziantep İdare Mahkemeleri; Hatay İdare Mahkemeleri; Diyarbakır İdare Mahkemeleri; Batman İdare Mahkemeleri; Mardin İdare Mahkemesi; Siirt İdare Mahkemesi; Kahramanmaraş İdare Mahkemesi; Malatya İdare Mahkemesi; Elazığ İdare Mahkemeleri de bölge idare mahkemesi bünyesinde faaliyet göstermektedir³⁰. Anılan idare mahkemelerince verilen kararlara karşı istinaf kanun yolu ile Gaziantep Bölge İdare Mahkemesine başvuru yapılmaktadır.

bb. Uyuşmazlıklara Bakan Daire ve Dairenin İctihadı

Gaziantep Bölge İdare Mahkemesinin 4. İdari Dava Dairesi çalışma konusuna ilişkin uyuşmazlıklara istinaf makamı olarak inceleyen dairedir. Dördüncü Daire tarafından ilk derece mahkemeleri tarafından verilen görev yönünden davanın reddi kararları idari yargı yerleri görevli olduğu gerekçesiyle kaldırılmaktadır³¹. Anılan kararlara bakıldığında da İstanbul

28 Alkollü araç kullanma nedeniyle sürücü belgesine geçici el konulmasına ilişkin işlemin iptali istemiyle 60 gün içinde iptal davası açılmadığından bahisle verilen süre aşımı nedeniyle davanın reddi kararına karşı istinaf başvurusunun reddi kararı için bkz İzmir Bölge İdare Mahkemesi 5. İdari Dava Dairesi, 31/10/2018, E.2018/2266, K.2018/2346 sayılı kararı; İzmir Bölge İdare Mahkemesi 5. İdari Dava Dairesi, 23/10/2018, E.2018/2186, K.2018/2307 sayılı kararı; İzmir Bölge İdare Mahkemesi 5. İdari Dava Dairesi, 25/09/2018, E.2018/1928, K.2018/1970 sayılı kararı.

29 İzmir Bölge İdare Mahkemesince alkollü araç kullanma nedeniyle sürücü belgesine el konulmasına ve idari para cezası verilmesine ilişkin davaların esastan görülerek çözümlendiğine ilişkin karar örnekleri için bkz. İzmir Bölge İdare Mahkemesi 5. İdari Dava Dairesi, 13/11/2018, E.2018/2252, K.2018/2456 sayılı kararı; İzmir Bölge İdare Mahkemesi 5. İdari Dava Dairesi, 25/09/2018, E.2018/1942, K.2018/2004 sayılı kararı; İzmir Bölge İdare Mahkemesi 5. İdari Dava Dairesi, 27/09/2018, E.2018/1915, K.2018/2049 sayılı kararı; İzmir Bölge İdare Mahkemesi 5. İdari Dava Dairesi, 11/10/2018, E.2018/1954, K.2018/ 2173 sayılı kararı.

30 BİLGİN, *İstinaf Başvuru Rehberi*, s.7.

31 Gaziantep Bölge İdare Mahkemesi 4. İdari Dava Dairesi, 20/02/2018, E.2018/125, K.2018/141 sayılı kararı; Gaziantep Bölge İdare Mahkemesi, 4. İdari Dava Dairesi, 26/10/2017,



ve İzmir Bölge İdare Mahkemesi kararlarına benzer nitelikte olduğu görülmektedir.

cc. Konuya İlişkin Dairece Verilen Karar Örnekleri

Gaziantep Bölge İdare Mahkemesince 2918 sayılı Kanun uyarınca sürücü belgesine geçici süre ile el konulmasına ilişkin işlemlere karşı açılacak olan davalarda idari yargı yerleri görevli görülmektedir. Bu nedenle anılan işlemlere karşı açılan davalarda işin esasına girilerek dava konusu işlemin iptali veya davanın reddi yönünde kararlar verilmektedir. Aynı şekilde işin esasına girilerek verilen ilk derece mahkemeleri kararlarına karşı yapılan istinaf başvuruları reddedilmekte veya kabul edilmektedir³².

d. Erzurum Bölge İdare Mahkemesi

aa. Bölge İdare Mahkemesinin Yargı Çevresi

Erzurum Bölge İdare Mahkemesinin yargı çevresinde Ardahan, Ağrı, Bayburt, Bitlis, Bingöl, Erzincan, Erzurum, Gümüşhane, Hakkari, Iğdır, Kars, Muş, Tunceli, Van illeri bulunmaktadır. Erzurum İdare Mahkemeleri; Van İdare Mahkemeleri, Erzincan İdare Mahkemesi de bölge idare mahkemesi bünyesinde faaliyet göstermektedir³³. Anılan idare mahkemelerince verilen kararlara karşı istinaf kanun yolu ile Erzurum Bölge İdare Mahkemesine başvuru yapılmaktadır.

bb. Uyuşmazlıklara Bakan Daire ve Dairenin İçtihadı

Erzurum Bölge İdare Mahkemesinin 2. İdari Dava Dairesi çalışma konusuna ilişkin uyuşmazlıklara istinaf makamı olarak inceleyen dairedir. İkinci Daire tarafından ilk derece mahkemeleri tarafından verilen görev yönünden davanın reddi kararları idari yargı yerleri görevli olduğu gerekçesiyle kaldırılmaktadır³⁴. Anılan kararlara bakıldığında İstanbul, İzmir ve Gaziantep Bölge İdare Mahkemesi kararlarıyla benzer içeriktedir.

E.2017/1945, K.2017/1878 sayılı kararı; Gaziantep Bölge İdare Mahkemesi, 4. İdari Dava Dairesi, 11/07/2017, E.2016/3371, K.2017/1524 sayılı kararı.

32 Gaziantep Bölge İdare Mahkemesi 4. İdari Dava Dairesi, 08/11/2018, E.2018/1088, K.2018/2380 sayılı kararı; Gaziantep Bölge İdare Mahkemesi 4. İdari Dava Dairesi, 08/11/2018, E.2018/945, K.2018/2378 sayılı kararı; Gaziantep Bölge İdare Mahkemesi 4. İdari Dava Dairesi, 08/11/2018, E.2018/745, K.2018/2362 sayılı kararı; Gaziantep Bölge İdare Mahkemesi 4. İdari Dava Dairesi, 15/06/2017, E.2017/17, K.2017/1370 sayılı kararı.

33 BİLGİN, *İstinaf Başvuru Rehberi*, s.7.

34 Erzurum Bölge İdare Mahkemesi 2. İdari Dava Dairesi, 13/10/2017, E.2017/948, K.2017/1417 sayılı kararı.



cc. Konuya İlişkin Dairece Verilen Karar Örnekleri

Erzurum Bölge İdare Mahkemesince çalışmaya konu idari işlemlere karşı açılan davalarda işin esasına girilerek verilen kararlara karşı yapılan başvurularda esastan karara bağlanmaktadır³⁵.

2. İdari Yargı Yerlerinin Görevli Olmadığı Görüşündeki Bölge İdare Mahkemeleri

a. Ankara Bölge İdare Mahkemesi

aa. Bölge İdare Mahkemesinin Yargı Çevresi

Ankara Bölge İdare Mahkemesinin yargı çevresinde Ankara, Bartın, Bolu, Çankırı, Düzce, Eskişehir, Karabük, Kastamonu, Kayseri, Kırıkkale, Kırşehir, Nevşehir, Sivas, Yozgat, Zonguldak illeri bulunmaktadır. Ankara İdare Mahkemeleri, Eskişehir İdare Mahkemeleri, Bolu İdare Mahkemesi, Kastamonu İdare Mahkemesi Zonguldak İdare Mahkemesi de bölge idare mahkemesi bünyesinde faaliyet göstermektedir³⁶. Anılan idare mahkemelerince verilen kararlara karşı istinaf kanun yolu ile Ankara Bölge İdare Mahkemesine başvuru yapılmaktadır.

bb. Uyuşmazlıklara Bakan Daire ve Dairenin İctihadı

Ankara Bölge İdare Mahkemesinin, 9. İdari Dava Dairesi 2918 sayılı Kanununun 48/5 maddesi uyarınca tesis edilen işlemlere karşı açılan davalarda verilen kararlara karşı yapılan istinaf başvurularını incelemektedir. Dairece davaların esasına girilerek verilen ilk derece mahkemesi kararlarını (davanın adli yargı yerinin görevinde olduğu gerekçesiyle) kaldırarak dosyayı mahkemesine iade etmektedir. Aynı şekilde, ilk derece mahkemesince davanın görev yönünden reddine karar verilmesi halinde ise bu karara karşı yapılan istinaf başvurularını da reddetmektedir³⁷.

35 Erzurum Bölge İdare Mahkemesi 2. İdari Dava Dairesi, 15/03/2018, E.2017/2128, K.2018/488 sayılı kararı; Alkollü olarak araç kullandığı gerekçesiyle ehliyetinin 6 ay süre ile geri alınmasına ilişkin işlem ve 844,00 TL tutarındaki idari para cezası kararının iptali istemiyle açılan davada; dava konusu işlemin iptaline karar veren Erzurum 2. İdare Mahkemesinin 18/04/2017 tarih ve E:2016/2207, K:2017/1328 sayılı karara karşı istinaf başvurusunun reddine ilişkin Erzurum Bölge İdare Mahkemesi 2. İdari Dava Dairesi, 31/05/2018, E.2017/2419, K.2018/938 sayılı kararı.

36 BİLGİN, *İstinaf Başvuru Rehberi*, s.6.

37 Ankara Bölge İdare Mahkemesi 9. İdari Dava Dairesi, 23/11/2017, E.2017/1060, K.2017/1086 sayılı kararı; Ankara Bölge İdare Mahkemesi 9. İdari Dava Dairesi, 14/09/2018, E.2018/778, K.2018/837 sayılı kararı; Ankara Bölge İdare Mahkemesi 9. İdari Dava Dairesi 25/10/2017, E.2017/992, K.2017/905 sayılı kararı; Ankara Bölge İdare Mahkemesi 9. İdari Dava Dairesi, 06/07/2017, E. 2017/716, K.2017/682 sayılı kararı; Ankara Bölge İdare Mahkemesi 9. İdari Dava Dairesi, 25/10/2017, E. 2017/852, K.2017/907 sayılı kararı; Ankara Bölge İdare Mahkemesi 9. İdari Dava Dairesi, 23/11/2017, E.2017/836, K.2017/1085 sayılı kararı; Ankara Bölge İdare Mahkemesi 9. İdari Dava Dairesi, 02/11/2017, E.2017/638, K.2017/966 sayılı



Anılan kararlara bakıldığında ise;

cc. Daire Kararında Uygulanan Mevzuat Hükümleri

Öncelikle Kabahatler Kanununun 3. ve 27. maddelerine yer verilmiştir. Sonrasında 19.12.2006 tarihinde yürürlüğe giren düzenlemeye göre, *Kabahatler Kanunu'nun; idari yaptırım kararlarına karşı kanun yoluna ilişkin hükümlerinin, diğer kanunlarda aksine hüküm bulunmaması halinde uygulanacağı; diğer kanunlarda görevli mahkemenin gösterilmesi durumunda ise uygulanmayacağı* ifade edilmiştir.

İdari yaptırım kararının verildiği işlem kapsamında aynı kişi ile ilgili olarak idari yargının görev alanına giren kararların da verilmiş olması halinde; idari yaptırım kararına ilişkin hukuka aykırılık iddialarının, bu işlemin iptali talebiyle birlikte idari yargı merciinde görülecektir.

2918 sayılı Kanundaki ilgili hükümlere ve bu hükümlerde yapılan değişikliklerle ilgili yorumlara da kararda yer verilmiştir. Buna göre, 2918 sayılı Kanun'un "Adli Kovuşturma ve Cezaların Uygulanması" başlıklı Dokuzuncu Kısım'a dahil "Bu Kanun'daki suçlarla ilgili davalara bakacak mahkemeler ve yetkileri" başlığını taşımaktadır. 112. maddenin ilk paragrafında; *sürücü belgelerinin geçici olarak geri alınması hariç olmak üzere bu Kanun'daki hafif para cezasını veya belgelerin geri alınması ve iptali veya işyerlerinin kapatılması cezasını gerektiren suçlarla ilgili davalara trafik mahkemelerinde, bunların bulunmadığı yerlerde yetki verilen Sulh Ceza Mahkemeleri'nde bakılacağı* ifade edilmiştir. Böylelikle sürücü belgelerinin geçici olarak geri alınmasına ilişkin uygulamalar, Trafik ve sulh ceza mahkemelerinin görevi dışında tutulmuştur. 12.7.2013 tarih ve 6495 sayılı Kanunla, maddenin başlığı, "Sürücü belgelerinin geri alınmasında ve iptalinde yetki"; şeklinde değiştirilmiştir. Aynı değişiklikte madde metninde ise, "Bu Kanun'un 6. maddesinde sayılan görevlilerin ve trafik tescil kuruluşlarının yetkilendirildiği haller hariç olmak üzere, sürücü belgelerinin geri alınmasına ve iptaline Sulh Ceza Mahkemeleri karar verir. Bu Kanun'un 51 inci maddesinin ihlali ve 118 inci maddesinin ikinci ve üçüncü fıkralarında yazılı "100 ceza puanını doldurmak" eylemi nedeniyle sürücü belgelerinin geri alınmasına yine bu Kanun'un 6 ncı maddesinde sayılan görevliler yetkilidir. Sürücü belgelerinin geçici olarak geri alınması veya iptaline dair verilen kesinleşmiş mahkeme kararı örnekleri, sürücülerin sicillerine işlenmek üzere mahkemelerce ilgili trafik birimlerine gönderilir. Bu Kanun'a göre görülen davalar, diğer kanunlara göre görülen davalarla birleştirilemez.." denilerek yeniden düzenlenmiştir".

kararı; Ankara Bölge İdare Mahkemesi 9. İdari Dava Dairesi, 07/06/2017, E.2017/607, K.2017/497 sayılı kararı; Ankara Bölge İdare Mahkemesi 9. İdari Dava Dairesi, 17/03/2017, E.2017/297, K.2017/205 sayılı kararı.



çç. Mevzuat Hükümlerinin Yorumlanması

Daire kararlarında 5326 sayılı Kanunun 19. maddesine yer verilmiştir. Anılan maddede geçen, “diğer Kanunlarda kabahat karşılığında öngörülen belirli bir süre için, ... ehliyetin geri alınması,gibi yaptırımlara ilişkin hükümler, ilgili kanunlarda bu Kanun hükümlerine uygun değişiklik yapıncaya kadar saklıdır” denilerek, ilgili Kanunu’nda, bu Kanun hükümlerine uygun değişiklik yapıncaya kadar saklı tutulan, başka bir deyişle, belirtilen istisnalar içinde sayılan yaptırımlardan biri olan “ehliyetin geri alınması”na ilişkin hükmün, 12.7.2013 tarih ve 6495 sayılı Kanun’un 20. maddesiyle, 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu’nun 112. maddesinde yapılan değişiklik ile yeniden düzenlenmiştir. Bu karara karşı kanun yoluna ilişkin bir düzenlemeye yer verilmiştir. Karayolları Trafik Yönetmeliği’nin 17.4.2015 tarih ve 29329 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan değişiklikle yeniden düzenlenen “Trafik kural ihlallerine istinaden verilen idari yaptırımlara itiraz ve bu davalara bakacak mahkemeler” başlıklı 160. maddesinde de; “2918 sayılı Kanun’un 6. maddesinde sayılan görevlilerin ve trafik tescil kuruluşlarının yetkilendirildiği haller hariç olmak üzere, sürücü belgelerinin geri alınmasına ve iptaline Sulh Ceza Hakimlikleri karar verir. 2918 sayılı Kanun’da yer alan idarî yaptırımlara yapılan itirazlarda, 5326 sayılı Kabahatler Kanunu hükümleri uygulanır....” hükmüne yer verilmiştir. Yönetmelikte de Kanun’la aynı yönde düzenleme getirilmiştir.

dd. Kararın Hüküm Fıkrası ve Gerekçesi

Kabahatler Kanunu’nun 5560 sayılı Kanun’la değişik 3. maddesinde belirtildiği üzere, idari yaptırım kararlarına karşı Kanun yoluna ilişkin hükümlerinin, diğer Kanunlarda aksine hüküm bulunmaması halinde uygulanacaktır. Buna göre, görevli mahkemenin belirlenmesinde 5326 sayılı Kanun hükümleri dikkate alınacaktır. Bu durumda ise, sürücü belgesi geri alma tutanağına ve trafik para cezası işlemine karşı açılan davanın görüm ve çözümünde, anılan Kanun’un 27. maddesinin (1) numaralı bendi uyarınca adli yargı yerinin görevlidir³⁸.

Daire kararlarında aynı zamanda bu konuya ilişkin Uyuşmazlık Mahkemesi kararının künyelerine de yer verilmiştir³⁹.

38 Ankara Bölge İdare Mahkemesi 9. İdari Dava Dairesi, 29/03/2017, E.2017/21, K.2017/201 sayılı kararı; Ankara Bölge İdare Mahkemesi 9. İdari Dava Dairesi, 14/12/2017, E.2017/1456, K.2017/1201 sayılı kararı; Ankara Bölge İdare Mahkemesi 9. İdari Dava Dairesi, 28/12/2017, E.2017/1330, K.2017/1313 sayılı kararı; Ankara Bölge İdare Mahkemesi 9. İdari Dava Dairesi, 24.11.2017, E.2017/1187, K.2017/1104 sayılı kararı; Ankara Bölge İdare Mahkemesi 9. İdari Dava Dairesi, 08/06/2017, E.2017/521, K.2017/520 sayılı kararı; Ankara Bölge İdare Mahkemesi 9. İdari Dava Dairesi, 21/09/2017, E.2017/419, K.2017/740 sayılı kararı; Ankara Bölge İdare Mahkemesi 9. İdari Dava Dairesi, 04/05/2017, E.2017/265, K.2017/335 sayılı kararı.

39 “Nitekim, Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümü’nün 10.07.2017 tarih ve E:2017/415, K:2017/476 sayılı kararı da bu yöndedir; Nitekim, Uyuşmazlık Mahkemesinin 02.02.2015 tarih E:2015/34, K:2015/59 sayılı kararı da bu yöndedir.”



ee. Konuya İlişkin Dairece Verilen Karar Örnekleri

Aynı Dairece, ilk derece mahkemesince davanın süre aşımı nedeniyle reddedilmesi üzerine 2577 sayılı Kanunun konuya ilişkin 14 ve 15 ile 45/5. madde hükümlerine⁴⁰ yer verilmiştir. Sonrasında davanın görüm ve çözümünde adli yargı yerinin görevli olduğu belirtilmiştir. 2577 sayılı Kanun'un 14. maddesi gereğince, öncelikle görev konusunun değerlendirilmesi gerektiği ifade edilerek, süre aşımı yönünden davanın reddine karar verilmesinde hukuka uyarlık bulunmadığına hükmedilmiştir⁴¹.

Sürücü belgesine hukuka aykırı olarak el konulmasına bağlı olarak uğranılan zararın tazmini istemiyle tam yargı davası açılabilir⁴². Tır şoförü olarak görev yapan davacı tarafından, karıştığı trafik kazası sonrası yapılan alkol testinde 0.24 promil alkollü çıkması neticesinde ehliyetine 6 ay süreyle elkonulması karar verilmiştir. Davacı tarafından bu işlem nedeniyle uğramış olduğu ileri sürülen 18.000,00 TL maddi ve 20.000,00 TL manevi zarar olmak üzere toplamda 38.000,00 TL tazminatın, 10.07.2015 tarihinden itibaren işleyecek yasal faiziyle birlikte tarafına ödenmesi istemiyle tam yargı davası açılmıştır. Sivas İdare Mahkemesinin

40 2577 sayılı Yasa'nın 14. maddesinin 3. fıkrasında; dilekçeler, Danıştay' da Daire Başkanı'nın görevlendireceği bir tetkik hakimi, idare ve vergi mahkemelerindeyse Mahkeme Başkanı veya görevlendireceği bir üye tarafından, a) Görev ve yetki, b) İdari merci tecrübesi, c) Ehliyet, d) İdari davaya konu olacak kesin ve yürütülmesi gereken bir işlem olup olmadığı, e) Süre aşımı, f) Husumet, g) 3 ve 5. maddelere uygun olup olmadıkları yönlerinden sırasıyla inceleneceği, aynı maddenin 5. fıkrasında ise, ilk incelemeyi yapanlar, bu noktalardan Kanun'a aykırılık görmezler veya Daire veya Mahkeme tarafından ilk inceleme raporu yerinde görülmezse, tebligat işleminin yapılacağı, ilk incelemeden sonra tespit edilmesi halinde de davanın her safhasında aynı yasanın 15. maddesi hükmünün uygulanacağı, aynı Kanun'un 45/5'inci maddesinde; Bölge İdare Mahkemesinin, ilk inceleme üzerine verilen kararlara karşı yapılan istinaf başvurusunu haklı bulduğu, davaya görevsiz veya yetkisiz mahkeme yahut reddedilmiş veya yasaklanmış hâkim tarafından bakılmış olması hâllerinde, istinaf başvurusunun kabulü ile ilk derece mahkemesi kararının kaldırılmasına karar vererek dosyayı ilgili mahkemeye göndereceği, Bölge İdare Mahkemesi'nin bu fıkra uyarınca verilen kararlarının kesin olduğu kurala bağlanmıştır.

41 Ankara Bölge İdare Mahkemesi 9. İdari Dava Dairesi, 10.05.2018, E.2018/348, K.2018/479 sayılı karar.

42 Tam yargı davaları konusunda geniş bilgi için bkz. ATAY Ethem E. / ODABAŞI Hasan / GÖKCAN Hasan Tahsin; *Teori ve Yargı Kararları Işığında İdarenin Sorumluluğu ve Tazminat Davaları*, 2. Baskı Ankara 2010; CANDAN, Turgut; *Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu*, Güncelleştirilmiş 5. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2015, s. 156 vd.; ÇAĞLAYAN Ramazan; "İdari Eylemden Doğan Tam Yargı Davalarında Dava Açma Süreleri", *Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.IX, S.3-4, s.17-33; ARMAĞAN Tunca; *İdarenin Sorumluluğu ve Tam Yargı Davaları*, Ankara 1997; ONAR Sıddık Sami; *İdare Hukukunun Umumî Esasları*, III. Cilt, 3. Baskı, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1966, s. 1797; GÖZLER Kemal / KAPLAN Gürsel; *İdare Hukuku Dersleri*, Güncelleştirilmiş ve Düzeltilmiş 19. Baskı, Ekin Basın Yayın Dağıtım, Bursa 2017, s. 738-802, 837-843; YILDIRIM Ramazan; *Türk İdari Rejimi Dersleri*, C.2, Konya 2014, s.328 vd; SANCAKTAR Oğuz / US Eser / TURHAN Mine Kasapoğlu / ÖNÜT Lale Burcu / SEYHAN Serkan; *İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı*, Genişletilmiş ve Güncelleştirilmiş 8. Baskı, Seçkin Yayıncılık, s.743-775.



31.05.2017 gün ve E:2016/934, K: 2017/719 sayılı kararı ile bu davanın reddine karar verilmiştir. Anılan karara karşı yapılan istinaf başvurusu sonucunda Dairece bu dava idari yargının görev alanında görülmüş ve istinaf başvurusu reddedilmiştir⁴³.

b. Konya Bölge İdare Mahkemesi

aa. Bölge İdare Mahkemesinin Yargı Çevresi

Konya Bölge İdare Mahkemesinin yargı çevresinde Adana, Afyonkarahisar, Aksaray, Antalya, Burdur, Isparta, Karaman, Konya, Mersin, Niğde, illeri yer almaktadır. Konya İdare Mahkemeleri; Adana İdare Mahkemeleri; Mersin İdare Mahkemeleri; Antalya İdare Mahkemeleri; Isparta İdare Mahkemesi; Afyonkarahisar İdare Mahkemesi; Aksaray İdare Mahkemesi bölge idare mahkemesi bünyesinde faaliyet göstermektedir⁴⁴. Anılan idare mahkemelerince verilen kararlara karşı istinaf kanun yolu ile Konya Bölge İdare Mahkemesine başvuru yapılmaktadır.

bb. Uyuşmazlıklara Bakan Daire ve Dairenin İctihadı

Konya Bölge İdare Mahkemesinde 5. İdari Dava Dairesi 2918 sayılı Kanununun 48/5 maddesi uyarınca tesis edilen işlemlere karşı açılan davalarda ilk derece mahkemesince verilen kararların istinaf başvurularını incelemektedir. Anılan Dairece davaların esasına girerek karar veren ilk derece mahkeme kararlarını davanın adli yargı yerinin görevinde olduğu gerekçesiyle kaldırarak dosyayı mahkemesine iade etmektedir. Aynı şekilde ilk derece mahkemesince davanın görev yönünden reddine karar verilmesi halinde ise bu karara karşı yapılan istinaf başvuruları da reddedilmektedir⁴⁵.

cc. Uygulanan Mevzuat Hükümlerinin Yorumlanması

2918 sayılı Karayolları Trafik Kanununun "Adli Kovuşturma ve Cezaların Uygulanması" başlıklı Dokuzuncu Kısma dahil 112. maddesinin 6495

43 Ankara Bölge İdare Mahkemesi 9. İdari Dava Dairesi, 25.10.2017, E.2017/1054, K.2017/897 sayılı kararı.

44 BİLGİN, *İstinaf Başvuru Rehberi*, s.7.

45 Konya Bölge İdare Mahkemesi 5. İdari Dava Dairesi, 09/10/2018, E.2018/1394, K.2018/1321 sayılı kararı; İlk derece mahkemesince verilen görev ret kararına karşı yapılan istinaf başvurusunun reddine ilişkin Konya Bölge İdare Mahkemesi 5. İdari Dava Dairesi, 13/06/2018, E.2018/937, K.2018/1068 sayılı kararı; Konya Bölge İdare Mahkemesi 5. İdari Dava Dairesi, 09/05/2018, E.2018/672, K.2018/851 sayılı kararı; Konya Bölge İdare Mahkemesi 5. İdari Dava Dairesi, 06/07/2018, E.2018/645, K.2018/1137 sayılı kararı; Konya Bölge İdare Mahkemesi 5. İdari Dava Dairesi, 11/01/2018, E.2017/1976, K.2018/49 sayılı kararı; Konya Bölge İdare Mahkemesi 5. İdari Dava Dairesi, 16/11/2017, E.2017/1558, K.2017/1328 sayılı kararı; Konya Bölge İdare Mahkemesi 5. İdari Dava Dairesi, 03/10/2017, E.2017/1085, K.2017/960 sayılı kararı; Konya Bölge İdare Mahkemesi 5. İdari Dava Dairesi, 31/10/2017, E.2017/965, K.2017/1162 sayılı kararı.



sayılı Kanunla yapılan değişiklik öncesi ve sonrası haline yer verilmiştir. Daha sonra 5326 sayılı Kabahatler Kanununun “Saklı tutulan hükümler” başlığını taşıyan 19. madde hükmüne ve anılan maddedeki “diğer kanunlarda kabahat karşılığında öngörülen belirli bir süre için, ehliyetin geri alınması, gibi yaptırımlara ilişkin hükümler, ilgili kanunlarda bu Kanun hükümlerine uygun değişiklik yapıncaya kadar saklıdır” denilmiştir.

çç. Kararın Hüküm Fıkrası ve Gerekçesi

İlgili kanununda, bu Kanun hükümlerine uygun değişiklik yapıncaya kadar saklı tutulan, başka bir deyişle, belirtilen istisnalar içinde sayılan yaptırımlardan biri olan “ehliyetin geri alınmasına” ilişkin hükmün, 12/07/2013 tarih ve 6495 sayılı Kanunla yapılan değişiklik ile yeniden düzenlenmiştir. Dolayısıyla 2918 sayılı Kanunun 48/5 maddesi uyarınca verilen karara karşı 112. maddenin yeni halinde kanun yoluna ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Buna göre de, davanın sürücü belgesi geri alma işlemine yönelik kısmının görüm ve çözümünde adli yargı yeri görevlidir⁴⁶.

dd. Konuya İlişkin Dairece Verilen Karar Örnekleri

Aynı Dairece dava konusu işlemin idari para cezası ile ilgili kısmı yönünden ayrıca değerlendirme yapılmıştır. Sürücü belgesi geri alma işlemine yönelik kısmının görüm ve çözümünde adli yargı yeri görevli görülmüştür. Bu nedenle de, trafik idari para cezası yönünden görevli yargı yerinin belirlenmesinin, sürücü belgesi geri alma işleminden ayrı olarak değerlendirilmesi gerekmektedir. Trafik idari para cezasının 5326 sayılı Kanununun 16. maddesinde belirtilen idari yaptırım türlerinden biridir. 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanununda son olarak 12/07/2013 gün ve 6495 sayılı Kanunla değişiklik yapılmış olup, bu haliyle de idari para cezasına karşı kanun yoluna ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Bu durumda, Kabahatler Kanununun 5560 sayılı Kanunla değişik 3. maddesinde belirtildiği üzere, idari yaptırım kararlarına karşı kanun yoluna ilişkin hükümlerinin, diğer kanunlarda aksine hüküm bulunmaması halinde uygulanacağından, görevli mahkemenin belirlenmesinde 5326 sayılı Kanun hükümleri dikkate alınacaktır. Buna göre de, davanın idari para cezası işlemine yönelik kısmının görüm ve çözümünde de adli yargı yerinin görevli olduğu sonucuna varılmıştır⁴⁷.

46 Konya Bölge İdare Mahkemesi 5. İdari Dava Dairesi, 26/09/2017, E.2017/908, K.2017/924 sayılı kararı; Konya Bölge İdare Mahkemesi 5. İdari Dava Dairesi, 06/06/2017, E.2017/539, K.2017/659 sayılı kararı; Konya Bölge İdare Mahkemesi 5. İdari Dava Dairesi 16/03/2017, E.2017/274, K.2017/251 sayılı kararı.

47 Konya Bölge İdare Mahkemesi 5. İdari Dava Dairesi, 26/09/2017, E.2017/908, K.2017/924



Daire önüne gelen başka bir uyuşmazlıkta adli yargı yerinde görev yönünden davanın reddi kararı verilmiş. Bunun üzerine davacı idare mahkemesinde davasını açmıştır. İdare mahkemesi de kendisini görevli görmeyerek davanın görev yönünden reddine karar vermiştir. Dairece idare mahkemesince dava görev yönünden reddedilmemesi ve dosyanın Uyuşmazlık Mahkemesine gönderilmesi gerektiği ifade edilmiştir⁴⁸.

c. Samsun Bölge İdare Mahkemesi

aa. Bölge İdare Mahkemesinin Yargı Çevresi

Samsun Bölge İdare Mahkemesinin yargı çevresinde Amasya, Artvin, Çorum, Giresun, Ordu, Rize, Samsun, Sinop, Tokat, Trabzon, illeri bulunmaktadır. Samsun İdare Mahkemeleri; Çorum İdare Mahkemesi; Ordu İdare Mahkemesi; Tokat İdare Mahkemesi; Trabzon İdare Mahkemesi; Rize İdare Mahkemesi bölge idare mahkemesi bünyesinde faaliyet göstermektedir⁴⁹. Anılan idare mahkemelerince verilen kararlara karşı istinaf kanun yolu ile Samsun Bölge İdare Mahkemesine başvuru yapılmaktadır.

bb. Uyuşmazlıklara Bakan Daire ve Dairenin İctihadı

Samsun Bölge İdare Mahkemesinin 3. İdari Dava Dairesi 2918 sayılı Kanununun 48/5 maddesi uyarınca tesis edilen işlemlere karşı açılan davalarda ilk derece mahkemesi kararlarına karşı yapılan istinaf başvurularını incelemektedir. Anılan dairece davaların esasına girerek karar veren ilk derece mahkeme kararları davanın adli yargı yerinin görevinde olduğu gerekçesiyle kaldırarak dosyayı mahkemesine iade edilmektedir. İlk derece mahkemesince davanın görev yönünden reddine karar verilmesi halinde ise bu karar karşı yapılan istinaf başvuruları ise reddedilmektedir⁵⁰.

sayılı kararı; Konya Bölge İdare Mahkemesi 5. İdari Dava Dairesi, 20/06/2017, E.2017/537, K.2017/727 sayılı kararı; Konya Bölge İdare Mahkemesi 5. İdari Dava Dairesi, 17/05/2017, E.2017/491, K.2017/555 sayılı kararı; Konya Bölge İdare Mahkemesi 5. İdari Dava Dairesi, 11/04/2017 E.2017/458, K.2017/380 sayılı kararı; Konya Bölge İdare Mahkemesi 5. İdari Dava Dairesi, 11/04/2017, E.2017/420, K.2017/381 sayılı kararı; Konya Bölge İdare Mahkemesi 5. İdari Dava Dairesi, 30/03/2017, E.2017/203, K.2017/320 sayılı kararı; Konya Bölge İdare Mahkemesi 5. İdari Dava Dairesi, 16/02/2017, E.2017/65, K.2017/122 sayılı kararı; Konya Bölge İdare Mahkemesi 5. İdari Dava Dairesi, 11/04/2017, E.2016/516, K.2017/377 sayılı kararı; Konya Bölge İdare Mahkemesi 5. İdari Dava Dairesi, 20/06/2017, E.2017/826, K.2017/728 sayılı kararı; Konya Bölge İdare Mahkemesi 5. İdari Dava Dairesi', 28/03/2017, E.2017/383, K.2017/307 sayılı kararı.

48 Konya Bölge İdare Mahkemesi 5. İdari Dava Dairesi 04/10/2017, E.2017/786, K.2017/988 sayılı kararı.

49 BİLGİN, *İstinaf Başvuru Rehberi*, s.7.

50 İdari Yargının görevli olmadığına dair Samsun Bölge İdare Mahkemesi 3. İdari Dava Dairesi, 12/10/2018, E.2018/1333, K.2018/855 sayılı kararı; Samsun Bölge İdare Mahkemesi 3. İdari Dava Dairesi, 08/06/2018, E.2018/818, K.2018/615 sayılı kararı; Samsun Bölge İdare

cc. Konya İlişkin Dairece Verilen Karar Örnekleri

Üçüncü Dairece 2918 sayılı Kanununun 48/5 maddesi uyarınca tesis edilen işlemlere karşı açılan davalarda idari yargı yerlerini görevli görerek bu konularda esas hakkında karar vermekteydi⁵¹. Ancak, Daire bu içtihadından vazgeçerek sonraki kararlarında uyuşmazlığın çözümünde adli yargı yerleri görevli görülmüştür.

İnceleme konusuna ilişkin Daire kararlarına bakıldığında; Ankara ve Konya Bölge İdare Mahkemesi kararlarına benzer şekilde olduğu görülmektedir⁵². Bu kararlara dayanak olarak da Uyuşmazlık Mahkemesi

Mahkemesi 3. İdari Dava Dairesi, 16/05/2018, E.2018/715, K.2018/502 sayılı kararı; Samsun Bölge İdare Mahkemesi 3. İdari Dava Dairesi, 10/11/2017, E.2017/1324, K.2017/1147 sayılı kararı; Samsun Bölge İdare Mahkemesi 3. İdari Dava Dairesi, 15/09/2017, E.2017/1177, K.2017/959 sayılı kararı; Görev ret kararının onanması Samsun Bölge İdare Mahkemesi 3. İdari Dava Dairesi, 27/09/2017, E.2017/1007, K.2017/995 sayılı kararı.

- 51 Davacının teknik cihaz kullanılarak saat 00.30' da yapılan alkol muayenesinde 1,01 promil alkollü olduğunun tespit edilmiştir. Bu ölçümü müteakip davacının polis tarafından götürüldüğü Samsun Eğitim ve Araştırma Hastanesinde saat 02.26'da yapılan muayenesinde 0,01 promil alkollü olduğu saptanmıştır. Bilimsel çalışmalarda, alkole toleransın kişiden kişiye değişeceği gibi aynı kişide de farklı zamanlarda reaksiyonlarda farklılık olabileceği, kişinin yaşı, kilosuna, cinsiyeti, metabolizma hızı, açlık ve tokluk durumu gibi pek çok nedene bağlı olarak vücuttaki alkol oranının azalma hızının değişebileceği kabul edilmektedir. Adli Tıp Kurumu Ankara Grup Başkanlığı'nun 25.11.2008 tarih ve 342 sayılı yazısında da; zamanla orantılı olarak kan-alkol düzeyindeki azalma ile ilgili yapılan araştırmalarda, kan alkol düzeyinin bir saatte 12-20 mg/dl azaldığı ifade edilmiştir. Adli vakalarda, Adli Tıp Kurumu 5. İhtisas Kurulu'nca ortalama olarak kan alkol düzeyinin bir saatte 15 mg/dl (0,15 promil) azaldığının kabul edilmektedir. Buna göre, saat 00.30'da teknik cihaz ile yapılan ölçüm neticesinde 1,01 promil alkollü olduğu tespit edilen davacının Samsun Eğitim ve Araştırma Hastanesinde saat 02.26'da yapılan muayenesinde alkolsüz olduğunun belirtilmiştir. İki ölçüm arasında yaklaşık 2 saatlik zaman farkı bulunduğu, bu süre içerisinde davacının kanındaki alkol oranının 1,01 promilden 0,01 promile düşmesinin bilimsel olarak mümkün değildir. Bu durumda ilk ölçüm sonucunun sağlıklı olduğu konusunda tereddüt oluştuğu görülmektedir. Uyuşmazlık konusu olayda dava konusu trafik para cezasının iptaline karar verilmesi gerekirken, aksi yöndeki Samsun 2. İdare Mahkemesi Hakimliği'nce verilen kararda hukuka uyarlık görülmemiştir. Samsun Bölge İdare Mahkemesi 3. İdari Dava Dairesi 31/10/2016, E.2016/144, K.2016/179 sayılı karar.
- 52 Kabahatler Kanunu'nun 5560 sayılı Kanun'la değişik 3. maddesinde belirtildiği üzere, idari yaptırım kararlarına karşı kanun yoluna ilişkin hükümlerinin, diğer kanunlarda aksine hüküm bulunmaması halinde uygulanacaktır. Görevli mahkemenin belirlenmesinde 5326 sayılı Kanun hükümleri dikkate alınacaktır. Ehliyetin geri alınmasına ve idari para cezasına karşı açılan davanın görüm ve çözümünde, anılan Kanunun 3. ve 19. maddesi ile 27. maddesinin (1) numaralı bendi uyarınca adli yargı yerinin görevli olduğu sonucuna varılmıştır. Samsun Bölge İdare Mahkemesi 3. İdari Dava Dairesi, 21/06/2017, E.2017/935, K.2017/732 sayılı kararı; İlk derece mahkemesince verilen görev yönünden davanın reddi kararına karşı başvurunun reddi kararı Samsun Bölge İdare Mahkemesi 3. İdari Dava Dairesi, 15/09/2017, E.2017/893, K.2017/960 sayılı kararı; Samsun Bölge İdare Mahkemesi 3. İdari Dava Dairesi, 16/06/2017, E.2017/866, K.2017/704, sayılı kararı; Samsun Bölge İdare Mahkemesi 3. İdari Dava Dairesi, 07/06/2017, E.2017/841, K.2017/660 sayılı kararı; Samsun Bölge İdare Mahkemesi 3. İdari Dava Dairesi, 14/07/2017, E.2017/814, K.2017/929 sayılı kararı; Samsun Bölge İdare Mahkemesi 3. İdari Dava Dairesi, 30/05/2017, E.2017/706, K.2017/615 sayılı kararı; Samsun Bölge İdare Mahkemesi 3. İdari Dava Dairesi, 23/05/2017, E.2017/697, K.2017/565 sayılı kararı; Samsun Bölge İdare Mahkemesi 3. İdari Dava



Hukuk Bölümü'nün 06.06.2016 tarihli, E.2016/313, K.2016/358 sayılı kararı gösterilmiştir.

B. Danıştay'a Göre Görevli Yargı Yeri

1. Danıştay İlgili Dairesi

a. Uyuşmazlığa Bakan Daire

Alkollü araç kullanma nedeniyle sürücü belgesine geçici olarak el konulması işlemlerine karşı açılan davalarda ilk derece mahkemesi kararlarına karşı temyiz yoluna başvurulabiliyordu. Anılan davalarda temyiz yoluna başvurulması halinde Danıştay 15. Dairesi tarafından bu uyuşmazlıklara bakılmaktaydı. Ancak, istinaf kanun yolunun uygulanmaya başlanılmasından itibaren bu davalarda temyiz yolu kapatılmıştır.

b. Dairenin İçtihadı

Onbeşinci Dairece bu davalarda idari yargı yerleri görevli görülerek temyiz incelemesi yapılmaktadır⁵³. İlk derece mahkemesi tarafından davaların görev yönünden reddi halinde ise, anılan kararlar bozularak uyuşmazlığın esası hakkında karar verilmesi için dava dosyası ilk derece mahkemesine gönderilmektedir⁵⁴. Anılan kararlara bakıldığında ise;

-
- Dairesi, 21/04/2017, E.2017/563, K.2017/405 sayılı kararı; Samsun Bölge İdare Mahkemesi 3. İdari Dava Dairesi, 23/03/2017, E.2017/302, K.2017/262 sayılı kararı; Samsun Bölge İdare Mahkemesi 3. İdari Dava Dairesi, 21/02/2017, E.2017/177, K.2017/158 sayılı kararı; Samsun Bölge İdare Mahkemesi 3. İdari Dava Dairesi, 22/02/2017, E.2017/176, K.2017/172 sayılı kararı; Samsun Bölge İdare Mahkemesi 3. İdari Dava Dairesi, 25/01/2017, E.2017/127, K.2017/56 sayılı kararı; Samsun Bölge İdare Mahkemesi 3. İdari Dava Dairesi, 26/01/2017, E.2017/79, K.2017/83 sayılı kararı; Samsun Bölge İdare Mahkemesi 3. İdari Dava Dairesi, 30/01/2017, E.2017/52, K.2017/94 sayılı kararı; Samsun Bölge İdare Mahkemesi 3. İdari Dava Dairesi, 28/12/2016, E.2016/497, K.2016/434 sayılı kararı.
- 53 D.15.D, 15/12/2015, E.2014/5915, K.2015/8816 sayılı kararı; D.15.D, 02/03/2016, E.2014/7392, K.2016/1315 sayılı kararı; D.15.D, 03/04/2017, E.2014/7449, K.2017/1496 sayılı kararı; D.15.D, 15/12/2015, E.2014/10015, K.2015/8815 sayılı kararı; D.15.D, 15/12/2015, E.2014/10146, K.2015/8822 sayılı kararı; D.15.D, 01/12/2015, E.2015/717, K.2015/8319 sayılı kararı; D.15.D, 01/12/2015, E.2015/1744, K.2015/8288 sayılı kararı; D.15.D, 01/12/2015, E.2015/1943, K.2015/8282 sayılı kararı; D.15.D, 01/12/2015, E.2015/2057, K.2015/8283 sayılı kararı; D.15.D, 01/12/2015, E.2015/2170, K.2015/8292 sayılı kararı; D.15.D, 01/12/2015, E.2015/2462, K.2015/8293 sayılı kararı; D.15.D, 07/06/2016, E.2015/10102, K.2016/4048 sayılı kararı; D.15.D, 16/05/2016, E.2016/85, K.2016/3571 sayılı kararı; D.15.D, 12/06/2017, E.2017/833, K.2017/3294 sayılı kararı; D.15.D, 24/10/2017, E.2017/1231, K.2017/5943 sayılı kararı; D.15.D, 24/10/2017 E.2017/1765, K.2017/5946 sayılı kararı; D.15.D, 24/10/2017, E.2017/2184, K.2017/5951 sayılı kararı; D.15.D, 30/12/2015, E.2015/4616, K.2015/9331 sayılı kararı; D.15.D, 10/03/2016, E.2015/7231, K.2016/1605 sayılı kararı; D.15.D, 30/12/2015, E.2015/7358, K.2015/9352 sayılı kararı; D.15.D, 22/12/2015, E.2015/7532, K.2015/9061 sayılı kararı; D.15.D, 23/12/2015, E.2015/8430, K.2015/9121 sayılı kararı; D.15.D, 05/02/2016, E.2015/8701, K.2016/613 sayılı kararı; D.15.D, 05/02/2016, E.2015/9217, K.2016/612 sayılı kararı; D.15.D, 23/12/2015, E.2015/8752, K.2015/9124 sayılı kararı; D.15.D, 23/12/2015, E.2015/9002, K.2015/9125 sayılı kararı.
- 54 D.15.D, 01/12/2015, E.2015/3225, K.2015/8286 sayılı kararı; D.15.D, 08/03/2016 E.2016/724, K.2016/1508 sayılı kararı; D.15.D, 02/03/2016, E.2015/6958, K.2016/1307 sayılı kararı;



c. Uygulanan Mevzuat Hükümleri

5326 sayılı Kabahatler Kanununun “Genel Kanun Niteliği” başlıklı 3. maddesi, “Yaptırım Türleri” başlıklı 16. maddesi, “Saklı Tutulan Hükümler” başlıklı 19. maddesi, “Başvuru Yolu” başlıklı 27. maddesine yer verilmiştir.

2918 sayılı Karayolları Trafik Kanununun 112. maddesinin “Bu Kanundaki Suçlarla İlgili Davalara Bakacak Mahkemeler ve Yetkileri” başlıklı maddesinin 12.07.2013 tarihli ve 6495 sayılı Kanun ile değişik öncesi ve sonrası düzenlemesi ile “Trafik Zabitasının Görev ve Yetki Sınırı ile Genel Zabitanın Trafik Hizmetlerini Yürütmeye İlişkin Yetkisi” başlıklı 6. maddesine yer verilmiştir.

ç. Mevzuat Hükümlerinin Yorumlanması

2918 sayılı Kanunun 112. maddesinin değiştirilen halinde, Kanunun 6. maddesinde sayılan görevliler ile trafik tescil kuruluşlarının yetkilendirildiği haller hariç tutulmuştur. Bu haller dışında sürücü belgelerinin geri alınmasına ve iptaline sulh ceza mahkemelerinin karar vereceğinin vurgulanmıştır.

2918 sayılı Kanunun 112. maddesinde 6495 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik, 5326 sayılı Kanunun yukarıda bahsi geçen 19. maddesinde yer alan “*diğer kanunlarda kabahat karşılığında öngörülen belirli bir süre için bir meslek ve sanatın yerine getirilmemesi, işyerinin kapatılması, ruhsat veya ehliyetin geri alınması, kara, deniz veya hava nakil aracının trafikten veya seyrüseferden alıkonulması gibi yaptırımlara ilişkin hükümlerin, bu Kanun hükümlerine uygun değişiklik yapıncaya kadar saklı olduğu*” hükmü kapsamında yapılan değişiklik değildir. Sürücü belgelerinin geçici olarak geri alınmasına ilişkin kollukça tesis edilen işlemlerin halen idari yargının denetimi altındadır. 2918 sayılı Kanunun bahsi geçen 6. maddesinde sayılan görevliler nitelikleri itibarıyla idarenin ajanı olup, yürürlükteki mevzuat kapsamında idarenin kendilerine verdiği yetki çerçevesinde icra ettikleri işlemlerin de idari işlem niteliğindedir. Ayrıca idari işlemlere karşı Anayasa gereği idari yargı yerlerine başvurulacağı ifade edilmiştir.

d. Hüküm Fıkrası

Gerek 2918, gerekse 5326 sayılı Kanun hükümleri göz önüne alındığında; bir idari işlem olan sürücü belgesinin geri alınmasına ilişkin işlemlerden doğan uyuşmazlıklarda görevli mahkemelerin idari yargı mercii olduğu tartışmasıdır.

D.15.D, 01/12/2015, E.2015/3225, K.2015/8286 sayılı kararı; D.15.D, 02/03/2016, E.2015/9881, K.2016/1310 sayılı kararı.



Buna göre dava konusu işlemlerden doğan uyuşmazlıkta idare mahkemesince işin esası incelenerek bir karar verilmesi gerekirken, uyuşmazlığın görüm ve çözümünde sulh ceza mahkemesinin görevlidir. Davanın görev yönünden reddine karar verilmesinde hukuka uyarlık görülmemiştir.

2. Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu

a. Davaların İdari Dava Dairelerine Gitme Yolu

Danıştay 15. Dairesince ilk derece mahkemelerince verilen görev yönünden davanın reddi kararları idari yargı yerleri görevli olduğu gerekçesiyle bozulmaktadır. İlk derece mahkemesince bu bozma kararına uyulmayarak (adli yargı yerleri görevli olduğu gerekçesiyle) bu karara karşı ısrar⁵⁵ yoluna gidilebilir⁵⁶. İlk derece mahkemesince Dairece bozulan kararında ısrar edilmesi halinde dava dosyası hakkında Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu tarafından karar verilmektedir.

b. Kurulun İçtihadı

Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu (DİDDK) alkollü araç kullanma nedeniyle sürücü belgesine el konulması işlemlerine karşı açılan davalarda idari yargı yerlerini görevli görmektedir. Bu nedenle de ilk derece mahkemelerince adli yargı yerleri görevli olduğu gerekçesiyle verilen “görev yönünden davanın reddi kararı” bozulmaktadır⁵⁷.

c. Kurulun Karar Örnekleri

DİDDK kararları da Danıştay 15. Daire kararları ile İstanbul Bölge İdare Mahkemesi kararlarına benzer ifadeler içermektedir.

55 İdari Yargıda ısrar hakkında geniş bilgi için bkz. ÖZDEMİR Halit Eyüp; “İdari Yargıda ‘İsrar’ (Direnme) Kararının Şekil ve İçerik Bakımından Niteliği”, **Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi**, C.8, S.95-96, s.27-36; HONDÜ, Selçuk; “İdari Yargılama Usulünde İsrar”, **Danıştay Dergisi**, S.50-52; YILMAZOĞLU, Yunus Emre; “İsrar Kararı ve Dava Daireleri Kurulunca Bozulması Üzerine Verilen Kararın Temyizen İncelenmesi”, **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, S.14, s.911-938.

56 Danıştay İdari Dava Dairelerince sadece ilk derece mahkemesinin davaların görev yönünden reddine ilişkin kararlarının Danıştay 15. Dairesince bozulması kararlarına karşı ısrar yoluna başvurulması halinde verilen kararlara temyiz incelemesi yapılmamaktadır. Aynı zamanda işin esasına girilerek verilen karara karşı yapılan temyiz başvurusu sonrasında Danıştay 15. Dairesinin bu kararı bozması üzerine ilk derece mahkemesince önceki kararında ısrar edilmesi halinde de bu davalara da bakılmaktadır.

57 Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, 28.02.2018, E.2017/1127, K.2018/358 sayılı kararı; DİDDK, 14/03/2016, E:2016/1175; K:2016/829 sayılı kararı; DİDDK, 14/03/2016, E:2015/3870, K:2016/830 sayılı kararı; DİDDK, 14/03/2016, E:2016/1012, K:2016/831 sayılı kararı; DİDDK, 14/03/2016, E:2016/1016, K:2016/832 sayılı kararı; DİDDK, 14/03/2016, E:2016/1023; K:2016/833 sayılı kararı; DİDDK, 14/03/2016, E:2016/1078, K:2016/835 sayılı kararı; DİDDK,



Kurul idari yargı yerlerinin bu davalarda görevli olduğu gerekçesiyle uyuşmazlıkların esasına girerek karar vermektedir. Ancak, Kurulun bazı üyeleri adli yargı yerleri görevli olduğu yolundaki görüşü savunmakta iken Kurul'ca bu görüşler yerinde görülmeyerek işin esasına geçilmektedir⁵⁸.

III. UYUŞMAZLIK MAHKEMESİNE GÖRE GÖREVLİ YARGI YERİ

A. Uyuşmazlık Mahkemesinin İçtihadı ve Kararlarının Bağlayıcılığı Konusu

Uyuşmazlık Mahkemesince olumlu görev uyuşmazlığı veya olumsuz görev uyuşmazlığı yoluyla inceleme konusuna ilişkin uyuşmazlıkları incelemektedir. Bu uyuşmazlıklarda ise 2918 sayılı Kanun uyarınca verilen sürücü belgesine geçici olarak el konulması ve beraberinde açılan trafik para cezalarına karşı açılan davaların adli yargı yerlerinde görülmesi gerektiğine hükmedilmektedir⁵⁹. Anılan kararlar bağlayıcıdır⁶⁰. Bu nedenle Uyuşmazlık Mahkemesine giden dosyaların ilk derece idare mahkemesine geri dönmesi halinde ilk derece mahkemesince "davanın görev yönünden reddine" karar verilmektedir. Bu kararlara karşı yapılan istinaf başvurularında istinaf dairelerince istinaf başvurusu

14/03/2016, E: 2016/1139, K: 2016/836 sayılı kararı; DİDDK, 14/03/2016, E:2016/1187, K: 2016/837 sayılı kararı; DİDDK, 01.12.2016, E:2016/2542, K:2016/3251 sayılı kararı.

58 "Sürücü belgesi geri alma işleminin, 2918 sayılı Kanun'un 16. maddesinde belirtilen idari yaptırım türlerinden biridir. 12/07/2013 günlü, 6495 sayılı Kanunla 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun 112. maddesinde yapılan değişiklik ile maddenin yeniden düzenlenmiştir. Bu karara karşı kanun yoluna ilişkin bir düzenlemeye yer verilmediği gibi idari para cezasına karşı kanun yoluna ilişkin bir düzenlemeye de yer verilmemiştir. Bu durumda, Kabahatler Kanunu'nun 5560 sayılı Kanun'la değişik 3. maddesinde belirtildiği üzere, bu Kanun'un idari yaptırım kararlarına karşı kanun yoluna ilişkin hükümlerinin, diğer kanunlarda aksine hüküm bulunmaması halinde uygulanacaktır. Görevli mahkemenin belirlenmesinde 5326 sayılı Kanun hükümleri dikkate alınacaktır. Sürücü belgesi geri alma tutanağına karşı açılan davanın görüm ve çözümünde, anılan Kanun'un 3. maddesi uyarınca adli yargı yerinin görevlidir." şeklindeki azlık görüşleri için DİDDK, 28/02/2018, E.2015/1557, K.2018/689 sayılı kararı; DİDDK, 28/02/2018, E.2016/5227, K.2018/691 sayılı kararı; DİDDK, 28/02/2018, E.2017/403, K.2018/688 sayılı kararı; DİDDK, 28/02/2018, E.2017/423, K.2018/690 sayılı kararı; DİDDK, 28/02/2018, E.2017/1249, K.2018/687 sayılı kararı; DİDDK, 28/02/2018, E.2017/1936, K.2018/692 sayılı kararı; DİDDK, 28/02/2018, E.2016/3921, K.2018/686 sayılı kararı.

59 2918 sayılı Yasa'nın 48/9. maddesi uyarınca davacı hakkında düzenlenen sürücü belgesi geri alma tutanağına karşı yapılan itirazın, aynı Kanun'un 112. maddesinde yapılan değişiklik nedeniyle adli yargıda çözümlenmesi gerektiği hakkında UM, 22/10/2018, E.2018/669, K.2018/626 sayılı kararı; U.M, 22.10.2018, 22.10.2018, E.2018/662, K.2018/625 sayılı kararı; U.M, 22.10.2018, E.2018/651, K.2018/624 sayılı kararı; U.M, 24.09.2018, E.2018/571, K.2018/508 sayılı kararı; U.M, 24.09.2018, E.2018/567, K.2018/510 sayılı kararı; U.M, 24.09.2018, E.2018/495, K.2018/509 sayılı kararı; U.M, 28.05.2018, E.2018/344, K.2018/303 sayılı kararı; U.M, 25.06.2018, E.2018/370, K.2018/396 sayılı kararı; U.M, 28.05.2018, E.2018/332, K.2018/301 sayılı kararı; U.M, 26.02.2018, E.2018/103, K.2018/69 sayılı kararı; U.M, 29.01.2018, E.2018/36, K.2018/63 sayılı kararı; U.M, 24.09.2018, E.2018/567, K.2018/510 sayılı kararı; U.M, 29.01.2018, E.2018/11, K.2018/42 sayılı kararı.

60 1982 Anayasası madde 158: "Uyuşmazlık Mahkemesi Uyuşmazlık Mahkemesi adli ve idari yargı mercileri arasındaki görev ve hüküm uyuşmazlıklarını kesin olarak çözümlenmeye

reddedilmektedir. Bir başka ifadeyle, yukarıda yer verilen ve inceleme konusunda idari yargı yerlerinin görevli olduğu yönünde kararları bulunan bölge idare mahkemelerince de Uyuşmazlık Mahkemesi kararı doğrultusunda “görev yönünden davanın reddi” kararına karşı yapılan istinaf başvurusunu reddetmektedir.

B. Uyuşmazlık Mahkemesi Kararlarının İncelenmesi

Anılan Uyuşmazlık Mahkemesi kararlarına⁶¹ baktığımızda ise;

1. Uyuşmazlığın Mahkeme Önüne Gelmesi

İdare mahkemesinde açılan davada Mahkemece davalı idarenin görev itirazı üzerine görevlilik kararı verilmiştir. Bunun üzerine davalı idarece olumlu görev uyuşmazlığı çıkartılması⁶² için Yargıtay Cumhuriyet

yetkilidir. Uyuşmazlık Mahkemesinin kuruluşu, üyelerinin nitelikleri ve seçimleri ile işleyişi kanunla düzenlenir.” **2247 sayılı Uyuşmazlık Mahkemesi Kanunu, Madde 1: Mahkemenin görevi** : “Uyuşmazlık Mahkemesi; Türkiye Cumhuriyeti Anayasası ile görevlendirilmiş, adli ve idari yargı mercileri arasındaki görev ve hüküm uyuşmazlıklarını kesin olarak çözmeye yetkili ve bu kanunla kurulup görev yapan bağımsız bir yüksek mahkemedir.” **Madde 29: Kararların kesinliği ve yayımlanması**: Uyuşmazlık Mahkemesinin kararları kesindir. Başkanın uygun göreceği kararlar Resmî Gazete’de yayımlanır.; SAYGIN, Engin; “ Adli Rejim - İdari Rejim ve İdari Rejimde Uyuşmazlık Mahkemesinin Yeri”, **Ulusal Uyuşmazlık Mahkemesi Sempozyumu**, Uyuşmazlık Mahkemesi Yayınları, Ankara 12 Mayıs 2016, s.91-110; SAĞLAM, Musa; “ Uyuşmazlık Mahkemesinin Tarihçesi, Türk Yargı Sistemindeki Yeri, Kurulma Sebepleri, Yapısı ve Çalışma Yöntemi”, **Ulusal Uyuşmazlık Mahkemesi Sempozyumu**, Uyuşmazlık Mahkemesi Yayınları, Ankara 12 Mayıs 2016, s.61-90; AKYILMAZ, Bahtiyar; “Yargı Mercilerinin Uyuşmazlık Mahkemelerine Başvurmaları ve Çözüm Usulü” **Ulusal Uyuşmazlık Mahkemesi Sempozyumu**, Uyuşmazlık Mahkemesi Yayınları, Ankara 12 Mayıs 2016, s.115-136; BİLGİN, Hüseyin; “ 5791 Sayılı Kanun’la Getirilen Yenilikler ve Uyuşmazlık Mahkemesi Üzerine Bir İnceleme”, **Terazi Aylık Hukuk Dergisi**, Sayı:26, Ankara, Ekim 2008.

61 Uyuşmazlık Mahkemesi, 2918 sayılı Yasa’nın 116. maddesi kapsamında araç tescil plakasına göre düzenlenenler dışında trafik zabıtasınca uygulanan idari para cezalarına karşı açılan davaları; bu uygulamanın idari ceza kapsamında bulunması; Yasada idari cezalarla ilgili davalarda görevli yargı yerini açıkça belli eden bir hükme yer verilmemesi; 12.7.2013 tarih ve 6495 sayılı Kanun’un 20.maddesi ile yapılan değişiklikten önceki hali ile, bu Yasada gösterilen adli cezalara hükmetmekle görevli mahkemeye işaret eden 112. maddeye de herhangi bir atıfta bulunulmamış olması karşısında ve göreve ilişkin genel ilkelere göre idari yargının görev alanında görmüştür. 5326 sayılı Kabahatler Kanunu’nun yürürlüğe girmesinden sonra; öngörülen trafik para cezasının 5326 sayılı Kanun’un 16. maddesinde belirtilen idari yaptırım türlerinden biri olduğu, 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu’nda da bu para cezasına itiraz konusunda görevli mahkemenin gösterilmediği anlaşıldığından, Kabahatler Kanunu’nun 5560 sayılı Kanun’la değişik 3. maddesinde belirtildiği üzere, idari yaptırım kararlarına karşı kanun yoluna ilişkin hükümlerinin, diğer kanunlarda aksine hüküm bulunmaması halinde uygulanacağından, görevli mahkemenin belirlenmesinde 5326 sayılı Kanun hükümleri dikkate alınacağına hükmetmiştir. Bu nedenle anılan idari para cezasına karşı açılan davaların görüm ve çözümünde, 5326 sayılı Kanunun 27. maddesinin (1) numaralı bendi uyarınca adli yargı yerinin görevli olduğu sonucuna varmıştır. U.M, 29.01.2018, E.2018/42, K.2018/7 sayılı kararı

62 **2247 sayılı Uyuşmazlık Kanunu Madde 10: Olumlu görev uyuşmazlığı çıkarma**: Görev uyuşmazlığı çıkarma; adli ve idari bir yargı merciinde açılmış olan davada ileri sürülen görev itirazının reddi üzerine ilgili Başsavcı veya Başkansözçüsü tarafından görev



Başsavcılığına başvurulması istenilmiştir. İdare Mahkemesince dosya Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına gönderilmiştir. Başsavcılık 2247 sayılı Kanun'un 10 ve 13. maddeleri gereğince olumlu görev uyuşmazlığı çıkarılmasına ve dosyanın Uyuşmazlık Mahkemesine gönderilmesine karar vermiştir.

2. Kararda Yer Verilen Mevzuat Hükümleri ve Yorumu

Uyuşmazlık Mahkemesince; 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun 48. maddesi, 24.5.2013 tarihli 6487 sayılı Kanun'un 19. maddesiyle yeniden düzenlenerek maddeye; dokuzuncu fıkrası ve "Sürücü belgelerinin geçici geri alma işlemleri bu Kanunun 6ncı maddesinde sayılan görevliler tarafından yapılır" denilmek suretiyle de onikinci fıkra hükmüne yer verilmiştir. Ayrıca anılan Kanun'un, "Trafik zabıtasının görev ve yetki sınırı ile genel zabitanın trafik hizmetlerini yürütmeye ilişkin yetkisi" başlığı altında düzenlenen 6. maddesi hükmüne yer verilmiştir.

Uyuşmazlık Mahkemesi kararında 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun "Saklı tutulan hükümler" başlığını taşıyan 19. maddesi ile "Genel kanun niteliği" başlıklı 3 üncü madde hükmüne yer verilip bu Kanun'un genel hükümleri arasında yer alan 27. maddesinin (1) numaralı bendinde, idari para cezası ve mülkiyetin kamuya geçirilmesine ilişkin idari yaptırım kararına karşı, kararın tebliği veya tefhimi tarihinden itibaren en geç on beş gün içinde, sulh ceza mahkemesine başvurulabileceği öngörüldüğü ifade edilmiştir. Kabahatler Kanunu'nun; idari yaptırım kararlarına karşı kanun yoluna ilişkin hükümlerinin, Kanun'un 19. maddesinde sayılan yaptırımlar saklı tutulmak kaydıyla, diğer kanunlarda aksine hüküm bulunmaması halinde uygulanacağı; diğer kanunlarda görevli mahkemenin gösterilmesi durumunda ise uygulanmayacağı, ifade edilmiştir.

2918 sayılı Kanun'un "Adli Kovuşturma ve Cezaların Uygulanması" başlıklı Dokuzuncu Kısım'a dahil "Bu Kanundaki suçlarla ilgili davalara bakacak mahkemeler ve yetkileri" başlığı altında düzenlenen 112. maddesinin ilk

konusunun incelenmesinin Uyuşmazlık Mahkemesinden istenmesidir. Yetkili Başsavcı veya Başkanun sözcüsünün Uyuşmazlık Mahkemesinden istekte bulunabilmesi için, görev itirazının, hukuk mahkemelerinde en geç birinci oturumda, idari yargı yerlerinde de dilekçe ve savunma evresi tamamlanmadan yapılmış olması ve yargı yerlerinin de kendilerinin görevli olduklarına karar vermiş bulunmaları şarttır. Görev itirazının yargı merciince yerinde görülerek görevsizlik kararı verilmesi halinde, görev konusunun Uyuşmazlık Mahkemesince incelenebilmesi, temyizden bu kararın bozulmuş ve yargı merciince de bozmaya uyularak görevli olduğuna karar verilmiş bulunmasına bağlıdır. Uyuşmazlık çıkarma isteminde bulunmaya yetkili makam; reddedilen görevsizlik itirazı adli yargı yararına ileri sürülmüş ise Cumhuriyet Başsavcısı, idari yargı yararına ileri sürülmüş ise Danıştay Başkanun sözcüsüdür. ATAY, Ender Ethem; "Olumlu Görev Uyuşmazlığı Çıkarma, Olumlu Görev Uyuşmazlığı ve Bu Uyuşmazlıkların Çözüm Usulüyle Görev Konusunun Niteliği, Önemi ve Uyuşmazlık Yargısında Görev Hususu" *Ulusal Uyuşmazlık Mahkemesi Sempozyumu*, Uyuşmazlık Mahkemesi Yayınları, Ankara 12 Mayıs 2016, s.9-40.



paragrafında; sürücü belgelerinin geçici olarak geri alınması hariç olmak üzere bu Kanundaki hafif para cezasını veya bu kanundaki hafif hapis cezasını, belgelerin geri alınması ve iptali veya işyerlerinin kapatılması cezasını gerektiren suçlarla ilgili davalara trafik mahkemelerinde, bunların bulunmadığı yerlerde yetki verilen sulh ceza mahkemelerinde bakılacağı ifade edilmiştir.

Sürücü belgelerinin geçici olarak geri alınmasına ilişkin uygulamalar, trafik ve sulh ceza mahkemelerinin görevi dışında tutulmuştur. 12.7.2013 tarihli 6495 sayılı Kanunla yapılan değişiklik ile, maddenin başlığı, “Sürücü belgelerinin geri alınmasında ve iptalinde yetki”; şeklinde, madde ise, “Bu Kanunun 6. maddesinde sayılan görevlilerin ve trafik tescil kuruluşlarının yetkilendirildiği haller hariç olmak üzere, sürücü belgelerinin geri alınmasına ve iptaline sulh ceza mahkemeleri karar verir. Bu Kanunun 51 inci maddesinin ihlali ve 118 inci maddesinin ikinci ve üçüncü fıkralarında yazılı “100 ceza puanını doldurmak” eylemi nedeniyle sürücü belgelerinin geri alınmasına yine bu Kanunun 6. maddesinde sayılan görevliler yetkilidir. Sürücü belgelerinin geçici olarak geri alınması veya iptaline dair verilen kesinleşmiş mahkeme kararı örnekleri, sürücülerin sicillerine işlenmek üzere mahkemelerce ilgili trafik birimlerine gönderilir. Bu Kanuna göre görülen davalar, diğer kanunlara göre görülen davalarla birleştirilemez...” denilerek yeniden düzenlendiği ifade edilmiştir.

3. Konu Hakkındaki Mahkemenin İlk İçtihadı

Sürücü belgelerinin geçici olarak geri alınmasına ilişkin karar, 2918 sayılı Kanun’un 12.7.2013 tarih ve 6495 sayılı Kanun’un 20.maddesi ile yapılan değişiklikten önceki 112. maddesi ve 5326 sayılı Kanun birlikte ele alınmıştır. 2918 sayılı Kanun’un, bu Kanun’daki suçlarla ilgili davalara bakacak mahkemeler ve yetkilerinin düzenlendiği 112. maddesi uyarınca, sürücü belgelerinin geçici olarak geri alınmasına ilişkin davaların sulh ceza mahkemelerinin görevine dahil edilmemiştir.

5326 sayılı Kanun’un 19. maddesinde de, diğer kanunlarda kabahat karşılığında öngörülen belirli bir süre için ehliyetin geri alınmasına ilişkin hükümlerin geçici istisnalar içinde sayılmıştır. Sürücü belgelerinin geçici olarak geri alınmasına ilişkin davalara bakma görevinin idare mahkemesine ait olduğu kuşkusuzdur.

5326 sayılı Kabahatler Kanunu’nun 27. maddesine, 5560 sayılı Kanun ile eklenen 8. fıkrasında, idari yaptırım kararının verildiği işlem kapsamında aynı kişi ile ilgili olarak idari yargının görev alanına giren kararların da verilmiş olması halinde; idari yaptırım kararına ilişkin hukuka aykırılık iddialarının, bu işlemin iptali talebiyle birlikte idari yargı merciinde görüleceği kurala bağlanmıştır. Bu maddenin gerekçesinde de bu hükümle,



Kabahatler Kanunu'ndaki düzenlemelerin ortaya çıkardığı bağlantı sorununa çözüm getirilmesinin amaçlandığı ifade edilmiştir. 19.12.2006 tarihinde yürürlüğe giren bu düzenlemeye göre, Kabahatler Kanunu'nun; idari yaptırım kararlarına karşı kanun yoluna ilişkin hükümlerinin, diğer kanunlarda aksine hüküm bulunmaması halinde uygulanacaktır.

Diğer kanunlarda görevli mahkemenin gösterilmesi durumunda ise uygulanmayacaktır. Ancak, idari yaptırım kararının verildiği işlem kapsamında aynı kişi ile ilgili olarak idari yargının görev alanına giren kararların da verilmiş olması halinde; idari yaptırım kararına ilişkin hukuka aykırılık iddialarının, bu işlemin iptali talebiyle birlikte idari yargı merciinde görüleceğinin anlaşıldığı kararda belirtilmiştir.

Buna göre, 2918 sayılı Kanununun 112. maddesinde 6495 sayılı Kanunla yapılan değişikliğe kadar Uyuşmazlık Mahkemesince, idari para cezası yönünden oluşan olumsuz görev uyuşmazlıklarının çözümünde, idari para cezasına konu işlem kapsamında aynı kişi ile ilgili olarak idari yargının görev alanına giren kararın da verilmiş olması ve dosya içeriğinden bu kararın idari yargı yerinde dava konusu edildiğinin anlaşılması halinde; idari para cezasına ilişkin kararın hukuka aykırılığı iddiasının da, idari yargı yerinde görüleceği sonucuna varılmıştır. İdari yargı yerince verilen görevsizlik kararlarının kaldırılmasına karar verilmiştir.

4. Mahkeme İctihadının Değişmesi ve Yeni İctihadı

İdari para cezasına konu işlem kapsamında aynı kişi ile ilgili olarak düzenlenen ve olumsuz görev uyuşmazlığının konusunu oluşturan sürücü belgesi geri alma tutanağı ile ilgili olarak; 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun "Saklı tutulan hükümler" başlığını taşıyan 19. maddesinde, "diğer kanunlarda kabahat karşılığında öngörülen belirli bir süre için, ehliyetin geri alınması,gibi yaptırımlara ilişkin hükümler, ilgili kanunlarda bu Kanun hükümlerine uygun değişiklik yapıncaya kadar saklıdır" denilmiştir. İlgili Kanununda, bu Kanun hükümlerine uygun değişiklik yapıncaya kadar saklı tutulan, başka bir deyişle, belirtilen istisnalar içinde sayılan yaptırımlardan biri olan "ehliyetin geri alınmasına" ilişkin hüküm, 12.7.2013 tarih ve 6495 sayılı Kanununun 20. maddesiyle değiştirilmiştir. Buna göre, 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun 112. maddesinde yapılan değişiklik ile yeniden düzenlenmiştir. Yeni düzenlemede bu karara karşı kanun yoluna ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemiştir.

Davanın açıldığı andaki kurallara göre görevli olan mahkeme, yeni bir yasa ile görevsiz hale gelmiş ise, (davanın açıldığı anda görevli olan ve fakat yeni yasaya göre görevsiz hale gelen) mahkemenin görevsizlik kararı vermesi gerekecektir. Ancak, yeni yasadaki görev kuralının, değişikliğin



yürürlüğe girmesinden sonra açılacak davalarda uygulanacağına dair intikal hükümlerinin varlığı halinde, mahkemece görevsizlik kararı verilemeyeceği açıktır. Dava görevsiz mahkemede açılmış, bu sırada yapılan bir kanun değişikliği ile görevsiz mahkeme o dava için görevli hale gelmiş ise, mahkeme, artık görevsizlik kararı veremeyip (yeni kanuna göre görevli hale geldiği için) davaya bakmaya devam etmesi gerekecektir.

Uyuşmazlıkta, öngörülen sürücü belgesi geri alma tutanağının 5326 sayılı Kanun'un 16. maddesinde belirtilen idari yaptırım türlerinden biridir. 12.7.2013 tarih ve 6495 sayılı Kanun'un 20.maddesiyle 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun 112. maddesinde yapılan değişiklik ile maddenin yeniden düzenlendiği ve bu karara karşı kanun yoluna ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Kabahatler Kanunu'nun 5560 sayılı Kanun'la değişik 3. maddesinde belirtildiği üzere, idari yaptırım kararlarına karşı kanun yoluna ilişkin hükümlerinin, diğer kanunlarda aksine hüküm bulunmaması halinde uygulanacağı nedeniyle, görevli mahkemenin belirlenmesinde 5326 sayılı Kanun hükümleri dikkate alınacaktır. Sürücü belgesi geri alma tutanağına karşı açılan davanın görüm ve çözümünde, anılan Kanununun 27. maddesinin (1) numaralı bendi uyarınca adli yargı yerinin görevli olduğu sonucuna varılarak bu davalarda adli yargı yerleri görevli görülmüştür⁶³.

5. Mahkemenin Çeşitli Karar Örnekleri

Uyuşmazlık Mahkemesi benzer bir kararı olumsuz görev uyuşmazlığında vermiştir⁶⁴.

Anılan uyuşmazlıklara bakıldığında; ... Valiliği Trafik Denetleme Şube Müdürlüğüne yapılan denetimler sırasında, ... plaka sayılı araç sürücüsü davacı adına, alkol cihazına üfleme kabul etmediğinden bahisle, ... seri-sıra sayılı Trafik İdari Para Cezası Karar Tutanağı düzenlenmiştir.

2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun 48/9. maddesi uyarınca 2.078 TL idari para cezası verilmiştir.

Aynı birim tarafından sürücü belgesi geri alma tutanağı düzenlenmesi üzerine Sulh Ceza Mahkemesince 30.6.2014 gün ve D.İş:2014/173 sayı ile; 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun 48/9. maddesini ihlal ettiği nedeniyle davacı hakkında sürücü belgesi geri alma tutanağı da düzenlenmiştir.

5326 sayılı Yasanın 27/8. maddesine göre idari yaptırım kararının verildiği işlem kapsamında aynı kişi ile ilgili olarak idari yargının görev

63 UM, 22/10/2018, E.2018/669, K.2018/626 sayılı kararı.

64 UM, 30.11.2015, E.2015/787, K.2015/802 sayılı kararı.



alanına giren kararın da verilmiştir. Bunun üzerine, yapılan başvuru konusunda karar verme görevinin idari yargı yerine ait olduğu gerekçesiyle itirazın görev yönünden reddine karar vermiştir. Bu karara karşı yapılan itiraz .. Asliye Ceza Mahkemesi'nce kesin olarak reddedilmiştir.

Bilhare İstanbul İdare Mahkemesince 28.1.2015 gün ve E:2014/1920, K:2015/96 sayılı kararı ile; 2918 sayılı Kanun'un 112. maddesinde yapılan yeni düzenleme uyarınca ve Uyuşmazlık Mahkemesinin konu ile ilgili kararları emsal alınarak davanın çözümünün adli yargı yerine ait olduğu gerekçesiyle davanın görev yönünden reddine karar vermiştir. Bu karar itiraz edilmeden kesinleşmiştir. Aynı istemle ikinci kez adli yargı yerine itirazda bulunulması üzerine, .. Sulh Ceza Hakimliği'nce, ... Sulh Ceza Mahkemesi'nin 30.6.2014 gün ve D.İş:2014/173 sayılı kararı ile İstanbul İdare Mahkemesi'nin 28.1.2015 gün ve .:2014/1920, K.2015/96 sayılı kararı arasında meydana gelen olumsuz görev uyuşmazlığı nedeniyle davanın incelenmeden reddine, olumsuz görev uyuşmazlığının çözümlenmesi için dava dosyasının Uyuşmazlık Mahkemesi'ne gönderilmesine karar verilmiştir.

İdari para cezasına konu işlem kapsamında aynı kişi ile ilgili olarak sürücü belgesi geri alma tutanağı da düzenlendiği ve idari yargı yerinde dava konusu edildiği anlaşılmıştır. *Ancak, 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun "Saklı tutulan hükümler" başlığını taşıyan 19. maddesinde, "diğer kanunlarda kabahat karşılığında öngörülen belirli bir süre için, ehliyetin geri alınması, gibi yaptırımlara ilişkin hükümler, ilgili kanunlarda bu Kanun hükümlerine uygun değişiklik yapılmaya kadar saklıdır" denilmiştir. İlgili kanununda, bu Kanun hükümlerine uygun değişiklik yapılmaya kadar saklı tutulan, başka bir deyişle, belirtilen istisnalar içinde sayılan yaptırımlardan biri olan "ehliyetin geri alınması"na ilişkin hükmün, 12.7.2013 tarih ve 6495 sayılı Kanun'un 20. maddesiyle, 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun 112. maddesinde yapılan değişiklik ile yeniden düzenlendiği ifade edilmiştir. Anılan değişiklikte ehliyetin geri alınması ve bu madde uyarınca verilecek trafik para cezalarına karşı kanun yoluna ilişkin bir düzenlemeye yer verilmediği belirtilmiştir.*

Bu durumda, *Kabahatler Kanunu'nun 5560 sayılı Kanun'la değişik 3. maddesinde belirtildiği üzere, idari yaptırım kararlarına karşı kanun yoluna ilişkin hükümlerinin, diğer kanunlarda aksine hüküm bulunmaması halinde uygulanacaktır. Görevli mahkemenin belirlenmesinde 5326 sayılı Kanun hükümleri dikkate alınacaktır. İdari para cezası ve sürücü belgesi geri alma tutanağına karşı açılan davanın görüm ve çözümünde, anılan Kanununun 27. maddesinin (1) numaralı bendi uyarınca adli yargı yerinin görevli olduğu*



sonucuna varılarak Sulh Ceza Mahkemesince verilen görevsizlik kararının kaldırılmasına hükmedilmiştir⁶⁵.

Uyuşmazlık Mahkemesinin son kararları incelendiğinde, 2918 sayılı Kanunun 112. maddesinde yapılan değişiklik sonrasında bu tür uyuşmazlıklarda “sürücü belgesinin geçici olarak el konulması ibaresi hariç olma” ifadesinin madde metninden çıkartılmış olmasını bu davaların adli yargı yerlerinde görülmesine neden olacağı şeklinde yorumlamıştır.

IV. İDARİ YARGIDA İÇTİHADIN BİRLEŞTİRİLMESİ KONUSU

A. İctihad Farklılıklarının Nedeni

İdari yargı sistemimizde hali hazırda 7 tane bölge idare mahkemesi faaliyet göstermektedir. Farklı yerlerde bulunan bu mahkemelerce zaman zaman aynı konularda bir birinden farklı kararlar verilebilmektedir. Nitekim çalışma konumuz hakkında, bölge idare mahkemelerinden üç tanesi adli yargı yerlerini görevli görmekte iken dört tanesi ise idari yargı yerlerini görevli görmektedir.

Aynı şekilde idari yargı yerlerini görevli gören bölge idare mahkemelerinin de bir takım kararları gerek Danıştay içtihatlarından gerekse diğer bölge idare mahkemeleri ile kararlarından farklılıklar içerebilmektedir.

B. Konu Hakkında İctihat Farklılıkları Örnekleri

Aynı konudaki içtihat farklılıklarına ilişkin olarak, verilen kararlara bakıldığında;

Alkolmetre cihazını üfleme reddedenlere idari para cezası ve sürücü belgesinin el konulması cezasının verilecektir. Ancak, 2918 sayılı Kanunun 45. maddesinin 9. fıkra hükmünün⁶⁶ yürürlüğe girmesinden sonra aynı

65 UM, 30.11.2015, E.2015/757, K.2015/774 sayılı kararı; UM, 30.11.2015, E.2015/766, K.2015/783 sayılı kararı; UM, 30.11.2015, E.2015/779, K.2015/794 sayılı kararı; UM, 30.11.2015, E.2015/793, K.2015/808 sayılı kararı; UM, 30.11.2015, E.2015/820, K.2015/831 sayılı kararı; UM, 30.11.2015, E.2015/774, K.2015/789 sayılı kararı; UM, 30.11.2015, E.2015/817, K.2015/828 sayılı kararı; UM, 30.11.2015, E.2015/626, K.2015/754 sayılı kararı; UM, 30.11.2015, E.2015/818, K.2015/829 sayılı kararı; UM, 26.10.2015, E.2015/685, K.2015/692 sayılı kararı; UM, 26.10.2015, E.2015/747, K.2015/744 sayılı kararı; UM, 26.10.2015, E.2015/736, K.2015/735 sayılı kararı.

66 Alkolün kandaki miktarını tespit amacıyla, kollukça teknik cihazlar kullanılmasını kabul etmeyen sürücülere 2.000,00 Türk Lirası idari para cezası verilir ve sürücü belgesi iki yıl süreyle geri alınır. (2918 SK m.45/9); 07.1997 tarih ve 23053 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan Karayolları Trafik Yönetmeliği’nin 19.02.2014 tarih ve 28918 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan hali ile değişen “Alkol, uyuşturucu veya uyarıcı maddeler etkisi altında araç sürme yasağı” başlıklı 97. maddesinin trafik görevlilerince sürücülerin alkol oranlarının tespitinde uygulanacak usul ve esasları gösteren 3. fıkrasının (c) bendinde ise; “Teknik cihaz kullanılmasını kabul etmeyen sürücüye 2918 sayılı Kanunun 48 inci maddesinin dokuzuncu fıkrasında belirtilen



fiil nedeniyle mükerrer cezalandırma olup olmayacağı tartışma konusu olmuştur. Danıştay tarafından önüne gelen uyuşmazlıklarda her iki durumun Kanunda ayrı ayrı düzenlendiği ve ayrı ayrı fiillerin yaptırma bağlandığı ifade edilerek her iki eylemin de birlikte cezalandırılabileceğine hükmedilmiştir⁶⁷.

Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu da Danıştay Dairesinin bu görüşünü benimsemiştir. Kurul, “2918 sayılı Kanun’un 48. maddesinde, *alkollü araç kullanma ve kollukça teknik cihazlar kullanılmasını kabul etmeme fiilleri, ayrı ayrı ceza gerektiren fiiller olarak düzenlenmiştir. Ceza hukukunda, aynı somut ya da soyut olgular nedeniyle failin cezasının haksız yere ikinci kez artırılması ya da indirilmesi yasağını ifade eden mükerrer değerlendirme yasağı kapsamında konu değerlendirildiğinde, her iki fiilin birbirinden bağımsız fiiller olduğu ve her bir fiil için Kanun’da farklı cezalar öngörüldüğü görülmekte olup, sürücülerin alkollü araç kullanma ve kollukça teknik cihazlar kullanılmasını kabul etmeme fiillerini işlemeleri durumunda, bu fiiller için öngörülen cezalar ile cezalandırılmaları, mükerrer değerlendirme yasağı kapsamında değerlendirilemez*” şeklinde ifade etmiştir⁶⁸.

Öte yandan, bazı bölge idare mahkemeleri Danıştay’ın yukarıda anılan içtihadından ayrılmıştır. İstanbul Bölge İdare Mahkemesince önüne gelen bir davada

“Davacı tarafından, yasal sınırın üzerinde alkollü araç kullandığından bahisle sürücü belgesinin 6 ay süreyle geçici olarak geri alınmasına ve alkolmetre ile ölçüm yapılmasını kabul etmediğinden bahisle sürücü belgesinin 2 yıl süreyle geçici olarak geri alınmasına ilişkin iptali istemiyle dava açılmıştır.

Uyuşmazlık konusu olayda, her ne kadar davacı hakkında ‘kollukça teknik cihazlar kullanılmasını kabul etmeme’ fiilinden dolayı idari para cezası verilmiş ise de, müteakip süreçte hastanede yapılan kontrolde davacının alkollü olduğu tespit edilmiştir.

‘Alkol, Uyuşturucu veya Uyarıcı Maddelerin Etkisi Altında Araç Sürme Yasağı’ başlıklı madde ile hedeflenen nihai amaç hasıl olmuştur. Bir başka

miktarda idari para cezası verilir ve sürücü belgesi iki yıl süreyle geri alınır.” düzenlemesi yer almaktadır. Dava konusu edilen bu düzenleme; 2918 sayılı Kanununun 48. maddesinin 9. fıkrası ile aynı içeriktedir ve fıkranın uygulanmasını göstermektedir. Anılan Kanununun 48. maddesinin 9. fıkrasının Anayasa’ya aykırılık itirazını değerlendiren Anayasa Mahkemesi’nce 02.10.2014 tarih ve E:2014/65, K:2014/150 sayılı kararıyla reddedilmiştir. Dava konusu düzenlemede, hukuka ve üst hukuk normlarına aykırılık bulunmamaktadır. D.15.D, 10/10/2017, E.2015/5153, K.2017/5391 sayılı kararı; D.15.D, 10/10/2017, E.2014/10116, K.2017/5392 sayılı kararı.

67 D.15.D, 03/04/2017, E.2016/8344, K.2017/1498 sayılı kararı; D.15.D, 17/10/2016, E.2016/893, K.2016/4956 sayılı kararı.

68 DiDDK, 16.01.2017, E.2016/4411, K.2017/17 sayılı kararı.

deyişle sürücünün 'alkollü' olduğu tespit edilmiş ve bahsi geçen kabahate karşılık gelen sürücü belgesi 6 ay süreyle geri alınmıştır.

Uyuşmazlık konusu olayda 'kollukça teknik cihazlar kullanılmasını kabul etmediğinden' bahisle tesis edilen dava konusu işlemin trafik sürücü belgesinin 2 yıl süreyle geri alınmasına ilişkin kısmında hukuka uyarlık görülmemiştir.

Davacının hastaneye seoki üzerine kan alınmak suretiyle yapılan ölçüm neticesinde 1,86 promil oranında alkollü olduğunun tespit edilmiştir. Bu oranın yasal sınıırın üzerinde olduğu açıktır. Davacının sübuta eren bu fiilinin karşılığı olarak davacının sürücü belgesinin 6 ay süreyle geri alınmasında ise hukuka aykırılık bulunmamaktadır.

Sonuç olarak da davacının teknik cihazlar kullanılmasını kabul etmediğinden dolayı sürücü belgesinin 2 yıl süreyle geri alınmasına ilişkin işlemin iptaline, yasal sınıırın üzerinde alkollü araç kullandığından bahisle sürücü belgesinin 6 ay süreyle geçici olarak geri alınmasına ilişkin işlem yönünden davanın reddine ilişkin Bursa 3. İdare Mahkemesi'nce verilen 09/03/2017 tarih ve E:2016/1775, K:2017/406 sayılı kararın, davanın iptale ilişkin kısmına; davalı idarece yapılan istinaf başvurusu reddedilerek⁶⁹ Danıştay'ın bu konudaki içtihadından ayrışılmıştır⁷⁰.

Benzer yönde Danıştay içtihadından ayrılan kararlar İzmir Bölge İdare Mahkemesince de verilmiştir⁷¹.

C. İctihat Farklılıklarının Giderilmesi Konusu ve Öneriler

Bu gibi durumlarda bölge idare mahkemeleri arasında içtihat birliğinin sağlanması gerektiği hususu da yargıya güven açısından çok önemli

69 İstanbul Bölge İdare Mahkemesi 8. İdare Dava Dairesi, 26/09/2017, E.2017/1769, K.2017/1494 sayılı kararı; İstanbul Bölge İdare Mahkemesi 8. İdare Dava Dairesi, 23/10/2018, E.2018/1115, K.2018/1477 sayılı kararı.

70 Davacının sürücüsü olduğu ... plakalı aracın 13/03/2016 tarihinde karıştığı maddi hasarlı trafik kazası sonrası davacının alkolmetre ile alkol ölçümünü reddettiği iddiasıyla 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun 48/9. maddesi uyarınca iki yıl süreyle sürücü belgesine el konulmasına ilişkin 13/03/2016 günlü işlemin iptali istemiyle dava açılmıştır. Davacı tarafından, alkol testinin Adli Tıpta yapılmasının talep edilmiştir. Adli Tıpta yapılan alkol testi sonrasında, davacının alkollü olması nedeniyle hakkında 2918 sayılı Kanun'un 48/5. maddesine göre ayrıca sürücü belgesine altı ay süreyle el konulmasına dair işlemin tesis edilmiştir. Davacının sürücü belgesine alkolmetreyi üflemediği iddiasıyla iki yıl süreyle el konulmasına ilişkin işlemde hukuka uygunluk bulunmadığı gerekçesiyle iptaline ilişkin İstanbul 12. İdare Mahkemesi'nce verilen 27/04/2017, E:2016/2038, K:2017/848 sayılı kararına karşı yapılan istinaf isteminin reddi hakkında İstanbul Bölge İdare Mahkemesi 8. İdare Dava Dairesi, 12/12/2017, E.2017/2233, K.2017/2196 sayılı kararı; İstanbul Bölge İdare Mahkemesi 8. İdare Dava Dairesi 22/05/2018, E.2018/802, K.2018/930 sayılı kararı; İstanbul Bölge İdare Mahkemesi 8. İdare Dava Dairesi, 28/03/2018, E.2017/2629, K.2018/607 sayılı kararı.

71 İzmir Bölge İdare Mahkemesi 5. İdari Dava Dairesi, 25/09/2018, E.2018/1364, K.2018/2007 sayılı kararı; İzmir Bölge İdare Mahkemesi 5. İdare Dava Dairesi, 12/12/2017, E.2017/1846, K.2017/2617 sayılı kararı.



mesele olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu durumu düşünen Kanun Koyucu tarafından 2576 sayılı Kanuna özel düzenlemeler getirilmiştir.

Anılan düzenlemelere bakıldığında;

Bölge idare mahkemesi başkanının görevleri 2576 sayılı Kanunun 3/B maddesinde düzenlenmiştir. Bu görevlerinden birisi de, *Dairelerin benzer olaylarda kesin olarak verdikleri kararlar arasında uyumsuzluğun giderilmesi için başkanlar kuruluna başvuracaktır (2576 SK m.3/B-g).*

Aynı şekilde, Bölge idare mahkemesi başkanlar kurulunun görevleri 2576 sayılı kanunun 3/C-4 maddesinde 4 alt bent halinde sayılmıştır. Bu görevlerden birisi de, *Benzer olaylarda bölge idare mahkemesi dairelerince verilen kesin nitelikteki kararlar arasında veya farklı bölge idare mahkemeleri dairelerince verilen kararlar arasında aykırılık veya uyumsuzluk bulunması halinde resen veya ilgili bölge idare mahkemesi dairelerinin ya da istinaf yoluna başvurma hakkı bulunanların bu aykırılığın veya uyumsuzluğun giderilmesini gerekçeli olarak istemeleri üzerine istemin uygun görülmesi halinde kendi görüşlerini de ekleyerek konuyu Danıştay Başkanlığı'na iletmek (2576 SK m.3/C-4-c) olarak belirtilmiştir.*

Bu durumlarda Danıştay Başkanlığına başvuru Başkanlar Kurulunca resen yapılabilecektir. Yine, ilgili bölge idare mahkemesi dairelerinin ya da istinaf yoluna başvurma hakkı bulunanların bu aykırılığın veya uyumsuzluğun giderilmesini yazılı ve gerekçeli olarak istemeleri de mümkündür. Bu durumda, Başkanlar Kurulunca kendisine yapılan başvuruyu uygun bulunması halinde kendi görüşüne de ekleyerek başvurunun Danıştay Başkanlığı'na başvurunun iletilmesi gerekmektedir. Başvurunun uygun bulunmaması halinde ise Başkanlar Kurulu başvuruyu Danıştay Başkanlığına iletmeyecektir. Anılan madde hükmüne göre yapılacak olan talepler hakkında 2575 sayılı Danıştay Kanununun 39. ve 40. maddeleri⁷² uygulanacaktır⁷³.

72 2575 sayılı Danıştay Kanunu Madde 39: "İçtihatları Birleştirme Kurulu, dava dairelerinin veya idari ve vergi dava daireleri kurullarının kendi kararları veya ayrı ayrı verdikleri kararlar arasında aykırılık veya uyumsuzluk görüldüğü veyahut birleştirilmiş içtihatların değiştirilmesi gerekli görüldüğü takdirde, Danıştay Başkanının havalesi üzerine, Başsavcının düşüncesi alındıktan sonra işi inceler ve lüzumlu görürse, içtihadın birleştirilmesi veya değiştirilmesi hakkında karar verir." Madde 40: "1. İçtihatların birleştirilmesi veya birleştirilmiş içtihatların değiştirilmesi, Danıştay Başkanı, konu ile ilgili daireler, idari ve vergi dava daireleri kurulları veya Başsavcı tarafından istenebilir. 2. Aykırı kararlarla ilgili kişiler, içtihatların birleştirilmesi için Danıştay Başkanlığına başvurabilirler. 3. Kurulun, içtihatların birleştirilmesi veya değiştirilmesi hakkındaki kararları, gönderildikleri tarihten itibaren bir ay içerisinde Resmi Gazete'de yayımlanır. 4. Bu kararlara, Danıştay daire ve kurulları ile idari mahkemeler ve idare uymak zorundadır."

73 BİLGİN, *İstinaf Başvuru Rehberi*, s. 29; ARSLAN, Aziz Serkan; "Uyumsuzluk Mahkemesi



Bölge idare mahkemesinde bölge idare mahkemesi başkanı, istinaf daire başkanları ve istinaf daire üyeleri görev yapmaktadır. Danıştay'ın aksine bölge idare mahkemelerinde bölge idare mahkemesi savcılar bulunmamaktadır. Aslında her bölge idare mahkemesi bünyesindeki daire sayısınca ya da iş yoğunluğuna göre iki daireye bir savcı görevlendirilmesi şeklinde bir düzenleme yapılarak bölge idare mahkemeleri bünyelerinde savcılık makamlarının oluşturulmasında fayda bulunmaktadır. Bu savcıların bölge idare mahkemeleri arasındaki içtihat birliğini sağlamak ve bu konuda kanun yararına bozma dahil bir takım hukuksal yolları izleme yetki ve görevleri bulunabilir. Bu savcılar sayesinde bölge idare mahkemeleri arasında içtihat birliği sağlanabileceği gibi yargı yerlerine güven duyulması ve idari yargı kararlarının uygulanmasında ortaya çıkan bir takım sorunların da çözümlenmesi imkanı doğabilecektir⁷⁴.

SONUÇ

2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu uyarınca alkollü araç kullanımı nedeniyle sürücü belgesine geçici süreli el konulması ve idari para cezası uygulanması ilişkin işlemlere karşı açılacak olan davalarda bu davaların hangi yargı kolu tarafından görüleceği hususu çalışmamızın konusunu oluşturmuştur. Çalışmada ilgili Kanun ve Yönetmelik hükümlerine ilişkin açıklamalara yer verilme yerine bu işlemlere karşı açılacak olan davaların görüleceği yargı yolu hakkındaki Uyuşmazlık Mahkemesi, Danıştay ve bölge idare mahkemesi kararlarına yer verilerek konu ele alınmıştır.

Buna göre, anılan işlemlere karşı açılan idari yargı yerlerinde davalarda bu davaların istinaf yoluyla götürüldüğü bölge idare mahkemelerinden Ankara, Konya ve Samsun Bölge İdare Mahkemeleri bu uyuşmazlıkların adli yargı yerlerince görülüp çözümlenmesi gerektiğini ifade etmektedir. İstanbul, İzmir, Gaziantep ve Erzurum Bölge İdare Mahkemeleri ise bu davalarda idari yargı yerlerinin görevli olduğu yönünde karar vermektedir. Anılan davalarda adli yargı yerleri görevli diye karar veren bölge idare mahkemeleri kendilerine dayanak olarak Uyuşmazlık Mahkemesinin bu yönde istikrarlı olarak vermiş olduğu kararlarını dayanak almaktadır. İdari yargı yerlerinin görevli olduğu yönünde karar veren bölge idare mahkemeleri ise Danıştay İdari Dava Daireleri ve Danıştay 15. Dairesi kararlarını dayanak almaktadır.

Kararlarının Niteliği, Kararlar Aleyhine Kanun Yollarına Başvuru ve Uyuşmazlık Mahkemesi Kararları ile İçtihatı Birleştirme Kararları Arasındaki İlişki", *Ulusal Uyuşmazlık Mahkemesi Sempozyumu*, Uyuşmazlık Mahkemesi Yayınları, Ankara 12 Mayıs 2016, s.243-266; YILDIRIM Turan; "İdari Yargıda İçtihat Farklılıkları Sorunu ve Çözüm Önerileri" *TC Danıştay Başkanlığı, 149. Yıl Danıştay ve İdari Yargı Günü Sempozyumu*, 11 Mayıs 2017, Ankara, s.137-153.

74 BİLGİN, *İstinaf Başvuru Rehberi*, s. 35.



Uyuşmazlık Mahkemesince, 2918 sayılı Kanunun 112. maddesinde 12.7.2013 tarihli 6495 sayılı Kanun'un 20. maddesiyle yapılan değişiklik ile, maddenin başlığı, "Sürücü belgelerinin geri alınmasında ve iptalinde yetki" şeklinde yeniden düzenlendiği ifade edilmiştir.

Sürücü belgelerinin geçici olarak geri alınmasına ilişkin karar, 2918 sayılı Kanun'un 12.7.2013 tarih ve 6495 sayılı Kanun'un 20. maddesi ile yapılan değişiklikten önceki 112. maddesi ve 5326 sayılı Kanun uyarınca incelendiğinde, 2918 sayılı Kanun'un, bu Kanun'daki suçlarla ilgili görevli mahkeme konusunda istisna kapsamında görülmektedir. Ancak anılan değişiklik sonrasında artık maddenin yeniden düzenlendiği ve bu karara karşı kanun yoluna ilişkin bir düzenlemeye yer verilmediği ifade edilmiştir.

Bu durumda, oluşan görev uyuşmazlığının çözümünde, sürücü belgesi geri alma tutanağının iptali istemiyle idari yargı yerinde açılan davanın bir öneminin bulunmadığı belirtilmektedir.

Kabahatler Kanunu'nun 5560 sayılı Kanun'la değişik 3. maddesinde belirtildiği üzere, idari yaptırım kararlarına karşı kanun yoluna ilişkin hükümlerinin, diğer kanunlarda aksine hüküm bulunmaması halinde uygulanacaktır. Buna göre, görevli mahkemenin belirlenmesinde 5326 sayılı Kanun hükümleri dikkate alınacağından, idari para cezası ve sürücü belgesi geri alma tutanağına karşı açılan davanın görüm ve çözümünde, anılan Kanunun 27. maddesinin (1) numaralı bendi uyarınca adli yargı yerinin görevli olduğunu ifade etmektedir.

Danıştay ise, bu işlemlerin tipik birer idari işlem olduğunu vurgulamaktadır. Ayrıca 2918 sayılı Kanunun 112. maddesinde 12.7.2013 tarihli 6495 sayılı Kanun'un 20. maddesiyle yapılan değişiklik ile her ne kadar sürücü belgesine geçici olarak el koyma ibaresi istisna olmaktan çıkartılmışsa da, yeni düzenlemede de 2918 sayılı Kanunun 6. maddesine atıf yapılmıştır. Atıf yapılan ve altıncı maddede sayılan personel tarafından tesis edilen işlemlerin istisna kapsamına dahil edilmiştir. Trafik görevlilerince tesis edilen ve sürücü belgesine geçici olarak el konulmasına ilişkin işlemlerin birer idari işlemdir. Anılan madde metninde de açıkça bu kişilerin yapacağı işlemlerin mahkeme kararı kapsamı dışında bırakılmıştır. Dolayısıyla bu işlemlere karşı görülen davalarda idari yargı yerleri görevli görülmektedir.

Bizim kanaatimize göre de, 2918 sayılı Kanunun 112 maddesindeki değişiklik öncesi ve sonrası ile birlikte değerlendirilip düşünölmelidir. Çalışmamıza konu edilen işlemler trafik görevlileri tarafından tesis edilen birer idari işlem niteliğindedir. Kanun Koyucu tarafından bu işlemlerin açıkça idari yargının görev alanı dışında tutulmak da istenmemiştir. Bu nedenle bu işlemlere karşı idari yargı yerlerinde dava



açılması gerekmektedir. Bir başka deyişle, sürücü belgelerine geçici olarak el konulmasına ilişkin işlemlere karşı kanun yolunun sulh ceza hakimliği olduğu yönünde 5326 sayılı Kanunda bir hüküm bulunmadığı gibi 2918 sayılı Kanunun 112. maddesinde de sürücü belgesinin geri alınmasına ilişkin olarak *“Bu Kanunun 6. maddesinde sayılan görevlilerin... yetkilendirildiği haller hariç olmak üzere...”* ibaresine yer verilerek suretiyle kolluk personelinin sürücü belgesinin geri alınmasının sulh ceza mahkemesinin görevinde olmayan bir idari işlem niteliğinde olduğu hususu vurgulanmıştır.

5326 sayılı Kanunun 19. maddesinde yer alan hükmü ise yine aynı Kanunda bulunan *“ilgili kanunlarda bu Kanun hükümlerine uygun değişiklik yapılmıyana kadar saklıdır”* düzenlemesini doğrultusunda yorumlayarak bu kapsamda ilgili özel kanun olan 2918 sayılı Kanunun 112 maddesinde yapılan değişikliğin bu kapsamda görülen bir düzenleme olarak görülmemesi de idari yargının Anayasa ile tayin edilen saklı ve özel görev alanını korumanın bir gereğidir. Dolayısıyla bu davalarda 5326 sayılı Kanunun 27/8 maddesi uyarınca idari yargı yerlerinin görevli olması gerekmektedir.

Öte yandan bölge idare mahkemelerince aynı konu hakkında farklı kararlar veriliyor olunması yargıya olan güven duygusunu sarsacak niteliktedir. Bu nedenle anılan uyuşmazlıklar hakkında bir an evvel 2576 sayılı Kanunun getirdiği müessese işletilerek Danıştay İçtihadı Birleştirme Kurulu'ndan içtihadı birleştirme kararı alınması ve içtihat birliğinin sağlanması hukuk devletinin de gereğidir. Danıştay İçtihadı Birleştirme Kurulunun toplanması ve karar alınmasındaki güçlükler nedeniyle bu konularda içtihat birliğinin sağlanması görevi Danıştay İdari Dava Daireleri Kuruluna da verilebilir. Bu şekilde yapılacak olan yasal değişikliklerle birlikte özellikle farklı bölge idare mahkemeleri arasındaki içtihat farklılıkları bir an evvel giderilmesine katkı sağlanacaktır.

Son olarak esasen somut uyuşmazlık ve diğer benzer uyuşmazlıklarda en pratik çözüm yolu ise, 5326 sayılı Kabahatler Kanununda yapılacak olan değişikliklerle anılan Kanun uyarınca ve bu Kanuna atıf yapılan hususlarda görevli yargı yerlerinin idari yargı yerleri olarak belirlenmesidir. Zira, hem idari yargı yerlerinin tüm yurt çapında örgütlenmesi bakımından sayılarının oldukça artmış hem de mevcut idare mahkemelerinin bulunduğu illerdeki mahkeme sayısı da artırılmıştır. Aynı zamanda Kabahatler Kanununa göre görevli görülen sulh ceza mahkemeleri sulh ceza hakimliklerine dönüştürüldüğü için anılan davalarda idari yargı yerlerinde görülmesi için esasına ve özüne de uygun olacaktır. Buna göre, ilgili mevzuatında açıkça adli yargı yerlerinin görevli gösterildiği davalar dışındaki tüm idari işlemlerle tesis edilen her türlü idari yaptırım ve idari para cezalarında görevli mahkeme idari mahkemeleri olmalıdır.



KAYNAKLAR

AKYILDIZ, Ali; “İstinafa İlkesel Bakmak” *TC Danıştay Başkanlığı, 147. Yıl Danıştay ve İdari Yargı Günü Sempozyumu*, 12 Mayıs 2015, Ankara, s.11-32.

AKYILMAZ, Bahtiyar/ SEZGİNLER, Murat/ KAYA, Cemil, **Türk İdare Hukuku**, 9.Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2018.

AKYILMAZ, Bahtiyar; “Yargı Mercilerinin Uyuşmazlık Mahkemelerine Başvurmaları ve Çözüm Usulü” **Ulusal Uyuşmazlık Mahkemesi Sempozyumu**, Uyuşmazlık Mahkemesi Yayınları, Ankara 12 Mayıs 2016, s.115-136.

ARMAĞAN Tuncay; **İdarenin Sorumluluğu ve Tam Yargı Davaları**, Ankara 1997

ARSLAN, Aziz Serkan; “ Uyuşmazlık Mahkemesi Kararlarının Niteliği, Kararlar Aleyhine Kanun Yollarına Başvuru ve Uyuşmazlık Mahkemesi Kararları ile İçtihadı Birleştirme Kararları Arasındaki İlişki”, **Ulusal Uyuşmazlık Mahkemesi Sempozyumu**, Uyuşmazlık Mahkemesi Yayınları, Ankara 12 Mayıs 2016, s.243-266.

ATAY Ethem E. / ODABAŞI Hasan / GÖKCAN Hasan Tahsin; **Teori ve Yargı Kararları Işığında İdarenin Sorumluluğu ve Tazminat Davaları**, 2. Baskı Ankara 2010

ATAY, Ender Ethem, **İdare Hukuku**, 4.Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2014.

ATAY, Ender Ethem; “ Olumlu Görev Uyuşmazlığı Çıkarma, Olumlu Görev Uyuşmazlığı ve Bu Uyuşmazlıkların Çözüm Usulüyle Görev Konusunun Niteliği, Önemi ve Uyuşmazlık Yargısında Görev Hususu” **Ulusal Uyuşmazlık Mahkemesi Sempozyumu**, Uyuşmazlık Mahkemesi Yayınları, Ankara 12 Mayıs 2016, s.9-40.

AVCI Mustafa; **İdari Yargıda İstinaf Kanun Yolu**, Yetkin Yayınları, Ankara 2017.

AVCI, Mustafa / BİLGİN Hüseyin; “Alkollü Araç Kullanımı Nedeniyle Sürücü Belgesine Geçici Süreli El Konulması İşlemleri Üzerine Bir İnceleme” **Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi**, S.13, s.129-166.

AVCI, Mustafa ve diğerleri, Editör: Avcı, Mustafa/Akıncı, Müslüm, **İdare Hukuku II**, Lisans Yayıncılık, İstanbul, 2014.

AVCI, Mustafa; “ Olumsuz Görev Uyuşmazlığı ve Çözüm Usulü”, **Ulusal Uyuşmazlık Mahkemesi Sempozyumu**, Uyuşmazlık Mahkemesi Yayınları, Ankara 12 Mayıs 2016, s.175-206.



BİLGİN, Hüseyin; “ 5791 Sayılı Kanun’la Getirilen Yenilikler ve Uyuşmazlık Mahkemesi Üzerine Bir İnceleme”, **Terazi Aylık Hukuk Dergisi**, Sayı:26, Ankara, Ekim 2008.

BİLGİN, Hüseyin; **99 Soruda İdari Yargıda İstinaf Başvuru Rehberi**, Adalet Yayınevi, Ankara 2016.

CANDAN, Turgut; **Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu**, Güncelleştirilmiş 5. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2015

ÇAĞLAYAN Ramazan; “ İdari Eylemden Doğan Tam Yargı Davalarında Dava Açma Süreleri”, **Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.IX, S.3-4, s.17-33

ÇAĞLAYAN, Ramazan; **İdare Hukuku Dersleri**, 6.Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018.

ÇAĞLAYAN, Ramazan; **İdari Yargılama Hukuku**, 10. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2018.

ÇINARLI Serkan; **İdari Yargılamada İstinaf ve Bölge İdare Mahkemeleri**, 2. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2018.

ÇINARLI, Serkan/ BOULONGER, Özge Didem; “ Uyuşmazlık Kararları Işığında İdari Yaptırımlarda Görevli Yargı Kolu”, **Terazi Aylık Hukuk Dergisi**, S.151, s.490-503.

DEMİRKOL, Selami; “İdari Yargılama Usulü Yenilenirken İstinaf Kanun Yolu Öngörüsü – Danıştay’ın İçtihat Mahkemesi Rolünün Güçlendirilmesi “ **TC Danıştay Başkanlığı, 148. Yıl Danıştay ve İdari Yargı Günü Sempozyumu**, 10 Mayıs 2016, Ankara, s.115-140.

GİRİTLİ, İsmet/ BİLGİN, Pertev/ AKGÜNER, Tayfun, **İdare Hukuku**, Der Yayınları, İstanbul, 2011.

GÖZLER Kemal, / KAPLAN Gürsel; Güncelleştirilmiş ve Düzeltilmiş 19. Baskı, Ekin **İdare Hukuku Dersleri**, Basın Yayın Dağıtım, Bursa 2017.

GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref / TAN, Turgut; **İdare Hukuku Genel Esaslar**, Cilt:1, Turhan Kitabevi, Ankara, 2016.

GÜLAN, Aydın; “Ülkemizdeki Kanuni Düzenlemeleri Sonrasında İstinaf Kanun Yolu Hakkında Yeniden ve Farklı Düşünmek”, **TC Danıştay Başkanlığı, 148. Yıl Danıştay ve İdari Yargı Günü Sempozyumu**, 10 Mayıs 2016, Ankara, s.19-28

HASBUTCU Sebahattin Taha; **İdari Yargıda İstinaf Kanun Yolu**, Adalet Yayınevi, Ankara 2016.



HONDU, Selçuk; “İdari Yargılama Usulünde Israr”, **Danıştay Dergisi**, S.50-52.

KOÇ, Halil KOÇ; “İdari Yargıda İstinaf Sistemine Geçiş”, **TC Danıştay Başkanlığı, 147. Yıl Danıştay ve İdari Yargı Günü Sempozyumu**, 12 Mayıs 2015, Ankara, s.55-62.

ONAR Sıddık Sami; **İdare Hukukunun Umumî Esasları**, III. Cilt, 3. Baskı, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1966.

ÖZAY, İl Han; **Günüşiğinde Yönetim**, Alfa Yayıncılık, İstanbul, 2002.

ÖZDEMİR, Halit Eyüp; “İdari Yargıda ‘Israr’ (Direnme) Kararının Şekil ve İçerik Bakımından Niteliği”, **Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi**, C.8, S.95-96, s.27-36.

SAĞLAM, Musa; “ Uyuşmazlık Mahkemesinin Tarihçesi, Türk Yargı Sistemindeki Yeri, Kurulma Sebepleri, Yapısı ve Çalışma Yöntemi”, **Ulusal Uyuşmazlık Mahkemesi Sempozyumu**, Uyuşmazlık Mahkemesi Yayınları, Ankara 12 Mayıs 2016, s.61-90.

SANCAKTAR Oğuz / US Eser / TURHAN Mine Kasapoğlu / ÖNÜT Lale Burcu / SEYHAN Serkan; **İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı**, Genişletilmiş ve Güncelleştirilmiş 8. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018.

SANCAKTAR, Oğuz; “İdari Yargı İstinaf Sistemindeki Olası Sorunlar ve Çözüm Önerileri” **TC Danıştay Başkanlığı, 148. Yıl Danıştay ve İdari Yargı Günü Sempozyumu**, 10 Mayıs 2016, Ankara, s.29-114.

SAYGIN, Engin; “ Adli Rejim - İdari Rejim ve İdari Rejimde Uyuşmazlık Mahkemesinin Yeri”, **Ulusal Uyuşmazlık Mahkemesi Sempozyumu**, Uyuşmazlık Mahkemesi Yayınları, Ankara 12 Mayıs 2016, s.91-110.

SEZGİNER, Murat; “İdari Yargıda İstinaf İncelemesinin Esasları ile İstinaf Uygulamasında İçtihat Ayrılıkları Sorunu ve Çözüm Yolları”, **TC Danıştay Başkanlığı, 150. Yıl Danıştay ve İdari Yargı Günü Sempozyumu**, 10-11 Mayıs 2018, Ankara, s.111-134.

TOKLU, Esat; “Türk İdari Yargısının İstinaf Deneyimi, Karşılaştığı Sorunlar ve Çözüm Önerileri”, **TC Danıştay Başkanlığı, 150. Yıl Danıştay ve İdari Yargı Günü Sempozyumu**, 10-11 Mayıs 2018, Ankara, s.135-145.

YILDIRIM Ramazan; **Türk İdari Rejimi Dersleri, (İdari Yargılama Hukuku)** Cilt 3, Mimoza Yayınları, Konya 2015.

YILDIRIM Turan; “İdari Yargıda İçtihat Farklılıkları Sorunu ve Çözüm Önerileri” **TC Danıştay Başkanlığı, 149. Yıl Danıştay ve İdari Yargı Günü Sempozyumu**, 11 Mayıs 2017, Ankara, s.137-153.



YILDIRIM, Ramazan; “Türkiye’de İstinaf Uygulamasının İdari Yargıya Etkileri”, **TC Danıştay Başkanlığı, 147. Yıl Danıştay ve İdari Yargı Günü Sempozyumu**, 12 Mayıs 2015, Ankara, s.33-54.

YILMAZOĞLU, Yunus Emre; “İsrar Kararı ve Dava Daireleri Kurulunca Bozulması Üzerine Verilen Kararın Temyizen İncelenmesi”, **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, S.14, s.911-938.

Muhtelif yayımlanmamış yargı kararları.



TÜRK ANAYASAL GELİŞME TARİHİNDE EGEMENLİK KAVRAMININ GEÇİRDİĞİ DÖNÜŞÜMÜN ANA HATLARI

*(The Main Lines of the Transformation of the Concept of Sovereignty
in the History of Turkish Constitutional Development)*

Metin BULUT¹

ÖZ

Egemenlik, devlet ve iktidar olgusunu analiz eden siyasal ve hukuksal bir kavram olmasının yanında hükümet ve yetki kaynağına ilişkin meşruluk araçlarını temin eden bir açıklama çerçevesini belirtir. Başka bir anlatımla siyasi topluluğa hükmeden belli bir yerdeki nihai ve mutlak güç fikri egemenlik nosyonuyla kendini ifade eder. Emreden, bağımsız, bölünmez ve devredilmez yetki düzeni, egemenliğin kullanımında kavramın başına yerleştirilen klasik siyasal nitelendirmelerdir. Devletin bağımsızlığı, başka devletin müdahalesine uğramaması ve hükümet biçiminde serbest davranması dış egemenlik terimiyle ifade edilirken iç egemenlik, devlet iktidarının ülke üzerinde yaşayan insanların varlığını sürdürmesi amacıyla hukuki ve siyasi örgütlenmenin yönlendirildiği üstün hükmetme gücüyle donatılması anlamına gelmektedir. Anayasal düzeyde ise egemenlik yetkisi, kural koyma (yasama), kuralları uygulama (yürütme) ve anlaşmazlıkları çözme (yargı) fonksiyonları yanında iktidarın bizzatı kaynağı, yetki dağılımı ve gücün niteliği sorunlarıyla bağlantılı hukuksal bir öze sahiptir. Türk anayasal gelişme süreci egemenlik kavramı etrafında evrensel çapta oluşan tanımlar, egemenlik türleri ve egemenliğin aldığı biçimler çerçevesinde bir siyasal iktidar ve devlet yetkileri düzeni takip etmeye çalışmıştır. Osmanlı İmparatorluğu'nun 19.yüzylında başlayan süreç dünya anayasal hareketlerine paralel bir seyir takip ederek egemenlik kavramını, küresel etki ve değişim dâhilinde Türkiye Cumhuriyeti anayasa yapım sürecinin merkezi bir düzenleme ve rekabet alanı haline getirmiştir.

Anahtar Kelimeler: Egemenlik, Egemenliğin Dönüşümü, Anayasal Yetki Sistemi, Ulusal Egemenlik, Güçler Ayrılığı.

1 Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı Doktora Öğrencisi, met.bulut36@gmail.com, ORCID ID: 0000-0002-7770-9056



ABSTRACT

Sovereignty is a political and legal concept that analyzes the phenomenon of state and power, as well as a framework for clarification of the legitimacy of government and authority. In other words, the idea of ultimate and absolute power at a certain place that dominates the political community expresses itself by the notion of sovereignty. The ruling, independent, indivisible and inalienable area of jurisdiction is the classical political characterization placed at the head of the concept in the use of sovereignty. The independence of the state, the absence of intervention by another state and the free behavior of the government are expressed by the term external sovereignty; internal sovereignty means that state power should be equipped with superior ruling power, in which legal and political organization is guided in order to maintain the existence of people living on the country. At the constitutional level, it has a legal essence linked to the problems of sovereignty, rule-making (legislative power), enforcement of rules (executive power) and conflict resolution (jurisdiction), as well as the sources of power, power distribution and quality of power. The process of Turkish constitutional development has sought to follow the order of a political power and state powers within the framework of the universal definitions of sovereignty, types of sovereignty, and forms of sovereignty. The concept of sovereignty in the 19th century, the Ottoman Empire began the process by following a parallel course to the world constitutional motion, the Republic of Turkey within the global impact and change has become a central regulatory and competitive environment of the constitution-making process.

Keywords: Sovereignty, Transformation of Sovereignty, Constitutional Authority System, National Sovereignty, Separation of Powers.

GİRİŞ

Egemenlik gücü, siyasal iktidar olgusunu yönetim ve devlet yetkilerinin kaynağı ile erklerin dağılım ve kullanımını içeren hukuksal ve tarihsel bir süreç içinden geçerek anlamlandırılan kavramsal bir kategoriye tasvir eder. Devletin iktidar unsuruyla sıkı bağlantılar içinde gelişim gösteren egemenlik terimi, anayasal açıdan yasama, yürütme ve yargı erklerinin tanzimini esas alan temel kurallar sistematüğını içinde barındırır. Anayasal metinler, farklı siyasal meşruluk kategorilerine mensup devlet iktidarının düzenlenişı kapsamında egemenlik kullanımının nasıl olacağı sorusuna genellikle yetki dağılımını merkeze alan değişik cevaplar geliştirir. Egemenlik tasarımı ile ilgili benimsenen siyasal tercih ise doğal olarak, demokrasi geleneği, siyasal birikiminin temel yönleri, anayasal hafızanın standartlaştırdığı genel kurallar rehberliği ve siyasal kültür gibi temel tarihsel-toplumsal dinamikler tarafından yönlendirilir.



Türk Anayasal gelişme tarihinin egemenliğin inşası ve kullanımı açısından hukuksal, toplumsal ve siyasal kaynaklardan oluşan modern zamanlara özgü çok yönlü ve etkileşimli dinamiklerin tesiri altında değişken bir doğrultu ve ivme kazandığı açık kanıtlarla fark edilmektedir. Modernleşme süreci, devlet eksenli seçkincilik, bürokratik vesayet, sivil siyasetin askeri darbeler kısılcasında devrevi olarak kesintiye uğraması, siyasal alanın daraltılması ve demokratik teamüllerin geç teşekkülü gibi tarihsel ve toplumsal olgular, iktidarın meşruluk temelleri ve kaynağının biçimlenmesi açısından bir hayli etkili olan merkezi önem ve değerdeki sosyo-politik unsurları işaret etmektedir.

Bu çalışma, Türk anayasal gelişme çizgisini egemenlik gücünün somutlaştığı yetki haritası veya devlet iktidarının taksim edildiği güçler dengesi bağlamında belirli kavramsal analiz araçları ile tarihsel-kurumsal dönüşüm duraklarına başvurarak açıklamayı amaçlamaktadır. Anayasal gelişme tarihinin devlet yapılanması, iktidar inşası ile yöneten-yönetilen ilişkileri alanında ana yön ve eğilimler bakımından genelleştirilebilir sonuçlar üretmeye dönük verimli bir hat oluşturması ise açıklama ve yorum çerçevesinin geliştirilmesinde tarihsel bilgi materyaline öncelik veren bir bakış açısının benimsenmesini zorunlu hale getirmiştir.

Egemenlik kavramının yerel, uluslararası ve karşılıklı bağımlılığa dayanan yönleri ile geleneksel egemenlik anlayışını sarsan ulusaşırı hukuk ve teşkilatlanma örnekleri yetki dağılımı ve devlet erkinin kullanılmasında belirli kısıtlılıklar ve denetim mekanizmaları ortaya çıkardığından egemenliğin dönüşümüne ilişkin geleneksel kabullerin hangi açılardan revizyona uğradığı konusu açıklanması gereken diğer bir sorun alanını oluşturmuştur. Bu çerçevede egemenliğin çağdaş yorumuna yönelik ana çizgiler, Türk anayasal egemenlik pratiği açısından ilişkisel bir zemin içinde belirginleştirilmeye ve genelleştirilebilir yönleri açıklanmaya çalışılmıştır.

I. SİYASAL MEŞRUIYETİN DÖNÜŞÜM SERÜVENİNDE EGEMENLİK KAVRAMI

Sosyal bilim literatüründe, genel kamu hukuku, uluslararası hukuk, politika bilimi, siyaset felsefesi ile anayasa hukuku disiplinlerinin önem atfettiği kilit ve merkezi önemde bir kavramı teşkil eden egemenlik, önemli oranda devlet ve iktidar olgusunu analiz eden siyasal ve hukuksal bir olgudur. Etimolojik kök olarak üstün-yüksek güç/iktidar (superior) anlamındaki superanus/superaneitas sözcüğünden kaynak alan², antik çağdan ortaçağa ve modern zamanlara uzanan köklü politik gelişmelerin

2 SUNAY, Reyhan, *Tartışılan Egemenlik*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2007, s. 21.

odağında filizlenen egemenlik prensibi Batı Avrupa pratiğinde kilise, mutlak krallık ve modern ulus-devlet süreçleri içinde çeşitli etki alanları oluşturarak siyasal bir içerik edinir. Devletin nispeten uzun gelişme devresinin ürünü mahiyetinde ortaya çıkan kavram, tarihsel akış içinde devlete etki eden mahalli ve evrensel değişimlerin yol göstericiliğine maruz kalarak geçmiş ve bugün çizgisinde varlık ve anlam kazanır. Özellikle modern çağın başlangıcında egemenlik iktidarın, yönetim ve monarşinin doğasına yönelik temel bir analiz aracı olarak kullanılır. Feodal rejimin tasfiyesi sürecinde yurttaş kimliği edinmeye başlayan birey ise seküler ideolojik bir siyasal havza içinde devlet-iktidar ilişkisinde elde ettiği aidiyetle yerleşik egemenlik düzenini sarsıcı bir rol üstlenmeye yönelerek kavramın tarihsel evriminde pay sahibi olmaya başlar.³

Egemenlik, hukuksal inceleme açısından değerlendirildiğinde anayasa hukukunun genel esaslar kısmının ilgi alanı içinde devletin iktidar veya kamu gücü unsuruna yönelik kavramsal analiz aracını teşkil eder⁴. Devlet teşkilatlanması ve yetki ağlarını örgütlemenin temel belgesi niteliğindeki anayasal hükümler aynı zamanda egemenliği siyasal teknolojinin parçası halinde tasarlayarak en üst kural düzeyinde normatif bir hüviyet elde etmesini sağlar.⁵ Ülke, insan topluluğu ve kurumsallaşmış iktidardan oluşan devlette⁶ egemenlik olgusu, toplumun rıza ve itaat duygusunu veri kabul ederek bağlayıcı kararlar alma, bu kararları fiziki-meşru güç kullanma tekeli aracılığıyla⁷ ve silahlı güç imtiyazı altında⁸ zorlayıcı araçlara başvurarak icra etme işlevlerini bünyesinde muhafaza eder. Aktarılan özellikler aynı zamanda siyasal iktidar kurgusunun açıklayıcı parçalarını oluşturur. Bu bağlamda egemen otoritenin verdiği karar, bütün bir siyasal sistemin iyiliğini isteyen iddiayı ve kendi varlığının devamına yönelik iradeyi temsil eden bir devlet eylemi olarak dış dünyaya yansır.⁹

3 MISIR, Mustafa B., "Egemenlik" *Siyaset Bilimi*, (der. G. Atılğan, vd.), 4. Basım, Yordam Kitap, İstanbul, 2014. s. 56-57.; RAPCSÁK, János, "Sovereignty-Past and Present", *Társadalom és gazdaság Közép- és Kelet-Európában/Society and Economy in Central and Eastern Europe*, Yıl: 1998, Cilt: 20, Sayı: 1, s. 29-32.

4 GÖZLER, Kemal, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, 24. Baskı, Ekin Yayınları, Bursa, 2019a, s. 92.; GÖZLER, Kemal, *Anayasa Hukukunun Genel Esasları*, 11. Baskı, Ekin Yayınları, Bursa, 2019b, s. 162.; GÖZLER, Kemal, *Türk Anayasa Hukuku*, 3. Baskı, Ekin Yayınları, Bursa, 2019c, s. 232.

5 LUTZ, Donald S., *Principles of Constitutional Design*, First Published, Cambridge University Press, New York, 2006, s. 26- 27.

6 TURHAN, Mehmet, *Anayasal Demokrasi*, 2. Baskı, Naturel Yayınları, Ankara, 2003, s. 27.

7 KABOĞLU, İbrahim Ö., *Anayasa Hukuku Dersleri*, 14. Baskı, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2019, s. 85.

8 ARSEL, İlhan, *Anayasa Hukuku (Demokrasi)*, 2. Baskı, Sıralar Matbaası, İstanbul, 1968, s. 24.

9 KAHN, Paul W., *Political Theology Four New Chapters on the Concept of Sovereignty*, Columbia University Press, 2011, s. 50.



Yönetilenlerin etkileme mekanizmaları geliştirdiği iktidar ilişkileri ve iktidar bilimiyle (kratoloji) sıkı bir ilişki içinde olan egemenlik¹⁰ terimi, karşılıklı bağımlılık egemenliği, yerel egemenlik, Westphalian egemenliği ve uluslararası yasal egemenlik türleriyle çağdaş kullanımda farklılıklar gösterse de¹¹ genel anlamda siyasi topluluğa hükmeden belli bir yerdeki nihai ve mutlak bir güç fikrini ifade etmektedir.¹² Egemenliğin devlet iktidarının vazgeçilmez bir unsuru olup olmadığı, hukuki otorite ile ilişkisi ve niteliği, devlet içinde kim veya hangi organlar tarafından kullanılması veya iktidarın kaynağı bakımından nasıl anlaşılması gerektiği soruları egemenlik kavramı etrafında kadim zamanlardan beri tartışılan temel sorun alanlarıdır.¹³

Egemenlik, ismen olmasa da Roma döneminde, üstün kudretin ast iradeler üzerinde hükmünü yürütmesi anlamını taşır (imperium). Üstün kudretin, hükümran olması için sahip olduğu sıfattan başka bir meşruiyete ihtiyacı yoktur. Tüm ilkçağ uygarlıklarında olduğu gibi Roma uygarlığında da devlet ve toplumun teklifi esastır. Egemenin, özerk yasa buyurma ve uygulama erkinden yoksun olduğu dönemde ilkçağ krallarının kozmik dünya ile gerçek dünya arasında cereyan eden aracılık rolünden Roma devlet sisteminin ayrıldığı önemli bir nitelik, imperium veya potestas denilen tam ve bütünleşmiş yönetsel kudret ile kamusal yetkinin içte ve dışta sınırsız olarak tanımlanmış olmasıdır.¹⁴

Antik Yunan düşüncesinde ise site yaşamın tamamıdır. Birey, toplum, din kurumu, siyasal düzen ve devlet organları ayrışması söz konusu değildir. Özellikle Aristo ve Platon tüm toplumsal grupları '*mutlak ve sınırsız devlet*' sembolizmi altında bağlı ve görünmez hale getirir.¹⁵ Ancak teklik odaklı bakış açısına karşın Aristo'nun, yine de modern dünyada bölünmüş ancak koordine edilmiş güçler ayrılığı ile fren ve dengeler sistemi olarak kodlanan siyasal yapının öncü fikirlerini geliştirdiği görülür.¹⁶ Ortaçağ siyasal düşüncesi ana hatlarıyla eski Yunan-Roma bakış açısını yansıtan bir yaklaşımla, kendi iradesiyle yasa koyan ve uygulamaya zorlayan egemen güç portresinin henüz siyasalın ufkunda belirmediği ve doğal hukuk ile örf-adet kurallarının bağlayıcı kabul edildiği bir devamlılık çizgisiyle remzedilir. Bu itibarla monark kural keşfinde bulunmaz ancak toplumun

- 10 KAPANİ, Münci, **Politika Bilimine Giriş**, 32. Baskı, Bilgi Yayınevi, Ankara, 2013, s. 49-58.
 11 KRASNER, Stephen D., "Abiding Sovereignty", **International Political Science Review**, Yıl: 2001a, Cilt: 22, Sayı: 3
 12 LUTZ, 2006, s. 35.
 13 TURHAN, 2003, s. 37.
 14 KOÇAK, Mustafa, **Devlet ve Egemenlik**, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2006, s. 34, 43-44.; SUNAY, 2007, s. 23.
 15 KOÇAK, 2006, s. 36-40.
 16 LUTZ, 2006, s.34.

içinden çıkarıp düzenlediği ve doğruladığı kuralların uygulanabilirliğini gözetir. Egemenliğin doğumu için bu çağları aşarak gücünü ulusçuluk duygusundan alan devletin tekliği, ulusal birlik ve merkezîyetçi yönetim kavramlarıyla bütünleşik yeni bir zihni donanımın haber verildiği modern zamanları beklemek gerekecektir.¹⁷

Batıda egemenlik teriminin karşılığı olarak XVII. yüzyılda kullanılan Fransız kökenli *souveraineté* deyimini modern devletin ortaya çıktığı devirlere ait ve doğrudan imparator merkezli yetki düzenini tanımlamak için kullanılan çerçeve kavramdır. Tanımlama, belli bir otorite yapısının kabul edilmesi ve yetkili kişilerin uygulayabileceği kontrol düzeyini ifade eden egemenliği, ülkede en üstün asli buyurma gücü veya iktidar bakımından üstünlük olarak gören genel yaklaşımın¹⁸ ilk kullanım zamanından günümüze kadar süregelen klasik formunu ortaya koymaktadır. Somut uygulamada ise kamusal çıkar, kamu güvenliği ve kamu düzeni kavramlarının yer aldığı hukuksal düzenleme alanlarını kimin belirlediği sorunu etrafında tartışmaya konu kılınan egemenliğin sahibi, olması gerekeni belirleyen ve kendi varoluşu içinde irade oluşturan özerk bir otoriteye referansla tanımlanabilmektedir.

Avrupa dini metinlerinin geneli metafiziksel ve teolojik anlamda kendini koruma eğilimi içinde olan egemen gücü, saf ve mutlak irade olarak niteler. Yasayı oluşturmak ve korumak için yasaların ötesinde bir konsept içine konumlandırılan egemenlik de tıpkı devlet gibi tarihi yapan ve sürükleyen bir güç olmak iddiasındadır. Normlar sistemi ve sembolik olarak devletin bizatihi kendi varlığı bu yüzden egemen karara bağlı olmak zorundadır.¹⁹ Geleneksel doktrinin egemen yasama yetkisi üzerinden yaptığı tanım ise, onu sınırsız, sürekli ve bölünemez özelliklerde gösteren bir hukuksal çerçeve içine yerleştirir.²⁰

Devletin ülke içinde kendisi dışındaki toplumsal, ekonomik ve siyasal kuruluşlara kıyasla en yüksek iktidar odağı ve iradeye sahip oluşunu ifade etmesi ve aynı zamanda emreden, bağımsız, bölünmez ve devredilmez subjektif bir irade kudretini yansıtmaması anlamında klasik egemenlik kavramı, son üç yüz yıllık siyasal ve toplumsal mücadeleler sonucunda ana öğeleriyle bu günkü şeklini almıştır.²¹ Merkezi krallık, laiklik ve

17 KOÇAK, 2006, s. 49-55, 60-61.

18 LUTZ, 2006, s.34.; KAHN, 2011, s. 50-53.; KRASNER, 2001a, s. 232.

19 SCHMITT, Carl, *Siyasi İlahiyat*, (çev. A. E. Zeybekoğlu), 5. Baskı, Dost Kitabevi, Ankara, 2016, s. 14.

20 MARSHALL, Geoffrey, *Constitutional Theory*, Oxford University Press, London, 1971, s. 35.

21 DUGUÏT, Leon, *Kamu Hukuku Dersleri*, (Çev. S. Derpil), 1.Baskı, Ankara Üniversitesi Yayınları, Ankara, 1954, s. 56-57.; TURHAN, 2003, s. 33.



ulusallık hareketlerinin gelişimini senkronize eden modern siyasal mücadele, Avrupa'da ortaçağın sonlarından itibaren monarşik güçler, feodalite, kilise ve ekonomik sınıflar arasında yaşanan yoğun çatışma ve iç mücadele süreçlerini kapsayarak bütünsel bir tarihsel yürüyüş ortaya koyar.²² Devamında ise egemenlik gücü, ülke içinde siyasal iktidara rakip olacak sosyo-politik her tür potansiyelin reddi ile ülke sınırları dışında kendisinden üstün bir gücün tanınmaması temeline yerleştirilir. Bu gelişim doğal hukuk paradigmasına (ius naturale) ve sözleşme teorisine gömülü farklı egemenlik kavramlarını modern ulus-devletin doğuşuyla birleştirerek egemenliği yüce ve nihai güç nitelendirmesiyle mutlaklaştırır.²³ Siyasal gelişimin vardığı noktada egemenlik olgusu, devlet iktidarını ülke sınırları dâhilindeki diğer iktidar odaklarının üstünde gören iç egemenlik formuna, devletin öteki devletlere kıyasla bağımsız ve hukuki eşitlik eksenine yaslanan yönleriyle ise dış egemenlik kategorisine ayırılır.²⁴ Egemenliğin yeni tanım düzeylerine kavuşturulması, önemli oranda bu ayrımlara özgü fikri hareketliliklerin sunduğu katkıyla mümkün olabilmektedir.

İç egemenlik yetkisi, egemenliğin kaynağı problemiyle ilişkili olarak teokratik, milli ve halka dayalı egemenlik türlerine dayalı iktidarın meşruluğu ekseninde varlık kazanan farklı egemenlik teorileri geliştirilmesine ön ayak olmuştur. Egemenlik teorilerindeki gelişim çizgisi sonraki aşamada egemenliğin modern bir kavram olarak doğup geliştiğini ortaya koyan süreçleri ve siyasal değişim düzeyini ifade etmede temel bir araç işlevi yüklenmiştir. Toplumsal koşullardaki değişim, ekonomik yapı dönüşümü ve sınıfsal farklılaşma iktidar tasavvuru, devlet yetkisi ve kamusal otorite tasarımı yeniden düşünmeye sevk etmiş, egemenlik kavramı biçim değiştiren tarihsel örüntüler içinde entelektüel sermayenin ana uğraş konularından birini oluşturmaya başlamıştır.

15.Yüzyılın sonu ve 16. Yüzyılın ilk çeyreğine denk gelen dönemde Machiavelli, siyasetin konusu olan kurumsallaşmış siyasi iktidarın aşkın (müteal), ilahi, geleneksel ve ahlaki köklerden ayrıştırılarak stratejik ve teknik beceri konusu olması gerektiğini savunur.²⁵ Egemenliğin doğasını ise Jean Bodin'in yaklaşık yüzyıl sonra kullanacağı formülün merkezine yerleştirdiği tek, bölünmez ve mutlak iktidar kavramlarına başvurmadan

22 SUNAY, 2007, s.23-24.

23 RAPCSÁK, 1998, s. 32.

24 SABUNCU, Yavuz, **Anayasa Hukuku**, 16. Baskı, İmaj Yayınevi, Ankara, 2014, s. 24.

25 AĞAOĞULLARI, Mehmet Ali/ KÖKER, Levent, **Tanrı Devletinden Kral Devlete**, 6. Baskı, İmge Kitabevi, Ankara, 2013, s. 176.; AKAL, Cemal B, **İktidarın Üç Yüzü**, 9. Baskı, Dost Kitabevi, Ankara, 2019, s. 72.

mutlaklık sıfatıyla tanımlar.²⁶ İç ve dış egemenliğin kendinde içkin olduğu klasik egemenliğin iktidarla ilişkili bir teori haline getirilmesi ise ilk defa 16. yüzyılın sonunda (ortaçağın sonu-yeniçağın başı) Fransız hukukçusu Jean Bodin'le başlar. Bodin'e göre ulus-devletin iktidarını açıklamada anahtar kavram olarak tanımlanan egemenlik, *'bütün vatandaşlar ve tebaa üzerinde kanunla kısıtlanmayan, en üstün iktidar'*, sosyal katmanlar, aristokrasi ve kilise güçlerine karşı tartışılmaz üstün erki, dışa karşı da bağımsız bir devlet gücünü temsil eder. Uyruklara emretme vasıtalarından biri olan egemenlik yetkisinin ülke içinde somutlaştırılan yasal ve etkili bir hukuk aracını temsil ettiği,²⁷ doğal hukuk ile örf adet kurallarının ancak egemenin hukuki geçerlilik sağladığı oranda muteber sıfatını haiz olduğu bu tanımda,²⁸ egemenliğin vasıfları arasına onun tekliği, sınırsızlığı, bölünemez birlik olarak algılanışı, sürekliliği ve devredilemezliği²⁹ ilkeleri yerleştirilir. Yasa, bir bakıma Tanrı ve doğa kaynağından koparılarak düzen ve istikrar adına egemenin mutlak inhisarına, özgül iradesine ve meşruiyet tekeline bırakılır.³⁰ Feodal Avrupa döneminde parçalanmış ve yerel senyörler arasında dağılmış iktidar gücünün toparlanması-rasyonelleşmesi, siyasal modernleşmenin hız kazanması ve merkezi ulusal devletin ortaya çıkmasında nitelikleri zikredilen bu egemenlik tasarımının payı azımsanmayacak önemlidir.

Aynı anda papalık ve Kutsal Roma-Germen imparatorluğuna karşı elde edilen başarı üzerine Bodin, Fransız monarşisine atfen *en üstün iktidar* anlamına gelen Latince *supranus* sözcüğünü *souverainete* sözcüğüyle karşılayarak açık formüllerle tanımlanan yeni bir iktidar modeli geliştirir. Başka bir iktidar tarafından emir almayan veya kurumlar, beşeri yasalar ve gelenekler tarafından sınırlanmayan egemen kudret, yurttaşların üzerinde sürekli, devredilmeyen ve mutlak gücü temsil etmektedir artık.³¹ Bodin'e göre yükümlülüklerden, her tür kayıt ve koşullardan azade kılınan ve diğer toplumsal iktidar odaklarını mutlak egemen nezdinde türev kabul eden bu tarz bir egemenliğin yokluğunda siyasal toplumun ve devlet bütünlüğünün ontolojisi geri dönülmez şekilde hasara uğrar. Tanrısal ve doğal yasalara, mülkiyet kısıtlılıkları ile krallığın temel ya da üstün yasalarına bağlı da olsa egemenin buyruğu iç ve dış limitasyondan muaf olacak şekilde kamusal iyilik hedefine yönelen yasanın sözünü oluşturur.

26 UYGUN, Oktay, **Devlet Teorisi**, 6. Baskı, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2019, s. 189.; AKAL, 2019, s. 65-66.

27 ERDOĞAN, Mustafa, **Özgürlük Perspektifinden Hukuk ve Demokrasi**, 1. Baskı, Kesit Yayınları, İstanbul, 2013, s. 202- 204.

28 KOÇAK, 2006, s. 51.

29 SCHMİTT, 2016, s. 16.; AKAL, 2019, s. 73.

30 MISIR, 2014, s. 58.

31 UYGUN, 2019, s. 192-193.; AKAL, 2019, 73-74.



Kralı bir yöneticiden ayıran temel etken, egemenliğin geri alınamaz sürekli tabiatıdır. Monarkın siyasal beden olarak sürekleştiği politik gelenekte ölen kralın ardından gecikmeksizin yaşasın kral deyiminin sarf edilmesi bu anlayış içinde olağan bir tepki olarak adlandırılır.³²

1576 tarihli Jean Bodin'in Batı Avrupa siyaset düşüncesinde egemenliğin ilk sistematik analizini içeren 'Devletin Altı Kitabı'yla başlayan klasik egemenlik teorisinin gelişimi, sonraki dönemlerde modern siyasal gelişmeler ile devletin hükmetme gücünün yaygınlığına bağlı olarak Hobbes ve egemenliği insanlar arasında paylaşılmayan benzersiz bir yetki kaynağı olarak betimleyen³³ Austin'le devam eder. Egemenliği ve hukuku karşılıklı olarak birbirine bağlayan Austin bu muhakemeden hareketle egemenlik hakkını, sözde bir sosyal sözleşmeden ya da diğer herhangi bir yarı-yasal ilişkiden türetme çabasına girişmez. Austin'in egemenliği tasviri, bir topluluğun sürekli ve kabul edilmiş itaat duygusuna dayanır. Topluluk veya çoğunluk itaat ettiği oranda bir egemenin var olmasının mümkün olduğu tezini benimser.³⁴

Egemenliği 17. yüzyıl Avrupa siyasal düşüncesinin merkezi bir kavramı haline getiren Thomas Hobbes 1651 tarihli eseri Leviathan'da devlet egemenliği teorisi ve onun sınırsız doğasını politik istikrarsızlık ve iç savaş olgularını göz önünde bulundurarak farklı sosyo-politik kaynakların desteğiyle ayrıntılı bir şekilde açıklığa kavuşturur ve egemenliğin önünde hukuken dile getirilebilecek herhangi bir engelin söz konusu olamayacağı düşüncesini ön plana çıkarır. Halkın sahip olduğu hakları bir kez ve sonsuza dek devretmesiyle kazanılan egemenlik yetkisi, Hobbes'a göre düzen yaratabilen ve bunu sürdürme yeteneği olan yasal güç kullanım hakkını aşkın, kendinde ve bağımsız bir güç potansiyeliyle somut hale getirir.³⁵ Leviathan, düzenli ve güçlü otoriteden yoksun kalınan siyasal kaos ortamında kamu hizmetini amacına uygun olarak ihya etmede egemenliğin varlık gerekçesinin yegane adresidir.³⁶ Hobbes ve Austin'in egemenlik doktriniyle ilgili tezlerinde hukuk kuralları tarafından belirlenmesi ve standart kazanması gereken yönler göz ardı edildiği için son tahlilde bu yaklaşım doğrudan hukuka dayalı egemenlik fikrini tahrip etmekle eşdeğer siyasal ve hukuksal sonuçlar ortaya çıkarır.³⁷

32 AĞAOĞULLARI, Mehmet Ali/ KÖKER, Levent, **Kral Devlet ya da Ölümlü Tanrı**, 5. Baskı, İmge Kitabevi, Ankara, 2018, s. 26-31, 36-43.

33 ELEFTHERIADIS, Pavlos, "Law and Sovereignty", **Law and Philosophy**, Yıl: 2010, Cilt: 29, Sayı: 5, s. 541.; RAPCSÁK, 1998, s. 32 vd.

34 LİNSAY, A. D. "Sovereignty" **Proceedings of the Aristotelian Society**, Yıl:1924, Cilt: 24, Sayı: 1, s. 236, 238.

35 RAPCSÁK, 1998, s. 33.

36 SUNAY, 2007, s. 28.

37 LİNSAY, 1924, s. 238.



Egemenliğin tüm yükümlülükleri aşan sürekli, mutlak, bölünemez ve devredilmez niteliklere sahip olduğu fikrinde ortak yaklaşım sergileyen Hobbes ve Bodin'in temel misyonu tek bir yerel otorite hiyerarşisinin meşruiyetini belirlemektir. İç düzeni korumakla adaletin sağlanacağına inanan her iki filozof da doğal hukukun varlığını kabul etmelerine rağmen, hükümetin sözünü hukuk mertebesine çıkarmaktan kaçınmamışlardır.³⁸ Siyasal söylemin bu biçimiyle yeni bir teorik içerik oluşturulduğu tartışmasızdır. Zira kilise (teokratik otorite) ve imparator gücü (laik otorite) arasında karakterize edilen erkler mücadelesi (iki kılıç) Bodin'den önceki dönemi anlatan ortaçağ Avrupasında egemenliği mutlak, devredilemez, bölünemez ve nihai bir güç olarak gören anlayıştan uzakta yeni bir siyaset teorisyenleri zümresine işaret etmektedir.

Batı Avrupa siyasal geleneği, Bodin ve Hobbes tarafından çok değer verilen adalet ilkeleri ve mutlak otorite hiyerarşisine tabi iç düzeni, egemenliğin kontrolsüz yetki tanımından kopartarak modern demokratik devletler tarafından hayatıyet kazandırılan farklı bir siyasal fenomene dönüştürür.³⁹ Egemenlik kavramının teorik gerekçelendirilmesinin 16.Yüzyılın ikinci yarısında başlayan bu fikri serüveni, nihayet modern egemenlik teorisi ve pratiğinin birçok yönünü ulus-devlet çağının şafağını işaretleyen 1648 tarihli Westfalya Antlaşması devlet sistemine bağlamakla sonuçlanır.⁴⁰

Siyasal serüvenin başka bir boyutu güçlü bir merkezi devletin bölünmez egemen otorite yapısıyla feodal parçalanmışlığın üzerine çıkarak pazar bütünlüğünü ve ticari güvenliği tesis etme çabasında burjuva sınıfının desteğine yaslanmış olmasıdır. Bodin, Hobbes ve Machiavelli gibi düşünürlerin merkezi egemen iktidarın varlığına dönük taleplerinin arka planı böyle bir ittifakın izlerini de taşımaktadır. Feodal bölünmüşlükten mutlak krallık aşamasına geçişin sağlanmasından sonra ise mülkiyet ve kişi güvenliğini elde etmek ile iktidarın keyfi girişimlerini kontrol altına almak için John Locke ve Montesquieu'nun öncülüğünde *sınırlı iktidarın* yüceltildiği yeni bir siyasal-düşünsel devreye geçiş yapılacaktır.⁴¹

Egemenlik kavramını 18. yüzyılda teorileştiren ve topluluğa mal eden düşünür ise kuşkusuz Jean-Jacques Rousseau'dur. Geliştirdiği sosyal sözleşme kuramına göre, bir arada yaşamak zorunda kalan insanlar, özgür oldukları doğal bağımsızlık halinden güvenlik karşılığında vazgeçerek toplumun bütününe 'egemen' bireyler sayıldığı ortak kamu

38 KRASNER, Stephen D., "Sovereignty", *Foreign Policy*, Yıl: 2001b, Sayı: 122, s. 21.

39 KAPANİ, 2013, s. 59-63; TURHAN, 2003, s. 35.; LUTZ, 2006, s. 35.

40 MORGAN, April, "Sovereignty's New Story", *The Monist*, Yıl: 2007, Cilt: 90, Sayı: 1, s. 27.

41 UYGUN, 2019, s. 211.



yararını temsil eden genel iradeye vücut verir. Böylece yurttaşlar ile genel iradenin ürünü olan yasalar arasında bir 'irade bütünlüğü' belirir. Devleti bir tüzel kişi olarak tıpkı kendisini önceleyen Bodin, Hobbes ve Spinoza gibi en üstün iktidar gücüyle eşitleyen ve yasayı genel iradenin işlemleri mahiyetinde gören Rousseau, toplum sözleşmesinin temelinde tek tek bireyler olduğunu varsayan Hobbes ve Locke'un aksine egemenliğin kaynağına halkı yerleştirerek⁴² klasik egemenlik kuramını bir adım daha ilerletmeyi başarır. Böylelikle Rousseau, Leviathan'ın yayınlanmasından yaklaşık yüz yıl sonra, Fransa'da Hobbesçu egemenlik kavramını altüst ederek egemenliği devletten topluma aktaran misyonun temsilciliğini üstlenir. Herkesin herkesle ve kendisiyle sözleşme yaptığını teorik temele oturtmaya çalışan ve halk egemenliğinin önünü açan Rousseau'ya göre bu şekilde bireyler aynı anda hem hükmeden hem de hükmedilen konumunda yeni politik-toplumsal statüler edinir. Egemen kimdir sorusunun karşılığı Rousseau'cu yaklaşımda yurttaşların bütünü tanımlayan ve temsile ihtiyacı olmayan halk kolektivitesi olarak yanıtlanır. Genel iradenin uygulanma vasıtası olan egemenliği devretmeyen ve onu temsil etmeyip bizzat kendi nefsinde yaşayan özne doğal olarak bu kez halkın kendisidir. Bütünlüğü olan halk karşısında egemenliğin bölünebilir karaktere büründürülmesi bu yapısal benimseme nedeniyle siyasal düzlemin tutarlığına aykırı zıt bir yapılanma ortaya koyar. Dolayısıyla güçler ayrılığı çerçevesinde farklı organlarda tecelli eden yetki sistemi, egemenliğin bölünmesiyle eşdeğerdedir. Buna karşın devlet erklerinin birliğinde mündemiç mutlak egemenlik nosyonu, toplum sözleşmesi ve genel irade etkenlerine bağlı olarak keyfilikten ziyade makuliyet çemberi içinde kalan bir meşruiyet zırhına sahiptir.⁴³ Fransız İhtilaliyle başlayan süreçte ise kolektif bütünü yansıtan genel irade kavramı, egemenliğe giydirilen ulusallık ve temsiliyet sıfatıyla yer değiştirir. Ulusal egemenlik tasarımı ulusun kendisi artık egemenliğin doğrudan kullanımını üstlenmez, anayasayla belirlenmiş temsilciler bu misyona aracılıkta bulunur.⁴⁴

Kimin egemen olduğu ve hangi yetkileri kullanması gerektiği konusunda çeşitli kategorilere dâhil olan daha sistematik sayılabilecek farklı egemenlik teorilerinin geliştirildiği bu süreçte 1789 Fransız İhtilali'ne kadar geçerli olan patrimonyal devlet teorisine göre egemen kudret, kral, imparator veya prensin varlığında ve şahsında temsil edilmekteydi. Egemenlik, hükümet etme kudretini de şahsen elinde bulunduran bu

42 UYGUN, 2019, s. 233.

43 AĞAOĞULLARI, M. Ali, **Ulus-Devlet ya da Halk Egemenliği**, 2. Baskı, İmge Kitabevi, Ankara, 2010, s. 100-106.

44 MISIR, 2014, s. 60,62. ; RAPCSÁK, 1998, s. 33.

erk sahiplerine özgü bir yetki alanı olarak kabul görmekteydi. Fransız İhtilali'nden sonra ise İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi'nde de ifadesini bulan ulusal egemenlik doktrini hâkim bir konum elde etmiş; egemenliğin asıl sahibinin, kendini oluşturan bireylerin üstünde manevi kişilik iktisap eden millet olduğuna hükmedilerek, bu antitenin, egemenlik hakkını devlet bünyesindeki organlar vasıtasıyla kullanması gerektiği net biçimde ifade edilmiştir. Yerini ulusa bırakan toplulukta ulus egemenliği, somut nitelikleriyle tarihsel bir kategori kimliği kazanarak tüm boyutlarıyla görünürlük kazanmıştır artık. Siyasal sürecin doğal ürünü niteliğinde tezahür eden yurttaş ise ulusu oluşturan nüfusla demokratik meşruiyet temelinde aidiyet bağı kurulmasına bağlı olarak politik bir kimlik kazanır. Siyaset yüksek katların profesyonel uğraş alanı olmaktan çıkarak devlet faaliyetlerinin bireylerin çıkar ve tercihleriyle etkilendiği popüler bir zemin değişimine sahne olmaya başlar.⁴⁵ Dolayısıyla çağdaş demokratik düzenlerde iktidar otoritesinin meşruluğunun ulusal egemenlik temelinde tanımlanması, alternatifsiz bir seçenek olarak yaygın bir siyasal dolaşım kazanır. Devamında ise siyaset teorisyenleri özellikle 19. yüzyıldan itibaren egemenliğin izahını, yeni bir siyasal evreye tekabül eden anayasal hükümet açısından tanımlamaya yönelerek genel itaat ölçütlerini veri almaya başlar. Genel irade, devlet ya da millet, topluluğu oluşturan bireylerden ayrı tutulmaya ve soyut manevi şahsiyet mertebesine yükseltilmeye çalışılır.⁴⁶

19. yüzyılın sonundan itibaren ise kuvvet-devlet teorisi egemenlik kavramına yön veren ana motifi oluşturmaya başlar. Bu teorik yaklaşımda egemenlik ne prence ne de devlete aittir. Egemenlik, devletin hukuken zorlama ve hükmetme tekeli olarak değil, normatif düzeyde karar verme yetki ve hakkı olarak anlaşılabilen hem ülke içinde hem de ülke sınırı dışında geçerliği olan bir anlam çerçevesi içine dâhil edilir.⁴⁷ Dolayısıyla standart devlet egemenliği her şey üzerinde karar sahibi olan ve toplumun tüm alanlarına sirayet eden bir otorite kullanımına yönelik monist (tekçi) karakterli kapsamlı bir gücü belirtir.⁴⁸ Devlet gücünün tekliği ve bölünmezliği teorisinden destek alan bu yaklaşım, egemenliğin geleneksel izahına özgü olan iç ve dış boyutlu egemenlik türlerine paralel bir açıklama modeli içererek hem hukuksal hem de siyasal yönleri havi bir kavramlaştırmayı yansıtır.⁴⁹

45 POGGİ, Gianfranco, **Devlet, Doğası, Gelişimi ve Geleceği**, (Çev. A. Babacan), 4. Baskı, Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, s.39"

46 LİNSAY, 1924, s. 244-245.

47 SCHMİTT, 2016, s. 20.

48 FİTZPATRİCK, Peter, "Surpassing Sovereignty", **Sovereignty, Frontiers of Possibility**, (der. Genovese, A.), University of Hawaii Press., Honolulu, 2013, s. 182.

49 DOEHRİNG, Karl, **Genel Devlet Kuramı (Genel Kamu Hukuku)**, (Çev. A. Mumcu), 3.



Dış egemenlik veya siyasi egemenlik (external aspect of sovereignty) devletlerarası hukuki eşitliği, devletin temsilini, başka bir devletin güdümü veya üstün iktidarı altında olmama pozisyonu ile bir devletle tabiiyet ilişkisi içinde bulunmama halini ifade eden uluslararası ilişkiler alanını ilgilendirir. Devletin kendi sınırları içinde hükümet biçimini tayin etmede özgür hareket etmesi, devletlerin birbirinden özerk ve bağımsız yaşaması gerektiğine ilişkin kabulün doğal sonucu ise devletler arasında cebre dayalı olmaksızın yapılan meşru anlaşma dışında bir devletin diğerine müdahale hakkının reddedilmesi gerektiğidir.⁵⁰ Eşdeyişle devletler arasında hiyerarşi ilişkisi kurulmaması, egemen eşitlik ilkesine riayet edilmesi, içişlerine karışmama kuralının kabul edilmesi temelindeki ön kabuller, dış egemenlik unsuruna bağlanan ve uluslararası antlaşmaların onayladığı temel normatif gerekliliklerdir.⁵¹ Dolayısıyla 'geleneksel veya Westphalian' kılığında egemenlik, devletlerin kendi seçimlerini dışarıda müdahaleye uğramadan yapmaya hak kazandıkları bir anlam dünyasıyla irtibatlıdır. Ne varki klasik egemenlik anlatısı, uluslararası insan hakları hukukunun ortaya çıkmasının doğurduğu "Westphalian prensibi"nin revizyonundan bahseden değişim dönemecine kadar yanlıcılık yönü de olan bu tür haklarla kendini biçimlendirmeye çalışmaktan uzun süreler boyunca pek de geri durmamıştır.⁵² Bu zihinsel standarda karşın yine de devletlerarası ilişkilerin hukuksal eşitlik temelinde dayanması gerektiği ve müdahaleden vareste tutulması varsayımı dış egemenlik kavramını devletin bağımsız olmasıyla ve hiçbir otoritenin emrine girmemekle eşdeğer kabul eden anlayışı söylem düzeyinde yerinden edememiştir. Devletlerin egemen eşitliğinin, bütün devletleri uluslararası hukuk önünde haklar ve yükümlülükler ölçütüne göre aynı statüde eşitlediğine olan inancın sürekliliği devam etmiştir. Dış egemenliğin Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun 21 Aralık 1965 tarih ve 2131 sayılı kararıyla kabul edilen diğer bir görünümünü teşkil eden içişlerine karışmama ilkesi ise devletlerin kendisini idare edecek ekonomik, siyasi ve sosyal sistemini kurma tekeline sahiplik bağlamında yorumlanmıştır.⁵³

İç egemenlik (internal aspect of sovereignty) hukuki ve siyasi örgütlenmenin somutlaştığı devlet iktidarının, ülke üzerinde yaşayan insanların varlığını sürdürmesi amacıyla üstün hükmetme gücüyle

Baskı, İnkılap Yayınları, İstanbul, 2015, s. 133.

50 KRASNER, 2001b, s. 21.; ARSEL, 1968, S. 24-25.

51 GÖZLER, 2019b, s. 163-164.

52 GLANVİLLE, Luke, "The Myth of "Traditional" Sovereignty, *International Studies Quarterly*, Yıl: 2013, Cilt: 57, Sayı: 1, s. 80.

53 TEZİÇ, Erdoğan, *Anayasa Hukuku*, 20. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2016, s. 139.; GÖZLER, Kemal, *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi C.I.*, 1. Baskı, Ekin Yayınları, Bursa, 2011, s. 432-433.



donatılması ve bu gücün diğer sosyal iktidar türlerine göre en üstün, mutlak, bölünmez, devredilemez nitelikte bir hukuksal formasyona kavuşturulmasıdır.⁵⁴ Başka bir deyimle iç egemenlik, belirli ülke sınırı içinde yaşayan insan topluluğu üzerinde yasa koyma ve zor kullanma tekeline dayalı hukuki egemenlik kavramına atıfla tanımlanmaktadır.⁵⁵ Modern siyasal düzenin en yüksek iktidar mahallini tazammun eden hâkim devlet organizasyonu, özetle ülke ve nüfus üzerinde başka hiçbir güç odağına ihtiyaç duymayan, güç paylaşımı öngörmeyen ve mutlak denetim yetkisini kendinde saklı gören bir otorite yapısıyla egemenliği tarif eder.⁵⁶ Dolayısıyla devlet hayatının hukuk düzenini belirleme yetkisi, devletin ülke içindeki toplumsal ve siyasal gruplara olan üstünlüğü iç egemenliğin temel özelliklerini oluşturur. Devlet kendi yetki alanını ve hukuk düzenini asli, egemen, üstün ve total nitelikteki mutlak iradesiyle belirlerken aslında yasama, yürütme ve yargı güçlerinden kaynaklanan bütün organlara mahsus egemenlik yetkisini de aynı anda inşa ve tanzim etmektedir. Kural koyma, kuralları yürütme ve anlaşmazlıkları yargılama fonksiyonlarını içeren egemenlik yetkisini bölünmez, devredilmez ve en üstün nitelikte kullanan devlet, hükmettiği güçler arasında çatışma, kutuplaşma ve çelişki doğuran gerilimleri iradi olarak ve hukuksal araçlar geliştirerek nötralize etmeye çalışır. İç meşruiyetin mutlak başarısının arka planında, diğer devletlere egemen bir devletin iç işlerine karışmama yükümünü bir gelenek olarak yerleştirme ve devletlerarası eşitliği bir prensip olarak benimsetme çabalarının azımsanmayacak katkıları yer almaktadır.⁵⁷

Egemenlik terimi, iktidarın kullanım şartları dışında devlet biçimlerinin sınıflandırılmasında da hukuksal ölçüt olarak kullanılmıştır. Egemenliğin tek ve bütün olduğu, hukuk ve yargı birliğine dayandığı üniter devlet ile ikiden fazla devletin bir araya gelmesi ile oluşan konfederatif ve federatif devlet türleri bu kapsamda sayılabilir. Geleneksel egemenliğin bir başka boyutu ise iç egemenliğin yalnızca üstün iktidar yönüyle değil egemenliğin kime ait olduğu sorusu etrafında şekillenen farklı türde siyasal meşruluk kategorileri içinde incelenmeyi hak eden bir görünüm sunmasıdır. Örneğin egemenliğin kaynağı açısından halk egemenliği prensibini temel alan demokratik yönetimlerle hükmeden ve hükmedilen arasında düalizm öngören monarşi tarzı yönetimler arasında karşıt konumlardaki bir siyasal yapılanma bu tür bir farklılık için veri sayılabilir.⁵⁸

54 KAPANİ, 2013, s. 61-62.; TURHAN, 2003, s. 29-37.

55 MISIR, 2014, s. 56.

56 POGGİ, 2014, s.30, 33.

57 TEZİÇ, 2016, s. 139.; DOEHRİNG, 2015, s. 133, 141.: GÖZLER, 2011, s. 435.

58 DOEHRİNG, 2015, s. 134-135.



II. KLASİK/GELENEKSEL EGEMENLİK ANLAYIŞINA YÖNELTİLEN ELEŞTİRİLER

Gelişen demokrasi ve hukuk devleti anlayışına göre üstün erk, hukuksal otorite şeklinde benimsendiğinde günümüz gerçekleriyle ters düşmeyen bir egemenlik yapısı elde edilir. Geleneksel anlayışın ise bu konuda devlet otoritesine vurgu yaparak hukuksal seviyede her yönüyle belirsiz bir yetki düzeni ve mutlak bir siyasal alan yarattığı hususu tarihsel deneyimin doğruladığı bir olgudur. Hukuksal açıdan eşit ulusal egemenlik, meşru yetki kapsamında devletlerin hareket özgürlüğünde eşitlik, ülke içinde ortak yaşamı örgütleme ve yönetme hakkı, ülke dışında ise devletler hukuku alanında belirli şartlara bağlı olarak zorlayıcı güç kullanma yetkisi ile müzakere pozisyonuna ilişkin fonksiyon belirleme özgürlüğü, geleneksel egemenlik konseptine atfedilen devlet yetkileri kapsamında başlıca tartışma ve sorgulama alanlarını meydana getirir.⁵⁹

Siyasal iktidar kurgusunun temelini ulus egemenliğine dayalı bir meşruiyet zırhı kazandırılmış olsa da bir sorgulama konusu olarak temsili demokrasiye dayalı politik bir formasyonda ulus ile temsilcilerin görev ifa ettiği parlamento arasında tam bir özdeşlik sağlamak veya ulus ile parlamento iradesini çakıştırmak yine de pek mümkün görülmemektedir. Daha özlü anlatımla parlamento çoğunluğu ulus egemenliğini yansıtan bir uyumluluk durumu sergilemekten uzak farklı temsili kompozisyonlar ortaya çıkarabilmektedir.⁶⁰ Muhtemel bir çözüm önerisine göre hukuk ve toplumsal değer sistemiyle⁶¹ sınırlanmış bir devlet otoritesinin geçerliliği kabul edilerek egemenliğin hukuksal araçlarla siyasal ve toplumsal sorunları çözme usulü olduğu kabul edildiğinde belirsizlik de bir ölçüde giderilebilecektir. Bu hukuksal yaklaşımın tamamlayıcı bir unsuru ise devlet iktidarı kullanımındaki bütünlüğün bozulması göze alınarak egemenliği temsil eden organların her birinin nihai karar verme mercii haline gelmesi gerektiğidir. Güçler ayrılığına dayanan demokratik rejimlerde devlet erkinin işlevsel bakımdan farklı organlar arasında paylaştırılmış olması, bu yargıyı destekleyen anayasal güvence sistemini anlatır.⁶²

İç egemenlik kavramı dâhilinde dile getirilen dokunulmaz, devredilmez, sınırsız ve mutlak üstünlük ile donatılmış ve dışa karşı bağımsızlık iddiasındaki iktidar olgusunun, işlemleri yargı denetimine

59 ALLÈGRE R. P./VAÏLLANCOURT Daniel G. "National Sovereignty", *Cross Currents*, Yıl: 1971, Cilt: 21, Sayı: 4, s. 378.

60 LİJPHART, Arend, *Çağdaş Demokrasiler*, (Çev. E.Özbudun/E. Onulduran), 1. Basım, Yetkin Yayınları, Ankara, s. 17.

61 KABOĞLU, 2019, s. 88.

62 DOEHRİNG, 2015, s. 133,135-136.



bağlı, hukukla sınırlanan ve hukukun üstünlüğüne dayalı anayasal devlet anlayışıyla bağdaşmadığı belirtilerek en kapsamlı eleştiri noktaları egemenlik formunun karşısına çıkarılmıştır. Devletin hukuk yaratma potansiyeli kurallara dayalı meşruiyetin önüne geçtiği anda parlamento hâkimiyeti ile hukukun üstünlüğü çatışmalı hale geleceğinden⁶³ egemenlik olgusunun hukuksallık iddiası da siyasal krizlere ulaşan boyutlar edinebilecektir. Egemenlik doktrininin hukuktan soyutlandığını ima eden bu yaklaşım geleneksel egemenlik anlayışını yasallık ve meşruiyet ölçüleri çerçevesinde yeni bir çözülme ve parçalanma sürecine itecek güçte etkiler ortaya çıkarır.

Egemenliğin federe devletler arasında bölündüğü ve merkezi devletle bağlı üye devletlerin siyasal çerçeveyi oluşturduğu federal devlet yapısını açıklamakta tek, bölünmez ve en üstün olma iddiasındaki otoriter iç egemenliğin yetersiz kalması da diğer bir eleştiri konusunu teşkil eder.⁶⁴ Dolayısıyla devlet yetkilerinin yasama, yürütme ve yargı arasında paylaştırıldığı modern kuvvetler ayrılığı prensibi karşısında savunulması güç olan geleneksel egemenlik kavramından sınırlı bir iktidar, anayasa yapma yeteneği bakımından da kurucu iktidara atfen 'hukuki bakımdan en üstün iktidar' nitelemesiyle söz etmek optimum çözüm şekli olarak önerilmiştir.⁶⁵ Geleneksel egemenliğe meydan okunulan başka bir çatışma faktörü, ülkelerin siyasal bütünlüğü içine yerleştirilen özerk bölgelerin kendilerine tahsis edilen yetki çerçevesinde merkezi karar alma sisteminden bağımsız hareket etme potansiyelinin varlığıdır.

Ulusüstü hukuk alanında ve özellikle insan hakları çerçevesinde ortaya çıkan gelişmeler ise egemenliğin kullanımına yönelik ciddi sınırlamaların başlıca konusunu dış egemenlik eksenli sorun ve tartışmalar çerçevesinde belirgin hale getirmiştir. Devlet-ötesi kurumlaşmalar, uluslararası sözleşmelere yerleştirilen denetim mekanizmaları, ulusal anayasal normların ulus-üstü yargı organlarınca denetlenebilir olmasından doğan dış-anayasa üstünlük, siyasal-iktisadi karşılıklı bağımlılıktan kaynaklanan bölgesel işbirliği organizasyonları,⁶⁶ iç egemenlik sahasını daraltan etkili yasal-anayasal enstrümanların ana gündem başlıkları arasındadır. Bu çerçevede 10 Aralık 1948 İnsan hakları Evrensel Beyanname ve 4 Aralık 1950 tarihli Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi klasik egemenlik anlayışında bariz bir dönüşüm yaşandığını gösteren etkili kurumsal güvence örnekleridir. Sözleşme kapsamında bireysel başvuru hakkının tanınması;

63 ERDOĞAN, Mustafa, **Anayasal Demokrasi**, 13. Baskı, Siyasal Kitabevi, Ankara, 2017, s. 122-123.

64 TEZİÇ, 2016, s. 140-141.

65 KAPANİ, 2013, s. 65-67.

66 KABOĞLU, 2019, s. 90.



soykırım, işkence, kölelik, mülteci statüsü, vatansız kişiler, kadın hakları, ırk ayrımcılığı, çocuk hakları ve zorla çalıştırma yasağı gibi birçok konuda insan haklarını güvence altına alan yasal düzenlemelerin yürürlük şartlarının uluslararası gözlem ve denetimin bir parçası kılınması ve devletlerin uluslararası denetimi gönüllü olarak benimsemesi, egemenlik tasarımının klasik formundan uzaklaştığını kanıtlayan güncel örnekler arasında sıralanabilir. Anayasa Mahkemesi kararlarında Türkiye'nin iç hukuku haline gelen sözleşme hükümlerinin destek ölçü norm olarak kabul edilmesi ulusüstü norm ve organizasyonların sınır aşan etkilerinin yargısal düzeyde de yansıma bulduğunu belirginleştirmektedir.⁶⁷ Anayasal sistem tartışmalarında, din-devlet ilişkilerinde, kamu hizmeti sunumuna ilişkin esaslarda⁶⁸, adil yargılama kriterlerinin oluşturulmasında⁶⁹, basın, düşünce ve ifade özgürlüğünün normatif kriterlerinin saptanmasında⁷⁰, toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkının hukuksal koşullar açısından değerlendirilmesinde⁷¹, sosyal güvenlik sisteminde eşitlikçi uygulamaların desteklenmesinde⁷², engelli haklarının gözetilmesinde⁷³, ne/non bis in idem (kişinin aynı fiil nedeniyle bir kez muhakeme ve tecziye edilmesi) ilkesinin temellendirilmesinde⁷⁴, lehe kanun hükmünün uygulanması ilkesinde⁷⁵, savunma hakkı/ispat külfeti analizinde⁷⁶, mülkiyet hakkı kullanımında⁷⁷, özel hayata saygı hakkının korunmasında⁷⁸ kişisel veri kavramının değerlendirilmesinde⁷⁹, kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ihlalinde⁸⁰, yaşam hakkının korunmasında⁸¹, aileye yönelik hükümlerde⁸², yargılama sürecinin denetiminde⁸³, sözleşmeye aykırı davranışlara yönelik yaptırım

67 TURHAN, 2003, s. 49.

68 AYM, E: 2019/9, K: 2019/27, K.T. 11.4.2019; E: 2017/180, K: 2018/109, K.T: 06.12.2018.

69 AYM, E: 2017/49, K: 2017/113, K.T: 14.06.2017; : E: 2016/19, K: 2016/17, K.T: 16.03.2016; E: 2015/96, K: 2016/9, K.T: 10.02.2016; E: 2014/195, K: 2015/116, K.T: 23.12.2015; E: 2015/37, K: 2015/119, K.T: 23.12.2015.

70 AYM, E: 2017/162, K: 2018/100, K.T: 17.10.2018; E: 2016/7, K: 2017/171, K.T: 13.12.2017; B.No: 2018/38143, K.T: 03/10/2019; B.No: 2018/17635, K.T: 11.07.2019; B.No: 2013/5574, K.T: 30.06.2014; B.No: 2014/12151, K.T. 04/06/2015; B.No: 2013/1461, K.T: 12.11.2014.

71 AYM, E: 2014/101, K: 2017/142, K.T: 28.09.2017; B.No: 2015/1737, K.T: 18.07.2019; B.No: 2015/6361, K.T: 18.07.2019.

72 AYM, E: 2018/8, K: 2018/85, K.T: 11.07.2018 (karşı oy); B.No: 2014/19270, K.T: 18.07.2019.

73 AYM, E: 2015/105, K: 2016/133, K.T: 14.07.2016.

74 AYM, E: 2017/169, K: 2018/42, K.T: 02.05.2018 (karşı oy).

75 AYM, E: 2019/9, K: 2019/27, K.T: 11.04.2019.

76 AYM, E: 2017/109, K: 2018/39, K.T: 02.05.2018.

77 B.No: 2016/9001, K.T: 18.07.2019; B.No: 2016/7508, K.T: 04.07.2019.

78 B.No: 2016/7091, K.T: 18.07.2019; E: 2016/125, K: 2017/143, K.T: 28.09.2017.

79 AYM, E: 2016/125, K: 2017/143, K.T: 28.09.2017; E: 2015/61, K: 2016/172, K.T: 02.11.2016.

80 B.No: 2016/24562, K.T: 12.09.2019; B.No: 2015/19167, K.T: 17.07.2019.

81 B.No: 2015/3797, K.T: 04.07.2019; B.No: 2015/3497, K.T: 04.07.2019.

82 AYM, E: 2016/36, K: 2016/187, K.T: 14.12.2016.

83 B.No: 2016/10183, K.T: 11.07.2019; B.No: 2013/4668, K.T: 16.09.2015; B.No: 2013/4681, K.T: 30.06.2014; B.No: 2014/5559, K.T: 25.04.2014; B.No: 2012/1017, K.T: 18.09.2013.



düzeninin saptanmasında⁸⁴ Anayasa Mahkemesi'nin gerek norm denetimi ve gerekse bireysel başvuruların sonuçlandırıldığı kararları açısından ulusüstü hukuk metinlerine atıfta bulunduğu çok sayıda yoğun örnekler bulmak mümkündür.

Hükümetler, aktivistler, Birleşmiş Milletler, Dünya Ticaret Örgütü, Dünya Bankası, Avrupa Birliği ve Uluslararası Para Fonu gibi çok taraflı kurumların, insan haklarından çevre, para ve göç politikasına kadar ekonomik, beşeri küreselleşme ve ulusötesi normlar açısından evrensel standartlar oluşturmaları ise ulusal sınırlarla çevrili devlet otoritesinin yetki hakkını önemli oranda daraltma sonucunu doğurmuştur.⁸⁵ uluslararası sermaye akışının para politikası kontrolünü kısıtlaması, internet teknolojisi nedeniyle bilgi kontrolünün etkisizleşmesi, küresel çapta insan hareketliliğinin güvenlik ve sağlık açıkları yaratması ile doğurduğu denetim sorunları, ulusal egemenlik konseptinin etki ve nüfuzunu kıran global dinamikler arasında sayılmaktadır. Bunun yanında teknolojik değişime bağlı olarak ulusal yaşamı bütün veçheleriyle etkisi altına alan ilişkilerin evrenselleşmesi; ticaret, turizm, kültür ekonomisi, politika, savunma, yönetim gibi çoklu alanlarda karşılıklı bağımlılığın ileri boyutlar kazanması klasik egemenlik modelini dönüştüren diğer etki kaynakları arasında gösterilmektedir. Geniş çaplı iletişim ve ulaşım dönüşümleri, devleti siyasal analiz biriminin merkezinde gören anlayışı egemenlik konseptinin klasik anlamının ötesine taşıyarak özetle küreselleşme, karşılıklı bağımlılık, entegrasyon, uluslarüstücülük, hükümetlerarası ve uluslararası kuruluşlar etkileşimi altında siyasal düzenleri paylaşımlı bir yetki düzeni kurgulamaya teşvik etmiştir.⁸⁶

Nihai aşamada siyasal alanın farklılaşması, dış otorite kaynaklarının dikkate alınmasını zorlamakla birlikte, karar alma hakkını devletin tekeli olarak formüle eden ve iç işlerine karışmama düzenini ifade eden Westfalyan egemenlik anlayışını temelden sarsan bir değişimi kodlamaktadır.⁸⁷ Egemenin yaptığı yasa ölçüsünde mutlak serbestiye değinen ve idari-siyasi kararları kendinde kaynak görerek toplumsal talep gerekliliğinin ötesinde konumlandırılan sınırsız otorite anlayışının terki diye de okunabilir bu siyasal kabuk değişimi.⁸⁸ Yirminci yüzyılın başlarından ortalarına kadar devletin toplum üzerine teksif ettiği yetki alanının artan sayıda yasal kısıtlama ile karşılanması ise kaçınılmaz

84 AYM, E: 2016/191, K: 2017/131, K.T: 26.07.2017.

85 KRASNER, 2001b, s. 20-22.

86 ALLÈGRE R. P/VAÏLLANCOURT Daniel G, 1971, s. 383-384.; RAPCSÁK, 1998, s. 28.

87 KRASNER, 2001a, s. 231-232.

88 ELEFTHERIADIS, 2010, s. 559.



olarak devlet ve hukuk ilişkisini klasik egemenlik kurgusu aleyhine yeni bir siyasal güç dağılımı edinmeye teşvik etmiştir.⁸⁹

Devletin bağımsızlığı temeline dayalı dış egemenlik fiksiyonunu da içine alan bu siyasal ve hukuki sonuç, de facto şartlar altında egemenliği mutlaklaştıran gerekliliklerin sorgulanması ve yeni siyasal içeriklerin formüle edilmesi anlamına gelmektedir. Devletlerarası ilişkilerdeki reel karşılıklı bağımlılıklar, devletler ve devlet dışı kuruluşların özellikle insan hakları kapsamında gelişim gösteren evrensel ilkeler etrafında devlete yönelttiği baskı politikaları, günümüzde ulusal egemenliği aşındıran tartışmasız bir gerçeklik olarak siyasal ve hukuksal yeni pozisyonlara yön verici etkili siyasal dalgalanmalar meydana getirmektedir.

III. TÜRK ANAYASALARININ YAPIM SÜRECİNE YÖN VEREN TARİHSEL-TOPLUMSAL KAYNAKLAR VE EGEMENLİK TASARIMI

Türk anayasa pratiği, yukarıda yer verilen egemenlik olgusuna bağlı tarihsel dönüşüm duraklarından soyut veya bağlantısız bir hareket olarak gelişme göstermemiş, aksine egemenlik fikri genel siyasal ve hukuksal cereyanların göz önünde bulundurduğu asli hukuksal motiflerden biri olma özelliği göstermiştir. Bu etki nedeniyle Türk tarihinde anayasaların oluşumuna ve yapımına form kazandıran bazı temel fikri eğilimler ile bu sürece kaynaklık eden iç ve dış dinamikleri göz önünde bulundurmamak neredeyse genel bir teamül halinde hukuk ve siyasal bilim literatüründe klasik anlatımların konusunu teşkil etmiştir. Toplumun ilerletilmesi, gelişme ve modernleşme sorununun çözümlenmesi, devlet gücünün sınırlandırılması ile birey hak ve özgürlüklerinin güvenceye kavuşturulması açısından iktidarın dengelenmesi, ulus-devletlerin yaygınlaşması, genel oy hakkının genişleme eğilimi göstermesi, dış ilişkilerde devlete siyasal güç, eşitlik ve istikrar kazandırılması, 19. yüzyılda ortaya çıkan siyasal eylemlerin doğurduğu Anayasacılık akımları (1831 Belçika, 1848 İtalya ve Fransa, 1850 Prusya) anayasal inşa süreçlerini doğrudan biçimlendiren iç ve dış dinamikler kapsamındaki unsurları işaret etmektedir.⁹⁰

Anayasa taleplerinin Osmanlı toplumunda ortaya çıkışında dış dinamiklerle birleşen yerli anayasal gelişme örneklerinin de önemli bir payı ve ilerletici etkisi olduğu yaygın ve genel bir fikri kabuldür. 1829 yılında Mısır'da oluşturulan Danışma Meclisi, padişah Abdulmecit tarafından taşra eşrafının iştirakiyle kurdurulmak istenen meclis, Tunus'ta yürürlüğe konulan 1861 Anayasası ve 1866'da Mısır'da bir

89 MORGAN, 2007, s. 36.

90 TANÖR, Bülent, *Osmanlı Türk Anayasal Gelişmeleri*, 4. Baskı, Afa Yayınları, İstanbul, 1996, s. 97.

meclis teşkil edilmesi, Osmanlı coğrafyasında monarşik karakterli yönetimlerin egemenlik kaynağı bakımından toplum merkezli bir yönelim içinde olduğunu göstermektedir. Bu çok boyutlu siyasal etkileşim süreci, anayasal egemenlik tasarımını belirli bir hukuksal akış içinde şekillendirerek kurucu öğelere içerik zenginliği sunan önemli fikri altyapı destekleri sağlamıştır. Anayasal arayışlar, ulusal ve dini ayaklanmalar nedeniyle dağılma sürecine giren Osmanlı İmparatorluğunun siyasal birliğini sağlama çabaları, savaşlar sonucunda egemen Batılı devletler karşısında yoğun toprak kayıplarının yaşanması, askeri alanda başlayan geri çekilmenin eğitim, hukuk, ekonomi, siyaset ve kültür alanlarındaki gerilemeyle bütünleşerek geç modernleşme hamlelerine hız vermesi, yerli hukuksal uygulama pratikleriyle kaynaştırılarak anayasal inşa süreçlerine Batılı doğrultuda bir istikamet kazandırmıştır.⁹¹

Anayasal tarih arkeolojisi içinden yapılacak bir takipte temel tercihlerin Osmanlı/Türk anayasa tarihi bağlamında Tanzimat hareketi milat kabul edilerek başlatılmasının tarihi akışa uygun bir yön ihtiva ettiği iddia edilebilir. Ancak sonuçları hakkında yapılan yorumlar anayasal hareketin başlangıcına giden yolu açtığı yönündeki görkemli saptamayla aynı tutarlılık ve mantıksal devamlılık durumunu paylaşmamaktadır. Osmanlı/Türk batılılaşma ve modernleşme döneminin önemli evrelerinden birini oluşturan Tanzimat hareketinin ve oluşturduğu siyasal ve ekonomik düzenin keyfi ve baskıcı bir yönetim anlayışı ortaya çıkardığı, devlet adamlarının bürokratik mutlakiyetine kapı araladığı⁹² eğitim, yargı, kültür ve sosyal hayat gibi alanlarda alaturka-alafranga (doğu-batı) ayrımına dayanan gerilimli ikilikler doğurduğu⁹³, yabancı müdahalesini yaygınlaştırdığı, sömürgeleşme sürecinin yeterince analiz edilemediği⁹⁴, müslim-gayrimüslim ayrımını gidermeyi hedef alan eşitlikçi hukuksal düzenlemelerin müslüman kesim aleyhine olumsuz toplumsal sonuçlar ortaya çıkardığı, Batı öykünmeciliğiyle sonuçlanan yüzeysel sınırlı reformlar dizisine vücut verilmesi ile Batı uygarlığının özünü kavrama konusunda başarısızlık gösterilmesi⁹⁵ etkenlerine bağlı olarak özgürlükçü

91 FENDOĞLU, Hasan T., *Anayasal Derinlik Türkiye'nin Anayasal Hafızası*, 1. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2012, s. 861.

92 HEPER, Metin, *Türkiye'de Devlet Geleneği*, 4. Baskı, Doğu Batı Yayınları, Ankara, 2012, s. 78.

93 ÜÇÖK, Coşkun/MUMCU, Ahmet/ BOZKURT, Gülnihal, *Türk Hukuk Tarihi*, 20. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2018, s. 311.; EROĞUL, Cem, *Anatüzeve Giriş*, İmaj Yayınevi, 15. Baskı, Ankara, 2016, s. 207-210.

94 MARDİN, Şerif, *Türk Modernleşmesi*, 11. Baskı, İletişim Yayınları, İstanbul, 2002, s. 13.; EROĞUL, 2016, s. 207-210.

95 BERKES, Niyazi, *Baticılık, Ulusçuluk ve Toplumsal Devrimler*, Kaynak Yayınları, 3. Baskı, İstanbul, 2007, s. 37-40.



parlamentar değerlerin keşfedilemediği⁹⁶ ve son kertede Tanzimat dönemiyle anılan reformlar cereyanının devleti dağılmasını önleyici çözümler sunmaktan uzak yıkıcı sonuçlar doğurduğu Genç Osmanlılar, Jön Türk aydınları ve Cumhuriyetçi seçkinler tarafından sıklıkla dile getirilen sorun alanlarını tasvir etmiştir.

Bu dönemin alamet-i farikasından olmak üzere 19. Yüzyılın canlı tartışma ortamında eleştirilerin ivme kazandırdığı siyasal arayışlar, eşzamanlı toplumsal bir fikri enerjiyle yeni oluşan Osmanlı kamuoyunu kaplamaya başlar. Osmanlıyı oluşturan etnik ve dini grupları kaynaştırarak siyasal birliği sağlamak ve Batı toplumları nezdinde oluşan modernleşme açığını kapatmak için Osmanlılık bilinci etrafında formüle edilen bütünleşme projeleri geliştirilir. Sosyo-politik entegrasyon vasıtasıyla hanedana bağlılık ve din birliği yanında, vatan sevgisi ve ortak toplumsal bilinç zeminine dayalı özgürlükçü ve liberal anayasa önerisi, yürütme erkini denetleyecek meclis önerisiyle birlikte aydınlar arasında hararetle tartışılmaya başlanır. Siyasal erklere yönelik yeniden tanzim talebi, zamanla hukuk, yargı ve idare alanlarını devletin kamu denetimine açılması talepleriyle bütünleştirilerek reform projelerini geniş bir zeminde güçlendirme eğilimini benimsemeye yönelir.⁹⁷ Genç Osmanlılar hareketi içinde özellikle Namık Kemal ve Ziya Paşa tarafından liberal reformist fikirlerin İslam ilkelerine adapte edilerek halk egemenliği ve cumhuriyet formunda savunulmaya başlanması bu siyasal evrimleşmenin sentetik ürünleri niteliğinde algılanabilir.⁹⁸

19. yüzyılın son çeyreğinde filizlenen Jön Türk hareketi ise modern bir siyasal yaklaşımla ülkeyi etnik-ulusal hareketlerin tehdidinden arındırarak dağılmasını durdurmayı, ulusalcı ve ayrılıkçı talepleri siyasal temsil alanını genişleterek meclis çatısı altında sona erdirmeyi, Osmanlı milleti kavramı altında bir Osmanlı vatani ve eşit Osmanlı vatandaşı tasavvuru oluşturmayı başlıca siyasal programı haline getirir.⁹⁹ Bu dönemde Osmanlı anayasacılığı çerçevesinde egemenlik kavramına yön verecek iki ana akım belirir. Millî ve pozitivist bir bakış açısını temsil eden Ahmet Rıza Bey Türkler'in yönetici ve hakim güç olmasını savunurken, Prens Sabahattin özel girişim (teşebbüs-i şahsi) ve bölgesel özerklik/yerinden yönetim (adem-i merkezîyet) ilkeleri etrafında geliştirdiği bireycilik ve kişisel özgürlük temelli siyasal bir program modelini ortaya atar. Jön Türkler ilk siyasal program ve yaklaşıma sadakat göstererek

96 MARDİN, 2002, s. 14.

97 BALTA, Tahsin B., **İdare Hukukuna Giriş I**, 1. Baskı, Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü Yayınları No: 117, Ankara, 1968/1970, s. 37-38.

98 TANÖR, 1996, s. 92-94.; BALTA, 1970, s. 31-36.

99 TANÖR, 1996, s. 129-130.



anayasal düzende jakobenizme, aydın despotluğuna, seçkinci-otoriter eğilimlere ağırlık veren politik bir pozisyon inşasından yana siyasal tavır alır. Bu düşünceye göre halkın eğitilmesi süreci tamamlanuncaya ve parlamenter temsili demokrasi şartları hazır oluncaya kadar, siyasal liderlik seçkin zümrelerin (Mizancı Murat) veya sivil-entelektüel gücü destekleyecek silahlı kuvvetlerin (Ahmet Rıza Bey) tekelinde olmalıydı. Otokrat elitist bir modernleşme hareketinin gözlemlendiği bu dönemde, pozitivist akılcılık, meşrutiyet ve halkçılık ilkeleri üzerinde temellenmiş tek yanlı bir moderniteye vücut vermek ana amacı teşkil etmiştir. Anayasa yapım sürecinin, bürokrat seçkinci zümrenin tekelinde biçimlenecek bir tarihsellik içinde zemin bulmasına dönük olarak harcanan bu özel çabanın¹⁰⁰ Cumhuriyet dönemine de intikal edecek elitist bir geleneği kökleştirdiğini dramatik siyasal deneyimler fazlasıyla tasdik etmektedir.

Cumhuriyet dönemi seçkinleri kendisinden önceki siyasal tavır paralelinde ve hâkim Osmanlı anayasal tercihlerine benzer nitelikte Atatürk'ten başlayarak Anayasa tasavvuruna Tanzimat eleştirisiyle başlamış, takip eden meşrutiyet dönemlerini ise modernleşme çabası ve anayasa hamleleri bağlamında taklitçilik, dış tahakküm, sömürgeleşme sürecine giriş, ülke ekonomisinin çöküşe sürüklenmesi, yabancı devletleri oyalama taktikleri ve bir yönetici azınlığın seçkinci iradesiyle özdeşleşen yönetim patolojisi suçlamalarıyla etiketlemiştir. Cumhuriyet dönemi anayasa hareketleri karşıt bir zihinsel ve tarihsel konumlanmayla dar bir yönetici grubun eseri değil, bağımsızlık ideali, milli bütünlük ve milli irade kavramıyla açıklanan demokratik bir hüviyetin ürünü olarak takdim edilmiştir. Bu kapsamda monarşik egemenliğin karşısına demokratik egemenlik anlayışı çıkarılmış ve bu egemenliğin siyasal ekosistemi başlangıç itibariyle temsili demokrasi esaslarına dayandırılmıştır. Fakat Atatürk ve tek parti dönemi reformlarının toplum katmanları tarafından değil, toplumsal, ekonomik ve tarihsel geç kalmışlık sebeplerine dayalı olarak halk adına hareket ettiği varsayılan aydınlar ve devlet seçkinlerinin eseri mahiyetinde ortaya çıktığı kuşku götürmeyen tarihsel bir vakiydir. Erken cumhuriyet döneminde Batılılaşma, muasırlaşma veya modernleşme çabası etrafında yoğunlaştırılan siyasal program uyarınca yapılması hedeflenen reformlar için bir araç olarak kurgulanan hukukun, soyut ve ideal formundan arındırılarak siyasal amaçların nesnesi haline getirildiği açıkça far edilmektedir.¹⁰¹

100 TANÖR, 1996, s. 131-133.; FENDOĞLU, 2012, s. 864.

101 TANÖR, Bülent, *Anayasal Gelişme Tezleri*, 3. Baskı, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 2013, s. 19-25.



1950 yılında hukuken ve fiilen başlayan çok partili hayata geçiş sürecine kadar anayasal gelişmelerde temel aktörler başlangıçta siyasal seçkinler iken daha sonra önder ve şef olarak nitelenen otoriteler anayasal tercihlerin belirleyici gücü haline gelmiştir. Halka ve yığınların sesine kuşkuyla bakılmış, seçkinler rollere giydirilen çağdaştırma ve zecri tedbirlerle toplumu dönüştürme misyonuna odaklanılarak siyasal taktik ve hukuksal yaklaşımların eleştirel gözden geçirilmesi adına mevcut politik kültürde kayda değer herhangi bir değişme gözlemlenmemiştir.¹⁰²

Sınıfsal temelli analizler bir tarafa bırakılırsa, asker-sivil bürokrasi ve yerli seçkinler tabakası modernleşme talebi doğrultusunda, ulusallaşma ve demokratikleşme eksenli anayasal gelişmelere yön vermiş ve bu misyon çoğu zaman ilerletici vasfına atfen olağan karşılanmıştır. Çok partili hayatın 27 Mayıs darbesiyle kesintiye uğramasından sonra da benzer eğilimler sürdürülmüş, genel oydan çıkan sonucun devrimlerin yaşatılması adına göz ardı edilebileceği ve seçmen kitlesine ait sayı çokluğunun anayasal sınırlarla etkisizleştirilmesi gerektiği rutin bir normatif beklenti olarak öne sürülmüştür. Ancak tüm ihtirazi kayıtlara rağmen batılılaşma çabası ve bununla bağlantılı liberal, ulusal ve laik perspektifli ilkelerin, (milli egemenlik, milli bağımsızlık, hürriyet, meşrutiyet ve parlamentarizm) anayasa yapım süreçlerine hâkim olan asli siyasal öğeleri oluşturduğuna yönelik yaygın bir mutabakat belirmiştir. Tezahür eden tarihsel doğrultu ise mutlak monarşiden anayasal-meşruti monarşiye, otokrasiden-cumhuriyete ve salt temsil fikrinden aktif yurttaşlık temelli katılımcı demokrasi rejimine geçişi işaretleyen bir siyasal hat izleği olmuştur.

Anayasal mimariye eleştiri yöneltten hâkim eğilim dışındaki gelenekçi-islamcı ve alternatif popülist açıklamalara dayalı tezler ise Batılılaşma döneminde ortaya çıkan anayasal tercihleri, kopyacılık, tercümecilik, Batı taklitçiliği, Batı aktarmacılığı, halka yabancılaşmış ve kendi dar çıkar dünyasında varlığını sürdüren bürokrat zümresinin seçkin otoriterliği temalarıyla benzer nitelikli düşünsel hat üzerinden eleştiriye tabi tutmuştur. Anayasa hareketleri, sömürge mantığına dayalı olmakla ve halka karşı diktatörlük kurulmasının hukuksal vasıta aracı tayin edilmekle suçlanmıştır. Daha ileri bir söylem olarak ise anayasa akımının, parlamento geleneğinin ve laik sistemin bir bütün halinde Batı sömürgeciliğini yaygınlaştırma işlevini üstlendiği tezi ortaya atılmıştır. Dönemin popüler siyasal-düşünsel sözcüleri ayrıca bu yorumlarla yetinmeyerek milli egemenliğe karşı silahlı kuvvetler, Milli Güvenlik Kurulu, Anayasa Mahkemesi, Danıştay, Sayıştay, Üniversite ve TRT gibi özerk anayasal idari-bürokratik ortaklıklar (ordu-yargı- üniversite)

102 TANÖR, 2013, s. 19.



yoluyla hukuksal sınırlama ve kayıtlar konulmasını vesayetçi içerikleriyle demokrasi prensiplerinden sapma olarak değerlendirmişlerdir.¹⁰³ Bu vesayetçi kurumlara daha sonra Devlet Planlama Teşkilatı, Milli Güvenlik Kurulu gibi başka bürokratik mekanizmaların da eklendiği belirtilerek vesayet algısı güçlendirilmeye çalışılmıştır.

IV. TÜRK ANAYASA TARİHİNDE EGEMENLİK KAVRAMININ GELİŞİMİ

Türk anayasal gelişme çizgisi tarihten güncele uzanan hukuksal serüveninde değişim karşıtı toplumsal-ideolojik direnç noktalarıyla geleneksel, benimsediği kurumsal tercihler itibariyle modern bağlantılara açık ve ödün vermediği sabit değerler dünyası itibariyle de katı özellikler sergileyen belirli genellikler barındırmaktadır. Özellikle egemenliğin düzenlenişi konusunda tüm hukuksal ve toplumsal değişkenlerin tarihsel devinim ve süreklilik kriterleri temelinde çözümlenmesi gereklilik taşıdığından bugüne bakışın önce'ye ilişkin birikim üzerinden okunması ve genel anayasa hareketleri içinden geçerek Türkiye tecrübesinin anlamlandırılması kaçınılmaz bir yöntem olarak kendini göstermektedir.

Türk anayasa tarihi bu çerçevede modern anlamıyla Osmanlı imparatorluğunun 19. yüzyılında başlar ve Cumhuriyet dönemiyle süreklilik gösterir. Dönemlendirme, imparatorluk devresinden ulus-devletin kuruluşunu simgeleyen Türkiye Cumhuriyetine uzanan bağlantılar içinde dünya anayasacılık tarihiyle Türk anayasa hareketlerini aynı doğrultu ve eşzamanlılığa tekabül eden kronolojik ortaklığı parantezinde birleştirir. Batılılaşma hareketinin sonucu ve bir görünümü olan anayasacılık hareketi, en temelde devlet teşkilatlanması tasarımı, yeni bir kurumlaşma, vatandaşlık tanımı ve hukuksal güvenceler sistemi ile ülkeyi bütünlük içinde tutmak arzusuna dayanır. Bu kompleks gerekçeler bileşimi, Batılılaşmanın sadece idari teknikler ve politik kurumlar silsilesinden ibaret olmadığını ihsas ederek toplumsal ve siyasal değerlerin köklü transferi ile kurumsal yapılanma etrafında kişinin kuruluş politikasındaki yerini anayasa hareketlerine bağlar.¹⁰⁴

Anayasa inşa etme süreci, bu başlangıç anından sonra siyasal ve ekonomik zorunluluklar ile toplumsal talep ve tarihsel birikim üzerinde yükselerek belli ilke ve değerler eşliğinde arızı krizlere rağmen kendine özgü bir tekâmül seyri izler. Egemenlik kavramı da anayasal boyutta

103 TANÖR, 2013, s. 41-42;50,54; (Türk anayasal tezlerinin ayrıntılı sınıflandırması kitabın bütününe yayılan sayfalardan takip edilebilir.)

104 KEDOURİE, Elie, "The End of the Ottoman Empire", *Journal of Contemporary History*, Yıl: 1968, Cilt: 3, Sayı: 4, s. 21.



imparatorluktan milli devlete uzanan siyasal sürecin çeşitli ve farklı evrim duraklarından geçerek hukuksal olgunluk ve gerçeklik kazanmasının ürünüdür. Doğal olarak kavramsal inceleme, vurgulanan tarihsel süreç içinde bir gelişim çizgisi kazanarak geleneksel yapıdan çağdaş formasyonlara uzanan değişken bir içerik edinmeye ve toplumsal talepler ışığında yeni biçimler kazanmaya zorlanır.

Türk anayasa hukukunda egemenlik kavramı milli nitelemesiyle 1921 anayasasından itibaren 1924, 1961 ve 1982 anayasalarında '*egemenlik kayıtsız şartsız milletindir*' düsturuyla tekrarlanarak demokratik devletin ana sütununu teşkil eden bir iktidar kaynağını tanımlar. Kayıtsız-şartsız olma prensibinin temel anlamı ise egemenliğin kaynağına mutlak bir sahiplik atfetme amacıyla kendini gösterir. Kişi-sınıf-zümre egemenliği veya ilahi kökenli egemenlik olgularının 'millet' kaynağının varlığı karşısında şerikliği reddedildiği gibi prensip olarak demokratik ve laik özün egemenlik kavramının içeriğine yerleştirilmesi fikri benimsenir.¹⁰⁵ Bu eğilimin önem derecesini egemenliğin henüz 20. Yüzyılın başında 1921 anayasasında düzenlenmiş olmasında ve cumhuriyetçilik ilkesinden daha önce anayasal değer kazanmasında görmek mümkündür.¹⁰⁶ Devam eden anayasal gelişim çizgisi incelendiğinde, 1961 Anayasası dönemine kadar yürürlükte kalmış olan 1921 ve 1924 Anayasası rejimlerinde egemenlik yetkisi kuvvetler birliği esasına bağlı olarak asli ve sınırsız iktidarı temsil anlamında yasama organında (Türkiye Büyük Millet Meclisi) teksif edilir. Türkiye Büyük Millet Meclisi yürütme yetkisini kendi içinden çıkardığı icra vekilleri heyetine bahşetmiş olsa dahi oluşturulan bu siyasal yetki düzeni, asli güç olarak meclisi tanımladığından yürütme organını ayrı bir erk halinde görmeyi engeller niteliktedir. 1961 Anayasasıyla bu tekli duruma son verilerek 7. madde düzenlemesiyle *mahkemeler* egemenliğin kullanıcısı haline getirilmiş, yasama organı diğer siyasal erkler gibi egemenliği kullanan organlardan biri halinde düzenlenmiş, 1982 Anayasasının 7, 8 ve 9. maddelerine göre de *yasama, yürütme ve yargı* egemenlik yetkilerinden sayılarak her üç devlet kuvvetine iktidar gücü tevcih edilmiş ve kuvvetler ayrılığı iddiasıyla iktidarın bu güçler arasında paylaştırıldığı çoklu bir yapı inşa etmiştir. Sonraki süreçte, genel ve eşit oy, serbest ve rekabetçi seçimler, temel hak ve hürriyetlerin tanınması ile insan haklarına dayalı anayasal sistem, milli egemenlik prensibi ile demokratik devlet arasındaki ilk ve temel bağlantıları kuran asal değerleri oluşturmuştur.¹⁰⁷

105 TANÖR, Bülent/ YÜZBAŞIOĞLU, Necmi, **1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku**, 19. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2019, s. 126.; GÖZLER, 2019c, s. 237.

106 GÖZLER, 2019a, s. 91; GÖZLER, 2019c, s. 231.

107 GÖZLER, 2019c, s. 236.; ÖZAY, İlhan, "Egemenliğin Kaydı ve Şartı", **İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi**, Yıl: 2000, Cilt:13, Sayı:1, s. 322.; TANÖR/ YÜZBAŞIOĞLU, 2019, s. 128.



Türk anayasal tarihi, egemenliği belli bir zaman ve ülke müşterekliğinin paylaşıldığı insan topluluğunu anlatan halk antitesine kıyasla değil geçmiş-bugün ve gelecek kronolojisine oturtulan soyut millet mefhumu üzerinden kurgular. Bunun anlamı, egemenliğin genel ve eşit oya dayalı serbest seçimler sonucunda oluşan temsilciler eliyle kullanılması, temsilcilerin temsili vekalet ilkesi uyarınca kendilerini seçen bireylere yönelik değil ulusun bütününe şamil bir temsilcilik yetkisiyle mücehhez kılınmasıdır. Ancak Anayasanın 80. Maddesindeki *'Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri, seçtikleri bölgeyi veya kendilerini seçenleri değil, bütün Milleti temsil ederler.'* hükmü klasik temsili rejim prensibini dile getirirse de egemenlikle temsili rejim arasındaki ilişki, yarı doğrudan hükümet modelinde görülen ve anayasa değişiklikleri kapsamında başvuru halkoylaması gibi siyasal pratik nedeniyle saf temsili rejim olma özelliğinden sınırlı ölçüde uzaklaşma emaresi gösterir.¹⁰⁸

Türk pozitif hukukunun 1982 anayasası bakımından özellikle 1995 yılından başlayarak, 2001, 2007, 2010 ve 2017 tarihlerinde yürürlüğe konulan değişikliklerin, devlet kuvvetlerinin kullanımı ve egemenliğin temsili konularında önemli açılımları Türk siyasal hayatına kazandırdığını gözlemlemek mümkündür. Seçme ve seçilme yaşının 18'e düşürülmesi, meslek kuruluşları ve üniversite mensuplarını kapsayan siyaset alanının genişletilmesi, Cumhurbaşkanı seçim usulünün değiştirilmesi, Türkiye Büyük Millet Meclisi üyelerinin sayısı, seçim zamanı ve denetim araçlarının değişikliğe uğraması, cumhurbaşkanının görev ve yetkilerinin yürütme organının tek temsilcisi sıfatıyla yeniden düzenlenmesi¹⁰⁹ köklü anayasa reformlarının egemenlik prensibiyle ilişkili belli başlı değişim başlıklarını göstermektedir. Ancak tarihsel inşa hareketi bütünlüklü bir okuma faaliyeti için anayasal gelişme sürecini imparatorluk dönemi ile dünya anayasal gelişmelerinin karşılıklı etkileşimine bağlamayı zorunlu kıldığından egemenlik prensibinin aldığı biçim ve içerik, Osmanlı dönemi ile Türkiye Cumhuriyeti anayasa hareketlerini entegre bakış açısıyla bir araya getirmek gerekliliği altındadır.

A. 1876 Kanun-ı Esasi'de Egemenliğin Düzenlenişi, Kaynağı ve Kullanımı

1839 yılında başlayan Tanzimat dönemine karşı 19. yüzyılın ikinci yarısında gelişen Genç Osmanlılar muhalefet hareketi Mithat Paşa öncülüğünde 1876'da meşrutî yönetimin ilan edilmesini ve padişahın onayıyla 23 Aralık 1876'da ilk yazılı anayasa niteliğindeki Kanun-ı

108 ÖZBUDUN, Ergun, *Türk Anayasa Hukuku*, 19. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019, s. 88-89.; GÖZLER, 2019c, s. 235-236.; TANÖR/ YÜZBAŞIOĞLU, 2019, s. 127-128.

109 GÖZLER, 2019c, s. 125-129.



Esasi'nin ilanını sağlayan sürecin yönetimini üstlenir. Amerikan ve Fransız İnsan Hakları Beyannameleri ile hız kazanan modern anayasa hukuku akımının Osmanlı Devleti'ndeki ilk örnek belgesini teşkil eden¹¹⁰ Anayasanın ulaşmak istediği ideal hedef, Osmanlı İmparatorluğunu, parlamenter yönetim prensipleriyle teçhiz etmek ve padişahı meşruti bir sultan haline getirmektir.¹¹¹

Osmanlı Devletinin çok uluslu ve çok dinli sosyolojik yapısını yasal birlik formülüyle bütünleştirmeyi amaçlayan Kanun-ı Esasi, padişahın tek yanlı iradesinin mahsulü olup, 12 kısım ve 119 madde düzenlemesiyle¹¹² ferman (charte) anayasa niteliğindedir. Bu tercihin önemli siyasal-anayasal açılımı, toplumsal sözleşme tabanlı anayasa yapım süreci yerine hiyerarşik ağ içindeki aktörlerin paternalistik-vesayetçi yöntemle anayasayı imal eden pozisyonda olmalarıdır.¹¹³ Yapımında halkı temsilen kurucu meclis veya yasama organı rol almadığı gibi, kabul edilmesi ve yürürlüğe girmesi için de halkoylamasına başvurulmamıştır. Padişahın atadığı bir komisyon tarafından hazırlanan kanun, nihai süreçte bir ihsan-ı şahane ile yürürlüğe konulmuştur.¹¹⁴ Bu yöntemin benimsenmesinde Osmanlı-İslam geleneği içinde anayasa sorunlarını kapsayan kavramlara henüz kesin bir anlam kazandırılmamasının payı büyüktür. Anayasa yapım süreçlerinin geleneksel hukuk düzenine kıyasla yeni gelişen bir evreyi temsil etmesinin getirdiği fikri dezavantajları da ayrıca göz önünde bulundurmamak gerekir.¹¹⁵

Anayasanın 3. Maddesi, saltanat ve hilafet hakkı (egemenlik yetkisi) ile makamı tasarruf yetkisinin İslam'ın yüce halifesi ve dinin koruyucusu Osmanoğulları soyuna mahsus olduğunu belirterek hanedanın ekber (en büyük evlat) evladını tahtın meşru hak sahibi mevkiine yerleştirir.¹¹⁶ Başka bir ifadeyle saltanat kurumu muhafaza edilmiş, devletin siyasal yapısının geçmişte olduğu gibi monarşik karakter taşıdığına hükmedilmiş, devlet başkanlığının irsiyete dayalı olduğuna ilişkin mevcut siyasal gerçeklik değiştirilmemiştir. Anayasanın 3 ve 4. Maddelerine göre halife unvanını

110 GİRİTLİ, İsmet/ SARMAŞIK, Jale, **Anayasa Hukuku**, 2. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2001, s. 137.

111 LEWİS, Bernard, **Modern Türkiye'nin Doğuşu**, (Çev. M.Kıratlı), 4. Baskı, Türk Tarih Kurumu Yayınları, Ankara, 1991, s. 359.

112 ABADAN, Yavuz, "Osmanlı İmparatorluğunda Anayasa Sistemine Geçiş Hareketleri", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl: 1957, Cilt: 14, Sayı: 1, s. 20.

113 ERDOĞAN, Mustafa, **Türk Anayasa Hukuku**, (baskı sayısı belirtilmemiş), Hukuk Yayınları, Ankara, 2018, s. 12

114 ARSEL, İlhan, **Türk Anayasa Hukukunun Umumi Esasları**, Mars Matbaası, Ankara, 1965, s. 23.

115 BERKES, Niyazi, **Türkiye'de Çağdaşlaşma**, 7. Baskı, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 2004, s. 309, 311.

116 BAŞGİL, Ali F, **Esas Teşkilat Hukuku Dersleri C. I**, Yeni Bası, Ulusal Matbaa, Ankara, 1943, s. 75-76.

taşıyan sultan doğal olarak aynı zamanda Ahkam-ı Şeriyeyi uygulatma yetkisiyle donatılmıştır.¹¹⁷ Hâkimiyetin kaynağındaki farklılaşmaya etki eden ve anayasal kurumların gelişmesine önayak olan müspet taraflarına rağmen iktidar kaynağının henüz modern zamanların millet telakkisiyle tam manasıyla eşleşen bir form ve içerik kazanamaması, sultanın iktidar teorisindeki başat anayasal konumu¹¹⁸ gibi siyasal gerçeklikler dikkate alınarak Kanun-ı Esasi'nin anayasalı devlet düzeni kurduğu eleştirisi getirilmiş ve demokratikleşme tarihinde şekli bir önemi olduğu yargısı ortaya atılmıştır.¹¹⁹

Monarşik egemenliğin kaynağı konusunda Kanun-ı Esasinin getirdiği önemli bir yenilik, gelenek ve dini hükümlerin yanı sıra halk iradesi ve egemenliğine dayanmasa¹²⁰ bile yazılı bir anayasayı beşeri-hukuksal dayanak olarak kabul etmesi ve padişahın dini ve dünyevi yetkilerini anayasal hükümlerle kayıt altına almış olmasıdır. Bu sonuç monarşik egemenliğin din ve gelenek dışı yeni bir seküler meşruiyet kaynağıyla buluşturulması anlamına gelmektedir.¹²¹ Diğer anlatımla hukuk, Kanun-ı Esasinin bizzat kendisini hükümdarın iradesine birçok şartla bağlı kıldığı iddiasına rağmen ilahi kaynaklı, değişmez gelenek ve teamüllerden oluşan kaynaklar sisteminin dışında kavranmıştır.¹²² Kanun-ı Esasi'de imparatorluğun çok dinli ve çok etnili kimliği nedeniyle egemenliğin kime ait olduğu konusunda açık bir hüküm bulunmamakta ise de saltanat hakkıyla ilgili esaslar, padişaha devlet yönetiminde merkezi bir konum tahsis eden emredici düzenlemeler, sultanın egemen güç olduğunu anayasal düzeyde ortaya koyan temel göstergeleri oluşturmaktadır.¹²³

Ana devlet organlarının padişah, Meclis-i Umumi ve yargı (mehakim) olarak belirlendiği anayasada¹²⁴ egemenlik hakkının kullanılması açısından devlet güçlerinin dağılım hiyerarşisi veya yetki piramidinin en üstünde imparatorluğun ve devletin başı konumundaki halife - sultanın yer almasının anlaşılabilir sonucu, Heyet-i Vükelanın (Bakanlar Kurulu) sadrazam, şeyhülislam ve vekillerden oluşan üyelerini bizzat padişahın seçmesi, ataması veya gerektiğinde azletme yetkisini uhdesinde bulundurmasıdır (M. 3, 7, 27).¹²⁵ Bakanlar kurulunun alacağı

117 ATAR, Yavuz, **Türk Anayasa Hukuku**, 17. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2018, s. 40.: ABADAN, 1957, s. 21.; BENTWİCH, Norman, "The New Turkish Constitution", **Journal of the Society of Comparative Legislation**, Yıl: 1908, Cilt: 9, Sayı: 2, s. 329.

118 ARSEL, 1965, s. 24.

119 DAL, Kemal, **Türk Esas Teşkilat Hukuku**, 2. Baskı, Gazi Üniversitesi Basın-Yayın Yüksek okulu Basımevi, Ankara, 1986, s.21.

120 FENDOĞLU, 2012, s. 858.

121 TANÖR, 1996, s. 96 vd.;

122 ERDOĞAN, 2013, s. 204.; BERKES, 2004, s. 333.

123 TANÖR, 1996, s. 94 vd.

124 ARSEL, 1965, s. 24.

125 BAŞGİL, Ali F., **Hukukun Ana Mesele ve Müesseseleri**, Hak Kitabevi, İstanbul, 1946, s. 38-39.



kararların uygulanabilmesi bu iktidar kurgusuna göre padişahın onayına tabidir. Vekiller heyeti göreve başlarken veya görevine devam ederken parlamentonun güvenoyuna başvurulmaz ve bakanlar kurulu parlamentoya karşı sorumlu değildir. Dolayısıyla hükümetin oluşum şekli Kanun-ı Esasiye göre padişahın mutlak yetkisinde olan icrai bir tasarruftur. Padişah, parlamento üyeleriyle istişare ve müzakerede bulunma zorunluluğu taşımamaktadır. Padişahın mutlak yetki sahasına dâhil olduğu için doğal olarak meclis hükümete karşı gensoru verme ve hükümeti düşürme yetkilerine de sahip değildir. Mecliste güven kazanmayan bir bakan padişah tarafından azledilmediği sürece görevde kalmaya devam ettiği gibi, meclisin güvenini kazanmış olsa da bir bakan bu duruma bakılmaksızın görevden alınabilirdi. Ortak programı ve kurul özelliği bulunmayan siyasal kompozisyonda bakanlar, güvenini anayasal ve siyasal vasi kimliğine sahip padişahıtan alan siyasi memurlar mevkiinde görev ifa etmiştir.¹²⁶ Paranın ve bütçenin kontrolü, savaş ilanı, anlaşmaların imza edilmesi ve ordu yönetimi gibi icrai tasarruflar da doğrudan sultanın egemen yetkileri arasında varlığını korumaya devam etmiştir.¹²⁷

Heyet-i vükela ile heyet-i mebusan arasında uyuşmazlık çıkması durumunda hükümetin görüşünde direnmesi ve meclisin de iki kez hükümetin bu kararını reddetmesi üzerine padişahın hem hükümeti değiştirme yetkisini kullanabilmesi hem de meclisi feshetmesi Padişahı anayasal sistemin merkezi ve üstün gücü konumunda gören hukuksal tercihin sonucudur.¹²⁸ Kullandığı yetkilerden dolayı anayasaya kaynaklık eden 1831 Belçika Anayasasının aksine padişah anayasal sorumsuzluk koruması altındadır ve kişiliği kutsaldır. Meclise karşı hükümetin ve padişahın sorumlu olduğu bir devlet erkleri sistemi esas alınmamıştır. Meclislerin yürütme organı ile padişahı dengeleyici ve denetleyici bir işlev görmediği yetki dağılımında kuvvetler ayrılığı ilkesi de anayasal bir değer kazanamamıştır. 31 Ocak 1850 tarihli Prusya Anayasası model alınarak tüm güçler padişahın kişiliğinde temerküz ettirilmiştir.¹²⁹ Bu durumu pekiştiren diğer bir anayasal boşluk, yasaların anayasaya uygunluğunu denetleyen anayasa yargısı sisteminin yokluğu nedeniyle kamu otoritesini üst hukuksal normlarla buluşturan bir mekanizmanın geliştirilememiş olmasıdır.¹³⁰

126 ERDOĞAN, 2018, s. 13.

127 ABADAN, 1957, s. 24-25.; BENTWİCH, 1908, s. 329.; ARSEL, 1965, s. 25.

128 ATAR, 2018, s. 41.

129 ÜÇÖK/MUMCU/ BOZKURT, 2018, s. 313.

130 ÖZKORKUT, Nevin, Ü., "1876 Anayasasının Hukuk Devleti Unsurları Açısından Osmanlı Devlet Anlayışına Getirdiği Yenilikler", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Yıl: 2004, Cilt: 53, Sayı: 1, s.178, 180.



Meclis-i Umuminin kısmen seçimli kanadını oluşturan Heyet-i Mebusan üyeleri her elli bin erkek nüfusa bir temsilci olmak üzere dört yıl için seçim yoluyla meclis üyeliğini elde etmekte iken (m. 65) yasama organı (Meclis-i Umumi) meclislerinin diğer kanadını oluşturan Heyet-i Ayan üyelerinin seçimi ve atanması kayd-ı hayat (ömür boyu) şartıyla doğrudan padişah tasarrufunun konusu haline getirilmiştir. Ayan meclisi Başkanını seçmek ve atamak yetkisi de padişahın uhdesindedir. (md. 60,61,62) Dolayısıyla bir tür senato niteliği taşıyan Heyet-i Ayan'ın teşkilinde padişahın geniş ve mutlak yetkileri bulunmaktadır.¹³¹

Heyet-i Mebusan yalnızca kendi görev alanını ilgilendiren konularda yasa teklif edebilir. Bu teklifin yasalaşması padişahın onayına bağlıdır. Fakat nihayetinde parlamentoyu lağvetme ve yasaların uygulanışını askıya alma yetkileriyle mücehhez kılınan padişah olduğu için meclise tanınan yetki özerkliğinin pratik bir işlevi bulunmamaktadır. Dolayısıyla meclisin padişah direktifiyle kanun yapım sürecini harekete geçirdiği, parlamento üyelerinin padişahın izni dışında kanun teklifi getiremediği, daha ziyade danışma işlevine büründürülen bir meclis işleyişinin hâkim olduğu siyasal ortamda yasama gücünün gerçek sahibinin padişahta temsil edildiği net çizgilerle ortaya çıkmaktadır.¹³² Meclis bakımından ise seçimlerle oluşsa bile padişaha bağımlı yasama işlevi nedeniyle klasik ölçülerde egemen olma niteliğini üzerinde taşımadığı ifade edilebilir.¹³³

Seçimleri düzenleyen talimatname ve beyanname esaslarına göre meclis, 80 müslüman ve 50 gayrimüslim olmak üzere 130 milletvekilinden oluşmaktadır. 25 yaşını doldurmuş olmak, siyasi bir cürüm ve cinayet suçuyla mahkûm olmamak, memleketinde az çok emlak sahibi olmak seçilme şartları arasındadır. Anayasada olmamasına rağmen taşradaki seçimleri düzenleyen Talimat-ı Muvakkateye göre mebuslar doğrudan seçmenlerce değil, vilayet, liva ve kaza idare meclislerince seçilir. İstanbul ve çevresinde ise seçim iki dereceli olarak planlanmıştır. Genel oy ilkesi geçerli değildir. Oy hakkı yalnızca erkeklere tanınmıştır. Seçmen olabilmek için taşrada devlete doğrudan bir miktar vergi ödenmesi, İstanbul ve çevresinde ise emlake mutasarrıf olmak şartı öngörülmüştür. Kadınlar, köylüler ve yoksul kesimler siyasal katılma hakkından mahrum edilmiş durumdadır. Sınırlı da olsa seçimle oluşan ilk Osmanlı Parlamentosu bu şartlar altında 19 Mart 1877-14 Şubat 1878 yılları arasında siyasal faaliyet icrasını gerçekleştirmiştir.¹³⁴

131 BAŞGİL, 1943, s. 77-78.

132 BERKES, 2004, s. 333-334.; BALTA, 1970, s. 37-39.; ABADAN, 1957, s. 29.

133 KOÇAK, 2006, s. 177-178.; BAŞGİL, 1946, s. 23-24.; BAŞGİL, 1943, s. 81.

134 TANÖR, 1996, s. 116-118.



Meclis-i Umuminin toplanmasına, tatiline ve gerektiğinde feshine karar vermek padişahın kutsal hakları arasındadır. (m.7,27) Meclis-i Umumi üyeleri göreve başlarken yalnız vatana ve Anayasa değil padişaha da sadakat yemini ederler. Üyelerinin seçimi bakımından padişah iradesinin geçerli olmadığı tek heyet Osmanlı tarihinde ilk kez seçimle oluşturulan Meclis-i Mebusan'dır. Yasama ve yürütme işlevleri açısından geniş yetkileri üzerinde toplayan padişahın Anayasaya bağlılık yemini etmemesi anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkesini zedeler bir görünüm sunsa da¹³⁵ anayasal hükümlerin getirdiği seçim düzeniyle toplum katmanlarının ilk kez siyasal bir özne olarak Osmanlı siyasal sistemine giriş yaptığı görülmektedir. Bu yetki sistemi ve siyasal aktörler bileşiminde padişah, politik yapının tek egemen gücü olmaktan çıkmış; millet, egemenlik yetkisinin kullanımında padişah otoritesine ortak ve rakip bir konum elde etmiştir. Meclis, müslüman mebuslarla birlikte gayrimüslim mebusların da (1/3'ün üstünde) içinde olduğu çoğulcu bir yapı gösterdiğinden yönetim/egemen irade müslüman zümrenin (millet-i İslamiye) bir ayrıcalığı olmaktan çıkmıştır. Bu sonucun imparatorluğun çok-uluslu yapısına ve etnik-dini toplumsal düzenine uygun olduğu, Meclis-i Mebusan'da 47/119, Ayan Meclisinde ise 11/36 şeklinde tezahür eden dini topluluk oranının¹³⁶ şaşırtıcı olmadığı dile getirilebilir. Özetle Yasama ve yürütme organlarının padişahın irade ve yönlendirmesi altında olduğu siyasal yapıda parlamentolu ancak parlamenter olmayan bir siyasal sistem kuruluşu söz konusudur. Kuvvetlerin ayrılmadığı, karşılıklı denetim ilişkilerinin kurulmadığı anayasal sistem¹³⁷ gerçek görünümü itibariyle meşruti-demokratik esaslar taşımaktan uzaktır. Bu açıdan egemenliğin geleneksel kullanımını ifa eden padişahın merkezinde olduğu sistem, yasama ve yürütme gücünü padişaha irca eden yapısıyla özünde değişmeden kalmıştır.¹³⁸ Dolayısıyla anayasal hüküm ve uygulama, klasik Osmanlı devlet ve egemenlik anlayışını devam ettirdiğinden kamusal otoriteyi hukukla sınırlandırma işlevini tam manasıyla icra edecek normatif bir içerik ortaya koyamamıştır.¹³⁹

Yargılama alanında ise Anayasada daha güvenceli hükümler getirilmiştir. Yargıçların özlük haklarının yasayla düzenlenmesi, bir suçla mahkûm olmadıkça azledilmemeleri, her türlü müdahaleden korunmalarının sağlanması (M. 81, 87) asgari güvenceleri oluşturmaktadır. Doğal hâkim ilkesi kabul edilerek her davanın kanunen ait olduğu

135 ÖZKORKUT, 2004, s.176.

136 TANÖR, 1996, s. 119.

137 BERKES, 2004, s. 334.

138 ERDOĞAN, 2018, s. 12.

139 ÖZKORKUT, 2004, s. 175-176.

mahkemede görüleceği, olağanüstü yetkileri haiz bir mahkeme veya hüküm verme yetkisi taşıyan komisyonlar marifetiyle yargı faaliyetinde bulunulamayacağı, mahkemenin kanunen yetkisi dâhilinde olan hiçbir davaya bakmaktan kaçınamayacağı, herkesin meşru vasıtalar kullanarak mahkeme huzurunda hakkını savunabileceği yönünde çağdaş nitelikli hükümler ihdasında bulunulmuştur.¹⁴⁰ Bu güvenceleri tehdit edebilecek önemli bir düzenleme, padişaha '*hükümetin emniyetini ihlal ettikleri bir polis soruşturması sonucu belli olanları*' sürgüne gönderme yetkisi veren anayasanın 113. Maddesi hükmüdür.

İlk Parlamento ve anayasa denemesi, 1877-1878 Osmanlı-Rus savaşı devam ederken padişah II. Abdulhamit tarafından 14 Şubat 1878'de anayasanın 7. maddesine dayanılarak Meclis-i Umumi'nin tatiline karar verilmesiyle sona erdirilmiştir. Böylelikle padişah fermanıyla tek yanlı irade kullanılarak yürürlük kazandırılan Kanun-ı Esasi'nin yine padişah fermanıyla yürürlüğü fiilen askıya alınmış oldu.¹⁴¹ Bu sonuç da gösteriyor ki, parlamentonun yeniden çağırılması ve toplanması konusunda yasal bir bağlayıcılık altında bulunmayan padişah, parlamentoyu dağıtma hakkıyla hükümdar iradesinin ulaşabileceği en geniş ve mutlak yetki alanını deruhte etmiş oluyordu. Anayasanın askıya alınmasına rağmen, ilk parlamento deneyiminin yarattığı güven duygusu, kamuoyu gerçeğiyle tanışmanın doğurduğu tartışma dinamizmi, rejim arayışlarının girdiği temsil ve katılım prensiplerine dayalı siyasal doğrultu ve önemli ölçüde bağımsızlık eğilimi gösteren bir parlamentoya sahip bulunduğu gerçeği bundan sonraki politik inşa hareketlerinin çıkış noktasında belirleyici etkide bulunacaktır. Bütün bu oluşum ve siyasal gerçeklik belirtileri, gelecekte temsili hükümetin canlanmasında hiçbir siyasal grubun veya yöneticinin meydan okumaya cüret edemeyeceği bir kamuoyu desteği sağlanabileceğini göstermiş oldu.¹⁴²

Mevcut kesintinin ardından Osmanlı dönemi anayasacılığının ikinci dönemi Jön Türk hareketiyle başlar. Bu amaçla ilk örgütlenme 1889 yılındaki İttihat-ı Osmani adıyla gerçekleştirilmiştir. 1895 yılından itibaren memur, ulema, askeri teşkilat içinden destek alarak Parlamentolu bir siyasal rejimin yeniden kurulması amacıyla Osmanlı İttihat ve Terakki Cemiyeti adı altında siyasal faaliyetler sürdürülmüş; mücadele kapsamında ayrıca orduyu harekete geçirmek, silahlı direnişler düzenlemek, genel ayaklanmalar organize etmek gibi zorlayıcı ajitasyon araçlarına başvurulması kararlaştırılmıştır. Son analizde bu tür aşırılıklar

140 BAŞGİL, 1943, s. 78.

141 TANÖR, 1996, s. 100-123.; ABADAN, 1957, s. 21-22.; BENTWİCH, 1908, s. 329.

142 EARLE, Edward M., "The New Constitution of Turkey", *Political Science Quarterly*, Yıl: 1925, Cilt: 40, Sayı:1, s. 77.

bir tarafa bırakılırsa II. Meşrutiyet hareketini sürükleyen Genç Türkler, yeniden yapılandırmak istedikleri anayasanın belirsizliklerini ortadan kaldırmak ve parlamentoyu egemen güç haline getirmek amacını taşımaktaydı. Rumeli’de başlayan ayaklanmalar yaygınlık kazanınca padişah II. Abdulhamit 23 Temmuz 1908 yılında Meclis-i Vükela mazbatasını onaylayarak meşrutiyetin ikinci dönemini resmen ilan etmek durumunda kalmıştır.¹⁴³

B. Kanun-ı Esasî’de Yapılan Değişiklikler ve Anayasal Parlamenter Düzene Geçiş: 1909 Anayasası

II. Meşrutiyet döneminde ordu içinde başlayan 31 Mart Ayaklanması’nın (13 Nisan 1909/31 Mart 1325) bastırılmasının ardından Padişah II. Abdülhamit tahttan indirilmiş ve yeniden yasama faaliyetine başlayan Meclis-i Umumi anayasada kapsamlı değişiklikler yapmıştır. Bu girişimin önemi, *‘Padişahın konumu, yürütme organının oluşumu, yasama ve yürütme organlarının çalışma koşulları ve kişi hakları konularında’* yapılan anayasa değişikliğinin doğrudan halkın temsilcilerinin yer aldığı Meclis-i Umumi tarafından gerçekleştirilmiş olmasıdır.¹⁴⁴ 8 Ağustos 1909 tarihli yasa ile anayasanın 21 maddesi değiştirilmiş, bir maddesi ilga edilmiş ve anayasaya üç madde eklenmiştir. Değişikliğin milletin temsilcileri tarafından yapılarak padişah tarafından onaylanması tek taraflı işlem yapma usulünü sona erdirmiştir. Anayasada devletin monarşik yapısı korunmasına karşın padişahın yetkileri gerçek anlamda sınırlandırılmış, parlamentonun yetkileri ise genişletilmiştir.¹⁴⁵ Bu durumun göstergeleri şöyle sıralanabilir:

- Padişah Meclis-i Umumi’de anayasa bağlılık yemininde bulunma yükümlülüğü altına girmiştir. Dolayısıyla meclis, padişah’tan daha önemli bir anayasal kurum olarak algılanmıştır.
- Padişah ödenekleri yasal hükümlere bağlanmıştır.
- Bakanlar Kurulunun oluşturulmasına ilişkin yetkilerini padişah büyük oranda kaybetmiştir. Atama yetkisi şeyhülislam ve sadrazam ile sınırlanmış, diğer vekiller sadrazam tarafından belirlenmiştir.
- Bakanlar kurulu kolektif olarak, bakanlar ise bireysel sorumluluk esasını gereğince Meclis-i Mebusan’a karşı sorumlu kılınmış, parlamenter hükümet sistemine geçiş sağlanmıştır.

143 TANÖR, 1996, s. 135.; BERKES, 2004, s. 334.; EARLE, 1925, s. 79.

144 ÖZKORKUT, 2004, s. 181.

145 ÜÇÖK, Coşkun, *Türk Hukuk Tarihi Dersleri*, 2. Baskı, Ajans-Türk Matbaası, Ankara, 1957, s. 194.



- Hükümet programlarının meclise sunulması geleneği başlatılmıştır.
- Heyet-i Mebusan, birinci ve ikinci başkanlarını bizzat seçme yetkisi kazanmıştır.
- Padişah kendisine verilen bütün yetkileri karşı imza kuralı uyarınca sadrazam ve ilgili bakanın imzası dâhilinde sorumluluk bu makamlarda olmak kaydıyla kullanmaya başlamıştır.
- Bakanlar kurulu, bireysel ve kolektif sorumluluk taşıdığından kendi gündemini belirleme hakkı elde etmiş, önceden padişahın izin alma şartı, mebusların kanun teklif edebilmeleri konusunda özerk kılınması düzenlemesini de içerecek şekilde kaldırılmıştır. Bu uygulamayla kabine sisteminin Osmanlı kamu hukukuna girişi sağlanmıştır.
- Ayan ve Mebusan Meclisleri her yılın kasım ayı başında davetsiz toplanma ve izin almadan yasa önerme hakkı elde etmiştir. Mebusların salt çoğunluğuyla meclisin kendiliğinden toplanması sağlanmıştır.
- Padişahın kanun yapımına ilişkin mutlak veto yetkisi yumuşatılarak geciktirici veto yetkisine dönüştürülmüş, tasarı yerine kanun adıyla nitelendirilerek meclisten padişaha gönderilen metnin iade edilmesi durumunda ise tekrar mecliste görüşülmesi sonucunda üçte iki nitelikli çoğunlukla kanunlaştırılması mümkün hale getirilmiştir.¹⁴⁶
- Meclisi feshetme yetkisi sınırlanan padişahın hükümet aleyhinde olduğu ve güveni zedelediği gerekçesiyle kullandığı sınır dışı etme yetkisi bütünüyle ilga edilmiştir.¹⁴⁷

Bu değişikliklerin yasama ve yürütme organlarının oluşum ve işleyiş şeklini önemli oranda padişahın etki ve güdümünden çıkararak müstakil organlar haline getirdiği, kuvvetler dengesine dayanan parlamenter bir rejimin hedeflendiği net çizgilerle belirginlik kazanmıştır.¹⁴⁸ Özellikle Bakanların, bireysel ve toplu olarak yasama organına karşı sorumlu tutulmasıyla parlamentonun temsil gücünün artırılmasına¹⁴⁹, padişahın ve atadığı sadrazamın yetki ve statüsünün anayasal sınırlar içinde daraltılmasına ve siyasal rejimin meşruti-anayasal bir tabana oturtulmasına önem verildiğini gösteren köklü anayasal dönüşümler

146 TANÖR, 1996, s. 147-150.; ATAR, 2018, s. 42.; ERDOĞAN, 2018, s. 15.; EROĞUL, 2016, s. 219-220.

147 ÜÇÖK, 1957, s. 194.

148 BALTA, 1970, s. 40.

149 EARLE, 1925, s. 79.



gerçekleştirilmiştir.¹⁵⁰ Bu çabanın sonucu egemenliğin farklı kaynaklara dayandırılmasıyla siyaset alanının topluma doğru derinlik kazanması, siyasal katılma tabanının geniş kesimlere yayılması ve anayasal bir statü kazandırılmaya çalışılan vatandaşlık kimliğinin desteklediği çoğulcu ve aktif bir kamuoyunun belirmeye başlamasını sağlamak olmuştur. Anayasanın liberal kimlik edindiği bu dönemde¹⁵¹ Batılı siyasal kurumlar, modernleşme ve yeni politik meşruiyet kaynaklarının etkinlik kazanmasıyla ulusal-laik fikirler, ulus-devlet ve ulusal egemenlik kavramları, İslamcı ve Osmanlıcı akımların önüne geçen başat akımlar hüviyeti elde etmiştir.

Genel olarak egemenliğin tesisi ve anayasal hükümlerin oluşumu açısından ferman anayasa modeli, geniş tabanlı ve aşağıdan yukarıya bir hareket olması itibarıyla II. Meşrutiyet dönemiyle birlikte yerini misak anayasa modeline yol açabilecek bir potansiyel oluşumuna bırakmıştır. Bu sonucun doğmasında 1876 Anayasasında yapılan 1909 değişiklikleri önemli bir yer tutmaktadır. Egemenlik hakkı ve kullanımının 1909 değişiklikleriyle saltanat ve halk arasında paylaştırılmış olmasının da bu tarz bir anayasa yapım modeline geçişi sağlayabilecek siyasal toplumsallaşmayı beslediğini belirtmek gerekir. Her ne kadar anayasada milli egemenlik/hâkimiyet kavramı geçmese de dönemin birçok belge ve kararnamelerinde hâkimiyet-i milliye prensibi hukuki ve siyasi düzlemde önemli bir yer edinmiştir. Bunun yanında kuvvetler ayrılığı ilkesi ve parlamenter rejimin iktidarın düzenlenişinde ana esasları teşkil etmesini sağlayan güçlü ve açık hukuksal tercihlerde bulunulmuştur. Ancak formel anayasa düzeyinde elde edilen hukuksal kazanımlara rağmen, hakim ve tek parti durumuna gelen İttihat ve Terakki Fırkası'nın zaman zaman ordu desteğiyle muhalefeti baskı ve terör yöntemlerine başvurarak susturması, rejimin yarı askeri bir görünüm kazanması, siyasal olayların komplo metotlarıyla saptırılması, Bab-ı Ali Baskını gibi parlamento dışı müdahalelerle iktidar değişikliğine yol açılması, belirtilen anayasal ve siyasal dönüşümleri, uygulamada işlevsiz kılma etkisi ortaya çıkarabilmiştir.¹⁵² 1911-12 yılları arasında Libya'da yaşanan Türk İtalyan Savaşı, 1912-1913 Balkan Savaşları, 1914-1918 tarihleri arasında cereyan eden I. Dünya Savaşı ve Düvel-i Muazzamanın çatışan çıkarları, ulusal savunmanın daha da zorlaşan sorunlarına yönelik parlamento etkinliğini artırsa da her biri Yakın Doğu'da çıkarları için manevra yapan ve siyasal reformun kendi amaçlarına hizmet etmesi beklentisi içinde hareket eden devletlerin gölgesi altında, aşılması güç zorluklarla siyaset

150 LEWIS, 1991, s. 360.; ÖZKORKUT, 2004, s. 181-182.

151 EROĞUL, 2016, s. 221.

152 TANÖR, 1996, s. 166-169.



seçkinlerini baş başa bırakmıştır.¹⁵³ Bu şartlar altında 1914-1916 yılları arasındaki kanunlaştırma hareketleri anayasal parlamenter gelişmeleri tersine çevirme etkisi yaparak fesih yetkisine konulan anayasal kayıtları kaldırması örneğine olduğu gibi padişahın yetkilerini artırmış ve parlamento, egemenliğin kullanımı ve yetki dağılımı açısından işlev kaybına maruz bırakılmıştır.¹⁵⁴

Hukuki meşruiyet kaynağı olarak devletin teokratik karakterinin muhafaza edildiği¹⁵⁵ anayasal gelişmenin toplam siyasal bilançosunda ise genel modernleşme hareketinin siyasal boyutunu oluşturan anayasa hareketlerinin Osmanlı tarihi özelinde devlet iktidarının sınırlanması ve anayasal kurumların sürekliliğinin sağlanması amaçlarına yeterli düzeyde hizmet edememiş olması gerçekliği bulunmaktadır. Devlet eliyle modernleşmenin Tanzimat döneminden itibaren monarşiyi ikame eden bürokrasi ekseninde yeni bir resmi etkinlik ve himaye alanı oluşturması ise anayasal gelişimin temellerini büyük ölçüde toplumsal dinamiklerden kopartarak bir hikmet-i hükümet konusu haline getirecektir.¹⁵⁶

C. 1921 Teşkilat-ı Esasiye Dönemi ve Egemenliğin Anayasal Değeri

Türkiye’de yeni bir sosyal ve ekonomik düzen kurma yolunda önemli bir adımı teşkil eden 1921 Anayasası, I. Dünya Savaşı’ndan sonra tasfiye sürecine giren imparatorluk döneminin ardından ulusal devlet inşa etme dönemine geçiş sürecinde (Kuvayi Milliye birliklerinin ortaya çıkması, yerel direniş örgütlenmeleri, Anadolu ve Rumeli Müdafai Hukuk Cemiyetleri, yerel ve bölgesel kongrelerin toplanması, Türkiye Büyük Millet Meclisi’nin teşkili) ortaya çıkan anayasa yapım süreçlerinin ilkinin oluşturur. Türk ulusalcılığının ilan edilmemiş ajandası, saltanatın ve hilafetin kaldırılması ile cumhuriyetin kurulması dâhil olmak üzere egemenlik gücünün dönüşümünü içeren kapsamlı bir siyasal-hukuksal program hedefleriyle doldurulmuştur.¹⁵⁷ Dolaylı olarak padişahlık makamına hükümler hakkı tanıyan Kanun-Esasi’nin hâkimiyet anlayışı temelden reddedilmiştir.¹⁵⁸ Bu dönemin hareket noktası milli egemenlik, meclis üstünlüğü ve milli irade ilkelerinin anayasa yapım sürecinin ana dinamiği haline getirilmiş olmasıdır. 23 madde ve bir madde-i münferide’den (ayrı madde) ibaret kısa ve bir kurucu meclis eseri olan siyasal önemi büyük bu çerçeve anayasada, kişi hak ve özgürlükleri, anayasal güvence ile yargılama hükümlerine yer verilmemiş olsa da milli

153 EARLE, 1925, s. 80.

154 LEWIS, 1991, s. 361.; ERDOĞAN, 2018, s. 15.

155 KOÇAK, 2006, s. 179.

156 ERDOĞAN, 2018, s. 16-17.

157 EARLE, 1925, s. 80-81.

158 ARSEL, 1965, s. 70.; DAL, 1986, s. 34.



egemenlik ilkesi anayasanın temel kuralı halinde siyasi bir değer katına yükseltilebilmiştir.¹⁵⁹

Osmanlı-Türk anayasa tecrübesi içinde yumuşak anayasalar veya adi kanunlar için öngörülen usullere tabi olarak kabul edilen tek anayasa özelliğindeki¹⁶⁰ Teşkilat-Esasiye Kanunu'nun en önemli yeniliği egemenlik hakkının kullanım tarzını düzenlemesinde görülür. Egemenliğin sahibi olarak başlangıçta monarşiyi işaret eden, 1909 değişiklikleri ile de padişah ve millet arasında egemenliği paylaştıran 1876 Anayasası'ndan farklı olarak egemenlik hakkını kayıtsız şartsız millete aktarmış (hakimiyet-i milliye) ve bu prensip sonraki anayasal düzenlemelerde de bazı farklılıklarla vazgeçilmez bir anayasal kural haline getirilmiştir. Anayasanın 1. maddesinde dile getirilen ve Türk siyasi tarihinde ilk kez formüle edilen '*hakimiyet bila kaydü şart milletindir*' düzenlemesi¹⁶¹ Türkiye anayasal tarih laboratuvarında bazı farklılıklarla dokunulmaz bir süreklilik içinde yerini almıştır. 1921 Anayasası egemenliğin tanımı ve iktidarın düzenlenişi açısından seküler bir kaynağa yönelmeyi belirttiğinden temel bir dönüşüme işaret eder. Bu anayasal durum 1 Kasım 1922 tarihinde saltanatın kaldırılması, 29 Ekim 1923'te cumhuriyetin ilanı ve 3 Mart 1924 tarihinde hilafetin ilgasıyla pekiştirilmiştir.

Temel karakteri itibarıyla *halk* unsuruna dayanan bir devlet idaresi öngören¹⁶² 1921 Anayasası 1. maddesinde yönetim usulünü, halkın mukadderatını bizzat ve bilfiil idare etmesi esasına dayandırmışsa da anayasal hükümler yönünden ve maddeten kurulması pek mümkün görülme- yen doğrudan demokrasiye geçiş ve bunu doğrulayan mekanizmaların kurulması söz konusu olmamıştır. Mesleki temsil, halk oylaması, halkın kanun teklif etmesi ve seçimleri tek dereceleri olmaktan çıkaran teklifler anayasada yer bulmamıştır.¹⁶³ 2. Maddede geçen 'Büyük Millet Meclisi milletin yegâne ve hakiki mümessilidir', 3. Maddede ifade bulan 'Türkiye Devleti Büyük Millet Meclisi tarafından idare olunur' ve 'Büyük Millet Meclisi azasının her biri kendini intihap eden vilayetin ayrıca vekili olmayıp umum milletin vekilidir' hükmünü taşıyan 5. Madde düzenlemelerinin¹⁶⁴ gösterdiği gibi anayasa egemenliğin kullanımını meclise bırakan saf temsili demokrasi sistemine cevaz verir

159 ATAR, 2018, s. 43.; ERDOĞAN, 2018, s. 20.; GİRİTLİ/SARMAŞIK, 2001, s. 172-173.; LEWIS, 1991, s.364.

160 GİRİTLİ/SARMAŞIK, 2001, s. 173.

161 ESEN, Bülent N., "Türkiye'de Anayasal Gelişmeler", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl: 1968, Cilt: 25, Sayı: 1, s. 37.; ERDOĞAN, 2018, s. 21.

162 ESEN, 1968, s. 37.

163 GİRİTLİ/SARMAŞIK, 2001, s. 173.

164 KOÇAK, 2006, s. 199.



yapıdadır. Referandum, halkın vetosu, halkın kanun teklifinde bulunması kurumlarına ve meclisin feshi usulüne yer verilmemesi, bu sonucu doğrulayan ve sonraki Cumhuriyet anayasalarına intikal eden belli başlı anayasal tercihlerdir. Diğer bir anlatımla halkın mukadderatını bizzat ve bilfiil idare etmesi esası, özel olarak Büyük Millet Meclisi vasıtasıyla gerçeklik ve uygulama sahasına aktarılmıştır. Monarşinin inkârı üzerine kurgulanan anayasada, meclis tek kuvvet ve yetki merkezi halinde tasavvur edilerek adeta başkanı olmayan bir cumhuriyet kurma hedefine yönelinmiştir.¹⁶⁵

Yargı erkine ve teşkilatına yönelik hükümlerin vaz'edilmediği anayasada iktidarın düzenlenişi, ulusal irade ve ulusal egemenlik ilkelerinin bağlandığı kuvvetler birliği ve meclis hükümeti sistemi temelinde tanımlanmıştır.¹⁶⁶ Yeni bir devlet kurma çabasının belirleyici olduğu dönemin koşulları gereğince sınırlı iktidar anlayışına¹⁶⁷ yönelik kayıtların geliştirilmediği anayasada yasama ve yürütme kuvvetleri mecliste toplanmış ve hükümet 'Büyük Millet Meclisi Hükümeti' unvanıyla birlikte kanunların yürütülmesi fonksiyonunu üzerinde taşımıştır. Devlet başkanlığı makamının kurulmadığı anayasal sistemde, doğal başkanın meclis başkanınca, üyelerin ise kendi içinden seçtiği vekiller aracılığıyla temsil edildiği yürütme işlevi, yine bizzat meclisçe icra edilmiş¹⁶⁸; meclis, hükümet üyelerini denetleme ve gerektiğinde azletme yetkileriyle kendisini donatmıştır. Cumhuriyetin ilanından sonra ise vekillerin ve başvekilin seçimine ilişkin yetki meclisten cumhurbaşkanına verilerek meclis onay makamı haline getirilmiş ve böylece saf meclis hükümeti sisteminden parlamenter rejime doğru evrilecek siyasal sürecin önü açılmıştır.¹⁶⁹

D. Devlet Güçleri ve Yetki Dağılımı Kapsamında 1924 Anayasası'nın Egemenlik İlkesine Bakış Açısı

Tamamen Türk toplumunun kendine özgü tarihi ve sosyal bünyesinden doğan, hiçbir teorik temele yaslanmayan milli bir ürün mahiyetinde takdim edilse de¹⁷⁰ Osmanlı Tanzimat ve Meşrutiyet hareketlerinin birikimi yanında 1921 Polonya anayasası ve 1875 Fransa anayasal düzenlemelerinden yararlanılarak hazırlanan 105 madde ve altı bölümden müteşekkil 491 sayılı ve 20 Nisan 1924 tarihli Teşkilat-ı Esasiye Kanunu,

165 BAŞGİL, 1946, s. 42.

166 GÖREN, Zafer, **Anayasa Hukuku**, 4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019, s. 51.; ARSEL, 1965, s. 72, 74.

167 KOÇAK, 2006, s. 202.

168 ERDOĞAN, 2018, s. 21.

169 TANÖR, 1996, s. 190-198; 217-228.

170 BAŞGİL, 1946, s. 45.

güçlü bir devlet yaratma amacı doğrultusunda ulusal, laik ve demokratik bir devletin temellerini oluşturmaya yönelik genel çabanın önemli bir parçasını teşkil eder. Meclis hükümeti ile parlamenter sistem arasında karma bir sistem kurduğu belirtilen anayasa¹⁷¹, 1921 Anayasasının bir devamı niteliğinde genel esaslar bölümünün 1. maddesinde ‘*Türkiye Devleti bir Cumhuriyettir*’, 3. maddesinde ‘*hakimiyet bilakaydû şart milletindir*’ hükümleriyle egemenliğin kaynağını millet varlığı olarak belirlemiştir. Anayasanın 4. maddesi, “*Türkiye Büyük Millet Meclisi milletin yegâne ve hakiki mümessili olup Millet namına hakk-ı hâkimiyeti istimal eder*” düzenlemesiyle, devletin üstün ve merkezi organının yürütme kuvveti değil, meclis olduğunu belirlemiştir. Anayasada kuvvetler birliği, üstünlüğün kendisine atfedildiği tek meclis sistemi, meclisi fesih yetkisinin kendisi dışında bir organa bırakılmamış olması¹⁷², yasama dokunulmazlığı güvenceleri ve milletin yegâne ve hakiki mümessili katına yükselttiği meclisin üstünlüğü ilkelerine yer verilmesi, milli egemenlik kavramının hangi organda somutlaştırıldığının temel vurgularını göstermektedir. Ayrıca egemenlik yetkisinin millet adına TBMM tarafından tek başına kullanılacağına öngörülmesi, yasama yetkisinin meclise ait olması nedeniyle tutarlı bir düzenlemedir. Zira meclisin yasama tasarruflarına bağlı olarak şekillendirmesi söz konusu olduğundan gerçek birer egemenlik yetkisi kullanmayan yürütme ve yargı erkleri karşısında, üstün yetkili sıfatıyla meclisin egemenliğin asli sahibi olarak nitelendirilmesi anayasal gerçekliğe uygun bir tercih yapıldığını göstermektedir.¹⁷³ Yargı erkinin ulus adına bağımsız mahkemelerce temsil edilmesinin ise egemenliğin tek temsilcisinin Türkiye Büyük Millet Meclisi olması gerçekliği ile çeliştiği dile getirilmişse de¹⁷⁴ kuvvetler ayrılığı/birliği tezinin esas itibarıyla gerçek anlamını yasama-yürütme ilişkisindeki işlevsel ayrılıkta gören ve siyasal rejim sınıflandırmasını bu temelde kurgulayan yaygın anayasal bakış açısı karşısında¹⁷⁵ bu tarz bir anayasal tercihin gerçek bir çelişki meydana getirmediği ifade edilebilir.

Özet bir anlatımla 1921 Teşkilat-ı Esasiye Kanunu’ndan devralınan milli hâkimiyet, meclis hükümeti, tek meclis ve kuvvetler birliği prensiplerinin ana hatlarıyla korunduğu, temsili ve demokratik bir hükümet iddiasının geçerli olduğu anayasada¹⁷⁶ egemenliğin kullanımında yerel otorite ve yönetimlere özerk herhangi bir alan tanınmamış, merkeziyetçi bir yönetim

171 ÖZBUDUN, 2019, s. 29.

172 GÖREN, 2019, s. 55-57.

173 GÖZLER, 2019a, s. 95.; GÖZLER, 2019c, s. 235-237

174 EROĞUL, 2016, s. 244.

175 TEZİÇ, 2016, s. 497 vd.; ERDOĞAN, 2017, s. 215 vd.

176 ARSEL, 1965, s. 86.



örgütlenmesi ön plana çıkarılmıştır. Egemenliğin bölünmezliği ilkesinin milletin bölünmezliği söylemiyle eşitlendiği, teb'a yerine vatandaş teriminin ilk kez kullanıldığı anayasal yapıda siyasi partiler ve sınıf temelli örgütlenme siyasal analizlerin dışına çıkarılarak yasak hükümler kapsamına alınmıştır.¹⁷⁷

Yasama (vazife-i teşriye) ve yürütme (vazife-i icraiye) gücünü kendinde toplayan meclis, yasama yetkisini bizzat, yürütme yetkisini ise görevler ayrılığı temelinde cumhurbaşkanı ve bakanlar kurulu eliyle kullanmıştır. On sekiz yaş ve üzeri tüm erkek vatandaşların oylarıyla üyeleri seçilen mecliste icra vekilleri heyeti (Bakanlar Kurulu) milletvekilleri arasından seçilir ve meclise karşı bireysel ve kolektif olarak sorumludur. Egemenliğin tümüyle temsil edildiği meclis fonksiyonlarıyla uyumlu olmak adına Cumhurbaşkanı tarafından temsil edilen başkomutanlık yetkisi meclisin manevi kişiliğinde saklı tutulmuştur. Vergi toplama ve kamu fonlarının harcamaları üzerinde Meclis tarafından kontrolün uygulanmasına yönelik ayrıntılı düzenlemeler ihdas edilerek meclisin etki alanında herhangi bir boşluk bırakılmamıştır.¹⁷⁸

1924 Anayasası döneminde 17 Kasım 1924'te kurulan ancak 13 Şubat 1925'te başlayan Şeyh Sait İsyanı'nın bastırılmasından sonra bu isyanla bağlantısı kurularak 5 Haziran 1925'te hükümet kararıyla kapatılan Terakkiperver Cumhuriyet Fırkası ile 1930'ta kısa süren Serbest Cumhuriyet Fırkası deneyimi hariç siyasal muhalefete ve parti çoğulculuğuna izin verilmemiştir. 1930'lu yılların ortalarına doğru ise başta Hitler Almanyası ile İtalya'da faşist kimlikli partilerin siyasal iktidara bütünüyle hükmetmeleri Türk tek parti sistemini doğrudan etkisi altına almış ve mevcut tekçi siyasal yapıdan vazgeçmek bir yana yürürlükteki siyasal düzen tutarsız anolojilerle yüceltmeye başlanmıştır. 1936'da gerçekleşen parti-devlet bütünleşmesi ve bir yıl sonra iktidarın tek hakimi Cumhuriyet Halk Partisi ilkelerine anayasal statü kazandırılması, Avrupa'yı saran totaliter siyasal sürecin iç politik yaşama yönelik yansımaları niteliğindedir.

Faşist diktatörlüklerin çöktüğü II. Dünya Savaşı'ndan sonra ise 1925 tarihli dostluk antlaşmasını fesheden Sovyet tehdidine karşı Amerika Birleşik Devletleri öncülüğündeki Batı Blokunda yer almak maksadıyla tek parti sistemini yumuşatacak siyasal liberalleşme adımlarını atmak zorunluluğu hissedilmiştir. 1945 yılı Temmuz ayında işadamı Nuri Demirağ öncülüğünde Milli Kalkınma Partisi'nin kurulmasına izin verilmesi ve gerçek anlamda bir siyasal muhalefet hareketinin doğuşunu haber veren

177 KOÇAK, 2006, s. 203.

178 EARLE, 1925, s. 86-87.; TANÖR, 1996, s. 232.; EROĞUL, 2016, s. 244-247.



Demokrat Parti'nin 7 Ocak 1946'da kuruluşunun ilan edilmesi küresel siyasetin demokrasi blokunun isterlerine uygun dönüşüm taleplerine verilen ülke içi yanıtlardan ibaretti. Fakat 21 Temmuz 1946'da ilk seçimleri yapılan çok partili sürecin aynı ölçü ve kararlılıkta sağlıklı bir hukuki altyapı ve güvenceler sistemine kavuşturulması mümkün olamamıştır. Bu sonucun yaşanmasında *açık oy gizli tasnif* gibi antidemokratik seçim yönteminin varlığı, yönetimin seçim sürecinde olması gereken tarafsızlığının sağlanamaması, sıkıyönetim koşullarının yarattığı baskı atmosferi ve seçim güvenliğine ilişkin hukuksal garantilerin yokluğu temel etkenler olarak sıralanabilir. Dönemin tek iktidar odağı Cumhuriyet Halk Partisi ise bu darboğazı aşmak ve muhalefet hareketini teşvik etmek amacıyla yönetimin tarafsızlığını ilan eden 1947 tarihli 12 Temmuz Beyannamesini yayınlamış, seçim güvenliğini tesis etmek adına yüksek seçim kurulunun teşkiline önyak olarak dürüst seçimlerin temini için yargı denetimi sistemini örgütlemiş, istiklal mahkemelerini ilga etmiş, dernekler yasası siyasi partilerin faaliyetlerini kolaylaştırmak için liberal bir görünümüne kavuşturulmuş, siyasal hakların korunması sözü verilmiş ve demokratik iradenin oluşmasına engel olacak hukuksal-siyasal bariyerleri adım adım ortadan kaldırmıştır.¹⁷⁹ Bu siyasal hamlelerin, anayasaya yüklenen çoğulcu-özgürlükçü demokrasi anlayışını değil, iktidarın devlette veya partide temerküz ettiği çoğunlukçu egemenlik modelini yansıttığı eleştirilerini aşmada ciddi katkıları olduğu söylenebilir. Özellikle çok partili hayata geçiş sürecinde (1945 ve sonrası) anayasanın otoriter rejime olanak tanıyan, muhalefetin gelişmesini engelleyici işlev gören güçler birliği ve soyut egemenlik anlayışına çoğulcu olmadığı ve baskıcı eğilim gösterdiği gerekçesiyle yöneltilen yoğun eleştirilerin¹⁸⁰ oluşturulan görece demokratik mekanizmalarla telafi edilmeye çalışıldığı açıkça görülmektedir. Ancak Demokrat Parti'nin iktidar yılları, siyasal kültürün yarattığı karşılıklı gerilim ve uzlaşma mekanizmalarının yokluğu nedeniyle aynı istikrar ve başlangıç değerleriyle devam etme olanağı elde edememiştir.

Anayasal düzenlemede, mevcut yetki mimarisi bakımından kuvvetler birliği, meclisin üstünlüğü ve meclis hükümeti sistemine bağlı kalınması egemenlik ve genel irade kavramını topluluğa mal eden ve kuvvetler birliğini savunan Rousseau'cu egemenlik tasarımına uygun görünen bir mantıksal tutarlılık içindedir. Rousseau'cu siyaset felsefesinden kaynaklanan genel iradenin yanılmazlığı prensibi, önemi inkâr edilmeyen

179 EROĞUL, 2016, s. 259-265.; HEPER, Metin, **Türkiye'nin Siyasal Hayatı**, (Çev. K. Göksel), 1. Baskı, Doğan Kitap, İstanbul, 2011, s. 171-179.

180 TANÖR, 1996, s. 232, 273; SOYSAL, Mümtaz, **Anayasaya Giriş**, 3. Baskı, İmge Kitabevi, Ankara, 2011, s. 193-194.



bireyin kamu yararına hizmet ölçüsünde değer kazanması ile milli dayanışma ve toplumsal birlik üzerinden türetilen solidarist-korporatist siyaset yaklaşımı da esasen başka türlü bir siyasal tasavvura yer bırakmayacak fikri önermeler içermektedir.¹⁸¹ Seçkinici içeriğiyle yüceltilen güçlü ve merkezi devlet övgüsü, otoriter ve anti-demokratik içerikli ilerleme ideolojisiyle Jön Türk geleneğinden devralınan pozitivizm felsefesi 20.yüzyılın ilk yarısında devlet ideolojisini-Kemalizmi Batı tipi demokrasiyi gelişmenin nihai hedefi olarak düşünmekten alıkoymuştur. Toplumsal yapı ve gruplara dayalı Batı çoğulculuğunun karşısına konumlandırılan sınıfsız, imtiyazsız, kaynaşmış ve dayanışmacı vasıflar giydirilen toplum anlayışı içinde şekil alan Türk siyasal bakış açısının bu tarihsel kesit içinde mantıksal olarak siyasi fırkaların gerekliliğine dair bir fikr-i sabit geliştirmesi elbette söz konusu olamazdı.¹⁸² Bu düşünsel yapı aynı zamanda 1923-1945 döneminde benimsenen vesayetçi seçkincilikle otoriter devletçiliğe¹⁸³ dayalı tek parti uygulamasının politik motivasyon araçlarını ve ilham kaynağını teşkil edecektir.

Egemenliğin oluşumu ve kullanımını, erkek nüfusun katılımıyla ve seçmen olabilmek için vergi şartıyla sınırlı olarak düzenleyen anayasa hükümleri 1934'te değiştirilmiş, kadınlara seçme hakkı verilmesi yanında vergi şartı da ilga edilmiş, 1876 ve 1921 anayasalarındaki hukuki çizgi takip edilerek milletvekillerinin tümü milletin genel ve siyasal temsilini üstlenmiş, kendilerini seçen vilayetin temsiliyle sınırlı olmadıkları hükmü temelinde ülkesel temsil esası öngörülmüş olsa bile 1925 yılından sonra tek parti yönetiminin devlete hükmetmesiyle ve 1935'ten sonra parti-devlet kaynaşmasıyla (içişleri bakanı parti genel sekreteri, valiler de parti il başkanı yapılmış, 1937 anayasa değişikliğiyle CHP'nin altı ilkesi Anayasa hükmü haline getirilerek parti-devlet bütünleşmesi sağlanmıştır.) otoriter bir rejime geçilmiş ve bu durum 1945'e kadar devam etmiştir. Dolayısıyla anayasanın saf egemenlik teorisi parti-devlet özdeşliğiyle toplumsal-hukuki kaynak değişimine uğratarak lider ya da şef, parti ile birlikte dönemin belirleyici siyasal figürleri haline dönüştürülmüştür. Kuvvetler birliği, meclis hükümeti ve meclisin üstünlüğü sistemi yerini meclise ve hükümete egemen parti ve şef sistemine bırakmıştır. Meclis, hükümetin ve liderin güdümü altında siyasal etki bakımından edilgin bir konuma itilmiştir. Bu durum, ulusal egemenliğin merkezi değer olma özelliğini zedeleyerek sonraki süreçte askeri otoritenin sivil siyasal

181 ERDOĞAN, 2018, s. 27-28.; PARLA, Taha, **Ziya Gökalp, Kemalizm ve Türkiye'de Korporatizm**, 2. Baskı, İletişim Yayınları, İstanbul, 1992, s. 131.

182 KÖKER, Levent, **Modernleşme, Kemalizm ve Demokrasi**, 2. Baskı, İletişim Yayınları, İstanbul, 1993, s. 234-235.

183 PARLA, 1992, s. 167.

güçlere bağımlılığı kuralını görünmez hale getiren düzenlemelerle birleşip demokratik olmayan siyasal yapıyı ciddi oranda tahkim etmekle sonuçlanmıştır. Bağımsız, modern ve laik bir ulus-devlet kurma süreci demokrasi ideali açısından siyasal ve hukuki anlamda evrensel standartlar desteğinden uzun süre mahrum bırakılmıştır.¹⁸⁴

Meclisin egemenlik yetkilerini kullanması belirtilen şartlarda, yürütme ve yasama fonksiyonları açısından geçerli olup, prensip olarak yargı yetkisini içermemektedir. Bu yetkinin, millet adına yasalar çerçevesinde bağımsız mahkemelerce kullanılması kurala bağlanmışsa da anayasanın mahkemelerin bağımsızlığı ve yargıç güvenceleri konusunda genel ilkeler dışında somut yasal garantiler sistemini ihdas etmemesi mahkemeleri siyasal iktidarın etki alanında hareket etmeye zorlamıştır. Tabii hakim, olağanüstü mahkeme yasağı ilkelerine yer verilmeyen anayasada¹⁸⁵ yasal boşluklara otoriter rejim koşullarının da eklenmesiyle vesayet gölgesindeki yargı uygulaması yaygınlık kazanmıştır. Siyasal iktidara bağımlı, doğal hakim ilkesine aykırı ve olağanüstü dönemlere özgü istiklal mahkemeleri, bu dönemin otoriterlik ile totaliterlik arasında gidip gelen siyasal sistemini somutlaştıran en görünür yargı uygulaması örneğidir. Ortaya çıkan demokrasi karşıtı sonuç, siyasal ve toplumsal muhalefet yollarının tıkanmış olduğu, ekonomi, kültür, siyaset, hukuk ve eğitim alanlarında totaliter sistem özelliklerinin baskın karakter kazandığı bir siyasal atmosferde devrim koşulları gerekçe gösterilerek meşrulaştırılmaya çalışılmıştır. Türkiye'nin yargı kültürü ve demokrasi hafızası bu dönemden tevarüs ettiği otoriter-hiyerarşik ve anti-demokratik karakterli mirası değişen oranlarda uzun süre muhafaza etmiş, askeri darbelerden vesayetçi devlet uygulamalarına, devletçi seçkinci sivil-asker bürokratların siyaseti kontrol etme ve hatta belirli periyotlarda zinde güçler argümanı ile meşru anayasal sistemi tasfiye etme girişimlerine uzanan demokrasi dışı pratikleri bu birikim içinde bir siyasal manevra alanı ve hareket unsuru olarak içselleştirmiştir. Son tahlilde yargı kurumları, çoğulculuğa kapalı 1924 anayasası döneminde kendi içinde bağımsızlık ve tarafsızlık niteliğini mutlak bir hukuksal talep olarak toplumsal ve siyasal süreçlerle bütünleştiremediğinden düşük profilli bir standart yapı içinde kalmaya zorlanmıştır.

Anayasa hükümleri, anayasal üstünlük teziyle egemenliğin bizzat anayasanın kendisinde olduğuna *'Teşkilat-ı Esasiye Kanununun hiçbir maddesi, hiçbir sebep ve bahane ile ihmal veya tatil olunamaz. Hiçbir Kanun Teşkilat-ı Esasiye Kanununa münafi olamaz'* (m.103) düzenlemesi ile vurgu

184 TANÖR, 2006, s. 240-243.

185 ERDOĞAN, 2018, s. 25.



yapsa da anayasanın üstünlüğü ilkesinin geçerli olduğunu belirten bu hüküm ve dolayısıyla yasaların anayasaya aykırı olamayacağı yönündeki ilke, anayasal yargı ve denetim sistemi ile desteklenmediğinden uygulamada etkili bir sonuç ortaya koyamamıştır. Diğer bir deyimle egemenliğin kullanımı ve yetki düzeni ile vücut verdiği hukuksal işlemler açısından 1924 anayasasının, yasaların anayasaya uygunluğunun yargı yoluyla denetlenmesi kuralına yer veren bir sistematikten yoksun olduğu ileri sürülebilir. Bu yöndeki anayasal tercihin temel sebebi, meclis üstünlüğü ve saf milli egemenlik ilkeleri gereğince yasa yapımının mutlak egemenlik hakkından sayılması ve yargı denetiminin egemenlik yetkisinin kullanımına müdahale oluşturduğu inancıdır.¹⁸⁶

Sonuç olarak 1924 Teşkilat-ı Esasiye Kanunu egemenlik kavrayışı açısından çoğunlukçu iktidara cevaz veren ve bu iktidarın denetlenmesi mekanizmalarını geliştirmeyen, parlamenter ve diğer sivil siyasal muhalefet kanallarının kendini ifade etme olanaklarını kısıtlayan, yargı bağımsızlığı ve yargısal denetim ile temel hak ve özgürlüklerin anayasal güvence altına alınmasında kurumsal kapasite oluşturmayan bir görünüm ve normatif yapı özellikleri sergilemektedir.

E. 1961 Anayasası Dönemi ve Egemenliğin Asker-Sivil Bürokratik Bileşenlerle Yeniden İnşa Edilmesi

Bir başlangıç bölümü, altı kısım, 157 asıl, 22 geçici maddeden oluşan ve özgürlük-demokrasi darboğazlarını somut önlemlerle aşma sanısının sürüklediği¹⁸⁷ bir tepki anayasası olma özelliği taşıyan 1961 anayasası, 27 Mayıs 1960 tarihli askeri darbe ile kesintiye uğratılan çok partili demokratik rejimin ardından düzenlenerek devlet ve toplum hayatına dâhil edilmiştir. Darbe süreci hakkında hukuk ve siyaset çevrelerinde ortaya konulan görüş ve değerlendirmelerin birbirinden farklılaşan ve bazı açılardan zıtlaşan özelliklere sahip olması ise anayasal yetki dağılımı ve egemenlik konusundaki güç mücadelesinin şifrelerini sunması açısından bir hayli öğretici yönleri sahiptir. 27 Mayıs müdahalesinin siyasal karakteri belirlenirken, seçkin bürokrasinin halka ve onun egemenliğine yönelik bir eylemi olduğu, Osmanlı'daki ordu-medrese işbirliği geleneğinin silahlı kuvvetler-üniversite koalisyonu biçimine bürünerek cumhuriyet döneminde diriltildiği, darbe ile bürokrasinin burjuva sınıfı aleyhine dengeyi bozduğu ve bürokratik gücü siyasal düzeyde tahkim ettiği değerlendirmeleri yanında, darbenin sivil demokratik güçlerin ve kamuoyunun desteğine dayanmasına bağlı olarak meşruluk sorunu yaşamadığı tespiti aynı olgu etrafında birbiriyle uzlaşmaz nitelikteki

186 ERDOĞAN, Mustafa, **Anayasa Hukuku**, 7. Baskı, Orion Yayınları, Ankara, 2011, s. 154-158.; TANÖR, 1996, s. 234-236.

187 GİRİTLİ/SARMAŞIK, 2001, s. 186.



görüşleri eşzamanlı tartışma platformunda bir araya getirebilmiştir. Özellikle İstanbul Üniversitesi akademi üyeleri hazırladığı raporda siyasal iktidarın seçimle iş başına gelmesinin toplumsal ve hukuksal meşruiyet için yeterli olmadığını, iktidarın ancak yasal ve anayasal zeminde kalarak meşruiyetini devam ettirebileceğini belirtmiş ve sonuç itibarıyla siyasal iktidarın meşruiyeti sorununu tartışmalı bir gerekçeye dayandırmıştır.¹⁸⁸ Siyasal organların biçimlenmesinde demokratik esaslara dayanıldığı iddia edilmişse de¹⁸⁹ birey-toplum, egemenlik ve iktidar ilişkilerinin düzenlenişi, anayasal yetki düzeni, kuvvetler arası ilişkiler, iktidar-devlet yetkilerinin dağılımı, devlet gücünün sınırlanması ve denetimi gibi anayasal ilke ve kuralları belirlerken temsili kurumları bürokratik mekanizmalarla özellikle de askeri vesayet tesis ederek sınırlama yönünde anayasal bir perspektif ortaya konulduğu yaygın bir görüş olarak dile getirilmiştir.¹⁹⁰

Egemenlik yetkisinin düzenlenişinde ise anayasa -kısıtlanmış yapısına rağmen- 1921 ve 1924 tarihli anayasal düzenlemeleri takip ederek egemenliğin kayıtsız şartsız millette olduğu ilkesi ile temsili demokrasi tercihine bağlılığı devam ettirmiştir.¹⁹¹ Temsilin dayandığı topluluk somut ve yaşayan halka değil, Fransız İhtilali'nden mülhem soyut ulus egemenliğine dayandırılmıştır.¹⁹² Yarı temsili rejim kurumlarına yer verilmeyen saf temsili demokrasinin gerekleriyle uyumlu olarak anayasada milletin temsilcileri önceki anayasal geleneklere benzer şekilde seçildikleri bölgeyi değil bütün milleti temsil etmekle yetkili kılınmış, seçilmişlerin azli, emir ve talimat almaları, emredici vekâlet altında görev yapmaları gibi kurumlara yer verilmemiştir.¹⁹³ Temsili vekâletle yükümlü kılınan milletvekilleri parti değiştirme serbestisine sahip kılınmıştır. Egemenliğin tecelli edeceği seçimlerin serbest, eşit, gizli, tek dereceli, genel oy, açık sayım ve döküme dayalı temel esasları anayasada düzenlenmiş, seçim sistemi ve seçmen olma koşulları ise yasal düzenlemelere bırakılmıştır. Devlet şeklinin cumhuriyet olduğu kuralı tekrar edilmiş, temsil bakımından parlamento ve cumhuriyet senatosundan oluşan çift meclis sistemi kurulmuştur. Değişen siyasal yapıda seçilme usulleri farklı olmakla birlikte 1876-1921 arasındaki anayasal uygulamaya geri dönmüştür. Cumhuriyet Senatosundaki kontenjan senatörlüğü ile ömür boyu senatörlük statüsü verilen Milli Birlik Komitesi üyeleri hariç, devlet başkanı ve yasama organı üyeleri, bu görevlere, seçimle ve belirli süre görev yapma kaydıyla getirilmiştir.¹⁹⁴

188 TANÖR, 1996, s. 277-279.

189 DAL, 1986, s. 95.

190 ERDOĞAN, 2018, s. 32.

191 KOÇAK, 2006, s. 218.

192 SOYSAL, 2011, s. 231.; DAL, 1986, s. 59.

193 ARSEL, 1965, s. 149-150.

194 TANÖR, 1996, s. 292, 295.



Anayasada Türkiye devletinin ülkesi ve milletiyle bir bütün olduğu kuralı, devletin üniter yapıda olduğunu, egemenliğin kullanımı bakımından merkezi ve tek egemenlikli bir düzenleme yapıldığını gösterir. Egemenlik bölgeler arasında veya federe birimler arasında dikey kuvvetler ayrılığına dayalı biçimde paylaştırılmadığı gibi, bir kişi, zümre, azınlık grup veya sınıfın inhisarına da bırakılmamıştır. İktidara gelme ve ayrılmanın tek mekanizması, seçimler olarak belirlenmiştir.¹⁹⁵

İnanç ve ibadet özgürlüğü, devletin resmi dininin olmaması, din-devlet ayrılığı yoluyla her iki alanın birbirini etkileme ve değiştirme yetkisine sahip olmaması, devletin inanç grupları ve bireysel tercihler bireyler karşısında tarafsız olması gerektiği temellerine dayalı laik devlet kuralının benimsenmesi egemenliğin kaynağının beşeri ve rasyonel tecrübe esaslarıyla sınırlı olduğunu ilan etmiş ve modernleşme sürecinin bir parçası olan cumhuriyet geleneği devam ettirilmiştir. Ancak uygulamada laikliğin militan yönü işlerlik kazanmış, İslam dininin yalnızca devlet yönetiminden değil, bütün toplumsal ilişkiler alanından soyutlanarak bireysel vicdan konusu yapılmasını amaçlayan ve devlete dini hak ve özgürlükler üzerinde mutlak denetim yetkisi tanıyan siyasal-anayasal bir yorum ve uygulama egemen hale gelmiştir.¹⁹⁶

Egemenliğin kullanılma düzenini belirleyen iktidarın kuruluşu, örgütlenmesi ve yetki düzeni açısından, 1961 Anayasası kendisinden önceki anayasa sistemlerinden oldukça farklı yapısal tercihlerde bulunarak yeni bir egemenlik düzeni ortaya koymuştur. 1921 ve 1924 anayasa dönemleri, kuvvetler birliği ve meclis üstünlüğü sistemine dayalı olarak egemenliğin tecelli edeceği yegâne temsil organı olarak meclisi belirlemişti. Güçler birliği ilkesinin tamamen terkedilerek parlamenter sisteme özgü kurum ve kuralların hâkim kılındığı farklı bir siyasal modeli yansıtan¹⁹⁷ 1961 Anayasası ise 'millet, egemenliğini yetkili organlar eliyle kullanır' hükmünü getirerek egemenliğe dair yetki dağılımını tek bir organdan (yasama organından) alarak birden çok organ arasında paylaştırmıştır. Başka bir anlatımla TBMM bundan sonra yasama organı sıfatıyla egemenlik hakkını millet adına yürütme ve yargı organlarıyla birlikte kullanır hale geldiği gibi tüm organlar da anayasanın koyduğu esaslara bağlı hareket etme koşuluna tabi tutulmuştur. Dolayısıyla TBMM egemenliği tek başına kullanan organ vasfını kaybetmiş ve Anayasadaki yetkili organlardan sadece biri olarak telakki edilmiştir.¹⁹⁸ Hatta, mecliste temsil edilen yasama gücü üstün yetki konumundan kanunların

195 DAL, 1986, s. 59.

196 ERDOĞAN, 2011, s. 160-164.

197 SABUNCU, 2014, s. 34.

198 TANÖR, 1996, s. 300.; ÖZBUDUN, 2019, s. 37.; ARSEL, 1965, s. 146-148.; DAL, 1986, s. 59

denetimine bağlı olarak milli iradenin yönlendirilmesi sebebiyle yargı erkinin altında dahi sayılabilecek bir anayasal konuma doğru itilmiştir.¹⁹⁹ Egemenliğin kullanımına ilişkin anayasal düzenleme yapılırken meclis çoğunluğunun denetlenmesi, anti-demokratik kararların millet iradesi gibi gösterilmesi yanılığının giderilmesi ve yetki yoğunlaşmasının doğuracağı baskıcı eğilimlerin frenlenmesinin gerekçe gösterildiği,²⁰⁰ bu düzenleme açıkça meclise olan güvensizliğin bir göstergesi niteliğindedir.²⁰¹ Bu amaçla egemenlik yetkisi yalnızca klasik devlet veya iktidar kuvvetleri arasında paylaştırılmamış, Anayasa Mahkemesi, Milli Güvenlik Kurulu, özerk üniversite, TRT, Devlet Planlama Teşkilatı gibi bürokratik ortaklıklar da egemenlik yetkisinin yeni bileşenleri olarak teessüs ettirilmiştir. Çoğunluk iktidarını denetleme ve sınırlandırma iddiasıyla bürokratik kurumların devreye sokulduğu ve güçlendirildiği anayasal sistemde²⁰² meclisin yanı başında Cumhuriyet Senatosu'nun kurulması ve üstelik 27 Mayıs askeri darbesini yapan Milli Birlik Komitesi üyelerinin Cumhuriyet Senatosuna ömür boyu üye kaydedilmesi egemenliği meclisle özdeşleştiren geleneği ciddi oranda sarsan anti-demokratik bir siyasal yapı ve anayasal tercih ortaya çıkarmıştır.²⁰³ Anayasal düzenlemenin yansıttığı güçler ayrılığı hakkında klasik egemenliğin bölünmezliği tezini savunan Rousseaucu gelenekten güçlerin ayrıldığı, birbirini denetlediği ve sınırsız egemenlik yetkisinin değişime uğratıldığı Locke ve Montesquieu'cu düşünceye geçiş sağlandığı belirtilmişse de²⁰⁴ tezahür eden tablo, bu doktriner tespitin çok daha ötesinde yasama organı ve yürütme gücünün bürokratik ortaklıklarla ve yargısal aktizimle kısıtlanmaya çalışıldığına ilişkin yoğun uygulama ve siyasal tecrübe örnekleri sergilemiştir.

Anayasanın egemenlik düzeneği içinde askeri yargı teşkilatı anayasal düzeye yükseltilerek asker-sivil ilişkileri demokratik sistem teamüllerine aykırı biçimde askeri otorite lehine bozulmuş; genelkurmay başkanının milli savunma bakanlığı yerine doğrudan başbakanlık makamına bağlanmasıyla askeri bürokrasi yürütme aygıtı içinde ayrıcalıklı bir konuma yükseltilmiştir. 1971 askeri muhtırasından sonra ise asker kişilerle ilgili idari işlemlerin yargısal denetimi sivil nitelikli Danıştay'ın yetki alanından çıkarılarak idari yargı birliği bozulması pahasına askeri yüksek idare mahkemesi adıyla oluşturulan yargı organına bırakılmış ve sivillerin askeri olmayan suçları da bu mahkemenin yetkisi içine dahil

199 ARSEL, 1965, s. 147.

200 ARSEL, 1965, s. 148.

201 SOYSAL, 2011, s. 231-232.

202 ÖZBUDUN, 2019, s. 39, 43.

203 EROĞUL, 2016, s. 281.

204 KOÇAK, 2006, s. 223.

edilmiştir. Böylelikle askeri yargı sivil yargı aleyhine güçlendirilerek askeri otoritenin egemenlik alanı olağandışı bir yetki yoğunlaşmasına kavuşturulmuştur. Özel düzenleme ve ayrı bir anayasal rejim ihdasına dönük bu tutumun bir devamı olarak askeri malların denetlenmesi usulü bu türden olmayan devlet malları denetim sistemi dışında milli savunma hizmetlerinin gerektirdiği gizlilik esaslarına uygun olarak farklı bir yasal düzenleme konusu haline getirilmiştir.²⁰⁵

Egemenlik ve devlet yetkilerinin bürokratik vesayet altına alındığı ve yürütmenin Cumhurbaşkanı, Bakanlar Kurulu ve askeri bürokratik otorite olmak üzere üç başlı hale getirildiği eleştirisi²⁰⁶ daha ziyade bu tür düzenlemelere gösterilen tepkinin bir ürünü ve sonucudur. Örneğin askeri bürokrasinin anayasal şemadaki yeri idare içinde olması gerekirken Bakanlar Kuruluna ilişkin alt başlıkta ve denk kuvvet düzeyinde gösterilmiştir. 1960 öncesinde genelkurmay başkanı seçimle gelen milli savunma bakanına bağlıyken darbe döneminden sonra oluşturulan anayasada başbakana karşı sorumlu bir statüye yükseltilmiş, bakanlarla yüksek rütbeli komutanlardan oluşan milli güvenlik kurulu bakanlar kuruluyla eşdüzeyde yarı sivil yarı askeri uzman bir kurum kimliği iktisap etmiştir. Bakanlar kurulunun yetkisini kısıtlayan ve ona direktifler veren bu yarı askeri kurumsal uygulamaların çağdaş parlamenter demokratik sistemlerde geçerli olan egemenlik anlayışı ve seçimle oluşturulan hukuki meşruluk temellerine aykırı yapılanma örnekleri olduğu açıktır.

İktidar erkinin dağılımı konusunda yürütme gücüne karşı beslenen kuşku ve meclis üstünlüğü geleneğinin etkisiyle anayasa yasamadan yetki, (asli, genel ve ilk el yetki) yürütmeden ise görev olarak (tabi ve türev yetkili, yetkilerinin kanundan kaynaklı olduğu) söz etmiştir. Yürütme yasamanın içinden çıkmakta ve onun tarafından denetlenmekte veya gerektiğinde düşürülmekte olup, eşitlik ve denge esasına dayalı yumuşak kuvvetler ve fonksiyon ayrılığının benimsendiği söylenebilir. Yürütmeye ise yasama organına karşı güvenoyu isteme ve seçimlerin yenilenmesi yetkileri tanınmıştır.²⁰⁷

Yargı sisteminin düzenlenişi de çoğunluk egemenliğine duyulan tepkinin izlerini taşımaktadır. Kuvvetler birliği ve meclis hükümetinin geçerli olduğu dönemlerden farklı olarak TBMM'nin yasaları yorumlama yetkisi Anayasa Mahkemesi'ne özgülenmiş, kanunların ve kanun hükmünde kararnamelelerin, içtüzük değişikliği mahiyetinde görülen meclis kararlarının yargılama konusu yapılması, siyasal partilerin

205 TANÖR, 1996, s. 304, 315.; ÖZBUDUN, 2019, s. 43.

206 TANÖR, 1996, s. 304.

207 DAL, 1986, s. 60-62.

denetlenmesi ve kapatma davalarına bakılması mahkemenin yetki alanı içine dâhil edilmiştir.²⁰⁸

Anayasa yargısının bu statüsü teorik varlığının sağladığı anayasal güvenceler yanında, çoğulcu-özgürlükçü demokrasi anlayışı, hukuk devleti ve insan hakları kriterleri ile temel bireysel hak ve özgürlüklerin korunmasına yönelik verdiği dramatik kararlar ışığında mahkemeyi çok yönlü doktriner ve siyasal eleştirilerin konusu olmaya açık hale getirmiştir. Kanunların anayasaya uygunluğunun yüksek mahkemece denetlenmesi kuralının 1924 Anayasasından farklı olarak 8. Maddede '*kanunlar anayasaya aykırı olmaz*' hükmünü destekler tarzda anayasanın üstünlüğü ilkesine kurumsal güvence kazandırdığı²⁰⁹, anayasa yargısı sisteminin anayasanın üstünlüğü ile hukuk devleti ilkesi bileşiminin ürünü olduğu, devlet görevlerinin sınırlanması ve dengelenmesi işlevlerinin en güçlü biçimde bu yolla üstlenildiği, anayasal sorunların çözümünde mahkemenin odak noktası olduğu²¹⁰, Türk anayasa geleneğinde devrimci bir atılım yapılarak yasaların yargısal denetiminin kurumsallaştırıldığı,²¹¹ bu itibarla anayasa yargısının hukuk devletinin gelişiminde son ve önemli bir aşamaya işaret ettiği²¹² doğrultusundaki görüşler, hukuk fikrinin geldiği evrensel çizgiyle anayasa yargısını ilişkilendiren ortak bakış açısının paylaşıldığını göstermektedir. Ancak ilk defa bu dönemde oluşturulan anayasa yargı düzeninin anayasanın üstünlüğü ve insan hakları ile hukuk devleti ilkesine hizmet eden bu işlevleri yanında Türkiye politik yaşamı ve hukuk siyasetinin birleşim noktalarında evrensel hukuk standartlarının aşınmaya uğradığına hamledilebilecek ideolojik karar üretimleri de dikkat çekici boyutta ağırlık kazanmıştır. 1982 Anayasası dönemi de konu bütünlüğünü ihlal etmemek için değerlendirmeye dahil edildiğinde günümüzde bireysel ve siyasal haklarla çoğulcu demokrasi ve insan hakları öğelerini öne alan bir yargısal bakış açısı geliştirme çabaları hatırı sayılır bir noktaya ulaşmış olsa da mahkeme uzun yıllara sari kararlarında Türk politik yaşamını açıklamada anahtar kavram olarak gösterilen merkez-çevre (center-periphery) ikileminde merkezi temsil eden asker-sivil bürokratik elitlerin değer dünyasını üstün tutan ve çevre güçlerinin beklentilerini dengeleme kaygısından uzak bir kararlar külliyyatına öncülük etmiştir. Oysa hukuk devletinin üzerinde uzlaşılacak gereklerine uygun olarak mahkemenin özellikle çevresel güçleri temsil eden seçilmiş siyasal organların takdir yetkisine müdahaleden kaçınan

208 DAL, 1986, s. 81-82.

209 ERDOĞAN, 2018, s. 34.; GÖZLER, 2019c, s. 1075-1076.

210 GÖREN, 2019, s. 298-299,306.

211 EROĞUL, 2016, s. 34.

212 ÖZBUDUN, 2019, s. 363.

ve oto-limitasyon uygulayarak anayasal yetkisini olağan dışı hukuksal gerekçelerle genişleten aktivist bir tutum içine girmemesi meşru bir demokratik taleple eşleşmesine karşın ideolojik temelli yaklaşım hakların korunmasına dayalı yargısal perspektifi gölgeleyebilmiştir.²¹³

Bu durumun en somut göstergesi siyasi partiler üzerinden politik yaşamı denetlemek amaçlı bir kullanım pratiği kazanıldığına süreç içinde mahkemenin vermiş olduğu pür siyasal sonuçlu kararlardan anlaşılabilir. Bu tür bir yargısal aktivizmin iktidarın kötüye kullanılmasına karşı vatandaşların korunmasına öncelik tanımak amacıyla devlet erklerinin birbirinden bağımsız olarak karşılıklı denge ve denetim işlevleri içinde tutulmasını²¹⁴ buyuran anayasa teorisiyle bağdaştırılması uygar dünyada geçerli demokratik standartlar açısından bir hayli güçtür. Anayasa Mahkemesi, vesayet aktörlerinin etkin olduğu örneğin demokratik sistem ve egemenliği aşındıran uygulamalar kapsamında askeri yargıya anayasal statü kazandırıldığı, Devlet Güvenlik Mahkemelerinin kuruluşuna²¹⁵ ilişkin hükümlerin sevk edildiği bir vasatın desteklediği siyasal ve hukuksal parkur içinde gerçekte sözü edilen bu tutumunda genelin bir istisnası konumunda da değildir. Hukuk ve özgürlüklerden ziyade evrensel hukuk standartları sahasının dışına tekabül eden ideolojik angajmanlar tesirinde yargısal karar inşası²¹⁶, Türk yargı düzeninin hiç de nadirattan olmayan geleneksel refleksini ifşa eder mahiyettedir.

Denge ve denetim mekanizmalarının oluşumu bakımından anayasa düzenlemesi egemen otorite tespitinde devlet erklerinin yukarıda özetlenen hukuki gerçekliğinin ötesine geçerek bizatihi anayasanın kendisini egemen otorite haline getirmiştir. Kanunların anayasaya aykırı olamayacağı, anayasa hükümlerinin yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallarını oluşturduğu, egemenliğin anayasanın koyduğu esaslara göre yetkili organlar eliyle kullanılacağı, hiç kimse veya organın kaynağını anayasadan almayan bir devlet yetkisi kullanmayacağı yönündeki kurallar, bir bütün halinde anayasal otorite ve anayasanın üstünlüğü amacına hizmet eder niteliktedir.²¹⁷ Bu düzenlemeler devlet iktidarının denetlenmesi, güç temerküzünün dağıtılması ve denetime açılması gibi

213 ÖZBUDUN, 2019, s. 429-430.

214 ERDOĞAN, 2017, s. 216.

215 EROĞUL, 2016, s. 283.

216 HAKYEMEZ, Şevki, "Türkiye'de son 10 Yılda (2002-2012) Demokratikleşme Sürecinde Atılan Adımlar" **Türkiye'nin Demokratik Dönüşümü**, (der. M. Yılmaz vd.), 1. Baskı, Stratejik Düşünce Enstitüsü, Ankara, 2012, s. 12.

217 ERDOĞAN, 2018, s. 34.; DAL, 1986, s. 63.

gerekçelerle savunulmuşsa da sonuçta siyasal organların anayasal kısıtlılık altına alındığı²¹⁸, yargı makamlarının ise egemenlik yetkisinin dağılımı açısından önceki anayasal pratiğe kıyasla önemli oranda güçlendirildiği ve egemenlik kullanan organlardan biri haline getirildiği çatışmalı bir anayasal perspektif cari olmaya başlamıştır.²¹⁹

F. 1982 Anayasası Döneminde Egemenlik Yetkisinin Düzenlenişi: Otoriterleşmenin Tescili ve Dönüşen Yetki Haritası

Temel hak ve özgürlüklere kıyasla devlet otoritesini güçlendirmeye yönelik yapısı, çağdaş parlamenter sistem ve çoğulcu özgürlükçü demokratik prensiplerle bağdaşmayan yönleri olduğu gerekçe gösterilerek yoğun eleştirilere tabi tutulan mevcut anayasa, öncelikle sivil siyasal rejimi ilga eden bir askeri darbe ürünü olarak ortaya çıkmıştır. 177 madde ve 19 geçici maddeden oluşan ve kazuistik niteliği öne çıkarılan anayasanın devlet iktidarının sınırlanmasını ve insan haklarının korunmasını temel ilke olarak belirleyen anayasacılık akımına aykırılığı hemen her hukuksal platformda dile getirilmiştir.

Anayasanın egemenlik başlıklı 6. Maddesi, egemenliğin kaynağı, kullanım biçimi ve anayasal sınırları konusunda, kayıtsız şartsız millete ait olduğu kaydını düşerek 1924 ve 1961 Anayasalarında da yansıma bulan Fransız ihtilalinden mülhem ulus egemenliği nosyonunu benimser.²²⁰ 1961 Anayasasından farklılaşan önemli bir düzenleme, cumhuriyet döneminin tek meclis uygulamasına dönüş yapılarak senatonun dâhil edildiği çift meclisli yapıdan vazgeçilmesi²²¹ ve tarihsel deneyimin doğruladığı uygulama güçlüklerinin geride bırakılmak istenmesidir. Türk Milletinin, egemenliğini anayasanın koyduğu esaslara göre yetkili organları eliyle kullanacağı, egemenliğin kullanılmasının hiçbir surette hiçbir kişiye, zümreye veya sınıfa bırakılmayacağı, hiçbir kimse veya organın kaynağını anayasadan almayan bir devlet yetkisi kullanamayacağına ilişkin açık kuralların öngörülmesinde ise kendisinden önceki anayasal hükümlerin devamı niteliğinde bir tavır gözlenmektedir. Anayasanın Başlangıç bölümünün 3. paragrafında *'Millet iradesinin mutlak üstünlüğü, egemenliğin kayıtsız şartsız Türk Milletine ait olduğu ve bunu millet adına kullanmaya yetkili kılınan hiçbir kişi ve kuruluşun, bu Anayasada gösterilen hürriyetçi demokrasi ve bunun icaplarıyla belirlenmiş hukuk düzeni dışına çıkamayacağı'* hükmüyle ayrıca yönetenlere yönelik egemenliğin kullanımı

218 TANÖR, 1996, s. 300-308.

219 ERDOĞAN, 2011, s. 165-169.

220 DAL, 1986, s. 143.; GÖZLER, 2019c, s. 235-236.; TANÖR/YÜZBAŞIOĞLU, 2019, s. 127.; ÖZBUDUN, 2019, s. 88.

221 GİRİTLİ/SARMAŞIK, 2001, s. 108, 194.

konusunda genel nitelikte ve kapsamı hayli geniş sınırlama kuralı ihdas edilmiştir.²²² Hukuk devleti, insan hakları, laiklik ve serbest seçimler yanında cumhuriyet ve ulusal egemenlik esaslarının demokratik devletin vazgeçilmez ilkeleri olduğu²²³ vurgulansa bile son tahlilde görülen, kamu gücüne denk sayılan egemenliğin bir kez daha çoğulcu demokratik hukuk devletinin gereği olduğu gerekçesiyle kayıtlara tabi tutulmuş ve kullanımı belirli anayasal şartlar çerçevesinde kalmaya zorlanan bir anayasal modele bağlanmış olduğudur.²²⁴

Kural olarak geçmiş, bugün ve gelecek kuşaklarla birleşik soyut millet tasarımı üstün tutan ve bu özelliğiyle ulusal egemenlik, laiklik ve demokratik temsili rejimi birleştiren²²⁵ ancak bazı anayasal pratikler açısından mevcut yaşayan topluluğu da esas alan halk egemenliği destekli formülasyona dayalı²²⁶ anayasal egemenlik anlayışı ve egemenliği kayıtsız şartsız millete veren ilke, egemenliğin devlet iktidarı tarafından sınırsız kullanımını değil, millete ait olmasının kayıtsız şartsız olduğunu ve millet dışında tasarruf yetkisini haiz kişi, kuruluş veya mercii olmadığını hükme bağlayan bir amacı bünyesinde taşır. Dolayısıyla egemenliğin anayasanın koyduğu esaslara göre yetkili organlar eliyle kullanılacağına yönelik düzenleme, temelde egemenlik gücünü, kaynağını anayasadan alan bir yetki çerçevesine yerleştirmeyi ve egemenlikten doğan devlet faaliyetlerini (yasama/kuralların yapılması, yürütme/kuralların uygulaması, yargı/ uyuşmazlıkların giderilmesi) anayasal hükümlerle sınırlı bir yetki yapısı içine almayı hedef tutmaktadır.

Anayasanın mutlak egemenlikten uzaklaştığının diğer bir göstergesi, uluslararası hukukun iç hukuka üstünlüğünü kabul eden anayasal hükümlerdir. Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası antlaşmaların kanun hükmünde olduğu, antlaşmalar hakkında anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesi'ne başvurulamayacağı, usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası antlaşma hükümlerinin esas alınacağını öngören anayasanın 90. Maddesinin son fıkrası iç hukuk hükümlerine üstünlüğün genel esaslarını ortaya koymaktadır. Bu sonucu doğrulayan başka bir düzenleme anayasanın 15. Madde hükmü kapsamında temel hak ve hürriyetlerin kullanılmasının kısmen veya tamamen durdurulması veya bunlar için anayasada öngörülen

222 TANÖR/ YÜZBAŞIOĞLU, 2019, s. 129.

223 EROĞUL, 2016, s. 306-307.

224 ÖZAY, 2000, s. 322.

225 KOÇAK, 2006, s. 236-237.; TANÖR/YÜZBAŞIOLU, 2019c, s. 126.; GÖZLER, 2019c, 236.

226 ÖZBUDUN, 2019, s. 89.

güvencelere aykırı tedbirler alınmasının milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükler sınırlamasına tabi kılınmış olmasıdır. Bunun yanında 1961 anayasasıyla paralellik gösteren anayasa yargısı alanındaki düzenlemeler de klasik egemenlik anlayışının mutlaklık niteliğinde ciddi oranda dönüşüm yaşandığına işaret eden sınırlayıcı anayasal hükümler niteliğindedir.²²⁷

Anayasal yetki sisteminde denge kurmak için '*Anayasa Mahkemesi'nin kararları*' kenar başlıklı 153. Maddede 1961 Anayasası dönemindeki mahsurları gidermeye dönük olarak her ne kadar '*Anayasa Mahkemesinin bir kanun veya kanun hükmünde kararnamenin (yeni sistemde Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin) tamamını veya bir hükmünü iptal ederken, kanun koyucu gibi hareketle, yeni bir uygulamaya yol açacak biçimde hüküm tesis edemeyeceği*' hükmü bir yenilik olarak²²⁸ sevk edilmişse de kararların içerik performansı bu alanda anayasal hedefleri karşılayacak tutarlı bir seyir takip etmemiştir.

Hem uluslararası hukuk düzeninin yönlendirici gücünden kaynaklanan ulusal taahhütlerin aldığı biçim hem de anayasal formasyon içinde geliştirilen kurallar dizisine bağlı olarak egemenliğin anayasal normların belirlediği organlar vasıtasıyla kullanımını gerekli kılan hukuksal çerçeve, anayasanın bağlayıcılığı ve üstünlüğü ilkesine değer vermesi yönüyle kategorik olarak reddedilmesi gereken bir anayasal tercih mevkiinde değildir. Ne varki bu ideal formülasyon 1982 Anayasası örneğinde olduğu gibi sivil toplumu önceleyen otoriter eğilimli kadim siyasi kültür, temel haklar ve özgürlük değerlerini geri planda gören devlet-merkezli hukuk kavrayışı ile birleştiğinde yarattığı devasa blokaj altında egemenliğin kullanım haklarını ve yetki kotasını sorunlu hale getiren bir istikamet edinebilir. Türk siyasal yaşamını anayasa dışı müdahalelerle kesintiye uğratan darbeci gelenek büyük oranda bu ideolojik-kültürel negatif siyasal tarih dağarcığından güç ve destek biriktirerek geniş zamanlı bir tahakküm kudreti elde edebilmiştir. Zinde güçler, cumhuriyetin korunup kollanması adına sürekli canlı tutulan teyakkuz hali hukukun üstünlüğü temelli anayasal tasarımın yaşayabilirliğini uzun süre baskılama kudretini elinde tutabilmiştir. Siyasal alacakaranlığın bu nedenle salt anayasal güvencelerle aşılamadığı, Avrupa Birliği sürecinin çıktılarında Kopenhag Kriterleri ile anayasal organlardaki kültürel değişimin desteklediği yeni bir anayasal bakış açısının sürece yön verdiği hususları, objektif bir gerçeklik olarak siyasal yaşamın içinden çıkan görgül verilerin doğrulamasıyla teyit edilmektedir. Oysa bu değişim periyodundan önce Anayasa Mahkemesinin parlamento

227 TURHAN, 2003, s. 43-52.

228 GİRİTLİ/SARMAŞIK, 2001, s. 196.



takdir alanı içinde kalan kanun metinlerini yerindelik denetimi yaparak iptal etmesi, 11. Cumhurbaşkanı seçiminde gözetilmesi gereken toplantı yeter sayısının anayasal buyruklar hilafına özel bir toplantı yeter sayısı gerektirdiği savıyla eylemli iç tüzük değişikliğine yol açtığından hareket ederek iptali cihetine gitmesi²²⁹, hükümet tasarruflarına yönelik olarak Danıştay kararlarında görülen vesayetçi izler, 2004 yılında kaldırılıncaya kadar Devlet Güvenlik Mahkemelerinin aktif yargısal faaliyet icrasında bulunması, temel politika önceliklerini hükümete empoze eden yapısından arındırılıncaya kadar bir nüfuz merkezi konumunda olan Millî Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliği'nin varlığı, Yüksek Öğretim Kurumu gibi çeşitli sivil bürokratik organlardaki üyeliklerinin sonlandırılması sürecine kadar askeri kanadın bu alanlarda gözetim hakkına sahip olması²³⁰ etkenlerinin biçimlendirdiği siyasi-hukuki olgular, kuvvetler arasında belli devlet yetkilerinin kullanılmasından ibaret medeni bir işbölümü ve işbirliği esaslarıyla tanımlanabilecek fiili bir yetki dağılımı formülasyonuna vücut vermemiştir. Çarpıcı bir örnek, anayasanın değiştirilemez hükümlerine ilişkin belirli bir yorumdan hareket eden anayasa Mahkemesinin 22 Ekim 2008 tarihli, E.2008/16, K.2008/116 sayılı kararıyla anayasa değişikliklerinin dahi iptal edileceğine yönelik geliştirdiği içtihadta görülmektedir. Bu yaklaşımın her şeyden önce hukuk devletinin gereklerinden sayılan ve devlet görevlerinin farklı organlarda temsil edilmesi ile görevler ve işlevler ayrılığı esasıyla birbirinden olabildiğince bağımsız kalması²³¹ durumunu tanımlayan güçler ayrılığı ilkesiyle telif edilmesinin imkansız olduğu haklı olarak dile getirilmiştir.²³² Mutlak egemenlik nosyonundan uzaklaşılmasının, anayasal organlar arasındaki ilişkiye eş düzey bir ağırlık zemini kazandırmadığı konusunda Türk hukuk ve siyasal yaşam pratiğinde buna benzer tatmin edici örnekler bulmakta güçlü çekilmeyeceği de aşikârdır. Dolayısıyla Türk anayasal deneyimi egemenliğin kayıtsız şartsız olmasını millette gören ve üstünlüğün anayasada olduğunu belirten ilkelerden sapma göstererek devlet erkleri arasında kimi zaman bürokratik ortaklıklarla bağımsızlık sınırının ihlal edildiği olguları tecrübe etmiş, kimi zaman da erklerin işlevsizleştirilmesi sonucunu doğuran müdahalelere göğüs germek zorunda bırakılmıştır. Bu açıdan sorun tek başına mutlak egemenliğin anayasal normlar vasıtasıyla retorik düzeyde iç ve dış aktüel gelişmelere adaptasyonundan ibaret olmayıp, oluşan yetki dağılımının gerçekte anti-demokratik sonuçlar üreten sonuçlarıyla başa çıkma kapasitesinde düşümlenmektedir.

229 AYM, K.T. 1.5.2007, E. 2007/45, K. 2007/54.

230 HAKYEMEZ, 2012, s. 18-19, 22-23.

231 SABUNCU, 2014, s. 32,35.

232 EROĞUL, 2016, s. 308-309.

Anayasal egemenlik düzeni, tarihsel aşamalardan güncele uzanan tüm iç ve dış eksenli denge hükümleri ve sapma eğilimlerine rağmen devlet biçimlerinin sınıflandırılması açısından kendisinden önceki anayasal teamüllere sadakat göstererek ve merkezîyet geleneğini koruyarak hukuk ve yargı birliği temelinde yerinden yönetim esaslarıyla üniter devlet yapısına istinat ettirilen siyasal-idari yapıyı aynen devam ettirmiştir.²³³ Anayasal hükümlerle kamu hizmet düzeni genel yönetimin merkez ve taşra teşkilatı arasında hiyerarşik, merkezi yönetim ile yerinden yönetim kuruluşları arasında ise vesayet denetimi altında örgütlendirilerek yönetim birliği çatısı oluşturulmuş ve üniter yapı anayasal düzeyde Cumhuriyet döneminin klasik uygulamalarıyla aynı doğrultuda hukuksal araçlara kavuşturulmuştur. Anayasa Mahkemesi'nin 30/11/1993, tarihli E. 1993/2, K. 1993/3 sayılı kararına göre ülke bütünlüğü tek egemenliği, bu egemenlik biçimi tek yapılı devleti, ulusun bütünlüğü ise Türkiye Cumhuriyeti'nin tek ulusa dayalı olduğu ilkelerini içerir. 1961 Anayasasından tevarüs edilerek 3. Maddeye alınan '*Türkiye Devleti ülkesi ve milletiyle bölünmez bir bütündür*' hükmü bu doğrultuda devletin tek yapılı oluşunun anayasal çerçevesi gibi düşünülse de asıl hukuki dayanak 123. madde düzenlemesindeki '*idare kuruluş ve görevleriyle bir bütündür*' kuralının ima ettiği federal veya özerk yönetim modellerinin reddinde kendisini gösterir. Türkiye Cumhuriyeti'nin tek ulusa dayalı olması ilkesinden çıkan hukuki sonuç aynı zamanda, etnik veya dinsel temelden kaynaklı bölgesel ya da federatif devlet modelleriyle hiçbir biçimde uzlaşmanın kabul edilmemesidir.²³⁴

Soyut egemenlik anlayışının anayasal yetki dağılımı çerçevesinde öngördüğü kuvvetler ayırımının ise her ne kadar anayasanın başlangıç bölümünün dördüncü paragrafında, devlet organları arasında üstünlük sıralaması anlamına gelmeyip, belli devlet yetki ve görevlerinin kullanılmasından ibaret ve bununla sınırlı medeni bir işbölümü ve işbirliğini ifade ettiği ve üstünlüğün ancak anayasa ve kanunlarda bulunduğu şeklinde anayasal sınırları gösterilmişse de yetki ve görev bakımından yine de güçlü bir yürütmenin öngörüldüğü söylenebilir.²³⁵

Cumhuriyet dönemi anayasal geleneğine paralel biçimde, egemenliğin tüm topluma ait olduğunu dile getiren hüküm devlet şeklini saptarken; devletin temel organlarının seçimle belirlenmesi gerektiğini belirleyen anayasa düzenlemesi hükümet şekline ilişkin bağlayıcı kuralları ifade etmektedir. Egemenliğin sınıf veya zümre ayrıcalığı gözetilmeksizin

233 TANÖR/YÜZBAŞIOĞLU, 2019, s. 129-130.

234 SABUNCU, 2014, s. 30-31.

235 TEZİÇ, 2016, s. 488.

siyasal toplumda oluştuğu ve bu yolla yönetim erki ve anayasal yetki dağılımının toplumsal-hukuksal meşruiyet kazandığı prensibi uyarınca iktidara gelmenin ve iktidardan ayrılmanın tek geçerli hukuksal kaynağı ise serbest ve genel seçimler olarak saptanmıştır. Ortaya çıkan temsiliyet, önceki anayasa dönemlerinde olduğu gibi bütün milleti kapsayan bir uygulama içermekte, siyasal ve anayasal tercih doğrultusunda doğal olarak yarı doğrudan demokrasi pratikleri ile emredici vekâlet sistemine dayalı bir anayasal yetki düzeni söz konusu edilmemektedir. Milli egemenlik prensibi ve saf temsil kuramından sınırlı oranda ayrılmanın tek istisnası, belirtildiği üzere anayasanın 175. maddesinde düzenlenen konularda halkoylaması veya referandum kurumuna yer verilmiş olmasıdır.²³⁶

Yasama, yürütme ve yargı erklerinin yetki düzeni açısından 1961 anayasasının yürütme organını güçsüzleştirdiği tezinin aksine mevcut anayasada bu organın etkinliği artırılmaya çalışılmış ve tarihsel olarak yürütme kanadı içinde hükümetten ziyade cumhurbaşkanlığı makamının güçlendirilmesi öncelikli hedef olarak saptanmıştır. Siyasal sorumluluğu bulunmayan Cumhurbaşkanına parlamenter hükümet düzenine aykırı olarak yasama, yürütme ve yargı erkleri üzerinde sembolik olmanın ötesine taşan yetkiler tanınması, karşı-imza kuralından sapılarak cumhurbaşkanının tek başına yapacağı işlemler listesinin genişletilmesi, buna karşın seçiminin parlamento tarafından yapılması ve parlamentoya karşı cumhurbaşkanının değil hükümetin sorumlu olması siyasal sistemin tanımlanması ile yetki-sorumluluk dengesi açısından ciddi tartışmaları davet eder nitelikteydi.²³⁷ 21 Ekim 2007 tarihli anayasa değişikliğiyle Cumhurbaşkanının TBMM tarafından değil, doğrudan halk tarafından seçilmesi kuralı ise bu tercihi pekiştiren bir siyasal sonuç ortaya çıkararak mevcut tartışmaları seçimle gelen bir parlamento içinden çıkan hükümet ile halkoyuyla seçilen cumhurbaşkanı ikilemiyle siyasal kimlik krizi doğuracak bir boyuta taşımıştır. Örneğin anayasal yetki düzeni açısından saf bir sistem adlandırması yapmanın çok da mümkün olmadığı ancak kısmi reform niteliğine rağmen Cumhurbaşkanının halk tarafından seçimine cevaz veren 2007 anayasa değişikliğinden hareketle Cumhurbaşkanına tanınan yetkiler veri alınarak parlamenter sistemin yarı-başkanlık sistemine dönüştüğü fikri ileri sürülebilmektedir.²³⁸ Hükümet istikrarsızlıklarına yapılan yoğun atıflar, siyasal sistemin kimliği konusunda yaşanan tereddütler, yürütme kanadı içindeki yetki ve hükümet etme sınırlarının muğlaklaşması Türk siyasal seçkinlerini

236 GÖZLER, 2019a, s. 95.

237 ATAR, 2018, s. 172-174.

238 FENDOĞLU, Hasan T., *Türkiye’de Başkanlık Sistemi*, 1. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2015, s. 316.; ATAR, 2018, s. 174, 183.; ÖZBUDUN, 2019, s. 319.



yeni bir tercih yapmaya sürüklemiş ve nihayet yapılan bir referandumla cumhurbaşkanlığı sistemine giden bütüncül değişikliğin önu açılmıştır.

16 Nisan 2017 tarihli referandumda onaylanmasının ardından 9 Temmuz 2018'de yürürlük kazanan 21 Ocak 2017 tarih ve 6771 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunla 1982 Anayasasının egemenlik yetkisine ilişkin olarak özellikle iktidar kompozisyonu ve yetki dağılımı konusunda köklü değişikliklere gidildiği gözlenmektedir. Öncelikle yapılan anayasa değişikliği sonucunda yumuşak kuvvetler ayrılığına dayalı parlamenter sistemden Cumhurbaşkanının üstün yetkilerle donatılarak siyasi sistemin merkezi konumuna yerleştirildiği cumhurbaşkanlığı sistemine geçiş sağlanmıştır. Hatta cumhurbaşkanlığı olarak adlandırılrsa da anayasa hukuku ve siyaset teorisi açısından siyasi sistemin başkanlık rejimi olduğu yönünde görüşler ileri sürülmüştür.²³⁹

Yeni sistemde cumhurbaşkanı ile birlikte yürütme erkinin diğer kanadını oluşturan Bakanlar Kurulu'nun varlığına son verilmiş; yürütme yetkisi ve görevi tek başına Cumhurbaşkanına tevcih edilmiştir. Dolayısıyla Cumhurbaşkanı, parlamenter sisteme özgü işleyişte Bakanlar Kurulu'yla birlikte deruhte edilen kararları tek başına alabilir bir anayasal konum ve yetki üstünlüğüne kavuşturulmuştur. Bakanların seçimi, atanması ve azli meclisin denetim alanından çıkarılmış, Cumhurbaşkanı yardımcılarını ile Bakanları ve üst kademe kamu yöneticilerinin hem atama hem de görevlerine son verme yetkisi Cumhurbaşkanlığı Makamında toplanmıştır. Cumhurbaşkanı ayrıca olağanüstü hal ilan etmek, meclise bütçe kanunu teklifinde (Bakanların ve bütçe kanunu teklifi dışında Cumhurbaşkanının TBMM'ye kanun teklif etme yetkisi bulunmamaktadır) bulunmak iktidarına kavuşmuştur. Herhangi bir yetki kanununa gerek olmaksızın Cumhurbaşkanını yürütme yetkisine ilişkin konularda kararname çıkarmak fonksiyonlarıyla mücehhez kılan anayasal düzenleme, yürütmenin asli düzenleme alanını yürütme işlevinin tamamını kapsayacak düzeyde ileri bir noktaya taşımıştır.²⁴⁰ Ancak kararname çıkarma yetkisini düzenleyen hüküm, *"Anayasanın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleriyle dördüncü bölümde yer alan siyasi haklar ve ödevler Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenemez. Anayasada münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz. Kanunda açıkça düzenlenen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz. Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kanunlarda farklı hükümler bulunması*

239 ATAR, 2018, s. 175.

240 ÖZBUDUN, 2019, s. 323.



halinde, kanun hükümleri uygulanır. Türkiye Büyük Millet Meclisinin aynı konuda kanun çıkarması durumunda, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi hükümsüz hale gelir.” (m.104/16) kuralıyla birçok açıdan sınırlamalara tabi tutulmuş, münhasıran kanuna konu düzenleme alanları saptanmış ve meclisin kabul edeceği kanunlar aynı konudaki Cumhurbaşkanlığı Kararnamesine üstün kabul edilmiştir.

Anayasanın 87. maddesini değiştiren 6771 sayılı kanunun 5. madde hükmüyle ise ana hatları ve yetki düzeni belirtilen yürütme gücünün doğal bir sonucu olarak Bakanları denetlemek işlevi meclisin görev ve yetki alanından çıkarılmıştır. Genel olarak belirtilen bu düzenlemelerle siyasal sistem, Cumhurbaşkanlığı Makamı ekseninde yeniden yapılandırılmış ve Cumhurbaşkanı yürütme gücünün merkezi ve nazım siyasal aktörü haline gelmiştir. Dolayısıyla parlamenter hükümet sistemine dayalı devlet yetki ve erklerinin dağılımı sona ermiş, yalnızca kanun koymak, değiştirmek, kaldırmak, bütçe ve kesin hesap kanun tekliflerini görüşmek ve kabul etmek, milletlerarası antlaşmaların onaylanmasını uygun bulmak, genel ve özel af ilan etmek gibi yetkiler parlamentoda kalmaya devam etmiştir. Meclis araştırması, genel görüşme, meclis soruşturması ve soru araçlarıyla parlamentoya tanınmış yürütme erkini denetleyici anayasal hükümler ise sözlü soru ve gensoru araçlarının kaldırıldığı yeni anayasal düzende önceki düzenlemelerin tekrarı niteliğindedir. Meclis soruşturmasının işletilmesi süreci, yüksek nitelikli çoğunluklar öngörülerek önceki anayasal düzenlemeye kıyasla farklılaştırılmıştır.²⁴¹

Egemenlik yetkisinin somutlaştığı devlet güçleri ekseninde yerleşik parametre ve anayasal yaklaşımları ikame ederek yönetim yapısına kazandırılan bu farklılıklar, siyasal sistem tartışmalarının yeni çehresini oluşturarak kuvvetler ayrılığına dayalı demokratik temsili hükümet sistemlerini (başkanlık, yarı-başkanlık ve parlamenter hükümet sistemleri) Türkiye özelinde yoğun bir anlama ve kodifikasyon zeminine doğru sürüklemiştir. Türk yönetim sisteminin egemenlikle ilişkili anayasal yetki dağılımını gösteren yönlerinin bu çerçevede Amerikan Başkanlık sistemiyle karşılaştırılması ise örnekleri sıralanan sistemsel dönüşüm alanları ile egemenlik tasarımının aldığı biçim ve taşıdığı politik içerik hakkında daha aydınlatıcı bir bakış açısı geliştirilmesi yanında hükümet sisteminin analiz edilmesinde elverişli araçlar sunabilecektir.

Bir hükümet sistemi ve temsili rejim türü olarak Başkanlık sisteminin tipik özellikleriyle bu güne dek klasik biçimde uygulandığı tek ülke Amerika Birleşik Devletleri olduğundan kıyaslanmanın bu model

241 ÖZBUDUN, 2019, s. 321.



üzerinden yapılması doğru bir tahlil ve karşılaştırma zemini açısından elverişli unsurlar taşımaktadır. Tarihsel gelişimin özgünlüğü veya başkanlığın Amerika Birleşik Devletleri'nde aldığı ideal biçim; Amerikan devlet sistemi, meclislerin sayısı ve fonksiyonel yetki dağılımı, başkanla anayasal kurumların ilişki alanları, yetki paylaşımı, yüksek mahkemelerin rolü, temel hak ve özgürlükler düzeni ile halkın yönetime katılma olanakları çerçevesinde ayırt edici özellikler sergilemektedir. Amerika örneğine adapte edildiğinde bir devletin federal veya üniter yapılı olması, parlamentonun tek veya çift düzende varlığını sürdürmesi, yüksek mahkemelere üye atanması usulü ve yetki rejimi başkanlık sisteminin işleyişini büyük oranda farklılaştıran yapısal etmenler konumundadır.²⁴²

Türk anayasal sisteminde ABD başkanlık rejiminde olduğu gibi yasama ve yürütme organlarının her biri halkoyuyla gerçekleşen ayrı seçimler sonucunda oluşur. Farklı olarak ABD'de Başkan genel oya dayalı iki dereceli seçimle belirlenir. Başkanı seçecek olan ikinci seçmenler partili olduklarından emredici vekâlet gereğince kendi partilerinin başkan ve başkan yardımcılara oy vermek zorundadır.²⁴³ Yürütme gücünün, her iki ülke uygulamasında da parlamenter rejimden farklı olarak yasama organı içinden türetilmediği siyasal yapıda doğal olarak Başkan ve Bakanlar parlamento üyesi değildir. Parlamenter demokrasiden ayrılan ve iki ülkeyi ortaklaştıran bir diğer yön de yürütme organı ile yasamanın iç içe geçmediği, yasama ve yargı organlarının denetimi altında yürütmeye azami yetkinin tanındığı bir siyasal yapılanmanın söz konusu olmasıdır.²⁴⁴ Türk anayasal sisteminde Cumhurbaşkanının hukuki ve cezai açıdan sorumluluğunun kabul edilmesi ile seçilmesini borçlu olduğu halka karşı siyasi yönden sorumlu kılınması ise ABD başkanlık sistemiyle paraleldir.

Amerikan Başkanlık sisteminde yasama organı (Kongre) temsilciler meclisi ve senato olmak üzere iki kanattan oluşur. Senato, kongrenin eyaletlerin eşit temsiline dayanan kanadını, temsilciler meclisi ise her bir eyaletin nüfus yoğunluğuna göre temsil edildiği organı meydana getirir. Yasa yapma fonksiyonunun yasamanın, hükümet etme yetkisinin ise yürütme organının uhdesinde olması yalnızca kuvvetlerin işlevsel ayrılığını değil aynı zamanda kuvvetlerin hukuki eşitliğini de belirtir. Yasama ile yürütme işlevlerinin ayrı organlar tarafından yerine getirilmesi ve birbirinin bünyesinden çıkmaması ile görev sürelerinin

242 AYDIN, Öykü Didem, Latin Amerika'da Yeni Anayasacılık ve Yeni Anayasacı Başkanlar Öncülüğünde Barışçıl Devrim Kuramı, **Yeni Türkiye, Başkanlık Sistemi Özel Sayısı**, 51, Ankara, 2013, s. 790-791.

243 TEZİÇ, 2016, s. 533.

244 ERGİL, Doğu, "Başkanlık Sistemi ve Türkiye", **Başkanlık Sistemi**, (der. M. Aktaş, vd.), 1. Basım, Liberte Yayınları, Ankara, 2015, s. 21.



birbirinden etkilenmemesi ise kuvvetlerin organik ayrılığına işaret eder. Kısaca her bir kuvvet kendi işlevini yerine getirirken biri diğerinin yetki ve görev sahasına müdahil olmamaktadır. Amerikan örneğinde yasama yetkisi federal yasama meclisini temsil eden Kongre’de yürütme yetkisi ise genel oyla seçilen ve görevini sürdürmesi için yasama organının güvenoyu gerekmeyen Başkan’da toplanır. Yasama fonksiyonunu üstlenen parlamento kanunların uygulanmasına müdahale etmediği gibi hükümet de kanunları uygulamakta ancak yapıma sürecinde görev almamaktadır. Tanımlayıcı etkenlerden bir diğeri, hükümet ya da yürütme organının başının (başkanın) yasama organının oyuyla ne atanması, ne de düşürülebilmesidir.²⁴⁵ Başka bir deyimle, Başkanlık sisteminde yürütmenin başı anayasasının belirlediği sabit bir dönem ve süre için seçilebilmekte ve yasama organının güvensizlik oyuyla istifaya zorlanmamaktadır.²⁴⁶ Dolayısıyla Anayasal organlara birbirinin varlığını etkileme amacıyla hukuksal yetki tanınmamıştır. 2017 anayasa değişikliğinin öngördüğü Türk hükümet sisteminde ise Amerikan Başkanlık sisteminden farklı olarak parlamento ve cumhurbaşkanlığı seçimleri aynı anda yapılmakta ve karşılıklı fesih ve seçimleri yenileme mekanizmalarıyla biri diğerinin hukuki varlığına son verebilmektedir. Bu tercihin klasik başkanlık sistemi uygulamasından farklılık gösterdiği açıktır.²⁴⁷

Üniter devlet yapılanmasının doğal bir sonucu olarak genel ve eşit temsile dayalı tek meclis sisteminin geçerli olduğu Türk yönetim yapısında ise yalnızca kuvvetlerin işlevsel ve organik ayrılığı kriterinde bir benzerlik söz konusudur. Sistemsel kriz ve tıkanmaların önüne geçmek ve yeni siyasal seçeneklerin önünü açmak gerekçesiyle Türk anayasal düzenlemesi kendine özgü bir tercih yaparak hem Cumhurbaşkanı’na hem de Türkiye Büyük Millet Meclisi’ne yasama ve yürütme organlarını aynı anda ve birlikte seçime götürme yetkisi tanımıştır.²⁴⁸

ABD Sisteminde Türk anayasal düzenlemesinden farklı olarak başkanla birlikte görev süresi dört yıl olan başkan yardımcısı da seçilir. Seçilen Başkan yardımcısı aynı zamanda senatonun da başkanıdır. Başkan yardımcısının senato başkanı olmasının dışında anayasada tanımlanmış ayrı bir görevi bulunmamaktadır. Sadece, başkanın ölümü, istifası veya azli gibi sebeplerle başkanlık makamının boşalması durumunda

245 ERDOĞAN, 2011, s. 19-20.; TEZİÇ, 2016, s. 533-534.; ÖZTÜRK, Namık, K.,/KURT Hüseyin “Amerikan Başkanlık Sistemi”, **Başkanlık Sistemi**, (der. M. Aktaş, vd.), 1. Basım, Liberte Yayınları, Ankara, 2015, s. 53.

246 AREND, s. 62-63.

247 ÖZBUDUN, 2019, s. 321.

248 ATAR, 2018, s. 177.



başkanlık görevini yardımcısı üstlenmektedir.²⁴⁹ Türkiye uygulamasında ise meclis başkanlığı görevi bulunmayan Cumhurbaşkanı yardımcılarını bizzat Cumhurbaşkanı tarafından atanır. Ancak görevsel özdeşlik ana hatlarıyla aynıdır. Bakanlar ise tıpkı ABD Başkanlık sisteminde olduğu gibi başkanın statüsüyle uyumlu biçimde parlamento üyesi değildir ve meclis görüşmelerine katılamazlar. Bu durumun doğal sonucu ise Parlamento'ya değil başkana karşı sorumlu olmalarıdır.

Parlamentar rejim pratiğine benzer nitelikte ABD'de devlet başkanı ile parlamento arasında bağlantı kuran kolektif iradeli bir kabine oluşumu söz konusu değildir. Gerçekte Başkanlar, kendilerine danışmanlık yapması yanında devlet bürokrasisini yönetmek için bakanlar kurulu olarak nitelendirilmeyen ve ayrı bir programı olmayan bir kabine oluşturur ve bakanların atanması da yasama organının onayına tabi değildir. Bu tür bir uygulamanın nedeni, gerçek anlamda kuvvetler ayrılığını tesis eden kurumsal ve güçlü bir yürütme altyapısı oluşturmaktır.²⁵⁰

Yasama organı üyesi bir milletvekilinin bakan olduğunda doğrudan milletvekilliğinin düştüğü Türkiye uygulamasında ABD sisteminde olduğu gibi yürütme organının belli düzeylerde yasamaya üstün olduğu ilkesi söz konusudur. Parlamentar rejimdeki devlet başkanı ve başbakanın toplanan iki başlı yürütme yapısının başkanlık yönetiminde bulunmaması veya yürütmenin yapısının parlamentar sistemden farklı olarak yalnızca başkanda temsil edilmesi bu yetki üstünlüğünün doğal sonucudur. Geniş bir kararname çıkarma yetkisi tanınan Başkanın şahsında her iki görevin birleşmiş olması rejimi Başkanlık sıfatıyla adlandırmanın en temel gerekçesi mahiyetindedir.²⁵¹ Başkan, devletin ve yürütmenin başı ve asıl yetkilisi sıfatıyla yürütme yetkisini paylaştığı bir başbakanın yokluğunda ve ayrı bir programı ve kolektif sorumluluğu bulunmayan kabine yapısı ile²⁵² görev icra ederek sahip olduğu yetkilerini kullanmaktadır. Başkan, otoritenin kendisinden başlayarak aşağıya doğru indiği idareyi en üst hiyerarşik amir sıfatıyla yöneten nihai iktidar kaynağı durumundadır. Sartori'nin ifadesiyle başkanla kabinesi arasında hiçbir şekilde "ikili otorite"ye izin verilmemekte; Başkan yürütme yetkisini doğrudan doğruya ya da bakanları vasıtasıyla dolaylı olarak kullanmaktadır.

Görev dağılımı, siyasal organların oluşumu ve temsil biçimi dikkate alındığında Sartori'ye göre bir siyasal sistem, ancak devlet

249 TEZİÇ, 2016, s.532-533.

250 NEWTON, Kenneth/DETH, Jan W. Van, **Karşılaştırmalı Siyasetin Temelleri**, (çev. E. Saraçaoğlu), 1. Basım, Phoenix yayınevi, Ankara, 2014, s. 92.; ATAR, 2018, s. 177.

251 TEZİÇ, 2016, s. 530, 532.

252 ATAR, 2018, s. 178.



başkanının halkoyundan çıktığı, önceden belirlenmiş görev süresi içinde parlamentonun oyuyla görevden uzaklaştırılmadığı ve atadığı hükümetlere başkanlık ettiği veya onları başka şekillerde yönlendirdiği takdirde başkanlık sistemidir. Bu üç şartın hepsi yerine geldiğinde, karşımızda saf bir başkanlık sistemi bulunmaktadır.²⁵³ Türk Cumhurbaşkanlığı sisteminin bu gereklilikleri karşılayan bir yapılanma örneği sergilediği ve yetki dağılımının parlamenter sistemden mutlak kopuşu ifade eden başkanlık sistemine uygun bir egemenlik örüntüsüne sahip olduğu açıkça görülmektedir.

SONUÇ

Genel görünümü itibariyle Osmanlı dönemi ve Türkiye Cumhuriyeti tarihi anayasal gelişme çizgisi, egemenlik kavramının gelişimi ve kurumlaşması açısından monarşik ve dini esaslardan dünyevi beşeri kaynakları esas alan laik ve ulusal temelli anayasal tasarım doğrultusunda bir dönüşümü simgeler. Egemenliğin kaynağına ilişkin dünyevi-seküler nitelikli tercih bu eğilim doğrultusunda 1921 Teşkilat-ı Esasiye Kanunundan günümüze değişmeden kalıcılık göstererek tüm anayasaların temel ve değişmeyen esası olma özelliğini korumuştur. Türk anayasa hukukunda egemenlik kayıtsız şartsız milletindir kuralı 1921 Teşkilat-ı Esasiye Kanunundan itibaren 1924, 1961 ve 1982 anayasalarında temel hüküm olma hüviyetini devam ettirmiştir. Bu düzenleme ana hatlarıyla yaşayan somut halk egemenliği yerine geçmiş-bugün-gelecek çizgisinde vücut bulan soyut millet egemenliği prensibini kendine dayanak olarak almıştır.

Egemenliğin içten dışa doğru uzanan etki ve nüfuz sahasında ise daha somut anayasal normlar bloku ile uluslararası antlaşma ve taahhütler düzeni varlığını hissettirmektedir. Devletin ülke içinde kendisi dışındaki toplumsal, ekonomik ve siyasal kuruluşlara kıyasla en yüksek iktidar odağı ve iradeye sahip olması anlamındaki iç egemenlik ile devletlerin hukuki eşitliğini ve bağımsızlığını tescil eden dış egemenlik, Türk anayasal gelişme tarihi içinde çeşitli iç ve dış etkenlerin sınırlaması ve kısıtlayıcılığı altında dinamik bir gelişim seyri ortaya koyar. Devlet yetkilerinin yasama, yürütme ve yargı arasında paylaştırıldığı modern kuvvetler ayrılığı prensibi, Türk anayasal gelişme sürecinde, işlemleri yargı denetimine bağlı ve hukukla sınırlanmış olarak normatif bir çerçeve içinde kavranmaya çalışılmış, hukuk üstünlüğüne dayalı anayasal devlet anlayışı ise egemenliğin devlet iktidarı tarafından kullanım sınırlarını

253 SARTORİ, Giovanni, *Karşılaştırmalı Anayasa Mühendisliği: Yapılar, Özendiriciler ve Sonuçlar Üzerine Bir İnceleme*, (Çev. E. Özbudun), Yetkin Yayınları, Ankara, 1997, s. 113, 161.



ve şartlarını işaretleyen hukuksal kurum ve kurallar eşliğinde öne çıkarılmıştır.

Devletlerarası ilişkilerdeki reel karşılıklı bağımlılıklar, ulusüstü hukuka bağlı taahhütler, devletler ile devlet dışı kuruluşların özellikle insan hakları gibi evrensel ilkeler etrafında devlete yönelttiği baskı politikaları gibi hukuki ve siyasi enstrümanlar, ulusal egemenlik kavramının tek, bölünmez ve devredilemez niteliklerinde bariz bir değişim yaratan siyasal ve hukuksal nüfuz araçlarını teşkil etmiştir. Genel anayasal pratik 1924 anayasası dönemi istisna edilirse kayıtsız şartsız olma kuralının egemenliğin millete ait olma yönüyle anlaşıldığı, egemenliğin kullanımının ise kayıtsız şartsız olmadığı şeklinde dar yorumu dayalı bir hukuksal görünüm ortaya koymuştur.

16 Nisan 2017 tarihli referandumda onaylanmasının ardından 9 Temmuz 2018'de yürürlük kazanan 21 Ocak 2017 tarih ve 6771 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunla yapılan Anayasa değişiklikleriyle ise organik açıdan yasama ve yürütme ilişkileri köklü değişim geçirmiş, büyük oranda başkanlık sistemiyle örtüşen bir temsili rejim inşası gerçekleştirilerek Cumhurbaşkanı siyasal sistemin merkezine yerleştirilmiştir. Cumhurbaşkanının seçilmesi, görev süresi, parlamentoyla ilişkisi, Bakanları ataması ve parlamenter sisteme özgü kabine sisteminin dışına çıkılması, kısıtlı durumlar veya yasak anayasal sınırlar hariç kararnameler yoluyla yasama fonksiyonuna dâhil edilmesi unsurları birlikte değerlendirildiğinde temsili nitelik korunarak egemenliğin kullanımı önceki anayasal düzenlemelere göre Cumhurbaşkanı ekseninde köklü bir dönüşüme uğratılmış; sistem, parlamenter yapıdan yürütme organının yasamanın içinden çıkmadığı, yürütmenin başı olan Cumhurbaşkanı'nın doğrudan halkoyuyla belirlendiği ve yasama organının güvenoyuna başvurulmadığı Cumhurbaşkanlığı/Başkanlık sistemine doğru yeni bir değişim yörüngesine oturtulmuştur.

Anayasal tarihimiz geçmişten aktüel zamanlara uzanan tüm değişim dönemlerinde ayrıca devlet tüzel kişiliği, iktidar gücü ve otorite yapısı itibariyle dikey düzeyde federal bir yetki dağılımı öngörmemiş, sadece değişen derecelerde idari adem-i merkezîyetçi bir yaklaşımla düzenlenen yerinden yönetim uygulamasına imkân tanıyarak üniter devlet mekanizmasının devam etmesi yönündeki müstakar uygulamayı aynen devam ettirmiştir.

Doktriner tespitlerin ortaklaştığı bu fikri alanlar bir bakıma egemenlik yetkisine ilişkin genel yargıların hukuksal bilançosu mahiyetindedir. Tartışma ve ayrışmanın tezahür ettiği asıl odak nokta, iç egemenliğin politik



İktidarlarca kullanım hakkının siyasal gelenekler, kamusal refleksler ve mevzuat bağajları ile kuşatılan kırılğan noktalarında yoğunlaşmaktadır. Bu çerçevede Türk anayasal gelişme tarihi, egemenliğin anayasanın koyduğu esaslara göre yetkili organlar eliyle kullanılacağına yönelik düzenlemenin geçerli olmadığı dönemlere hasredilen ve denge gözetmediği iddia edilen çoğunluk iktidarının hükümferma tabiatından egemenlik hakkının bürokratik ortaklıklarla kayıt ve şart altına alındığı siyasal zamanların sürekli muhasebesine savrulan bir görünüm arz etmiştir. Türk siyasal kadrolarının yoğun sosyo-politik kutuplaşmalar kısılcığında kendine özgü sistemsel çıkış yolları bulmaya yöneldiği reform kesitinden önceye takaddüm eden son dönem anayasal koleksiyon, seçilmiş siyasal organlar üzerindeki yargı aktivizmi ve asker-sivil bürokratik seçkin vesayetinin tezahür ettirdiği otoriter sarkaca doğru periyodik sürüklenişlerle tesmiye edilen fasit daire ve dramatik siyasal dejavu öyküleriyle doludur.

Vesayet demokrasisi ve seçilmiş temsilcilerin seçkinci asker-sivil bürokratların denetimi ve gözetimi altına alındığı eleştiri ve tespitleri büyük oranda egemenliğe ait yetki dağılımının kamu otoritelerince ihlal edildiği kavrayışından kaynaklanmaktadır. Ancak özellikle 1982 anayasası döneminde yapılan kapsamlı anayasal değişiklikler sivil ve askeri bürokrasinin siyasal iktidarı denetleme ve kendisini özerk kılma çaba ve eğilimlerini marjinal hale getirmiş ve geniş bir toplumsal muhalefet blokunun ortaya çıkışıyla karşı-hegemonik sivil-liberal bir anayasal demokratik birikim inşasına yönelinmiştir. Dolayısıyla anayasal sorun mutlak egemenlik anlayışının kayıt ve şart altına alınması veya anayasal çerçeve dahilinde kullanılmasının sınır ihlallerine yönelik biçimsel eleştiri yanında bu bağlamdan taşan veya çoğu zaman bununla da örtüşen resmi zihniyet ile tekevvün ettirdiği ideolojik kodlarda düğümlenmekteydi. Bu siyasal açmazın kırılması tek başına anayasaların muhtevasından elde edilecek bir kapasitenin omuzlarına elbette yüklenemezdi. Anayasaya yansıtılan demokratizasyon çabalarının karşı-hegemonik sivil-liberal anayasal birikimle tamamlanması ve toplumsal rıza üretimiyle entegre edilmesi kalıcı sonuçlar adına bu nedenle ısrarla önerilmektedir. Özellikle siyasal hakları genişleten 1995, temel hak ve hürriyetleri güçlendiren 2001, Cumhurbaşkanlığı seçimine yönelik bürokratik seçkinci müdahaleyi tasfiye etmek amacındaki 2007, Yüksek Askeri Şura ile Hâkimler ve Savcılar Kurulunun bazı kararlarına karşı yargı muafiyetinin tanındığı hükümlerin ilgasını öngören, Kamu Denetçiliği Kurumu'nu oluşturan ve Anayasanın geçici 15. Maddesinin yürürlükten kaldırılmasıyla 12 Eylül darbe dönemine yargı yolunu açan 2010, siyasal sistem krizlerine çözüm arayışlarını sonuçlandırmayı hedefleyen 2017 tarihli anayasa



değişikliklerinin Türk anayasal demokrasi hareketine liberal özler kazandırdığını ve hukuk devleti ile temel haklar alanında evrensel standartlara yönelik gelişim perspektifini ilerlettiği ifade edilebilir.

Yürürlükteki Türk Anayasasında vuku bulan tüm değişiklikler bu düşünsel panorama ışığında değerlendirildiğinde John Rawls'tan alınan kavramsal düzeneğin de yardımıyla denilebilir ki en temelde anayasal esasları ve öze ilişkin siyasal-yönetimsel konuları içsel hale getirebilecek birey profili geliştirildiği oranda köklü bir kabuk değişiminden söz edilebilecektir. Kapsamlı doktrinler yerine vatandaş odaklı makul siyasal düşünceye hâkimiyet alanı açan, demokratik hükümetle vatandaşlar arasındaki ilişkilere yön veren, ahlaki ve siyasal değerleri güçlendiren bir kamusal aklın ²⁵⁴ desteklenmesi söz konusu olduğunda ise gerçek toplumsal başarı ve test edilmiş bir politik-anayasal çerçeve ile optimum kamusal siyasal kültür elde edileceğinde kuşku bulunmamaktadır.

254 RAWLS, John, **Halkların Yasası ve Kamusal Akıl Düşüncesinin Yeniden Ele Alınması**, (çev. G. Evrin), 1. Baskı, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2006, s. 57-58, 144, 146, 148.



KAYNAKLAR

ABADAN, Yavuz, “Osmanlı İmparatorluğunda Anayasa Sistemine Geçiş Hareketleri”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl: 1957, Cilt: 14, Sayı: 1, (s. 3-37).

AĞAOĞULLARI, Mehmet Ali/ KÖKER, Levent, **Kral Devlet ya da Ölümlü Tanrı**, 5. Baskı, İmge Kitabevi, Ankara, 2018.

AĞAOĞULLARI, Mehmet Ali/ KÖKER, Levent, **Tanrı Devletinden Kral Devlete**, 6. Baskı, İmge Kitabevi, Ankara, 2013.

AĞAOĞULLARI, M. Ali, **Ulus-Devlet ya da Halk Egemenliği**, 2. Baskı, İmge Kitabevi, Ankara, 2010.

ALLÈGRE R. P/VAILLANCOURT Daniel G. “National Sovereignty”, **Cross Currents**, Yıl: 1971, Cilt: 21, Sayı: 4, (s. 377-398).

AKAL, Cemal B, **İktidarın Üç Yüzü**, 9. Baskı, Dost Kitabevi, Ankara, 2019.

ARSEL, İlhan, **Anayasa Hukuku (Demokrasi)**, 2. Baskı, Sıralar Matbaası, İstanbul, 1968.

ARSEL, İlhan, **Türk Anayasa Hukukunun Umumi Esasları**, Mars Matbaası, Ankara, 1965.

ATAR, Yavuz, **Türk Anayasa Hukuku**, 17. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2018.

AYDIN, Öykü D., “Latin Amerika’da Yeni Anayasacılık ve Yeni Anayasacı Başkanlar Öncülüğünde Barışçıl Devrim Kuramı: -I- Hugo Rafael Chavez Frias ve Venezuela’da Demokratik Anayasa Konvansiyonu Örneği”, **Yeni Türkiye Başkanlık Sistemi Özel Sayısı**, Yıl: 2013, Sayı: 51, (s. 790-807).

BALTA, Tahsin B., **İdare Hukukuna Giriş I**, 1. Baskı, Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü Yayınları No: 117, Ankara, 1968/1970.

BAŞGİL, Ali F., **Esas Teşkilat Hukuku Dersleri C. I**, Yeni Bası, Ulusal Matbaa, Ankara, 1943.

BAŞGİL, Ali F., **Hukukun Ana Mesele ve Müesseseleri**, Hak Kitabevi, İstanbul, 1946.

BENTWİCH, Norman, “The New Turkish Constitution”, **Journal of the Society of Comparative Legislation**, Yıl: 1908, Cilt: 9, Sayı: 2, (s. 328-336).

BERKES, Niyazi, **Batıcılık, Ulusçuluk ve Toplumsal Devrimler**, 3. Baskı, Kaynak Yayınları, İstanbul, 2007.



BERKES, Niyazi, **Türkiye’de Çağdaşlaşma**, 7. Baskı, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 2004.

DAL, Kemal, **Türk Esas Teşkilat Hukuku**, 2. Baskı, Gazi Üniversitesi Basın-Yayın Yüksek Okulu Basımevi, Ankara, 1986.

DUGUİT, Leon, **Kamu Hukuku Dersleri**, (çev. S. Derpil), 1.Baskı, Ankara Üniversitesi yayınları, Ankara, 1954.

DOEHRİNG, Karl, **Genel Devlet Kuramı (Genel Kamu Hukuku)**, (Çev. A. Mumcu), 3. Baskı İnkılap Yayınları, İstanbul, 2015.

EARLE, Edward M., “The New Constitution of Turkey”, **Political Science Quarterly**, Yıl: 1925, Cilt: 40, Sayı:1, (s. 73-100).

ELEFTHERIADIS, Pavlos, “Law and Sovereignty”, **Law and Philosophy**, Yıl: 2010, Cilt: 29, Sayı: 5, (s. 535-569).

ERDOĞAN, Mustafa, **Anayasal Demokrasi**, 13. Baskı, Siyasal Kitabevi, Ankara, 2017.

ERDOĞAN, Mustafa, **Türk Anayasa Hukuku**, (baskı sayısı belirtilmemiş), Hukuk Yayınları, Ankara, 2018.

ERDOĞAN, Mustafa, **Özgürlük Perspektifinden Hukuk ve Demokrasi**, 1. Baskı, Kesit Yayınları, İstanbul, 2013.

ERDOĞAN, Mustafa, **Anayasa Hukuku**, 7. Baskı, Orion Yayınları, Ankara, 2011.

ERGİL, Doğu, “Başkanlık Sistemi ve Türkiye”, **Başkanlık Sistemi**, (der. M. Aktaş, vd.), 1. Basım, Liberte Yayınları, Ankara, 2015, (s. 21-47).

EROĞUL, Cem, **Anatüzeğe Giriş**, 15. Baskı, İmaj Yayınevi, Ankara, 2016.

ESEN, Bülent N., Türkiye’de Anayasal Gelişmeler, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl: 1968, Cilt: 25, Sayı: 1, (s. 35-58).

FENDOĞLU, Hasan Tahsin, **Anayasal Derinlik Türkiye’nin Anayasal Hafızası**, 1. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2012.

FENDOĞLU, Hasan Tahsin, **Türkiye’de Başkanlık Sistemi**, 1. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2015.

FITZPATRICK, Peter, “**Surpassing Sovereignty**”, Sovereignty, *Frontiers of Possibility* , (der. Genovese, A., Evans, J., Wolfe, P., Reilly, A., Project, M), University of Hawaii Press., Honolulu , 2013, (s. 181-195).

GİRİTLİ, İsmet/ SARMAŞIK, Jale, **Anayasa Hukuku**, 2. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2001.



GLANVILLE, Luke, "The Myth of "Traditional" Sovereignty, **International Studies Quarterly**, Yıl: 2013, Cilt: 57, Sayı: 1, (s. 79-90).

GÖREN, Zafer, **Anayasa Hukuku**, 4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019.

GÖZLER, Kemal, **Türk Anayasa Hukuku Dersleri**, 24. Baskı, Ekin Yayınları, Bursa, 2019a.

GÖZLER, Kemal, **Anayasa Hukukunun Genel Esasları**, 11. Baskı, Ekin Yayınları, Bursa, 2019b.

GÖZLER, Kemal, **Türk Anayasa Hukuku**, 3. Baskı, Ekin Yayınları, Bursa, 2019c.

GÖZLER, Kemal, **Anayasa Hukukunun Genel Teorisi C.I.**, 1. Baskı, , Ekin Yayınları, Bursa, 2011.

HAKYEMEZ, Şevki, "Türkiye'de son 10 Yılda (2002-2012) Demokratikleşme Sürecinde Atılan Adımlar" **Türkiye'nin Demokratik Dönüşümü**, (der. M. Yılmaz vd.), 1. Baskı, Stratejik Düşünce Enstitüsü, Ankara, 2012, (s. 7-41).

HEPER, Metin, **Türkiye'de Devlet Geleneği**, 4. Baskı, Doğu Batı Yayınları, Ankara, 2012.

HEPER, Metin, **Türkiye'nin Siyasal Hayatı**, (çev. K. Göksel), 1. Baskı, Doğan Kitap, İstanbul, 2011.

KABOĞLU, İbrahim Ö, **Anayasa Hukuku Dersleri**, 14. Baskı, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2019.

KAHN, Paul W., **Political Theology Four New Chapters on the Concept of Sovereignty**, Columbia University Press, 2011.

KAPANİ, Münci, **Politika Bilimine Giriş**, 32. Baskı, Bilgi Yayınevi, Ankara, 2013.

KEDOURİE, Elie, "The End of the Ottoman Empire", **Journal of Contemporary History**, Yıl: 1968, Cilt: 3, Sayı: 4, (s. 19-28).

KOÇAK, Mustafa, **Devlet ve Egemenlik**, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2006.

KÖKER, Levent, **Modernleşme, Kemalizm ve Demokrasi**, 2. Baskı, İletişim Yayınları, İstanbul, 1993.

KRASNER, Stephen D., "Abiding Sovereignty", **International Political Science Review**, Yıl: 2001a, Cilt: 22, Sayı: 3 , (s. 229-251).



KRASNER, Stephen D., "Sovereignty", **Foreign Policy**, Yıl: 2001b, Sayı: 122, (s. 20-29).

LEWİS, Bernard, **Modern Türkiye'nin Doğuşu**, 4. Baskı, Türk Tarih Kurumu Yayınları, (çev. M. Kıratlı), Ankara, 1991.

LİJPHART, Arend, **Çağdaş Demokrasiler**, (çev. E.Özbudun/E. Onulduran), 1. Basım, Yetkin Yayınları, Ankara.

LİNDSEY, A. D. "Sovereignty" **Proceedings of the Aristotelian Society**, Yıl:1924, Cilt: 24, Sayı: 1 (s. 235-255).

LUTZ, Donald S., **Principles of Constitutional Design**, First Published, Cambridge University Press, New York, 2006.

MARDİN, Şerif, **Türk Modernleşmesi**, 11. Baskı, İletişim Yayınları, İstanbul, 2002.

MARSHALL, Geoffrey, **Constitutional Theory**, Oxford University Press, London, 1971.

MİSİR, Mustafa B., "Egemenlik" **Siyaset Bilimi**, (der. G. Atılgan, vd.), 4. Basım, Yordam Kitap, İstanbul, 2014, (s. 55-67).

MORGAN, April, "Sovereignty's New Story", **The Monist**, Yıl: 2007, Cilt: 90, Sayı: 1, (s. 26-47).

NEWTON, Kenneth/DETH, Jan W. Van, **Karşılaştırmalı Siyasetin Temelleri**, (çev. E. Saraçaoğlu), 1. Basım, Phoenix yayınevi, Ankara, 2014.

ÖZAY, İlhan, "Egemenliğin Kaydı ve Şartı", **İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi**, Yıl: 2000, Cilt: 13, Sayı: 1, (s. 321-361).

ÖZBUDUN, Ergun, **Türk Anayasa Hukuku**, 19. Baskı, Yetkin yayınları, Ankara, 2019.

ÖZKORKUT, Nevin Ü., "1876 Anayasasının Hukuk Devleti Unsurları Açısından Osmanlı Devlet Anlayışına Getirdiği Yenilikler", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl: 2004, Cilt: 53, Sayı: 1, (s. 173-184).

ÖZTÜRK, Namık, K.,/KURT Hüseyin "Amerikan Başkanlık Sistemi", **Başkanlık Sistemi**, (der. M. Aktaş, vd.), 1. Basım, Liberte Yayınları, Ankara, 2015, (s. 51-77).

PARLA, Taha, **Ziya Gökalp, Kemalizm ve Türkiye'de Korporatizm**, 2. Baskı, İletişim Yayınları, İstanbul, 1992.

POGGİ, Gianfranco, **Devlet, Doğası, Gelişimi ve Geleceği**, (çev. A. Babacan), 4. Baskı, Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul.



RAPCSÁK, János, “Sovereignty-Past and Present”, **Társadalom és gazdaság Közép- és Kelet-Európában / Society and Economy in Central and Eastern Europe**, Yıl: 1998, Cilt: 20, Sayı: 1, (s. 28-44).

RAWLS, John, **Halkların Yasası ve Kamusal Akıl Düşüncesinin Yeniden Ele Alınması**, (çev. G. Evrin), 1. Baskı, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2006.

SABUNCU, Yavuz, **Anayasa Hukuku**, 16. Baskı, İmaj Yayınevi, Ankara, 2014.

SARTORİ, Giovanni, **Karşılaştırmalı Anayasa Mühendisliği: Yapılar, Özendiriciler ve Sonuçlar Üzerine Bir İnceleme**, (çev. E. Özbudun), Yetkin Yayınları, Ankara, 1997.

SCHMITT, Carl, **Siyasi İlahiyat**, (çev. A. E. Zeybekoğlu), 5. Baskı, Dost Kitabevi, Ankara, 2016.

SOYSAL, Mümtaz, **Anayasaya Giriş**, 3. Baskı, İmge Kitabevi, Ankara, 2011.

SUNAY, Reyhan, **Tartışılan Egemenlik**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2007.

TANÖR, Bülent/ YÜZBAŞIOĞLU, Necmi, **1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku**, 19. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2019, s. 126.

TANÖR, Bülent, **Osmanlı Türk Anayasal Gelişmeleri**, 4. Baskı, Afa Yayınları, İstanbul, 1996.

TANÖR, Bülent, **Anayasal Gelişme Tezleri**, 3. Baskı, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 2013.

TEZİÇ, Erdoğan, **Anayasa Hukuku**, 20. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2016.

TURHAN, Mehmet, **Anayasal Demokrasi**, 2. Baskı, Naturel Yayınları, Ankara, 2003.

UYGUN, Oktay, **Devlet Teorisi**, 6. Baskı, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2019.

ÜÇÖK, Coşkun/MUMCU, Ahmet/BOZKURT, Gülnihal, **Türk Hukuk Tarihi**, 20. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2018.

ÜÇÖK, Coşkun, **Türk Hukuk Tarihi Dersleri**, 2. Baskı, Ajans-Türk Matbaası, Ankara, 1957.



TÜRK BORÇLAR KANUNU'NUN 352. MADDESİNİN ÜÇÜNCÜ FIKRASINA GÖRE KİRAYA VERENİN KİRA SÖZLEŞMESİNİ SONA ERDİRMESİ

*(Termination of Leasing of the Lessor Pursuant to Article 352/3
of the Turkish Code of Obligations)*

Arş. Gör. Hakkı Mert DOĞU¹

ÖZ

Kira sözleşmesi, kiracı ile kiraya veren arasında akdedilen bir sözleşmedir. Bu sözleşmede kiracı belirli bir bedel karşılığında kiraya verenin taşınır veya taşınmaz malını kullanma ve ondan yararlanma hakkını elde etmektedir. Türk Borçlar Kanunu'nun 299 ilâ 378. maddeleri arasında kira sözleşmesi ayrıntılı bir şekilde düzenlenmektedir.

Kira sözleşmesinin sona ermesi, kira hukuku açısından son derece önemlidir. Konut ve çatılı işyeri kiralarna ilişkin olarak kanun koyucu bazı özel sona erme hâlleri öngörmektedir. Bunlardan bir tanesi Türk Borçlar Kanunu'nun 352. maddesinin üçüncü fıkrasında düzenlenmektedir. Kiracının veya birlikte yaşadığı eşinin aynı ilçe veya belde belediye sınırları içinde oturmaya elverişli bir konutu varsa, kiraya veren kira sözleşmesini sona erdirebilmektedir.

Anahtar Kelimeler: Kira Sözleşmesi, Konut Kirası, Oturmaya Elverişli Konut, Sona Erme, Türk Borçlar Kanunu

ABSTRACT

The lease contract is a contract between the lessee and the lessor. In this contract, the lessee obtains the right to use the movable or immovable property of the lessor in return for a certain price. 299-378 of the Turkish Code of Obligations regulates the lease agreement in detail.

The termination of the lease contract is extremely important in terms of lease law. Regarding the rents of housing and roofed workplaces, the legislator foresees some special expiration. One of them is regulated in the third paragraph of Article 352 of the Turkish Code of Obligations. If the lessee or his/her spouse has a home suitable for residence within the same district or municipality, the lessor may terminate the lease agreement.

1 KTO Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Ana Bilim Dalı, mert.dogu@karatay.edu.tr, ORCID ID: 0000-0003-4695-9623

Keywords: Lease Contract, Residential Lease, Residential, Termination, Turkish Code of Obligation

GİRİŞ

Kira sözleşmesi, kiracının kararlaştırılan kira bedeli karşılığında kiraya verenin taşınır veya taşınmaz malını belirli ya da belirli olmayan bir süre boyunca kullanmasını veya kullanmakla birlikte ondan yararlanmasını sağlayan bir sözleşmedir.

Kira Hukuku açısından önemli noktalardan bir tanesi, kira sözleşmesinin sona ermesidir. Özellikle konut ve çatılı işyeri kiralarna ilişkin yapılan sözleşmelerde, kanun koyucu özel sona erme durumlarını düzenlemiştir. Makalede bu özel sona erme hâllerinden biri olan kiracının veya birlikte yaşadığı eşinin aynı ilçe veya belde belediye sınırları içinde oturmaya elverişli bir konutu bulunması durumunda kiraya verenin kira sözleşmesini sona erdirebilmesi durumu incelenmektedir.

İlk bölümde konut ve çatılı işyeri kiralalarında kiraya verenin kiracıdan kaynaklanan sebepler nedeniyle kira sözleşmesini sona erdirmesi üzerinde durulmaktadır. İkinci bölümde ise makalenin de konusunu oluşturan Türk Borçlar Kanunu'nun 352. maddesinin üçüncü fıkrasındaki düzenlemeye ilişkin değerlendirmeler 6570 Sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanun ile karşılaştırılmalı olarak yapılmaktadır.

I. KONUT VE ÇATILI İŞYERİ KİRALARINDA KİRAYA VERENİN KİRACIDAN KAYNAKLANAN SEBEPLERLE KİRA SÖZLEŞMESİNİ SONA ERDİRMESİ

Konut ve çatılı işyeri kiralalarının sona ermesi ile bununla bağlantılı olarak konut ve çatılı işyeri kiralalarında kiracıdan kaynaklanan sebeplerle kira sözleşmesinin sona ermesi incelenmektedir.

A. Genel Olarak

Konut ve çatılı işyeri kiralalarının sona ermesi iki başlıkta incelenmektedir². Bunlardan birincisi genel hükümlere göre sona ermedir. TBK'nin 347. maddesinin üçüncü fıkrasına göre genel hükümlere göre fesih hakkının kullanılabilceği durumlarda, kiraya veren veya kiracı sözleşmeyi sona erdirebilir³. Fesih yoluyla sona erme, kiralananda önemli ayıpların bulunması, üçüncü kişinin üstün bir hak iddia etmesi,

2 Bkz., AYSAL Murat, "Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarında Sözleşmenin Sona Ermesi", **Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi-Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi**, C.9, S.103-104, İstanbul, 2013, s. 183.

3 Ayrıca bkz., DEMİRCİOĞLU Huriye Reyhan, "6098 Sayılı TBK'ya Göre Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarında Kiraya Verenin Bildirimli Fesih Hakkını Kullanabilmesinde Süre



kiracı tarafından kira borcunun ödenmesinde temerrüde düşülmesi, kira konusunu özenle kullanma ve komşulara saygı gösterme borcunun ihlal edilmesi vb. durumlarda gündeme gelmektedir⁴.

Konut ve çatılı işyeri kiralarının sona ermesine ilişkin ikinci durum ise kiraya veren ya da kiracıdan kaynaklanan bazı sebeplerin varlığı hâlinde dava açmak veya icra takibi yoluyla kira sözleşmesinin sona erdirilmesidir.

B. Kiracıdan Kaynaklanan Sebeplerle Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarının Sona Ermesi

Konut ve çatılı işyeri kiralarının kiracıdan kaynaklanan sebeple sona ermesine ilişkin olarak 6570 Sayılı Kanun'un 7. maddesine karşılık gelen TBK'nin 352. maddesinde bir düzenleme mevcuttur. Bu düzenlemede, kiracıdan kaynaklanan ve kira sözleşmesinin sona ermesine yol açan durumların neler olduğu sayılmaktadır. Madde, "*Kiracı, kiralananın teslim edilmesinden sonra, kiraya verene karşı, kiralananı belli bir tarihte boşaltmayı yazılı olarak üstlendiği hâlde boşaltmamışsa kiraya veren, kira sözleşmesini bu tarihten başlayarak bir ay içinde icraya başvurmak veya dava açmak suretiyle sona erdirebilir.*

Kiracı, bir yıldan kısa süreli kira sözleşmelerinde kira süresi içinde; bir yıl ve daha uzun süreli kira sözleşmelerinde ise bir kira yılı veya bir kira yılını aşan süre içinde kira bedelini ödemediği için kendisine yazılı olarak iki haklı ihtarda bulunulmasına sebep olmuşsa kiraya veren, kira süresinin ve bir yıldan uzun süreli kiralarda ihtarların yapıldığı kira yılının bitiminden başlayarak bir ay içinde, dava yoluyla kira sözleşmesini sona erdirebilir.

Kiracının veya birlikte yaşadığı eşinin aynı ilçe veya belde belediye sınırları içinde oturmaya elverişli bir konutu bulunması durumunda kiraya veren, kira sözleşmesinin kurulması sırasında bunu bilmiyorsa, sözleşmenin bitiminden başlayarak bir ay içinde sözleşmeyi dava yoluyla sona erdirebilir." şeklindedir.

Türk Borçlar Kanunu'nun 352. maddesinin birinci fıkrasında kiracının vermiş olduğu yazılı tahliye taahhüdüne dayanarak kiraya verene sözleşmeyi sona erdirme imkânı sağlanmaktadır⁵. Maddenin

Sorunu", **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, C.31, S.2, Ankara, 2015, s. 178 vd.

4 Ayrıntılı bilgi için bkz., KALENDER Ahmet, "Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarında Sözleşmenin Sona Ermesi", **Terazi Hukuk Dergisi**, C.12, S.136, Ankara, 2017, s. 23 vd.

5 Tahliye taahhüdü için bkz., ERDEM Mehmet, "Konut ve Çatılı İş Yeri Kiralarında Yazılı Tahliye Taahhüdünün Geçerlilik Şartları ve Özellikle Taahhüdün Kiralananın Tesliminden Sonra Verilmiş Olduğunun İspatı", Özer Seliçi'nin Anısına Armağan, **Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.11, S.145-146, İstanbul, 2016, s. 482 vd.; ALTUNTOP Merve, "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Kapsamında Yazılı Tahliye Taahhüdü Sebebiyle Tahliye", **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, S.19, Ankara, 2014, s. 520 vd.; YALMAN Süleyman, "Tahliye Sebebi Olarak Yazılı Tahliye Taahhüdü", **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.13, S.2, Konya, 2005, s. 9 vd.; İPEK Eyüp, "6098

ikinci fıkrasında kiracıya iki haklı ihtar gönderilmesi durumunda kira sözleşmesinin kiraya veren tarafından sona erdirilebileceği belirtilmektedir⁶.

Maddenin son fıkrası ise makalenin de konusu oluşturan kiracı veya eşinin aynı ilçe ve belde belediye sınırları içerisinde oturmaya elverişli bir konutunun bulunması durumunda kiraya verenin sözleşmeyi sona erdirebilmesidir. Söz konusu TBK'nin 352. maddesi, uygulaması ertelenen maddeler arasında yer almamaktadır⁷.

II. KİRACININ VEYA BİRLİKTE YAŞADIĞI EŞİNİN AYNI İLÇE VEYA BELDE BELEDİYE SINIRLARI İÇİNDE OTURMAYA ELVERİŞLİ BİR KONUTU BULUNMASI DURUMUNDA SÖZLEŞMENİN SONA ERDİRİLMESİ

Türk Borçlar Kanunu'nun 352. maddesinin üçüncü fıkrası, şartları ve tahliye davasının açılabilmesi süre üzerinde durulmaktadır.

A. Genel Olarak

Kiraya veren, TBK'nin 352. maddesinin üçüncü fıkrasına göre kira sözleşmesinin kurulması sırasında durumu bilmemek kaydıyla, kiracı veya birlikte yaşadığı eşinin aynı ilçe veya belde belediye sınırları içerisinde oturmaya elverişli bir konutunun bulunması durumunda kira sözleşmesini sona erdirebilir⁸. Böyle bir düzenlemeye gidilmesindeki amaç, kiracı veya eşinin sahip olduğu konutu daha yüksek bedelden kiraya vererek kendisinin daha düşük bedelde oturmaya devam etmesinin kanun koyucu tarafından korunmak istenmemesidir⁹.

Sayıli Türk Borçlar Kanunu ile Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarında Tahliye Sebeplerine İlişkin Getirilen Yenilikler", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S.102, Ankara, 2012, s. 76 vd.; ÖZTÜRK Mehmet, "Konut ve Çatılı İşyeri Kira Sözleşmelerinin Sona Erme Halleri", **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Şeref ERTAŞ'a Armağan, C.19, Özel Sayı, İzmir, 2017, s. 1581 vd.

- 6 Bkz., ATABEKOĞLU Fatma, "Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarının Kiracıdan Kaynaklanan Sebeplerle Sona Ermesi", **Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi-Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi**, C.9, S.103-104, İstanbul, 2013, s. 176 vd.; KOÇ Nevzat, "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununda Kira Sözleşmesine İlişkin Olarak Yapılan Yeni Düzenlemelerin Genel Değerlendirmesi", **İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.1, S.1, İstanbul, 2014, s. 31-32; GÜNAY Erhan, "Haklı İki İhtara Dayalı Kira Sözleşmesinin Sona Erdirilmesi", **Terazi Hukuk Dergisi**, C.13, S.137, Ankara, 2018, s. 73 vd.; İPEK, s. 79 vd.
- 7 Bkz., GÖKYAYLA Emre, "Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarına İlişkin Hükümlerin Uygulama Alanı (TBK. m. 339)", **Journal of Yaşar University**, C.8, Özel Sayı, 2013, s. 1237. Ertelenen maddelere ilişkin olarak ayrıntılı bilgi için bkz., TÜRKMEN Ahmet, "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununun Kira Sözleşmesine İlişkin Yürürlüğü Ertelenen Hükümlerinin Değerlendirilmesi", **Ankara Barosu Dergisi**, 2015/1, s. 352 vd.
- 8 6570 Sayılı Kanun'da bu durum, "Aynı şehir veya belediye hudutları içinde kendisinin veya birlikte yaşadığı eşinin uhdesinde kayıtlı oturabileceği meskeni bulunan kimse, kirada oturduğu yeri, malikin isteği üzerine tahliye etmeye mecburdur." şeklinde ifade edilmekteydi.
- 9 ZEVKLİLER Aydın/GÖKYAYLA, K. Emre, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, 16. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2016, s. 394.



Türk Borçlar Kanunu'nun 352. maddesinin üçüncü fıkrası, 6570 Sayılı Kanun'un 7. maddesinin ikinci fıkrasının aksine tahliye davası açma hakkını malike¹⁰ değil, kiraya verene tanımıştır¹¹. Kira sözleşmesinin sadece malik tarafından yapılamayacağı düşünüldüğünde, bu düzenlemenin son derece yerinde olduğu söylenir.

B. Şartları

Türk Borçlar Kanunu'nun 352. maddesinin üçüncü fıkrasına göre tahliye davasının açılabilmesi için aynı ilçe veya belde belediye sınırları içinde oturmaya elverişli bir konutun bulunması, konutun, kiracıya veya birlikte yaşadığı eşine ait olması ile kiraya verenin başka bir konuttan sözleşmenin yapıldığı sırada haberi olmaması gerekir.

1. Aynı İlçe veya Belde Belediye Sınırları İçinde Oturmaya Elverişli Konut Şartı

Aynı ilçe veya belde belediye sınırları içinde bir konutun bulunması gerekmele birlikte söz konusu konutun, oturmaya elverişli olması aranmaktadır.

a. Aynı İlçe veya Belde Belediye Sınırları İçinde Bulunma

Türk Borçlar Kanunu'nun 352. maddesinin üçüncü fıkrasına göre kiraya verenin bu hükümden yararlanabilmesi için kiracı veya birlikte yaşadığı eşinin aynı ilçe veya belde belediyeleri sınırları içerisinde oturmaya elverişli bir konutunun bulunması gerekir.

Kiracı veya eşinin aynı ilçe sınırlarında konutları varsa, bu hüküm uygulama alanı bulur. Örneğin Konya İli Karatay ilçesinde bir konut kiralayan A veya eşi B'nin, Karatay ilçesinde ikinci bir konutları varsa, kiraya veren TBK'nin 352. maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca tahliye davası açabilir. Aynı ilçe sınırları içerisinde ister kiracının isterse kiracının eşinin konutu bulunsun, durum değişmez.

10 6570 Sayılı Kanunda bu yetki malike aitti. Bkz., FEYZİOĞLU Feyzi Necmeddin, **Borçlar Hukuku İkinci Kısım-Akden Muhtelif Nevileri (Özel Borç İlişkileri)**, Cilt 1, 4. Baskı, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1980, s. 672; TANDOĞAN Halûk, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, Cilt: I/2-Kira ve Ödünç Verme (Ariyet, Karz) Sözleşmeleri, 4. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2008, s. 269; TUNÇOMAĞ Kenan, **Türk Borçlar Hukuku II. Cilt, Özel Borç İlişkileri**, 3. Baskı, Sermet Matbaası, İstanbul, 1977, s. 650; BURCUOĞLU Halûk, **Yargıtay Kararları Işığında 6570 Sayılı Yasa'ya Göre Kiracının Tahliye Edilmesi**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1993, s. 330; AYDINLIYIM Suat, **Türk Hukukunda Adi Kira Sözleşmesinin Son Bulması**, Ajans-Türk Matbaacılık, Ankara, 1973, s. 83.

11 Bkz., GÜMÜŞ Mustafa Alper, **Yeni 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kira Sözleşmesi (TBK m. 299-356)**, 2. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012, s. 337, (Kira); ATABEKOĞLU, s. 180.

Kiraya verenin, TBK'nin 352. maddesinin üçüncü fıkrasından yararlanabilmesi için maddenin ifadesine göre kiracı veya birlikte yaşadığı eşinin aynı belde belediyesi sınırları içerisinde bir konutunun da bulunması yeterlidir. Ancak 6 Aralık 2012 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanan 6360 Sayılı On Üç İlde Büyükşehir Belediyesi ve Yirmi Altı İlçe Kurulması ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunla birlikte belde belediyeleri kapatılmıştır. Bu durumda TBK'nin 352. maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan “belde belediyeleri” ifadesinden ne anlaşılması gerektiği açık değildir.

Aynı ilçe veya belediye sınırları dışında değerlendirilmesi gereken bir diğer durum ise kiracı veya birlikte yaşadığı eşinin büyükşehir belediyesi sınırları içerisinde başka bir konutunun olması hâlinde TBK'nin 352. maddesinin üçüncü fıkrasının uygulama alanı bulup bulamayacağıdır. 6570 Sayılı Kanun'un 7. maddesinin son fıkrasında “Aynı şehir veya belediye hudutları içinde kendisinin veya birlikte yaşadığı eşinin uhdesinde kayıtlı oturabileceği meskeni bulunan kimse,” ifadesi yer almaktaydı. İlgili düzenlemede yer alan “Aynı şehir veya belediye hudutları içinde...” ifadesinden büyükşehir belediyesi sınırları içerisindeki konutu da bu kapsamda değerlendirenler hem Yargıtay uygulaması hem de doktrinde söz konusuydu¹². Doktrindeki bir diğer görüşe göre özellikle TBK'deki düzenleme ile birlikte büyükşehir belediye sınırları içerisindeki başka bir konutun varlığı hâlinde maddenin uygulanamayacağı belirtilmektedir¹³.

Kanaatimizce de büyükşehir belediyesi sınırlarını, bu hükmün uygulanmasına dahil etmemek gerekir. Özellikle yüz ölçümü büyük olan illerde, söz konusu durum, problemlere sebep olabilir. Ayrıca TBK'nin 352. maddesinin gerekçesine bakıldığında, kanun koyucunun büyükşehir belediye sınırlarını, maddenin uygulama alanına dahil etmediği görülmektedir¹⁴. Ancak birbirine yakın mesafelerde olup da

12 Bkz., ARAL Fahrettin/AYRANCI Hasan, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, 11. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2015, s. 337; KUNTALP Erden/BARLAS Nami/AYANOĞLU MORALI Ahu/ÇAVUŞOĞLU İŞINTAN Pelin/İPEK Mehtap/YAŞAR Mert/KOÇ Sedef, **Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'na İlişkin Değerlendirmeler**, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2005, s. 192; AYDEMİR Efrail, **Türk Borçlar Yasasına Göre Kira Hukuku**, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016, s. 234; FEYZİOĞLU, s. 673.

13 Bkz., GÜMÜŞ, *Kira*, s. 340; ATABEKOĞLU, s. 180; BURCUOĞLU, s. 336; AYDOĞDU Murat/KAHVECİ Nalan, **Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Sözleşmeler Hukuku**, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017, s. 679; DOĞAN Murat, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarına İlişkin Hükümlerinin Değerlendirmesi”, Cevdet Yavuz'a Armağan, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2012, s. 519.

14 **Gerekeçe**: Maddenin üçüncü fıkrası, 6570 Sayılı Kanununun 7'nci maddesinin son fıkrasından alınmıştır. Ancak, bu hükümden farklı olarak, “aynı ilçe veya belde belediye sınırları içinde olma”, “kira sözleşmesinin kurulması sırasında bunu bilmeme” ve “sözleşmenin bitiminden başlayarak bir ay içinde sona erdirmeye” koşullarının birlikte gerçekleşmesi aranmıştır. Böylece,

farklı ilçe sınırları içerisinde bulunan konutlarda tahliye davasının açılmaması durumu da dikkate alınmalıdır. Bu noktadaki doktrindeki bir görüş TBK'nin 352. maddesinin üçüncü fıkrasının uygulama alanını daraltmayarak, mesafelerin uzadığı durumlarda konutun elverişliliğinin kalmadığının kabul edilmesi gerektiğini belirtmektedir¹⁵.

b. Oturmaya Elverişli Konutun Bulunması

Kiraya verenin TBK'nin 352. maddesinin üçüncü fıkrasına dayanarak tahliye davası açabilmesi için kiracı veya birlikte yaşadığı eşinin, oturmaya elverişli bir başka konutunun olması gerekir. Kanun koyucu söz konusu düzenlemeyi sadece konut olarak ele almıştır. Benzer sonuca, 6570 Sayılı Kanun döneminde de varılmaktaydı.

Kiracı veya eşinin aynı ilçe sınırları içerisinde bir işyeri olsa, kiraya veren TBK'nin 352. maddesinin üçüncü fıkrasına dayanarak bu davayı açamaz¹⁶. Hem konut hem de işyeri olarak kullanılan bir yer varsa, bunun tamamına işyerine ilişkin hükümler uygulanacağı için TBK'nin 352. maddesinin üçüncü fıkrasının uygulama alanı bulması mümkün değildir¹⁷. Yazlık kiralarda da bu hüküm uygulanmamakla birlikte¹⁸ söz konusu yazlık, sonradan konut olarak kullanılmaya başlanmışsa TBK'nin 352. maddesinin üçüncü fıkrası gündeme gelir¹⁹.

Kiracı veya birlikte yaşadığı eşine ait konutun, oturmaya elverişli olması gerekmektedir. Oturmaya elverişli olmaktan maksat, bir konuttan beklenebilecek her türlü imkân ve faydalanmayı sağlamasıdır²⁰. Konutun

kiracının veya birlikte yaşadığı eşinin konutunun, "aynı belediye sınırları içinde olmasından, dolayısıyla büyükşehir belediyelerinin de "aynı belediye" olarak kabul edilmesinden vazgeçilmiş ve "ilçe ya da belde belediye sınırları" esas alınmıştır.

- 15 Bkz., İNCEOĞLU M. Murat, **Kira Hukuku**, Cilt 2, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2014, s. 472.
- 16 Bkz., EREN Fikret, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, 5. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017, s. 426; YAVUZ Cevdet, **Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, 10. Baskı, Beta Basım Yayın Dağıtım, İstanbul, 2014, s. 700; AKGÜN AKAY Merve, **Konut ve Çatılı İşyeri Kira Sözleşmelerine Özgü Sona Erme Sebepleri**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017, s. 168; GÜNAY Erhan, **Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarında Kira Tespiti ve Kira Sözleşmesinin Sona Erdirilmesi**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017, s. 232; GÜMÜŞ, *Kira*, s. 338; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 392-393; BURCUOĞLU, s. 330; FEYZİOĞLU, s. 672; TANDOĞAN, s. 271; TUNÇOMAĞ, s. 651; AYDEMİR, s. 233.
- 17 GÜNAY, s. 232.
- 18 "...Aynı konut ihtiyacının devamı olan yazlık konutun, davalının aynı şehir ve belediye hududu içinde yaz ve kış oturulabilir konutu olduğundan bahisle boşaltılması kanunun konuluşu amacıyla aykırı düşer. Davalının yaz kış oturduğu konutunun olması, aksinin kabulü halinde davalının yazlık ihtiyacının kabul edilmemesi ve önlenmesi demek olur. Belirtilen sebeplerle olayda 6570 sayılı Kanunun 7/son fıkrasının uygulanma olanağı yoktur..." Yargıtay Kararı - 6. HD., E: 1984/5292-K: 1984/5323, www.lexpera.com, Erişim Tarihi: 24.05.2019.
- 19 Bkz., BURCUOĞLU, s. 331.
- 20 Bkz., ERDOĞAN Celâl, **Tahliye ve Kira Tespiti Davaları**, 3. Baskı, Halkevleri Kültür Vakfı Basımevi, Ankara, 1975, s. 493; ERZURUMLUOĞLU Erzan, **Türk Hukukunda Adî Kira**

oturmaya elverişliliği tespit edilirken objektif ve sübjektif olarak ikili bir ayırım yapmak gerekir²¹.

Konutun objektif olarak elverişliliği onun fiziksel yapısı ve durumuna ilişkindir. Bununla birlikte iskân izninin olup olmamasının TBK'nin 352. maddesinin üçüncü fıkrası anlamında konutun objektif olarak elverişliliği açısından etkisine bakmak gerekir. Doktrindeki bir görüşe göre iskân izni olmayan konutların, oturmaya elverişli sayılamayacağı için tahliye davasının reddedilmesi gerektiği yönündedir²². Konuya ilişkin bir diğer görüş ise bazı bölgelerde henüz iskân izni olmayan birçok konutun olduğu ve bu konutlarda oturmanın fiilen mümkün olması hâlinde, bunları TBK'nin 352. maddesinin üçüncü fıkrası anlamında konut saymamak katı bir yaklaşım olacağı yönündedir²³. Kanaatimizce de fiilen oturmaya elverişli bir konutun varlığı, iskân izninin olmaması durumunu, TBK'nin 352. maddesinin üçüncü fıkrası açısından bertaraf etmelidir.

Konutun sübjektif olarak elverişliliği, kiracının oturabileceği niteliklere sahip olmasıdır. Konutun büyüklüğü, konutun kiracı ve aile üyeleri²⁴ bakımından kullanımına uygun olması bu kapsamda değerlendirilir²⁵.

Sözleşmesinin Sona Ermesi, Emel Matbaacılık, Ankara, 1973, s. 75; GÜMÜŞ, *Kira*, s. 339; EREN, s. 426; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 393; ATABEKOĞLU, s. 182; BURCUOĞLU, s. 338 vd.; AYDINLIYIM, s. 82 vd. "...Buna göre mahkemece davalıya usulüne uygun kesin süre verilerek süresinde keşif avansının yatırılması halinde kiracıya ait olduğu beyan edilen taşınmaz başında keşif yapılarak, davalı kiracının savunması üzerinde durularak konutun oturulabilir durumda olup olmadığı araştırılıp, konusuz kalan dava hakkında dava tarihindeki haklılık durumunun bu şekilde tespiti ile yargılama giderlerinin belirlenmesi gerekirken davacının tahliye talep etme hakkı olmadığı gerekçesiyle yazılı şekilde karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir..." Bkz., Yargıtay 3. HD., E:2017/4366-K:2017/12337, www.lexpera.com, Erişim Tarihi: 3.04.2018. "...Olayımıza gelince; her ne kadar mahkemece alınan bilirkişi raporu doğrultusunda davalı-kiracının aynı ilçe hudutları dahilinde oturabileceği kendi konutunun bulunduğu gerekçesiyle davanın kabulüne karar verilmiş ise de; mevcut bilirkişi raporunda davaya konu tahliyesi istenen taşınmazın alan ve konum itibarıyla davalıya ait taşınmazdan daha üstün vasıflarda olduğu belirtilmiş olup, davalı kiracı da sahibi olduğu evin ailesinin ihtiyaçlarını karşılamaya yetmediğini savunmuştur. Bu durumda tarafların tüm delilleri toplanarak, davalının statüsü ve ailesinin ihtiyaçlarına göre bahsi geçen evin davalının kullanımına elverişli olup olmadığı kirada bulunup bulunmadığı yönünde yapılacak araştırma ve değerlendirme sonucunda bir karar verilmesi gerekirken eksik inceleme ile yazılı şekilde karar verilmesi doğru değildir." Bkz., Yargıtay 3. HD., E:2018/504-K:2018/1840, www.lexpera.com, Erişim Tarihi: 3.04.2018. Konut kavramı için ayrıca bkz., ÇINAR Ömer, "6570 Sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanuna Göre Konut İhtiyacı Nedeniyle Tahliye Davası", İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi Y.7, S.14, İstanbul, 2008, s. 115 vd., (Konut İhtiyacı); ARPACI Abdülkadir, *Kira Hukuku ve Uygulaması*, İstanbul, 2002, s. 106 vd.; ER Refik, **Teoride ve Uygulamada Tahliye Davaları**, Ankara, 1994, s. 66.

21 Bkz., FEYZİOĞLU, s. 675; İNCEOĞLU, s. 472.

22 Bkz., HATEMİ Hüseyin/SEROZAN Rona/ARPACI Abdülkadir, **Borçlar Hukuku Özel Bölüm**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1992, s. 227.

23 Bkz., İNCEOĞLU, s. 473.

24 Aile üyeleri kavramına kimlerin dahil olabileceği noktasında ayrıca bkz., BURCUOĞLU, s. 339 vd.

25 Bkz., FEYZİOĞLU, s. 676-677; İNCEOĞLU, s. 473-474.



Kiracı veya birlikte yaşadığı eşinin konutu, oturmaya elverişli değilse, TBK'nin 352. maddesinin üçüncü fıkrası uygulanmaz.

Kiracı veya birlikte yaşadığı eşine ait olan evin, kirada olması durumu, kiraya verenin TBK'nin 352. maddesinin üçüncü fıkrası sebebiyle tahliye davası açmasına engel olmaz²⁶. Kiracı veya birlikte yaşadığı eşine ait olan evin tahliyesi için açılacak diğer davayı hâkim, TBK'nin 352. maddesinin üçüncü fıkrasına göre açılacak davaya bekletici mesele yapabilir²⁷.

2. Konutun, Kiracı veya Birlikte Yaşadığı Eşine Ait Olması

Kiraya verenin tahliye davası açabilmesi için oturmaya elverişli konutun kiracı veya birlikte yaşadığı eşine ait olması gerekmektedir. Bu noktada erkek A ile kadın B evli ve birlikte yaşıyorlarsa, B'nin ilgili sınırlar dahilinde bir başka konutu olması durumunda, kiraya veren tahliye davası açabilir²⁸. Taraflar evli olmalarına rağmen birlikte yaşamıyorlarsa, bu fıkra hükmünün uygulanması mümkün değildir. Taraflar arasındaki evlilik butlanla sakatsa, TMK'nin 156. maddesinde düzenleme uyarınca batıl olan bir evlilik, iptal edilinceye kadar geçerli bir evlenmenin hüküm ve sonuçlarını doğuracağı için TBK'nin 352. maddesi uygulama alanı bulur.

Kiracı ve eşi ayrı yaşıyorlarsa veya haklarında bir ayrılık kararı varsa, ayrı yaşayan eşin başka bir konutunun olması, TBK'nin 352. maddesinin uygulanması sonucunu doğurmaz²⁹. Benzer şekilde taraflar evli olmayıp birlikte yaşıyorlarsa, kira sözleşmesinin tarafı dışındaki diğer tarafın konutunun bulunması durumu değiştirmez ve kiraya veren tahliye davası açamaz.

Kiracı veya birlikte yaşadığı eşinin, oturmaya elverişli bir konutun maliki olması gerekmektedir³⁰. Mülkiyetin, tescilden önce kazanım hâllerinden biriyle de kazanılması mümkündür³¹. Malik olmayıp da sadece kendisine intifa veya sükna hakkının tanınması durumunda, TBK'nin 352. maddesinin üçüncü fıkrası uygulama alanı bulmaz³². Ayrıca kiracı veya birlikte yaşadığı eşinin, paylı mülkiyet ilişkisi içerisinde bulunan

26 Bkz., ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 393; EREN, s. 426; FEYZİOĞLU, s. 678.

27 Bkz., YAVUZ Cevdet/ACAR Faruk/ÖZEN Burak, **Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler)**, 14. Baskı, Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul, 2016, s. 359; HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, s. 228; ERZURUMLUOĞLU, s. 76.

28 Bkz., TÜRKMEN Salih/KAZANCI Sadi/ÜNSEV Saim/ERTEN Bülent/YÜKSEL Selâmi, **Tahliye Davaları (6570 Sayılı Kanununun Şerh ve İzahı)**, Yıldız Matbaası, Ankara, 1955, s. 18.

29 Bkz., EREN, s. 426; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 258; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 392; YAVUZ, s. 700; AKGÜN AKAY, s. 171-172; HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, s. 228; FEYZİOĞLU, s. 675; TANDOĞAN, s. 272; AYDEMİR, s. 234-235.

30 Bkz., İNCEOĞLU, s. 465; ERZURUMLUOĞLU, s. 74.

31 Bkz., FEYZİOĞLU, s. 674; EREN, s. 426; ATABEKOĞLU, s. 181-182.

32 Aksi görüş için bkz., İNCEOĞLU, s. 466; AKGÜN AKAY, s. 172.



tek bir konutunun bulunması durumunda da kiraya verenin bu sebebe dayanarak tahliye davası açması mümkün değildir³³.

3. Kiraya Verenin Bu Durumu Bilmemesi

Kiraya verenin TBK'nin 352. maddesinin üçüncü fıkrasına dayanarak tahliye davası açabilmesi için kiracı veya birlikte yaşadığı eşinin ilgili sınırlar içerisinde başka bir konutunun var olduğunu sözleşmenin yapıldığı sırada bilmemesi gerekir³⁴. AYDOĞDU/KAHVECİ ve GÜMÜŞ'e göre düzenlemenin lafzından "*bilmemesi gerekme*" sonucu çıkarılamaz ve kiraya verenin gerekli araştırmaları yapmış olsaydı durumu öğrenecekti iddiası ile dava açma hakkı engellenemez³⁵.

Türk Borçlar Kanunu'nun 352. maddesinin üçüncü fıkrasında düzenlenen ve kiraya verenin bu durumu bilmemesine ilişkin şart, 6570 Sayılı Kanun'da yer almamaktaydı ve kiraya verenin, kiracının konutunun olduğunu bilmesi onun tahliye davası açmasına engel teşkil etmezdi³⁶.

C. Süre

6570 Sayılı Kanun zamanında tahliye davasının açılması için herhangi bir süre öngörmemişti³⁷. TBK'nin 352. maddesinin üçüncü fıkrasına göre ise kiraya veren kira sözleşmesinin bitiminden itibaren bir ay için dava açarak sözleşmeyi sona erdirebilir. Örneğin iki yıllık bir kira sözleşmesi varsa dava, iki yıllık sürenin dolmasından sonra bir ay içinde açılmalıdır.

Belirsiz süreleri kira sözleşmelerinde TBK'nin 352. maddesinin üçüncü fıkrasına göre tahliye davası açmanın hangi süreden itibaren olacağı sorusu akla gelebilir. Belirsiz süreli kira sözleşmelerinde bir aylık sürenin başlangıcı genel hükümlere göre tespit edilecek olan fesih dönemlerinden itibaren başlayarak hesaplanmalıdır³⁸. TBK'nin 329. maddesine göre taşınmazlar için aksine bir durum yoksa altı aylık fesih döneminin sonu için, üç aylık fesih bildirim sürelerine uyarak kira sözleşmesi sona erdirilir ve kira sözleşmesi bu şekilde sona erdikten sonra bir ay içinde TBK'nin 352. maddesinin üçüncü fıkrasına dayanılarak tahliye davası açılmalıdır³⁹.

33 Bkz., ATABEKOĞLU, s. 182; İNCEOĞLU, s. 467. Ayrıca bkz., ERDOĞAN, s. 493.

34 Bkz., GÜMÜŞ Mustafa Alper, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler-Cilt I**, 3. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013, s. 346, (Özel Hükümler); DOĞAN, s. 519; AYDOĞDU/KAHVECİ, s. 679; YAVUZ, s. 701; ATABEKOĞLU, s. 182; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 359; KUNTALP/BARLAŞ/AYANOĞLU MORALI/ÇAVUŞOĞLU İŞINTAN/İPEK/YAŞAR/KOÇ, s. 192; AYDEMİR, s. 236; KOÇ, s. 32.

35 Bkz., AYDOĞDU/KAHVECİ, s. 680; GÜMÜŞ, s. 338, (Kira).

36 Bkz., GÜMÜŞ, s. 338, (Kira).

37 BURCUOĞLU, s. 351.

38 Bkz., İNCEOĞLU, s. 482. Burada kira sözleşmesi bitimine yapay bir bitim anı oluşturulmaktadır. Bkz., BURCUOĞLU, s. 104.

39 Konut ihtiyacı sebebiyle de aynı prosedürün izleneceği noktasında bkz., ÇINAR, *Konut İhtiyacı*, s. 133.



Tarafların arasında yapılan kira sözleşmesinin başlangıç tarihi belli değilse, sözleşmenin nasıl sona ereceği meselesi tartışmalıdır. Doktrindeki bir görüşe göre bu durumda TBK'nin 328. maddesi uygulama alanı bulmaz ve açılan tahliye davasının reddedilmesi gerekir⁴⁰. Doktrindeki bir diğer görüşe göre ise TBK'nin 328. maddesi uygulanarak fesih ihbar sürelerine uyularak kiracıya ihtar çekilmeli ve bu ihtarın sonuç doğurduğu tarihten itibaren kira sözleşmesi sona ermelidir⁴¹. Doktrindeki üçüncü bir görüşe göre ise belirsiz süreli kira sözleşmelerinde davacı, kira sözleşmesinin başlangıç tarihini ispat edememişse dava reddedilmeli; dava devam ederken kiracının itiraz ederek kira sözleşmesinin başlangıç tarihini bildirmesi durumunda ise bir sonraki fesih bildirim sürelerine uyularak tahliye kararı alınmalıdır⁴². Kanaatimizce de başlangıç tarihi belli olmayan kira sözleşmesinde, davacı kiraya verenin kira sözleşmesinin başlangıç tarihini ispat etmesi; aksi durumda davanın reddine karar verilmesi gerekmektedir.

Fıkranın lafzı dikkate alındığında kiraya verenin önceden kiracıya bunu bildirmesi veya ihtar çekmesi gerekli değildir⁴³. Ancak davacı kiraya veren, TBK'nin 353. maddesinden yararlanmak isterse sözleşmenin sona ermesinden itibaren en geç bir aylık süre içerisinde dava açacağını kiracıya yazılı olarak bildirmelidir⁴⁴. 6570 Sayılı Kanun'da da tahliye davası açılabilmesi noktasında kiraya verenin, kiracıya herhangi bir bildirimde bulunması gerekmemekteydi⁴⁵.

Kiraya veren, TBK'nin 352. maddesinin üçüncü fıkrasına göre kira sözleşmesini sona erdirmek istiyorsa bunu sadece dava açmak suretiyle yerine getirebilir; TBK'nin 352. maddesinin birinci fıkrasının aksine onun icraya başvurma gibi bir hakkı yoktur⁴⁶.

40 FEYZİOĞLU, s. 640.

41 Bkz., TANDOĞAN, s. 263; ER, s. 73.

42 Bkz., ÇINAR Ömer, "Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanuna Göre Yeniden İnşa veya İmar Sebebiyle Tahliye", Ali Güzel'e Armağan, Cilt II, Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul, 2010, s. 1368, (Yeniden İnşa); ÇINAR, *Konut İhtiyacı*, s. 133.

43 Bkz., TANDOĞAN, s. 269; FEYZİOĞLU, s. 672; AYDOĞDU/KAHVECİ, s. 680.

44 "... 6098 sayılı TBK'nun "Dava süresinin uzaması" başlıklı 353. maddesinde tahliye nedenleri bakımından bir sınırlama ve tahdit getirilmemiş olup TBK'nun 350. maddesinde düzenlenen ihtiyaç nedenine, TBK'nun 352/1 maddesinde düzenlenen taahhüde, TBK'nun 352/2. maddesinde düzenlenen iki haklı ihtara dayalı tahliye davalarına, TBK'nun 352/3. maddesinde düzenlenen kiracının aynı şehirde başka konutu olması nedenlerine dayalı tahliye davalarına ilişkin dava süresinin uzamasına dair genel düzenleme yapıldığı ve yapılan düzenleme ile TBK'nun 352/1. maddelerinde düzenlenen taahhüde dayalı tahliye davaları için ayrık tutulmadığı bu defaki incelemeden anlaşılmıştır..." Bkz., Yargıtay 3. HD., E: 2017/8734-K: 2018/1505, www.lexpera.com, Erişim Tarihi: 03.04.2018. Ayrıca bkz., Yargıtay 3. HD., E: 2018/3080-K: 2018/6171, www.lexpera.com, Erişim Tarihi: 03.04.2018.

45 BURCUOĞLU, s. 105.

46 Bkz., GÜNAY, s. 232.



SONUÇ

Türk Borçlar Kanunu'nun 352. maddesinin üçüncü fıkrasındaki düzenleme, konut kiralarnın özel sona erme sebeplerinden biri olarak kiracı veya birlikte yaşadığı eşinden kaynaklanmaktadır. Kiracı veya birlikte yaşadığı eşinin aynı ilçe sınırlarında oturmaya elverişli bir evleri varsa, kiraya veren sözleşmeyi sona erdirmeye imkânına sahiptir. Söz konusu düzenlemenin amacı, kiracının daha az kira ödemekle birlikte kendi evinden daha fazla kira almasını engellemek ve bu sebeple de adaletsizliği ortadan kaldırmaktır.

Türk Borçlar Kanunu'nun 352. maddesinin üçüncü fıkrasına göre kiraya verenin, sözleşmeyi sona erdirebilmesi için kiracı veya birlikte yaşadığı eşinin aynı ilçe sınırları içerisinde oturmaya elverişli bir evlerinin bulunması aranmaktadır. Kiracı veya eşi ayrı yaşıyor ya da haklarında ayrılık kararı verilmişse bu hüküm uygulanamaz. Eşlerin evliliği butlanla sakatsa, butlan sakat bir evlilik hâkim tarafından iptal edilinceye kadar geçerli bir evlenmenin hüküm ve sonuçlarını doğuracağı için söz konusu hüküm uygulama alanı bulur.

Kiracı veya birlikte yaşadığı eşinin, ilgili düzenlemedeki ifade şekliyle "...aynı ilçe veya belde belediye sınırları içinde oturmaya elverişli bir konutu bulunması durumunda..." kira sözleşmesi sona erdirilebilir. Belde belediyeleri 6360 Sayılı Kanunla kaldırıldığı için söz konusu düzenlemenin yeniden ele alınarak sınırların tekrar belirlenmesi gerekmektedir.

Kiraya verenin, Türk Borçlar Kanunu'nun 352. maddesinin üçüncü fıkrasından yararlanabilmesi için kiracı veya birlikte yaşadığı eşinin oturmaya elverişli bir konutunun bulunması ve kiraya verenin, kira sözleşmesi yapılırken bu durumdan haberinin olmaması aranmaktadır. Konutun, oturmaya elverişliliği hem objektif hem de sübjektif açıdan değerlendirilmelidir. Ayrıca söz konusu hüküm sadece konut kiralarn için uygulanmaktadır.

Davayı, gerekli şartların sağlanması durumunda kiraya veren açmaktadır. 6570 Sayılı Kanundan farklı olarak TBK'de dava açma hakkı sadece malike tanınmamıştır. Malik dışındaki kiraya verenin de bu davayı açması mümkündür.



KAYNAKLAR⁴⁷

ACAR Faruk, **Kira Hukuku Şerhi (TBK m. 299-326)**, 3. Baskı, Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul, 2016.

AKGÜN AKAY Merve, **Konut ve Çatılı İşyeri Kira Sözleşmelerine Özgü Sona Erme Sebepleri**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017.

ALTUNTOP Merve, "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Kapsamında Yazılı Tahliye Taahhüdü Sebebiyle Tahliye", **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, S.19, Ankara, 2014, s. 517-542.

ARAL Fahrettin/AYRANCI Hasan, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, 11. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2015.

ARPACI Abdülkadir, **Kira Hukuku ve Uygulaması**, İstanbul, 2002.

ATABEKOĞLU Fatma, "Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarının Kiracıdan Kaynaklanan Sebeplerle Sona Ermesi", **Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi-Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi**, C.9, S.103-104, İstanbul, 2013, s. 171-182.

AYDEMİR Efrail, **Türk Borçlar Yasasına Göre Kira Hukuku**, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016.

AYDINLIYIM Suat, **Türk Hukukunda Adi Kira Sözleşmesinin Son Bulması**, Ajans-Türk Matbaacılık, Ankara, 1973.

AYDOĞDU Murat/KAHVECİ Nalan, **Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Sözleşmeler Hukuku**, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017.

AYSAL, Murat, "Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarında Sözleşmenin Sona Ermesi", **Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi-Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi**, C.9, S.103-104, İstanbul, 2013, s. 183-191.

BURCUOĞLU Halûk, **Yargıtay Kararları Işığında 6570 Sayılı Yasa'ya Göre Kiracının Tahliye Edilmesi**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1993.

ÇINAR Ömer, "6570 Sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanuna Göre Konut İhtiyacı Nedeniyle Tahliye Davası", **İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi** Y.7, S.14, İstanbul, 2008, s. 113-136, (Konut İhtiyacı).

ÇINAR Ömer, "Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanuna Göre Yeniden İnşa veya İmar Sebebiyle Tahliye", **Ali Güzel'e Armağan**, Cilt II, Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul, 2010, s. 1357-1372, (Yeniden İnşa).

⁴⁷ Birden fazla yayını olan ya da aynı soyadını taşıyan ve bunlara yollama yapılan yazarların eserleri için dipnotlarda parantez içinde kısaltmalar kullanılmıştır.



DEMİRCİOĞLU Huriye Reyhan, "6098 Sayılı TBK'ya Göre Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarında Kiraya Verenin Bildirimli Fesih Hakkını Kullanabilmesinde Süre Sorunu", **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, C.31, S.2, Ankara, 2015, s. 167-200.

DOĞAN Murat, "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarına İlişkin Hükümlerinin Değerlendirmesi", Cevdet Yavuz'a Armağan, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2012, s. 505-523.

ER Refik, **Teoride ve Uygulamada Tahliye Davaları**, Ankara, 1994.

ERDEM Mehmet, "Konut ve Çatılı İş Yeri Kiralarında Yazılı Tahliye Taahhüdünün Geçerlilik Şartları ve Özellikle Taahhüdün Kiralananın Tesliminden Sonra Verilmiş Olduğunun İspatı", Özer Seliçi'nin Anısına Armağan, **Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.11, S.145-146, İstanbul, 2016, s. 481-506.

ERDOĞAN Celâl, **Tahliye ve Kira Tespiti Davaları**, 3. Baskı, Halkevleri Kültür Vakfı Basımevi, Ankara, 1975.

EREN Fikret, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, 5. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017.

ERZURUMLUOĞLU Erzan, **Türk Hukukunda Adî Kira Sözleşmesinin Sona Ermesi**, Emel Matbaacılık, Ankara, 1973.

FEYZİOĞLU Feyzi Necmeddin, **Borçlar Hukuku İkinci Kısım-Akdin Muhtelif Nevileri (Özel Borç İlişkileri)**, Cilt 1, 4. Baskı, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1980.

GÖKYAYLA Emre, "Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarına İlişkin Hükümlerin Uygulama Alanı (TBK. m. 339)", **Journal of Yaşar University**, C.8, Özel Sayı, 2013, s. 1203-1251.

GÜMÜŞ Mustafa Alper, **Yeni 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kira Sözleşmesi (TBK m. 299-356)**, 2. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012, ("Kira").

GÜMÜŞ Mustafa Alper, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler-Cilt I**, 3. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013, ("Özel Hükümler").

GÜNAY Erhan, **Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarında Kira Tespiti ve Kira Sözleşmesinin Sona Erdirilmesi**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017.

HATEMİ Hüseyin/SEROZAN Rona/ARPACI Abdülkadir, **Borçlar Hukuku Özel Bölüm**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1992.



İPEK Eyüp, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu ile Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarında Tahliye Sebeplerine İlişkin Getirilen Yenilikler”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S.102, Ankara, 2012, s. 59-92.

KALENDER Ahmet, “Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarında Sözleşmenin Sona Ermesi”, **Terazi Hukuk Dergisi**, C.12, S.136, Ankara, 2017, s. 27-35.

KOÇ Nevzat, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununda Kira Sözleşmesine İlişkin Olarak Yapılan Yeni Düzenlemelerin Genel Değerlendirmesi”, **İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.1, S.1, İstanbul, 2014, s. 3-35.

KUNTALP Erden/BARLAS Nami/AYANOĞLU MORALI Ahu/ÇAVUŞOĞLU İŞINTAN Pelin/İPEK Mehtap/YAŞAR Mert/KOÇ Sedef, **Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'na İlişkin Değerlendirmeler**, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2005.

ÖZTÜRK Mehmet, “Konut ve Çatılı İşyeri Kira Sözleşmelerinin Sona Erme Halleri”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Şeref ERTAŞ'a Armağan, C.19, Özel Sayı, İzmir, 2017, s. 1549-1595.

TANDOĞAN Halûk, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Cilt: I/2-Kira ve Ödünç Verme (Âriyet, Karz) Sözleşmeleri**, 4. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2008.

TUNÇOMAĞ Kenan, **Türk Borçlar Hukuku II. Cilt, Özel Borç İlişkileri**, 3. Baskı, Sermet Matbaası, İstanbul, 1977.

TÜRKMEN Ahmet, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununun Kira Sözleşmesine İlişkin Yürürlüğü Ertelenen Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, **Ankara Barosu Dergisi**, 2015/1, s. 341-368.

TÜRKMEN Salih/KAZANCI Sadi/ÜNSEV Saim/ERTEN Bülent/YÜKSEL Selâmi, **Tahliye Davaları (6570 Sayılı Kanunun Şerh ve İzahı)**, Yıldız Matbaası, Ankara, 1955.

YALMAN Süleyman, “Tahliye Sebebi Olarak Yazılı Tahliye Taahhüdü”, **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.13, S.2, Konya, 2005, s. 7-22.

YAVUZ Cevdet, **Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, 10. Baskı, Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul, 2014.

YAVUZ Cevdet/ACAR Faruk/ÖZEN Burak, **Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler)**, 14. Baskı, Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul, 2016.

ZEVKLİLER Aydın/GÖKYAYLA K. Emre, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, 16. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2016.



ZORUNLU MALİ SORUMLULUK (TRAFİK) SİĞORTASI GENEL ŞARTLARI İLE GETİRİLEN YENİLİKLER VE DEĞİŞİKLİKLER

(Innovations and Amendments with the Highway Motorized Vehicle Compulsory Liability Insurance (Traffic Insurance) General Conditions)

Dr. Ülgen ASLAN DÜZGÜN¹

ÖZ

Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Mali Sorumluluk (Trafik) Sigortası Genel Şartları, 14 Mayıs 2015 tarih ve 29355 Sayılı Resmi Gazetede yayınlanarak 1 Haziran 2015 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Daha sonra 2 Şubat² ve 2 Ağustos 2016³ tarihlerinde yapılan değişiklikler ile Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Mali Sorumluluk (Trafik) Sigortası Genel Şartlarına son şekli verilmiştir. Genel şartlar ile getirilen bu değişiklikler ve özellikle destekten yoksun kalma taleplerine ilişkin olanlar 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanununda da değişiklik yapılmasını gerektirmiştir. Bu bağlamda 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanununda da önemli değişiklikler yapılmıştır. Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Mali Sorumluluk (Trafik) Sigortası Genel Şartlarının bazı maddelerinin iptali için Ankara Barosu tarafından açılan dava sonucunda da, Danıştay 15. Dairesi, 27 Haziran 2018 tarihinde oybirliğiyle bir takım maddelerin iptaline karar vermiştir.

Çalışmamızda, anılan Tebliğ ve Kanun ile trafik sigortası alanında yapılan değişiklikler ve getirilen yenilikler ele alınacaktır.

Anahtar Kelimeler: Trafik sigortası, Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası, sorumluluk sigortası, rücu hakkı, sigorta teminatı, destek tazminatı, halefiyet.

ABSTRACT

Highway Motorized Vehicle Compulsory Liability Insurance (Traffic Insurance) General Conditions were published on the Official Gazette dated 14 May 2015 and numbered 29355 and entered into force on 1 June 2015. Later on February 2 and August 2, 2016, amendments were made to the General Conditions of the Highway Motorized Vehicle Compulsory

1 Dr. Öğretim Üyesi, Polis Akademisi Başkanlığı, Trafik Araştırmaları Enstitüsü Öğretim Üyesi, ulgenaslan@gmail.com, ORCID ID: 0000-0002-3266-7788

2 RG., 2 Şubat 2016, Sayı, 29612.

3 RG., 2 Ağustos 2016, Sayı, 29789.



Liability Insurance (Traffic Insurance). These changes brought about by the general conditions and especially those related to the requests for deprivation of support necessitated the amendment of the Road Traffic Legislation number 2918. Significant changes have also been made in the Road Traffic Legislation no 2918 in this context. As a result of the lawsuit filed by the Ankara Bar Association for the cancellation of certain articles of the General Conditions of Traffic Insurance, the 15th Chamber of the Council of State decided unanimously to cancel a number of articles on 27 June 2018.

In our work, changes and innovations introduced in the field of traffic insurance will be discussed with the mentioned communication and Road Traffic Legislation.

Keywords: Traffic Insurance, Highway Motorized Vehicle Compulsory Liability Insurance, liabilities insurance, right of recourse, insurance coverage, support indemnity, succession.

I. GİRİŞ VE KONUNUN TAKDİMİ

Motorlu bir aracın karayolunda işletilmesi sırasında, bir kimsenin ölümüne veya yaralanmasına veya bir şeyin zarara uğramasına neden olması halinde o aracı işletenin zarara uğrayan üçüncü kişilere karşı olan sorumluluğunu belli limitler dahilinde karşılamayı amaçlayan ve kanunen yapılması zorunlu kılınan sorumluluk sigortası türüne zorunlu mali sorumluluk sigortası (trafik sigortası)⁴ adı verilmektedir⁵.

Eski Genel Şartlarda yaşanan sorunlar dikkate alınarak Hazine Müsteşarlığı tarafından Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Mali Sorumluluk (Trafik) Sigortası Genel Şartları (ZMSSGŞ)⁶ tümüyle değiştirilmiştir. Böylece yeni ZMSSGŞ 14 Mayıs 2015 tarih ve 29355 Sayılı Resmî Gazetede yayınlanarak 1 Haziran 2015 tarihinde yürürlüğe girmiştir. 2 Şubat 2016 tarihinde Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası Genel Şartlarında Değişiklik Yapılmasına

4 Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası (Trafik Sigortası) Genel Şartları (ZMSSGŞ), 12.08.2003 tarihli Resmî Gazete’de yayımlanmıştır (RG. Sayı: 25197). 01.03.1992 tarihinde yürürlüğe girmiş bulunan Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası Genel Şartları’nın başlığında bu sigortaya “Trafik Sigortası” adı da verilmişti. 2003 tarihli “Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası Genel Şartları”nda ve 14 Mayıs 2015 tarihinde yayımlanarak yürürlüğe giren “Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası Genel Şartları”nda “Trafik Sigortası” şeklinde bir ibare yer almamaktadır. Ancak uygulamada 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanununa göre yaptırılması zorunlu olan bir sigorta türü olduğu için “Trafik Sigortası” olarak adlandırılmaktadır.

5 ULAŞ, Işıl, **Uygulamalı Sigorta Hukuku**, 3. Bası, Ankara 2002, s. 624.

6 Çalışmamızda, Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Mali Sorumluluk (Trafik) Sigortası Genel Şartları (ZMSSGŞ), Genel Şartlar, olarak anılacaktır.



Dair Genel Şartlar yayınlanmıştır. Anılan düzenleme ile, trafik kazaları dolayısıyla meydana gelen zararlarda, ağır kusur veya kasıt halinde sigorta ettirene veya işletene ve mirasçısına rücu edilebileceği konusunda önemli değişiklikler yapılmıştır. Daha sonra, 2 Ağustos 2016 tarihinde Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası Genel Şartlarında değişiklik yapılmasına dair Genel Şartlar yayınlanmıştır. ZMSSGŞ'da yapılan yeni düzenlemeler nedeniyle, KTK'da da ilgili maddelerin değiştirilmesi gereği doğmuştur. Bu amaçla KTK'da önemli kanuni değişikliklere gidilmiştir. Bunun sonucunda KTK'nun 90, 92 ve 97. maddelerinde yeni düzenlemeler getirilmiştir. Çalışmamızda, anılan Tebliğler ve KTK'da yapılan düzenlemeler ile trafik sigortası alanında yapılan değişiklikler ve getirilen yenilikler ele alınacaktır.

Karayolları Trafik Kanunu'nun 91-101. maddeleri arasında zorunlu mali sorumluluk sigortası hüküm altına alınmıştır. Karayolları Trafik Kanunu'nun 91. maddesinin I. fıkrası hükmüne göre, motorlu araç işleteni sayılan kişilerin zorunlu mali sorumluluk sigortası yaptırmaları gerekmektedir. Anılan sigorta bir tür kaza sigortasıdır. Zorunlu mali sorumluluk sigortası Türkiye'de kaza sigortası dalında çalışmaya yetkili olan sigorta şirketleri tarafından yapılmalıdır. Buna göre, sigorta şirketleri zorunlu mali sorumluluk sigortası yapmak zorundadırlar (KTK m. 101/1).

Ayrıca, Karayolları Trafik Kanunu'nun 24. maddesinin 1. fıkrası gereğince, trafik belgesinin verilebilmesi için, malî sorumluluk sigorta poliçesinin ibrazı şarttır.

Zorunlu sorumluluk sigortası yaptırmakla sigorta ettirenin sorumluluğu ortadan kalkmaz. Bu sigorta ile sigorta ettirenin kendi fiiliyle neden olduğu kaza sonucu, malvarlığında meydana gelmesi muhtemel eksilme güvence altına alınır⁷.

Zorunlu malî sorumluluk sigortası zararın tazminini sağlayan bir anlaşmadır. Bu sebeple sigortalı sigorta sözleşmesinin yapılmış olması sebebiyle bir menfaat sağlayamaz⁸. Ayrıca sigortacının ödeyeceği azami meblağ üçüncü kişinin uğradığı ve sigortalının karşılama yükümlü olduğu gerçek zararın üstünde olamaz⁹.

7 BOZER, Ali, **Sigorta Hukuku**, Ankara 1981, s. 174; BOZER, Ali, **Sigorta Hukuku**, 2. Baskıdan Tıpkı Basım, Ankara 2009, (Anılış: 2009), s. 130; ÖZSUNAY, Ergun "Trafik Sigortasında Zarar Gören Üçüncü Kişinin Sigortacıya Karşı Doğrudan Doğruya Alacak Hakkı", **V. Banka ve Ticaret Hukuku Haftası**, Ankara 1975., s. 390; ERGÜN, Mevci, "Sorumluluk Hukuku ile Sorumluluk ve Genel Sigortaların ilişkisi (II)", **YD.**, Ekim 1984, s. 488.

8 ŞENOCAK, Kemal, **Mesleki Sorumluluk Sigortası**, Ankara 2000, s. 35, dn. 173.

9 ŞENOCAK, s. 36.



Zorunlu malî sorumluluk sigortası, motorlu araç işletenin, üçüncü kişilere verdiği bedensel ve eşya zararlarından dolayı malî ve hukukî sorumluluğunu güvence altına aldığı için, bir *zarar* sigortası ve aynı zamanda *pasif* sigortadır¹⁰. Anılan bu sigorta, kanundan dolayı kendiliğinden meydana gelen bir sözleşme türü değildir. Sigorta ettiren ile sigortacı arasında karşılıklı ve birbirine uygun bir irade açıklamasıyla kurulan bu sigorta sözleşmesi, bir sigorta poliçesine bağlanır.

Ayrıca, zorunlu malî sorumluluk sigortası sadece maddi zararları karşılamaktadır. Manevi zararlar sigorta kapsamında değildir. Maddi zararlar, kişiye ilişkin ölüm ve yaralanma gibi zararlar olabileceği gibi, eşyaya ilişkin zararlar da olabilir. Zarar maddi hasara ilişkin ise, onarım giderlerinden olan yedek parça ve işçilik giderleri de tazminata dâhildir¹¹.

II. YENİ ZORUNLU MALİ SORUMLULUK (TRAFİK) SİGORTASI GENEL ŞARTLARI İLE GETİRİLEN YENİLİKLER

A. Sigorta Genel Şartları

Sigorta genel şartları, sigorta poliçesine ekli olan ve her sigorta dalı için önceden hazırlanmış sözleşme şartlarıdır. Genel şartlar bir sigorta dalında yapılan tüm sigorta sözleşmelerinde yer alır. Sigorta genel şartlarında, sigorta teminatının kapsamı, sigorta ettirilen riziko ve tarafların hak ve borçlarına ilişkin usul ve esaslar ile rizikonun gerçekleşmesi durumunda sigorta tazminatının ödenmesi ile ilgili konular yer almaktadır. Sigorta genel şartları sigorta sözleşmesinin hükümleridir. Bu nedenle de genel şartların düzenlenmesi çok önemlidir¹².

6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un (TKHK)¹³ 3. maddesinde, tüketici işlemlerinin tanımlandığı 1. bendinde sigorta sözleşmesi tüketici sözleşmeleri içinde sayılmıştır. TKHK'nın "Tüketici sözleşmelerindeki haksız şartlar" başlıklı 5. maddesinin 1. fıkrası

- 10 ULAŞ, 2002, s. 625; ULAŞ, Işıl, **Uygulamalı Zarar Sigortaları Hukuku**, 8. Bası, Ankara 2012, (Anılış: ULAŞ, 2012), s. 876; İMRE, Zahit, "Motorlu Taşıt Araçlarının Mecburi Mesuliyet Sigortası ve Kapsamı", **V. Banka ve Ticaret Hukuku Haftası**, 1975 Ankara, s. 263; BOZER, 1981, s. 174; BOZER, 2009, s. 131; HAVUTÇU, Ayşe / GÖKYAYLA, Emre, **Uygulamada 2918 Sayılı Karayolları Trafik Kanunu'na Göre Hukukî Sorumluluk**, Ankara 1999, s. 218; Rauf KARASU: **Karayolları Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası (Trafik Sigortası)**, Ankara 2016, s. 21.
- 11 GÖKCAN, Hasan Tahsin / KAYMAZ, Seydi: **Hukukî Sorumluluk, Tazminat, Sigorta, Rücu Davaları ve Trafik Suçları**, Ankara 2001, (Anılış: GÖKCAN/ KAYMAZ, 2001), s. 237.
- 12 ULAŞ, Işıl : "Yeni Zorunlu Trafik Sigortası Genel Şartlarına Göre Bu Sigortanın Kapsamı, Teminat Türleri ve Özellikle Destek Teminat", **Batider** 2015, C. XXXI Sa. 2, s. 6; KENDER, Rayegan: "Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Mali Sorumluluk (Trafik) Sigortası Genel Şartlarındaki Değişikliklerin Değerlendirilmesi", **Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2017, C.13, Sayı 1s.14, 15.
- 13 RG., 28/11/2013, Sayı : 28835.



uyarınca, haksız şart; tüketiciyle müzakere edilmeden sözleşmeye dâhil edilen ve tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinde dürüstlük kuralına aykırı düşecek biçimde tüketici aleyhine dengesizliğe neden olan sözleşme şartlarıdır". Anılan Kanun'un 5. maddesinin 5. fıkrasında da, "faaliyetlerini, kanun veya yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütmekte olan kişi veya kuruluşların hazırladıkları sözleşmelere de niteliklerine bakılmaksızın bu madde hükümleri uygulanır" denilmektedir. Aynı maddenin 2. fıkrasında, tüketiciyle akdedilen sözleşmelerde yer alan haksız şartların kesin olarak hükümsüz olduğu düzenlenmiştir. Dolayısıyla tüketici sözleşmeleri arasında sayılan sigorta sözleşmelerinde de yer alan haksız şartlar kesin olarak hükümsüz olacaktır.

B. Amaç ve Tanımlar

Zorunlu Mali Sorumluluk (Trafik) Sigortası (ZMSS) Genel Şartlarına baktığımızda ilk olarak eski ZMSS Genel Şartlarından farklı olarak daha sistematik olduğunu görmekteyiz. Buna göre, ZMSS'nun ilk paragrafında Genel Şartların amacının açıklanmış olması sistematik açıdan olumlu bir düzenlemedir. Eski ZMSS Genel Şartlarından böyle bir başlık ve paragraf yoktu. Ayrıca, 2 Şubat 2016 tarihli değişiklik ile, Genel Şartların A.1. maddesinin ikinci paragrafı "Sigorta teminat limitleri kaza tarihi itibarıyla uygulamaya esas alınır." şeklinde değiştirilmiştir. A.1. maddenin eski hali, "Bu Genel Şartlar ve sigorta teminat limitleri kaza tarihi itibarıyla uygulamaya esas alınır" şeklindeydi¹⁴. Kanaatimizce yapılan değişiklik

14 Ankara Barosunun açmış olduğu dava dolayısıyla, Danıştay 15. Dairesi 2015-5277 Esas sayılı dosyasında 4 Ekim 2016 tarihli kararı ile Genel Şartların bazı maddeleri için yürütmenin durdurulmasına karar vermiştir. Buna göre anılan karara karşı davacı olarak Ankara Barosu Başkanlığı ve davalı idare itiraz etmişlerdir. Bu bağlamda Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunda 2016-1723 İtiraz numarası ile istem görüşülmüştür. Buna göre, Danıştay 15. Dairesince verilen yürütmenin durdurulması isteminin kısmen reddine, kısmen kabulüne ilişkin 4.10.2016 günlü, 2015-5277 Esas sayılı karara karşı taraflar karşılıklı olarak itiraz etmektedirler. Davacının Genel Şartların, "A.1. Amaç" başlıklı maddesinin ikinci fıkrasının ikinci cümlesinde yer alan "Bu Genel Şartlar ve..." İbaresine ilişkin itirazı yönünden İdari Dava Daireleri Kurulu, yürütmeyi durdurma kararı vermiştir. Tebliğin "A.1. Amaç" başlıklı maddesinin ikinci fıkrasında, "Bu Genel Şartlar ve sigorta teminat limitleri kaza tarihi itibarıyla uygulamaya esas alınır." düzenlemesine yer verilmiştir. Hukuki güvenlik ile belirlilik ilkeleri, hukuk devletinin ön koşullarındandır. Kişilerin hukuki güvenliğini sağlamayı amaçlayan hukuki güvenlik ilkesi, hukuk normlarının öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde Devlete güven duyabilmesini, Devletin de kanuni düzenlemelerin de bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar. Belirlilik ilkesi ise kanuni düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir olmasını, ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesini ifade etmektedir.

Dava konusu Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası Genel Şartlarına İlişkin Tebliğin yürürlüğe girdiği 1.06.2015 tarihinden önce düzenlenen poliçeler için de hüküm ifade etmesi anlamına gelen "A.1. Amaç" başlıklı maddesinin "bu genel

ile “bu genel şartlar” ibaresinin metinden çıkarılması yerinde değildir. Çünkü, sigorta sözleşmesi taraflar arasında yapılırken o anda yürürlükte olan genel şartlar eklenir. Sözleşme taraflar arasında kurulup hüküm doğurduktan sonra sözleşmeye dışarıdan müdahale edilemez¹⁵.

Ankara Barosunun açmış olduğu davada Danıştay 15. Dairesinin kararında¹⁶, “dava konusu Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası Genel Şartları’na ilişkin Tebliğ’in “A.1 Amaç” başlıklı maddesinin birinci fıkrası ve ikinci fıkrasının ikinci cümlesi yönünden; Tebliğin “A.1 Amaç” başlıklı maddesinin birinci fıkrasında; “Bu Genel Şartların amacı, 13/10/1983 tarihli ve 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu uyarınca motorlu araç işletenlerine yüklenen hukuki sorumluluk için düzenlenen Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortasına yönelik ilgilerinin hak ve yükümlülüklerine ilişkin usul ve esasların düzenlenmesidir.” ikinci fıkrasında ise; ““Bu Genel Şartlar ekleriyle bir bütündür. Bu Genel Şartlar ve sigorta teminat limitleri kaza tarihi itibarıyla uygulamaya esas alınır” hükümlerine yer verilmiştir.

Hukuki güvenlik ile belirlilik ilkeleri, hukuk devletinin ön koşullarındandır. Kişilerin hukuki güvenliğini sağlamayı amaçlayan hukuki güvenlik ilkesi, hukuk normlarının öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde Devlete güven duyabilmesini, Devletin de yasal düzenlemelerinde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar. Belirlilik ilkesi ise yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir olmasını, ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesini ifade etmektedir.

Dava konusu Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası Genel Şartlarına İlişkin Tebliğ’in yürürlüğe girdiği 01/06/2015 tarihinden önce düzenlenen poliçeler için de hüküm ifade etmesi anlamına gelen “A.1. Amaç” başlıklı maddesinin ikinci fıkrasının ikinci cümlesinde yer alan “Bu

şartlar ve...” ibaresi yukarıda ifade edilen hukuki güvenlik ve belirlilik ilkelerine aykırılık teşkil etmektedir. Açıklanan bu nedenlerle Tebliğin, “A.1. Amaç” başlıklı maddesinin ikinci fıkrasında ikinci cümlesinde yer alan, “Bu Genel Şartlar ve sigorta teminat limitleri kaza tarihi itibarı ile uygulamaya esas alınır”. Şeklindeki ibaresi nedeniyle 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 27. maddesinde öngörülen ve yürütmenin durdurulmasına karar verilebilmesi için gerekli olan koşulların gerçekleştiği anlaşılmaktadır. Davacı itirazının kısmen kabul ile söz konusu düzenlemelerin yürütmesinin durdurulmasına davalı idarenin itirazlarının reddine 23 Şubat 2017 gününde oy çokluğu ile karar verilmiştir (Danıştay, İdari Dava Daireleri Kurulu, İtiraz No: 2016/1723). Genel Şartların şeklindeki ikinci cümlesinin iptali ve yürütmesinin durdurulması istemiyle itiraz edilmiştir.

15 KENDER, s. 19.

16 Danıştay 15. Dairesinin 2015/5277 Esas, 2018/6090 Karar, 27/06/2018 tarihli kararı. (Danıştay kararları, Ulusal Yargı Ağı Projesi (UYAP)’tan alınmıştır. Karar künyesi ile sorgulama yapılarak ilgili kararlara ulaşılabilir).



Genel Şartlar ve ...” ibaresi yukarıda ifade edilen hukuki güvenlik ve belirlilik ilkelerine aykırılık teşkil etmektedir. Maddenin diğer kısımlarında ise hukuka aykırılık görülmemiştir.

Açıklanan bu nedenlerle; 14.05.2015 tarih ve 29355 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası Genel Şartları’na ilişkin Tebliğ’in “A.1 Amaç” başlıklı maddesinin ikinci fıkrasının ikinci cümlesinde yer alan; “Bu Genel Şartlar ve ...” ibaresinin iptaline oybirliği ile karar verilmiştir”.

Ancak, yukarıda anılan Danıştay kararında Danıştay Savcısının da belirttiği üzere, “*Dava konusu Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası Genel Şartlarının “A.1. Amaç” başlıklı maddesinin; 2. fıkrasının son cümlesi; 02.02.2016 günlü Resmi Gazete’de yayımlanan değişiklikle” Bu Genel Şartlar ekleriyle bir bütündür. Sigorta teminat limitleri kaza tarihi itibarıyla uygulamaya esas alınır. şeklinde değiştirildiğinden bu cümle ve ibareye yönelik karar verilmesine gerek görülmemiştir*”¹⁷. Dolayısıyla aslında 2 Şubat 2016 tarihli değişiklikten sonra, A.1. Amaç başlıklı maddenin; 2. fıkrasının son cümlesi bakımından karar verilmesine gerek yoktur.

İkinci olarak, ZMSS Genel Şartlarının A.2. “Tanımlar” başlıklı ikinci paragrafında *Motorlu Araç, İşletilme Hali, Zarar, Eşdeğer Parça, Orijinal Parça, Sorumluluk Riski, Arabulucu* terimlerinin tebliğde açıkça tanımlanması bu konulardaki tartışmaları azaltacaktır. Özellikle *orijinal parçanın* ayrıntılı olarak üç madde halinde tanımlanmış olması uygulamada ortaya çıkması muhtemel karışıklıkların önüne geçmesi bakımından faydalı olmuştur¹⁸.

ZMSS Genel Şartlarının A.2. (ç) bendine 02.08.2018 tarihinde yapılan değişiklikle eklenen son cümle “... Kazanın temassız olması sorumluluğa engel olmaz” şeklindedir. Burada tehlikeli durum yaratmak suretiyle, bir araca veya insana temas etmeden verilecek zararlardan dolayı olan sorumluluk düzenlenmiştir¹⁹.

C. Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortasının Kapsamı

Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Malî Sorumluluk Sigortasında (Trafik Sigortası), sigortacı, poliçede tanımlanan motorlu aracın işletilmesi sırasında, üçüncü şahısların ölümüne veya yaralanmasına veya bir şeyin zarara uğramasına sebebiyet vermiş olmasından dolayı, 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanununa (KTK) göre sigortalıya düşen hukuki sorumluluk çerçevesinde bu Trafik Sigortası Genel Şartlarında içeriği

17 Danıştay 15. Dairesinin 2015/5277 Esas, 2018/6090 Karar, 27/06/2018 tarihli kararı.

18 KENDER, sigorta genel şartlarında tanım olamayacağını dile getirdikten sonra, örnek olarak A2.(d) bendinde, “zarar” kavramının yanlış tanımlandığını belirtmektedir (KENDER, s. 28).

19 Aynı yönde bkz. KENDER, s. 24.



belirlenmiş tazminatlara ilişkin talepleri, kaza tarihi itibariyle geçerli zorunlu sigorta limitleri dahilinde karşılamakla yükümlüdür.

Sigortanın kapsamı, üçüncü kişilerin sigortalının Karayolları Trafik Kanunu çerçevesindeki sorumluluk riski kapsamında, sigortalıdan talep edebilecekleri tazminat talepleri ile sınırlıdır²⁰. Bu sigorta bir sorumluluk sigortasıdır. Eski Genel Şartlarda ise sigortanın kapsamı A.1. maddenin birinci fıkrasında düzenlenmişti. Anılan bu düzenlemede, Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Malî Sorumluluk Sigortası (Trafik Sigortası), motorlu bir aracın işletilmesi sırasında, bir kimsenin ölümüne veya yaralanmasına ya da bir şeyin zarara uğramasına neden olması halinde, işletenin zarar gören üçüncü kişilere karşı olan sorumluluğunu zorunlu sigorta limitlerine kadar karşılayan sorumluluk sigortası şeklinde tanımlanmıştır²¹.

ZMSSGŞ'nun m. A3/I. maddesinden de anlaşılacağı üzere, bu tür sigorta ile, sigorta ettirenin motorlu aracın işletilmesi sırasında neden olduğu ve üçüncü kişilerde veya onların mallarında oluşan zararların Karayolları Trafik Kanunu'nda belirlenmiş hukuki sorumluluk çerçevesinde ve Genel Şartlarda belirlenmiş olan teminat kapsamında poliçede belirlenen limitler dahilinde karşılanması amaçlanmaktadır²².

Sigortanın kapsamının belirlenmesi hem sigortacı hem de sigortalı bakımından çok büyük önem arz etmektedir. Zira sigortacının belirleyeceği prim miktarı yükleneceği rizikolar ile orantılı olarak yükselebilecektir. Buna göre, sigortacı zararın tamamından sorumlu olmak istemeyebileceği gibi, hiç sözleşme yapmak dahi istemeyebilir. Sigortacının sorumluluğu ve sigorta korumasının kapsamını belirlemek bakımından riziko sınırlandırmalarını ele almak gereklidir. Bu bağlamda, sigorta korumasının geçerli olduğu durumları gösteren riziko sınırlandırması "birincil riziko sınırlandırması" dır. Sigorta kapsamı dışında bırakılan rizikolar ise, "ikincil riziko sınırlandırması (riziko istisnası)" olarak belirtilmektedir. Ayrıca, istisnanın istisnasına yer verilmesi durumunda, "üçüncül riziko sınırlandırması" söz konusu olur²³.

ZMSS'de birincil riziko sınırlandırması, Karayolları Trafik Kanunu'nun 91/I de gösterilmiştir. Buna göre, motorlu araçlar zorunlu sorumluluk sigortası sadece işletilme halindeki araçların sebep oldukları zararları karşılayacaktır.

20 Yeni ZMSSGŞ m. A3/I. Ayrıca Bkz. Eski ZMSSGŞ m. A. 1/I.

21 Eski ZMSSGŞ m. A. 1/I.

22 ULAŞ, 2015, s. 7.

23 ŞENOCAK, s. 439 - 440; ÜNAN, Samim: **İsteğe Bağlı Genel Sorumluluk Sigortasında Riziko**, İstanbul 1998. s. 64; YÜCEL, Çağrı, **Motorlu Araçlar Sorumluluk Sigortasında Riziko İstisnaları**, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk (Ticaret Hukuku) Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2006, s. 53.



KTK m. 91/I hükmüne göre, işletenlerin, KTK'nun 85. maddesinin birinci fıkrasına²⁴ göre olan sorumluluklarının karşılanmasını sağlamak üzere mali sorumluluk sigortası (ZMSS) yaptırmaları zorunludur. İşte başka bir ifadeyle ZMSS, işletenin KTK'nun 85/I. maddesindeki sorumluluklarını güvence altına almak üzere yapılmaktadır. ZMSS'nin kapsamı ise, işletilme halinde olan motorlu araçların neden oldukları trafik kazalarından doğan zararlardır (KTk m.91/I). Buna göre, işletilme halinde olmayan araçların neden olduğu zararlarda veya KTK 85/I. maddesinden başka hükümlerde belirtilen sorumluluk hallerinde sigortacının sorumluluğu bulunmamaktadır.

Riziko istisnaları (ikincil riziko sınırlandırmaları) ise, Karayolları Trafik Kanunu'nun 92. maddesinde sayılmıştır²⁵. Ancak, riziko istisnaları bu maddede sayılanlarla sınırlı değildir. Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası Genel Şartları ve Motorlu Kara Taşıt Araçları İhtiyari Mali Sorumluluk Sigortası Genel Şartları'nda da riziko istisnaları düzenlenmiştir. KTK'da 14 Nisan 2016 tarihinde yapılan değişiklikler ile, destekten yoksun kalma talepleri açısından, *destekten yoksun kalanın kusuruna karşılık gelen tutar* teminat dışında bırakılmıştır (KTk m.92/g). Böylece Genel Şartlar ile getirilen tüm yeni istisnalar için kanuni dayanak teşkil edecek şekilde değişikliğe gidilmiştir²⁶.

Riziko istisnası olan bir hususun, özel şartlarla sigorta kapsamına alınması durumunda (istisnanın istisnası) üçüncül riziko

24 Karayolları Trafik Kanunu'nun "İşleten ve araç işleticisinin bağlı olduğu teşebbüs sahibinin hukuki sorumluluğu" başlıklı 85. maddesinin 1. fıkrasına göre, bir motorlu aracın işletilmesi bir kimsenin ölümüne veya yaralanmasına yahut bir şeyin zarara uğramasına sebep olursa, motorlu aracın bir teşebbüsün unvanı veya işletme adı altında veya bu teşebbüs tarafından kesilen biletle işletilmesi halinde, motorlu aracın işleteni ve bağlı olduğu teşebbüsün sahibi, doğan zarardan müştereken ve müteselsilen sorumlu olurlar.

25 KTK'nun "Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası Dışında Kalan Hususlar" başlıklı 92. maddesine uyarınca, aşağıdaki hususlar, zorunlu mali sorumluluk sigortası kapsamı dışındadırlar: a) İşletenin; bu Kanun uyarınca eylemlerinden sorumlu tutulduğu kişilere karşı yöneltebileceği talepler, b) İşletenin; eşinin, usul ve furuunun, kendisine evlat edinme ilişkisi ile bağlı olanların ve birlikte yaşadığı kardeşlerinin mallarına gelen zararlar nedeniyle ileri sürebilecekleri talepler, c) İşletenin; bu Kanun uyarınca sorumlu tutulmadığı şeye gelen zararlara ilişkin talepler, d) Bu Kanunun 105 inci maddesinin üçüncü fıkrasına göre zorunlu mali sorumluluk sigortasının teminatı altında yapılacak motorlu araç yarışlarındaki veya yarış denemelerindeki kazalardan doğan talepler, e) Motorlu araçta taşınan eşyanın uğrayacağı zararlar, f) Manevi tazminata ilişkin talepler. g) (Ek: 14/4/2016-6704/4 md.) Hak sahibinin kendi kusuruna denk gelen tazminat talepleri, h) (Ek: 14/4/2016-6704/4 md.) İlgililerin, sigortalının sorumluluk riski kapsamında olmayan tazminat talepleri, i) (Ek: 14/4/2016-6704/4 md.) Bu Kanun çerçevesinde hazırlanan zorunlu mali sorumluluk sigortası genel şartları ve ekleri ile tanımlanan teminat içeriği dışında kalan talepler.

26 KARAYAZGAN, Ahmet, "Zorunlu Trafik Sigortalarına Mevzuat ve Uygulama Açısından Bir Bakış", **Sigorta Hukukunun Bazı Güncel Sorunları**, Sigorta Hukuku Türk Derneği, İstanbul 2017, s. 33.



sınırlandırmasının olduğu kabul edilebilir. Ancak Karayolları Trafik Kanunu'nda, üçüncül riziko sınırlandırması düzenlenmemiştir²⁷.

Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortasının (ZMSS) kapsamını taşıt yönünden inceleyecek olursak; bunlar, KTK'nun 3. maddesinde "motorlu araç" olarak tanımlanan araçlardır. Buna göre, motorlu araç tanımını ve KTK'nun 103. maddesini²⁸ beraber değerlendirdiğimizde, her türlü motorsuz taşıtlar ve motorlu bisikletler, ZMSS'ye tabi değildirler.

Kazanın olduğu yer bakımından konuyu ele alacak olursak; buna göre, trafik kazasında zararın ZMSS kapsamında görülebilmesi için, kazanın karayolunda (KTK m.1) ya da KTK'nun 2. maddesinin ikinci fıkrasında sayılan yerlerde gerçekleşmesi gerekmektedir. Anılan madde hükmünde sayılan bu yerler; karayolu dışındaki alanlardan kamuya açık olanlar ile park, bahçe, park yeri, garaj, yolcu ve eşya terminali, servis ve akaryakıt istasyonlarında karayolu taşıt trafiği için faydalanılan yerlerdir. Buna ilaveten, erişme kontrollü karayolunda ve para ödenerek yararlanılan karayollarının kamuya açık kesimlerinde ve belirli bir karayolunun bağlantısını sağlayan deniz, göl ve akarsular üzerinde kamu hizmeti gören araçların, karayolu araçlarına ayrılan kısımları da karayolu olarak kabul edilmiştir. Ayrıca, karayolu ile tren yolunun kesiştiği hemzemin geçitlerde oluşan motorlu araç kazaları da ZMSS kapsamında görülmektedir²⁹.

1. Yeni Genel Şartlarda Sigortanın Kapsamı Bakımından Getirilen Yenilikler

ZMSS Genel Şartlarında A.3 "Sigortanın Kapsamı" başlıklı maddede ilk paragrafta sigortanın kapsamı daha geniş bir şekilde açıklanmıştır. Buna göre, son cümlede, sigortanın kapsamının üçüncü şahısların, sigortalının Karayolları Trafik Kanunu çerçevesindeki sorumluluk riski kapsamında, sigortalıdan talep edebilecekleri tazminat talepleri ile sınırlı olduğu vurgulanmıştır. ZMSSGŞ'da 2 Ağustos 2016 tarihinde yapılan değişiklik ile, A.2. maddesinin (g) bendinde geçen *sorumluluk riski*, kavramı tanımlanmıştır. Buna göre, sorumluluk riski, sigortalının motorlu araç işletilmesinden doğan, kazaya sebep olan mücbir sebepler dahil olaylar ile kazazede, hak sahibi ve diğer ilgili üçüncü kişilerin kusurları çerçevesinde belirlenen *tazminat yükümlülüğünü* ifade eder.

27 YÜCEL, s. 54.

28 KTK madde 103 hükmüne göre, motorsuz taşıtlar ile motorlu bisiklet sürücülerinin hukuki sorumluluğu genel hükümlere tabidir.

29 ULAŞ, 2002, s. 570; GÖKCAN / KAYMAZ, 2001, s. 236; GÖKCAN, Hasan Tahsin / KAYMAZ, Seydi: *Hukukî Sorumluluk, Tazminat, Sigorta, Rücu Davaları ve Trafik Suçları*, 5. Baskı, Ankara 2008, (Anılış: GÖKCAN/ KAYMAZ, 2008), s. 406.



Genel Şartların A.3. maddesinin ikinci paragrafında römork ve yarı römorklar ile ilgili olan düzenleme eski Genel Şartlardaki düzenlemenin aynısıdır. Bu konuda herhangi bir değişiklik yapılmamıştır. Aynı şekilde üçüncü paragrafta kazada zararın önlenmesi veya azaltılması amacıyla sigorta ettirenin yapacağı masrafların sigortacı tarafından karşılanacağına ilişkin düzenleme de eski Genel Şartlardaki ile aynıdır. Anılan maddenin son paragrafında, ZMSSGŞ'nın *sigortalının* haksız taleplere karşı savunmasını bu genel şartların B.2.4. maddesi hükmü çerçevesinde temin edeceği belirtilmiştir. Eski ZMSSGŞ'da, bu sigorta, işletenin (sigorta ettirenin) haksız taleplere karşı savunmasını da temin eder şeklindeydi. Buna göre, *işleten*³⁰ kavramı daha geniş bir kavram olduğundan sigortacının sorumluluğunun daraltıldığını söyleyebiliriz. Ayrıca KTK'nda işletenin sorumluluğundan bahsedildiği için burada da kanun ile paralelliğin sağlanması açısından “işleten” kavramının kullanılmasının daha uygun olacağını düşünüyoruz.

Yeni ZMSS'nın “Kapsama Giren Teminat Türleri” başlıklı A.5. maddesinde Genel Şartlar kapsamındaki teminat türleri olan, maddi zararlar teminatı, sağlık giderleri teminatı, sürekli sakatlık teminatı ve destekten yoksun kalma (ölüm) teminatı ayrıntılı bir biçimde hüküm altına alınmıştır. Bu kavramların açıkça ve ayrıntılı olarak tanımlanması belirsizliklerin ortadan kalkmasını sağlayacaktır. Zira, eski genel şartlarda teminat türleri tanımlanmamıştı. Bunlar aşağıda ele alınacaktır.

a. Maddi Zararlar Teminatı

Hak sahibinin kaza tarihi itibarıyla bu genel şartta tanımlanan ve zarar gören araçta meydana gelen değer kaybı dâhil doğrudan malları üzerindeki azalmadır. Sigortalının sorumlu olduğu araç kazalarında değer kaybı, talep edilmesi halinde ilgili branşta ruhsat sahibi sigorta eksperleri tarafından tespit edilir. Değer kaybının tespiti Yeni ZMSSGŞ ekinde yer alan esaslara göre yapılır. 2 Ağustos 2016 tarihinde yapılan değişiklik ile *Maddi Zararlar Teminatının* hesaplanmasının *kaza tarihi itibarıyla* yapılacağı belirtilmiştir.

Eski Genel Şartlarda *değer kaybı* konusunda bir düzenleme yoktu. Değer kaybının açıklığa kavuşturulmasının uygulamada ortaya çıkacak sorunların çözümünde belirsizlikleri bertaraf edeceği düşünülmektedir. Ancak bunun tam aksini savunan görüşler de mevcuttur. Buna göre, Ankara Barosu tarafından, söz konusu yeni ZMSSGŞ'nın değer kaybının hesaplanması konusunda Genel Şartların eki ile getirilen hesaplama

30 İşleten kavramı hakkında geniş bilgi için bkz. KILIÇOĞLU, Ahmet, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 22. Bası, Ankara 2018, s. 484 - 531; EREN, Fikret, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 23. Bası, Ankara 2018, s. 693 vd.

yöntemleri ve formüllerin iptali için Danıştay'da dava açılmıştır. Baronun bu iptal isteminin sebebi, dava dilekçesinde belirtildiği üzere; zaten güçlü olan sigorta şirketleri karşısında korumasız olan sigortalıların zor durumda kalacağı düşünülmesi ve ayrıca trafik kazalarından zarar görenlere sigorta şirketlerince ödenen tazminatların azalmasına neden olan yeni tazminat hesaplama yöntemlerinin iptalinin istenmesidir³¹.

Ankara Barosunun açmış olduğu davada Danıştay 15. dairesinin 2015/5277 Esas sayılı dosyasında 4.10.2016 tarihli karar ile ZMSSGŞ'nin bazı maddeleri için yürütmenin durdurulması kararı verilmiştir. ZMSSGŞ'nin Ek.1 Değer Kaybı Hesaplaması başlığı altında 2. başlık olarak düzenlenen "Teminat Dışında Kalan Haller" başlıklı düzenlemede 2. ve 6. bentler yönünden yürütmenin durdurulmasına karar verilmiştir.

Danıştay verdiği kararında, 2. bentte yapılan tanımlamaların (vidalı parça, onarım-değişim) net olmadığı yönünden ve 6. bentteki düzenlemenin ise, meydana gelecek zararın yarısının sigortalı tarafından ödenmesi sonucunu doğuracağı ve bu durumun ise sigortacı tarafından gerçek zararın ödenmesi ilkesine aykırı olacağı gerekçesiyle hukuka uygunluk görmemiştir³². Sonuç olarak Danıştay, Genel şartların Ek. 1, Değer Kaybı Hesaplaması, 2. Teminat Dışında Kalan Haller üst başlığının altındaki 2., 4. ve 6. bentlerinde üst hukuk normlarına ve hukuka uyarlık görülmediği için Genel Şartların bu bentlerine ilişkin kısmının iptaline 27 Haziran 2018 tarihinde oybirliğiyle karar vermiştir³³.

31 <http://www.ankarabarasu.org.tr/images/diger/63/ZMSS.pdf>, (03.11.2015).

32 KARAYAZGAN, s. 36.

33 Danıştay 15. Dairesinin, 27 Haziran 2018 tarih, Esas No: 2015/5277 Karar No: 2018/6090 sayılı kararı (bkz. UYAP). Yüksek Mahkemenin söz konusu kararına göre, "Tebliğ'in "EK:1"de yer alan "Değer Kaybı Hesaplaması" bölümünün "2. Teminat Dışı Kalan Haller" başlıklı kısmının 4. bendinde; "Kaza tarihi ile ihbar tarihi arasında araç üzerinde mülkiyet değişikliği olan araçlar ile ilgili talepler" in değer kaybı teminatı kapsamı dışında olduğu düzenlenmiştir. Sigortalı tarafından işletilen aracın başka bir araca zarar vermesi halinde, zarar gören araçta meydana gelen değer kaybı, Borçlar Kanununun haksız fiile ilişkin hükümleri çerçevesinde zarar görenin, zararı ve tazminat yükümlüsünü öğrendiği tarihten başlayarak iki yıl ve her halde fiilin işlendiği tarihten başlayarak on yıl içinde talep edebilecektir. Bu durumda, sigortalının iradesine bağlı olmaksızın hasar gören aracın mülkiyetinin değişmesi durumunda, değer kaybının haksız fiile ilişkin hükümler çerçevesinde sigortalıdan istenmesi olanaklı olduğundan, dava konusu 4. bentte hukuka uyarlık bulunmamaktadır.

Tebliğ'in 2. bendinde; ana iskelet ve şaside hasar olmaksızın, vidalı parçalarda yapılan onarım/değişim ile giderilebilen hususların, 6. bendinde ise; kısa süreli kiralık araçlar, taksi, dolmuş, uzun süreli (bir yıl ve veya daha uzun) kiralık araçlarda eksper tarafından hesaplanan değer kaybının %50'si yani yarısı trafik sigortasından ödenmeyecektir, düzenlemesine yer verilmiştir.

Teminat dışında kalan hallerin 2918 sayılı Kanun'un ilgili maddelerinde ve Tebliğ'in "A.6. Teminat Dışında Kalan Haller" başlıklı maddesinde düzenlenmesine rağmen değer kaybı hesaplaması başlığı altında ek sınırlayıcı düzenlemelerin getirildiği görülmektedir. Kaldı ki 2. bentte yapılan tanımlamaların (vidalı parça, onarım/değişim) açık olmadığı ve 6. bentteki düzenlemenin de meydana gelecek zararın yarısının sigortalı tarafından ödenmesi sonucunu doğuracağı görüldüğünden ve bu durumun da gerçek zararın ödenmesi ilkesine aykırı olacağı anlaşıldığından dava konusu edilen 2. ve 6. bentte hukuka uyarlık görülmemiştir".



Genel Şartlarda Ek 1. Değer Kaybı Hesaplamasının ilk paragrafında, değer kaybı zararının ödenebilmesinin hak sahibi zarar görenin talebine bağlanmış olması bizim de katıldığımız görüşe göre, pek yerinde olmamıştır. Çünkü, zarar gören hak sahibinin zarar tazmini dışında değer kaybı için de ayrıca talepte bulunmasını beklemek, sigortacının gerçek zararı ödemesi gerektiğine ilişkin ana ilkeye uygun değildir³⁴.

b. Sağlık Giderleri Teminatı

Üçüncü kişinin trafik kazası dolayısıyla bedenen eski haline dönmesini temin etmek üzere kullanılan protez organ bedelleri de dahil olmak üzere yapılan tüm tedavi giderlerini içeren teminattır. Kaza nedeniyle mağdurun tedavisine başlanmasından itibaren mağdurun sürekli sakatlık raporu alana kadar tedavi süresince ortaya çıkan bakıcı giderleri, tedaviyle ilgili diğer giderler ile trafik kazası nedeniyle çalışma gücünün kısmen veya tamamen azalmasına bağlı giderler sağlık gideri teminatı kapsamındadır. Sağlık giderleri teminatı Sosyal Güvenlik Kurumunun sorumluluğunda olup ilgili teminat dolayısıyla sigorta şirketinin ve Güvence Hesabının sorumluluğu 2918 sayılı KTK'nın 98. maddesi hükmü gereğince sona ermiştir³⁵.

c. Sürekli Sakatlık Teminatı

Üçüncü kişinin sürekli sakatlığı dolayısıyla ileride ekonomik olarak uğrayacağı maddi zararları karşılamak üzere, ZMSS Genel Şartları ekinde Ek. 3 te yer alan esaslara göre belirlenecek teminattır. Yukarıda da belirttiğimiz üzere, Ankara Barosu, ZMSS genel şartlarının eki ile getirilen hesaplama yöntemleri ve formüllerinin iptali için Danıştay'da dava açmıştır. Baronun bu iptal isteminin nedeni, dava dilekçesinde belirtildiği üzere; *davalı idarenin hesaplama yöntemi icat etme veya zararı belirleme yetkisi olmadığından ve haksız şart niteliğinde olduğundan iptal edilmelidir*³⁶. Buna göre Baro, genel şartların ekiyle getirilen hesaplama yöntemlerinin hukuka aykırı olduğunu savunmaktadır. Danıştay 15. Dairesi verdiği kararında, Ek. 3 Sürekli Sakatlık Tazminatı Hesaplaması'nın 1., 3., 4., 5., 6., 7. ve 8. fıkralarının; Kanunun verdiği yetkiye uygun olarak düzenlendiği, üst normlara ve hukuka aykırı olmadığı sonucuna ulaşılmıştır. Anılan kararda daire, Ek:3 Sürekli Sakatlık Tazminatı Hesaplaması'nın 1., 3., 4., 5., 6., 7. ve 8. fıkraları yönünden davanın reddine karar vermiştir³⁷.

34 ULAŞ, 2015, s. 9.

35 Yeni ZMSSGŞ m. A5/1,b.

36 <http://www.ankarabarosu.org.tr/images/diger/63/ZMSS.pdf>, (03.11.2015).

37 Danıştay 15. Dairesinin, 27 Haziran 2018 tarih, Esas No:2015/5277, Karar No:2018/6090 sayılı kararı.



Kaza nedeniyle mağdurun tedavisinin tamamlanması sonrasında yetkili bir hastaneden alınacak özürlü sağlık kurulu raporu ile sürekli sakatlık oranının belirlenmesinden sonra ortaya çıkan bakıcı giderleri bu teminat limitleri ile sınırlı olmak koşuluyla sürekli sakatlık teminatı kapsamındadır.

Sürekli sakatlık tazminatına ilişkin sakatlık oranının belirlenmesinde, sakatlık ölçütü sınıflandırılması ve özürülere verilecek sağlık kurulu raporlarına ilişkin mevzuat doğrultusunda hazırlanacak sağlık kurulu raporu dikkate alınır. Tazminat ödemesinde, ilgili sağlık hizmet sunucularınca tanzim edilecek trafik kazasına ilişkin belgelerde illiyet bağı ile ilgili tespitin yer alması durumunda bu tespitin aksini ispat sigorta şirketine aittir. Sigortacı söz konusu rapor hakkında ilgili mevzuat uyarınca itiraz usulüne başvurduğunda mağdurun itiraz üzerine yaptığı belgelenmiş harcamaları bu teminat kapsamında karşılamakla yükümlüdür.

ç. Destekten Yoksun Kalma (Ölüm) Teminatı

Üçüncü kişinin ölümü dolayısıyla ölenin desteğinden yoksun kalanların destek zararlarını karşılamak üzere *bu genel şart ekinde (Ek.2) yer alan esaslara göre belirlenecek tazminattır.* Borçlar Kanunu m. 53/3 ölüm halinde ortaya çıkacak önemli bir zararı hüküm altına almıştır. Buna göre, “ölenin desteğinden yoksun kalan kişilerin bu sebeple uğradığı kayıplar” ölüm hâlinde uğranılan zararlar arasında sayılmıştır. Kanun koyucu destekten yoksun kalma tazminatını, ölenin kanunen bakmakla yükümlü olduğu yakınları ve fiilen yardım ettiği kişiler ile sınırlı tutmuştur³⁸.

Yukarıda da belirttiğimiz üzere³⁹Ankara Barosu, ZMSS Genel Şartlarının eki ile getirilen hesaplama yöntemleri ve formüllerin iptali için Danıştay’da dava açmıştır. Buna göre Baro, genel şartların ekiyle getirilen hesaplama yöntemlerinin hukuka aykırı olduğunu savunmaktadır. Danıştay 15. Dairesi anılan davada, Ek.2 Destekten Yoksun Kalma Tazminatı Hesaplaması’nın 1., 3., 4., 5., 6., 7., 9., 10. fıkralarının, Kanunun verdiği yetkiye uygun olarak düzenlendiği, üst normlara ve hukuka aykırı olmadığı sonucuna ulaşılmıştır. Bu bağlamda, Ek.2 Destekten Yoksun Kalma Tazminatı Hesaplaması’nın 1., 3., 4., 5., 6., 7., 9., 10. fıkraları, yönünden davanın reddine karar vermiştir.

38 Kişinin kanunen bakmak yükümlü olduğu kişiler Türk Medeni Kanunu’nun 364. maddesi hükmüne göre, “Herkes, yardım etmediği takdirde yoksulluğa düşecek olan üstsoyu ve altsoyu ile kardeşlerine nafaka vermekle yükümlüdür.” şeklinde belirtilmiştir. Buna göre kişi, anne, baba, eş ve çocuklarına bakmakla yükümlüdür. Kardeşe bakma yükümlülüğü kişinin refah içinde olması şartıyla söz konusudur.

39 Bkz. yukarıda, II,3,A,c, Sürekli Sakatlık Teminatı.



D. Teminat Dışında Kalan Haller

Genel Şartların A.6. maddesinde teminat dışında kalan haller düzenlenmiştir. Burada (d) bendindeki destekten yoksun kalma⁴⁰ konusundaki hükmün eski Genel Şartlarda olmayan yeni bir düzenleme olduğunu görmekteyiz. Söz konusu hükme göre; destekten yoksun kalan hak sahibinin, sigortalının sorumluluk riski kapsamında olmayan destek tazminatı talepleri ile destekten yoksun kalan hak sahibinin, sigortalının sorumluluk riski kapsamında olmakla beraber destek şahsının kusuruna denk gelen destek tazminatı talepleri, sigorta teminatı dışındadır⁴¹. Genel

40 Destekten yoksun kalma zararı ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. GÖKCAN / KAYMAZ, 2001, s. 431-442.

41 Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 15.06.2011 tarih ve 2011/17-142 E.2011/411 K. sayılı kararı (ESATOĞLU, Yahya Tekin, "Trafik Sigortaları", Sigorta Hukukunun Bazı Güncel Sorunları, Sigorta Hukuku Türk Derneği, İstanbul 2017, s. 61-68). Yargıtay kararında... "üçüncü kişi sıfatıyla eldeki davayı açan davacı tarafın, gerçekleşen trafik kazasında kısmi kusurlu olan desteklerinin sürücüsü olduğu aracın zorunlu mali sorumluluk sigortacısından destek tazminatı isteyebilecekleri çoğunlukla kabul edilmiştir. Yargıtay yeni tarihli bir kararda da, "... kaza tarihinin 21.2.2013 olmasına, davacının ölenin salt mirasçısı sıfatıyla değil, destekten yoksun kalan üçüncü kişi sıfatıyla dava açmasına, ölüm nedeniyle doğrudan davacı üzerinde doğan destekten yoksunluk zararının oluşumundaki kusurun davacıya yansıtılmayacağına; dolayısıyla araç sürücüsünün veya işletenin tam kusurlu olmaları halinde, desteğinden yoksun kalan davacıyı etkilemeyeceğine; 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu ve Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası Genel Şartları'na göre, aracın zorunlu mali sorumluluk sigortacısı davalı sigorta şirketi, işletenin üçüncü kişilere verdiği zararları teminat altına aldığına ve olayda işleten veya sürücü tam kusurlu olsalar bile, destekten yoksun kalan davacı da zarar gören üçüncü kişi konumunda bulunduğundan, davalı sigorta şirketi sorumlu olacağına (HGK'nun 15.6.2011 gün ve 2011/17-142 esas-411 karar, HGK'nun 22.2.2012 gün 2011/17-787 esas 2012/92 karar sayılı, HGK'nun 16.1.2013 gün ve 2012/17-1491 esas,2013/74 karar sayılı, HGK'nun 18.11.2015 gün ve 2014/17-691 Esas- 2015/2626 Karar sayılı ilamları uyarınca) göre, davalı (sigorta) vekilinin yerinde görülmemeyen bu yöne ilişkin temyiz itirazlarının reddine karar vermek gerekmiştir". Görüldüğü üzere Yüksek Mahkeme gerekçesinde açıkladığı üzere karar vererek davalı trafik sigorta şirketi tarafından, destekten yoksun kalanlara tazminat ödenmesine hükmetmiştir. Yargıtay 17. Hukuk Dairesi 25.12.2018 tarih 2018/2901 E. , 2018/12777 K., 17. Hukuk Dairesi 2016/4208 E., 2018/12783 K., <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, (27.02.2019). Yargıtay 17. Hukuk Dairesi E., 2016/14573, K., 2017/6035, sayılı kararında, " Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Mali Sorumluluk (Trafik) Sigortası Genel Şartları A.3. maddesine ve A.5. maddesinin (ç) bendine göre ancak, üçüncü kişinin ölümü dolayısıyla destek zararları, destekten yoksun kalma (ölüm) teminatı kapsamındadır. Bunun sonucu olarak, sigortacı yada güvence hesabının destek zararlarından sorumlu olması için motorlu aracın işletilmesi sırasında mutlaka ölen kişinin üçüncü bir kişi olması gerekir. İşletenin eylemlerinden sorumlu olduğu sürücü E.K'yi üçüncü kişi olarak kabul etmek mümkün değildir. Yine genel şartların A.6. maddesi (d) bendinde destekten yoksun kalan hak sahibinin, sigortalının sorumluluk riski kapsamında olmakla beraber destek şahsının kusuruna denk gelen destek tazminatı talepleri, teminat kapsamı dışında tutulması nedeniyle %100 kusuru ile kendi ölümüne neden olan sürücü E.K'in tam kusuruna isabet eden destek tazminatı sigorta teminatı kapsamında değildir. Kaza tarihinde yürürlükte bulunan Karayolları Trafik Kanunu'nun da sigortalının sorumluluk riski kapsamında olmayan destek tazminatı talepleri ile destekten yoksun kalan hak sahibinin, sigortalının sorumluluk riski kapsamında olmakla beraber destek şahsının kusuruna denk gelen destek tazminatı taleplerini sigorta teminatı kapsamında



şartlarda yapılan bu değişikliğe kanuni dayanak teşkil edecek şekilde 2918 sayılı KTK'nın 92. maddesinde değişiklik yapılmıştır⁴².

Aracı kullanan ve kazayı bizzat gerçekleştiren sürücünün aracın trafik sigortacısından tazminat talep edememesi gerekir. Bununla birlikte, ölen sürücünün yakınlarının talep edebileceği destekten yoksun kalma tazminatı, sürücünün yakınlarının uğradığı dolaylı zarar niteliğinde olduğu için bu tazminatın trafik sigortasının kapsamına dâhil olduğu kabul edilmekteydi⁴³. Bu konuda dikkat edilecek husus, hukukun temel ilkelerinden biri olan “hiç kimse kendi hukuka aykırı davranışından lehine sonuç çıkarmaz” ilkesinin göz önünde tutulması gereğidir. Dolayısıyla işletene ait aracı kullanan kişi, kendi kusuruyla yaptığı kazalarda trafik sigortacısından tazminat talep edememelidir.

2 Şubat 2016 tarihinde yapılan değişiklik ile, Sigortacının destekten yoksun kalma konusu yukarıda bahsettiğimiz A.6. maddenin birinci paragrafının (d) bendi kapsamında düzenlenmiş olmasına rağmen, sigortacının ilgililere yaptığı tazminat ödemeleri için sigortalının terekesine ve tereke borçlusu olan mirasçılara sigortalının kusuru oranında ve ilgili mevzuat dahilinde müracaat hakkının saklı olacağı hükmü, A.6. maddenin son fıkrasına yapılan ek ile getirilmiştir.

Eski ZMMS Genel Şartları yürürlükteyken, 2006 yılında yapılan değişiklikle, eski ZMSS Genel Şartlarının A.3. maddesine eklenen (m) bendi ile *dolaylı zararlar* nedeniyle yöneltilecek tazminat talepleri sigorta teminatı dışında bırakılmıştı. Dolayısıyla kanaatimizce yeni ZMMS Genel Şartları, m. A.6.(d) bendi ile getirilen düzenleme yerindedir. Eski Genel Şartlarda dolaylı zararların *teminat dışında* bırakıldığı şeklindeki açıklamanın yerine, burada daha açık olarak destekten yoksun kalma ile ilgili düzenleme yapılmıştır. Ankara Barosu tarafından açılan yukarıda bahsettiğimiz dava ile, A.6. maddenin iptali istenmiştir. Ancak Danıştay 15. Dairesi de, Genel Şartların “A.6. Teminat Dışında Kalan Haller” başlıklı maddesinin a, b, c, d, i, j, k, l, n, ve o bentleri, yönünden davanın reddine karar vermiştir⁴⁴.

olduğuna ilişkin bir düzenleme olmadığı ve kapsama giren teminat türleri arasında bulunmamasına göre, davacıların güvence hesabından destek tazminatı talep etme hakları bulunmadığından davanın reddi gerekirken yazılı olduğu şekilde davanın kabulü yönünde hüküm kurulması doğru görülmemiştir.”

42 Bkz. yukarıda II, 3.

43 ULAŞ, 2015, s. 13. Bkz. Yargıtay, 11. HD., 16.02.1990, E. 1990/825, K. 1990/963 (ULAŞ, 2002, s. 669, 670); Yargıtay, 11. HD., 11.07.2005, E. 2005/10789, K.2005/7481 (ULAŞ, 2015, s. 13-16). Konu daha sonra Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nda ele alınmış ve alınan kararlarda hak sahipleri lehine genişletilmiş yorum kabul edilerek, sigortacının sorumluluğuna gidilmiştir. Bkz. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 16.01.2013 gün ve E. 2012/17-1491, K. 2013/74 sayılı kararı (ULAŞ, 2015, s. 17 vd.)

44 Danıştay 15. Dairesinin, 27 Haziran 2018 tarih, Esas No: 2015/5277, Karar No: 2018/6090 sayılı kararı.



Yeni ZMSS Genel Şartlarının A.6 (j) bendi ile getirilen yeni düzenleme ile, motorlu araç kazalarından dolayı toprak, yeraltı suları, iç sular, deniz ve havanın kirlenmesi ya da kirlenme tehlikesi nedeniyle temizleme, toplanan atıkların taşınması ve bertarafı masrafları ile biyolojik çeşitlilik, canlı kaynaklar ve doğal yaşama verilen zararlar nedeniyle bozulan çevrenin yeniden oluşturulması ile ilgili çevresel zararlardan ileri gelen talepler de sigorta teminatı dışında tutulmuştur. Kanaatimizce bu düzenlemenin amacının, trafik kazaları sonucu çevreye verilen zararlardan doğan tazminat taleplerinin sürücünün üzerinde bırakılarak, sürücüleri daha dikkatli araç kullanmaya teşvik etmektir.

Eski Genel Şartların A.3. maddesinin (m) bendinde, dolaylı zararlar nedeniyle yöneltilecek tazminat taleplerinin sigorta teminatı dışında olduğu belirtilmişti. Yeni Genel Şartlarda ise bu konu A.6. maddede (k) bendinde düzenlenmiştir. Yapılan bu yeni düzenlemeye göre; gelir kaybı, kâr kaybı, iş durması ve kira mahrumiyeti gibi zarar verici olguya bağlı olarak oluşan yansıma veya dolaylı zararlar nedeniyle yöneltilecek tazminat talepleri sigorta teminatı dışında tutulmuştur. Görüldüğü üzere, dolaylı zararların yanı sıra yansıma zararlar⁴⁵ da yeni hükümle sigorta teminatı dışında kalan hallerin içine dâhil edilmiştir. Ayrıca yeni Genel Şartlarda, ilgili mevzuatla genel hükümlere tâbi kılınan taleplerin de sigorta teminatı dışında olduğu belirtilmiştir⁴⁶.

E. Hasar ve Tazminat

Eski Genel Şartlarda B. "Hasar ve Tazminat" başlığı altındaki B.1. maddenin başlığı, *Rizikonun Gerçekleşmesi Halinde Sigorta Ettirenin Yükümlülükleri* şeklindeydi. Yeni Genel Şartlarda ise bu başlık, m. B.1.1'de *Rizikonun Gerçekleşmesi Halinde Sigortalı ve/veya Sigorta Ettirenin Yükümlülükleri* olarak değiştirilmiştir. Görüldüğü üzere yeni başlıkta *sigortalı* da eklenmiştir. Bu durum daha açıklayıcı olup; maddenin uygulanmasını genişletmesi bakımından olumludur. Böylece sigorta teminatı dışında kalan haller genişletilmiş olmaktadır. Trafik sigortasında sigorta ettiren ödemeyi ve sigorta sözleşmesini yapan ve prim ödeme sorumluluğunu taşıyandır. Sigortalı ise aracın ruhsatında araç sahibi olarak yazılan kişidir. Sigorta ettiren ile sigortalı aynı kişi olabileceği gibi, farklı kişiler de olabilir. Sigorta ettiren ya da sigortalı kişi ve/veya firma olabilir. Sigortalı herhangi bir hasar durumunda giderleri teminat altına alınmış kişidir. Sigortalı, araç başkası tarafından sigortalansa bile tazminata hak kazanır. Dolayısıyla getirilen değişiklik ile, rizikonun gerçekleşmesi halinde sigortalının da yükümlülükleri belirlenmiştir.

45 Yansıma zararlarının giderimi konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. ÇAKIRCA, Seda İrem, *Türk Sorumluluk Hukukunda Yansıma Zararı*, İstanbul 2012, s. 165 vd.

46 Yeni ZMSSGŞ m. A.6.1.1.



Yeni ZMSS Genel Şartlarının B.1.1. maddesinin (a) bendine göre sigortalı, bu sözleşmeye göre, sorumluluğunu gerektirecek bir olayı, haberdar olduğu andan itibaren *on gün* içinde sigortacıya ihbar etmek, kendisine yöneltilen istemi ise, derhâl sigortacıya bildirmekle yükümlüdür. Eski Genel Şartlarda ise bu bildirim süresi beş gündü (Eski ZMSSGŞ m. B.1, a). Yapılan düzenleme ile sürenin on güne uzatılması sigortalı için olumlu bir değişikliktir.

Yeni Genel Şartların m. B1.1.(e) bendine göre sigortalı, maddi hasarlı trafik kazalarında motorlu aracı tutanak düzenlemek üzere güvenli bir yere çekmekle yükümlüdür.

Belirtilen B.1.1. maddenin son fıkrasında, belirtilen yükümlülüklerin ihlal edilmesi sebebiyle ödenecek tutar artarsa, zarar görenlere bu sebeple yapılan ödemenin ihlaldeki kusuru nispetinde sigortalıdan rücuen tahsil edileceği düzenlenmiştir.

F. Tazminat ve Giderlerin Ödenmesi

Genel Şartlar ile getirilen bedeni zarar hesaplaması usul ve esaslarına kanuni dayanak teşkil etmek üzere 2918 sayılı KTK'nun 90. maddesinde 14 Nisan 2016 tarihinde değişiklik yapılmıştır. Anılan madde hükmüne göre, zorunlu mali sorumluluk sigortası kapsamındaki tazminatlar bu Kanun ve bu Kanun çerçevesinde hazırlanan Genel Şartlarda öngörülen usul ve esaslara tabidir. Söz konusu tazminatlar ve manevi tazminata ilişkin olarak bu Kanun ve Genel Şartlarda düzenlenmeyen hususlar hakkında 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun haksız fiillere ilişkin hükümleri uygulanır. KTK'nun 90. maddesinin değişiklikten önceki halinde, tazminat konusunda sadece Borçlar Kanunu'nun haksız fiile ilişkin hükümlerinin uygulanacağı belirtilmişti.

Yeni ZMSS Genel Şartlarının B.2. maddesinde 2.1. bendinde, ilk paragraftaki düzenlemeye göre, sigortacı; hak sahibinin, kaza veya zararın tespit edilebilmesi için *bu Genel Şartlar ekinde yer alan* gerekli tüm belgeleri sigortacının merkez veya şubelerinden birine ilettiği tarihten itibaren sekiz işgünü içinde tazminatı hak sahibine öder. 2 Ağustos 2016 tarihindeki değişiklikle, *bu Genel Şartlar ekinde yer alan* gerekli tüm belgelerin sigortacıya iletilmesi şartı getirilmiştir. Anılan hükümdeki ifade daha önceki düzenlemeye göre daha açık ve sınırlayıcıdır. Böylece belirsiz bir ifade olan *gerekli tüm belgelerin* neler olduğu açıklığa kavuşturulmuş olmaktadır. *Bu Genel Şartlar ekinde yer alan* gerekli tüm belgeleri, ifadesi sigortalı açısından faydalı olacaktır. Böylece, sigortacı ödemeyi uzatmak amacıyla gereksiz belgeleri isteyerek zamanı uzatamayacağı için belirsizliğin ortadan kalkması sigortalının menfaatindedir.



Danıştay 15. Dairesi 27 Haziran 2018 tarihinde verdiği kararında⁴⁷, Genel Şartların “Tazminat ve Giderlerin Ödenmesi” başlıklı B.2. maddesinin, 2.1. fıkrasının ikinci cümlesindeki, “*Sigortacının kendisine iletilen belgelere haklı olarak itiraz etmesi veya kendisinin hak sahibinden ya da başka bir kurumdan haklı olarak yeni bir belge talep etmesi halinde söz konusu süre yeni talep edilen belgenin sigortacının merkez veya şubelerinden birine iletilmesinden sonra başlar*” şeklindeki ikinci cümlesi yönünden iptal isteminin reddine karar vermiştir.

Yeni Genel Şartlarda B.2.1. maddesinde 2.1. bendinde, ikinci paragrafta “eşdeğer parça”, “orijinal parça” tanımları da yapılmıştır. Buna göre eski Genel Şartlardaki düzenlemede hasar halinde, hasar gören parça, onarımı mümkün değilse veya eşdeğeri parça ile değiştirilme imkânı yok ise yenisi ile değiştirilir şeklindeydi (Eski ZMSSGŞ m. B.2, b). Yeni Genel Şartlarda ise bu konu çok daha ayrıntılı olarak kaleme alınmıştır. Buna göre yeni Genel Şartlarda B.2.1. maddesindeki düzenlemeye göre, hasar halinde, hasar gören parça, onarımı mümkün değilse veya eşdeğer parça veya ömrünü tamamlamış araçlar mevzuatı kapsamındaki araçlardan elde edilen orijinal parça ile değişimine imkân yok ise *orijinali ile değiştirilir*. Kaza tarihine göre model yılından itibaren üç yılı geçmeyen motorlu araçlarda hasar gören parça, onarımı mümkün değilse öncelikle orijinali ile değiştirilir, orijinal parçanın bulunmaması durumunda eşdeğer veya ömrünü tamamlamış araçlar mevzuatı kapsamındaki araçlardan elde edilen orijinal parça ile değiştirilir. Ancak model yılından itibaren üç yılı geçmeyen motorlu araçta hasar gören parçanın orijinal olmadığı durumda eşdeğer veya ömrünü tamamlamış araçlar mevzuatı kapsamındaki araçlardan elde edilen orijinal parça ile değişim yapılır. Bu paragraf uygulaması sonucu araçta bir kıymet artışı meydana gelse dahi bu fark tazminat miktarından indirilemez. Yapılan yeni düzenleme ile orijinal parça deyiminin özellikle vurgulanmasının, sigortalının haklarının korunması bakımından çok yerinde olduğunu düşünüyoruz.

2 Ağustos 2016 tarihinde yapılan değişiklikte, B2. maddede 2.1’in 3. paragrafın son cümlesine ispat yükümlülüğü ile ilgili, ispat yükümlülüğünün sigortacıya ait olduğu şeklinde düzenleme getirilmiştir.

Yukarda açıkladığımız üzere Ankara Barosunun açmış olduğu dava dolayısıyla Danıştay 15. Dairesi 2015/5277 esas sayılı dosyasında 4 Ekim 2016 tarihli karar ile Genel Şartların bazı maddeleri için yürütmenin durdurulmasına karar vermiştir. Bu bağlamda Genel Şartların B.2. maddesinin 2.1. bendinin ikinci paragrafının ilk iki cümlesi ile aynı bendin

⁴⁷ Danıştay 15. Dairesinin, 27 Haziran 2018 tarih, Esas No: 2015/5277, Karar No: 2018/6090 sayılı kararı (bkz. UYAP).



üçüncü paragrafı için hukuka uyarlılık görülmediğinden, yürütmenin durdurulmasına karar verilmiştir. Yine benzer olarak, Türkiye Barolar Birliği'nin açmış olduğu davada, Danıştay 15. dairesinin 2015/6014 esas sayılı dosyasında 4.10.2016 tarihli karar ile Genel Şartların B.4. maddesi (b) bendinde yer alan “veya trafik kurallarının ihlali” yönünden; ayrıca, Genel Şartların EK 1 inde yer alan değer kaybı hesaplanmasında teminat dışında kalan haller olarak görülen ikinci maddesinin 2. ve 6. bentleri yönünden *yürütmenin durdurulması* kararı verilmiştir.

Danıştay'ın gerekçesine göre, *“orjinal parça yerine takılacak parçalar nedeniyle aracın başka yerinde oluşabilecek bozukluk veya hasarların karşılanması hususunda da araç sahipleri ile üreticilerin karşı karşıya gelmeleri söz konusu olabileceği gibi takılacak orjinal olmayan daha önce kullanılmış ve yıpranmış yedek parçalardan dolayı oluşabilecek güvenlik riskleri ile de karşı karşıya kalınabilir. Ayrıca uygulamada eşdeğer parça adı altında düşük kalitede ve fiyatta olan kısaca yan sanayi denen düşük kaliteli parçaların kullanılması karşılaşılan bir durumdur. Bu nedenle hasar onarımlarında sigortalı veya mağdur onayı dışında hiçbir şekilde çıkma veya sökme parçaların kullanılmaması kamu yararı gereğidir. Ayrıca sigortalı ilişkisinin tarafı olmayan ve doğrudan zarar gören üçüncü kişilerin araçlarında meydana gelen hasarın rızaları alınmaksızın çıkma parça ile değiştirilmesine imkan tanınarak mülkiyet hakkına hanel getiren böyle bir düzenlemeye gidilmesi hukuka aykırıdır. Bunlara ek olarak dava konusu düzenlemedeki üç yaş şartının nasıl belirlendiği idarelerce ortaya konulamamıştır”*. Tüm bu gerekçelerle Danıştay, yukarıda belirtilen maddelerin⁴⁸ yürütmesini durmuştur⁴⁹.

Yukarıda açıkladığımız iptal davaları ve verilen yürütmeyi durdurma kararlarının etkisiyle, 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu'nun 11. maddesinde değişiklik yapılarak, eşdeğer parçaya ilişkin olarak altıncı fıkra eklenmiştir. Buna göre 27 Ocak 2017 tarihinden geçerli olmak üzere⁵⁰, hasarın giderilmesine ve tazminatın ödenmesine yönelik olarak ilgili mevzuat çerçevesinde orijinale eşdeğerliliği belgelendirmiş parçaların kullanılmasına ilişkin usul ve esaslar ilgili Sigorta Genel Şartlarında belirlenir şeklindeki 6. fıkra eklenmiştir.

Danıştay 15. Dairesince verilen yürütmenin durdurulması isteminin kısmen kabulüne, kısmen reddine ilişkin 4 Ekim 2016 günlü, E:2015/6014

48 Genel Şartların B.2. maddesinin 2.1. bendinin ikinci paragrafının ilk iki cümlesi ile aynı bendin üçüncü paragrafı, B.4. maddesi (b) bendi, EK 1 de yer alan değer kaybı hesaplanmasında teminat dışında kalan haller olarak görülen 2. maddesinin 2. ve 6. bentleri yönünden.

49 Bkz. KARAYAZGAN, s. 36-38.

50 R.G., 27 Ocak 2017, Sayı 29961.



sayılı karara, taraflar karşılıklı olarak itiraz etmişlerdir⁵¹. Buna göre, Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunca, Danıştay 15. Dairesinin 4 Ekim 2016 günlü, E. 2015/6014 sayılı kararının dava konusu Tebliğin “B.2. Tazminat ve Giderlerin Ödenmesi” başlıklı maddesinin 2.1. bendinin 2. paragrafının 2. cümlesinde yer alan “parça veya ömrünü tamamlamış araçlar mevzuatı kapsamındaki araçlardan elde edilen orijinal parça” ibaresi ile 3. paragrafına ilişkin kısmı hakkındaki yürütmenin durdurulması kararının kaldırılmasına, anılan kısımlar yönünden yürütmenin durdurulması isteminin reddine, 23 Şubat 2017 gününde oyçokluğu ile karar verilmiştir.

Yeni ZMSS Genel Şartlarında m. B.2. maddenin 2.4. bendi hükmüne göre; dava açılması halinde, sigortalının ihbarı ile sigortacı takip ve idare etmek üzere davaya her aşamada dâhil olur. Sigortalı, sigortacının göstereceği avukata gereken vekâletnameyi vermek zorundadır. Sigortalıyı bu şekilde sigortacının göstereceği avukata vekâlet vermeye zorlayan bir hüküm eski ZMSS Genel Şartlarında bulunmamaktaydı. Kanımızca bu hüküm, Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanunu (HMUK)’nun 71. maddesine aykırıdır. Zira HMUK m. 71’e göre, “Dava ehliyeti bulunan herkes, davasını kendisi veya tayin ettiği vekil aracılığıyla açabilir ve takip edebilir.” Ankara Barosu da yukarıda da değindiğimiz üzere Yeni ZMSS Genel Şartlarının iptali için Danıştay’da açtığı davada, Anayasa ve Avukatlık Kanunu’na⁵² aykırı olduğu savunulan bu düzenlemenin dayanağı kanun maddesinin iptali için Danıştay’dan itiraz yoluyla Anayasa Mahkemesine başvurmasını talep etmiştir⁵³.

51 Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, Yürütmenin Durdurulması İtiraz No : 2016/1722 (bkz. UYAP).

52 1136 Sayılı Avukatlık Kanunu’nun 35/3 maddesinde de aynı düzenleme yer almaktadır: (Değişik üçüncü fıkrâ: 23/1/2008-5728/329 md.) “Dava açmaya yeteneği olan herkes kendi davasına ait evrakı düzenleyebilir, davasını bizzat açabilir ve işini takip edebilir”.

53 Ankara Barosunun açmış olduğu dava dolayısıyla, Danıştay 15. Dairesi 2015-5277 Esas sayılı dosyasında 4 Ekim 2016 tarihli kararı ile genel şartların bazı maddeleri için yürütmenin durdurulmasına karar vermiştir. Bu karara karşı davacı Ankara Barosu Başkanlığı ve davalı idare itiraz etmişlerdir. Bu bağlamda Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunda 2016-1723 İtiraz numarası ile istem görüşülmüştür. Buna göre, Danıştay 15. Dairesince verilen yürütmenin durdurulması isteminin kısmen reddine, kısmen kabulüne ilişkin 4.10.2016 günlü, 2015-5277 Esas sayılı karara karşı taraflar karşılıklı olarak itiraz etmektedirler. Genel Şartların B.2. maddesinin 2.4. bendinin “sigortalı, sigortacının göstereceği avukata gereken vekaletnameyi vermek zorundadır”. Şeklindeki ikinci cümlesinin iptali ve yürütmesinin durdurulması istemiyle itiraz edilmiştir. Buna göre, Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunca, verilen kararın gerekçesine göre; “Mevzuatımızdaki düzenlemelere göre, savunma hakkının kullanılabilmesi için avukatın yardımı şart değildir. Nitekim Anayasanın 36. maddesinde, “herkes meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir.” Hükmüne yer verilmiş, Avukatlık Kanununun 35. maddesinde de “dava açmaya yeteneği olan herkes kendi davasına ait evrakı düzenleyebilir, davasına bizzat açabilir ve işini takip edebilir”. Denilmek suretiyle yukarıda bahsedilen hususa vurgu yapılmıştır. Bununla birlikte, avukatlık kanununun 35. ve 63. maddeleri

Danıştay 15. Dairesi, yukarıda belirttiğimiz yürütmeyi durdurma kararlarından sonra, 27 Haziran 2018 tarihinde verdiği kararında⁵⁴, söz konusu Genel Şartların, “B.2. Tazminat ve Giderlerin Ödenmesi” başlıklı maddesinin 2.4. fıkrasının ikinci cümlesinde yer alan; “Sigortalı, sigortacının göstereceği avukata gereken vekaletnameyi vermek zorundadır.” ibaresinin, iptaline karar vermiştir⁵⁵.

uyarınca birey, savunma hakkının kullanımında bir başkasının yardımını istiyorsa o kişinin baro levhasında kayıtlı ve işten yasaklanmamış bir avukat olması gerekmektedir. Savunma hakkının olması ise Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin altıncı maddesinde de belirtildiği üzere bireyin avukatını serbestçe belirleme hakkıdır. Anayasanın “Çalışma ve Sözleşme Hürriyeti” başlıklı 48. maddesinin birinci fıkrasında herkesin dilediği alanda sözleşme hürriyetine sahip olduğu, “temel hak ve hürriyetlerin sınırlanması” başlıklı 13. maddesinde temel hak ve hürriyetleri, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabileceği, bu sınırlamaların, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamayacağı, 6098 sayılı Borçlar Kanununun “sözleşme özgürlüğü” başlıklı 26. maddesinde ise, tarafların, bir sözleşmenin içeriğini kanunda öngörülen sınırlar içinde özgürce belirleyebileceği belirtilmiştir. Ayrıca, 1136 sayılı Avukatlık Kanununun “Avukatlık Sözleşmesinin Kapsamı” başlıklı 163. maddesinin birinci fıkrasında ise avukatlık sözleşmesinin serbestçe düzenleneceği hükümlerine yer verilmiş olup, sözleşme özgürlüğü uyarınca kişiler, hukuksal ilişkilerini özgür iradeleriyle ve sözleşmelerle düzenlemekte serbesttir. Bu durumda Anayasa uyarınca sözleşme özgürlüğünün sınırlanabilmesinin ancak kanunla mümkün olabilmesi karşısında, anılan Tebliğ düzenlemesiyle sözleşme özgürlüğüne sınırlama getirilmesini Anayasada güvence altına alınan sözleşme hürriyetine aykırı olduğu gibi, yasadan kaynaklı bir hak olan bireyin avukatına serbestçe belirlemesi hakkının Tebliğ ile ortadan kaldırılması sonucunu doğuran düzenlemede hukuka uygunluk bulunmamaktadır”.

Yukarıda açıklanan nedenlerle Danıştay, İdari Dava Daireleri Kurulu tarafından, Tebliğin B.2. Tazminat ve Giderlerin Ödenmesi başlıklı maddesinin 2.4. bendinin ikinci cümlesinde yer alan “sigortalı sigortacının göstereceği avukata gereken vekaletnameyi vermek zorundadır”. şeklindeki ibaresi 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 27. maddesinde öngörülen ve yürütmenin durdurulmasına karar verilebilmesi için gerekli olan koşulların gerçekleştiği anlaşıldığından, davacı itirazının kısmen kabul ile söz konusu düzenlemelerin yürütmesinin durdurulmasına davalı idarenin itirazlarının reddine 23 Şubat 2017 gününde oy çokluğu ile karar verilmiştir (Danıştay, İdari Dava Daireleri Kurulu, İtiraz No: 2016/1723).

54 Danıştay 15. Dairesinin, 27 Haziran 2018 tarih, Esas No:2015/5277, Karar No:2018/6090 sayılı kararı.

55 Danıştay 15. Dairesinin, 27 Haziran 2018 tarih, Esas No:2015/5277, Karar No:2018/6090 verdiği iptal kararının gerekçesinde, “Mevzuatımızdaki düzenlemelere göre, savunma hakkının kullanılabilmesi için avukatın yardımı şart değildir. Nitekim, Anayasa'nın 36. maddesinde, “Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir.” hükmüne yer verilmiş, Avukatlık Kanunu'nun 35. maddesinde de, “Dava açmaya yeteneği olan herkes kendi davasına ait evrakı düzenleyebilir, davasını bizzat açabilir ve işini takip edebilir.” denilmek suretiyle yukarıda değinilen hususa vurgu yapılmıştır.

Bununla birlikte, Avukatlık Kanunu'nun 35. ve 63. maddeleri uyarınca birey, savunma hakkının kullanımında bir başkasının yardımını istiyorsa o kişinin baro levhasına kayıtlı ve işten yasaklanmamış bir avukat olması gerekmektedir. Savunma hakkının olmazsa olmazı ise Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. maddesinde de belirtildiği üzere bireyin avukatını serbestçe belirleme hakkıdır. Anayasanın “Çalışma ve sözleşme hürriyeti” başlıklı 48. maddesinin birinci fıkrasında, herkesin dilediği alanda sözleşme hürriyetine sahip olduğu, “Temel hak ve hürriyetlerin sınırlanması” başlıklı 13. maddesinde, temel hak ve hürriyetlerin, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabileceği, bu sınırlamaların, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine



G. Sigortacının Halefiyeti ve Sigortalıya Rücu Hakkı

Sigortacının halefiyet hakkı, kanundan doğmaktadır ve Türk Ticaret Kanunu (TTK)'nın 1472. maddesinde düzenlenmiştir. Ayrıca, sigorta poliçelerinin genel şartlarında, sigortacıya halefiyet hakkının tanındığı açıkça belirtilerek, halefiyetin kaynağı sözleşmeye de dayandırılabilir. Türk Ticaret Kanunu'nun 1472. maddesinin I. fıkrası hükmüne göre, "*Sigortacı sigorta tazminatını ödediğinde hukuken sigortalının yerine geçer*". TTK'nda 1472. maddesinin II. fıkrasında ise, sigorta ettirenin, aynı maddenin I. fıkrası gereğince sigortacıya intikal eden haklarını ihlal edecek bir hal ve harekette bulunması durumunda, sigortacıya karşı sorumlu olacağı belirtilmiştir. Başka bir ifadeyle bu fıkra hükmünde, sigortacının rücu hakkını engelleyici davranışlarda bulunan kendi sigortalısına karşı sahip olduğu talep hakları hüküm altına alınmıştır⁵⁶.

Ayrıca, ZMSSGŞ'nın "Sigortacının Halefiyeti" başlıklı B.3. maddesine göre, "*Sigortacı ödediği tazminat miktarınca hukuken hak sahibi yerine geçer*". Söz konusu hüküm eski Genel Şartlarda, "*sigortacı ödediği tazminat miktarınca hukuken sigorta ettiren yerine geçer*" (Eski ZMSSGŞ m. B.3) şeklindeydi. Sigorta ettiren yerine hak sahibi deyiminin tercih edilmesinin sigortalıyı da içinde barındırdığından daha yerinde olduğu düşünülebilir. Ancak, eski ZMSSGŞ'nın "sigortacının halefiyeti" başlıklı B.3. maddesi hükmü, Türk Ticaret Kanunu'nun 1472. maddesinin I. fıkrasındaki düzenlemeye paraleldir. Dolayısıyla Genel Şartlardaki düzenlemelerin Kanuna uygun olması gerektiğinden, yapılacak değişiklik ile yeni Genel Şartlardaki *hak sahibi* deymi yerine, eski düzenlemedeki *sigorta ettiren* deyiminin kullanılması daha uygun olacaktır.

Sigortacının rücu hakkı, Karayolları Trafik Kanunu'nun 95. maddesinin II. fıkrasında genel olarak düzenlenmiştir. Sözü geçen maddenin I. fıkrasına göre, "*sigorta sözleşmesinden veya sigorta sözleşmesine ilişkin kanun hükümlerinden doğan ve tazminat yükümlülüğünün kaldırılması*

ve ölçülülük ilkesine aykırı olamayacağı, 6098 sayılı Borçlar Kanunu'nun "Sözleşme özgürlüğü" başlıklı 26. maddesinde, tarafların, bir sözleşmenin içeriğini kanunda öngörülen sınırlar içinde özgürce belirleyebileceği, 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun "Avukatlık sözleşmesinin kapsamı" başlıklı 163. maddesinin birinci fıkrasında ise Avukatlık sözleşmesinin serbestçe düzenleneceği hükümlerine yer verilmiş olup, sözleşme özgürlüğü uyarınca kişiler, hukuksal ilişkilerini özgür iradeleriyle ve sözleşmelerle düzenlemekte serbesttir.

Bu durumda, Anayasa uyarınca sözleşme özgürlüğünün sınırlanabilmesinin ancak kanunla mümkün olabilmesi karşısında, anılan Tebliğ düzenlemesi ile sözleşme özgürlüğüne sınırlama getirilmesinin Anayasada güvence altına alınan sözleşme hürriyetine aykırı olduğu gibi, Yasadan kaynaklı bir hak olan bireyin avukatını serbestçe belirlemesi hakkının Tebliğ ile ortadan kaldırılması sonucunu doğuran düzenlemede hukuka uygunluk bulunmamaktadır.

56 BİLGE, Mehmet Emin, "Sigorta Tazminatını Alan Sigortalının Zarar Veren Üçüncü Şahısla Yaptığı İşlemlerin Sigortacının Halefiyeti Üzerindeki Etkisi ve Yargıtay Uygulaması", **Hayri Domaniç'e Armağan**, C. I, İstanbul 2001, s. 75; ULAŞ, 2002, s. 206; ULAŞ, 2012, s. 285, 286.



veya miktarının azaltılması sonucunu doğuran haller zarar görene karşı ileri sürülemez". Görüldüğü üzere bu fıkra uyarınca, sigortacının tazminat yükümlülüğünün azaltılması ve kaldırılmasına ilişkin haller, sigortacı tarafından zarar gören üçüncü kişilere karşı ileri sürülemeyecektir. Buna göre, zarar gören kimseye ödemedede bulunan sigortacı, sigorta sözleşmesine ve bu sözleşmeye ilişkin kanun hükümlerine göre, tazminatın kaldırılmasını ve indirilmesini sağlayabileceği oranda kendi sigorta ettirenine rücu edebilecektir (KTK m. 95/II). Bu rücu hakkı, sözleşme ve kanun gereği sigorta ettirene karşı defi hakkı bulunan sigortacının, sözleşmenin diğer tarafı olan sigorta ettirene dönmesini sağlamaktadır⁵⁷.

Yarışlarla ilgili sorumluluk Karayolları Trafik Kanunu'nun 105. maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddenin IV. fıkrasında, motorlu araç yarışları bakımından, sigortacının rücu hakkının özel olarak düzenlendiği görülmektedir. Karayolları Trafik Kanunu'nun 105. maddesinin IV. fıkrası uyarınca, yetkili makamdan gerekli izin alınmadan yapılan yarışlarda oluşan kazalardan kaynaklanan zararların sigortacı⁵⁸ tarafından karşılandıktan sonra, yarış için özel bir sigortanın yapılmamış olduğunu bilen veya gerekli özenin gösterilmesi halinde bilebilecek durumda olan işleten veya işletenlere rücu edebileceği de hüküm altına alınmıştır⁵⁹.

Karayolları Trafik Kanunu'nun 95. maddesinin II. fıkrası hükmünde, tazminatın azaltılması veya kaldırılması sonucunu doğurabilecek durumların neler olduğu hakkında herhangi bir açıklama yapılmamıştır. Bununla birlikte, Zorunlu Malî Sorumluluk Sigortası Genel Şartlarının, "zarar görenlerin haklarının saklı tutulması ve sigortacının sigortalıya rücu hakkı" başlıklı, B.4. maddesinde sigortacının rücu hakkı özel olarak düzenlenmiştir. Bu hükme göre, sigorta sözleşmesinden veya sigorta sözleşmesine ilişkin kanun hükümlerinden doğan ve tazminat yükümlülüğünün kaldırılması veya miktarının azaltılması sonucunu doğuran durumlar zarar görene karşı ileri sürülemez. Ödeme yapan sigortacı, sigorta sözleşmesine ve bu sözleşmeye ilişkin kanun hükümlerine göre, tazminatın kaldırılmasını veya azaltılmasını sağlayabileceği oranda kazaya sebebiyet veren sigortalıya rücu edebilir. Görüldüğü üzere genel şartlardaki bu hüküm KTK'nun 95. maddesi ile paralel bir düzenleme getirmiştir.

57 ULAŞ, 2002, s. 717; ULAŞ, 2012, s. 1010.

58 Buradaki "sigortacı" ifadesinden anlaşılması gereken, zarara neden olan motorlu aracın sorumluluk sigortasında sözleşmenin tarafı olan sigortacıdır (bkz. GÖKCAN/ KAYMAZ, s. 213).

59 Ayrıntılı bilgi için bkz. ASLAN DÜZGÜN, Ülgen, Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Malî Sorumluluk Sigortasında (Trafik Sigortası) Zarar Kavramı ve Sigortacının Rücu Hakkı, **Batider** 2013, Cilt: XXIX Sayı: 3, s. 205, 206.



Sigortacının rücu hakkının düzenlendiği Genel Şartların B.4. maddesinin ikinci fıkrasında, 2 Şubat 2016 tarihinde yapılan değişiklik ile, ödemede bulunan sigortacı, sigorta sözleşmesine ve bu sözleşmeye ilişkin kanun hükümlerine göre, tazminatın kaldırılmasını veya azaltılmasını sağlayabileceği oranda *kazaya sebebiyet veren* sigortalıya rücu edebilir. Hükmün önceki hali, *...tazminatın kaldırılmasını veya azaltılmasını sağlayabileceği oranda sigortalıya rücu edebilir* şeklindeydi⁶⁰. Yeni Genel Şartlarda 2 Şubat 2016 tarihindeki değişiklik ile, sigortacının sadece *kazaya sebebiyet veren sigortalıya* rücu edebileceği düzenlenmiştir. Buna göre, sigortacı kazanın meydana gelmesinde kusuru bulunmayan sigortalıya rücu edemeyecektir.

Yeni Genel Şartlarda, hak sahibi olan ve araç üzerinde tasarruf yetkisi bulunan sigortalıya sigortacının rücu imkanının tanınması hem hakkaniyete hem de hukuk mantığına uygun bir düzenlemedir. B.4. maddede *“... kazaya sebebiyet veren sigortalıya rücu edebilir”* şeklinde düzenleme yapılmıştır. Böylece, sigortacı sigortalıya her zaman değil sadece kazaya sebebiyet vermesi durumunda rücu edebilecektir. Başka bir ifade ile sigortacı, kazanın meydana gelmesinde hiç bir kusuru bulunmayan sigortalıya rücu edemeyecektir.

H. Sigortalıya Rücu Nedenleri

Zorunlu Malî Sorumluluk Sigortası Genel Şartlarının, B.4. maddesinin III. fıkrasında *“Sigortalıya başlıca şu nedenlerle rücu edilir:”* dedikten sonra, yedi bent halinde, rücu nedenleri sayılmıştır. Anılan hükmün ifadesinden de anlaşıldığı üzere, rücu nedenleri, sınırlayıcı (tahdidi) olarak değil, sayıcı (tadadi) nitelikte düzenlenmiştir⁶¹

1. Kasıt veya Ağır Kusurun Varlığı

Zorunlu Malî Sorumluluk Sigortası Genel Şartları'nın B. 4. maddesinin (a) bendi uyarınca, tazminatı gerektiren olay, *sigortalının* veya eylemlerinden sorumlu olduğu kişilerin kasti bir hareketi veya ağır kusur sonucunda oluşmuş ise, sigortacı olaydan zarar gören kişi ya da kişilere tazminatı ödedikten sonra *sigortalıya* rücu edebilir.

60 14 Mayıs 2015 tarihinden önce yürürlükte bulunan eski Genel Şartlarda, sigortacının sigorta ettirene rücu edebileceği düzenlenmişti. Buna göre eski ZMSSGS'nin, Zarar Görenlerin Haklarının Saklı Tutulması ve Sigortacının İşletene Rücu Hakkı başlıklı B.4. maddesi hükmüne göre, Sigorta sözleşmesinden veya sigorta sözleşmesine ilişkin kanun hükümlerinden doğan ve tazminat yükümlülüğünün kaldırılması veya miktarının azaltılması sonucunu doğuran haller zarar görene karşı ileri sürülemez. Ödemede bulunan sigortacı, sigorta sözleşmesine ve bu sözleşmeye ilişkin kanun hükümlerine göre, tazminatın kaldırılmasını veya azaltılmasını sağlayabileceği oranda sigorta ettirene rücu edebilir.

61 Ayrıntılı bilgi için bkz. ASLAN DÜZGÜN, s. 206.

Yargıtay da kararlarında, *ağır kusur* kavramına açıklama getirmiştir⁶². Buna göre, Yargıtay, *ağır kusur* kavramının bir özel hukuk kavramı olduğunu ve bu kavramın *kasıt* olmamakla beraber kasta yakın bir kusurun varlığını ifade ettiğini ve Zorunlu Malî Sorumluluk Sigortası Genel Şartları'nın B.4. maddesinin (a) bendinde, *tam kusurdan değil, kasıt veya ağır kusurdan* bahsedildiğini belirtmektedir⁶³.

Ayrıca tazminatı gerektiren olayın işletenin veya hareketlerinden sorumlu olduğu kişilerin kasti bir hareketi veya ağır kusur sonucu oluştuğunu, sigortacının kendisi ileri sürüp kanıtlayacaktır. Bu konudaki ispat yükümlülüğü sigortacıdadır⁶⁴.

2. Ehliyetsiz Araç Kullanmak

Sigortacının sigortalıya rücu edebileceği nedenlerin düzenlendiği anılan B.4. maddede 2 Şubat 2016 tarihinde (b) bendinde değişiklik yapılmıştır.

62 11. HD., 05.12.1994, E. 1994/5450, K. 1994/9379, "Yukarıdaki açıklamalardan anlaşıldığı üzere dava, zorunlu trafik sigortası gereğince zarar görenlere ödeme yapan sigortacının kendi sigortalısına, rizikonun ağır kusurlu davranış nedeniyle ve bu nedenle sigorta teminat dışında kaldığı gerekçesiyle açtığı rücu davasına ilişkin bulunmaktadır. Taraflar arasında akdi ilişkiyi düzenleyen sigorta poliçesinin (sigortacının işletene rücu hakkı) nı düzenleyen 4/a sorumlu olduğu kişilerin kasti bir hareketi veya ağır kusuru sonucunda meydana gelmiş ise) sigortacının zarar görene ödeme yaptıktan sonra kendi sigortalısına rücu edebileceği hükme bağlanmış bulunmaktadır. Görüldüğü gibi maddede (tam kusurdan) değil, (kasıt veya ağır kusurdan) söz edilmektedir. Bilirkişi raporunda sigortalının şoförünün aracı eğimli yolda park ederken el freni çektikten sonra ayrıca aracın takozu alınmaması, tekerleklerin sol refüje çevrilmemesi gibi ek önlemleri almaması nedeniyle kazanın meydana gelişinde %100 yani tam kusurlu olduğu kabul edilmiştir. Her olayda bu hal tam kusur kabul edilemez. Bilindiği üzere (ağır kusur kavramı bir özel hukuk kavramı olup, kasıt olmamakla beraber kasta yakın bir kusurun mevcudiyetini ifade eder. Dava konusu olayda ise, davalı sigortalının şoförün %3 gibi az eğimli bir yolda aracı refuj kenarına çektikten sonra el frenini çekerek sigortalı aracı park etmiş bulunmaktadır. Bu durumda şoförün hiç önlem almamakla değil fakat eksik önlem alma nedeniyle kusurlu olduğunun ve sonuç itibarıyla kusurlu olmakla birlikte ağır kusurlu olmadığı kabul gerekir. Aksi halde sigorta yaptırmanın da bir anlamı kalmaz..." (ULAŞ, s. 718). Yargıtay'ın aynı yöndeki kararları için bkz. 11. HD., 28.04.2003, E. 2002/11908, K. 2003/4189; 11. HD., 24.06.2002, E. 2002/2679, K. 6416; HGK., 10.12.2003, E.,2003/11-756-743. Yargıtay 17. HD., sigortalı aracın aşırı yüklü olmasının *ağır kusur* olarak kabul edilemeyeceğini ve bu nedenle zarar gören üçüncü kişiye ödeme yapan sigortacının kendi sigortalısına rücu edemeyeceğine karar vermiştir (ULAŞ, 2012, s.1016, 1017, 1018, 1022).

63 Bu yönde bkz. YTD, 03.04.1972, E. 1972/1595, K. 1972/1679, "Sigortacının, sigorta ettirene ödediği zarardan dolayı rücu edebilmesi için zararın kasti hareketlerinden veya ağır kusurundan tevellüt etmesi gerekir." (RKD. 1972, Y.7, s. 383). Aynı yönde bkz. 11.HD., 21.12.1993, E. 1993/795, K. 1993/8550, 11.HD., 30.10.2001, E. 2001/5330, K. 2001/8413, 11.HD., 24.06.2002, E.2002/2679, K.2002/6416, 11. HD., 15.10.2001, E. 2001/5002, K. 2001/7965 (ULAŞ, s. 718-720). 11.HD., 6.3.1997, E. 1997/688, K. 1997/1394, (GÖKCAN/ KAYMAZ, s. 256; ULAŞ, s. 721). Bu konuda bkz. 11. HD., 16.01.2006, E. 2005/184, K. 2006/121; (KİBB, <http://www.kazanci.com>). Bkz. Yargıtay 17. Hukuk Dairesinin 25.12.2017 tarihli E. 2017/1914, K. 2017/12055 (BİRİŞİK, Faik, "Karayolları Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortasında Sigortacının Sigorta Ettirene Ağır Kusur Nedeniyle Rücu Hakkı", **Terazi Hukuk Dergisi**, C. 13, S. 145, Eylül 2018, s. 139-143).

64 Bu yönde bkz., 11.HD., 17.4.1995, E. 1995/2377, K. 1995/3438 (ULAŞ, 2002, s. 721).



Buna göre, tazminatı gerektiren olay, aracın ilgili mevzuat hükümlerine⁶⁵ göre gereken ehliyetnameye sahip olmayan veya geçerliliğini yitirmiş sürücü sertifikasına sahip ya da ehliyetine geçici/sürekli el konulmuş kişiler tarafından sevk edilmesi veya trafik kurallarına ağır kusur ile ihlali sonucunda meydana gelmiş ise sigortacının sigortalıya rücu edebileceği hüküm altına alınmıştır (ZMSSGŞ m. B.4/3/b)⁶⁶. Yeni Genel Şartlardaki bu düzenleme ile, sigortacının sigortalıya rücu edebileceği başlıca hallerin düzenlendiği cümlelerin sonuna, ehliyetsiz araç kullananlardan sonra bir yenilik olarak “veya trafik kurallarının ağır kusur ile ihlali sonucunda meydana gelmiş ise” şeklinde bir ekleme yapılmıştır. Ancak yeni Genel Şartların anılan (b) bendine yapılan söz konusu ekin iptaline Danıştay 15. Dairesi, 27 Haziran 2018 tarihinde oybirliğiyle karar vermiştir.

Yargıtay, 31.03.1992 tarihinde verdiği bir kararında⁶⁷, sigortacının üçüncü kişiye ödediği tazminatın *tamamı* bakımından davalı sigorta ettirene rücu etmesi gerektiğini açıklamıştır. Ancak, Yüksek Mahkeme daha sonra, 23.05.1997 tarihinde verdiği başka bir kararında⁶⁸, sigortacının, sürücü ehliyet belgesiz araç kullanma nedeniyle kendi sigortalısına onun *kusuru oranında* rücu edebileceğini belirtmiştir.

Motorlu aracın ehliyetsiz bir kişi tarafından kullanılması sırasında meydana gelen zarar dolayısıyla sigortacı, sözleşme ilişkisinden kaynaklanan rücu hakkını sürücüye değil, sigorta sözleşmesinin tarafı olan sigorta ettirene karşı ileri sürebilir⁶⁹.

65 KTK m. 39 vd.

66 Eski ZMSSGŞ'nin B.4. maddesinin (c) bendinde aynı konu, “Tazminatı gerektiren olay, aracın Karayolları Trafik Kanunu hükümlerine göre gereken ehliyetnameye sahip olmayan kişiler tarafından sevk edilmesi sonucunda meydana gelmiş ise”, şeklinde düzenlenmişti.

67 11. HD., 31.03.1992, E. 1990/7070, K. 1992/4028: “...Dava konusu olayda, sigorta konusu aracın ehliyetnamesiz kimseye kullanılırken riziko gerçekleştiğine göre, KTK'nun 95 ve polişe genel şartlarının 4. maddesi hükmü uyarınca sigortacının ödediği tazminatın tamamı bakımından davalı sigorta ettirene rücu etmesi mümkün olduğundan davanın bu nedenle tamamen kabul edilmesi gerekirken, kusur oranlarına göre indirim yapılarak kısmen kabulü doğru görülmediğinden kararın bu yönden davacı yararına bozulması gerekmiştir.” (ULAŞ, 2002, s. 722, 723).

68 11. HD., 23.05.1997, E. 1997/3089, K. 1997/3717, (ULAŞ, 2002, s. 723). Bu yönde bkz. 17. HD., 29.09.2011, E. 2011/6783, K. 2011/8425 “...trafik sigortasından kaynaklanan rücu tazminat istemine ilişkindir. Davacı sigorta şirketi sigortalı aracın sürücü belgesiz kişi tarafından kullanılması sırasında meydana gelen kazada zarar görenlere ödediği tazminatı sigortalısından rücu talep edebilir. Ancak talep edilebilecek tazminat tutarı zarar görenin gerçek zararının sürücünün kusur oranına karşılık gelen kısımdır. Bu sebeple mahkemece kusur oranı ve araç hasarı konusunda uzman bilirkişiden rapor alınarak rücu edilecek tazminat tutarının belirlenmesi gerekir...” Aynı yönde bkz, 17. HD., 24.05.2012, E. 2012/3905, K. 2012/6742 (KİBB, <http://www.kazanci.com>).

69 11. HD., 04.02.2002, E. 2001/8798, K. 2002/772, (ULAŞ, s. 723; ULAŞ, 2012, s. 1025).



3. Alkollü (Uyuşturucu veya Keyif Verici Maddeler Alarak) Araç Kullanmak

Uyuşturucu veya keyif verici maddeleri almış olan kişilerin karayolunda araç sürmeleri yasaktır. Uyuşturucu veya keyif verici maddelerin cinsleri ile alkollü içkilerin etki dereceleri ve kandaki miktarlarını tespit amacıyla, trafik zabıtasınca teknik cihazlar kullanılır. Tespit usulleri ve muayene şartları, Sağlık Bakanlığının görüşüne uygun olarak hazırlanacak yönetmelikte düzenlenir. Bu madde hükmüne uymayan sürücüler derhal araç kullanmaktan men olunur (KTK m. 48/I).

Zararın doğmasına neden olan trafik kazası sırasında sürücünün uyuşturucu madde veya alkol almış olması, Zorunlu Malî Sorumluluk Sigortası Genel Şartları'na göre, teminat dışı kalan hallerdendir. Buna göre, Genel Şartların B.4. maddesinin (c) bendi hükmüne göre, tazminatı gerektiren olay aracın, uyuşturucu madde veya ilgili mevzuatta belirlenen seviyenin üzerinde alkollü içki almış kişilerce veya aynı mevzuatta alkollü içki alamayacağı belirtilen kişilerce alkollü içki alınmak suretiyle kullanılması sırasında meydana gelmişse, zarar görenlerin zararları sigorta limiti dâhilinde sigortacı tarafından karşılanır. Daha sonra, sigortacı tazminatın kaldırılmasını veya azaltılmasını sağlayabileceği oranda sigortalıya rücu edebilir.

Eski ZMSSGS'nda B.4. maddesinin (d) bendinde sigortacının, sigorta ettirene rücu edebilmesine imkân tanıyan iki ayrı durum öngörülmüştü. Bunlardan birincisi, sürücünün veya motorlu aracın hatırı için karşılıksız olarak kendilerine verilen kişilerin uyuşturucu veya keyif verici maddeler almış olmaları sırasında araç kullanmalarındır. İkincisi ise; yukarıda sayılan kişilerin alkollü içki almaları sebebiyle, güvenli sürme yeteneklerini kaybetmiş olmalarından dolayı, kazanın meydana gelmesi halidir. İlk durumda sigortacının rücu hakkının doğumu için uyuşturucu veya keyif verici maddelerin alınmış olması yeterli görülmüştür. Bununla birlikte ikinci durumdaki alkol alma halinde ise, sürücünün alkol alması nedeniyle aracı *güvenli sürme yeteneğini kaybetmiş* olmasından dolayı kazanın meydana gelmesi şartı aranmaktaydı. Böyle bir durumda Yargıtay'ın da belirttiği gibi, sürücünün alkol almış olması doğrudan doğruya sonuca etkili değildir. Aldığı alkol nedeniyle aracı güvenli sürme yeteneğini kaybetmiş olması da gereklidir⁷⁰.

70 Bu konuda bkz. 11. HD., 08.11.1996, E. 1996/7018, K. 1996/7722, (ULAŞ: s. 725); 17. HD., 16.03.2009, E. 2008/4510, K. 2009/1458; 17. HD., 23.09.2008, E. 2008/3274 (ULAŞ, 2012, s. 1029, 1032). Aynı yönde bkz. 11. HD., 10.3.1997, E. 1997/998, K. 1997/1546, (HAVUTÇU/ GÖKYAYLA, s. 234); bu konuda bkz. 11. HD. 01.03.2005, 5202/1898; 11. HD., 01.12.2003, 4179/11270; 11. HD., 20.01.2003, 2002/7571, 2003/358; 11. HD., 09.10.2003, 3731/9067; 11. HD. 14.09.1998, 4226/5540 (GÜLTAŞ, Veysel/ ÖKSÜM Aslı: **Rücu Davaları**, Ankara 2009,



Karayolları Trafik Yönetmeliğinin⁷¹ 97. maddesinde bu konu çok ayrıntılı bir biçimde düzenlenmiştir. Buna göre; “*Uyuşturucu veya uyarıcı maddeleri almış olan sürücüler ile kanlarındaki alkol miktarı 0.50 promilin üzerinde olan hususi otomobil sürücülerinin ve kanlarındaki alkol miktarı 0.20 promilin üstünde olan diğer araç sürücülerinin karayolunda araç sürmeleri yasaktır*”. Uyuşturucu veya keyif verici maddeler ile alkollü içki almak suretiyle araç kullanan sürücülerin tespit veya teşhisinde uygulanacak esas ve usuller anılan maddenin devamında ayrıntılı bir biçimde hüküm altına alınmıştır.

Aracı sürenin, alkolün etkisi altında olup, güvenli sürme yeteneğini kaybetmiş olması halinde, meydana gelen kazanın sürücünün alkollü oluşunun bir sonucu olması gerekir. Başka bir anlatımla, sürücü alkollü olsa da olmasa da kaza meydana gelecek idiyse, bu durum sigortacının sigortalıya rücu edebilmesi için yeterli bir neden değildir. Zarar veren kaza, alkolün etkisi sonucunda meydana gelmiş olmalıdır. Örnek olarak, sürücüsünün 0.50 promilin üzerinde alkollü olduğu bir araca başka bir araç arkadan çarpmış ise bu durumda, kazanın meydana gelişinin alkollü olma ile bir bağlantısı yoktur⁷².

Sürücünün, uyuşturucu veya alkollü olarak araç kullanılmasıyla meydana gelen zarar nedeniyle tazminat ödeyen sigortacının kendi sigortalısına rücu edebilmesi için, bu iddiasını ispatlaması gereklidir⁷³. Başka bir ifadeyle aracı kullananın alkollü veya uyuşturucu madde etkisinde olduğunu ispat edecek olan sigortacıdır. Yoksa sigorta ettiren, aracı kullananın alkollü olmadığını ispatlamak zorunda değildir⁷⁴.

s. 84, 100, 103-105, 106, 142). Yargıtay’ın bu konuda verdiği yeni tarihli bir kararı için bkz. 17. HD., 12.10.2009, E. 2009/2368, K. 2009/6247, “...Somut olayda, davacı vekili dava dilekçesinde, sigortalı araç sürücüsünün 1.28 promil alkollü olması nedeniyle karıştığı trafik kazasında 3/8 kusur oranına göre karşı tarafa ödenen tazminatın rücu tahsilini istemiştir. Mahkemece hükme esas alınan bilirkişi raporunda da, aldığı alkolün etkisi altında güvenli sürüş yeteneğini kaybederek kavşağa hızlı giren sigortalı araç sürücüsü 3/8 oranında, kavşaklarda geçiş önceliğine uymayan karşı araç sürücüsü 5/8 oranında kusurlu bulunduğu göre, kazanın münhasıran alkolün etkisi altında meydana gelmediği, başkaca etkenlerin de kazada rol aldığı anlaşılmakla, davanın reddine karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir”. Aynı yönde bkz. 17. HD., 26.01.2009, E. 2008/4856, K. 2009/197 (KİBB, <http://www.kazanci.com>).

71 RG. 18.07.1997, Sayı: 23053, mükerrer.

72 ORHUNÖZ, Ergun: **Uygulamada Karayolları Trafik Kanununa Göre, Sorumluluk, Tazminat, Sigorta**, Ankara 1998, s. 210. Bu yönde bkz. 19. HD., 23.06.1994, E. 1994/4346, K.1994/6663 (ORHUNÖZ, s. 210, 211); ÇEKER, 2012, s. 288. Ayrıca bu yönde bkz. 11. HD., 08.03.1999, E. 1998/10121, K.1999/1962.

73 Aynı yönde bkz. 11.HD., 15.04.1996, E. 1996/2211, K. 1996/2742, (ULAŞ, 2002, s. 726; ULAŞ, 2012, s. 1032).

74 ASLAN DÜZGÜN, s. 211.

Ayrıca, sigortacı rücu davasını, sigorta sözleşmesinin diğer tarafı olan sigorta ettiren aleyhine açmalıdır⁷⁵. Aksi durumda dava pasif dava ehliyeti bulunmadığından dolayı reddedilmelidir⁷⁶.

4. Ruhsat Olmadan Yolcu veya Patlayıcı-Parlayıcı Madde Taşımak, İstiap Haddini Aşmak

Zorunlu Malî Sorumluluk Sigortası Genel Şartları'nın B.4. maddesinin (ç) bendine göre, tazminatı gerektiren olay, yolcu taşıma ruhsatı olmayan araçlarda yolcu taşınması veya yetkili makamlarca tespit edilmiş olan istiap haddinden fazla yolcu veya yük taşınması veya patlayıcı ve tehlikeli maddeleri taşıma ruhsatı bulunmayan araçlarda, bu maddelerin parlama, tutuşma ve infilakı yüzünden meydana gelmiş ise, sigortacı üçüncü kişilerin bu nedenlerle oluşan zararlarını karşılar. Sigortacı oluşan bu tazminatları üçüncü kişilere ödedikten sonra, sigorta ettirene rücu edebilir.

İstiap haddinin sözlük anlamı, kara ve hava taşıtlarının yük ve yolcu miktarlarını belirleyen sınırdır⁷⁷. İstiap haddine, *kapasite* ya da *taşıma sınırı* da denilmektedir. Karayolları Trafik Kanunu'nun 3. maddesi hükmüne göre, taşıma sınırı (kapasite), bir aracın güvenli olarak taşıyabileceği en çok yük ağırlığını veya yolcu sayısını ifade eder⁷⁸.

Uygulamada uyumsuzluklar genellikle istiap haddi ile ilgili olmaktadır⁷⁹. Bu durumda, tazminatı gerektiren olayda, istiap haddinin aşılması ile riziko arasında uygun illiyet bağının bulunup bulunmadığına bakılmalıdır. Başka bir ifadeyle, istiap haddinin üzerinde yolcu veya yük taşınmasının, kazanın meydana gelmesinde başlı başına bir etken olup olmadığı araştırılmalıdır. Ancak bundan sonra, istiap haddinin aşılmasının kazaya neden olduğu belirlenirse, Genel Şartların B. 4. maddesinin (ç) bendindeki rücu koşulları oluşmuş demektir⁸⁰.

75 Bu yönde bkz. 11.HD., 05.03.2002, E. 2001710110, K. 2002/1929, (ULAŞ, s. 728; ULAŞ, 2012, s. 1033).

76 ULAŞ, 2002, s. 728; ULAŞ, 2012, s. 1033.

77 Türk Dil Kurumu Türkçe Sözlük 1, Ankara 1988, s. 722.

78 Araçların taşıma kapasitesi, Motorlu Araç Trafik Belgesinde kayıtlıdır.

79 ULAŞ, 2002, s. 728; ULAŞ, 2012, s. 1035.

80 Bu yönde bkz. 11. HD., 03.12.1996, E. 1996/8118, K. 1996/8507, 11.HD., 08.03.1999, E.1998/10065, K.1999/1847, "...istiap haddinin üzerinde, sürücü mahallinde 4 yolcu taşınması nedeniyle kazanın oluştuğu iddiasına dayandırılmıştır. Dairemizin önceki bozma kararında, davacı sigorta şirketinin iddiasının değerlendirilmesi ve kazanın meydana gelmesinde istiap haddinin üzerinde yolcu taşınmasının başlı başına etken olup olmadığının saptanması gerektiğine işaret edilmiştir...", (ULAŞ, 2002, s. 729). Ayrıca bu yönde bkz. 11. HD.,10.07.2006, E. 2005/8087, K. 2006/8199, "...müvekkil şirkete trafik sigorta poliçesi ile sigortalı aracın, istiap haddi üzerinde yük alması sonucu meydana gelen kazada, yolcu olan 3. kişinin öldüğünü, mirasçılara 7.000.000.000 lira poliçe limitinin öndüğünü, genel şartların 4/e maddesinde yazılı rücu nedeninin gerçekleştiğini ileri sürerek, anılan meblağın 29.06.2000 ödeme tarihinden itibaren reeskont faiziyle birlikte tahsilini talep ve dava etmiştir..." (KİBB, <http://www.kazanci.com>).



5. Sigortalının Rizikonun Gerçekleşmesinden Sonra Gerekli Yükümlülükleri Yerine Getirmemesi

Sigortalı rizikonun gerçekleşmesinden sonra, Zorunlu Malî Sorumluluk Sigortası Genel Şartları'nın "Rizikonun Gerçekleşmesi Halinde Sigorta Ettirenin Yükümlülükleri" başlıklı, B. 1. maddesinde belirtilen yükümlülükleri yerine getirmek zorundadır.

Genel Şartların, Hasar ve Tazminat başlıklı B.1.1 maddesinde Rizikonun Gerçekleşmesi Halinde Sigortalı ve/veya Sigorta Ettirenin Yükümlülükleri düzenlenmiştir. Başka bir ifadeyle, sigorta ettirenin veya sigortalının rizikonun gerçekleşmesinden sonra yapması gerekenler, altı bent halinde sayılmıştır. Bu yükümlülüklerden ilkinde göre; sigorta ettiren, sorumluluğunu gerektirecek bir olayı öğrenmesinden itibaren on gün içinde sigortacıya ihbar etmelidir. Kendisine yöneltilen istemi ise, derhâl sigortacıya bildirmelidir (ZMSSGŞ m. B.1.1.a)⁸¹. Bu hüküm, "riziko gerçekleştiğinde" başlıklı Türk Ticaret Kanunu'nun 1446. maddesinin I. fıkrasına paralel bir düzenlemedir. Eski TTK'nun 1292. maddesinde sorumluluk sigortasında rizikonun gerçekleştiği an, sigortacının hukuki himaye edimini üstlenip üstlenmediğine göre belirlenmekteydi. Buna göre, sigortacı sorumluluk sigortası sözleşmesiyle hukuki yardımda bulunmayı da üstlenmişse; rizikonun, tazminat talebi dava yoluyla ileri sürüldüğü an gerçekleştiği kabul edilmekteydi⁸². TTK'nun 1446. maddesinin birinci fıkrasında ise, sigortacının hukuki himaye edimini üstlenip üstlenmemesine göre bir ayırım yapılmamıştır. Ayrıca yeni kanun hükmünde beş günlük bildirim süresi de kaldırılmış, bunun yerine "*durumu gecikmeksizin sigortacıya bildirir*" ifadesi kullanılmıştır (TTK m.1446/I).

Genel Şartlara göre, sigorta ettirenin yerine getirmesi gereken yükümlülüklerden ikincisine göre; sigorta ettiren sigortalı değilmişçesine zararın önlenmesi, azaltılması, artmasına engel olunması veya sigortacının poliçeden doğan rücu haklarının korunabilmesi için, imkânlar ölçüsünde önlemler almalı ve bu amaçla sigortacı tarafından verilen talimatlara uymalıdır (ZMSSGŞ m. B.1.1.b). Bu hüküm ile TTK'nun 1448. maddesinin I. fıkrasına benzer bir düzenleme getirilmiştir. Eski TTK'nun 1293. maddesinden farklı olarak 1448. maddede önlemler alma yükümlülüğü sadece rizikonun gerçekleştiği dönemde değil, gerçekleşme ihtimalinin yüksek olduğu dönem için de öngörülmüştür⁸³.

81 11. HD, 25.01.2007, E. 2005/1405, K. 2007/840. "... Davalı sigorta şirketi kazaya karışan aracın zorunlu mali sorumluluk sigortacısı olup, zararı giderim yükümlülüğünü düzenleyen Karayolları Trafik Kanunu'nun 98/1. maddesinde, rizikonun ihbarı ve gerekli belgelerin sigortacıya iletildiği tarihten itibaren sekiz iş günü içinde sigorta limiti kapsamındaki miktarların ödenmesi gerektiği düzenlenmiş..." (KİBB, <http://www.kazanci.com>).

82 ŞENOCAK, s. 125.

83 Bkz. TTK'nun 1448. maddesinin gerekçesi.



Genel Şartların B. 1. maddesinin (c) bendinde düzenlenen üçüncü yükümlülük ise, gereken bilgi ve belgelerin zamanında sigortacıya ulaştırılmasıdır. Bu maddeye göre; sigorta ettiren, rizikonun gerçekleşmesinden sonra, sözleşme uyarınca veya sigortacının istemi üzerine, rizikonun veya tazminatın kapsamının belirlenmesinde gerekli ve beklenebilecek olan her türlü bilgi ile belgeyi sigortacıya makul bir süre içinde sağlamalıdır. Ayrıca, aldığı bilgi ve belgenin niteliğine göre, rizikonun gerçekleştiği veya diğer ilgili yerlerde sigortacının inceleme yapmasına izin vermekle ve kendisinden beklenen uygun önlemleri almak ile sigortacının talebi üzerine, olayın ve zararın nedeni ile hangi hal ve şartlar altında gerçekleştiğini ve sonuçlarını tespiti, tazminat yükümlülüğü ve miktarı ile rücu hakkının kullanılmasına yararlı, elde edilmesi mümkün bilgi ve belgeleri gecikmeksizin sigortacıya vermelidir.

Sözü geçen maddenin (ç) bendine göre ise, zarardan dolayı dava yolu ile veya başka yollarla bir tazminat talebi karşısında kaldığı veya aleyhine cezai kovuşturmayaya geçildiği hallerde, durumdan sigortacıyı derhal haberdar etmek ve tazminat talebine ve cezai kovuşturmayaya ilişkin olarak almış olduğu ihbarname, davetiye ve benzeri tüm belgeleri derhal sigortacıya vermelidir⁸⁴. Ayrıca sigorta ettiren, sigorta konusu ile ilgili başka sigorta sözleşmeleri varsa sigortacılarından her birine rizikonun gerçekleştiğini bildirmelidir (ZMSSGŞ m. B. 1/ d).

Genel Şartların B. 1. maddesinin (e) bendinde düzenlenen son yükümlülük ise, sigortalının maddi hasarlı trafik kazalarında motorlu aracı tutanak düzenlemek üzere güvenli bir yere çekmesidir.

ZMSSGŞ'nın B.1. maddesinin son fıkrası uyarınca, belirtilen yükümlülüklerin ihlal edilmesi sebebiyle ödenecek tutar artarsa, zarar görenlere bu sebeple yapılan ödeme, ihlaldeki kusuru nispetinde sigortalıdan rücu tahsil edilir.

6. Aracın Çalınması veya Gasp Edilmesi

Karayolları Trafik Kanunu'nun 107. maddesinde, çalınan ve gasp edilen araçlardan dolayı işletenin sorumluluğu düzenlenmiştir. Buna göre, 107. maddenin I. fıkrasından anlaşılması gereken, motorlu bir aracın çalınma ve gasp edilmesi halinde üçüncü kişilerin uğradığı zararlar dolayısıyla işletenin sorumluluğunun devam edeceğidir.

84 Yargıtay HGK., 03.04.1996, E. 1996/11-35, K. 1996/221 "...Dava konusu, zorunlu trafik sigortasının 10/d maddesine göre zarardan dolayı hakkında dava açılan sigorta ettirenin bu durumu derhal belgeleryle birlikte zorunlu trafik sigortacısına bildirmesi zorunlu bulunmaktadır..." (KİBB, <http://www.kazanci.com>).



Motorlu bir aracın işletilmesinin yoğun bir tehlike içermesi nedeniyle ve zarar görenlerin korunması amacıyla çalınma ve gasp halinde dahi kural olarak işletenin sorumluluğu kabul edilmiştir⁸⁵. Ayrıca bu hüküm motorlu aracın, işletenin veya eylemlerinden sorumlu tutulduğu kimselerin kusurlu davranışları sonucu çalındığı hakkında bir *kusur karinesi* getirmiştir. İşleten bu karinenin aksini, çalınma ve gasp etme eylemlerinde kusuru bulunmadığını ispat edebilirse sorumluluktan kurtulabilecektir. Görüldüğü üzere, kusurun bu şekilde karine olarak kabul edilmesiyle işletenin sorumluluğu ağırlaştırılmıştır⁸⁶.

İşleten, motorlu aracın çalınması ve gasp edilmesi halinde, kusursuzluğunu ispat edemediği ve sorumluluktan kurtulamadığı durumlarda, meydana gelen zararlar dolayısıyla Karayolları Trafik Kanunu'nun 85. maddesi çerçevesinde sorumlu olacaktır. İşleten bu zararlar için, aracı izinsiz olarak kullanana rücu edebilir⁸⁷.

Kendisinin ve eylemlerinden sorumlu olduğu kişilerin kusursuz olduğunu ispat etme yükümlülüğü işletene aittir. Mahkeme bunu kendiliğinden gözetmeyecektir⁸⁸.

Sorumluluktan kurtulmak için, işleten kendisinin ve eylemlerinden sorumlu olduğu kişilerin, aracı hırsızlık ve gaspa eğilimli kişiler tarafından kolayca ele geçirilebilecek bir durumda bırakmadığını, gerekli özen ve dikkatin gösterildiğini ve olayın şartlarının gerektirdiği bütün tedbirlerin alındığını ispat etmelidir. Aracın izinsiz olarak kolayca ele geçirilebilecek bir durumda bırakılması halinde işleten kusurlu sayılmaktadır⁸⁹. Bu anlamda, işletene çok yüksek düzeyde bir özen yükümü getirilmiştir⁹⁰. Hâkim işletene getirilen bu özen yükümlülüğünü her olayın özelliğine göre değerlendirmelidir⁹¹.

Çalınma ve gasp olayında, sigortalının kendisinin ve eylemlerinden sorumlu olduğu kişilerin kusursuzluğunu ispat edememesi durumunda Karayolları Trafik Kanunu'nun 85. maddesine göre sorumlu olacağını

85 TANDOĞAN, Haluk: "Motorlu Taşıt Aracı İşletenin Sorumluluğu", **V. Banka ve Ticaret Hukuku Haftası**, Ankara 1975, s. 216, 217; ŞENEL, Erdal: "İzinsiz Yararlanılan Motorlu Taşıt Araçlarının Sebep Olduğu Zararlardan Doğan Hukukî Sorumluluk (II)", **Yargıtay Dergisi**, Ocak-Nisan 1980, S. 1-2, s. 126. GÖKCAN/KAYMAZ, s. 224.

86 BOLATOĞLU, s. 93; ŞENEL, s. 131; KILIÇOĞLU, s. 498-504; Eren, s. 710, 711.

87 ŞENEL, s. 131.

88 BOLATOĞLU, s. 102; GÖKCAN/KAYMAZ, s. 226.

89 TANDOĞAN, s. 217; GÖKCAN/KAYMAZ, s. 226. Ayrıca, bu yönde bkz. 11. HD., 30.09.1996, E. 1996/ 6189, K. 1996/6185, 19. HD., 29.05.1995, E. 1995/9461, K. 1995/4645, (GÖKCAN/KAYMAZ, s. 232).

90 Bu yönde bkz., 4. HD., 09.05.1985, E. 1985/3368, K. 1985/4687, 4.HD., 5.6.1985, E. 1985/4335, K. 1985/5730, (AŞÇIOĞLU, s. 67-69).

91 İşletenin kusursuz sayılması için alması gereken tedbirler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. BOLATOĞLU, s. 100-103. İşletenin alması gereken bu tedbirler, aynı şartlar altında tecrübeli ve bilinçli bir işleten veya sürücünün başvuracağı tedbirler olmalıdır (TANDOĞAN, s. 217).



belirtmiştik. Bu bağlamda, işletenin sigortacısının sorumluluğu da devam edecektir. Bunun sonucu olarak da çalınma ve gasp nedeniyle meydana gelen üçüncü kişilerin zararlarını sigortacı karşılayacaktır⁹². İşte, üçüncü kişilerin uğradıkları bu zararları ödeyen sigortacı, sigorta sözleşmesinin diğer tarafı olan sigorta ettirene Zorunlu Malî Sorumluluk Sigortası Genel Şartları'nın B.4. maddesinin 3. paragrafında, (e) bendine dayanarak rücu edebilir⁹³. Buna göre, Genel Şartların sigortalıya rücu edilebilme nedenlerinin düzenlendiği B.4. maddesinin (e) bendi uyarınca, tazminatı gerektiren olayın aracın çalınması veya gasp edilmesi sonucunda olması halinde, çalınma veya gasp edilme olayında sigortalının kendisinin veya eylemlerinden sorumlu olduğu kişilerin kusurlu olduğu tespit edilirse sigortalıya rücu edilebileceği hüküm altına alınmıştır⁹⁴.

Burada çalınma halinde *kusur* mümkün iken, *gasp* durumunda kusurun nasıl değerlendirileceği, uygulamada karşılığı olan bir durum değildir⁹⁵.

7. Sigortalının Olay Yerini Terk Etmesi

Bedeni hasara neden olan trafik kazalarında sigortalının veya eylemlerinden sorumlu olduğu kişilerin, tedavi veya yardım amaçlı sağlık kuruluşuna gitme, can güvenliği nedeniyle uzaklaşma gibi zorunlu haller hariç olmak üzere, olay yerini terk etmesi veya kaza tutanağı, alkol raporu vb. kazanın oluş koşullarına ilişkin gereken belgelerin düzenlenmesi yükümlülüğüne aykırı davranması halinde, sigortacı, sigorta sözleşmesinin diğer tarafı olan sigorta ettirene Zorunlu Malî Sorumluluk Sigortası Genel Şartları'nın B. 4. maddesinin (f) bendine dayanarak rücu edebilir.

Burada belirtmek gerekir ki, sürücünün olay yerini terk etmesi tek başına sigortacıya rücu hakkı vermez. Sigorta şirketi sürücünün olay yerini terk ettiğini ispatladıktan sonra, ispat yükü yer değiştirir. Buna göre, sigortalı, tedavi veya yardım amaçlı sağlık kuruluşuna gitme ve can güvenliği gibi nedenlerle olay yerinden uzaklaştığını ispat ederse, sigortacının rücu hakkı da olmaz⁹⁶.

92 Aynı görüşte bkz. TÜRK, Hikmet Sami: "Mecburi Mali Sorum Sigortası ve İzinsiz Kullanımlar", *Batider* 1971, C.VI, s. 348; BOLATOĞLU, s. 102; ŞENEL, s. 131.

93 Bu yönde bkz. 11. HD., 29.06.1995, E.1995/4359, K.1995/5563, (ULAŞ, s. 732,733; ULAŞ, 2012, s. 1038).

94 Eski ZMSSGŞ B.4. (g) bendine göre, tazminatı gerektiren olayın aracın çalınması veya gasp edilmesi sonucunda olması halinde, çalınma veya gasp edilme olayında *işletenin* kendisinin veya eylemlerinden sorumlu olduğu kişilerin kusurlu olduğu tespit edilirse, sigorta ettirene rücu edilebileceği düzenlenmiştir. Eski maddedeki *işletenin* yerine yeni Genel Şartlarda *sigortalının* ibaresi getirilmiştir. *İşleten* ibaresinin daha uygun olduğunu düşünüyoruz. Zira KTK'nun, çalışan veya gasbedilen araçlarda sorumluluk, başlıklı 107. maddesinde de *işleten* sözcüğü kullanılmıştır.

95 ESATOĞLU, Yahya Tekin, "Trafik Sigortaları", *Sigorta Hukukunun Bazı Güncel Sorunları, Sigorta Hukuku Türk Derneği*, İstanbul 2017, s. 55.

96 KARASU, s. 121. Bu konuda bkz. Yargıtay 17. HD., 2014-12.746 E., 2014-10.508 K., 3.07 2014 (KARASU, s. 190).



ZMSSGŞ'nın B.4. maddesinin son fıkrası uyarınca, sigortacı rücu sebeplerine dayanarak tazminat sürecini geciktiremez ve bu sebeplere dayalı bilgi ve belgeyi hak sahibinden talep edemez.

I. Arabulucuya Başvuru ve Yetkili Mahkeme

14 Mayıs 2015 tarihli ZMSSGŞ'nın C.7. maddesinin başlığı "Yetkili Mahkeme" şeklindeydi. 2 Ağustos 2016 tarihinde yeni Genel Şartların C.7. maddesinin başlığı "Arabulucuya Başvuru ve Yetkili Mahkeme" olarak değiştirilmiştir. Yapılan değişiklik ile, trafik kazalarında arabulucuya başvurulabilecektir. Arabulucuya başvuru zorunlu değildir.

ZMSSGŞ'nın C.7. maddesinin birinci fıkrası hükmüne göre, zarar görenin, zorunlu mali sorumluluk sigortasında öngörülen sınırlar içinde dava yoluna gitmeden önce ilgili sigortacıya yazılı başvuruda bulunması gerekir.

Sigortacının başvuru tarihinden itibaren en geç onbeş gün içinde başvuruyu yazılı olarak cevaplamaması veya verilen cevabın talebi karşılamadığına ilişkin uyuşmazlık olması halinde, hak sahibi sigortacının merkez veya şubesinin veya sigorta sözleşmesini yapan acentenin bulunduğu yer mahkemelerinde, kazanın meydana geldiği yer mahkemesinde ya da zarar görenin ikametgâhının bulunduğu mahkemede dava açılabileceği gibi uyuşmazlığın çözümü için Sigorta Tahkim Komisyonuna da başvurabilir (ZMSSGŞ m. C.7, 2.f.)

Sigortacı başvuru tarihinden itibaren en geç onbeş gün içinde tazminat tutarında anlaşma sağlayamadığı durumda, anlaşma sağlayamadığı tutar için arabulucuya başvurabilir. Anlaşma sağladığı tutarı ise bu Genel Şartların B.2. maddesi çerçevesinde hak sahibine öder. Hak sahibi de arabulucuya başvurabilir.

Sigortacıya karşı dava açılmış olması arabulucuya müracaata engel değildir. Arabuluculuk usulünde hak sahibinin vekil ile temsil edilmesi durumunda vekâlet ücretini ilgili mevzuat dâhilinde sigortacı öder.

2 Ağustos Tarihli Resmi Gazete ile hukukumuzda arabulucu olarak giren alternatif hukuki uyuşmazlık yolu trafik zararlarında da bir seçimlik yol olarak getirilmiştir. Arabulucuya başvuru zorunlu değildir. Arabulucuya sigortacı da, zarar görenler de başvuru yapabilir⁹⁷.

97 TEZEL, Ali, <https://aliteznel.com.tr/trafik-kazalarindan-dogan-zararlarda-ihityari-arabulucuk-donemi-basladi-4354/>, (Erişim 21.02.2019).



SONUÇ

Sonuç olarak, Yeni ZMSS Genel Şartlarıyla getirilen düzenlemelerin yukarıda açıkladığımız birçok açıdan yerinde olduğunu söyleyebiliriz. Bununla beraber, Ankara Barosunun Danıştay'da açtığı davada iptalini istediği bazı madde hükümlerinin iptalinin de hukuka uygun olduğunu düşünmekteyiz. Örnek olarak yukarıda da belirttiğimiz üzere, sigortalının, sigortacının göstereceği avukata gereken vekâletnameyi vermek zorunda olması, şeklindeki B.2.4 hükmün iptali hukuka uygundur. Çünkü, hukukumuzda davayı avukat aracılığıyla yürütmek zorunlu değildir. "Hak arama hürriyeti" başlıklı Anayasa'nın 36. maddesi hükmü şöyledir: Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir. Dolayısıyla Yeni ZMSS Genel Şartlarıyla getirilen düzenlemelerin de Anayasa'ya uygun olması gereklidir. Bu nedenle sigortalı, sigortacının göstereceği avukata gereken vekâletnameyi vermek zorunda bırakılamaz.

KTK'da 14 Nisan 2016 tarihinde yapılan değişiklikler ile, destekten yoksun kalma talepleri açısından, *destekten yoksun kalanın kusuruna karşılık gelen tutar* teminat dışında bırakılmıştır (KTK m.92/g). Böylece Genel Şartlar ile getirilen tüm yeni istisnalar için kanuni dayanak teşkil edecek şekilde değişikliğe gidilmiştir.

ZMSSGŞ'da 2 Ağustos 2016 tarihinde yapılan değişiklik ile, A.2. maddesinin (g) bendinde geçen *sorumluluk riski*, kavramının tanımlandığını görmekteyiz. Buna göre, sorumluluk riski, sigortalının motorlu araç işletilmesinden doğan, kazaya sebep olan mücbir sebepler dahil olaylar ile kazazede, hak sahibi ve diğer ilgili üçüncü kişilerin kusurları çerçevesinde belirlenen *tazminat yükümlülüğünü* ifade eder.

Eski Genel Şartlarda *değer kaybı* konusunda bir düzenleme yoktu. Değer kaybının açıklığa kavuşturulmasının uygulamada ortaya çıkacak sorunların çözümünde belirsizlikleri bertaraf edeceği düşünülmektedir. Ancak bunun tam aksini savunan görüşler de mevcuttur. Buna göre, Ankara Barosu, söz konusu yeni ZMSSGŞ'nun değer kaybının hesaplanması konusunda Genel Şartların eki ile getirilen hesaplama yöntemleri ve formüllerin iptali için Danıştay'da dava açmıştır. Baronun bu iptal isteminin sebebi dava dilekçesinde belirtildiği üzere; zaten güçlü olan sigorta şirketleri karşısında korumasız olan sigortalıların zor durumda kalacağını düşünülmesi ve ayrıca trafik kazalarından zarar görenlere sigorta şirketlerince ödenen tazminatların azalmasına neden olan yeni tazminat hesaplama yöntemlerinin iptalinin istenmesidir.

Sonuç olarak Danıştay 15. Dairesi, Genel şartların Ek. 1, Değer Kaybı Hesaplaması, 2. Teminat Dışında Kalan Haller üst başlığının altındaki 2. , 4. ve 6. bentlerinde üst hukuk normlarına ve hukuka uyarlık görülmediği için Genel Şartların bu bentlerine ilişkin kısmının iptaline 27 Haziran 2018 tarihinde oybirliğiyle karar vermiştir.

Kazalardan zarar görenlere sigorta şirketlerince ödenen tazminatların azalmasına neden olan yeni tazminat hesaplama yöntemlerinin iptalinin hukuka uygun olduğu kanaatindeyiz.

Genel Şartlarda Ek 1. Değer Kaybı Hesaplamasının ilk paragrafında, değer kaybı zararının ödenebilmesinin hak sahibi zarar görenin talebine bağlanmış olması bizim de katıldığımız görüşe göre, pek yerinde olmamıştır. Çünkü, zarar gören hak sahibinin zarar tazmini dışında değer kaybı için de ayrıca talepte bulunmasını beklemek, sigortacının gerçek zararı ödemesi gerektiğine ilişkin ana ilkeye uygun değildir.

Eski ZMMS Genel Şartları yürürlükteyken, 2006 yılında yapılan değişiklikle, eski ZMSS Genel Şartlarının A.3. maddesine eklenen (m) bendi ile *dolaylı zararlar* nedeniyle yöneltilecek tazminat talepleri sigorta teminatı dışında bırakılmıştı. Dolayısıyla yeni ZMMS Genel Şartları, m. A.6.(d) bendi ile getirilen düzenlemenin hukuka uygun olduğunu düşünüyoruz. Eski Genel Şartlarda dolaylı zararların *teminat dışında* bırakıldığı şeklindeki açıklamanın yerine, burada daha açık olarak *destekten yoksun kalma* ile ilgili düzenleme yapılmıştır. Ankara Barosu tarafından açılan yukarıda bahsettiğimiz dava ile, A.6. maddenin iptali istenmiştir. Ancak Danıştay 15. Dairesi de, Genel Şartların "A.6. Teminat Dışında Kalan Haller" başlıklı maddesinin a, b, c, d, i, j, k, l, n, ve o bentleri, yönünden davanın reddine karar vermiştir.

Yeni ZMSS Genel Şartlarının A.6.(j) bendi ile getirilen yeni düzenleme ile, motorlu araç kazalarından dolayı toprak, yeraltı suları, iç sular, deniz ve havanın kirlenmesi ya da kirlenme tehlikesi nedeniyle temizleme, toplanan atıkların taşınması ve bertarafı masrafları ile biyolojik çeşitlilik, canlı kaynaklar ve doğal yaşama verilen zararlar nedeniyle bozulan çevrenin yeniden oluşturulması ile ilgili çevresel zararlardan ileri gelen talepler de sigorta teminatı dışında tutulmuştur. Bu düzenlemenin amacının, trafik kazaları sonucu çevreye verilen zararlardan doğan tazminat taleplerinin sürücünün üzerinde bırakılarak, sürücülerini daha dikkatli araç kullanmaya teşvik etmek olduğunu düşünmekteyiz.

Sigortacının rücu hakkının düzenlendiği Genel Şartların B.4. maddesinin ikinci fıkrasında, 2 Şubat 2016 tarihinde yapılan değişiklik ile, ödemede bulunan sigortacı, sigorta sözleşmesine ve bu sözleşmeye

ilişkin kanun hükümlerine göre, tazminatın kaldırılmasını veya azaltılmasını sağlayabileceği oranda *kazaya sebebiyet veren sigortalıya rücu edebilir*. Hükümün önceki hali, *...tazminatın kaldırılmasını veya azaltılmasını sağlayabileceği oranda sigortalıya rücu edebilir* şeklindeydi⁹⁸. Yeni Genel Şartlarda 2 Şubat 2016 tarihindeki değişiklik ile, sigortacının sadece *kazaya sebebiyet veren sigortalıya rücu edebileceği* düzenlenmiştir. Buna göre, Sigortacı kazanın meydana gelmesinde kusuru bulunmayan sigortalıya rücu edemeyecektir.

Sigortacının sigortalıya rücu edebileceği nedenlerin düzenlendiği anılan B.4. maddede 2 Şubat 2016 tarihinde (b) bendinde değişiklik yapmıştır. Buna göre, tazminatı gerektiren olay, aracın ilgili mevzuat hükümlerine⁹⁹ göre gereken ehliyetnameye sahip olmayan veya geçerliliğini yitirmiş sürücü sertifikasına sahip ya da ehliyetine geçici/sürekli el konulmuş kimseler tarafından sevk edilmesi veya trafik kurallarının ağır kusur ile ihlali sonucunda meydana gelmiş ise sigortacının sigortalıya rücu edebileceği hüküm altına alınmıştır (ZMSSGŞ m. B.4/3/b)¹⁰⁰. Yeni Genel Şartlardaki bu düzenleme ile, sigortacının sigortalıya rücu edebileceği başlıca hallerin düzenlendiği cümlelerin sonuna, ehliyetsiz araç kullananlardan sonra bir yenilik olarak *“veya trafik kurallarının ağır kusur ile ihlali sonucunda meydana gelmiş ise”* şeklinde bir ekleme yapılmıştır. Ancak yeni Genel Şartların anılan (b) bendine yapılan söz konusu ekin iptaline Danıştay 15. Dairesi, 27 Haziran 2018 tarihinde oybirliğiyle karar vermiştir.

98 14 Mayıs 2015 tarihinden önce yürürlükte bulunana eski Genel Şartlarda, sigortacının sigorta ettirene rücu edebileceği düzenlenmişti. Buna göre eski ZMSSGŞ'nin, Zarar Görenlerin Haklarının Saklı Tutulması ve Sigortacının İşletene Rücu Hakkı, başlıklı B.4. maddesi hükmüne göre, Sigorta sözleşmesinden veya sigorta sözleşmesine ilişkin kanun hükümlerinden doğan ve tazminat yükümlülüğünün kaldırılması veya miktarının azaltılması sonucunu doğuran haller zarar görene karşı ileri sürülemez. Ödemede bulunan sigortacı, sigorta sözleşmesine ve bu sözleşmeye ilişkin kanun hükümlerine göre, tazminatın kaldırılmasını veya azaltılmasını sağlayabileceği oranda sigorta ettirene rücu edebilir.

99 KTK m. 39 vd.

100 Eski ZMSSGŞ'nin B.4. maddesinin (c) bendinde aynı konu, *“Tazminatı gerektiren olay, aracın Karayolları Trafik Kanunu hükümlerine göre gereken ehliyetnameye sahip olmayan kimseler tarafından sevk edilmesi sonucunda meydana gelmiş ise”*, şeklinde düzenlenmişti.



İNTERNET KAYNAKLARI

<http://www.ankarabarasu.org.tr/images/diger/63/ZMSS.pdf>, (Erişim, 03.11.2019).

TEZEL, Ali <https://alitezal.com.tr/trafik-kazalarindan-dogan-zararlarda-ihiyari-arabulucuk-donemi-basladi-4354/> (Erişim, 21.02.2019).

KISALTMALAR

- AÜHFD : Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
 Batider : Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Dergisi
 bkz : Bakınız
 C : Cilt
 dn : Dipnot
 E : Esas
 f : Fıkra
 HD : Hukuk Dairesi
 K : Karar
 KİBB : Kazancı İçtihat Bilgi Bankası
 KTK : Karayolları Trafik Kanunu
 m : Madde
 RG : Resmi Gazete
 RG. : Resmi Gazete
 RKD : Resmi Kararlar Dergisi
 s : Sayfa
 S : Sayı
 SHD : Sigorta Hukuku Dergisi
 SK : Sigortacılık Kanunu
 T : Tarih
 TTK : Türk Ticaret Kanunu
 UYAP : Ulusal Yargı Ağı Projesi
 YD : Yargıtay Dergisi
 ZMSS : Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası
 ZMSSGŞ : Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası (Trafik Sigortası) Genel Şartları



KAYNAKLAR¹⁰¹

BİLGE, Mehmet Emin: “Sigorta Tazminatını Alan Sigortalının Zarar Veren Üçüncü Şahısla Yaptığı İşlemlerin Sigortacının Halefiyeti Üzerindeki Etkisi ve Yargıtay Uygulaması”, **Hayri Domaniç’e Armağan**, C. I, İstanbul 2001, s. 75

BİRİŞİK, Faik: “Karayolları Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortasında Sigortacının Sigorta Ettirene Ağır Kusur Nedeniyle Rücu Hakkı”, **Terazi Hukuk Dergisi**, C. 13, S. 145, Eylül 2018, s. 139-143.

BOZER, Ali: **Sigorta Hukuku**, 2. Baskıdan Tıpkı Basım, Ankara 2009, (Anılış: Bozer, 2009).

BOZER, Ali: **Sigorta Hukuku**, Ankara 1981, (Anılış: Bozer, 1981).

ÇAKIRCA, Seda İrem: **Türk Sorumluluk hukukunda Yansıma Zararı**, İstanbul 2012.

ÇEKER, Mustafa: **6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’na Göre Sigorta Hukuku**, 5. Baskı, Adana 2012, (Anılış: Çeker, 2012).

ÇEKER, Mustafa: **Sigorta Hukuku**, Adana 2008, (Anılış: Çeker, 2008).

DÜZGÜN ASLAN, Ülgen: **Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Mâli Sorumluluk Sigortasında (Trafik Sigortası) Zarar Kavramı ve Sigortacının Rücu Hakkı**, **Batider**, Eylül 2013 Cilt: XXIX Sayı: 3, s. 189-216.

EREN, Fikret, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 23. Baskı, Ankara 2018.

ERGÜN, Mevci: “**Sorumluluk Hukuku ile Sorumluluk ve Genel Sigortaların ilişkisi (II)**”, YD., Ekim 1984, s. 482-508.

ESATOĞLU, Yahya Tekin, “**Trafik Sigortaları**”, Sigorta Hukukunun Bazı Güncel Sorunları, **Sigorta Hukuku Türk Derneği**, İstanbul 2017.

GÖKCAN, Hasan Tahsin ve KAYMAZ, Seydi: **Hukukî Sorumluluk, Tazminat, Sigorta, Rücu Davaları ve Trafik Suçları**, 2. Baskı, Ankara 2001, (Anılış: Gökcan ve Kaymaz, 2001).

GÖKCAN, Hasan Tahsin ve KAYMAZ, Seydi: **Hukukî Sorumluluk, Tazminat, Sigorta, Rücu Davaları ve Trafik Suçları**, 7. Baskı, Ankara 2010, (Anılış: Gökcan ve Kaymaz, 2010).

101 Birden çok eserinden yararlanılan yazarlara yapılan atıflarda kullanılan kısaltmalar parantez içinde gösterilmiştir.



HAVUTÇU, Ayşe ve GÖKYAYLA, Emre: **Uygulamada 2918 Sayılı Karayolları Trafik Kanunu'na Göre Hukukî Sorumluluk**, Ankara 1999.

İMRE, Zahit: "Motorlu Taşıt Araçlarının Mecburi Mesuliyet Sigortası ve Kapsamı", **V. Banka ve Ticaret Hukuku Haftası**, 1975 Ankara, s. 259-289.

KARASU, Rauf : "**Karayolları Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası (Trafik Sigortası)**", Ankara 2016.

KARAYAZGAN, Ahmet, "Zorunlu Trafik Sigortalarına Mevzuat ve Uygulama Açısından Bir Bakış", Sigorta Hukukunun Bazı Güncel Sorunları, **Sigorta Hukuku Türk Derneği**, İstanbul 2017, s.33.

KENDER, Rayegan, " Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Mali Sorumluluk (Trafik) Sigortası Genel Şartlarındaki Değişikliklerin Değerlendirilmesi", **Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 13, Sayı 1, Ocak 2017, s. 8-46.

KILIÇOĞLU, Ahmet, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 22. Bası, Ankara 2018.

ÖZSUNAY, Ergun: "Trafik Sigortasında Zarar Gören Üçüncü Kişinin Sigortacıya Karşı Doğrudan Doğruya Alacak Hakkı", **V. Banka ve Ticaret Hukuku Haftası**, Ankara 1975, s. 390.

ŞENOCAK, Kemal: **Mesleki Sorumluluk Sigortası**, Ankara 2000.

TÜRK, Hikmet Sami: "**Mecburi Malî Sorum Sigortası ve İzinsiz Kullanımlar**", Batider, 1971, C.VI, s. 348.

ULAŞ, Işıl: **Uygulamalı Sigorta Hukuku**, 3. bası, Ankara 2002, (Anılış: Ulaş, 2002).

ULAŞ, Işıl: **Uygulamalı Zarar Sigortaları Hukuku**, 8. Bası, Ankara 2012, (Anılış: Ulaş, 2012).

ULAŞ, Işıl: Yeni Zorunlu Trafik Sigortası Genel Şartlarına Göre Bu sigortanın Kapsamı, Teminat Türleri ve Özellikle Destek Teminatı, **Batider** 2015, C. XXXI Sa. 2, s. 5-36 (Anılış: Ulaş, 2015).

ÜNAN, Samim: **İsteğe Bağlı Genel Sorumluluk Sigortasında Riziko**, İstanbul 1998.

YÜCEL, Çağrı; **Motorlu Araçlar Sorumluluk Sigortasında Riziko İstisnaları**, Yayınlanmamış Yüksel Lisans Tezi, Ankara 2006.



MİRASÇILIKTAN CEZALANDIRICI ÇIKARMA

(Retributive Debarment from Inheritance)

Arş. Gör. Oğuz ERSÖZ¹

ÖZ

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 510 ila 512. maddeleri arasında düzenlenen mirasçılıktan çıkarma, saklı paylı mirasçının saklı payını tamamen ya da kısmen ortadan kaldıran istisnai hallerden birisidir. Mirasçılıktan çıkarmanın, cezalandırıcı ve koruyucu çıkarma olarak iki türü vardır. Mirasçılıktan cezalandırıcı çıkarma, saklı paylı mirasçının mirasbırakan ile aralarındaki aile bağlarını ciddi ölçüde zedeleyen bazı davranışları sonucunda gerçekleşir. Bu çıkarma türü, kanunda sınırlı sayıda düzenlenen sebeplerden birisine dayanır. Ayrıca çıkarmanın ölüme bağlı bir tasarrufla yapılması gerekir. Çalışmamızda, mirasçılıktan cezalandırıcı çıkarmanın tanım ve amacı, benzer hukuki kurumlarla karşılaştırılması, uygulandığı çeşitli hukuki ilişkiler, koşulları, sonuçları ve geçersizliği konuları ele alınmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Mirasçılıktan Çıkarma, Cezalandırıcı Çıkarma, Saklı Pay, Mirasbırakan, Mirasçı, Ölüme Bağlı Tasarruf.

ABSTRACT

Debarment from inheritance regulated in articles 510 to 512 of the Turkish Civil Code no. 4721. Debarment from inheritance is one of the exceptional situations that completely or partially eliminate the reserved portion of the heirs. There are two types of debarment from inheritance. These are protective and retributive debarment from inheritance. Retributive debarment from inheritance takes place as a result of some behaviors that seriously damage the family ties between the portion and the heirs of the reserved portion. This type of debarment from inheritance is based on reasons for limited availability regulated in the legislation. In addition, debarment from inheritance should be done with testamentary disposition. In our study, the definition and purpose of retributive debarment from inheritance, to compare with similar legal institutions, various legal relations to which it applies, its conditions, conclusions and invalidity are discussed.

1 Tekirdağ Namık Kemal Üniversitesi Hukuk Fakültesi Özel Hukuk Bölümü Araştırma Görevlisi, oerso@nku.edu.tr, ORCID ID: 0000-0002-7698-3942

Keywords: Debarment from Inheritance, Retributive Debarment From Inheritance, Reserved Portion, Legator, Heir, Testamentary Disposition.

GİRİŞ

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu²; sosyal, kültürel ve ailevi düşüncelerin etkisiyle mirasbırakanın bazı mirasçılarının gelecekte sahip olma ihtimali buldukları miras paylarını himaye altına almaktadır. Gerçekten de kanun koyucu tarafından mirasbırakan ile aralarındaki yoğun ve sıkı aile ilişkisi bulunan veya bulunduğu varsayılan yasal mirasçılardan bazıları lehine ve bunların ekonomik geleceğinin koruma altına alınması amacıyla mirasbırakanın serbestçe tasarrufta bulunabileceği malvarlığı kısmını ifade eden tasarruf nisabı kapsamında yer almayan miras payları yaratılmıştır³. Yasal miras paylarının mirasbırakanın tasarruflarına karşı belirli bir oranda koruma altına alındığı bu mirasçılara saklı paylı (mahfuz hisseli) mirasçılar, koruma altına alınan miras paylarına ise saklı paylar (mahfuz hisseler) adı verilmektedir⁴. TMK m. 505 ve m. 506 hükümlerinde, saklı paylı mirasçılar sınırlı sayıda düzenlenmekte ve sahip oldukları saklı miras payları ifade edilmektedir. TMK'nun sınırlı sayıda olmak üzere saydığı saklı paylı mirasçılardan belirli bir oranda korunan payları üzerinde mirasbırakan herhangi bir tasarrufta bulunamayacağından dolayı bu payları onlara bırakmak durumundadır⁵. Diğer bir deyişle kanunun öngördüğü istisnalar dışında bu miras paylarına mirasbırakanın iradesiyle müdahale edilebilmesine olanak bulunmaz⁶. Nitekim TMK m. 505 hükmünde de mirasbırakanın, mirasının saklı paylar dışında kalan kısmı üzerinde ölüme bağlı tasarruflarda bulunabileceği hüküm altına alınmaktadır. Diğer bir deyişle mirasbırakanın terekesinden saklı paylı mirasçılardan saklı paylarının çıkarılmasıyla tenkis davası ile karşılaşma olanağı bulunmayan değer haddini ifade eden tasarruf nisabına ulaşmaktadır⁷.

Saklı paylı mirasçılardan, belirli durumlarda saklı paylarından mahrum kalabilmeleri ihtimal dâhilindedir. Gerçekten de bu hallerden birisini

2 RG. 8.12.2001, 24607.

3 ANTALYA, O. Gökhan/SAĞLAM, İpek, **Miras Hukuku**, 3. Baskı, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2015, s. 264.

4 SEROZAN, Rona/ENGİN, Baki İlkay, **Miras Hukuku**, 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018, s. 202; DURAL, Mustafa/ÖZ, Turgut, **Türk Özel Hukuku Cilt IV Miras Hukuku**, 11. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2017, s. 237-238.

5 KÖPRÜLÜ, Bülent, **Miras Hukuku Dersleri**, 2. Bası, İstanbul, 1985, s. 279; ÇAKIN, Nur, Türk Hukukunda Mirastan Iskat İle İlgili Problemler, **Ankara Barosu Dergisi**, S. 3, Y. 1974, s. 523.

6 EREN, Fikret/YÜCER AKTÜRK, İpek, **Türk Miras Hukuku**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019, s. 241.

7 HATEMİ, Hüseyin, **Miras Hukuku**, 6. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 52.



teşkil eden mirasçılıktan çıkarma ile belirli hallerde, saklı paylı mirasçılar, kanun tarafından himaye edilen bu miras paylarını mirasbırakan tarafından yapılacak ölüme bağlı bir tasarruf neticesinde tümünden ya da kısmen yitirme sonucu ile karşı karşıya kalmaktadır⁸.

Bu çalışmamızda; mirasçılıktan çıkarmanın, mirasçılıktan cezalandırıcı çıkarma türünü inceleme konusu yapmaktayız. Mirasçılıktan cezalandırıcı çıkarmanın tanım ve amacı, benzer hukuki kurumlarla karşılaştırılması, şartları, sonuçları ve geçersizliği konularını, doktrindeki görüşler ve yargı kararları ışığında ele almaya gayret göstermekteyiz.

I. MİRASÇILIKTAN ÇIKARMA ÖLÜME BAĞLI TASARRUFU HAKKINDA GENEL BİLGİLER

A. Mirasçılıktan Çıkarmanın Tanımı ve Amacı

TMK m. 510-513'de düzenleme altına alınan mirasçılıktan çıkarma (mirastan iskat) ile mirasbırakan tarafından saklı paylı mirasçıların belirli hallerde miras haklarından tamamen ya da kısmen mahrum bırakılmaları mümkün hale getirilmiştir⁹. Nitekim mirasçılıktan çıkarma, mirasbırakanın, saklı pay sahibi bir mirasçısını saklı payı ile miras hakkından uzaklaştırdığı ölüme bağlı bir tasarruf türüdür¹⁰. Daha geniş bir ifadeyle mirasçılıktan çıkarma; mirasbırakanın, kanunda gösterilen sebeplerden birine dayalı biçimde gerçekleştirdiği tek taraflı iradesine dayanan ölüme bağlı tasarrufu sonucunda saklı pay sahibi mirasçısının saklı payı da dâhil olmak üzere miras payından tümünden yoksun kalması ya da azaltılmış bir saklı pay dışında kalan miras payını yitirmesidir¹¹.

Mirasçılıktan çıkarma tasarrufu sayesinde mirasbırakan, ölüme bağlı tasarruf serbestliğini kısıtlayan saklı pay engelinden kurtulmaktadır¹². Gerçekten de saklı paylı bir mirasçının, bu payın tümünü elde etmesi bazı hallerde hakkaniyete aykırı sonuçlar doğurabilir. Örneğin; saklı paylı mirasçı, çeşitli davranışlarıyla mirasbırakan ile aralarındaki aile bağlarına ciddi zararlar vermiş olabilir. Saklı paylı mirasçılar ile mirasbırakan

8 TONGSİR, Ferih B., *Türk Hukukunda Mirastan Iskat*, Yayınlanmamış Doçentlik Tezi, İstanbul, 1956, s. 3.

9 ÇABRİ, Sezer, *Miras Hukuku Şerhi (TMK m. 495-574) Cilt-I*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, s. 248-249.

10 İMRE, Zahit/ERMAN, Hasan, *Miras Hukuku*, 13. Basım, Der Yayınları, İstanbul, 2017, s. 246; GÜNAY, Erhan, *Mirasçılık Sifatının Yitirilmesi*, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018, s. 59.

11 YAĞCI, Kürşad, *Cezai Mirasçılıktan Çıkarma (Cezai Iskat)*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013, s. 13; GÖNEN, Doruk, *Ceza Mirasçılıktan Çıkarmanın Amacı ve Cezai Mirasçılıktan Çıkmaya Tabi Kişilerin Kapsamı*, Prof. Dr. Hasan Erman'a Armağan, Der Yayınları, İstanbul, 2015, s. 328.

12 SEROZAN, ENGİN, a.g.e., s. 398-399.

arasındaki aile bağlarının sarsılması ve kopması durumunda, mirasbırakan ile yakın ve samimi aile bağları bulunduğu (ya da bulunduğu farz edildiği) için bu kişiler lehine saklı pay öngörülmesinin anlamı ve amacı ortadan kalkmış olur¹³. Bu halde kusurlu bir davranışıyla aile bağlarını koparan saklı paylı mirasçının miras hakkının elinden alınması ihtimali yaratılmalıdır¹⁴. Eş deyişle miras payı ve bilhassa da saklı pay sahibi olmaya layık olmayan mirasçının mirasbırakan tarafından mirasçılığının engellenmesi mümkün olmalıdır¹⁵. Bu yönüyle yasal mirasçının saklı payını elinden alan mirasçılıktan çıkarma tasarrufu bir özel hukuk cezası özelliği göstermektedir¹⁶. Nitekim mirasçılıktan çıkarma, çeşitli davranışları nedeniyle saklı pay sahibi olmaya değer görülmeyen mirasçı veya mirasçıların, mirasbırakanın tek taraflı iradesiyle bu haklarından mahrum kaldıkları bir yaptırım niteliği taşımaktadır¹⁷. Veyahut borca batık olan bir saklı paylı mirasçının, saklı payına kavuşması halinde bu payın elinden alınabilecek olması nedeniyle bu saklı paylı mirasçının altsoyu, ekonomik geleceklerinin tehlike altına girmesi suretiyle zarara uğrama olasılığı ile karşı karşıyadır¹⁸. Bu halde saklı paylı mirasçının altsoyunun korunması için saklı paylı mirasçının miras hakkının elinden alınması isabetli olur. Nitekim mirasçılıktan çıkarmanın koruyucu yönü bu ihtiyaca cevap sağlamaktadır. Netice itibariyle bazı hallerde saklı paylı mirasçıyı cezalandırmak, bazı hallerde de saklı paylı mirasçının borçları nedeniyle saklı payının tamamen alacaklıların eline geçmesini önlemek suretiyle onun altsoyunun haklarını korumak amacına hizmet eden mirasçılıktan çıkarma kurumu, TMK'nın Miras Hukuku başlıklı üçüncü kitabının Ölüme Bağlı Tasarruflar başlıklı ikinci bölümünün Tasarruf Özgürlüğü başlıklı ikinci ayırımında m. 510-513 hükümleri arasında kendisine yer bulmuştur.

B. Mirasçılıktan Çıkarmanın Türleri

Mirasçılıktan çıkarma, mirasçılıktan cezalandırıcı çıkarma (cezai iskat, ceza olarak çıkarma) ile mirasçılıktan koruyucu çıkarma (aciz sebebiyle iskat) olarak ikiye ayrılmaktadır.

Mirasçılıktan cezalandırıcı çıkarma kavramı kanunda açıkça kullanılmış değildir. Kanunda, mirasçılıktan çıkarma kavramı tercih edilmektedir. Bu

13 KOCAYUSUPFAŞAOĞLU, Necip, **Miras Hukuku**, 3. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1987, s. 306.

14 AYAN, Mehmet, **Miras Hukuku**, 9. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016, s. 184.

15 KILIÇOĞLU, Ahmet M., **Miras Hukuku**, 8. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2018, s. 173.

16 SEROZAN, ENGİN, a.g.e., s. 398.

17 İNAN, Ali Naim/ERTAŞ, Şeref/ALBAŞ, Hakan, **Türk Medeni Hukuku Miras Hukuku**, 10. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s. 262.

18 BAYDAR, Utku, **Türk Medeni Kanununa Göre Mirasçılıktan Çıkarma**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2005, s. 5.



kavram, hem mirasçılıktan cezalandırıcı çıkarmayı hem de mirasçılıktan koruyucu çıkarmayı da karşılar nitelikte olmasına karşın, çoğunlukla bu kavramla mirasçılıktan cezalandırıcı çıkarma anlaşılmaktadır. Öğretinin ortaya koyduğu mirasçılıktan cezalandırıcı çıkarma (cezai ıskat) şeklindeki kavramın kurumun niteliğinin ifade etmede isabetli bir tercih olduğu belirtilmektedir¹⁹.

Mirasçılıktan cezalandırıcı çıkarma; mirasçının, mirasbırakana veya mirasbırakanın yakınlarından birine karşı ağır bir suç işlemesi ya da mirasbırakana veya mirasbırakanın ailesi üyelerine karşı aile hukukundan doğan yükümlülüklerini önemli ölçüde yerine getirmemesi halinde söz konusu olan mirasçılıktan çıkarma türüdür (TMK m. 510).

Mirasçılıktan koruyucu çıkarma ise mirasbırakanın, hakkında borç ödemedi aciz belgesi bulunan altsoyunu, saklı payının yarısı için mirasçılıktan çıkardığı mirasçılıktan çıkarma türüdür. Ancak, mirasbırakanın bu yarıyı mirasçılıktan çıkarılanın doğmuş ve doğacak çocuklarına özgülemesi zorunludur (TMK m. 513).

Mirasçılıktan cezalandırıcı çıkarma konumuzu oluşturduğundan ve koruyucu mirastan çıkarma ile karşılaştırılması bir sonraki bölümde yapılacağı için bu başlık altında bu kadar açıklama ile yetinmekteyiz.

II. MİRASÇILIKTAN CEZALANDIRICI ÇIKARMANIN BENZER KAVRAMLARLA KARŞILAŞTIRILMASI

Mirasçılıktan cezalandırıcı çıkarmanın, mirasçının miras hakkına kısmen ya da tümünden son veren benzer kavramlarla ayrımlarını ifade etmenin konunun daha iyi anlaşılmasına katkı sunacağına inanmaktayız.

A. Mirastan Uzaklaştırma İle Karşılaştırılması

Mirastan uzaklaştırma (mirastan ihraç); saklı pay sahibi olmayan mirasçılardan miras paylarından mahrum bırakılmalarını ya da saklı paylı mirasçılardan saklı pay dışındaki mirasbırakanın tasarruf nisabı kapsamında kalan miras paylarından yoksun kılınmalarını sağlamaya ilişkin bir kurumdur²⁰. Mirasçılıktan çıkarma ise saklı paylı bir mirasçının tamamen ya da tümünden saklı payından yoksun bırakılması durumunda söz konusu olur²¹. Diğer bir deyişle mirasçılıktan çıkarma, yalnızca kanun tarafından kendilerine saklı pay tanınan mirasçılar hakkında bu saklı payların indirilmesi ya da tümünden kaldırılması suretiyle uygulanabilir²².

19 YAĞCI, a.g.e., s. 5 dn. 2.

20 TONGSİR, a.g.t., s. 14; YAĞCI, a.g.e., s. 49.

21 ANTALYA, SAĞLAM, a.g.e., s. 205; ÇAKIN, a.g.m., s. 523.

22 ÇUBUKLUGİL, Rıza, Mirastan Adi İskatın Hukuki Mahiyeti ve Sebepleri, AÜHFĐ, C. 7, S. 3-4, Y. 1950, s. 441.

Zira mirasçılıktan çıkarma, saklı payı ortadan kaldırmaya yönelik bir tasarruftur ve bu nedenle de yalnızca saklı paylı mirasçılarının mirastan uzaklaştırılmasını anlatmaktadır²³. Bu yönüyle saklı paylı bir mirasçının saklı payının elinden alınması sonucunu doğurmayan bir ölüme bağlı tasarruf mirasçılıktan çıkarma niteliği taşımaz. Örneğin; mirasbırakanın, saklı pay sahibi olmayan bir mirasçısını mirasından mahrum kılması ya da saklı paylı mirasçısının yalnızca saklı paya sahip olmasını ve bu payı aşan bir miras payı elde edememesini öngören ölüme bağlı bir tasarrufu mirasçılıktan çıkarma niteliği taşımaz, ancak bu haller mirastan uzaklaştırma özelliği göstermektedir²⁴.

Mirastan uzaklaştırma da mirasçılıktan çıkarılma gibi ölüme bağlı tasarruf şekil koşullarına uygun olarak yapılan maddi anlamda bir ölüme bağlı tasarruf niteliği arz eder²⁵. Ancak mirasçılıktan çıkarmadan farklı olarak, mirastan uzaklaştırmada mirasbırakanın herhangi bir sebep göstermesi zorunlu değildir²⁶. Dolayısıyla mirastan uzaklaştırmada mirasbırakanın herhangi bir sebep göstermeksizin saklı pay sahibi olmayan bir mirasçısının miras payına son vermesi ya da saklı paylı mirasçının saklı payı ile yetinmesini sağlaması olanaklıdır.

Mirasçılıktan cezalandırıcı çıkarma, tamamen ya da kısmen gerçekleşebilir. Mirasçılıktan uzaklaştırma da tamamen ya da kısmen olabilir²⁷.

Mirastan uzaklaştırma, doğrudan ya da dolaylı olabilir²⁸. Mirasbırakanın, ölüme bağlı tasarrufunda bir mirasçısının mirasından pay almasını arzu etmediğini açıkça ifade etmesi durumunda mirastan uzaklaştırma doğrudan yapılmıştır²⁹. Şayet mirasbırakan, bir mirasçısının mirasından pay almasını arzu etmediğini ölüme bağlı tasarrufta açıkça belirtmemekle beraber, terekesinin tümünde başka kimse(ler) lehine tasarruf gerçekleştirmişse, bu halde mirastan uzaklaştırma dolaylı gerçekleştirilmiştir³⁰. Mirasçılıktan çıkarmanın ise dolaylı

23 OĞUZMAN, Kemal, **Miras Hukuku**, 5. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1991, s. 241d.

24 OĞUZMAN, a.g.e., s. 241d; KÖPRÜLÜ, a.g.e., s. 280; DURAL, ÖZ, a.g.e., s. 205; YAĞCI, a.g.e., s. 51; ÇABRİ, a.g.e., s. 250; ÇAKIN, a.g.m., s. 523.

25 KOCAYUSUPPAŞAOĞLU, a.g.e., s. 307.

26 TONGSİR, a.g.t., s. 14; KOCAYUSUPPAŞAOĞLU, a.g.e., s. 307; DURAL, ÖZ, a.g.e., s. 205; SEROZAN, ENGİN, a.g.e., s. 399; ÇABRİ, a.g.e., s. 251; "... *Murisin saklı pay dışında kalan pay için her zaman tasarruf hakkı bulunduğundan, saklı pay dışındaki payı için çıkarmanın (iskatın) şartları aranmaz...*" Yarg. 14. HD. T. 02.06.2015, E. 1687, K. 6049, **Legalbank Elektronik Hukuk Bankası**, (E.T. 09.11.2018).

27 YAĞCI, a.g.e., s. 53-54.

28 OĞUZMAN, a.g.e., s. 242 dn. 554a; ÇUBUKLUGİL, **Iskatın Sebepleri**, s. 440 dn. 1; ÇABRİ, a.g.e., s. 251; YAĞCI, a.g.e., s. 52.

29 ÇABRİ, a.g.e., s. 251; YAĞCI, a.g.e., s. 52; ÇUBUKLUGİL, **Iskatın Sebepleri**, s. 440 dn. 1.

30 ÇABRİ, a.g.e., s. 251; YAĞCI, a.g.e., s. 52-53.



biçimde gerçekleşemeyeceği ifade edilmektedir³¹. Zira mirasbırakanın, mirasçılıktan çıkarma iradesinin ölüme bağlı tasarrufunda açıkça göstermesi gerektiği vurgulanmaktadır³². Kanaatimizce mirasçılıktan çıkarmanın da dolaylı biçimde (örtülü olarak) yapılmasına bir engel yoktur. Gerçekten de mirasbırakanın saklı paylı mirasçısının saklı payının tamamını başkasına kazandırması, sebebi gösterilmemiş dolaylı bir mirasçılıktan çıkarma niteliği taşımaktadır³³. Örneğin; iki çocuğu bulunan mirasbırakanın tüm mirasını bunlardan birisine bırakması halinde diğer çocuk dolaylı olarak mirasçılıktan çıkarılmıştır. Bu halde mirasçılıktan çıkarma sebebi gösterilmediği için çıkarılan saklı paylı mirasçının tenkis davasıyla saklı pay isteminde bulunması olanaklıdır.

B. Mirastan Yoksunluk İle Karşılaştırılması

Mirastan yoksunluk, TMK m. 578 ile m. 582 arasında düzenleme altına alınmaktadır. TMK m. 578'de sınırlı sayıda olmak üzere dört başlık altında belirtilen davranışlarından birini gerçekleştiren kimsenin mirasbırakanın mirasçısı ya da vasiyet alacaklısı sıfatına sahip olabilmesine ve bu sığata bağılı sonuçlardan istifade edebilmesine olanak bulunmamaktadır³⁴.

Mirasçılıktan çıkarma kurumu mevcutken, ayrıca bir mirastan yoksunluk düzenlemesine ihtiyaç olup olmadığı sorusu ilk bakışta akla gelebilir. Mirastan yoksunluk, mirasbırakanın mirasçılıktan çıkarma tasarrufu yapamayacağı durumlarda ya da yapma kudretinden mirasçı tarafından mahrum bırakıldığı hallerde söz konusu olmakta ve mirasbırakanın eğer gerçeği bilseydi mirasçısını mirasçılıktan çıkaracağı varsayımından hareketle kanunda düzenlenmektedir³⁵.

Mirastan yoksunluk, mirasçılıktan çıkarmayı tamamlayan bir kurum özelliğı göstermektedir³⁶. Mirastan yoksunluk ile mirasçılıktan çıkarmanın birtakım benzer ve farklı yönleri bulunmaktadır. Öncelikle her iki kurum da mirasçının, miras hakkının ortadan kaldırılmasına hizmet etmektedir³⁷. Her iki kurumda da mirasın yitirilmesine sebep olan fiiller, sınırlı sayıda sayılmaktadır³⁸. Mirasçılıktan koruyucu çıkarma bir kenara bırakıldığında mirasçılıktan çıkarma gibi mirastan yoksunluk da kusur esasına dayalıdır³⁹. Her iki kurum da bizzat mirasçıyı etkiler, mirasçının altsoyuna etki etmez (TMK m. 511/2-3, m. 579/1). Ayrıca mirastan

31 YAĞCI, a.g.e., s. 54; ÇABRİ, a.g.e., s. 251-252.

32 YAĞCI, a.g.e., s. 54 dn. 127; ÇABRİ, a.g.e., s. 252.

33 SEROZAN, ENGİN, a.g.e., s. 399.

34 ENGİN, Baki İlkay, **Mirastan Yoksunluk**, Beşir Kitabevi, İstanbul, 2010, s. 35.

35 ENGİN, a.g.e., s. 44.

36 ANTALYA, SAĞLAM, a.g.e., s. 318; ENGİN, a.g.e., s. 44.

37 ÇAKIN, a.g.m., s. 523.

38 YAĞCI, a.g.e., s. 61.

39 TANRIVERDİ, Ali Deniz, **Türk Medeni Hukukunda Mirasçılıktan Çıkarma**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Konya, 2008, s. 12.

yoksunluk ile mirasçılıktan çıkarma sebepleri çakışmaktadır. Örneğin; mirasçının mirasbırakanı öldürmeye teşebbüs etmesi, onu sakat bırakmak vb. bir şekilde sürekli şekilde ölüme bağlı tasarruf yapamayacak duruma getirmesi gibi haller mirasçılıktan çıkarma sebebinin yanı sıra mirastan yoksunluk sebebi de teşkil eder (TMK m. 578 f.1 b.1/2). Ancak bu hallerde mirasbırakan, mirasçılıktan çıkarma tasarrufu yapmasa dahi mirasçı kanun gereği mirastan yoksun kalır.

Mirastan yoksunluk, mirasbırakanın ölüme bağlı bir tasarrufta bulunması gerekmeksizin yoksunluk sebebinin ortaya çıkmasıyla kendiliğinden (ipso iure) gerçekleşmektedir. Mirasçılıktan çıkarma ise ancak mirasbırakanın bu yönde yapacağı ve çıkarma sebebinin de göstermesi gerektiği ölüme bağlı bir tasarruf sonucunda söz konusu olabilir⁴⁰. Kısa bir deyişle mirastan yoksunluk kanun koyucunun iradesinden, mirasçılıktan çıkarma ise mirasbırakanın iradesinden kaynaklanmaktadır⁴¹.

Mirasçılıktan çıkarma, yalnızca saklı pay sahibi mirasçılar için mümkündür. Mirastan yoksunluk ise saklı pay sahibi olup olmadığı fark yaratmaksızın bütün (yasal ve atanmış) mirasçılar ile vasiyet alacaklıları ve hatta mükellefiyet lehtarlarını kapsamına almaktadır⁴².

Mirasçılıktan çıkarma yalnızca gerçek kişiler için söz konusu olabilir. Mirastan yoksunluğun ise hem gerçek kişiler hem de tüzel kişiler bakımından gerçekleşebileceği belirtilmektedir⁴³.

Mirasçılıktan çıkarma; mirasbırakan ya da mirasbırakanın yakınları veya aile üyelerine karşı gerçekleştirilen çeşitli davranışlar sonucunda gerçekleştirilebilir. Mirastan yoksunluk ise yalnızca mirasbırakana karşı gerçekleştirilen çeşitli davranışlar sonucunda söz konusu olabilir⁴⁴.

40 HATEMİ, a.g.e., s. 125; KILIÇOĞLU, a.g.e., s. 173; ENGİN, a.g.e., s. 44; ANTALYA, SAĞLAM, a.g.e., s. 318; YAĞCI, a.g.e., s. 62; ÇAKIN, a.g.m., s. 523; "...mirastan mahrumiyetle ilgili sebeplerin varlığı halinde mirasçı, miras hakkından otomatikman (kendiliğinden) mirastan mahrum olur (MK. 521). Ancak, miras bırakan varlığında eylemler bulunan kişiyi bağışlayabilir, af edebilir. Af hali söz konusu değilse, mahrumiyet hali ölümle birlikte ve hiç bir işleme hacet kalmaksızın hukukî sonuçlarını doğurur. Oysa mirastan iskat'da durum bunun aksinedir. Şöyle ki miras bırakan ölüme bağlı bir tasarrufla mirasçını mirasından iskat edebilir. Kendisi böyle bir irade beyanında bulunmadıkça, iskat sebebi ne olursa olsun, mirasçı miras hakkından yoksun bırakılmaz..." Yarg. 2. HD. T. 02.07.1985, E. 4483, K. 6252, **Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi**, (E.T. 10.11.2018).

41 ÖZTAN, Bilge, **Miras Hukuku**, 8. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2017, s. 142.

42 TONGSİR, a.g.t., s. 15; HATEMİ, a.g.e., s. 125; ENGİN, a.g.e., s. 44; İNAN, ERTAŞ, ALBAŞ, a.g.e., s. 476.

43 İMRE, ERMAN, a.g.e., s. 309; İŞGÜZAR, Hasan/DEMİR, Mehmet/YILMAZ, Süleyman, **Miras Hukuku**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019, s. 101. Bu sonuca varılabilmesi için TMK m.50 gereği, organın davranışının tüzel kişiye izafe edilebilmesi yani organ sıfatıyla görev ifa ettiği bir sırada mirastan yoksunluk teşkil eden bir davranışta bulunması gerektiği ifade edilmektedir. Bu yönde ve ayrıca tüzel kişilerin mirastan yoksunluğu konusunda bkz. ENGİN, a.g.e., s. 80-81.

44 TONGSİR, a.g.t., s. 16; EREN, YÜCER AKTÜRK, a.g.e., s. 420; ENGİN, a.g.e., s. 44; ANTALYA, SAĞLAM, a.g.e., s. 318; BAYDAR, a.g.t., s. 14; TANRIVERDİ, a.g.t., s. 12.



Mirasçılıktan çıkarma tamamen ya da kısmen olabileceken, mirastan yoksunluk kanun gereği tümünden gerçekleşir⁴⁵. Ancak mirasçılıktan koruyucu çıkarma her zaman kısmi biçimde olur.

TMK m. 578/3 uyarınca; mirastan yoksunluk, mirasbırakanın affıyla ortadan kalkar. Mirasçılıktan çıkarmada ise affın mümkün olup olmadığı tartışma içermektedir⁴⁶.

C. Mirasçılıktan Koruyucu Çıkarma İle Karşılaştırılması

Mirasçılıktan koruyucu çıkarma, TMK m. 513 hükmünde düzenlenmektedir. Hükmün ilk fıkrasına göre; mirasbırakan, hakkında borç ödemedi aciz belgesi bulunan altsoyunu, saklı payının yarısı için mirasçılıktan çıkarabilir. Ancak, bu yarıyı mirasçılıktan çıkarılanın doğmuş ve doğacak çocuklarına özgülemesi şarttır.

Mirasçılıktan koruyucu (borç ödemedi aciz sebebiyle, önleyici) çıkarma; saklı paylı mirasçının cezalandırılmasını değil, bu mirasçının borçlarını ödemedi aciz halinde bulunması sebebiyle sahip olduğu mirasın tamamının derhal alacaklılara geçmesine engel olarak bu mirasçının altsoyunu korumayı amaçlamaktadır⁴⁷. Kısa bir deyişle mirasçılıktan cezalandırıcı çıkarma cezalandırma, mirasçılıktan koruyucu çıkarma ise koruma işlevi göstermektedir⁴⁸.

Mirasçılıktan çıkarmanın iki türünü teşkil eden mirasçılıktan cezalandırıcı çıkarma ile mirasçılıktan koruyucu çıkarma arasında birtakım farklılıklar bulunmaktadır.

Mirasçılıktan cezalandırıcı çıkarma, saklı paylı mirasçılarının tümü için uygulanabilirken, mirasçılıktan koruyucu çıkarma ise yalnızca mirasbırakanın hakkında aciz belgesi verilmiş altsoyu için uygulanabilir⁴⁹. Bu yönüyle mirasbırakanın; altsoyu dışındaki saklı paylı mirasçılarının borç ödemedi aciz sebebiyle mirasçılıktan çıkarmasına olanak bulunmaz⁵⁰.

Mirasçılıktan cezalandırıcı çıkarmada, mirasbırakan, saklı paylı mirasçısını tamamen ya da kısmen saklı payından mahrum bırakabilir.

45 TONGSİR, a.g.t., s. 15; YAĞCI, a.g.e., s. 63; BAYDAR, a.g.t., s. 14; TANRIVERDİ, a.g.t., s. 12.

46 YAĞCI, a.g.e., s. 63.

47 KOCAAĞA, Köksal, Borç Ödemedi Aciz Sebebiyle Çıkarma, *DEÜHFD*, C. 7, S. 1, Y. 2005, s. 84-85.

48 ÇUBUKLUGİL, *Iskatın Sebepleri*, s. 443.

49 SAYMEN, Ferit H., Aciz Sebebiyle Mirastan Iskat, *İBD*, C. XIII, S. III, Y. 1939, s. 146.

50 KOCAAĞA, a.g.m., s. 85; Mirasçılıktan koruyucu çıkarılabilecek kimselerin yalnızca altsoy olmasının eksiklik olduğu ifade edilmektedir. Bu bağlamda mirasbırakanın ölümü halinde ikinci zümrede yer alan anne mirasçı ise ve anne borç batağında bulunuyorsa mirasbırakanın kardeşinin de korunmasının yerinde olabileceği örnek olarak belirtilmektedir. Bkz. YAĞCI, a.g.e., s. 67 dn. 160; Mirasçılıktan koruyucu çıkarmanın, cezalandırıcı çıkarmada olduğu üzere tüm saklı paylı mirasçılar için geçerli olması gerektiği yönünde bkz. SAYMEN, a.g.m., s. 148.

Mirasçılıktan koruyucu çıkarmada ise mirasbırakan, altsoyunun saklı payının en fazla yarısına kadar çıkarma tasarrufunda bulunabilir⁵¹.

Mirasçılıktan cezalandırıcı çıkarmada; çıkarılanın saklı paylı altsoyu bulunmaması halinde mirasbırakan, çıkarılan mirasçının saklı payı üzerinde istediği biçimde tasarrufta bulunabilir⁵². Mirasçılıktan koruyucu çıkarmada ise mirasbırakan, çıkarılan saklı pay miktarını, mirasçılıktan çıkardığı saklı paylı mirasçısının doğmuş ve doğacak çocuklarına özgülemek durumundadır.

Mirasçılıktan cezalandırıcı çıkarma, mirasçının kusuruna dayanırken, mirasçılıktan koruyucu çıkarmada mirasçının kusurlu olup olmaması fark yaratmaz⁵³.

D. Mirasın Reddi İle Karşılaştırılması

TMK m. 599/1 hükmüne göre; mirasçılar, mirasbırakanın ölümü ile mirası bir bütün olarak, kanun gereğince kazanırlar. TMK m. 599/2 uyarınca da kanunda öngörülen ayrık durumlar saklı kalmak üzere mirasçılar, mirasbırakanın aynî haklarını, alacaklarını, diğer malvarlığı haklarını, taşınır ve taşınmazlar üzerindeki zilyetliklerini doğrudan doğruya kazanırlar ve mirasbırakanın borçlarından kişisel olarak sorumlu olurlar. Söz konusu hükümler miras hukukuna egemen olan külli intikal (külli halefiyet) ilkesini düzenlemektedir. Bu ilke, bir kimsenin malvarlığının, hukuk düzeninin saptadığı bir olgunun gerçekleşmesi üzerine, bu malvarlığını oluşturan hukuki ilişkilerin kanunun aradığı devir koşulları aranmaksızın tümünden veya kısmen başka bir kimseye geçmesini anlatmaktadır⁵⁴. Miras hukukumuzda geçerli olan külli intikal ilkesi gereğince, mirasçılar, mirasbırakanın haklarının yanında borçlarını da devralmaktadır⁵⁵. Mirasçı olduğunun bilinmemesi, yani mirasbırakanın ölümünden haberdar olunmaması hali dahi fark yaratmaz⁵⁶.

51 YAĞCI, a.g.e., s. 67; KOCAAĞA, a.g.m., s. 85.

52 KOCAAĞA, a.g.m., s. 85.

53 YAĞCI, a.g.e., s. 69; KOCAAĞA, a.g.m., s. 89.

54 ANTALYA, SAĞLAM, a.g.e., s. 53.

55 "... Kural olarak, bir kimsenin ölümü ile malvarlığının bir bütün olarak mirasçılara geçmesini ifade eden külli halefiyet gereğince, mirasbırakanın kişisel özelliklerinin ağır bastığı, dâşünsel ve bedeni özellik ve yetenekleri göz önünde bulundurularak yapılmış, borcun bizzat mirasbırakan tarafından yerine getirilmesi gereken şahsi edim borçları dışında, malvarlığından ifa durumunda olunan maddi edim borçları mirasçılara intikal eder. Mirasbırakanın borçları, ölümünden önce yaptığı hukuki işlemlerden, işlediği haksız fiillerden, malvarlığında meydana gelen sebepsiz zenginleşmeden ve ölüm anına kadar oluşan birtakım olgular nedeniyle doğrudan doğruya kanundan doğabilir. Mirasçılarının sorumluluğu bakımından borcun kaynağı önemli değildir. Bu sorumluluk, mirasın kesin olarak kazanılması ile başlar, borcun esası ile sınırlı olmayıp, işlenmiş ve işleyecek faizlerini de kapsar..." Yarg. HGK. T. 12.03.2008, E. 21-235, K. 248, **Legalbank Elektronik Hukuk Bankası**, (E.T. 11.11.2018).

56 İŞGÜZAR, DEMİR, YILMAZ, a.g.e., s. 22.



Kanun, tereke aktifinin pasifini karşılayamadığı hallerde mirasçılarının, mirasbırakanın borçlarından ilke olarak kişisel malvarlıklarıyla sorumlu olmaları sebebiyle ekonomik açıdan düşebilecekleri güç durumu nazara alarak onlara mirası reddetme imkânı tanımış ve hatta bazı hallerde karine olarak mirası reddetmiş kabul etmiştir⁵⁷. Gerçekten de TMK m. 605/1 uyarınca, yasal ve atanmış mirasçılar mirası reddedebilirler. TMK m. 605/2 hükmüne göre ise ölümü tarihinde mirasbırakanın ödemedi aczi açıkça belli veya resmen tespit edilmiş ise, miras reddedilmiş sayılır. Sözü edilen düzenlemeye göre; mirasın reddi ya birinci fıkrada ifade edildiği üzere mirasçılarının irade açıklamasında bulunmalarından kaynaklanan gerçek ret ya da ikinci fıkrada belirtildiği gibi kanunun öngördüğü karineden kaynaklanan hükmen ret biçiminde gerçekleşebilir⁵⁸.

Mirasın reddi de mirasçılıktan çıkarma gibi mirasçının, mirasçılık sıfatını ortadan kaldırmaktadır. Ancak aralarında birçok farklılıklar mevcuttur. Öncelikle mirasın reddi, yasal ve atanmış mirasçılar için söz konusudur. Ayrıca TMK m. 616 gereğince vasiyet alacaklılarının da vasiyeti reddetmesi olanaklıdır. Mirasçılıktan cezalandırıcı çıkarma yalnızca saklı pay sahibi mirasçılar bakımından söz konusu olabilir.

Mirasçılıktan çıkarma, mirasbırakanın, ölüme bağlı tasarrufuyla açıkladığı tek taraflı bir irade beyanı özelliği taşır. Mirasın reddi ise mirasçı tarafından mirasbırakanın yerleşim yeri sulh mahkemesine varması gerekli yazılı ya da sözlü yapılabilen tek taraflı bir irade beyanıdır⁵⁹.

Mirasçılıktan cezalandırıcı çıkarmanın temsil yoluyla yapılması mümkün değildir. Mirasın reddi ise temsil yoluyla yapılabilir⁶⁰. Ancak temsilcinin mirasın reddi beyanında bulunabilmesi için özel yetkisinin varlığı aranmaktadır⁶¹.

Mirasçılıktan çıkarmanın iptali mirasçılıktan çıkarılan kimse tarafından istenebilirken, mirasın reddinin iptali ise mirası reddeden mirasçının alacaklıları ya da iflas idaresi tarafından talep edilebilir⁶². Mirasçılıktan

57 HELVACI, İlhan, *Eski Medeni Kanunumuzla Karşılaştırmalı Olarak Türk Medeni Kanununa Göre Mirasın Reddi (MK. m. 605-MK. m. 618)*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2002, s. 8.

58 GÜNAL, Aydın Ebrar, *Mirasın Reddi ve Hukuki Sonuçları*, Aristo Yayınevi, İstanbul, 2018, s. 21-22.

59 HELVACI, a.g.e., s. 11; ANTALYA, SAĞLAM, a.g.e., s. 360.

60 GÜNAL, a.g.e., s. 40.

61 "...Mirasçı adına ret beyanında bulunan vekilin (temsilcinin) bu tasarrufu yapabilmesi için özel yetkisinin bulunması zorunludur. 24.7.1965 günlü velayet, vesayet ve miras hükümlerinin uygulanmasına ilişkin Tüzüğü'nün 40 ve 12.8.2003 tarihli yeni Tüzüğü'nün 39. maddelerinde özel yetkili vekilin mirası reddedebileceği açıklanmıştır..." Yarg. 2. HD. T. 22.02.2005, E. 2004/15954, K. 2005/2593, *Legalbank Elektronik Hukuk Bankası*, (E.T. 12.11.2018).

62 GÜNAL, a.g.e., s. 39.

çıkarmadan farklı olarak, mirasın reddinde herhangi bir sebep gösterilmesi zorunlu değildir⁶³.

Mirasçılıktan çıkarma ile mirasın reddi halinde ilke olarak mirasçılıktan çıkarılan ve mirası reddeden mirasçı, mirasbırakanın borçlarından sorumlu değildir. Ancak mirası reddeden mirasçı bakımından TMK m. 618 hükmünde bir istisna öngörülmüştür⁶⁴. Anılan hükme göre; *ödemedен âciz bir mirasbırakanın mirasını reddeden mirasçılar, onun alacaklılarına karşı, ölümünden önceki beş yıl içinde ondan almış oldukları ve mirasın paylaşılmasında geri vermekle yükümlü olacakları değer ölçüsünde sorumlu olurlar. Olağan eğitim ve öğrenim giderleriyle âdet üzere verilen çeyiz, bu sorumluluğun dışındadır. İyiniyetli mirasçılar, ancak geri verme zamanındaki zenginleşmeleri ölçüsünde sorumlu olurlar.*

Mirasçılıktan çıkarma tamamen ya da kısmen olabilir. Mirasın reddinin kısmi olup olmayacağına ilişkin çeşitli ayrımlar yapılmaktadır. Buna göre; bir mirasçının gerek yasal gerek iradi mirasçılık sıfatına sahip olması durumunda iki ayrı hukuki sebepten kaynaklanan mirasçılık sıfatından birini reddinin olanaklı olduğu ifade edilmektedir⁶⁵. Ayrıca mirasın belirli bir oranının reddinin de mümkün olduğu ileri sürülmektedir⁶⁶. Ancak terekeye dâhil bulunan belirli bir malvarlığı değerinin kısmi reddi söz konusu değildir⁶⁷.

Mirasın reddinin kayıtsız ve şartsız olması gerekir (TMK m. 609/2). Mirasçılıktan cezalandırıcı çıkarmanın şarta bağlanıp bağlanamayacağı ise tartışma içermektedir. Bu konuyu ileride detaylı biçimde ele alacağımızdan burada daha fazla değinmiyoruz.

Mirasçılıktan çıkarmada olduğu üzere mirasın reddinde de mirasçının altsoyu bundan etkilenmez⁶⁸. Zira TMK m. 611 uyarınca; yasal mirasçılardan biri mirası reddederse onun payı, miras açıldığı zaman kendisi sağ değilmiş gibi, hak sahiplerine geçer.

63 “...Kanun koyucu, mirasçılarını, miras bırakanın borçları yönünden sorumluluk almak istemedikleri takdirde, mirası reddedebilmelerine MK.nun 545. maddesi ile imkan tanımıştır. Buna göre, kanuni ve mansup mirasçılar hiç bir sebep göstermeksizin kayıtsız ve şartsız olarak (MK. 548) mirası reddedebilirler...” Yarg. HGK. T. 14.03.1984, E. 1982/2-66, K. 1984/239, **Legalbank Elektronik Hukuk Bankası**, (E.T. 12.11.2018).

64 GÜNAL, a.g.e., s. 40.

65 HELVACI, a.g.e., s. 65; ANTALYA, SAĞLAM, a.g.e., s. 360.

66 HELVACI, a.g.e., s. 67; GÜNAL, a.g.e., s. 39; Mirasın reddi kurumunun niteliği ve özelliği gereği kısmi redde imkân sağlamadığına ilişkin aksi yöndeki görüş için bkz. ANTALYA, SAĞLAM, a.g.e., s. 360; benzer yönde bkz. BAYDAR, a.g.t., s. 15; TANRIVERDİ, a.g.t., s. 13.

67 HELVACI, a.g.e., s. 64 dn. 151.

68 HELVACI, a.g.e., s. 144; BAYDAR, a.g.t., s. 16.



E. Mirastan Feragat İle Karşılaştırılması

Mirastan feragat; mirasbırakan ile mirasçısı arasında yapılan ve mirasçının miras hakkından vazgeçmesini konu edinen bir sözleşmedir⁶⁹. Nitekim TMK m. 528/1 hükmünde; mirasbırakanın, bir mirasçısı ile karşılıksız veya bir karşılık sağlanarak mirastan feragat sözleşmesi yapabileceği ifade edilmektedir.

Mirastan feragat, mirasbırakan ile mirasçısı arasında yapılan (olumsuz) bir miras sözleşmesi ile gerçekleşirken, mirasçılıktan cezalandırıcı çıkarma ise vasiyetname ya da bir miras sözleşmesi ile yapılabilir⁷⁰. Ancak ileride detaylıca inceleyeceğimiz üzere mirasçılıktan çıkarma, miras sözleşmesiyle de yapılsa mirasbırakan tek taraflı olarak her zaman bu tasarruftan dönebilir.

Mirasçılıktan çıkarmanın gerçekleşebilmesi için kanunda sınırlı sayıda belirtilen sebeplerden birinin varlığı aranmaktadır. Mirastan feragat sözleşmesi için tarafların mirasçılık hakkından vazgeçmesi yönünde anlaşmaya varmaları gerekli ve yeterlidir⁷¹.

Mirastan feragat için feragat eden mirasçının feragate rıza göstermesi gerekirken, mirasçılıktan çıkarmada çıkarılan mirasçının rızası aranmaz⁷². Mirasçılıktan cezalandırıcı çıkarma tamamen ya da kısmen olabilir. Mirastan feragat de tamamen ya da kısmen gerçekleşebilir⁷³.

Mirasçılıktan cezalandırıcı çıkarma, yalnızca saklı paylı mirasçılar için söz konusu olabilirken, mirastan feragat gerek saklı paylı gerekse de saklı paylı olmayan yasal mirasçılar ile iradi mirasçılar bakımından yapılabilir⁷⁴. Mirastan cezalandırıcı çıkarma saklı paylı mirasçıyı cezalandırma amacına yöneldiği halde, mirastan feragatte böyle bir amaç söz konusu değildir⁷⁵.

Mirasçılıktan cezalandırıcı çıkarmanın ivazlı olması söz konusu değilken, mirastan feragatin ivazlı ya da ivazsız olması mümkündür⁷⁶. Mirasçılıktan cezalandırıcı çıkarma kişisel nitelik taşıdığından dolayı çıkarılan mirasçının altsoyunun bundan etkilenmesi söz konusu

69 İMRE, ERMAN, a.g.e., s. 196.

70 TONGSİR, a.g.t., s. 16; ÇAKIN, a.g.m., s. 524; YAĞCI, a.g.e., s. 71.

71 ANTALYA, O. Gökhan, **Mirastan Feragat Sözleşmesi**, Alkım Yayınevi, İstanbul, 1999, s. 54.

72 YAĞCI, a.g.e., s. 72.

73 İMRE, ERMAN, a.g.e., s. 199.

74 YAĞCI, a.g.e., s. 73; TANRIVERDİ, a.g.t., s. 14.

75 TONGSİR, a.g.t., s. 17; ANTALYA, **Mirastan Feragat**, s. 54; YAĞCI, a.g.e., s. 73.

76 Antalya, **Mirastan Feragat**, s. 54; Mirasçılıktan çıkarmanın değil, mirasçılıktan çıkarılanın miras payı üzerinde tasarruf etmenin karşılıklı edim ilişkisine (ivaz karşılığında iki taraflı tasarrufa) konu edilebileceği de savunulmaktadır. Bu görüş ve ayrıntılı bilgi için bkz. YAĞCI, a.g.e., s. 406 vd.

olmaz⁷⁷. Mirastan feragat ise bir karşılık sağlanarak gerçekleştirilmişse ve sözleşmede aksi de kararlaştırılmamışsa feragat edenin altsoyu bakımından da sonuç doğurur (TMK m. 528/son).

III. İLGİLİ KANUNDAKİ HÜKÜMLER GEREĞİNCE MİRASÇILIKTAN ÇIKARMA SEBEPLERİNİN SONA ERDİRDİĞİ ÇEŞİTLİ HUKUKİ İLİŞKİLER

Mirasçılıktan cezalandırıcı çıkarma sebeplerinin, saklı paylı mirasçılarının, saklı paylarına tamamen ya da kısmen son verilmesinin yanı sıra bazı hukuki ilişkileri de ilgili kanundaki hükümler gereğince sona erdirdiğini görmekteyiz. Şimdi sırasıyla genel olarak bunları incelemeye çalışalım.

A. Miras Sözleşmesinin Tek Taraflı Ortadan Kaldırılması Bakımından

TMK m. 546/2 uyarınca; miras sözleşmesiyle mirasçı atanan veya kendisine belirli mal bırakılan kişinin, mirasbırakana karşı miras sözleşmesinin yapılmasından sonra mirasçılıktan çıkarma sebebi oluşturan davranışta bulunduğu ortaya çıkarsa; mirasbırakan, miras sözleşmesini tek taraflı olarak ortadan kaldırabilir⁷⁸. TMK m. 546/2 hükmüyle mirasçılıktan çıkarma sebeplerinden birinin varlığı halinde mirasbırakana miras sözleşmesini ortadan kaldırma imkânı tanınmak suretiyle saklı paylı mirasçılar ve miras sözleşmesi ile lehine tasarrufta bulunulan kimse(ler) arasında paralellik kurulmuştur⁷⁹.

TMK m. 546 hükmünden anlaşıldığı üzere, mirasçılıktan çıkarma sebeplerinden birinin gerçekleşmesi halinde yalnızca mirasbırakan, miras sözleşmesini tek taraflı olarak sona erdirebilir⁸⁰. Tek taraflı ortadan kaldırma, vasiyetnameler için kanunda öngörülen şekillerden biriyle yapılır (TMK m. 546/3). Bununla beraber mirasbırakanın, miras sözleşmesini, herhangi bir türünde olabilecek şekilde vasiyetnamenin yanı sıra tek taraflı bir içeriğini oluşturması suretiyle başkaca bir miras sözleşmesiyle de ortadan kaldırılabileceği ifade edilmektedir⁸¹.

77 YAĞCI, a.g.e., s. 73-74.

78 TMK m.546/2 hükmü, 743 sayılı TKM'nin 493. maddesinin ikinci fıkrasına karşılık gelmektedir. İçerik bakımından bir farklılık bulunmasa da TKM'nin 493. maddesinin ikinci fıkrasında mahrumiyet terimi kullanılmışken, TMK m.546/2'de çıkarma terimine yer verilmiştir. 743 sayılı TKM döneminde, m. 493/2'de mahrumiyet terimi kullanılmış olsa mehzaz kanuna göre bunun iskat (çıkarma) olarak anlaşılması gerektiği vurgulanmaktaydı. Bu yönde bkz. DURAL, Mustafa, **Miras Sözleşmeleri**, İstanbul, 1980, s. 230.

79 DURAL, a.g.e., s. 231.

80 ÇINAR, Ömer, Miras Sözleşmesinin Tek Taraflı İrade Beyanı İle Sona Erdirilmesi, **İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, Y. 6, S. 12, Güz 2007/2, s. 222.

81 KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, a.g.e., s. 243; İMRE, ERMAN, a.g.e., s. 191; ÇINAR, a.g.m., s. 223-224.



Mirasçılıktan çıkarma sebebinin, miras sözleşmesinin yapıldıktan sonraki bir safhada ortaya çıkması gerekir⁸². Miras sözleşmesinde lehine tasarruf yapılan kimsenin sözleşmenin diğer yanı ya da üçüncü bir kimse olması da olanaklıdır⁸³. Ancak miras sözleşmesi, üçüncü kişi lehine yapılmışsa, miras sözleşmesinin tek taraflı ortadan kaldırılması için çıkarma sebebinin üçüncü kişinin şahsında gerçekleşmesi gerekir⁸⁴.

TMK m. 546 hükmünde mirasbırakana karşı mirasçılıktan çıkarma sebebi oluşturan davranışta bulunulmasından söz edildiği için mirasbırakanın yakınlarına ya da aile üyelerine karşı bu nitelikteki davranışların işlenmesinin mirasbırakana miras sözleşmesini tek taraflı ortadan kaldırma imkânı tanıyıp tanımadığı sorunu ile karşılaşmaktadır. Doktrindeki bir görüşe göre; yalnızca mirasbırakana karşı gerçekleştirilen davranışlar, miras sözleşmesinin tek taraflı ortadan kaldırılmasını sağlayabilir⁸⁵. Doktrindeki diğer görüşe göre; mirasbırakanın yakınlarına ya da aile üyelerine yönelik gerçekleştirilen davranışların da miras sözleşmesinin tek taraflı ortadan kaldırılmasını sağlayacağı kabul edilmelidir⁸⁶.

B. Miras Hukuku Nitelikli Ölünceye Kadar Bakma Sözleşmesinin Tek Taraflı Ortadan Kaldırılması Bakımından

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun⁸⁷ 611. maddesinin ilk fıkrasına göre; ölünceye kadar bakma sözleşmesi, bakım borçlusunun bakım alacaklısını ölünceye kadar bakıp gözetmeyi, bakım alacaklısının da bir malvarlığını veya bazı malvarlığı değerlerini ona devretme borcunu üstlendiği sözleşmedir. Sözü edilen hükmün ikinci fıkrasına göre; bakım borçlusu, bakım alacaklısı tarafından mirasçı atanmışsa, ölünceye kadar bakma sözleşmesine miras sözleşmesine ilişkin hükümler uygulanır.

Ölünceye kadar bakma sözleşmesinin borçlar hukuku nitelikli ölünceye bakım sözleşmesi ile miras hukuku nitelikli ölünceye kadar bakım sözleşmesi olmak üzere iki türü bulunmaktadır. Tarafların edimlerinin bakım alacaklısının sağlığında ifa edilmesinin öngörüldüğü hallerde borçlar hukuku nitelikli ölünceye kadar bakma sözleşmesi, bakım borçlusunun kendisine hayatı boyunca bakması karşılığında bakım alacaklısının edimini ölüme bağlı bir tasarrufla yerine getirdiği

82 DURAL, a.g.e., s. 234; İMRE, ERMAN, a.g.e., s. 192; DURAL, ÖZ, a.g.e., s. 120; ÇINAR, a.g.m., s. 224.

83 ANTALYA, SAĞLAM, a.g.e., s. 161.

84 DURAL, a.g.e., s. 233; DURAL, ÖZ, a.g.e., s. 120; ÇINAR, a.g.m., s. 223.

85 SEROZAN, Rona, **Sözleşmeden Dönme**, Gözden Geçirilmiş 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2007, s. 312; ÇINAR, a.g.m., s. 223.

86 KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, a.g.e., s. 243 dn. 5; İMRE, ERMAN, a.g.e., s. 192.

87 RG. 4.2.2011, 27836.

hallerde ise miras hukuku nitelikli ölünceye kadar bakma sözleşmesinden bahsedilmektedir⁸⁸. Miras hukuku nitelikli ölünceye kadar bakma sözleşmesinde, bakım borçlusunun bakım alacaklısına karşı, TMK m. 546 atfıyla TMK m. 510 hükmünde düzenlenen mirasçılıktan çıkarılmayı gerektiren bir davranışta bulunması halinde bakım alacaklısı, ölünceye kadar bakma sözleşmesini tek taraflı olarak ortadan kaldıracaktır⁸⁹.

C. Bağışlayanın Geri Alınması Bakımından

Bağışlayanın, sağlararası sonuç doğurmak üzere, malvarlığından bağışlanana karşılıksız olarak bir kazandırma yapmayı üstlendiği sözleşme bağışlama sözleşmesini ifade etmektedir (TBK m. 285/1). Bağışlama sözleşmesi ile bağışlanana karşılıksız kazandırma yapan bağışlayanın, bağışlamayı kanunda yazılı belirli sebeplerle geri alınması mümkündür. Nitekim TBK m. 295 hükmünde düzenlenen ilk ikisi mirasçılıktan çıkarma sebepleriyle paralel olan üç durumdan birinin gerçekleşmesi üzerine bağışlayan, elden bağışlamayı veya yerine getirdiği bağışlama sözünü geri alabilir ve bağışlananın istem tarihindeki zenginleşmesi ölçüsünde bağışlama konusunun geri verilmesini isteyebilir⁹⁰. Sözü edilen bu durumlar; bağışlananın; bağışlayana veya yakınlarından birine karşı ağır bir suç işlemesi, bağışlayana veya onun ailesinden bir kimseye karşı kanundan doğan yükümlülüklerine önemli ölçüde aykırı davranması ile yüklemeli bağışlamada haklı bir sebep olmaksızın yüklemeyi yerine getirmemesidir.

Bağışlananın, bağışlayana veya onun ailesinden bir kimseye karşı kanundan doğan yükümlülüklerine önemli ölçüde aykırı davranması bağışlayanın, elden bağışlamayı veya yerine getirdiği bağışlama sözünü geri alabilmesinin yanında verdiği bağışlama sözünü ifadan kaçınılabilmesini de sağlamaktadır (TBK m. 296/1).

TBK m. 295 b.2 uyarınca; bağışlananın, bağışlayana veya onun ailesinden bir kimseye karşı kanundan doğan yükümlülüklerine önemli ölçüde aykırı davranmışsa bağışlayan, elden bağışlamayı veya yerine getirdiği bağışlama sözünü geri alabilir⁹¹.

88 ŞAHİN, Ayşenur, Ölünceye Kadar Bakma Sözleşmesinin Hükümleri, Prof. Dr. Hüseyin Hatemi'ye Armağan, C. 2, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2009, s. 1450-1451; KORKMAZ, Tekin, Ölünceye Kadar Bakma Sözleşmesi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2008, s. 8 vd.

89 YAĞCI, a.g.e., s. 81-82; KORKMAZ, a.g.e., s. 103; ŞAHİN, a.g.e., s. 1464-1465.

90 ARAL, Fahrettin/AYRANCI, Hasan, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 11. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2015, s. 251; GÜMÜŞ, Mustafa Alper, Borçlar Hukuku Özel Hükümler Kısa Ders Kitabı, 3. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2018, s. 177.

91 Bağışlananın, bağışlayana veya onun ailesinden bir kimseye karşı kanundan doğan yükümlülüklerine önemli ölçüde aykırı davranmasına benzer bir düzenleme mirasçılıktan çıkarmaya ilişkin TMK m. 510 hükmünde de yer almaktadır. TMK m. 510 düzenlemesinde



Mirasçılıktan cezalandırıcı çıkarma, ölüme bağlı bir tasarruf ile gerçekleştirilmektedir. Bağışlamanın geri alınması, herhangi bir şekle bağlı olmayıp karşı tarafa varması gerekli ve yeterli bir yanlı irade beyanıyla kullanılır ve bağışlamayı ortadan kaldırır⁹². Bu yönüyle de yenilik doğurucu hak niteliğini haizdir⁹³. Ayrıca mirasçılıktan cezalandırıcı çıkarma herhangi bir süreye bağlı değilken, bağışlamanın geri alınması geri alma sebebinin (konumuz yönünden mirasçılıktan çıkarma sebebinin) öğrenildiği günden başlayarak bir yıllık süre içerisinde mümkündür⁹⁴.

D. Ölen Sigortalının Hak Sahiplerine SSGSSK Gereğince Bağlanacak Gelir ve Aylıklar Bakımından

5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun⁹⁵ 56. maddesinin ilk fıkrasının b bendinde mirasçılıktan çıkarma, ölen sigortalının hak sahiplerine gelir ve aylık bağlanmayacak haller arasında

mirasçının, miras bırakana veya mirasbırakanın ailesi üyelerine karşı aile hukukundan doğan yükümlülüklerini önemli ölçüde yerine getirmemesi halinde mirasçılıktan çıkarılabileceği düzenlenmiştir. TBK m. 295 b.2 hükmünde ise bağışlananın kanundan doğan yükümlülüklerine önemli ölçüde aykırı davranışından bahsedilmektedir. TBK m. 295 b. 2 hükmünde zikredilen kanundan doğan yükümlülükler ifadesi ile TMK m.510 hükmünde zikredilen aile hukukundan doğan yükümlülükler ifadesinin aynı anlama gelip gelmediği üzerinde farklı fikirler bulunmaktadır. Doktrinde bir görüşe göre, kanundan doğan yükümlülüklerin başında aile hukuku temelli kanuni yükümlülükler gelse de aile hukukundan kaynaklanmayan yükümlülükler de söz konusu olabilir. Zira TBK m.295 hükmünde kanundan doğan yükümlülükler ifadesiyle bu kastedilmektedir. Bu yönde bkz. EREN, Fikret, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, 6. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2018, s. 300. Doktrinde diğer görüşe göre, TBK m.295 b.2 hükmünde zikredilen kanundan doğan yükümlülükler aykırı davranılması ifadesinin TMK m. 510 hükmünde olduğu gibi aile hukukundan doğan yükümlülükler önemli ölçüde aykırı davranılması şeklinde anlaşılması gerektiği için bkz. KUTLUAY, Ezgi, **Bağışlama Sözleşmeleri**, Ankara: Turhan Kitabevi, 2016, s. 146; İsviçre Borçlar Kanunu'nun 249. maddesinde aile hukukundan doğan yükümlülük kavramı kullanılmakta iken Türk Borçlar Kanunu'nda kanundan doğan yükümlülük ifadesi kullanılmıştır. Bu husus TBK'da daha geniş bir düzenleme yapıldığı sonucunu düşündürebilirse kanundan doğan yükümlülüklerin çoğunlukla aile hukuku temeline dayanacağından iki hüküm arasında fazlaca bir fark olmadığı da kabul edilebileceğine ilişkin bkz. VARDAR HAMAMCIOĞLU, Gülşah, **Bağışlama Sözleşmesi**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016, s. 327.

- 92 Bağışlamanın geçmişe etkili olarak ortadan kalkacağına ilişkin bkz. Aral, Ayrancı, a.g.e., s. 250; YAVUZ, Cevdet/acar, Faruk/ÖZEN, Burak, **Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, 9. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2014, s. 352; Bağışlamanın geleceğe etkili olarak ortadan kalkacağına ilişkin bkz. EREN, **Borçlar Özel**, s. 302; Geri alma hakkı bağışlama denilen hukuki ilişkiye bir yanlı irade beyanı ile etkilediğinden yenilik doğurucu bir haktr. Ancak ifa edilmiş bağışlama sözleşmelerinde bu yenilik doğurucu hakkın doktrinde bozucu mu değiştirici mi olduğu noktasında farklı görüşler mevcuttur. Aynı şekilde geri alma hakkının geçmişe mi etkili yoksa geleceğe mi etkili olduğu da benzer biçimde tartışmalıdır. Doktrindeki bu konudaki görüşler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. VARDAR HAMAMCIOĞLU, a.g.e., s. 313 vd.
- 93 AYDOĞDU, Murat/KAHVECİ, Nalan, **Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri (Sözleşmeler Hukuku)**, 3. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017, s. 358.
- 94 YAĞCI, a.g.e., s. 88.
- 95 RG. 16.06.2006, 26200.

düzenlenmiştir. Hükme göre; kendisinden aylık bağlanacak sigortalıya veya gelir ya da aylık bağlanmamış olan sigortalıya veya hak sahibine karşı ağır bir suç işlediği veya bunlara karşı aile hukukundan doğan yükümlülüklerini önemli ölçüde yerine getirmemesi nedeniyle ölüme bağlı bir tasarrufla mirasçılıktan çıkarıldıkları hususunda kesinleşmiş yargı kararı bulunan kişilere gelir veya aylık ödenmez. Ödenmiş bulunan gelir ve aylıklar, 96. madde hükümlerine göre geri alınır.

Mirasçılıktan çıkarılma sebebi, ölen sigortalının hak sahibi tarafından gerçekleştirilmelidir. Hak sahibi ise sigortalının veya sürekli iş göremezlik geliri ile malüllük, vazife malüllüğü veya yaşlılık aylığı almakta olanların ölümü halinde, gelir veya aylık bağlanmasına veya toptan ödeme yapılmasına hak kazanan eş, çocuk, ana ve babasını ifade etmektedir (SSGSK m. 3/7).

SSGSK m. 56 kapsamında mirasçılıktan çıkarma sebebi oluşturan ağır bir suç, sigortalıya ya da hak sahibine karşı işlenmelidir. TMK m. 510 anlamında mirasbırakana ya da yakınlarına karşı ağır bir suç işlenmesi, SSGSK m. 56 anlamında ise sigortalıya veya gelir ya da aylık bağlanacak olan çocuğuna, eşine anne veya babasına karşı ağır bir suç işlenmesi mirasçılıktan çıkarma sebebidir. Benzer şekilde TMK m. 510 anlamında mirasbırakana veya mirasbırakanın ailesi üyelerine karşı, SSGSK m. 56 anlamında ise sigortalıya veya gelir ya da aylık bağlanmamış olan sigortalıya veya çocuğuna, eşine, anne veya babasına karşı aile hukukundan doğan yükümlülüklerin önemli ölçüde yerine getirilmemesi mirasçılıktan çıkarma sebebidir.

E. TTK Gereğince Özel Hayat Sigortasında Lehtarını Değiştirme Bakımından

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu⁹⁶ m. 1493/4 uyarınca; sigorta ettiren, değiştirme hakkından vazgeçtiğini sigorta poliçesine yazdırmakla beraber sigorta poliçesini lehtara teslim etmişse, o kişiyi değiştiremez. Tereddüt hâlinde, sigorta ettirenin lehtarını değiştirme hakkını saklı tuttuğu kabul edilir. Sigorta ettirenin lehtarını değiştirme hakkından açıkça vazgeçtiği ve sigorta poliçesinin lehtara verildiği hâllerde bile, mirasçılıktan çıkarma veya hibeden rücu hâlleri gerçekleşmiş yahut ilgililer arasında o kişinin lehtar olarak atanmasına ilişkin sebep ortadan kalkmış ise lehtar değiştirilebilir.

Hayat sigortalarında ilke olarak lehtarını değiştirme hakkından vazgeçerek, poliçeyi lehtara teslim eden sigorta ettirene lehtarını değiştirme imkânı verilmemiştir. Ancak mirasçılıktan çıkarma sebeplerinin varlığı,

96 RG. 14.2.2011, 27846.



sigorta ettirenin lehtarı değiştirme hakkı bulunduğu istisnai hallerden birisi olarak karşımıza çıkmaktadır⁹⁷.

IV. MİRASÇILIKTAN ÇIKARILABİLECEK MİRASÇILARIN SAPTANMASI

Mirasçılıktan cezalandırıcı çıkarma, mirasbırakan tarafından kanunda sayılan birtakım davranışları gerçekleştirilmesi sebebiyle saklı paylı mirasçılar hakkında uygulanabilir⁹⁸. Diğer bir deyişle sadece saklı paya sahip mirasçılar mirasçılıktan cezalandırıcı çıkarmaya tabi tutulabilir⁹⁹. Zira mirasçılıktan çıkarma, saklı paylı mirasçılar için öngörülmüş maddi anlamda bir tasarruftur. Nitekim TMK m. 510 hükmünde, mirasbırakanın ölümüne bağlı bir tasarrufla saklı paylı mirasçısını mirasçılıktan çıkarabileceği açıkça ifade edilmektedir.

TMK m. 505 hükmü uyarınca; mirasbırakanın altsoyu, anne ve babası ile eşi saklı paylı mirasçıları oluşturmaktadır¹⁰⁰. Altsoyun kapsamında evlilik dışı çocuklar ile evlatlık ve altsoyu da yer almaktadır¹⁰¹.

Saklı pay sahibi olmayan mirasçıların miras paylarından mahrum bırakılması ile saklı paylı mirasçıların saklı pay dışında kalan miras paylarından yoksun kılınmaları mirasçılıktan çıkarma değil, mirastan uzaklaştırma teşkil eder¹⁰². Miras hakkını haiz olmayan vasiyet alacaklılarının da mirasçılıktan çıkarılması söz konusu olmaz¹⁰³.

Mirasçılıktan çıkarma sebeplerinin birden fazla saklı paylı mirasçı hakkında mevcut olması durumunda mirasbırakan, bunların tümünü ya da bazılarını mirasçılıktan çıkarabilir¹⁰⁴. Örneğin; mirasbırakan kendisini öldürmeye teşebbüs eden eşini ve çocuğunu aynı ya da farklı ölümüne bağlı

97 YAĞCI, a.g.e., s. 91-92.

98 GENÇCAN, Ömer Uğur, **Miras Hukuku**, 3. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016, s. 393.

99 TONGSİR, a.g.t., s. 12; "... Mirastan iskat, yalnızca mahfuz hisseli mirasçılar için söz konusu olur. (TMK.510, TKM. 457/1) Mahfuz hissesi bulunmayan bir mirasçının iskat edilmesine ihtiyaç yoktur. Zira, mahfuz hisse dışında kalan kısım tasarruf nisabını teşkil eder (TKM.452) ve vasiyetçi, esasen bunun üzerinde dilediği gibi serbestçe tasarruf edebilir. Bu itibarla vasiyetçi, vasiyetnamesinde, kendisinden önce ölen kardeşi Ö.'in çocuklarını (yeğenlerini) mirasçılıktan tamamen uzaklaştırdığını açıklamış olsa dahi bunlar yönünden bir iskattan söz edilemez. Bu bakımdan, Ö. çocuğu olan davacılar M., A. İ. ve Ş. Ç.'in iskatini iptalini talep ve dava etme hakları bulunmamaktadır. Bunlar yönünden iskatim iptali davasının aktif husumet yokluğundan reddi gerekirken..." Yarg. 2. HD. T. 17.07.2006, E. 10023, K. 11233, **Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi**, (E.T. 15.11.2018).

100 Hükümde geçen kardeşler ifadesi, 04.05.2007 tarihli ve 5650 sayılı Türk Medeni Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 1. maddesi ile madde metninden çıkarılmıştır. Adı geçen kanun için bkz. RG. 10.05.2007, 26518.

101 ÇABRİ, a.g.e., s. 250.

102 KÖPRÜLÜ, a.g.e., s. 280; OĞUZMAN, a.g.e., s. 241d; İMRE, ERMAN, a.g.e., s. 246; ANTALYA, SAĞLAM, a.g.e., s. 205; GÖNEN, a.g.m., s. 328-329.

103 YAĞCI, a.g.e., s. 95.

104 GÖNENSAY, Samim/BİRSEN, Kemaleddin, **Miras Hukuku**, 2. Bası, İstanbul, 1963, s. 61.

tasarruflarla mirasçılıktan çıkarabilir¹⁰⁵. Ancak mirasbırakanın, devleti de kapsayacak biçimde bütün mirasçılarını mirasından uzaklaştırmasına olanak bulunmaz¹⁰⁶.

Mirasbırakanın aynı ya da farklı sebeplerle veya ölüme bağlı tasarruflarla hem çocuğunu hem de bu çocuğundan olma torununu mirasçılıktan çıkarabilip çıkaramayacağı üzerinde durmak gerekir. Şayet mirasbırakanın mirasçılıktan çıkardığı çocuğu, mirasbırakandan önce ölmüşse torun saklı paylı mirasçılık sıfatının kazandığı için torunu mirasçılıktan çıkaran tasarrufun geçerliliğinde bir sorun gündeme gelmez¹⁰⁷. Ancak mirasbırakanın ölümü anında hem çocuk hem de torunun hayatta olduğu ihtimalde bunların ikisini de mirasçılıktan çıkaran tasarruf/tasarrufların geçerli olup olmayacağı tereddüt uyandırabilmektedir.

Yargıtay bir kararında; mirasçılıktan çıkarmanın ancak saklı paylı mirasçılar bakımından uygulanabileceğini ve mirasbırakanın ölümü anında çocuk sağ olduğundan dolayı, çocuğun altsoyunun saklı paylı mirasçılığının söz konusu olamayacağı için toruna ilişkin yapılan mirasçılıktan çıkarma tasarrufunun geçerli olmadığını ve iptal edilmesi gerektiğini ifade etmiştir¹⁰⁸. Kararda, mirasbırakanın torunu bakımından geçerli bir çıkarma sebebinin bulunup bulunmadığı ele alınmaksızın mirasbırakanın ölümü anında saklı paylı mirasçı sıfatını haiz olmaması, kendisine ilişkin yapılan mirasçılıktan çıkarma tasarrufunun iptali için yeterli kabul edilmiştir¹⁰⁹. Doktrinde bu karar eleştirilmektedir. Bu görüşe göre, öncelikle mirasbırakanın mirasçılıktan çıkardığı saklı paylı mirasçının yerine geçen mirasçının da saklı paylı mirasçı olması

105 GÖNEN, a.g.m., s. 337.

106 YAĞCI, a.g.e., s. 95.

107 GÖNEN, a.g.m., s. 337.

108 "Mirasbırakan Yusuf, 21.03.1989 tarihli vasiyetnamesiyle; "oğlu Ercüment'i kendisini öldürmeye teşebbüs ettiğiinden ve eşinin kardeşi Cavişi öldürdüğünden ve bu hususun Manisa Ağır Ceza Mahkemesi'nin 1988/16 esas, 1988/53 karar sayılı kararıyla sübuta ermiş bulunduğundan bahisle, mirasından iskat ettiğiini bildirmiş, aynı tasarrufunda, Ercüment'in fürularının da terekeden mahfuz hisse talep edemeyeceklerini..." beyan etmiş, 15.02.2007 tarihinde vefat etmiştir. Davacı Hafize, iskat edilen Ercüment'in çocuğu, mirasbırakan Yusufun torunudur. Miras, mirasbırakanın ölümüyle açılır (TMK m. 575/1). Mirasçılık ve mirasın geçişi mirasbırakanın ölümü tarihine göre belirlenir. Türk Medeni Kanunu'nun 510/1. maddesi uyarınca ancak "saklı paylı mirasçılar" mirasçılıktan çıkarılabilir. Mirasbırakanın ölümü tarihinde oğlu Ercüment sağ olduğuna göre, Hafize'nin mirasın açıldığı tarihte saklı paylı mirasçılığı söz konusu değildir. Dolayısıyla vasiyetnamede yer alan "Ercüment'in fürularına" ilişkin tasarruf Hafize bakımından geçerli değildir. O halde, Hafize ile ilgili tasarruf yönünden davanın kabulüne, vasiyetnamenin "Ercüment'in fürularına" ilişkin bölümünün iptaline karar verilmesi gerekirken, onun yönünden de ret hükmü kurulması doğru bulunmamıştır." Yarg. 2. HD. T. 02.07.2009, E. 2008/3734, K. 2008/13172, **Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi**, (E.T. 15.11.2018); Mirasbırakanın oğlu hayattayken oğlunun altsoyunun saklı paylı mirasçılığı söz konusu olamayacağı için bunlar hakkında yapılan çıkarma tasarrufunun geçerli olmayacağına ilişkin görüş için bkz. GÜNAY, a.g.e., s. 59.

109 GÖNEN, a.g.m., s. 338.



durumunda bu mirasçısına ilişkin çıkarma tasarrufu yapmasının da geçerli ve olanaklı olduğu benimsenmelidir¹¹⁰. Ayrıca TMK m. 510 hükmünde geçen saklı paylı mirasçılar ifadesinin amaca göre yorumlanarak, saklı pay korumasına layık olmayan mirasçının/mirasçıların mirasçılığına son verilmesinin sağlanması için mirasbırakanın çocuğuyla birlikte torununu da mirasçılıktan çıkarabileceğinin kabul edilmesi gerekir¹¹¹. Bununla beraber TMK m. 510 vd. hükümleriyle miras dışında bırakılacak kimselerin tümü mirasçılık hakkı beklentisi olan kimseler olup, Yargıtay'ın çocuk (selef) hayattayken torun (halef) miras beklentisine sahip değildir gibi bir düşünceye dayalı olarak torunun mirasçılıktan çıkarılmayacağına kabul etmesinin hukuki bir dayanağının bulunmadığı ifade edilmektedir¹¹². Bu yönüyle henüz hâlihazırda saklı paylı mirasçı olmayan, ancak gelecekte saklı paylı mirasçı olabilecek bir mirasçı da mirasçılıktan çıkarılabilir¹¹³. Netice itibarıyla mirasbırakan hem çocuğunu hem de torununu aynı veya farklı sebepler temelinde olmak üzere aynı ya da farklı ölüme bağlı tasarruflarla mirasçılıktan çıkarabilir ve halefiyet ilkesi de TMK m. 510 vd. hükümlerinin uygulanmasını sınırlayan bir rol üstlenmez¹¹⁴. Ayrıca mirasçılıktan çıkarmanın şartlı olarak yapılabileceği benimsendiği hallerde şarta cevaz verilirken, saklı paylı mirasçının çocuğu hayattayken onun altsoyununun mirasçılıktan çıkarılmayacağına kabul edilmesi tezat bir durum oluşturur. Yargıtay kararına konu olan olayda ise torun, çocuk sağ olduğu için değil çıkarma konusu edilen fiili işlemediği için onun bakımından geçerli bir mirasçılıktan çıkarma sebebi bulunmamaktadır ve bu nedenle de kendisi için yapılan mirasçılıktan çıkarmanın geçerli bir sebebi bulunmadığından dolayı açacağı tenkis davasıyla saklı payını talep edebilmesi mümkündür¹¹⁵.

V. MİRASÇILIKTAN ÇIKARMA TASARRUFUNUN GEÇERLİLİK KOŞULLARI

Mirasçılıktan cezalandırıcı çıkarma tasarrufunun geçerli olabilmesi için birtakım unsurların bir arada bulunması gerekir. Şimdi sırasıyla bu unsurları ele almaya çalışalım.

A. Kanunda Sayılan Bir Çıkarma Sebebinin Bulunması

Mirasbırakanın, saklı paylı bir mirasçısını mirasçılıktan cezalandırıcı çıkarması (ayrıca bu tasarrufunun tenkis davasıyla karşılaşmaması) için bu

110 İMRE, ERMAN, a.g.e., s. 246.

111 GÖNEN, a.g.m., s. 338-339.

112 YAĞCI, a.g.e., s. 97.

113 SEROZAN, ENGİN, a.g.e., s. 403.

114 YAĞCI, a.g.e., s. 97-98.

115 YAĞCI, a.g.e., s. 96 dn. 7.

tasarrufunu kanunda yer alan sebeplerden birisine dayandırması gerekir. Nitekim bu sebepler, TMK m. 510 hükmünde mirasçının mirasbırakana veya mirasbırakanın yakınlarından birine karşı ağır bir suç işlemesi ile mirasbırakana veya mirasbırakanın ailesi üyelerine karşı aile hukukundan doğan yükümlülüklerini önemli ölçüde yerine getirmemesi olarak hüküm altına alınmaktadır.

Mirasçılıktan çıkarma sebepleri, sınırlı sayıda olup¹¹⁶, bütün saklı paylı mirasçılar bakımından aynı ve eşit şekilde uygulanacak biçimde kanunda düzenlenmektedir¹¹⁷. Bu nedenle, mirasbırakanın saklı paylı mirasçısını mirasçılıktan çıkarmasını TMK m. 510 hükmünde sayılan iki sebepten birisine dayandırması gerekir¹¹⁸. Bunlardan başkaca herhangi bir sebep mirasbırakanı ne denli incitirse incitsin mirasçılıktan çıkarma sebebi olarak kabul edilemez¹¹⁹. Dolayısıyla mirasçılıktan cezalandırıcı çıkarma sebeplerinin çoğaltılmasına ve yorum yoluyla genişletilmesine olanak bulunmaz¹²⁰.

Mirasçılıktan çıkarılan kimse, cezalandırıcı çıkarma teşkil eden davranışından doğrudan ya da dolaylı etkilediği mirasbırakanın terekesinden hak kazanamaz. Dolayısıyla diğer aile üyelerinin de mirasçılığından çıkarılmış olmaz¹²¹. Meğerki onlar bakımından mirasçılıktan çıkarma sebebi oluşturan bir davranış gerçekleştirmiş bulunsun.

TMK m. 510 hükmünde mirasçı, mirasbırakana veya mirasbırakanın yakınlarından birine karşı ağır bir suç işlemesi ile mirasbırakana veya mirasbırakanın ailesi üyelerine karşı aile hukukundan doğan yükümlülüklerini önemli ölçüde yerine getirmemesi mirasçılıktan cezalandırıcı çıkarma oluşturan davranışlar olarak düzenlenmektedir. Şimdi sırasıyla bu sebepleri incelemeye çalışalım.

1. Mirasçının, Mirasbırakana veya Mirasbırakanın Yakınlarından Birine Karşı Ağır Bir Suç İşlemesi

Mirasçının, mirasbırakana veya mirasbırakanın yakınlarından birine karşı ağır bir suç işlemesi, TMK m. 510 b. 1 hükmünde mirasçılıktan

116 ŞENOCAK, Zarife, Cezai Iskat ve Cezai Iskatın Hükümleri, Prof. Dr. Ali Bozer'e Armağan, Ankara, 1998, s. 421; İNAN, ERTAŞ, ALBAŞ, a.g.e., s. 264.

117 GÖNENSAY, BİRSEN, a.g.e., s. 61; YAĞCI, a.g.e., s. 101; TANRIVERDİ, a.g.t., s. 30.

118 TONGSİR, a.g.t., s. 13; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, a.g.e., s. 308; ÇAKIN, a.g.m., s. 524; GÖNEN, a.g.m., s. 338-339.

119 AYİTER, Nuşin/KILIÇOĞLU, Ahmet M., **Miras Hukuku**, 2. Bası, Savaş Yayınları, Ankara, 1991, s. 175.

120 KILIÇOĞLU, a.g.e., s. 175.

121 YAĞCI, a.g.e., s. 101.



çıkarma sebebi olarak düzenlenmiştir¹²². Bu sebebe dayalı mirasçılıktan çıkarmanın koşulları; bir suç işlenmesi, suçun ağır nitelik taşıması ile suçun mirasbırakan veya mirasbırakanın yakınlarından birisine karşı işlenmesi olarak karşımıza çıkmaktadır. Sırasıyla bunları detaylı biçimde incelemeye çalışalım.

a. Suç İşlenmesi

TMK m. 510 b.1 kapsamında mirasçılıktan çıkarma sebebinin gerçekleşmesi için saklı paylı mirasçının suç teşkil eden bir fiil işlemesi gerekir.

Bir fiilin suç vasfı taşıyıp taşımadığı ise ceza hukuku normları uyarınca saptanmalıdır¹²³. Ceza hukukunun suç olarak kabul etmediği fiiller, TMK m. 510 b. 1 kapsamında yer almaz¹²⁴. Bu bağlamda kabahatler de mirasçılıktan çıkarma sebebi teşkil etmez¹²⁵.

Suçun bizzat saklı paylı mirasçı tarafından işlenmesi aranmaz. Diğer bir deyişle saklı paylı mirasçının suç teşkil eden fiili bizzat ya da iştirak halinde işlemesinin yanı sıra bir başkasını araç olarak kullanması ile azmettiren ya da yardım eden olması durumunda da mirasçılıktan çıkarılması olanaklıdır¹²⁶.

Mirasçılıktan çıkarma tasarrufunun yapılabilmesi için suç işleyen saklı paylı mirasçının kovuşturmaya uğraması ya da cezalandırılmış olması gerekmez¹²⁷. Suçun tamamlanmış olması da aranmaz¹²⁸. Diğer

122 743 sayılı TKM m. 457 b.1 hükmünde ağır bir cürüm ika edilmesi aranmışken, 4721 sayılı TMK m. 510 b.1 hükmünde ağır bir suç deyimini kullanılmıştır. Hükmün gerekçesinde maddenin İsviçre Medeni Kanunundaki aslı olan 477. maddesinde ve bundan esinlenen 1984 tarihli öntasarıda cürüm yerine suç sözcüğü kullanıldığı belirtilmektedir. Hükmün gerekçesi için bkz. ANTALYA, O. Gökhan, **Gerekçeli ve Açıklamalı 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu**, 3. Baskı, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2015, s. 409.

123 AYAN, a.g.e., s. 186; YAĞCI, a.g.e., s. 121.

124 KÖPRÜLÜ, a.g.e., s. 282.

125 TONGSİR, a.g.t., s. 24; KÖPRÜLÜ, a.g.e., s. 282; AYİTER, KILIÇOĞLU, a.g.e., s. 177; EREN, YÜCER AKTÜRK, a.g.e., s. 194; GÜNAY, a.g.e., s. 61; TANRIVERDİ, a.g.t., s. 24; Hâkim tarafından MK m 510 b.1 hükmünün uygulanmasında; ağır suç ifadesinin, mirasbırakan ile mirasçılıktan çıkarılan arasındaki aile bağlarını gerek objektif gerekse de fiili olarak koparıcı nitelik taşıyan suç veya kabahat teşkil etmesi fark yaratmaksızın bütün hukuka aykırı fiillerin anlaşılması gerektiğine ilişkin bkz. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, a.g.e., s. 309.

126 ANTALYA, SAĞLAM, a.g.e., s. 207; ŞENOCAK, a.g.m., s. 423; YAĞCI, a.g.e., s. 124 dn. 89, s. 125.

127 GÖNENSAY, BİRSEN, a.g.e., s. 62; KÖPRÜLÜ, a.g.e., s. 282; OĞUZMAN, a.g.e., s. 243; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, a.g.e., s. 308; AYİTER, KILIÇOĞLU, a.g.e., s. 176; ANTALYA, SAĞLAM, a.g.e., s. 206; EREN, YÜCER AKTÜRK, a.g.e., s. 194; AYBAY, Aydın, **Miras Hukuku Dersleri**, İstanbul, 2002, s. 51; AYAN, a.g.e., s. 187; YAĞCI, a.g.e., s. 131.

128 AYİTER, KILIÇOĞLU, a.g.e., s. 176; KÖPRÜLÜ, a.g.e., s. 282; BAYDAR, a.g.t., s. 28; TANRIVERDİ, a.g.t., s. 22; Yarg. 3. HD. T. 26.11.2013, E. 15148, K. 16683, **Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi**, (E.T. 17.11.2018).

bir deyişle teşebbüs aşamasında kalmış suçlar da çıkarma konusu yapılabilir¹²⁹. Cezanın ertelenmesi, ceza davasının zamanaşımına uğraması ile mahkûmiyet kararı verilmesine karşın ceza zamanaşımı, failin bulunmaması, genel veya özel af ile cezanın tûmden ya da kısmen uygulanamamış olması hallerinde de mirasçılıktan çıkarma tasarrufu yapılabilir¹³⁰. Soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı olan suçlarda mağdurun şikâyetinin bulunmaması da mirasçılıktan çıkarma tasarrufunun yapılmasının önüne geçmez¹³¹.

Suçun hukuka aykırılık taşıması ve kasten gerçekleştirilmesi gerekir¹³². Dolayısıyla fiilin kasten gerçekleştirilmemesi ile hukuka aykırılığını ortadan kaldıran bir sebebin bulunması durumunda mirasçılıktan çıkarma mümkün olmaz¹³³. Örneğin, meşru müdafaa ya da zorunluluk halinde işlenen bir suç, mirasçılıktan çıkarma sebebi niteliği taşımaz¹³⁴. Aynı şekilde saklı paylı mirasçının kanun tarafından emredilen ya da görevli olduğu bir fiili gerçekleştirmesi¹³⁵ veya bir hakkın kullanılması ile mağdurun rızası gibi olguların bulunduğu fiiller mirasçılıktan çıkarma sebebi olarak kabul edilemez¹³⁶.

Mirasbırakan ya da mirasbırakanın yakınlarına karşı suç işleyen saklı paylı mirasçının ayırt etme gücünü haiz olması gerekir¹³⁷. Geçici biçimde ayırt etme gücünü kaybetme halinde saklı paylı mirasçı ilke olarak fiillerinden sorumlu olduğu için ayırt etme gücünü kaybetmede kusuru bulunmadığını kendisi ispat etmek durumundadır¹³⁸. Saklı paylı mirasçı,

129 KÖPRÜLÜ, a.g.e., s. 282; İNAN, ERTAŞ, ALBAŞ, a.g.e., s. 265; İMRE, ERMAN, a.g.e., s. 248; ANTALYA, SAĞLAM, a.g.e., s. 207; AYAN, a.g.e., s. 187; ŞENER, Esat, Mirasçılık Sifatının Yitirilmesi ve Benzeri Haller, *Yargıtay Dergisi*, C. 2, S. 2, Y. 1976, s. 88; GENÇCAN, a.g.e., s. 394. Ancak bunun için suçun teşebbüs aşamasında kalmasının suçlunun iradesi dışında bir sebepten ileri gelmesi gerektiğine ilişkin bkz. TONGSİR, a.g.t., s. 24; GÖNENSAY, BİRSEN, a.g.e., s. 62.

130 KILIÇOĞLU, a.g.e., s. 176; Şener, a.g.m., s. 88; YAĞCI, a.g.e., s. 131; TANRIVERDİ, a.g.t., s. 22.

131 TONGSİR, a.g.t., s. 24; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, a.g.e., s. 308-309; DURAL, ÖZ, a.g.e., s. 206; ÇABRİ, a.g.e., s. 256-257.

132 DURAL, ÖZ, a.g.e., s. 206; Taksirli (özellikle de bilinçli taksir) içeren fiillerin de ağır suç niteliğini taşıması şartıyla mirasçılıktan çıkarma sebebi oluşturabileceğine ilişkin bkz. BAYDAR, a.g.t., s. 27; Taksirle işlenen suçların çıkarma sebebi olamayacağına ilişkin bkz. GÜNAY, a.g.e., s. 61.

133 KILIÇOĞLU, a.g.e., s. 176; GÖNEN, a.g.m., s. 330; ÇABRİ, a.g.e., s. 257.

134 GÖNENSAY, BİRSEN, a.g.e., s. 63; KÖPRÜLÜ, a.g.e., s. 283; OĞUZMAN, a.g.e., s. 243; ŞENER, a.g.m., s. 88; ÇUBUKLUGİL, *Iskatın Sebepleri*, s. 452, İŞGÜZAR, DEMİR, YILMAZ, a.g.e., s. 96.

135 KÖPRÜLÜ, a.g.e., s. 283; ÇUBUKLUGİL, *Iskatın Sebepleri*, s. 452; İNAN, ERTAŞ, ALBAŞ, a.g.e., s. 265.

136 BAYDAR, a.g.t., s. 26.

137 OĞUZMAN, a.g.e., s. 244; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, a.g.e., s. 310; ÖZTAN, a.g.e., s. 144; ANTALYA, SAĞLAM, a.g.e., s. 207; ÇABRİ, a.g.e., s. 257.

138 ÇABRİ, a.g.e., s. 257.

ayırt etme gücünü geçici kaybetmede kusurlu olmadığını ispat edemediği takdirde mirasçılıktan çıkarılabilir¹³⁹.

Suç teşkil eden bir fiilin işlenmesinde mirasbırakanın kusuru, saklı paylı mirasçının kusurundan fazla ya da onunla aynı derecede ise mirasçılıktan çıkarma yapılamayacağı ifade edilmektedir¹⁴⁰. Örneğin, suçun işlenmesini mirasbırakan teşvik etmişse bu suça dayalı olarak mirasçılıktan çıkarma tasarrufunda bulunulamaması dürüstlük kuralının da bir gereğidir¹⁴¹. Mirasbırakanın en az suç işleyen saklı paylı mirasçısı kadar kusurlu olup olmadığının her somut olayda hâkim tarafından titizlikle değerlendirilmesi gerektiğine işaret edilmektedir¹⁴². Bu bağlamda mirasbırakanın da saklı paylı mirasçısıyla birlikte kusurlu olmasına karşın saklı paylı mirasçının daha fazla kınanmasını gerektiren hallerde mirastan çıkarma yapılabileceği vurgulanmaktadır¹⁴³.

b. Suçun Ağır Nitelik Taşınması

Saklı paylı mirasçı tarafından mirasbırakan ya da yakınlarına karşı suç işlemesi mirasçılıktan çıkarılması için gerekli ise de yeterli değildir. Ayrıca bu suç, TMK m. 510 b. 1 gereğince ağır bir nitelik taşınmalıdır.

Suçun ağır bir nitelik taşıyıp taşımadığının saptanmasında ceza hukuku kurallarına değil medeni (özel) hukuk kurallarına göre bir değerlendirme yapılmalıdır¹⁴⁴. Dolayısıyla suçun ağır bir niteliği haiz olup olmadığının ortaya konulması noktasında ceza kanununun öngördüğü ceza değil, mirasbırakan ile saklı paylı mirasçısı arasındaki ilişkide sebep olduğu (olumsuz) etki dikkate alınır¹⁴⁵. Bu yönüyle objektif açıdan ağır olarak nitelendirilebilecek bir suçun, somut olayda aile ilişkilerine olumsuz etki göstermemesi durumunda mirasçılıktan çıkarma yapılamaz¹⁴⁶.

139 DURAL, ÖZ, a.g.e., s. 207.

140 KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, a.g.e., s. 310; ANTALYA, SAĞLAM, a.g.e., s. 207; DURAL, ÖZ, a.g.e., s. 207; ÇABRİ, a.g.e., s. 258; Yarg. 3. HD. T. 26.11.2013, E. 15148, K. 16683, *Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi*, (E.T. 17.11.2018).

141 OĞUZMAN, a.g.e., s. 244.

142 KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, a.g.e., s. 310; BAYDAR, a.g.e., s. 27.

143 BAYDAR, a.g.e., s. 27.

144 TONGSİR, a.g.t., s. 26; KÖPRÜLÜ, a.g.e., s. 283; İMRE, ERMAN, a.g.e., s. 248; EREN, YÜCER AKTÜRK, a.g.e., s. 192; ŞENER, a.g.m., s. 88; BAYDAR, a.g.t., s. 30.

145 KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, a.g.e., s. 309; OĞUZMAN, a.g.e., s. 243; AYAN, a.g.e., s. 186; GÖNEN, a.g.m., s. 330; ÇABRİ, a.g.e., s. 255.

146 AYAN, a.g.e., s. 186; ÇABRİ, a.g.e., s. 255; TANRIVERDİ, a.g.t., s. 23; "... kanun koyucu, burada fiilin niteliğine değil de sonucuna önem verdiği için, hakim, suçun ağır olup olmadığına, fiilin aile bağıni koparacak nitelikte olup olmadığı ve fiilen de koparmış olup olmadığını araştırarak sonucuna göre karar verecektir. Koparacak nitelikte olmasından kasıt, suçun objektif olarak aile bağıni koparacak nitelikte olmasıdır. Fiilen koparmış olması da, subjektif unsur olup, somut olayda aile bağıni koparmış olmasıdır. Kanunun ağır terimi ile kastettiği budur. Şu halde bir fiil aile bağıni koparacak nitelikte olmakla beraber, somut olayda koparmamışsa, subjektif şart gerçekleşmediği için, mirasçılıktan çıkarma sebebi olamaz (Prof. Dr. Mustafa Dural, Prof. Dr. Turgut Öz- Türk Özel

Diğer bir deyişle mirasçının mirasbırakan ile aralarındaki aile bağlarını salt zedeleyebilecek nitelik taşıyan bir fiil işlemesi çıkarma için gerekli ancak tek başına yeterli değildir. Bunun yanı sıra fiilen de bu sonucun meydana gelmiş olması aranmaktadır¹⁴⁷. Bu nedenle suç teşkil eden fiilin belirli bir ağırlıkta da olsa dahi aile bağlarını koparıp koparmadığının / aile ilişkilerine zarar verip vermediğinin her somut olayda hâkim tarafından takdir edilmesi gerekmektedir¹⁴⁸. Suç teşkil eden fiili işleyen mirasçının kusurunun derecesi ve amacı¹⁴⁹, olayların akışı, suçun işleniş biçimi ve mirasbırakan ile çevrede uyandırdığı etki¹⁵⁰ bu kapsamda göz önüne alınabilecek olgular arasında belirtilebilir.

Öldürme, dolandırıcılık, sahtecilik, iftira, hakaret, sövme, haksız suç isnat etmek, yalan yere şahitlik, zimmete para geçirmek gibi suçlar mirasçılıktan çıkarma sebebi oluşturabilir¹⁵¹. Örneğin, annenin dövülmesi ve hakaret edilmesi bu anlamda bir mirasçılıktan çıkarma sebebidir¹⁵².

Hukuku Cilt IV, Miras Hukuku, İstanbul 2011, syf.200 vd.)... Dava konusu vasiyetnamede yer alan Sarıyer Sulh Hukuk Mahkemesinin 19.10.1988 tarih, 1988/264 D.ış sayılı delil tespit tutanağında tanık olarak ifadesi bulunan Fadik Y., Murat C. ve Veli O.'nun; Ahmet ve Ali'nin, murise kötü davranışta bulunduğunu görmediklerini, 12.09.1988 günü murisin çocuklarına "yanıma gelmeyin" dediğini, çocuklardan birinin "ya ölümü çiğnemedem geçemezsin" dediğini, ya da "ya sen ölürsün ya da ben" dediğini duyduklarını beyan etmişler ise de, mahkeme zaptında bu beyanların net olmadığı tutanaktaki tanıkların aynı olay nedeniyle davacıların sözlerini dahi farklı duyduklarını söyledikleri gibi tartışma anında fevren söylenmiş sözler niteliğinde olduğu, ayrıca tartışmanın başlama sebebinin de davacının annesine karşı muris tarafından yapıldığı düşünüldüğü haksız davranış nedeniyle babalarına karşı savunmada buldukları, olaylar bütün olarak değerlendirildiğinde tartışmanın başlamasında murisinde kusurunun bulunduğu anlaşılmıştır.

Ayrıca, mahkemede dinlenen diğer tanık ifadelerine göre mirasçı davacı oğlunun, murise karşı ağır suç işlediğine dair görgüye dayalı net ifadeleri olmadığı gibi mirasbırakanın davacının annesi ile evli olduğu dönemde o tarihte resmi nikahlı eşi olmayan davalı Nurten'in mirasbırakandan çocuğu olduğu ve tutanak tarihine yakın zamanda mirasbırakan tarafından 1.eşi (davacının annesi) aleyhine boşanma davası açıldığı ve söz konusu tartışmanın anneleri aleyhine açılan bu dava sebebiyle başladığı, kasten ika edilmiş bir fiil olmadığı, ayrıca bu olaydan sonra davacı ile 02.02.2009 tarihine kadar yaşayan muris babası ile aile ilişkilerinin fiilen kopmadığı ve subjektif şartın da gerçekleşmediği anlaşılmıştır. Bu durumda, mahkemece; dava konusu 02.08.1994 tarihli vasiyetname ile mirasbırakan Mehmet Salih T.'nin davacı oğlunu mirastan çıkarma sebebi olarak ileri sürdüğü olaylar mirastan iskat sebebi sayılabilecek nitelik ve nicelikte bulunmadığından kısaca davacının murise karşı ağır bir suç işlediği yolunda dosyada yeterli delil olmadığı gibi iskata konu edilen tartışma sonucu gerçekleşen aile ilişkisi nedeniyle subjektif şartında gerçekleşmediği anlaşıldığından, mahkemece; tasarruf nisabı sınırı içerisinde geçerli olmak üzere vasiyetnamenin iskata ilişkin bölümünün hükümsüzlüğüne ve iskat dışında kalan vasiyet hükümlerinin lüzum ifade etmesine karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir." Yarg. 3. HD. T. 26.11.2013, E. 15148, K. 16683, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, (E.T. 17.11.2018).

147 ŞENOCAK, a.g.m., s. 422-423; DURAL, ÖZ, a.g.e., s. 206; ÖZTAN, a.g.e., s. 143-144.

148 ÖZTAN, a.g.e., s. 144; ÇABRİ, a.g.e., s. 256.

149 GÖNENSAY, BİRSEN, a.g.e., s. 62; KÖPRÜLÜ, a.g.e., s. 282.

150 Şener, a.g.m., s. 88.

151 İMRE, ERMAN, a.g.e., s. 248; ŞENOCAK, a.g.m., s. 423.

152 " Tasarrufta çıkarma sebebi gösterilmiştir. Yapılan soruşturma ve toplanan delillerden, davacının 03.10.1999 tarihinde yetmişdört yaşındaki annesini dövdüğü ve hakaret ettiği, bu suçtan dolayı mahkum olduğu anlaşılmaktadır. Tasarrufta gösterilen çıkarma sebebinin varlığı davalılarca



Mirasçının, mirasbırakan ile ticari işlerde rekabet ederek onu zarara uğratması ise çıkarma sebebi değildir¹⁵³.

TMK m. 578 kapsamında yer alan ve mirasbırakana yönelen suçlar, mirastan yoksunluk sebebi teşkil etmektedir. TMK m. 510 b.1 kapsamında yer alan ağır nitelik taşıyan suçların ise mirasbırakana yönelen ve TMK m. 578 kapsamına girmeyen suçlar ile mirasbırakanın yakınlarından birine karşı işlenen suçlar olduğu ifade edilmektedir¹⁵⁴. Kanaatimizce mirastan yoksunluk ile mirasçılıktan çıkarma sebepleri çakışmaktadır. Örneğin; mirasçının mirasbırakanı öldürmeye teşebbüs etmesi, onu sakat bırakmak vb. bir şekilde sürekli şekilde ölüme bağlı tasarruf yapamayacak duruma getirmesi gibi haller mirasçılıktan çıkarma sebebinin yanı sıra mirastan yoksunluk sebebi de teşkil eder (TMK m. 578 f.1 b.1/2). Diğer bir deyişle mirastan yoksunluk sebebi teşkil eden bir fiil işlemiş mirasçı, mirasçılıktan da çıkarılabilir¹⁵⁵. Ancak bu hallerde mirasbırakan, mirasçılıktan çıkarma tasarrufu yapmasa dahi mirasçı kanun gereği mirastan yoksun kalır.

c. Suçun Mirasbırakan veya Mirasbırakanın Yakınlarından Birine Karşı İşlenmesi

TMK m. 510 uyarınca mirasçılıktan çıkarma sebebi oluşturan suçun, mirasbırakan ya da mirasbırakanın yakınlarından birine karşı işlenmesi gerekir¹⁵⁶.

Suç oluşturan fiil; mirasbırakanın vücut bütünlüğüne ya da malvarlığına ilişkin olarak işlenebilir¹⁵⁷. Örneğin, bir kimsenin babasına ait işyerini veya evi yakması mirasçılıktan çıkarma sebebi teşkil edebilir¹⁵⁸.

TMK m. 510'a göre; mirasbırakanın yakınlarına karşı işlenen suçların da mirasçılıktan çıkarma sebebi oluşturmaları mümkündür. Ancak mirasbırakanı ne denli derinden yaralamış olursa olsun mirasbırakanın yakını olmayan kimselere karşı işlenen suçlar, mirasçılıktan çıkarılmaya

ispat edilmiştir. Bu durumda çıkarmaya ilişkin tasarrufun, sebebi hakkında açık bir yanılmaya dayandığı kabul edilemez. O halde davanın reddi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması doğru bulunmamıştır." Yarg. 2. HD. T. 18.02.2010, E. 553, K. 2901, **Legalbank Elektronik Hukuk Bankası**, (E.T. 17.11.2018).

153 İMRE, ERMAN, a.g.e., s. 249.

154 HATEMİ, a.g.e., s. 125.

155 SEROZAN, ENGİN, a.g.e., s. 402.

156 KÖPRÜLÜ, a.g.e., s. 283; GÖNENSAY, BİRSEN, a.g.e., s. 63; OĞUZMAN, a.g.e., s. 243; AYİTER, KILIÇOĞLU, a.g.e., s. 177; TONGSİR, a.g.t., s. 27; ÖZTAN, a.g.e., s. 144; DURAL, ÖZ, a.g.e., s. 207; ŞENOCAK, a.g.m., s. 423; AYAN, a.g.e., s. 187; ÇABRİ, a.g.e., s. 258.

157 TONGSİR, a.g.t., s. 26; KOCAYUSUPPAŞAOĞLU, a.g.e., s. 311 dn. 17; İMRE, ERMAN, a.g.e., s. 248; ÖZTAN, a.g.e., s. 145; ÇABRİ, a.g.e., s. 261; YAĞCI, a.g.e., s. 101; TANRIVERDİ, a.g.t., s. 24.

158 ÇABRİ, a.g.e., s. 261.

yetişmez¹⁵⁹. Ancak bu suçlar, onur kırıcı olmaları sebebiyle özel olarak mirasbırakan veya yakınlarına yansımış ise, yani onları da önemli ölçüde etkilemişse bu halde de mirasçılıktan çıkarma mümkün hale gelmektedir¹⁶⁰.

Kanunda mirasbırakana kimlerin yakın olarak kabul edileceğine ilişkin bir saptama yapılmamış ve örnek olarak dahi bir sayımda bulunulmamıştır. Öncelikle aile ya da hısımlık gibi hukuken belirlenmiş bir ilişki tipi olmayan yakınlık, gerçek ve ruhsal anlamda yaşanan bir ilişkide ortaya çıkan psikolojik bir kavram olarak açıklanmaktadır¹⁶¹. Yakın kavramı, somut olayın şartları dâhilinde hâkimin takdir yetkiyle değerlendirmesi gerekli olan nispi bir kavramdır¹⁶². TMK m. 510 b.1 anlamında yakın kavramı, mirasbırakanın gerek hısımlarını gerekse de çeşitli sebeplerle kendisine yakın gördüğü, sevdiği, kederini ve neşesini paylaştığı kimseleri kapsamına alan bir genişliği haizdir¹⁶³. Hâkim, mirasbırakanın onun hakkında duyduğu sevgi, saygı, şefkat ve bağlılık derecesini dikkate alarak işlenen suçtan mağdur olan kimsenin mirasbırakanın yakını sayılıp sayılmayacağını serbestçe belirlemelidir¹⁶⁴. Mirasbırakan ile duygusal bağlılığı bulunan kimselerle sosyal ilişkilerinin bulunmasının da gerekli olduğunu önemle ifade etmemiz gerekir¹⁶⁵. Bu bağlamda; mirasbırakanın eşi, çocukları, torunları, anne ve babası, kardeşleri ve diğer kan hısımları, evlatlığı, dadısı, nişanlısı, evlilik dışı yaşadığı kimse, öğretmeni, çalışanı ve samimi dostları mirasbırakanın yakınları olarak ifade edilmektedir¹⁶⁶. Her durumda mirasbırakan ile aralarındaki ilişkinin niteliği nedeniyle, bu kimseye karşı işlenen suçun mirasbırakanı kendisine yapılmış gibi etkilediği hallerde, bu kimsenin TMK m. 510 b.1 anlamında yakın olarak kabul edilmesi gerekir¹⁶⁷. Dolayısıyla mirasbırakan ile aralarındaki sıkı aile

159 KÖPRÜLÜ, a.g.e., s. 283; İMRE, ERMAN, a.g.e., s. 249; ÇUBUKLUGİL, *Iskatın Sebepleri*, s. 450; YAĞCI, a.g.e., s. 104.

160 SEROZAN, ENGİN, a.g.e., s. 401; ÇABRİ, a.g.e., s. 260; GÖNEN, a.g.m., s. 329-330.

161 YAĞCI, a.g.e., s. 107; ÇELİK, Nazlı Hilal, *Türk Medeni Hukukunda Yakın Kavramı, Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi*, C. 10, S. 24, Y. 2018, s. 284.

162 KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, a.g.e., s. 311; TONGSİR, a.g.t., s. 27; OĞUZMAN, a.g.e., s. 243; ŞENOCAK, a.g.m., s. 423; ÇAKIN, a.g.m., s. 525; ÇABRİ, a.g.e., s. 259; GÖNEN, a.g.m., s. 329; BAYDAR, a.g.t., s. 32.

163 KÖPRÜLÜ, a.g.e., s. 283-284; AYAN, a.g.e., s. 187; ÖZTAN, a.g.e., s. 145.

164 ÇUBUKLUGİL, *Iskatın Sebepleri*, s. 451.

165 Bu nedenle mirasbırakanın bir sanatçı, sporcu ya da siyasetçiye hayranlık ve sevgi duyması, bu kimselerin mirasbırakanın yakını sayılması için bir başına yeterli değildir. BAYDAR, a.g.t., s. 33. Hatta bu şekilde herhangi bir bağı bulunmayan kimselerin yakınlaştırılmasının mirasçılıktan çıkarmanın kötü kullanımına yol açacağına ilişkin bkz. ÇELİK, a.g.m., s. 296.

166 TONGSİR, a.g.t., s. 27; İMRE, ERMAN, a.g.e., s. 249; ANTALYA, SAĞLAM, a.g.e., s. 207; KILIÇOĞLU, a.g.e., s. 176; İNAN, ERTAŞ, ALBAŞ, a.g.e., s. 266; ŞENER, a.g.m., s. 89; AYAN, a.g.e., s. 187; ŞENOCAK, a.g.m., s. 423; ÇABRİ, a.g.e., s. 259; BAYDAR, a.g.t., s. 33.

167 KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, a.g.e., s. 311; ÇAKIN, a.g.m., s. 525; YAĞCI, a.g.e., s. 108; Hayvanların yakın kavramı içerisinde değerlendirilip değerlendirilemeyeceğine, dolayısıyla



bağları kopmuş kimselere karşı işlenen suçlar ilke olarak çıkarma sebebi teşkil etmez¹⁶⁸. Örneğin; mirasbırakanın daha evvel mirasçılıktan çıkardığı oğlunu, diğer oğlunun yaralaması durumunda yaralama fiilini işleyeni mirasçılıktan çıkaramayacağı bu bağlamda örnek olarak verilmektedir¹⁶⁹.

Mirasbırakanın yakınlarına karşı ağır bir suç işleyen saklı paylı mirasçının, bu kimse(ler) ile mirasbırakan arasındaki yakınlık ilişkisini bilmesi gerekip gerekmediğine ilişkin kanunda bir açıklık yoktur. Doktrinde bu konuda farklı görüşler bulunmaktadır. Bizim de katıldığımız doktrindeki bir görüşe göre; saklı paylı mirasçının mirasbırakanın yakınlarından birisine karşı suç işlemesi sonucunda mirasbırakan ile arasındaki aile bağları kopmuşsa mirasçılıktan çıkarma sebebi gerçekleşmiştir ve mirasçının kendisine karşı suç işlediği kimsenin mirasbırakanın yakını olduğunu bilmemesi de bu sonuca etki etmez¹⁷⁰. Zira mirasçılıktan çıkarma için saklı paylı mirasçının çıkarmayı gerektiren bir davranışı kusurlu olarak gerçekleştirmesi gerekli ve yeterli olup, bu davranışıyla mirasbırakan ile aralarındaki aile bağlarının kopacağını bilmesi ya da öngörmesi aranmaz¹⁷¹. Kaldı ki kanun böyle bir ayırım yapmamıştır ve bu husus subjektif niteliği haiz olduğundan ispatı da güçlük arz eder¹⁷². Doktrinde diğer görüşe göre, mirasçının subjektif durumu da nazara alınmalı ve mirasçının, suç işlediği kimsenin mirasbırakanla olan yakınlık ilişkisini bilmediği hallerde mirasçılıktan çıkarma yapılamayacağı benimsenmelidir¹⁷³.

bunlara yönelik kötü muamelelerin çıkarma sebebi oluşturup oluşturmayacağına ilişkin farklı görüşler bulunmaktadır. Doktrinde bir görüşe göre; çok sevilen bir hayvan yakın kavramı içerisinde değerlendirilemez. Dolayısıyla bunlara ilişkin fiiller çıkarma sebebi oluşturmaz. Bu yönde bkz. ÇUBUKLUGİL, *Iskatin Sebepleri*, s. 448; Ayan, a.g.e., s. 187; Doktrindeki diğer görüşe göre, hayvanlarla kurulan yoğun duygusal ilişkiler göz önüne alındığında, mirasbırakanın çok sevdiği bir hayvana karşı işlenen fiiller de mirasçılıktan çıkarma sebebi oluşturabilmelidir. Bu yönde bkz. ÇABRİ, a.g.e., s. 259 dn. 635; Ağır nitelikte suç kavramının suçların yanı sıra kabahatleri de kapsadığı kabul edildiği takdirde hayvanların da yakın kavramı içerisinde değerlendirilmesi ve bunlara karşı işlenen fiillerin de mirasçılıktan çıkarma konusu olabilmesi mümkündür. Bu yönde bkz. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, a.g.e., s. 309-310.

168 ÇABRİ, a.g.e., s. 259; Mirasbırakanla yakınları arasındaki ilişkilerin zayıflaması ya da kopmasının saklı paylı mirasçının bu kimselere karşı işlediği suçlar nedeniyle mirasçılıktan çıkarılmasına engel görülmemesi gerektiği belirtilmektedir. Bu bağlamda ülkemizde kan hısımları arasında aile bağları kopmuş gibi görünmesine karşın ölüm, doğum, düğün gibi önemli günlerde bir araya geldiği vurgulanmaktadır. Bu görüş için bkz. ÇABRİ, a.g.e., s. 259-260.

169 DURAL, ÖZ, a.g.e., s. 207.

170 KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, a.g.e., s. 311.

171 ÇABRİ, a.g.e., s. 260.

172 İMRE, ERMAN, a.g.e., s. 249; ŞENER, a.g.m., s. 89.

173 TONGSİR, a.g.t., s. 28; ÇUBUKLUGİL, *Iskatin Sebepleri*, s. 453.

2. Mirasçının, Mirasbırakanın Aile Üyelerine Karşı Aile Hukukundan Doğan Yükümlülüklerini Önemli Ölçüde Yerine Getirmemesi

Mirasçının, mirasbırakana veya mirasbırakanın aile üyelerine karşı aile hukukundan doğan yükümlülüklerini önemli ölçüde yerine getirmemesi, TMK m. 510 b. 2'de mirasçılıktan çıkarma sebebi olarak düzenlenmiştir. Bunun koşulları ise aile hukukundan doğan bir yükümlülüğün yerine getirilmemesi, bu yükümlülüğünün önemli ölçüde yerine getirilmemesi ile aile hukukundan doğan yükümlülüklerin yerine getirilmediği kimsenin mirasbırakan veya mirasbırakanın aile üyesi olmasıdır. Sırasıyla bunları incelemeye çalışalım.

a. Aile Hukukundan Doğan Bir Yükümlülüğün Yerine Getirilmemesi

TMK m. 510 b. 2 anlamında mirasçılıktan çıkarma için öncelikle saklı paylı mirasçının aile hukukundan doğan bir yükümlülüğünü yerine getirmemesi gereklidir. Aile hukukundan doğan yükümlülüklerin yerine getirilmemesine ilişkin fiillerin kapsamı dikkate alındığında TMK m. 510 b. 2 hükmünün, TMK m. 510 b. 1 hükmüne nazaran daha genel bir nitelik taşıdığı belirtilmektedir¹⁷⁴. Ancak TMK m. 510 b. 2 bağlamında mirasçılıktan çıkarma için hükmün kapsamında kanundan doğan her türlü yükümlülüğünün ihlali değil, aile hukukundan doğan yükümlülüklerin yer aldığını ifade etmemiz gerekir¹⁷⁵. Bu anlamda borçlar hukukundan kaynaklanan bir yükümlülüğün yerine getirilmemesi de mirasçılıktan çıkarma sebebi teşkil etmez¹⁷⁶. Örneğin bir sözleşmenin kötü ifa edilmesi ya da hiç ifa edilmemesi bir çıkarma sebebi oluşturmaz¹⁷⁷. Benzer şekilde kanunda düzenleme altına alınmamış ahlaki temelli bir yükümlülüğün ihlal edilmemesi de mirasçılıktan çıkarmaya konu edilemez¹⁷⁸.

Mirasbırakanın, mirasçılıktan çıkarma sebebi olarak gösterdiği davranışın aile hukukundan doğan bir yükümlülüğünün ihlali niteliği taşıyıp taşımadığını somut olayda hâkim takdir eder¹⁷⁹.

Aile hukukundan doğan yükümlülüklerin yerine getirilmemesine örnek olarak; nafaka borcunun ifa edilmemesi (TMK m.364), ana-baba ve çocuklar arasındaki yükümlülüklerin ifa edilmemesi (TMK m.322), eşler arasındaki sadakat yükümlülüğünün ihlal edilmesi verilebilir¹⁸⁰. Boşanma

174 YAĞCI, a.g.e., s. 166.

175 YAĞCI, a.g.e., s. 168.

176 İNAN, ERTAŞ, ALBAŞ, a.g.e., s. 266; BAYDAR, a.g.t., s. 35; TANRIVERDİ, a.g.t., s. 26.

177 AYİTER, KILIÇOĞLU, a.g.e., s. 177.

178 ÇUBUKLUGİL, *İskatın Sebepleri*, s. 458-459; BAYDAR, a.g.t., s. 35.

179 ÇABRİ, a.g.e., s. 265; YAĞCI, a.g.e., s. 168.

180 AYİTER, KILIÇOĞLU, a.g.e., s. 177; GÖNENSAY, BİRSEN, a.g.e., s. 63; DURAL, ÖZ, a.g.e., s. 207-208; AYAN, a.g.e., s. 188; ÖZTAN, a.g.e., s. 146; ÇABRİ, a.g.e., s. 263.

davasının açılmış olması fakat reddedilmesi halinde de bu davaya konu edilen fiillerin çıkarma sebebi oluşturması söz konusu olabilir¹⁸¹.

Saklı paylı mirasçının mirasbırakanın istemediği bir kimseyle yaşamasının ya da evlenmesinin¹⁸², sanat veya mesleği sürdürmesinin, mirasbırakandan farklı siyasi veya dini görüşe sahip olmasının¹⁸³ ve mirasbırakanla ticari rekabete girişmesinin¹⁸⁴ mirasçılıktan çıkarma sebebi teşkil etmediği ifade edilmektedir. Benzer şekilde saklı paylı mirasçının gerçek olması kaydıyla mirasbırakan aleyhine tanıklık yapması¹⁸⁵ ya da nafaka alacağı için icra takibi yapması ve dava açması¹⁸⁶, mirasbırakanın isteğine aykırı olarak yurt dışına yerleşmesi¹⁸⁷ de mirasçılıktan çıkarma sebebi oluşturmaz. Ancak mirasçının eşini ve çocuklarını terk ederek başka birisine kaçması¹⁸⁸, genel ahlak ve adaba aykırı faaliyette bulunması, aile şerefini ihlal eder davranışlar sergilemesi¹⁸⁹ ile huzurevinde yatmakta

181 ŞENOCAK, a.g.m., s. 424.

182 Mirasçının, kendisinden yaşı bir kimseyle evlenmesi de çıkarma sebebi olamaz. Bu yönde bkz. Yarg. 2. HD. T. 09.05.2002, E. 5360, K. 6132, GENÇCAN, a.g.e., s. 394.

183 AYAN, a.g.e., s. 188; ÇABRİ, a.g.e., s. 265.

184 SEROZAN, ENGİN, a.g.e., s. 402.

185 ÇABRİ, a.g.e., s. 265.

186 "... Anayasa, herkese hak arama özgürlüğü vermiştir (m. 31). Bu itibarla, nafaka borcunu ödemeyen baba hakkında icra koşuşturmasında bulunmak, kişisel bir kusur ve babaya karşı saygı dışı bir davranış olarak nitelendirilemez. Kaldığı mali durumu itibarıyla ödemeye gücü yeterli bir kimsenin, (çocuğun mahkeme kararına dayanan) nafaka borcunu yerine getirmeyip onu İİK. uyarınca hakkını aramaya zorlaması bundan iskat sebebi çıkarmaya çalışması hem düşündürücü olduğu gibi de kanunun koruduğu bir davranışta sayılmaz. Başka bir anlatımla hiç kimse kendi kusuruna dayanarak hak elde edemez. Onun için bu sebep dahi mirastan iskat için hiçbir suretle yeterli değildir. Öte yandan çocuğun zengin olduğu var sayılsa bile, bir hakkını kullanması, başka bir hakkının düşümüne yol olamaz." Yarg. 2. HD. T. 09.03.1982, E. 757, K. 2149, **Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi**, (E.T. 20.11.2018).

187 ŞENOCAK, a.g.m., s. 422.

188 BGE 46 II 9 kararı için bkz. İMRE, ERMAN, a.g.e., s. 250 dn. 14; EREN, YÜCER AKTÜRK, a.g.e., s. 193 dn. 176; Kanaatimizce mirasçının, salt eşine karşı üstlendiği bir aile hukuku yükümlülüğünü ihlal etmesi mirasbırakan tarafından TMK m. 510 f.1 b.2 anlamında mirasçılıktan çıkarılmasına ilişkin bir çıkarma sebebi olarak görülmemelidir. Zira biz kayın hısımlarının aile üyesi kavramı içinde değil, yakın kavramı kapsamından ele alması görüşündeyiz. Ancak bu yükümlülüğün ihlali mirasbırakanın aile şerefini de ihlal eder nitelik taşırsa mirasçılıktan çıkarma söz konusu olabilir.

189 " Reşit kişi davranışları ile aile şerefini rencide ediyorsa bu tutum M.K.nun 457. maddesinin 2. fıkrasındaki mirastan iskat sebebi ve dolayısıyla evlâtlığın refini gerektirecek bir davranış olarak mütalâa olunmak lâzım gelir. Reşit olup olmamak bu görevlerin kapsam ve sınırını etkilemez. Davalının davacıdan para almış olduğu bir vakiadır. Her ne kadar yakınlıkları dolayısıyla bu fil suç teşkil etmez ise de (T.C.K. 524), ahlâka aykırılık niteliğini muhafaza eder. Şu halde, babasından dahi olsa para çalan kişi, kamu oyununda uygunsuz tutumlu kişi durumuna düşer. Bu duruma düşen bir kişinin aile şerefine sürdüğü leke, evlâtlık bağının çözülmesi için başlı başına bir sebeptir. Esasen bu tutum evlât edinen ile, evlâtlık arasında mevcudiyeti şart olan karşılıklı güven duygularını da sarsar, bu da artık evlâtlık bağının çözülmesini icap ettirir. Olayda davalının, babasının haberi olmadan onun adına başkalarından para istediği ve bu paraları yakınsız yerlerde ve eğlence mahallerinde harcadığı da sabit olup bu eylemler aile itibarını ve iş hayatındaki itimadını zedeleyici sonuç doğurmuştur." Yarg. 2. HD. T. 03.09.1971, E. 5309, K. 5424, **Kazancı İçtihat Bilgi Bankası**, (E.T. 27.11.2018).

olan anne/babasını hiç ziyaret etmemesi¹⁹⁰, mirasbırakanın hastalığıyla ilgilenmemesi¹⁹¹, ona küçük düşürücü sözler söylemesi¹⁹², ona karşı kötü davranışlar sergilemesi¹⁹³ çıkarma sebebi teşkil etmektedir. Benzer şekilde mirasbırakana karşı aşırı ilgisiz davranmak¹⁹⁴ ve mirasçısının aşırı borçlanması sebebiyle alacaklıların mirasbırakanı tehdit etmeleri ve ona saldırıda bulunmaları nedeniyle ailenin huzurunun bozulması¹⁹⁵ da mirasçılıktan çıkarma sebebi oluşturur.

190 AYAN, a.g.e., s. 188.

191 “Davacının mirasbırakana karşı ilgisiz kaldığı, hastalığı ile ilgilenmediği dinlenen tanık beyanları ile sabit olmuştur. Mirasbırakanın vasiyetnamede gösterdiği mirasçılıktan çıkarma (iskat) sebepleri ve Türk Medeni Kanununun 511. maddesi koşulları gerçekleşmiştir.” Yarg. 2. HD. T. 06.07.2011, E. 11213, K. 11605, **Kazancı İçtihat Bilgi Bankası**, (E.T. 27.11.2018).

192 “ Tanıklardan (G.E) konuşma sırasında ve işyerinde davalının, babasına (haram yiyeçiler, haram yiyeçiler, burada oturmaya utanmıyormusunuz) dediğini ve yine babasının yazıhanesinde yüzüne karşı (genel ev işlettiğini) söylediğini ifade etmiştir. Tanık (M.A) ise ifadesinde davacının babasına (haram yiyeçiler) dediğini duyduğunu açıklamış ve (G.E)'in beyanını teyit etmiştir. Öte yandan davacı, babasının yaşlılığını ileri sürerek vesayet altına alınmasını istemiş, bu iddianın ispatlanması konusunda delil göstermiş, ikâme ettiği tanıklardan (A), miras bırakanın iş yerine gelenlere fuhuş yaptırdığını ifade etmiş, tanık (Ş) ise, miras bırakanı namuslu kazanç sağlamadığı için kızı ile kimsenin evlenmediğini ve bu yüzden kızın Amerika'ya gittiğini açıklamıştır. Davacının anayasadan doğma hakkına dayanarak babasının sui idare ve akıl zayıflığını ileri sürdüğü davada konu ve ihbarla hiç bir ilgisi olmayan ithamlarda bulunan kendi tanıkları (A) ve (Ş)'in ifadelerine karşı çıkmaması, zimnen de olsa benimsenmesi asla hoşgörülecek bir davranış değildir. Bu tutum az önce belirtilen Medenî Kanun'un 260. maddesi aracılığı ile 457/2. maddesinin unsurlarını oluşturur. Yani iskati haklı kılar. Öteki tanık sözleri ise babasına karşı onur kırıcı, ağır nitelik taşıyan bir hakaret olup bu eylemler ise Medenî Kanun'un 457/1. maddesinin uygulanmasına hak verir. Yukarıda açıklanan olaylar ve eylemler karşısında, miras bırakanın iskati tasarrufu haklı sebebe dayanmaktadır.” Yarg. 2. HD. T. 21.11.1985, E. 8686, K. 9709, **Kazancı İçtihat Bilgi Bankası**, (E.T. 27.11.2018).

193 “Davacının merdivenlerde rastladığı mirasbırakanı babasına kasten çarparak “gebermedi gitti” şeklinde başkalarının da duyacağı şekilde söz söylediği ve başka yerlerde de tekrarladığı, hiczdan dönen babasını (muris) ziyaret etmediği gibi, yalnız yaşayan ve çocuklarının bakım ve gözetimine muhtaç olacak şekilde rahatsız olan murisiyle hiç ilgilenmediği, etrafın ikazına rağmen bu tutumunu devam ettirdiği babasının cenazesine dahi gitmediği, kocasının da bundan cesaret alarak murise karşı aynı davranışları gösterdiği dosya kapsamı ve tanık sözleriyle anlaşılmıştır. Medeni Kanunun 457/2. maddesi uyarınca mirasbırakanın veya ailesine karşı kanunen yükümlü olduğu görevleri yerine getirmekte büyük ölçüde kusurlu davranma mirastan iskat nedenidir. Medeni Kanunun 260. maddesi gereği ana baba ve çocuklar birbirlerine karşı ailenin yararlarının gerektirdiği yardımda bulunmak ve çocuklar ana babayı saymak, saygı göstermek zorundadırlar. Davacının belirtilen davranışları murise karşı kanunen yükümlü olduğu görevleri yerine getirmede büyük kusur olduğu dikkate alınmadan yazılı gerekçelerle davanın kabul edilmiş olması doğru bulunmamıştır.” Yarg. 2. HD. T. 22.04.1993, E. 1443, K. 4090, Özüğür, a.g.e., s. 228.

194 “ Davacının murisine karşı aşırı ilgisiz kaldığı, kapıyı ona açmadığı, telefonları yüzüne kapattığı dinlenen tanık beyanları ile sübuta ermiş, murisin vasiyette gösterdiği iskat sebebi gerçekleşmiştir...” Yarg. 2. HD. T. 04.02.2002, E. 194, K. 1169, **Legalbank Elektronik Hukuk Bankası**, (E.T. 21.11.2018).

195 “ Toplanan delillerden; miras bırakanın çocuklarından Halilin aşırı şekilde borçlandığı, bu borç sebebiyle de alacaklıların murisi ölümlü tehdit ettikleri, evini kurşunladıkları davacının (Halilin) kusurlu davranışı sonucu bu durumun doğduğu anlaşılmaktadır. Çocuklarda ailenin huzur ve bütünlüğünü korumak birbirlerine karşı yardım ve saygı göstermek zorundadırlar. Miras bırakan iskatin sebebinde yanılmamıştır. Iskat yerindedir.” Yarg. 2. HD. T. 10.05.2004, E. 5159, K. 6038, **Legalbank Elektronik Hukuk Bankası**, (E.T. 21.11.2018).



Mirasçının aile hukukundan doğan yükümlülüğü yerine getirmemesi onun kusuruna dayalı olmalıdır¹⁹⁶. Ayrıca mirasçının kusurunun yanında mirasbırakanın da kusuru varsa hâkimin bunu dikkate alabilmesi ve mirasbırakanın kusurunun mirasçının kusurunu bertaraf edebilmesi gerektiği vurgulanmaktadır¹⁹⁷.

b. Aile Hukukundan Doğan Yükümlülüğün Önemli Ölçüde Yerine Getirilmemesi

Aile hukukundan doğan bir yükümlülüğünün yerine getirilmemesi TMK m. 510 b.2 anlamında mirasçılıktan çıkarma için gerekli ise de tek başına yeterli değildir. Ayrıca bu yükümlülük önemli ölçüde yerine getirilmemelidir. Diğer bir deyişle aile hukukundan doğan bir yükümlülüğün önemli ölçüde ihlali aranmaktadır. Bu mirasçılıktan çıkarma sebebi de kusura dayanmakta olup¹⁹⁸, saklı paylı mirasçının aile hukukundan doğan yükümlülüğünü önemli ölçüde ihlal etmesinin yaptırımını teşkil etmektedir¹⁹⁹.

Yükümlülüğün ihlal edilip edilmediği ve ihlalin önemli ölçüde olup olmadığı ise hâkimin takdirini gerektirmektedir²⁰⁰. Saklı paylı mirasçının suç işleminde olduğu gibi, aile hukukundan doğan bir yükümlülüğünü önemli ölçüde yerine getirmemesinin mirasbırakan ile saklı paylı mirasçı arasındaki aile bağlarına yaptığı etki dikkate alınmalıdır. Bu bağlamda yükümlülüğün yerine getirilmemesinin hem objektif olarak aile bağlarını koparacak nitelik taşıması hem de sübjektif olarak somut olay anlamında fiili olarak aile bağlarını koparmış bulunması gerekir²⁰¹. Örneğin eşlerden birinin zina etmesi objektif olarak aile bağlarını koparacak nitelik taşımaktadır. Ancak zina fiili, aldatılan eşi ve evlilik ilişkisini etkilememişse mirasçılıktan çıkarma sebebi teşkil etmez²⁰².

c. Aile Hukukundan Doğan Bir Yükümlülüğün Yerine Getirilmediği Kimsenin Mirasbırakan veya Mirasbırakanın Aile Üyelerinden Birisi Olması

Aile hukukundan doğan bir yükümlülüğün yerine getirilmediği kimse, mirasbırakan veya mirasbırakanın aile üyelerinden birisi olmalıdır²⁰³. Yakınlar gibi aile üyeleri de hâkimin takdir yetkisiyle saptayacağı göreceli

196 AYİTER, KILIÇOĞLU, a.g.e., s. 177; DURAL, ÖZ, a.g.e., s. 208.

197 AYİTER, KILIÇOĞLU, a.g.e., s. 177.

198 KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, a.g.e., s. 312.

199 KÖPRÜLÜ, a.g.e., s. 284.

200 OĞUZMAN, a.g.e., s. 244.

201 ÖZTAN, a.g.e., s. 146; DURAL, ÖZ, a.g.e., s. 208; BAYDAR, a.g.t., s. 40.

202 DURAL, ÖZ, a.g.e., s. 208; ÖZTAN, a.g.e., s. 146; TANRIVERDİ, a.g.t., s. 28; ERSÖZ, Oğuz, **Türk Hukukunda Zina Sebebiyle Boşanma**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, s. 261.

203 ŞENOCAK, a.g.m., s. 424.

bir kavram niteliği taşımaktadır²⁰⁴. Ancak aile üyeleri kavramı, yakınlar kavramından daha dar bir anlamı haizdir²⁰⁵. Aile üyeleri ifadesi; altsoy, anne ve baba, kardeşler ile birlikte yaşanan diğer hısımları kapsamına alırken yakın dostları kapsam dışı bırakır²⁰⁶. Bu bağlamda nişanlı²⁰⁷, civar hısım akraba ile yakın dostların mirasbırakanın aile üyelerinin dışında yakın kavramı kapsamında ele alınması gerekir²⁰⁸.

B. Mirasçılıktan Çıkarma İradesinin Varlığı

Mirasçılıktan cezalandırıcı çıkarma için kanunda sınırlı biçimde sayılan sebeplerden birinin bulunması gerekli ise de tek başına yeterli değildir. Daha evvel de ifade ettiğimiz üzere mirasçılıktan çıkarma, buna ilişkin sebeplerin gerçekleşmesi üzerine kendiliğinden gerçekleşmez. Gerçekten de mirasbırakanın, saklı paylı mirasçısının TMK m. 510 hükmünde belirtilen sebeplerin kapsamına giren bir davranışta bulunması karşısında derinden etkilenmiş olması da mirasçılıktan çıkarmayı tek başına sağlamaz, mirasçılıktan çıkarma için mirasbırakanın mirasçısını çıkarma yönünde bir iradeye sahip olması zorunluluk arz etmektedir²⁰⁹. Mirasbırakanın iradesinin beklenen sonucu doğurabilmesi ise ölüme bağlı bir tasarrufta bulunmasını gerektirir. Zira sağlar arası bir hukuki işlemle mirasçılıktan çıkarma olanaklı değildir²¹⁰.

Mirasbırakan, ölüme bağlı tasarrufunda mirasçılıktan çıkarma iradesini açıkça ortaya koymalıdır²¹¹. Mirasçılıktan çıkarma iradesinin varlığı ile kim ya da kimlerin çıkarıldığının tam ve kesin olarak anlaşılması koşuluyla mutlaka mirasçılıktan çıkarma, ıskat etme gibi ifadelerin kullanılması ile mirasçılıktan çıkarılacak kişinin isminin gösterilmesi şart değildir²¹².

204 BAYDAR, a.g.t., s. 38.

205 TONGSİR, a.g.t., s. 29; OĞUZMAN, a.g.e., s. 244; ŞENER, a.g.m., s. 90; ŞENOCAK, a.g.m., s. 424.

206 OĞUZMAN, a.g.e., s. 244-245; ŞENER, a.g.m., s. 90.

207 Nişanlının da aile üyesi olarak kabul edilmesi gerektiğine ilişkin bkz. YAĞCI, a.g.e., s. 155-156.

208 ANTALYA, SAĞLAM, a.g.e., s. 207; Nişanlının ve civar hısımları ile mirasbırakan ile aralarında yakınlık/bağlılık bulunması koşuluyla evlilik dışı birliktelik yaşanan kimse ile mirasbırakanla aynı çatı altında yaşayan hizmetli, işçi vb. kimselerin de aile üyesi olarak kabul edilmesi gerektiğine ilişkin bkz. YAĞCI, a.g.e., s. 155-160; Gelinin de aile üyesi kavramına dahil olduğuna ilişkin bkz. Yarg. 1. HD. T. 24.12.1987, E. 10026, K. 12868, **Legalbank Elektronik Hukuk Bankası**, (E.T. 20.11.2018).

209 YAĞCI, a.g.e., s. 304.

210 EREN, YÜCER AKTÜRK, a.g.e., s. 194.

211 Yarg. 2. HD. T. 04.04.1991, E. 3606, K. 6143, **Legalbank Elektronik Hukuk Bankası**, (E.T. 20.11.2018).

212 YAĞCI, a.g.e., s. 304-305; Mirasçılıktan çıkarılacak mirasçının isminin açıkça olması gerektiğine ilişkin bkz. ÇUBUKLUGİL, **Iskatın Sebepleri**, s. 446; Mirasçılıktan çıkarma iradesinin tespiti için, bunun vasiyetnamede açıkça ifade edilmesine lüzum bulunmadığı, mirasbırakanın saklı pay sahibi mirasçısını mirasından uzaklaştırma arzusunun anlaşılmasının yeterli olduğu ifade edilmektedir. Bu bağlamda, mirasbırakanın ölüme

Mirasbırakan, mirasçılıktan çıkarmak istediği mirasçısının isminde yanıldığı takdirde, şayet tasarrufta gerçekte kimi mirasçılıktan çıkarmayı arzu ettiği kuşkuya yer vermeyecek biçimde saptanabiliyorsa, tasarrufun mirasbırakanın ölümüne göre düzeltilmesi olanaklıdır²¹³. Nitekim TMK m. 504/son hükmünde; ölüme bağlı tasarrufta kişinin veya şeyin belirtilmesinde açık yanılma hâlinde mirasbırakanın gerçek arzusunun kesin olarak tespit edilebildiği takdirde, tasarrufun bu arzuya göre düzeltileceği düzenlenmektedir. Ancak mirasbırakanın ölüme bağlı tasarrufunda hiç bahsetmediği mirasçısının yorum yoluyla sonradan eklenmesi ve böylece mirasçılıktan çıkarılması söz konusu olamaz²¹⁴.

Mirasbırakanın mirasçılıktan çıkarmaya ilişkin iradesi sağlıklı olmalıdır. Aksi halde, mirasbırakanın yanılma, aldatma, korkutma veya zorlama etkisi altında yaptığı ölüme bağlı tasarruf iptal edilebilir. Ancak, mirasbırakan yanıldığını veya aldatıldığını öğrendiği ya da korkutma veya zorlamanın etkisinden kurtulduğu günden başlayarak bir yıl içinde tasarruftan dönmediği takdirde tasarruf geçerli sayılır (TMK m. 504/1).

Ölüme bağlı tasarruflar düzenleme hakkı, kişinin duygusal yaşamıyla yakından ilgili bir hak olarak münhasıran kişiye bağlı haklar arasında yer almaktadır²¹⁵. Bu hakkın temsilci aracılığıyla kullanılmasına olanak bulunmaz²¹⁶. Bu nedenle mirasçılıktan çıkarma tasarrufunun da iradi ya da kanuni bir temsilci olup olmadığı fark yaratmaksızın temsilci aracılığıyla gerçekleştirilmesi söz konusu olamaz²¹⁷. Mirasbırakanın tam ehliyetsiz bir kimse olması dahi bu sonucu değiştirmez. Mirasbırakanın tam ehliyetsiz olması halinde onun şahsına karşı gerçekleştiren birtakım davranışlar, mirastan yoksunluk sebebi olarak düzenlenmişse ancak bu halde saklı paylı mirasçının mirasçılık sıfatı ortadan kalkar. Mirasçılıktan çıkarma kurumunun niteliği gereği, mirasçılıktan çıkarılacak mirasçının kimliği ile çıkarma sebeplerini tayin etme yetkisinin mirasbırakanın

bağlı tasarrufunda; hastalığında onunla ilgilenmeyen altsoyunu evlatlıktan reddetmesi, kendisini döven altsoyunun payının onun kardeşine kalması veya kendisini aldatan eşine bir şey verilmemesi gibi ifadelere yer vermesi durumunda gerçek iradesinin mirasçılıktan çıkarma olduğu biçiminde yorumlanacağı belirtilmektedir. Bu görüş ve söz konusu örnekler için bkz. ERGÜNE, Mehmet Serkan, **Vasiyetnamenin Yorumu**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2011, s. 171.

213 YAĞCI, a.g.e., s. 305.

214 ERGÜNE, a.g.e., s. 171; YAĞCI, a.g.e., s. 306.

215 SEROZAN, Rona, **Medeni Hukuk (Genel Bölüm / Kişiler Hukuku)**, 7. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2017, s. 230.

216 ANTALYA, O. Gökhan/TOPUZ, Murat, **Medeni Hukuk**, 2. Baskıya Ek 2. Tıpkı Baskı, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2018, s. 159.

217 BAYDAR, a.g.t., s. 45; "... Ölüme bağlı tasarruflar kişiye sıkı sıkıya bağlı haklardan olup, doğrudan doğruya kullanılması zorunludur. Bu konuda temsil hükümleri işlemez. Yani bir kimse adına kanunî ve akdî temsilcisi (veli, vasi ve vekil) ölüme bağlı tasarrufta bulunamaz..." Yarg. 2. HD. T. 04.05.1978, E. 3444, K. 3580, **Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi**, (E.T. 21.11.2018).

başka bir mirasçısına veya üçüncü bir kimseye bırakılamayacağı da ifade edilmektedir²¹⁸. Dolayısıyla mirasçılıktan çıkarılan mirasçı ile çıkarma sebebi bizzat mirasbırakan tarafından gösterilmelidir²¹⁹.

C. Şeklen Geçerli Bir Çıkarma Tasarrufunun Bulunması

Mirasçılıktan çıkarmanın hukuki sonuç doğurması için şeklen geçerli bir ölüme bağlı tasarrufun yapılması gerekir. Sözlü ya da ölüme bağlı tasarruf şeklinde olmayan yazılı bir biçimde ileri sürülen irade beyanı mirasçılıktan çıkarma sayılmaz²²⁰.

Mirasbırakanın ölüme bağlı iradesinin dış dünyaya hangi şekilde açıklaması gerektiğini ifade eden şekli anlamda ölüme bağlı tasarruflar; vasiyetname ve miras sözleşmesi olarak ikiye ayrılmaktadır²²¹. Ölüme bağlı tasarrufta bulunabilmek (bu arada mirasçılıktan çıkarma tasarrufu yapabilmek) için ayırt etme gücünü haiz olmak gerekir. Vasiyet yapabilmek için ayırt etme gücüne sahip ve on beş yaşını doldurmuş olmak gerekir (TMK m. 502). Miras sözleşmesi yapabilmek için ayırt etme gücüne sahip ve ergin olmak, kısıtlı bulunmamak gerekir (TMK m. 503).

TMK m. 510 hükmünde belirtilen çıkarma sebeplerinin salt gerçekleşmesi, saklı paylı mirasçının kendiliğinden saklı payından mahrum kalmasını sağlamaz. Böyle bir sonucun meydana gelmesi ancak mirasbırakanın yapacağı bir ölüme bağlı tasarrufla mümkündür²²². Diğer bir deyişle mirasbırakanın, saklı paylı mirasçısını mirasçılıktan çıkarma iradesi varsa, bu iradeyi ancak sınırlı sayıda düzenlenme altına alınmış şekli anlamda bir ölüme bağlı tasarruf ile yansıtması zorunluluk arz etmektedir²²³. Vasiyetname olarak yorumlanmaları ve tereddüte yer vermeyecek kesinlik ve açıklıkta mirasçılıktan çıkarma iradesini yansıtılmaları bir yana bırakıldığında mirasbırakan tarafından yazılan mektup ya da yazılı herhangi bir belge mirasçılıktan çıkarmanın şekli

218 YAĞCI, a.g.e., s. 306.

219 ÇABRİ, a.g.e., s. 253.

220 ÖZTAN, a.g.e., s. 147.

221 ANTALYA, SAĞLAM, a.g.e., s. 117.

222 ÇABRİ, a.g.e., s. 252.

223 ANTALYA, SAĞLAM, a.g.e., s. 205-206; YAĞCI, a.g.e., s. 309; GÖNEN, a.g.m., s. 331; "Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle kanuni gerekçeleri sebeplere ve özellikle davanın Türk Medeni Kanununun 510. maddesinde düzenlenen mirasçılıktan çıkarma iddiasına dayanmasına, mirasçılıktan çıkarmanın ancak ölüme bağlı bir tasarrufla yapılmasının mümkün bulunmasına, mahkemece red gerekçesi doğru değilse de sonucu itibarıyla doğru olan kararın onanmasına..." Yarg. 2. HD. T. 08.11.2007, E. 2006/20447, K. 2007/15311, ÖZÜĞÜR, Ali İhsan, **Miras Hukuku Cilt I**, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016, s. 207; "İskat ölüme bağlı tasarrufla yapılır. (MY. md. 457 Miras bırakanın usulüne uygun bir ıskat tasarrufu yoktur. Davanın bu nedenle reddi gerekirken yazılı gerekçelerle ıskat sebepleri oluşmadığından reddi yasaya aykırı ise de red sonucu itibarıyla doğru olduğundan hükmün onanması gerekmektedir." Yarg. 2. HD. T. 24.04.2001, E. 9269, K. 11079, ÖZÜĞÜR, a.g.e., s. 211.



koşulunu sağlamaya yetişmez²²⁴. Kısa bir deyişle şekli anlamda ölüme bağlı bir tasarruf ile açıklanandan başkaca herhangi bir irade beyanının mirasçılıktan çıkarma olarak değerlendirilmesine olanak bulunmaz²²⁵. Bu nedenle Yargıtay'ın 1955 tarihli bir İçtihadı Birleştirme kararında dava dilekçesinin de mirasçılıktan çıkarmaya ilişkin bir tasarruf olabileceği²²⁶ nitelendirmesine katılmıyoruz²²⁷.

Mirasçılıktan çıkarmanın ölüme bağlı tasarrufla yapılabilecek olması sebebiyle buna ilişkin bir dava açılması gerekmez, şayet açılmışsa hukuki yarar bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddi gerekir²²⁸. Eda davasının açılabilmesi olanağı bulunmadığından, mirasçılıktan çıkarma sebeplerinin varlığı veya doğruluğu hakkında tespit davası da açılmaz²²⁹. Zira tespit davası, eda davasının öncüsüdür²³⁰. Mirasbırakanın mirasçılıktan çıkarmaya ilişkin eda davası açma yetkisi olmadığından tespit davası açabilmesi de söz konusu olmaz²³¹.

Mirasçılıktan çıkarma, tek taraflı ölüme bağlı bir tasarruf niteliğini haiz olduğundan doğal ve kural olarak vasiyetname ile yapılabilir²³². İlgili geçerlilik koşullarını taşıması durumunda resmi, el yazılı ya da sözlü vasiyetname tiplerinin tümüyle mirasçılıktan çıkarma tasarrufunda bulunulabilir²³³. Bu arada TMK m. 512 hükmüne göre, resmi vasiyetname düzenlemekle yetkili olan sulh hukuk mahkemesine bu konuda yapılan istemin, mirasçılıktan çıkarma için dava açıldığı anlamına gelmeyeceğini de önemle belirtelim²³⁴.

224 YAĞCI, a.g.e., s. 309.

225 BAYDAR, a.g.t., s. 44.

226 "...dava dilekçesi de iskati amir bir tasarruf olarak kabul edilebilir..." Yarg. İBĞK. T. 07.12.1955, E. 1955/11, K. 1955/24, **Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi**, (E.T. 23.11.2018).

227 Yargıtay'ın bu kararının isabetli olmadığına ilişkin bkz. KOCAYUSUPPAŞAOĞLU, a.g.e., s. 308; DURAL, ÖZ, a.g.e., s. 206; YAĞCI, a.g.e., s. 309 dn. 623; BAYDAR, a.g.t., s. 44.

228 YAĞCI, a.g.e., s. 309.

229 YAĞCI, a.g.e., s. 309-310; "Mirastan iskat ölüme bağlı tasarrufla olur (MK. md. 457). Iskat sebeplerinin varlığı hakkında tespit davası açılmaz. Çünkü tespit davası eda davasının öncüsüdür. Davacının ileride açabileceği eda davası bulunmadığına göre tespit davası da açamaz. Öyle ise davanın reddi gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi usul ve kanuna aykırıdır." Yarg. 2. HD. T. 01.11.1990, E. 3966, K. 10175, ÖZÜÇÜR, a.g.e., s. 231.

230 ARSLAN, Ramazan/YILMAZ, Ejder/TAŞPINAR AYVAZ, Sema, **Medeni Usul Hukuku**, 3. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017, s. 295.

231 BAYDAR, a.g.t., s. 44.

232 KOCAYUSUPPAŞAOĞLU, a.g.e., s. 307; AYBAY, a.g.e., s. 50; ŞENOCAK, a.g.m., s. 425; ÇABRİ, a.g.e., s. 252.

233 OĞUZMAN, a.g.e., s. 245; İMRE, ERMAN, a.g.e., s. 251; KILIÇOĞLU, a.g.e., s. 174; ANTALYA, SAĞLAM, a.g.e., s. 206; AYAN, a.g.e., s. 189; ÖZTAN, a.g.e., s. 147; YAĞCI, a.g.e., s. 311; GÖNEN, a.g.m., s. 331; ÇABRİ, a.g.e., s. 252; TANRIVERDİ, a.g.t., s. 31.

234 YAĞCI, a.g.e., s. 311 dn. 631; "Resmi vasiyetname sulh hâkimi, noter ya da kanunen bu işle görevlendirilen memurlar tarafından düzenlenir (MK. 479). Mirastan iskat, ölüme bağlı tasarrufla yapılır (MK. 457/1). Davacının dilekçesi, dava niteliğinde olmayıp sulh hâkimini resmi vasiyetname düzenlemesi ve bu vasiyet içinde iskat beyanını tesbit etmesini istemesinden ibarettir. Bu bakımdan

Vasiyetnamenin yanı sıra miras sözleşmesi ile de mirasçılıktan çıkarmanın yapılabileceği belirtilmektedir²³⁵. Ancak miras sözleşmesiyle yapılan mirasçılıktan çıkarma tasarrufunun; miras sözleşmesinin bağlayıcı kapsamında yer almayan tek taraflı bir tasarruf olduğu ve bu nedenle mirasbırakan tarafından her zaman geri alınabilir nitelik gösterdiği kabul edilmektedir²³⁶.

D. Çıkarma Sebebinin Tasarrufta Gösterilmesi

TMK m. 512/1 uyarınca; mirasçılıktan çıkarma, mirasbırakan ancak buna ilişkin tasarrufunda çıkarma sebebinin belirtmişse geçerlidir. Mirasbırakanın, ölüme bağlı tasarrufunda çıkarma sebebinin göstermesinin iki işlevinin bulunduğu ifade edilmektedir. Bunlardan biri, mirasbırakanın hangi somut olaya dayanarak çıkarma tasarrufunda bulunduğunu anlamak suretiyle tereddüte mahal bırakmamak, diğeri ise hâkime mirasçılıktan çıkarmanın yerindeliğini, yani mirasçının davranışının kanunda sayılan sebeplerle uyduğunu saptama olanağı tanımaktır²³⁷.

Mirasbırakan, ölüme bağlı tasarrufunda mirasçılıktan çıkarma sebebinin somut bir eyleme ilişkin olarak ve açık biçimde göstermelidir²³⁸. Mirasbırakanın, saklı paylı mirasçısını mirastan iskat ettiği, miras dışı bıraktığı ya da onun kendi aleyhine davranışlarda bulunduğu gibi

Mk. nun 480-484. maddeleri çerçevesinde resmi vasiyetname düzenlenmesi zorunlu iken isteğe yanlı anlam verilmesi ve Mk. nun 479. maddesinin açık hükmüne rağmen HUMK.nda sulh, hakimine böyle bir görev verilmediğinden söz edilerek dileğin reddedilmesi bozmayı gerektirir.” Yarg. 2. HD. T. 17.04.1979, E. 2959, K. 3248, HukukTürk Hukuk Veri Tabanı, (E.T. 23.11.2018).

- 235 TONGSİR, a.g.t., s. 13; İNAN, ERTAŞ, ALBAŞ, a.g.e., s. 263; ANTALYA, SAĞLAM, a.g.e., s. 206; GENÇCAN, a.g.e., s. 395; Mirasbırakanın mirasçılıktan çıkarılan kimseyle bu yönde bir sözleşme yapmasının ihtimalinin düşük olduğu, daha ziyade üçüncü kişilerle bu yönde bir sözleşme yapabileceğine dair bkz. GÖNENSAY, BİRSEN, a.g.e., s. 61;
- 236 KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, a.g.e., s. 308; HATEMİ, a.g.e., s. 126; KÖPRÜLÜ, a.g.e., s. 286; SEROZAN, ENGİN, a.g.e., s. 399; AYAN, a.g.e., s. 189; ŞENOCAK, a.g.m., s. 425; Ayrıca bu noktada saklı paylı mirasçının mirasçılık sıfatının sona ermesi sonucunu doğuran tasarruf da mirasçının da rızası olup olmadığına dikkat edilmesi gerektiği vurgulanmaktadır. Bu görüşe göre; miras sözleşmesine mirasçılık sıfatını sona erdiren hükümlerin konulmasının mirasçının rızasına dayanmadığı hallerde mirasçılıktan çıkarma, rızasına dayanıyorsa mirastan feragat söz konusudur. Şayet böyle bir tasarruf, mirasçılıktan çıkarma olarak kabul edilirse çıkarma beyanını tek taraflı olarak her zaman geri alabilecekken, mirastan feragat olarak kabul edildiği takdirde ise taraflı anlaşması ya da kanunda öngörülen tek taraflı dönme sebeplerinden biriyle miras sözleşmesinden dönülebilir. Bu görüş için bkz. ÇABRİ, a.g.e., s. 253; Mirasçılıktan çıkarmayı içeren miras sözleşmesinin diğer tarafını çıkarılacak mirasçının oluşturması durumunda bu sözleşmenin ivazsız mirastan feragat sözleşmesi niteliği taşıdığı yönünde bkz. ANTALYA, **Mirastan Feragat**, s. 55.
- 237 YAĞCI, a.g.e., s. 313.
- 238 KÖPRÜLÜ, a.g.e., s. 287; Mirasbırakanın, ölüme bağlı bir tasarrufunda çıkarma sebebinin kısaca belirttikten sonra başka bir belgeye ya da kendisine çıkarma sebebi hakkında sözlü olarak bilgi vermiş bir kimseye atıfla yetinebileceği, bu halde bahsedilen belge ya da şahsın tanıklığına başvurulacağına ilişkin bkz. TONGSİR, a.g.t., s. 43.



gereksiz ifadeleri mirasçılıktan çıkarma olarak kabul edilmemelidir²³⁹. Benzer şekilde mirasbırakanın, mirasçısının sadakatsiz olduğu, kendisini dövdüğü ya da aile yükümlülüklerini yerine getirmediği gibi genel ifadeleri de mirasçılıktan çıkarma için yeterli olmayıp, çıkarma sebebine ilişkin somut olayların ve bu olaylara ilişkin somut delillerin ortaya konulması gereklidir²⁴⁰. Ancak çıkarma tasarrufunda TMK'da düzenlenen hangi bende dayanıldığı belirtilmesi ile kanunda geçen ifadelerin kullanılması ise şart değildir²⁴¹. Bununla beraber mirasçılıktan çıkarma iradesinin anlaşılması koşuluyla mirasçılıktan çıkartma ya da iskat ifadesinin bulunması da gerekmez²⁴². Ayrıca mirasbırakanın suç olarak nitelendirdiği çıkarma sebebinin aslında aile hukukundan doğan bir yükümlülüğün ihlali olması gibi çıkarma sebebi fiili yanlış nitelendirmesinin bir önemi bulunmaz²⁴³.

Mirasbırakan ölüme bağlı tasarrufta bir ya da birden çok çıkarma sebebi gösterebilecekse de çıkarmanın hüküm ifade etmesi için bunlardan yalnızca birinin ispatlanması gerekli ve yeterlidir²⁴⁴.

Kısmi mirasçılıktan çıkarmada ise mirasbırakanın, çıkarma konusu kısmi oransal olarak açıkça belirtmesi gerekir²⁴⁵.

E. Çıkarma Sebebinin Gerçekleşmesi Gereken An

Mirasçılıktan çıkarma sebebi oluşturan fiilin, mirasçılıktan çıkarma tasarrufundan önce gerçekleşmesi gerekir gerekmediği tartışmalıdır. Doktrinde bir görüşe göre; çıkarma sebebi, tasarrufun yapıldığı anda var olmalıdır²⁴⁶. Diğer bir deyişle çıkarma sebebi, tasarruftan önce gerçekleşmiş olmalıdır²⁴⁷. Tasarruf yapıldıktan sonra gerçekleşen bir çıkarma sebebi, bu sebebe dayanmasına olanak bulunmayan çıkarma tasarrufunu geçerli hale getirmez²⁴⁸. Dolayısıyla kural olarak şarta bağlı çıkarma yapılamaz²⁴⁹.

239 KÖPRÜLÜ, a.g.e., s. 287; Ayan, a.g.e., s. 189; "... İskat sebebi açık olmalı, belirli bir eyleme, işleme ve davranışa dayanmalıdır. Sadece mirasdan iskat ettim, miras dışı bıraktım, bana ilgi göstermedi v.b. gibi gereksiz sözler yeterli sayılmamalıdır. İskat sebebi kabul edilen olayların delillerinin gösterilmesi de mirasçının iskata itirazı halinde diğer tarafa kolaylık sağlayacağından, tasarruf da yer almalıdır (M.K. madde 512/2)... " Yarg. 3. HD. T. 26.11.2013, E. 15148, K. 16683, **Kazancı İçtihat Bilgi Bankası**, (E.T. 23.11.2018).

240 ANTALYA, SAĞLAM, a.g.e., s. 209.

241 TONGSİR, a.g.t., s. 41; YAĞCI, a.g.e., s. 318.

242 DURAL, ÖZ, a.g.e., s. 209; ANTALYA, SAĞLAM, a.g.e., s. 210.

243 DURAL, ÖZ, a.g.e., s. 211.

244 BERKİ, Şakir, **Miras Hukuku**, Sevinç Matbaası, Ankara, 1975, s. 45.

245 BAYDAR, a.g.t., s. 47.

246 KÖPRÜLÜ, a.g.e., s. 287; OĞUZMAN, a.g.e., s. 246; DURAL, ÖZ, a.g.e., s. 209; ÇABRİ, a.g.e., s. 261; GÜNAY, a.g.e., s. 60.

247 AYAN, a.g.e., s. 189.

248 OĞUZMAN, a.g.e., s. 246.

249 ANTALYA, SAĞLAM, a.g.e., s. 209; ŞENER, a.g.m., s. 85.

Ancak bu görüş taraftarlarınca, ölüme bağlı tasarrufun yapıldığı anda gerçekleşmiş bir mirasçılıktan çıkarma sebebinin bulunması durumunda, çıkarmanın geciktirici ya da bozucu şarta bağlanabilmesinin mümkün olduğu da ifade edilmektedir²⁵⁰. Örneğin; mirasbırakan, zina eden eşinin mirasçılıktan çıkarılmasını konu alan ölüme bağlı tasarrufunu zinanın tekrarlanması geciktirici şartına bağlı kılabilir²⁵¹.

Doktrindeki diğer görüşe göre; mirasçılıktan çıkarma sebebi henüz gerçekleşmeden şarta bağlı bir mirasçılıktan çıkarma gerçekleştirilebilir²⁵². Ancak bu şartın, mirasın açılma anında gerçekleşmesi gerekir²⁵³. Diğer bir deyişle mirasbırakanın ölümünden evvel gerçekleşebilecek çıkarmaya elverişli bir olay için önceden ve şartlı olarak mirasçılıktan çıkarma tasarrufu yapılabilir²⁵⁴. Örneğin; mirasbırakanın eşinin zina etmesi geciktirici şartına bağlı mirasçılıktan çıkarılması ile alkol ya da uyuşturucu madde bağımlılığından kurtulma bozucu şartına bağlı mirasçılıktan çıkarılması bu niteliktedir²⁵⁵.

VI. MİRASÇILIKTAN CEZALANDIRICI ÇIKARMANIN SONUÇLARI

Mirasçılıktan cezalandırıcı çıkarmanın sonuçlarını, çıkarılan mirasçı ve çıkarılan mirasçının miras payı bakımından olmak üzere iki başlıkta ele almak mümkündür.

A. Çıkarılan Mirasçı Bakımından

Mirasçılıktan çıkarma, mirasçılık sıfatını sona erdiren hallerden birisini teşkil etmektedir. Nitekim TMK m. 511/1 uyarınca; mirasçılıktan çıkarılan kimse, mirastan pay alamayacağı gibi; tenkis davası da açamaz²⁵⁶. Mirasçılıktan tamamen çıkarılan kimsenin mirasçılık sıfatı ortadan kalkmaktadır²⁵⁷.

Mirasçılıktan tamamen çıkarmada, çıkarılan mirasçı yalnızca saklı paydan değil, tüm mirastan çıkarılmaktadır. Dolayısıyla bu kimse, saklı payının yanı sıra mirasbırakanın tasarruf nisabından bu kısma ilişkin bir tasarrufta bulunulmasa dahi bir pay elde edemez²⁵⁸.

250 DURAL, ÖZ, a.g.e., s. 210; ANTALYA, SAĞLAM, a.g.e., s. 209.

251 DURAL, ÖZ, a.g.e., s. 210-211; ANTALYA, SAĞLAM, a.g.e., s. 209; ERSÖZ, a.g.e., s. 262.

252 İMRE, ERMAN, a.g.e., s. 252 dn. 18a.

253 İMRE, ERMAN, a.g.e., s. 252 dn. 18a.

254 SEROZAN, ENGİN, a.g.e., s. 402.

255 SEROZAN, ENGİN, a.g.e., s. 402.

256 Yarg. 2. HD. T. 19.06.1986, E. 4341, K. 6150, **Kazancı İçtihat Bilgi Bankası**, (E.T. 22.11.2018).

257 OĞUZMAN, a.g.e., s. 246; ŞENOCAK, a.g.m., s. 426; AYAN, a.g.e., s. 190.

258 BERKİ, a.g.e., s. 44.



Mirasçılıktan çıkarılan kimse; çıkarma tasarrufuna karşı açabileceği iptal ve tenkis davaları bir kenara bırakıldığında saklı payları aşan ölüme bağlı ve bazı sağlararası işlemlere karşı tenkis davası, ölüme bağlı tasarrufların iptali ve miras sebebiyle istihkak vb. davaları açamaz²⁵⁹. Ayrıca mirasçılıktan çıkarılan kimse; terekenin defterinin tutulmasını isteme ile terekenin mühürlenmesini isteme haklarından da istifade edemez²⁶⁰.

TMK m. 641 uyarınca; mirasçılar, tereke borçlarından müteselsilen sorumludurlar. Mirasçılıktan çıkarılarak mirasçılık sıfatını yitiren saklı paylı mirasçı ise bu sığfata bağılı olan haklar ve yükümlölükler son bulduğı için tereke borçlarından müteselsil ve kişisel olarak sorumlu olmaktan kurtulur²⁶¹.

TMK m. 669/1 uyarınca; yasal mirasçılar, mirasbırakandan miras paylarına mahsuben elde ettikleri sağlararası karşılıksız kazandırmaları, denkleştirmeyi sağlamak için terekeye geri vermekle birbirlerine karşı yükümlüdürler. Mirasçılıktan çıkarılan kimseye mirasbırakanın sağlığında yapılan karşılıksız kazandırmalar, mirasta denkleştirme hükümlerinin (TMK m. 669-675) kapsamına girmez. Zira mirasçılıktan çıkarılan kimse, mirasçılık sıfatını tamamen yitirmekte ve mirasbırakana karşı üçüncü bir kimse konumuna gelmektedir²⁶². Bununla beraber, TMK m. 670'e göre; mirasın açılmasından önce veya sonra mirasçılık sıfatını kaybeden mirasçıya ait geri verme yükümlölüğü, onun yerini alan mirasçılara, miras paylarında meydana gelen artış oranında geçer. Böylece, kanun koyucunun, diğere mirasçılarının saklı payları dışında mahrum kalabilecekleri miras haklarını teminat altına aldığı ve bu yönüyle TMK m. 670 hükmünün, tenkise tabi sağlararası kazandırmaları düzenleyen TMK m. 565 hükmünü tamamladığı ifade edilmektedir²⁶³.

Mirasçılıktan çıkarma, çıkarılan kimsenin yalnızca mirasçılık sıfatını sona erdirir, yoksa mirasbırakan ile aile bağınu ve ilişkilerini ortadan kaldırmaz²⁶⁴. Bu bağlamda mirasçılıktan çıkarılan kimsenin mirasbırakan ile soybağı devam ettiği gibi²⁶⁵, TMK m. 364 temelinde nafaka

259 BAYDAR, a.g.t., s. 55; YAĞCI, a.g.e., s. 338.

260 TONGSİR, a.g.t., s. 49; İNAN, ERTAŞ, ALBAŞ, a.g.e., s. 267.

261 BERKİ, a.g.e., s. 44; SEROZAN, ENGİN, a.g.e., s. 399; ÇABRİ, a.g.e., s. 270; YAĞCI, a.g.e., s. 339.

262 İMRE, ERMAN, a.g.e., s. 254 dn. 23; YAĞCI, a.g.e., s. 339; BAYDAR, a.g.t., s. 69.

263 YAĞCI, a.g.e., s. 340; BAYDAR, a.g.t., s. 69.

264 ÇUBUKLUGİL, Rıza, Medeni Kanunumuzda Mirastan Adi Iskatın Hüküm ve Neticeleri, AÜHFĐ, C. 8, S. 3-4, Y. 1951, s. 596; TONGSİR, a.g.t., s. 50.

265 743 sayılı Türk Kanuni Medenisi'nin (RG. 04.04.1926, 339) 258. maddesinin ilk fıkrasının ikinci cümlesinde evlatlık ilişkisinin, haklı sebeplere dayalı olarak evlatlığın ve mirasından mahrum bırakılacak bir durumun varlığı halinde evlat edinen kimsenin talebi üzerine hâkim tarafından kaldırılabilceğı düzenlenmekteydi. Bu bağlamda mirasçılıktan çıkarma sebeplerinin varlığı halinde evlatlık ilişkisi ve dolayısıyla evlatlık ile evlat edinen

yükümlülüğü de varlığını muhafaza eder²⁶⁶. Mirasçılıktan çıkarma, kamu hukuku alanında sonuç doğurmaz, örneğin vatandaşlık durumu çıkarmadan öncekinden fark göstermez²⁶⁷. Yalnızca SSGSSK m. 56 uyarınca mirasçılıktan çıkarılan kimseye gelir ve aylık ödenmeyeceğini daha evvel detaylıca ifade ettiğimizden dolayı burada hatırlatmakla yetiniyoruz.

Mirasçılıktan çıkarma, mirasçılık belgesi talep etmeye engel değildir. Yargıtay'a göre, bu halde, çıkarma tasarrufunun hukuki sonuçlarının terekenin paylaşılması sırasında gözetileceğine işaret edilerek ve bu durumlar yok sayılarak miras paylarını gösterir biçimde bu belgenin verilmesi gerekir²⁶⁸.

Bu arada önemle belirtelim ki mirasbırakan tarafından mirasçılıktan çıkarılan kimse lehine ölüme bağlı bir tasarrufla bir mal vasiyeti yapılmasına engel bulunmaz²⁶⁹. Ancak bu halde mirasçılıktan çıkarılanın affedildiğinden bahsedilebilir. Bu durumda mirasbırakanın affının yalnızca ölüme bağlı tasarrufla gerçekleşmesi gerektiği ve bu şekle uyulmayan affın sonuç doğurmayacağı kabul edilirse çıkarılan mirasçıya yapılan mal vasiyeti af olarak kabul edilemez. Ancak mirasbırakanın ölüme bağlı tasarruf şekline uymaksızın açıkladığı af iradesinin çıkarma sebebini ortadan kaldırdığı kabul edildiği takdirde çıkarma sebebi ortadan kalktığı için lehine mal vasiyet edilen mirasçılıktan çıkarılan kimse tenkis davasıyla saklı payını talep edebilecektir. Mirasçılıktan çıkarılan kimsenin affı başlığında bu konu hakkında ayrıntıları vereceğimizi ifade edelim.

Mirasçılıktan kısmi çıkarılan kimsenin ise mirasçılık sıfatı devam eder. Zira bu kimsenin çıkarma konusu dışında kalan saklı pay bölümünde mirasçılığı devam eder²⁷⁰. Mirasçılıktan kısmi çıkarılan kimse, mirasçılık sıfatına sahip olmayı sürdürmesi sebebiyle iptal, tenkis, miras sebebiyle istihkak, paylaşma vb. davaları açabilir ve terekenin korunmasına

arasındaki soybağı ortadan kaldırılabilirdi. Ancak bunun için evlat edinenin, bu ilişkisinin kaldırılmasına karar verilmesini talep etmesi gerekliydi. Bu yönde bkz. Yarg. 2. HD. T. 06.06.1995, E. 6026, K. 6691; 2. HD. T. 12.09.1996, E. 7608, K. 8478, **Legalbank Elektronik Hukuk Bankası**, (E.T. 14.11.2018); Sözü edilen bu hüküm, 4721 sayılı TMK'ya alınmamıştır. Bununla beraber 4722 sayılı Türk Medenî Kanununun Yürürlüğü Ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un (RG. 8.12.2001, 246007.) 1. maddesinin ilk fıkrası gereği; 4721 sayılı TMK'nın yürürlüğe girmesinden önce kurulan evlatlık ilişkileri bakımından 743 sayılı kanunun 258. maddesi uygulama alanı bulacaktır. YAĞCI, a.g.e., s. 81-82; Yarg. 2. HD. T. 10.03.2003, E. 1176, K. 3252, **Legalbank Elektronik Hukuk Bankası**, (E.T. 14.11.2018).

266 ÇUBUKLUGİL, a.g.e., s. 596; ÇABRİ, a.g.e., s. 271.

267 ÇUBUKLUGİL, a.g.e., s. 596.

268 Yarg. 2. HD. T. 10.11.2003, E. 14536, K. 15192, **Kazancı İçtihat Bilgi Bankası**, (E.T. 22.11.2018); 2. HD. T. 22.04.1993, E. 3158, K. 4093, ÖZÜĞÜR, a.g.e., s. 228.

269 TONGŞİR, a.g.t., s. 50; ÖZTAN, a.g.e., s. 149; İMRE, ERMAN, a.g.e., s. 254.

270 OĞUZMAN, a.g.e., s. 246; TONGŞİR, a.g.t., s. 49; İMRE, ERMAN, a.g.e., s. 254; ANTALYA, SAĞLAM, a.g.e., s. 210; DURAL, ÖZ, a.g.e., s. 211; GÖNEN, a.g.m., s. 333.



ilişkin önlemlerin alınmasını talep edebilir²⁷¹. Ayrıca bu kimsenin tereke borçlarından müteselsil sorumluluğu da varlığını korur.

B. Çıkarılan Mirasçının Miras Payı Bakımından

Mirasçılıktan çıkarmanın, çıkarılan mirasçının miras payı bakımından sonuçları TMK m. 511/2 ve m. 511/3'te düzenlenmektedir. Öncelikle TMK m. 511/2 hükmüne göre; mirasbırakan başka türlü tasarrufta bulunmuş olmadıkça, mirasçılıktan çıkarılan kimsenin miras payı, o kimse mirasbırakandan önce ölmüş gibi, mirasçılıktan çıkarılanın varsa altsoyuna, yoksa mirasbırakanın yasal mirasçılarında kalır. Mirasbırakan, başka türlü bir tasarrufta bulunduğu takdirde ise TMK m. 511/3 uyarınca; mirasçılıktan çıkarılan kimsenin altsoyu, o kimse mirasbırakandan önce ölmüş gibi saklı payını isteyebilir.

Mirasçılıktan çıkarılan kimsenin altsoyunun bulunmaması halinde, çıkarılanın saklı payı nispetinde mirasbırakanın tasarruf nisabında artış gerçekleşir²⁷². Mirasbırakan, çıkarmayı da içeren ölüme bağlı tasarrufunda ya da başkaca bir tasarrufunda bu miras payı üzerinde dilediği tasarrufta bulunabilir²⁷³. Mirasbırakan bu pay üzerinde tasarruf etmediği takdirde söz konusu bu pay, TMK m. 511/2 uyarınca, çıkarılan mirasçı mirasbırakandan daha önce ölmüş gibi mirasbırakanın diğer mirasçılara geçer²⁷⁴.

Mirasçılıktan çıkarılan kimsenin altsoyu varsa, mirasbırakanın çıkarma konusu saklı pay üzerinde tasarrufta bulunabilip bulunamayacağını saptanmasında çıkarılanın altsoyun saklı paylı mirasçı olup olmadığına bakılmalıdır²⁷⁵. TMK m. 511/3'e göre; çıkarılan kimsenin altsoyu saklı paylı mirasçı ise saklı paylarının kendilerine verilmesini talep edebilirler²⁷⁶. Mirasbırakanın çıkarılan kimsenin saklı pay sahibi altsoyunun saklı payı

271 ÇABRİ, a.g.e., s. 271.

272 AYAN, a.g.e., s. 190.

273 GÖNENSAY, BİRSEN, a.g.e., s. 64.

274 "743 s. MK m. 458 hükmü gereği, ölen başka türlü tasarrufta bulunmamış ise, mirasçılıktan çıkarılan kimse, mirasbırakandan önce ölmüş gibi, miras payı ölenin yasal mirasçıları arasında paylaşırlar..." Yarg. 2. HD. T. 18.04.2005, E. 3108, K. 6259, Günay, a.g.e., s. 140; Aynı yönde bkz. Yarg. 2. HD. T. 13.09.1994, E. 6102, K. 7991, **Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi**, (E.T. 23.11.2018).

275 AYİTER, KILIÇOĞLU, a.g.e., s. 178

276 "Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle kanuni gerektirici sebeplere ve özellikle mirasın 26.4.1993'te açılmış ve iskat edilenin furuu C.'nin 3.2.1994'te doğmuş bulunmasına C.'nin sağ doğmakla mirasçı olacağına göre (MK.524) aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yersizdir. Ölüme bağlı tasarrufla çocuğun mirastan iskat edilmiş olması ve başka türlü bir tasarrufta da bulunulmamış olması halinde, Medeni Kanun'un 458. maddesi gereğince iskat edilenin furuunun sadece saklı payını isteyebileceği aynı madde 2. cümle gereğince kalan tasarruf nisabının mirasın iskat edilen haricinde kalan diğer kanuni mirasçılara geçeceği (HGK'nın 9.4.1997 gün ve 288-306 sayılı kararı) düşünülmeden yazılı şekilde hüküm kurulması doğru değildir." Yarg. 2. HD. T. 02.06.1997, E. 5337, K. 6285, **Kazancı İçtihat Bilgi Bankası**, (E.T. 24.11.2018).

üzerinde tasarruf yetkisi yoktur²⁷⁷. Zira mirasçılıktan çıkarma kişisel (şahsi) etki gösterir, çıkarılanın altsoyunu etkilemez²⁷⁸. Mirasçılıktan çıkarılan kimsenin altsoyu saklı paylı mirasçı değilse mirasbırakan çıkarma konusu miras payında dilediği gibi tasarrufta bulunabilir. Ancak sağlığında bunun üzerinde tasarrufta bulunmamışsa diğer kanuni mirasçılara (ve bu arada çıkarılanın altsoyuna) intikal eder²⁷⁹.

VII. MİRASÇILIKTAN ÇIKARMAYA ETKİ EDEBİLECEK BAZI OLGULAR

Mirasçılıktan çıkarma tasarrufuna etki edebilecek mirasbırakanın saklı paylı mirasçısını affetmesi ile çıkarma tasarrufundan dönmesi olguları üzerinde de durmak gerekir.

A. Mirasbırakanın Affı

Mirasçılığa son veren hallerden birisi olan mirastan yoksunluğun, mirasbırakanın affıyla ortadan kalkacağı kanunda açıkça düzenlenmektedir (TMK m. 578/son). Mirasçılıktan çıkarmada ise mirasbırakanın affı kanunda açıkça düzenleme altına alınmış değildir.

Mirasbırakanın affının, mirasçılıktan çıkarma tasarrufundan önce ya da sonra yapılmasına göre bir değerlendirme yapılması gerekir. Zira mirasbırakan, çıkarma sebebi oluşturan bir fiili işlemiş mirasçısını affettikten sonra çıkarma tasarrufunda bulunmuş olabileceği gibi çıkarma tasarrufundan sonra da mirasçısını affetmiş olabilir.

Mirasçılıktan çıkarma sebebi teşkil eden bir davranışta bulunan mirasçının affedilmesinden sonra düzenlenen bir çıkarma tasarrufu geçerli ve yeterli bir sebebe dayanmadığı için geçersiz kabul edilmelidir²⁸⁰. Zira mirasbırakanın, mirasçısının affettiği davranışını sonradan çıkarma konusu olarak göstermesi halinde bu davranışın mirasçısı ile aralarındaki ailevi ilişkileri/bağları ortadan kaldırdığı söylenemez²⁸¹. Bu halde, çıkarılan mirasçı tenkis davası yoluyla saklı payını talep edebilir²⁸².

Mirasçının, mirasçılıktan çıkarma sebebi teşkil eden bir fiili sonucunda mirasbırakanın çıkarma tasarrufunda bulunduktan sonra

277 GÖNENSAY, BİRSEN, a.g.e., s. 64; İNAN, ERTAŞ, ALBAŞ, a.g.e., s. 268.

278 SEROZAN, ENGİN, a.g.e., s. 400; ŞENOCAK, a.g.m., s. 427.

279 AYAN, a.g.e., s. 191.

280 ANTALYA, SAĞLAM, a.g.e., s. 211; YAĞCI, a.g.e., s. 340.

281 ÇUBUKLUGİL, *İskatın Sebepleri*, s. 454; ÇABRİ, a.g.e., s. 268.

282 "... Miras bırakan vasiyetinde mirastan iskat ettiği oğlu A. Ö.'in bir kısım fillerini sıraladıktan sonra "oğlum tekrar işlerimin başına davet ettim" diyerek onu af ettiğini göstermiştir. 1985 yılındaki bu olaydan önceki olgular iskat sebebi olamaz... O halde vasiyetin tasarruf nisabı miktarında infazına karar vermek gerekir (MK. 459/2)...". Yarg. 2. HD. T. 13.05.1996, E. 4486, K. 4986, **Legalbank Elektronik Hukuk Bankası**, (E.T. 24.11.2018).

onu affetmesinin bu tasarruf üzerinde etkisinin ne olacağı asıl tartışılmalı noktayı oluşturmaktadır.

Doktrinde bir görüşe göre, ölüme bağlı bir tasarruf içerisinde açıklanan mirasçılıktan çıkarma iradesinin yine ölüme bağlı bir tasarruf içerisinde sona erdirilmesi gerekmekte olup, bu şekilde uymak suretiyle sona erdirilmeyen bir çıkarma tasarrufu, mirasbırakanın affıyla dahi ortadan kalkmaz²⁸³. Dolayısıyla mirasbırakan, af iradesini çıkarma tasarrufunu geri alarak kullanmak durumundadır²⁸⁴. Bunun aksine olarak mirasbırakan tarafından salt söz ya da davranışla ortaya konulan bir af iradesi ya da mirasçısıyla barışması mirasçılıktan çıkarma tasarrufunun geçerliliğine bir etkide bulunmaz²⁸⁵. Yargıtay da bir kararında bu görüşü benimsemiştir²⁸⁶.

Doktrinde diğer görüşe göre; af, çıkarma tasarrufunu doğrudan doğruya geçersiz kılmasa da çıkarma sebebinin ortadan kaldırmaktadır. Sonradan gerçekleşen af veya barışma sonucunda mirasın açıldığı anda, mirasbırakan ile saklı paylı mirasçısı arasındaki aile ilişkileri yeniden ve samimi biçimde kurulmuşsa çıkarma sebebinin bulunmadığı kabul

283 AYİTER, KILIÇOĞLU, a.g.e., s. 176; ANTALYA, SAĞLAM, a.g.e., s. 212; GENÇCAN, a.g.e., s. 396.

284 ÇABRİ, a.g.e., s. 268.

285 OĞUZMAN, a.g.e., s. 250; İMRE, ERMAN, a.g.e., s. 254.

286 " Vasiyetçi davacıyı vasiyetname ile mirasından iskat etmiştir. Davacı miras bırakanın alkol bağımlısı, dengesiz ve aklın malul bir kişiliğe sahip olduğunu öncelikle iskatın bu nedenlerle ikinci olarak iskat işleminden sonra davacı oğluna yazdığı mektuplarla onu af etmiş olduğunu belirterek, iskata ilişkin vasiyetin iptalini istemiştir. Iskat işlemi yasal şekilde bağlı irade açıklamalarındanadır. Şekil koşulu işlemin geçerlilik şartıdır. Yasa koyucu Medeni Kanununun 457. maddesiyle iskatın ölüme bağlı tasarrufla yapılabileceğini ön görmektedir. Aynı yasanın 489. maddesi vasiyetten kısmen veya tamamen cayılabileceğini, ne varki caymanın geçerli olabilmesi için ölüme bağlı tasarruflardan biri ile yapılmasının gerektiğini de vurgulamaktadır. Cayma için öngörülen şekil koşulu da yapılmasında olduğu gibi işlemin geçerlilik şartıdır. Ne varki öğretide bazı düşünürler, affın şekil koşuluna uyulmadan da hüküm ifade edilebileceğini öngörmektedirler (N. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, *Miras Hukuku*, 1987, 3. baskı, Sahife 317-318). Buna karşı olan görüşler ise, şekil koşuluna uyulmadan ön görülen hoşgörünün af olarak değerlendirilemeyeceğini savunmaktadırlar (Zahit İmre, T. Miras Hukuku, 1960 , sahife 400 vd). Konu, öğretide tartışılmalı olmakla beraber, baskın görüş şekil koşuluna uyulmadan yapılmış bir af veya barışma, iskat işlemini ortadan kaldırmayacağı yönündedir. Mirastan mahrumiyette yasa şekil koşulu aramaksızın affı mahrumiyetin sona ermesi için yeterli görmüş olmasına karşın iskat için böyle bir hükme yer vermemiştir. Yasanın bu tesbiti ne bir unutkanlık ne de yasal boşluktur. Yasa koyucunun da bu konudaki suskunluğu şekle bağlı irade açıklamasının, yine şekle bağlı olarak kaldırılabilceğini vurgulamak içindir. Zira mahrumiyette irade açıklamasına gerek yoktur. Şartları oluştuğunda mirasçı yasa gereği mirastan yoksun kalır. Mahrumiyete ilişkin yasal kural emredici olmadığından, miras bırakanın iradesiyle ortadan kaldırılabilir. Mahrumiyete ilişkin af hükmünün benzetme yolu ile iskata da uygulanabileceği İsviçre öğretisinde ileri sürülmüş, Federal Mahkeme bu görüşe katılmamıştır (Zahit İmre, T. Miras Hukuku, 1960, sahife 400). Ancak şekil koşuluna bağlı affın vasiyetin ortadan kalkması sonucu doğuracağını gözetilen mahkemenin, şekil koşuluna uymayan mektuplarla belirlenebilen hoş görüyü, af niteliğinde kabul etmemesinde usul ve yasa kurallarına aykırılık yoktur." Yarg. 2. HD. T. 07.10.1997, E. 7414, K. 10276, **Legalbank Elektronik Hukuk Bankası**, (E.T. 24.11.2018).

edilmeli ve mirasçıya da en azından tenkis davasıyla saklı payını elde etme imkânı tanınmalıdır²⁸⁷. Hatta mirastan yoksunluğun mirasbırakanın affıyla ortadan kaldıracağına ilişkin hükmün kıyas yoluyla mirasçılıktan çıkarmada uygulanması gerektiği dahi ileri sürülmektedir²⁸⁸. Bu son halde çıkarma tasarrufu tümünden ortadan kalkacağı için saklı paylı mirasçı bütün yasal miras payına kavuşma imkânına sahip olabilir.

Ayrıca doktrinde, TMK m. 513/2 hükmü koşulları oluştuğunda koruyucu mirasçılıktan çıkarmanın hükümsüz kalabilme ihtimalinin varlığına da işaret edilmekte ve cezalandırıcı çıkarmada çıkarma tasarrufundan sonra mirasçının affedilmesi halinde örtülü bir boşluğun varlığı kabul edilerek mirasbırakanın ölüm anında yürürlüğe giren çıkarma yönündeki irade beyanının hatalı olduğu gerekçesiyle dava açılabilmesi önerilmektedir²⁸⁹. Ancak bu halde affı mirasçılıktan çıkarılan kimsenin ispat etmesi gerektiği ve yazılı delil bulunmadığı takdirde af iddiasının kabulünde daha titiz davranılması gerektiği de vurgulanmaktadır²⁹⁰.

B. Mirasbırakanın Çıkarma Tasarrufunu Geri Alması

Mirasbırakanın, yaptığı mirasçılıktan çıkarma tasarrufunu, sonradan yapacağı ölüme bağlı bir tasarrufuyla geri alması her zaman mümkündür. Zira nasıl mirasçılıktan çıkarma tamamen mirasbırakanın iradesine bağlıysa çıkarma tasarrufunun geri alınması da aynı şekilde mirasbırakanın iradesine bağlı durumdadır²⁹¹.

Bunun için; çıkarmanın vasiyetname ve miras sözleşmesi ile yapıldığı hallerin ayrı ayrı ele alınması gerekir.

Vasiyetname ile yapılan mirasçılıktan çıkarma tasarrufunun geri alınması TMK m. 542-544 hükümlerine göre gerçekleşir. TMK m. 542/1 uyarınca; mirasbırakan, vasiyetname için kanunda öngörülen şekillerden birine uymak suretiyle yeni bir vasiyetname yaparak önceki vasiyetnameyi her zaman geri alabilir. Mirasbırakan, mirasçılıktan çıkarma tasarrufunu kanunun aradığı koşullara riayet etmek koşuluyla herhangi bir vasiyetname türünü kullanarak geri alabilir. Ayrıca mirasçılıktan çıkarmayı geri almaya ilişkin yeni vasiyetnamenin, çıkarma tasarrufunun yapıldığı vasiyetname ile aynı türden olması da şart değildir²⁹².

287 KOCAYUSUPFAŞAOĞLU, a.g.e., s. 318.

288 DALAMANLI, Lütfü, *Miras Hukuku Tatbikatu*, İstanbul, 1975, s. 175.

289 HATEMİ, a.g.e., s. 127.

290 HATEMİ, a.g.e., s. 128.

291 ÇABRİ, a.g.e., s. 268.

292 BAYDAR, a.g.t., s. 72.



Mirasbırakan; çıkarma tasarrufuna ilişkin vasiyetnameyi yok etmek (TMK m. 543/1) ya da çıkarma tasarrufunu geri alma iradesini açıkça belirtmeksizin, çıkarma tasarrufu ile bağdaşmaz yeni bir vasiyetnameyle (TMK m. 544) de bu tasarrufunu geri alabilir.

Mirasçılıktan çıkarma tasarrufunun, miras sözleşmesinin içeriğini oluşturması durumunda dahi mirasbırakanın bunu tek taraflı olarak her zaman geri alabileceğini ifade etmiştik. Dolayısıyla miras sözleşmesinin ortadan kaldırılmasına ilişkin TMK m. 546-548 hükümleri miras sözleşmesi ile yapılan çıkarma tasarrufunun ortadan kaldırılması halinde uygulama kabiliyetine sahip olmayacaktır. Bu halde dahi çıkarma tasarrufunu geri alma konusundaki vasiyetnameler için geçerli olan kurallar uygulanmalıdır²⁹³.

VIII. MİRASÇILIKTAN CEZALANDIRICI ÇIKARMANIN GEÇERSİZLİĞİ

Mirasçılıktan cezalandırıcı çıkarma, gerekli koşulların varlığı durumunda tenkis davası ve iptal davası ile geçersiz hale getirilebilir. Bu davalar, mirasbırakanın son yerleşim yeri asliye hukuk mahkemesinde açılır (HMK m. 11, TMK m. 576/2).

A. Mirasçılıktan Cezalandırıcı Çıkarmada Tenkis

Mirasçılıktan çıkarmanın geçerli olabilmesi için kanunda sınırlı sayıda düzenlenen sebeplerden birine dayanılması gerektiğini ifade etmiştik. Nitekim TMK m. 512 hükmünde, mirasçılıktan çıkarmanın, mirasbırakanın ancak buna ilişkin tasarrufunda çıkarma sebebini belirtmesi durumunda geçerli olacağı ifade edilmektedir. Mirasbırakanın çıkarma tasarrufunda; sebebini gösterilmemesi, gösterilen sebebini gerçek ya da geçerli olmaması hallerinde tasarrufun tenkis edilmesi gündeme gelir²⁹⁴. TMK m. 512 hükmünde, mirasçılıktan çıkarılanın itiraz etmesinden bahsedilmekteyse de doktrinde çoğunlukla bu halde tenkis davasından söz edilmektedir²⁹⁵.

1. Tenkis Sebepleri

Mirasbırakanın çıkarma tasarrufunda sebep göstermemesi, gösterdiği sebebini geçerli olmaması ile gerçek olmaması tenkis sebepleri olarak karşımıza çıkmaktadır.

293 BAYDAR, a.g.t., s. 75; TANRIVERDİ, a.g.t., s. 46.

294 BAYDAR, a.g.t., s. 89.

295 KÖPRÜLÜ, a.g.e., s. 288; ANTALYA, SAĞLAM, a.g.e., s. 209; AYAN, a.g.e., s. 189; Cezai ıskata itiraz davası ya da kısaca itiraz davası isimlendirmesinin de tercih edildiği görülmektedir. Bu kullanım için bkz. GÖNENSAY, BİRSEN, a.g.e., s. 65; HATEMİ, a.g.e., s. 128.

Mirasbırakanın, mirasçılıktan çıkarma tasarrufundan buna ilişkin sebebi göstermesi gerekir (TMK m. 512/1). Mirasbırakanın, çıkarma tasarrufunda buna ilişkin sebebi göstermemesi tek başına tasarrufu hükümsüz kılmaz²⁹⁶. Ancak, böyle bir durum, mirasçılıktan çıkarılan kimsenin tasarrufun tenkis edilmesini isteyebilmesini sağlamaktadır²⁹⁷. Mirasçılıktan çıkarma sebebinin hiç gösterilmemesinin yanında gösterilen sebebin belirsiz, kesinlikten uzak ya da yeterli biçimde somutlaşmamış olması da bu bağlamda değerlendirilmelidir²⁹⁸.

Mirasbırakan tarafından tasarrufta gösterilmeyen çıkarma sebebinin sonradan diğer mirasçılar tarafından gösterilmesine olanak bulunmaz/ bulunmamalıdır²⁹⁹. Yargıtay ise bir kararında aksi yönde görüş belirtmiştir³⁰⁰.

Mirasbırakan tarafından çıkarma tasarrufuna konu edilen mirasçının fiillerinin, TMK m. 510 b.1 veya b.2 anlamında geçerlilik koşullarına sahip olması gerekir. Aksi halde böyle bir tasarruf da tenkis edilebilir³⁰¹. Ölümüne bağlı tasarrufta gösterilmiş olmak koşuluyla, belirtilen fiillerin geçerli bir çıkarma sebebi olup olmadığı hâkim tarafından takdir edilir³⁰².

Mirasçılıktan çıkarma tasarrufunda gösterilen fiil ve davranışların gerçekten meydana gelmesi gerekir. Çıkarma sebebi olarak gösterilen fiillerin var olmaması halinde tasarruf, mirasçının saklı payı dışında yerine getirilir³⁰³. Benzer şekilde hayal ürünü ve düzmece sebeplere dayalı olarak gerçekleştirilen çıkarma tasarrufu da tenkise tabidir³⁰⁴.

2. Tenkis Davası

a. Davanın Tarafları

Tenkis davasının taraflarının saptanmasında özel hüküm niteliği taşıyan TMK m. 512'nin yanında, tenkis davasına ilişkin genel nitelikli TMK m. 560 ve m. 562 hükümlerinin de kıyas yoluyla uygulanması

296 AYAN, a.g.e., s. 192.

297 Yarg. 2. HD. T. 17.05.1977, E. 2769, K. 4135, **Kazancı İçtihat Bilgi Bankası**, (E.T. 01.12.2018).

298 YAĞCI, a.g.e., s. 421-422; BAYDAR, a.g.t., s. 91.

299 AYAN, a.g.e., s. 192; BAYDAR, a.g.t., s. 91.

300 "... Eğer vasiyetnamede iskat sebebi gösterilmemişse yine iskat sebebi olabilecek bir olayın varlığını iskattan müstefit olan ispat edecektir..." Yarg. 2. HD. T. 18.05.1995, E. 4699, K. 5842, **Legalbank Elektronik Hukuk Bankası**, (E.T. 24.11.2018).

301 YAĞCI, a.g.e., s. 422.

302 YAĞCI, a.g.e., s. 422.

303 "Toplanan deliller karşısında, mirastan iskatı icap ettiren sebeplerin var olmadığı anlaşıldığına göre, Medeni Kanununun 459. maddesi gereğince vasiyet, tasarruf nisabı sınırları içinde kalan tereke yönünden hüküm ifade etmek şartı ile iptal kararı verilmesi gerekirken bu yön gözetilmeden vasiyetin tümünün geçersiz sayılması usul ve kanuna aykırıdır." Yarg. 2. HD. T. 02.11.1987, E. 6672, K. 8263, **Kazancı İçtihat Bilgi Bankası**, (E.T. 01.12.2018).

304 BAYDAR, a.g.t., s. 91.



gerekir³⁰⁵. Bu bağlamda tenkis davasının davacısı, mirasçılıktan çıkarılan saklı paylı mirasçıdır (TMK m. 560). Mirasçılıktan çıkarılanın altsoyunun tenkis davası açma hakkı ise saklıdır (TMK m. 511/3).

TMK m. 562 uyarınca; mirasçılıktan çıkarılanın çıkarma tasarrufuna itiraz etmemesi durumunda iflâs idaresi veya alacaklılar, aynı koşullarla tenkis davası açabilirler³⁰⁶.

Bu davanın davalısı ise mirasçılıktan çıkarmadan yararlanan mirasçılar ve/veya vasiyet alacaklılarıdır³⁰⁷.

b. İspat Yükü

TMK m. 512/2 uyarınca; mirasçılıktan çıkarılan kimse itiraz ederse, belirtilen sebebin varlığını veya doğruluğunu ispat, mirasçılıktan çıkarılana değil, çıkarmadan yararlanan mirasçıya veya vasiyet alacaklısına (davalılara) düşer³⁰⁸. Dolayısıyla tenkis davasında ispat yükü, genel kurala ilişkin HMK m. 190 ve TMK m. 6'nın aksine davalıya, yani çıkarmadan yararlanan mirasçı ve/veya vasiyet alacaklısına düşmektedir³⁰⁹. Mirasçılıktan çıkarılan kimsenin açtığı tenkis davasında çıkarmadan yararlanan davalılar, çıkarma sebebinin varlığını ispat edemezlerse çıkarılan kimse saklı payına sahip olur ve ölüme bağlı tasarruf bu saklı pay dışında geçerli olur³¹⁰.

305 YAĞCI, a.g.e., s. 423.

306 Bu yönde bkz. DURAL, ÖZ, a.g.e., s. 215; BAYDAR, a.g.t., s. 93.

307 HATEMİ, a.g.e., s. 128.

308 AYİTER, KILIÇOĞLU, a.g.e., s. 180; GÖNENSAY, BİRSEN, a.g.e., s. 65; ÖZTAN, a.g.e., s. 153; GENÇCAN, a.g.e., s. 400; Yarg. 2. HD. T. 03.07.2006, E. 10380, K. 10626, **Kazancı İçtihat Bilgi Bankası**, (E.T. 01.12.2018).

309 KÖPRÜLÜ, a.g.e., s. 288.

310 "Mirasçılıktan çıkarma, mirasbırakan ancak buna ilişkin tasarrufunda çıkarma sebebinin belirtmişse geçerlidir. Mirasçılıktan çıkarılan kimse itiraz ederse, belirtilen sebebin varlığını ispat, çıkarmadan yararlanan mirasçıya veya vasiyet alacaklısına düşer. Sebebin varlığı ispat edilememiş veya çıkarma sebebi tasarrufta belirtilmemişse, tasarruf mirasçının saklı payı dışında yerine getirilir; ancak mirasbırakan bu tasarrufu çıkarma sebebi hakkında düştüğü açık bir yanılma yüzünden yapmışsa, çıkarma geçersiz olur (4721 s. TMK m. 512). Bu halde mirasçının hissesi saklı payına indirilir. Mirasçılıktan çıkarmanın iptali kademelidir. Öncelikle mirasbırakanın apaçık yanılıp yanılmadığı araştırılır (4721 s. TMK m. 512/son). Eğer bu hal yoksa, davalı mirasçılıktan çıkarma sebebinin ispat edilememişse, davacının alacağının belirlenmesi için davaya tenkis davası gibi devam edilmesi gerekir (4721 s. TMK m. 560). Mirasbırakan vasiyetnamesinde çıkarma sebebinin açıklanmıştır. Ancak gösterilen sebep mahkemenin de kabulünde olduğu üzere davalılar tarafından kanıtlanamamıştır (4721 s. TMK m. 512/3). Davacı tenkis davası açtıklarını ve derdest olduğunu da belirtmiştir. 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 512/son maddesi uyarınca iptalin saklı pay miktarı dışında geçerli olacağı düşünülmeden yazılı şekilde tasarrufun tamamının iptal edilmesi usul ve yasaya aykırıdır." Yarg. 2. HD. T. 12.05.2008, E. 2007/8036, K. 2008/6856, **Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi**, (E.T. 26.11.2018); "Mirasçılıktan çıkarılma sebebinin varlığı davalı tarafça kanıtlanamadığı gibi, mirasbırakanın bu tasarrufu çıkarma sebebi hakkında düştüğü açık bir yanılma yüzünden yaptığı da davacı tarafça ortaya konamamıştır. (TMK. m.512/3) O halde tasarruf davacı mirasçının saklı payı (TMK. m.506/1) dışında geçerlidir." Yarg. 2. HD. T. 16.10.2006, E. 6002, K. 13958, **Kazancı İçtihat Bilgi Bankası**, (E.T. 26.11.2018).

c. Hak Düşürücü Süreler

TMK m. 571 hükmüne kıyasen mirasçılıktan çıkarılanın tenkis davasını hak düşürücü niteliği haiz süreler içerisinde açılması gerekir. Bu bağlamda; mirasçılıktan çıkarılan kimsenin dava hakkı, saklı payını zedeleyen mirasçılıktan çıkarma tasarrufunu öğrendiği tarihten başlayarak bir yıl ve her halde tasarruf vasiyetname şeklinde düzenlenmişse vasiyetnamenin açılması tarihinin, miras sözleşmesi şeklinde düzenlenmişse mirasın açılması tarihinin üzerinden on yıl geçmekle düşer³¹¹. Bu sürelerin geçmesi sebebiyle dava açma hakkı ortadan kalkmış olsa dahi, TMK m. 571/son uyarınca; mirasçılıktan çıkarılan, kendisine karşı açılacak davalarda tenkis iddiasını, def'i yoluyla her zaman ileri sürebilir³¹².

3. Tenkisin Sonuçları

Tenkis davası sonucunda saklı paylı mirasçı yasal mirasın payının tamamına değil, saklı payına kavuşabilir (TMK m.512/3). Bu bağlamda mirasçılıktan çıkarma tasarrufu, tasarruf nisabı ölçüsünde geçerliliğini sürdürür³¹³. Diğer bir deyişle tenkis davası olumlu neticelendiği takdirde çıkarma işlemi tümden geçersiz olmayıp, mirasbırakanın tasarruf nisabı kapsamında yerine getirilir³¹⁴. Zira çıkarma sebebini bildirmeyen mirasbırakanın, saklı paylı mirasçısını en azından tüm miras payından yoksun kılarak saklı payına indirmek istediği ve çıkarma sebebi olmasa dahi mirasbırakanın bunu yapabileceği için kanunun ulaştığı çözümün doğru olduğu ifade edilmektedir³¹⁵. Dolayısıyla çıkarma sebebinin gösterilmemesi ya da gösterilen sebebin gerçek veya geçerli olmaması halinde ölüme bağlı tasarrufun tümden iptaline karar verilemez³¹⁶.

311 "...Somut uyuşmazlıkta, muris Meral İzmir 5. Noterliği'nde 24.08.2004 günü düzenlediği vasiyetname ile davacı oğlu Veli'nin evlatlık görevini yerine getirmediği, borç olarak aldığı birikimlerini iade etmediğini, mal kaçırdığını; davacı kızı Nilgün'ün de evlatlık görevini yerine getirmediği gerekçesiyle mirastan çıkarmıştır. Murisin davacılar ve davalı Nükheth dışında mirasçısı bulunmamaktadır. TMK'nın 512. maddesi uyarınca ispat yükü bulunan davalı Nükheth çıkarma sebeplerinin gerçekleştiğini kanıtlayamamıştır. Bu nedenle de TMK'nın 512 /son maddesi uyarınca iskat geçersiz olması nedeniyle davacılar davaya tenkis istemiyle devam etmişlerdir. 28.03.2013 günlü raporda terekenin aktif ve pasifi belirlenerek tenkise tabi tutulacak bedel saptanarak davacıların saklı payları bulunmuştur... TMK'nın 571. maddesi uyarınca tenkis davası, saklı payının zedelendiğini öğrendiği tarihten itibaren bir yıl, her halde on yıl geçmekle hak düşürücü süre içerisinde açılması gerekir. Somut olayda, davacılar 02.02.2009 günlü dava dilekçesinde murisin malik olduğu taşınmazı davalı Nükheth'in çocukları olan dahili davalılara bağlı davayla devrettiğini belirtmiştir. Davacılar bu taşınmazı 15.07.2011 günlü dahili dava dilekçelerinde dava konusu yapmışlardır. Görülüyor ki, TMK'nın 571. maddesi uyarınca bir yıllık hak düşürücü süre geçmiştir..." Yarg. 14. HD. T. 02.06.2015, E. 1687, K. 6049, **Kazancı İçtihat Bilgi Bankası**, (E.T. 30.11.2018).

312 YAĞCI, a.g.e., s. 431-432.

313 ŞENOCAK, a.g.m., s. 426.

314 NAR, Ahmet, **Türk Miras Hukukunda Tenkis**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016, s. 21.

315 AYİTER, KILIÇOĞLU, a.g.e., s. 180.

316 "... Ölüme bağlı tasarrufla mirastan çıkarma sebebi gösterilmişse iskat geçerlidir. Mirastan çıkarma sebebinin varlığını ispat etmek çıkarmadan yararlanan mirasçıya ait bulunmaktadır. TMK'nın 512/3.



Yalnızca mirasbırakanın, mirasçılıktan çıkarılma sebebi hakkında açık bir yanılmaya düşmesi halinde çıkarılma tasarrufunun iptal edilebileceğini belirtelim³¹⁷.

Mirasçılıktan çıkarılmanın geçersizliğine ilişkin mahkeme kararı, bozucu yenilik bir karar olup, mirasın açılma anından itibaren olmak üzere geçmişe etkili biçimde hüküm ve sonuç doğurur³¹⁸.

B. Mirasçılıktan Cezalandırıcı Çıkarılmanın İptali

Ölüme bağlı bir tasarruf olan mirasçılıktan çıkarılma, diğer tasarruflarda olduğu üzere TMK m. 557 hükmünde düzenlenen iptal sebeplerinden birinin mevcut olması durumunda açılacak bir dava sonucunda iptal edilebilir. Hâkim tarafından TMK m. 557’de düzenlenen sebeplerden birine dayalı olarak ölüme bağlı tasarrufun iptaline karar verildiğinde mirasçılıktan çıkarılma hükümsüz hale gelir³¹⁹.

1. İptal Sebepleri

Ölüme bağlı tasarruflara ilişkin genel iptal sebeplerinin varlığı durumunda mirasçılıktan çıkarılan mirasçı, iptal davası açarak sadece çıkarılma tasarrufunu değil, tüm ölüme bağlı tasarrufu geçersiz hale getirebilir³²⁰.

Bu bağlamda öncelikle mirasbırakanın, ölüme bağlı tasarrufu yaptığı esnada ehliyetsiz bulunması bir iptal sebebidir (TMK m. 457 b. 1). Mirasbırakanın ehliyetli olup olmaması mirasçılıktan çıkarılmanın bir vasiyetname ya da miras sözleşmesine konu edilmesine göre ayrı ayrı ele alınmalıdır³²¹. Tasarruf anında mevcut ehliyetin, sonradan ortadan kalkması halinde mirasçılıktan çıkarılmanın geçerliliğinde bir sorunla karşılaşılmaz³²².

maddesinde “Sebebin varlığı ispat edilememiş veya çıkarılma sebebi tasarrufta belirtilmemişse tasarruf, mirasçının saklı payı dışında yerine getirilir; ancak, mirasbırakan bu tasarrufu çıkarılma sebebi hakkında düşüştüğü açık bir yanılma yüzünden yapmışsa, çıkarılma geçersiz olur” düzenlemesine yer verilmiştir. Toplanan deliller ve tüm dosya kapsamından, mirasçılıktan çıkarılma (iskat) sebeplerinin varlığı, davalılar (iskattan yararlananlar) tarafından kanıtlanamamıştır. Bu durumda mahkemece, TMK’nın 512/3. maddesi uyarınca mirasçılıktan çıkarmaya yönelik ölüme bağlı tasarrufun, davacı mirasçının saklı payları dışında (mirasbırakanın tasarruf nisabı oranında) yerine getirileceği, başka bir ifade ile davacının saklı payını isteyebileceği düşünülmeyen vasiyetnamenin tümünden iptaline karar verilmesi doğru görülmemiş, bu sebeple kararın bozulması gerekmiştir.” Yarg. 14. HD. T. 31.03.2015, E. 5400, K. 3549, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, (E.T. 27.11.2018).

317 Yarg. 2. HD. T. 06.04.1995, E. 1995, K. 3341, ÖZÜĞÜR, a.g.e., s. 227.

318 YAĞCI, a.g.e., s. 434.

319 ÇABRİ, a.g.e., s. 267.

320 ANTALYA, SAĞLAM, a.g.e., s. 210; KILIÇOĞLU, a.g.e., s. 178; TANRIVERDİ, a.g.t., s. 52-53.

321 BAYDAR, a.g.t., s. 84.

322 BAYDAR, a.g.t., s. 84.

Mirasbırakanın, ölüme bağlı tasarrufu yanılma, aldatma, korkutma ya da zorlama sonucunda yapması da bir iptal sebebidir (TMK m. 557 b. 2). Mirasçılıktan çıkarma, tek taraflı ölüme bağlı bir tasarruf niteliği taşıdığından dolayı çıkarmaya ilişkin irade beyanının yorumunda güven prensibi değil irade prensibi rol oynar ve bu bağlamda mirasçılıktan çıkarma iradesini sakatlayan bütün yanılma, aldatma ve zorlama iptal sebebi oluşturur³²³.

Mirasbırakanın, ölüme bağlı tasarrufunun içeriğinin, bağlandığı koşulların veya yüklemelerin hukuka veya ahlâka aykırı olması da bir iptal sebebidir (TMK m. 557 b. 3). Mirasbırakanın, ölüme bağlı tasarrufu kanunda öngörülen şekillere uymadan yapması da diğer bir iptal sebebidir (TMK m. 557 b. 4).

Mirasçılıktan çıkarma tasarrufuna ilişkin son iptal sebebi de mirasbırakanın, mirasçılıktan çıkarma sebebinde açık bir yanılmaya düşmüş olmasıdır. TMK m. 512/3 uyarınca; mirasbırakan bu tasarrufu çıkarma sebebi hakkında düşüğü açık bir yanılma yüzünden yapmışsa, çıkarma geçersiz olur³²⁴. Bu çıkarmanın iptali için dava açılabilir³²⁵. Yanılma, şahsa ya da fiile ilişkin olabilir³²⁶. Örneğin, mirasbırakanın çıkarma sebebi olarak kabul ettiği olaylar bulunmadığı halde, bu olayları gerçekleşmiş zannetmesi³²⁷ veya A adlı oğlunu kendisini zehirlemeye kalkıştığı için mirasçılıktan çıkardıktan sonra bunu B adlı diğer oğlunun yaptığının anlaşılması³²⁸ ya da karısının zina yaptığını zannetmesine karşın aslında karısının uyuşturucu verilerek tecavüze uğramasının ortaya çıkması³²⁹ vb. hallerde mirasbırakanın açık bir yanılmasının varlığı nedeniyle çıkarma tasarrufu iptal edilebilir.

Ölüme bağlı tasarruflara ilişkin genel iptal sebeplerinden farklı olarak bu son halde mirasçılıktan çıkarılan mirasçı yalnızca çıkarma tasarrufunu

323 YAĞCI, a.g.e., s. 437; BAYDAR, a.g.t., s. 84.

324 TMK m. 504 hükmünün saik hatası da dahil olmak üzere tüm hata hallerini vasiyetnamenin iptali sebebi sayması karşısında TMK m. 512/3'deki açık kelimesinin önemli görülmemesi gerektiğine ilişkin bkz. DURAL, ÖZ, a.g.e., s. 214; Ölüme bağlı tasarrufların iptali için tüm hata hallerinin yeterli olması sebebiyle bu kelimenin dikkate alınmaması gerektiğine ilişkin bkz. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, a.g.e., s. 317.

325 "... miras bırakanın iskat sebebi olarak kabul ettiği olaylar bulunmadığı halde kendisi bulunmayan bu olayları varmış gibi olgularla açık hataya düşmüşse ölüme bağlı tasarruf tam olarak iptal edilmelidir. Aksi durumda yani miras bırakan mirastan iskatta hiç sebep göstermemiş veya gösterdiği sebepler iskati mucip ağırlıkta değil ise iptal yalnızca tasarruf nisabı miktarında mümkün olabilir..." Yarg. HGK. T. 01.04.1990, E. 2-130, K. 239, **Legalbank Elektronik Hukuk Bankası**, (E.T. 24.11.2018).

326 ÖZTAN, a.g.e., s. 155.

327 Yarg. HGK. T. 01.04.1990, E. 2-130, K. 239, ÖZUĞUR, a.g.e., s. 232-233.

328 AYBAY, a.g.e., s. 50-51.

329 İNAN, ERTAŞ, ALBAŞ, a.g.e., s. 269.



iptal ettirebilir, varsa diğer tasarruflar ise geçerliliklerini sürdürür³³⁰. Dolayısıyla bu halde kısmi bir iptal söz konusu olur³³¹. Ancak mirasçılıktan çıkarılan mirasçı, mirasbırakanın açık bir yanılmaya düştüğü ispat etmelidir.

2. İptal Davası

a. Davanın Tarafları

TMK m. 558/1 uyarınca; iptal davası, tasarrufun iptal edilmesinde menfaati bulunan mirasçı veya vasiyet alacaklısı tarafından açılabilir. Mirasçılıktan çıkarma tasarrufunun iptali davasını mirasçılıktan çıkarılan kimse açabilecek olup, üçüncü kimselere kanunda bu yönde bir hak tanınmamıştır³³².

İptal davası, mirasçılıktan çıkarma ölüme bağlı tasarrufu sonucu kendi lehine ve davacı aleyhine miras hukuku kaynaklı bir menfaat elde eden kimselere karşı açılır³³³. Dolayısıyla mirasçılıktan çıkarılan kimsenin, açacağı iptal davasını çıkarmadan yararlanan mirasçı ya da mirasçılara karşı açması gerekir³³⁴. Ancak Yargıtay, bu davanın bütün mirasçılara karşı açılması gerektiğini ifade etmektedir³³⁵.

b. İspat Yükü

İptal davasında ispat yükü, mirasçılıktan çıkarma tasarrufunun iptalini talep eden davacı, yani mirasçılıktan çıkarılan kimsenin üzerindedir³³⁶.

c. Hak Düşürücü Süreler

İptal davası açma hakkı, TMK m. 559 hükmünde hak düşürücü nitelik taşıyan sürelerle tabi kılınmıştır. Hükme göre; iptal davası açma hakkı, davacının tasarrufu, iptal sebebini ve kendisinin hak sahibi olduğunu öğrendiği tarihten başlayarak bir yıl ve her hâlde vasiyetnamelerde açılma tarihinin, diğer tasarruflarda mirasın geçmesi tarihinin üzerinden, iyiniyetli davalılara karşı on yıl, iyiniyetli olmayan davalılara karşı yirmi yıl geçmekle düşer. Hükümsüzlük, def"i yoluyla her zaman ileri sürülebilir.

330 DURAL, ÖZ, a.g.e., s. 214.

331 ANTALYA, SAGLAM, a.g.e., s. 211.

332 Yarg. 2. HD. T. 08.07.1977, E. 4832, K. 5619, *Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi*, (E.T. 25.11.2018); Tenkis davasına ilişkin TMK m. 562 hükmünün kıyasen uygulanması sonucunda mirasçılıktan çıkarılan kimsenin alacaklılarının tasarrufun iptalini isteyebileceklerine ilişkin bkz. İMRE, ERMAN, a.g.e., s. 256.

333 EREN, Fikret, *Türk Medeni Hukukunda Ölüme Bağlı Tasarrufların İptali Davası*, Ankara, 1966, s. 100-101.

334 DURAL, ÖZ, a.g.e., s. 214.

335 Yarg. 2. HD. T. 13.09.1994, E. 6102, K. 7991, *Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi*, (E.T. 25.11.2018).

336 AYİTER, KILIÇOĞLU, a.g.e., s. 180; YAĞCI, a.g.e., s. 451.

3. İptalin Sonuçları

Mirasçılıktan çıkarma tasarrufu iptal edildiği takdirde, mirasbırakanın geçerli başkaca bir tasarrufu bulunmuyorsa çıkarılan mirasçı sadece saklı payına değil, tüm miras payına kavuşur³³⁷. İptal kararı geçmişe etkili olup, mirasçılıktan çıkarılan kimsenin mirasçılık haklarına sahip olmasını sağlar³³⁸.

İptal davası sonucunda verilen karar, davanın tarafları arasında hukuki sonuç doğurur, davada taraf olmayan mirasçıları ise bağlamaz³³⁹. Örneğin; dava yalnızca çıkarılanın altsoyuna karşı açıldığı takdirde, çıkarılanın altsoyunun saklı payı çıkarılan kimseye geçer ve kalan miras mirasbırakanın diğer mirasçıları arasında paylaşılır³⁴⁰. İptal davası reddedildiği takdirde ise çıkarma tasarrufu geçerliliğini sürdürdüğü için çıkarılanın altsoyu o kimse mirasbırakandan önce ölmüş gibi saklı paylarını talep edebilir³⁴¹.

SONUÇ

Mirasçılıktan çıkarma, mirasçılığa son veren hallerden bir tanesi olarak yalnızca saklı pay sahibi mirasçılara yönelik uygulanabilen maddi anlamda ölüme bağlı bir tasarruf niteliğindedir. Kanun koyucu tarafından sınırlı sayıda öngörülen sebeplerden birinin şartlarının oluştuğu hallerde mirasbırakanın iradesiyle sebeplerin şahsında gerçekleştiği mirasçının saklı payı tümünden ya da kısmen etkisiz kılınabilir.

Mirasçılıktan çıkarma, cezalandırıcı çıkarma ve koruyucu çıkarma olarak ikiye ayrılmaktadır. Koruyucu çıkarma, hakkında borç ödemededen aciz belgesi bulunan altsoyun, saklı payın yarısını için geçerli olmak üzere mirasçılıktan çıkarılması olup, çıkarma konusu payın çıkarılanın doğmuş ve doğacak çocuklarına özgülenmesini gerektirir.

Mirasçılıktan cezalandırıcı çıkarma ise mirasçının bazı davranışları sonucunda saklı pay sahibi olmayı hak etmeyecek olması nedeniyle bir özel hukuk cezası olarak karşımıza çıkmaktadır.

Mirasçılıktan cezalandırıcı çıkarma; saklı paylı mirasçının mirasbırakana ya da mirasbırakanın yakınlarından birine karşı ağır bir suç işlemesi veya mirasbırakana ya da mirasbırakanın aile üyelerine

337 TONGSİR, a.g.t., s. 53; AYİTER, KILIÇOĞLU, a.g.e., s. 180; GENÇCAN, a.g.e., s. 401; DURAL, ÖZ, a.g.e., s. 214; YAĞCI, a.g.e., s. 452; ŞENOCAK, a.g.m., s. 425.

338 TANRIVERDİ, a.g.e., s. 56.

339 BAYDAR, a.g.e., s. 89.

340 ANTALYA, SAĞLAM, a.g.e., s. 211; Yarg. 2. HD. T. 12.12.1995, E. 11522, K. 13538, **Legalbank Elektronik Hukuk Bankası**, (E.T. 26.11.2018).

341 Yarg. 2. HD. T. 12.12.2007, E. 15355, K. 17423, **Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi**, (E.T. 27.11.2018).

karşı aile hukukundan doğan bir yükümlülüğünü önemli ölçüde yerine getirmemesi hallerinde söz konusu olabilir.

Mirasçılıktan çıkarma sebeplerinin gerçekleşmesi, kendiliğinden saklı paylı mirasçının mirasçılığını sona erdirmez. Bunun için mirasbırakanın çıkarma yönünde irade ortaya koyması gerekir. Mirasbırakan bu iradeyi şekli anlamda bir ölüme bağlı tasarruf ile ortaya koymak durumundadır. Mirasbırakan, ölüme bağlı tasarrufunda çıkarma sebebi oluşturan olayı açık ve somut olarak ortaya koymalıdır. Mirasbırakanın henüz hâlihazırda saklı paylı mirasçı olmayan, ancak gelecekte saklı paylı mirasçı olabilecek bir mirasçıyı da mirasçılıktan çıkarılabilmesi mümkündür. Mirasbırakan, çıkarma tasarrufunu yine bir ölüme bağlı tasarrufuyla her zaman ortadan kaldıracaktır. Mirasbırakanın çıkarma sebebi olabilecek bir davranış gerçekleştiren fiili işleyen mirasçısını affettikten sonra bu fiile dayalı olarak düzenlediği çıkarma tasarrufu geçerli bir sebebe dayanmadığından geçerli değildir. Ancak çıkarma tasarrufu yaptıktan sonra mirasçının affedilmesi halinde affın bu tasarrufa etki edip etmeyeceği noktası doktrinde tartışmalıdır.

Mirasçılıktan çıkarma, tam ya da kısmi olarak gerçekleşebilir. Tam çıkarmada çıkarılan kimse, mirasçılık sıfatını kaybetmektedir. Bu nedenle çıkarma tasarrufuna ilişkin açabileceği tenkis ve iptal davaları bir kenara bırakıldığında mirasçılık sıfatına bağlı davaları açamaz ve bu sığata bağlı olanaklardan yararlanamaz. Ancak mirasçılıktan çıkarılma, mirasbırakan ile çıkarılan mirasçı arasındaki soybağı ve hısımlığa etki etmez. Mirasbırakan, mirasçılıktan çıkarılanın altsoyu yoksa çıkarma konusu saklı pay üzerinde dilediği gibi tasarrufta bulunabilir. Ancak, mirasçılıktan çıkarılanın altsoyunun bulunması durumunda, bu kimseler çıkarılan kimse mirasbırakandan önce ölmüş gibi saklı paylarını talep edebilirler. Zira çıkarma, şahsi etki gösterir, altsoya etki etmez.

Mirasçılıktan çıkarmaya karşı gerekli koşulların varlığı durumunda tenkis ve iptal davaları açılabilir. Mirasbırakanın çıkarma tasarrufunda sebep göstermemesi, gösterdiği sebebin geçerli olmaması ile gerçek olmaması tenkis sebepleridir. Tenkis sebeplerinin bulunduğu hallerde mirasçılıktan çıkarılanın çıkarma tasarrufunu itiraz etmesi sonucunda saklı payına kavuşması mümkündür. Açılan davada ispat yükü, çıkarmadan yararlananlara düşer. Ölüme bağlı tasarruflara ilişkin genel iptal sebeplerinin varlığı ya da mirasbırakanın çıkarma tasarrufunu açık bir yanılma sonucu yapmış olduğu hallerde mirasçılıktan çıkarılan kimsenin açacağı bir iptal davasıyla yalnızca saklı payına değil, mirasbırakan tarafından tasarruf nisabı kapsamında bir tasarruf yapılmadığı takdirde tüm yasal miras payına kavuşması olanaklıdır.



KISALTMALAR

a.g.e.	: adı geçen eser
a.g.m.	: adı geçen makale
a.g.t.	: adı geçen tez
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
b.	: bent
BK.	: 818 sayılı Borçlar Kanunu
bkz.	: bakınız
C.	: Cilt
dn.	: dipnot
DEÜHFD	: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
E.	: Esas
E.T.	: Erişim Tarihi
eTMK	: 743 sayılı Türk Kanuni Medenisi
HD.	: Hukuk Dairesi
HGK.	: Hukuk Genel Kurulu
HMK	: 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu
İBD	: İstanbul Barosu Dergisi
K.	: Karar
m.	: madde
RG.	: Resmi Gazete
s.	: sayfa
ss.	: sayfa sayısı
S.	: Sayı
SBE	: Sosyal Bilimler Enstitüsü
SSGSSK	: 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu
T.	: Tarih
TBK	: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu
TCK	: 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu
TKM	: 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi
TMK	: 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu
TTK	: 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu
vb.	: ve benzeri
vd.	: ve devamı
Yarg.	: Yargıtay

KAYNAKLAR

ANTALYA, O. Gökhan: **Gerekçeli ve Açıklamalı 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu**, 3. Baskı, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2015.

ANTALYA, O. Gökhan: **Mirastan Feragat Sözleşmesi**, Alkım Yayınevi, İstanbul, 1999, (Mirastan Feragat).

ANTALYA, O. Gökhan/ SAĞLAM, İpek: **Miras Hukuku**, 3. Baskı, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2015.

ANTALYA, O. Gökhan/TOPUZ, Murat: **Medeni Hukuk**, 2. Baskıya Ek 2. Tıpkı Baskı, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2018.

ARAL, Fahrettin/AYRANCI, Hasan: **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, 11. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2015.

ARSLAN, Ramazan/YILMAZ, Ejder/TAŞPINAR AYVAZ, Sema: **Medeni Usul Hukuku**, 3. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017.

AYAN, Mehmet: **Miras Hukuku**, 9. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016.

AYBAY, Aydın: **Miras Hukuku Dersleri**, İstanbul, 2002.

AYDOĞDU, Murat/KAHVECİ, Nalan, **Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri (Sözleşmeler Hukuku)**, 3. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017.

AYİTER, Nuşin/KILIÇOĞLU, Ahmet M.: **Miras Hukuku**, 2. Bası, Savaş Yayınları, Ankara, 1991.

BAYDAR, Utku: **Türk Medeni Kanununa Göre Mirasçılıktan Çıkarma**, Yayılanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2005.

BERKİ, Şakir: **Miras Hukuku**, Sevinç Matbaası, Ankara, 1975.

ÇABRİ, Sezer: **Miras Hukuku Şerhi (TMK m. 495-574) Cilt-I**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018.

ÇAKIN, Nur: Türk Hukukunda Mirastan Iskat İle İlgili Problemler, **Ankara Barosu Dergisi**, Sayı. 3, Yıl. 1974, ss. 523-536.

ÇELİK, Nazlı Hilal, Türk Medeni Hukukunda Yakın Kavramı, **Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi**, Cilt. 10, Sayı. 24, Yıl. 2018, ss. 283-316.

ÇINAR, Ömer: Miras Sözleşmesinin Tek Taraflı İrade Beyanı İle Sona Erdirilmesi, **İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, Yıl. 6, Sayı. 12, Güz 2007/2, ss. 219-231.

ÇUBUKLUGİL, Rıza: Mirastan Adi Iskatın Hukuki Mahiyeti ve Sebepleri, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt. 7, Sayı. 3-4, Yıl. 1950, ss. 441-467, (Iskatın Sebepleri).

ÇUBUKLUGİL, Rıza: Medeni Kanunumuzda Mirastan Adi Iskatın Hüküm ve Neticeleri, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt. 8, Sayı. 3-4, Yıl. 1951, ss. 595-609, (Iskatın Neticeleri).

DALAMANLI, Lütfü: **Miras Hukuku Tatbikatı**, İstanbul, 1975.

DURAL, Mustafa: **Miras Sözleşmeleri**, İstanbul, 1980.

DURAL, Mustafa/ÖZ, Turgut: **Türk Özel Hukuku Cilt IV Miras Hukuku**, 11. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2017.

ENGİN, Baki İlkay: **Mirastan Yoksunluk**, Beşir Kitabevi, İstanbul, 2010.

EREN, Fikret/YÜCER AKTÜRK, İpek: **Türk Miras Hukuku**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019.

EREN, Fikret: **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, 6. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2018, (Borçlar Özel).

EREN, Fikret: **Türk Medeni Hukukunda Ölüme Bağlı Tasarrufların İptali Davası**, Ankara, 1966.

ERSÖZ, Oğuz: **Türk Hukukunda Zina Sebebiyle Boşanma**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018.

GENÇCAN, Ömer Uğur: **Miras Hukuku**, 3. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016.

GÖNEN, Doruk: Ceza Mirasçılıktan Çıkarmanın Amacı ve Cezai Mirasçılıktan Çıkarmaya Tabi Kişilerin Kapsamı, **Prof. Dr. Hasan Erman'a Armağan**, Der Yayınları, İstanbul, 2015, ss. 327-340.

GÖNENSAY, Samim/ BİRSEN, Kemaleddin: **Miras Hukuku**, 2. Bası, İstanbul, 1963.

GÜMÜŞ, Mustafa Alper: **Borçlar Hukuku Özel Hükümler Kısa Ders Kitabı**, 3. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2018.

GÜNAL, Aydın Ebrar: **Mirasın Reddi ve Hukuki Sonuçları**, Aristo Yayınevi, İstanbul, 2018.

GÜNAY, Erhan: **Mirasçılık Sifatının Yitirilmesi**, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018.

HATEMİ, Hüseyin: **Miras Hukuku**, 6. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017.



HELVACI, İlhan: **Eski Medeni Kanunumuzla Karşılaştırmalı Olarak Türk Medeni Kanununa Göre Mirasın Reddi (MK. m. 605-MK. m. 618)**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2002.

İMRE, Zahit/ERMAN, Hasan: **Miras Hukuku**, 13. Basım, Der Yayınları, İstanbul, 2017.

İNAN, Ali Naim/Ertaş, Şeref/ALBAŞ, Hakan: **Türk Medeni Hukuku Miras Hukuku**, 10. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.

İŞGÜZAR, Hasan/DEMİR, Mehmet/YILMAZ, Süleyman: **Miras Hukuku**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019.

KILIÇOĞLU, Ahmet M.: **Miras Hukuku**, 8. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2018.

KOCAĞA, Köksal: Borç Ödemededen Aciz Sebebiyle Çıkarma, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt. 7, Sayı. 1, Yıl. 2005, ss. 83-102.

KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip: **Miras Hukuku**, 3. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1987.

KORKMAZ, Tekin: **Ölünceye Kadar Bakma Sözleşmesi**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2008.

KÖPRÜLÜ, Bülent: **Miras Hukuku Dersleri**, 2. Bası, İstanbul, 1985.

NAR, Ahmet: **Türk Miras Hukukunda Tenkis**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016.

OĞUZMAN, Kemal: **Miras Hukuku**, 5. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1991.

ÖZTAN, Bilge: **Miras Hukuku**, 8. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2017.

ÖZUĞUR, Ali İhsan: **Miras Hukuku Cilt I**, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016.

SAYMEN, Ferit H.: Aciz Sebebiyle Mirastan Iskat, **İstanbul Barosu Dergisi**, Cilt. XIII, Sayı. III, Yıl. 1939, s. 145-169.

SEROZAN, Rona: **Medeni Hukuk (Genel Bölüm / Kişiler Hukuku)**, 7. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2017.

SEROZAN, Rona: **Sözleşmeden Dönme**, Gözden Geçirilmiş 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2007.

SEROZAN, Rona/ENGİN, Baki İlkay: **Miras Hukuku**, 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018.



ŞAHİN, Ayşenur: Ölünceye Kadar Bakma Sözleşmesinin Hükümleri, **Prof. Dr. Hüseyin Hatemi'ye Armağan**, Cilt. 2, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2009, ss. 1447-1495.

ŞENER, Esat: Mirasçılık Sifatının Yitirilmesi ve Benzeri Haller, **Yargıtay Dergisi**. Cilt. 2, Sayı. 2, Yıl. 1976, ss. 81-103.

ŞENOCAK, Zarife: Cezai Iskat ve Cezai Iskatın Hükümleri, **Prof. Dr. Ali Bozer'e Armağan**, Ankara, 1998, ss. 421-429.

TANRIVERDİ, Ali Deniz: **Türk Medeni Hukukunda Mirasçılıktan Çıkarma**, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Konya, 2008.

TONGSİR, Ferih B.: **Türk Hukukunda Mirastan Iskat**, Yayımlanmamış Doçentlik Tezi, İstanbul, 1956.

VARDAR HAMAMCIOĞLU, Gülşah: **Bağışlama Sözleşmesi**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016.

YAĞCI, Kürşad: **Cezai Mirasçılıktan Çıkarma (Cezai Iskat)**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013.

YAVUZ, Cevdet/ACAR, Faruk/ÖZEN, Burak: **Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, 9. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2014.



TASARRUFUN İPTALİ DAVALARINDA KAMBİYO SENETLERİ BAĞLAMINDA ALACAKLI BORÇ İLİŞKİSİ

*(The Relationship Between the Creditor Debt in the context of
Foreign Exchange Bills in the Cancellation of Savings)*

Dr. Ahmet Cahit İYİLİKLİ¹

ÖZ

İcra ve İflas Kanunu'nda düzenlenen tasarrufun iptali davası, alacaklıya haciz ve satış yetkisi bahşeden şahsi bir alacak davası olduğundan, bu alacağın devir ve haczi mümkündür. Yargıtay tarafından geliştirilen iptal davasına konu tasarrufun, borcun doğumundan sonra yapılması gerekliliğine ilişkin şart, iptal davası açan alacaklının münhasır şahsından neşet eden bir alacak olmayıp, devir marifetiyle iktisap ettiği bir hak ya da alacak da olabilecektir. Nitekim iptal davası, münhasıran aciz vesikası lehtarına ya da borcun kurucu süjesi alacaklıya da mahsus değildir. Kaldı ki, davanın şahsi mahiyeti ve alacaklıya bahşettiği haciz ve satış yetkisi de buna müsait değildir. Borç hangi sebepten doğarsa doğsun, iptal davası ikame eden alacaklı kurucu ya da temel borç ilişkisinin bizatihi tarafı olmasa da, tasarruf tarihine nazaran borcun ilk doğduğu tarihe dayanacaktır. Takibin kambiyo senedine dayanması ihtimalinde devir şekillerine göre senedi iktisap eden şekli ve meşru hamil, kıymetli evrakta vücut bulan alacağına ilişkin takibi kesinleştirdikten sonra kıymetli evrakın vücutuna dayanak teşkil eden hukuki ilişkiye taraf olmasa dahi borcun doğduğu bu tarihe istinatla tasarrufun iptalini talep edebilecektir.

Anahtar Kelimeler: Tasarrufun İptali, Kambiyo Senedi, Alacaklı, Borç İlişkisi

ABSTRACT

Since the cancellation of the savings regulated in the Execution and Bankruptcy Law is a personal claim case that gives the creditor a foreclosure and sale authority, the transfer and sequestration of this receivable is possible. The condition that the saving subject to the cancellation proceedings developed by the Court of Cassation should be made after the birth of the debt may not be a credit originating from the exclusive person of the creditor who filed the cancellation lawsuit, but

1 Büyükkçekmece Asliye Hukuk Mahkemesi Hakimi, aciyilikli@hotmail.com, ORCID ID: 0000 0002 8858 2580

may also be a right or receivable acquired by the transfer. As a matter of fact, the annulment case is not exclusive to the beneficiary of the incapable document or to the creditor of the founding subject of the debt. Moreover, the personal nature of the case and the foreclosure and sale authorization granted to the creditor are not suitable for this. Regardless of the reason the debt arises, the cancellation case will be based on the date on which the debt was first born compared to the saving date, even if the creditor is not the founder of the subordinate or the basic debt relationship itself. In the event that the follow-up is based on foreign exchange deed, the form that acquires the deed according to the transfer forms and the legitimate bearer, after finalizing the follow-up regarding the receivable contained in the precious documents, will be able to request the cancellation of the saving with respect to the date of the birth of the debt even if it is not a party to the legal relationship that constitutes the body of the precious documents.

Keywords: Cancellation of Savings, Bill of Exchange, Creditor, Debt Relationship.

GİRİŞ

Tasarrufun iptali davaları, şahsi nitelikli, alacaklıya takibe devamla haciz ve satış yetkisi bahşeden basit muhakeme ve genel hükümlere tabi davalardandır. Biz bu başlık altında tasarrufun iptali davalarını etraflıca tetkik edecek değiliz. Bu tespitten referansla, söz konusu çalışma, Yargıtay 17. Hukuk Dairesinin 07.04. 2014 gün, 2012/15972 esas ve 2014/5149 karar sayılı bozma ilamına da konu olan bonoya dayalı takipte son hamil cirantanın, dayanak sözleşmeye taraf olmadığı, dolayısıyla borcun tasarruftan sonra doğduğu gerekçesiyle son cirantanın alacaklı sıfatıyla tasarrufun iptali davası açamayacağına ilişkin içtihadına mebni ve münhasırdır. Eldeki çalışma, haciz yolu ile takiplere münhasır olup, kamu alacaklarına ilişkin tasarrufun iptali davası da konumuz dışındadır. Aşağıda öncelikle çalışmamızla ilgili olan tasarrufun iptali davasının Yargıtay tarafından geliştirilen özel dava şartlarını tetkik ettikten sonra meseleyi alacaklı sıfatının iktisap edildiği hususları maddi hukuk kuralları çerçevesinde öğreti ve Yargıtay içtihatları² ışığında ele alıp, kanaatlerimizi paylaşacağız.

I. GENEL OLARAK

Takip hukuku bağlamında borçlu gerçek ya da tüzel kişi, haciz ve iflastan önce malvarlığı üzerinde kural olarak herhangi bir kısıtlamaya tabi olmaksızın borçlandırıcı ve tasarruf işlem ehliyetini haizdir. Dolayısıyla

² Yargıtay kararları doğrudan Uyap üzerinden temin edilmiştir.



haciz ve iflastan önce yapılan söz konusu borçlandırıcı ve tasarruf işlemleri geçerlidir. Hayatın olağan akışı içerisinde işleri bozulan ve haciz ya da iflas takibine maruz kalması muhtemel olan borçluların takipleri akim ve semeresiz bırakmak saikiyle alacaklılarının zararına olarak malvarlığını gizlemek için bir takım tasarruflarda bulunduğu tecrübe edilmektedir. Böylesi ihtimallerde borçluya karşı takibi kesinleştiren alacaklılar, haciz aşamasında hiç ya da yeteri kadar haczi kabil malvarlığı bulunmaması ihtimalinde takip hukuk anlamında borçluya karşı giriştikleri çaba semeresiz kalmaktadır. İşte borçlunun haciz ya da iflastan önce gerçekleştirdiği ve hukuken geçerli olan tasarrufları, iptal davası marifetiyle borçluya aitmiş gibi hacze ve satışa devam imkanı bahşedip, alacaklıların para ile tatmini sağlanacaktır. Dava şartları, yargılama yapılması ve uyuşmazlığın esası hakkında karar tesisi için varlığı ya da yokluğu gerekli olan hususlardır. Dava şartlarının varlığı, yargılamanın her aşamasında resen göz önüne alınabilecektir (HMK m.115). Davanın şartlarının eksikliği davanın usulden reddini muciptir. Ancak, dava şartı eksikliğinin giderilmesi mümkün ise ikmalî kesin süre verilmesine tazammundur. Kesin süre içerisinde eksiklik ikmal edilmez ise dava usulden, dava şartlarının mevcut olması ihtimalinde ise uyuşmazlığın esasının incelenmesine geçilecektir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 114. maddesinde sayılan hususlar tüm davalar yönünden geçerlilik taşıyan genel dava şartlarıdır. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 114/2 fıkrası; "Diğer kanunlarda yer alan dava şartlarına ilişkin hükümler saklıdır" hükmünü havidir. İcra ve İflas Kanunu'nda düzenlenen iptal davası ikamesi için alacaklının elinde aciz belgesinin bulunması gerektiği İcra ve İflas Kanunu'nun 277/1-b.1. fıkrasının açık hükmüdür. Dolayısıyla iptal davası bakımından aciz vesikası almak özel bir dava şartıdır³. Aşağıda öncelikle iptal davasının niteliği gereği aciz belgesi dışında Yargıtay tarafından geliştirilen özel dava şartları incelenecektir⁴.

A. Tasarrufun İptali Davasının Dinlenilme Şartları

İcra ve İflas Kanunu'nun 277 ve devamı maddelerinde düzenlenen tasarrufun iptali davası, borçlunun, alacaklılarına zarar veren bazı

3 ÖZTEK Selçuk, Tasarrufun İptali Davalarında Ortaya Çıkan Bazı Sorunlar ve Yargıtay'ın Bu sorunlara İlişkin Uygulaması, **Prof. Dr. Ergun Önen'e Armağan**, İstanbul 2003, s. 329; ÖZTEK Selçuk, **İcra ve İflas Hukukunda Borç Ödemeden Aciz Vesikası**, İstanbul 1994, s. 29; MUŞUL Timuçin, **İcra ve İflas Hukukunda Tasarrufun İptali Davaları**, Ankara 2017, s. 226.

4 " Dava, İİK'nun 277 ve devamı maddelerine dayanılarak açılmış tasarrufun iptali istemine ilişkindir. Bu tür davaların dinlenebilmesi için davacının davalı borçluda gerçek bir alacağının bulunması, borçlu hakkında yapılan bir icra takibinin kesinleşmiş olması, iptal konusu tasarrufun borcun doğumundan sonra yapılmış olması ve borçlu hakkında alınmış bir aciz belgesinin bulunması gerekli olup, bu şartların varlığı mahkemece resen değerlendirilmelidir." (17. HD 20.05.2009, 2951/3395).

tasarruflarını, davacı alacaklı bakımından, onun alacağı ölçüsünde hükümsüz hale getirmeye yarayan bir davadır. Alacaklının, borçlunun malvarlığı değeri üzerinden hakkını almasına engel olan ya da cebri icrayı devam imkânını sınırlayan⁵, güçleştiren yahut ortadan kaldırıp, borçlunun malvarlığını azaltıcı mahiyetteki⁶ zararına sebep olan hukuki fiiller⁷ tasarrufun iptali davasının konusunu oluşturacaktır⁸. Dolayısıyla iptal davasının genel koşullarından birisi de borçlunun iptale konu işleminin alacaklıları zarara uğratması⁹ ya da alacaklılardan birinin durumunun diğer alacaklılara nazaran ağırlaştırılmasıdır¹⁰. İptal davasında, davalının sorumluluğu, iptali mümkün tasarruftan önceki durumun iadesi ile sınırlıdır¹¹. İptal davası, aynı bir dava olmadığından, iptal isteminin kabul edilmesi halinde, takip konusu alacak miktarı ile sınırlı olarak, takip konusu alacak ve faiz ile masraf gibi eklentilerine yetecek oranda tasarrufun iptaline karar verilir ve alacaklıya dava konusu mal, hak ya da alacak üzerinde haciz ve satış istemi yetkisi tanınır¹². İptale tabi tasarrufla davalının zenginleşmesi şartı aranmaz¹³. Tasarrufun iptalinin kabulü kararı, hiçbir takyidattan etkilenmeden takip alacaklısı davacıya, tasarrufa konu mal, borçluya ait olarak hacze devam imkanı bahşeden şahsi¹⁴ bir alacak davasıdır. Tasarrufun iptali davası, aynı bir dava olmayıp, taşınmazlar bakımından tapuda herhangi bir değişiklik meydana getirme nitelik ve fonksiyonundan mahrum olduğundan¹⁵, tasarrufun

5 TUNCER Kazancı İdil, *Tasarrufun İptali Davalarında İspat*, Ankara 2015, s. 35.

6 UYAR Talih, *İcra ve İflas Hukukunda Tasarrufun İptali Davasının Konusu*, ABD 2011/1, s. 212.

7 TUNCER Kazancı, s. 34; Uyar, *İptalin Konusu*, s. 212; ERDÖNMEZ Güray, *Alacaklılara Zarar Verme Kastıyla Yapılan Tasarrufların İptali*, İstanbul 2019, s. 124, 125.

8 Umar Bilge, *Türk İcra- İflas Hukukunda İptal Davası*, İstanbul 1963, s. 55.

9 “Danışıklı bir hukuki işlem ile üçüncü kişilere zarar verilmesi, onlara karşı işlenmiş bir haksız eylem niteliğinde olduğundan, kural olarak danışıklı işlem (muvazaalı muamele) nedeniyle hakları zarara uğratılan üçüncü kişiler, tek taraflı veya çok taraflı olan bu hukuki işlemlerin geçersizliğini ileri sürebilirler. Ancak, danışıklı işlem ile üçüncü kişilerin haklarının zarara uğratıldığının benimsenebilmesi için onların, danışıklı işlemde bulunandan alacakları bulunmalı ve danışıklı işlem o alacağın ödenmesini önlemek amacıyla yapılmış olmalıdır.” (17. HD 12.12.2016, 2014/21228, 2016/11433).

10 TUNCER Kazancı, s. 36; ERDÖNMEZ, s. 9.

11 YILDIRIM Kamil, *İcra ve İflas Hukukunda İptal Davaları*, İstanbul 1995, s. 62.

12 “Dava İİK'nun 277 ve devamı maddeleri gereğince açılmış tasarrufun iptali istemine ilişkindir. Tasarrufun iptali davalarında İİK 281/II fıkra hükmüne göre hakim, iptale tabi tasarrufların konusu olan mallar hakkında alacaklının talebi üzerine ihtiyati haciz kararı verebilir. Teminatın lüzum ve miktarı mahkemece takdir ve tayin olunur. Anılan madde uyarınca ihtiyati haciz kararı verilebilmesi için ayrıca harç yatırılması gerekmediğinden kaldı ki davacı tarafından 27.4.2016 tarihinde ihtiyati haciz harcının da yatırılmış olması nedeniyle davacının talebi doğrultusunda davacının takip konusu alacak ve fer'ileriyle sınırlı olarak dava konusu taşınmaz hissesi üzerine anılan yasal düzenleme gereğince ihtiyati haciz konulması gerekirken yazılı gerekçe ile istemin reddine karar verilmiş olması doğru değildir.” (17. HD 27.09.2016, 10121/8295).

13 YILDIRIM, s. 162; ERDÖNMEZ, s. 152.

14 UMAR, *İptal*, s. 19; UYAR, *İptalin Konusu*, s. 217.

15 “Tasarrufun iptali davalarından maksat, tasarrufun butlanına hükmettirmektir. İptal davası

iptali davasının kabulü ile oluşan kesin hüküm otoritesi aynı taşınmaza ilişkin üçüncü kişiler tarafından tesis edilen şahsi kısıtlamaları doğrudan mürtefi kılamayacak ise de, alacaklı takibe devamla bu kısıtlamalara nazaran alacağını öncelikle elde etme hak ve yetkisini haiz olacaktır. Dolayısıyla tasarrufa konu mal üzerinde sınırlı aynı hak niteliğinde rehin ya da ipotek hakkı mevcut olsa bile, ihale bedeli rüçhanlı alacağa baliğ olmasına gerek kalmadan ihale konusu malın muhammen bedelinin yüzde ellisi oranından satışa çıkacaktır¹⁶. Yargıtay ise tasarruf işleminden sonra taşınmaza tescil edilen ipotek işleminin iptal davası açan alacaklıya karşı hüküm ifade etmeyeceğine¹⁷ ilişkin karar verdiği gibi, bu durumda

sabit olduğu takdirde, alacaklı davaya konu mal üzerinde cebri icra yoluyla hakkını alma yetkisi elde eder. Davanın konusu taşınmaz mal ise davalı üçüncü kişi üzerindeki tapu kaydının düzeltilmesine yer olmadan başka bir anlatımla, tapunun iptali ve tesciline gerek kalmadan o taşınmazın satışını isteyebilir. Bundan dolayı somut olayda, iptal şartlarının oluştuğunun tespit edilmesi halinde, tasarrufun davacının tasarruf tarihine kadar olan alacağının miktarını geçmemek üzere iptaline karar verilmesi gerekirken bu taşınmazın borçlu adına tapuya tesciline karar verilmesi de doğru olmamıştır..." (17. HD. 08.04.2013, E.2012/16475, K.2013/5036).

- 16 "Türk Medeni Kanunu'nun 858. maddesinde; "Taşınmaz rehni, tescilin terkinin veya taşınmazın tamamen yok olmasıyla sona erer" hükmü yer almaktadır. Bu madde uyarınca ipotek, tapudan terkin edilmediği sürece geçerliliğini sürdürür ise de tasarrufun iptali kararı ile taşınmazın kaydı durumu, iptal edilen tasarruftan önceki haline döner. Bu durumda, somut olayın incelenmesinde; şikayete konu taşınmazın borçlu tarafından 3. kişi Mustafa Çamlıdağ'a 02/11/2005 tarihinde satıldığı, adı geçen borcundan dolayı Garanti Finansal Kiralama A.Ş. lehine 06/09/2006 tarihli 1. dereceden ipotek tesis edildiği, buna göre ipoteğin tasarrufun iptaline konu devir işleminden sonra tesis edildiği, Adana 1. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 23/09/2010 tarih ve 2007/283 E., 2010/525 K. sayılı tasarrufun iptali konulu kararı ile şikayete konu taşınmazın 02/11/2005 tarihinde borçlu tarafından 3. kişi Mustafa Çamlıdağ'a yapılan satışına ilişkin tasarrufun iptali ile alacaklıya şikayete konu takip dosyasına münhasır ve takip konusu alacakla sınırlı olmak üzere haciz talep etme yetkisi tanındığı görülmüştür. Hal böyle olunca, taşınmaz kaydı durumu iptal edilen tasarruftan önceki hale döneneğinden iptal edilen satış işleminden sonra konulan ipotek nedeniyle ipotek alacaklısının ipotek hakkının mevcudiyetini korumayacağını kabulü gerekeğinden mahkemenin ipotek alacağının rüçhanlı alacak olduğu ve İİK'nun 129. maddesi gereğince ihale bedelinin rüçhanlı alacak olan bu ipotek bedelini de karşılaması gerektiğine ilişkin gerekçesi yerinde bulunmamıştır." (12. HD 30.10.2017, 2016/22604, 2017/13249). Bu karara yönelik eleştiri ve ipotek alacaklısının tapuya güvenden kaynaklanan kazanımının önceliğinin korunmasına ilişkin bkz. MERİÇ Nedim, Türk- İsviçre Hukukunda Paylaşırma Kuralları Ve Sıra Cetveline Müracaat Yolları, Ankara 2015, s. 127.

- 17 "Taraflar arasındaki sıra cetveline itiraz davasının yapılan yargılaması sonunda ilamda yazılı nedenlerden dolayı davanın reddine yönelik olarak verilen hükmün süresi içinde davalılar vekilince temyiz edilmesinde dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü: Bedeli paylaşımına konu 1047 parsel sayılı taşınmaz T. Filtre A.Ş. tarafından 29.8.1995 tarihinde O. Filtre A.Ş.'ne satılmıştır. Satıştan sonra bu taşınmaz üzerinde O. Bankası lehine 29.8.1995 tarihinde, İş Bankası lehine 22.11.1995 tarihinde ipotekler tesis edilmiştir. Davacı Vergi Daireleri T. Filtre A.Ş.'nin tasarrufunun iptali için açtığı dava kabul edilmiştir. İİK. nun 283. maddesine göre hacizde iptal davasını kazanan alacaklı, tasarruf konusu malın borçlununmuş gibi haciz ve satışını isteyebilir. Satış sonucu elde edilen paradan alacağını alır. Tasarruf, iptal davası açan alacaklıya karşı hüküm ifade etmeyeceğinden, sonradan lehine ipotek tesis edilen alacaklılar ile haciz uygulayan alacaklıların iptal edilmiş tasarruf oranında davayı kazanmış alacaklıya karşı önceliği bulunmamaktadır. Diğer bir anlatımla davayı kazanan alacaklıya iptal edilen tasarruf oranında, taşınmazı devralan kişinin verdiği ipoteklerle alacaklı olanlar ile sonradan haciz uygulayan alacaklılardan önce ödeme

dahi taşınmazı devralan üçüncü kişi alacaklının, sonradan tesis ettiği aynı teminatın (ipoteğin), ipotek sahibi bakımından cebri icra yetkisi verilen alacaklıya dahi önceliğini koruduğuna ilişkin karar¹⁸ da vermiştir.

Tasarrufun iptali davalarının amacı, borçlunun tasarruf yetkisinin kısıtlanmamış olduğu süreçte alacaklılarından mal kaçırmak saikiyle, muvazaalı ve kötü niyetli olarak aleyhine yapılan takipleri akim ve semeresiz kılan tasarrufları, alacaklı bakımından hükümsüz ve etkisiz sayan, borçlunun muvazaalı olarak malvarlığını aktif kısmından ötelediği dava konusu mal üzerinde sanki mülkiyet hakkı borçluya ait gibi cebri icraya devam imkanı sağlayarak¹⁹, davacı alacaklıyı bu malvarlığından tatmine hizmet etmektir. İptal davası, alacaklıya alacağını tahsil olanağını sağlayan, şahsi nitelikte yasadan doğan bir dava olup, tasarrufa konu malların aynı ile ilgili değildir. Davanın kabulü halinde takip alacaklısı takip alacağı ile sınırlı olarak takibe devam imkanı sağlayıp, sicile kayıtlı malvarlığında herhangi bir değişikliğe mahal olmaksızın borçlu malikmiş gibi takibe devamla alacaklının tatmini sağlanır²⁰. Dolayısıyla iptal davası, halen mevcut malvarlığı için yapılabilecek tasarruf memnuniyetini daha evvel elden çıkarılmış olan mallara teşmil etmektir²¹. Tasarrufun iptali davaları da şahsi dava niteliğinde olduğundan, dava sonucunda oluşacak kesin hüküm, dava ikamesinden önce tesis edilen şahsi ve aynı kısıtlamalar ile tedbir kararına etki etmeyecektir. Bu sebeple, bu kısıtlamalara yönelik

yapılmalıdır. Mercii hakimliğince bu yönler gözetilerek şikayetin kabulü gerekirken, yazılı gerekçeyle reddinde isabet görülmemiştir...” (19. HD., 30.11.2000, 7450/8250). Bu karara yönelik eleştiri ve ipotek alacaklısının tapuya güvenden kaynaklanan kazanımının önceliğinin korunmasına ilişkin bkz. MERİÇ, s. 127.

- 18 “İİK’nun 283/1.maddesine göre; “Davacı, iptal davası sabit olduğu takdirde, bu davaya konu teşkil eden mal üzerinde cebri icra yolu ile hakkını almak yetkisini elde eder ve davanın konusu taşınmazsa, davalı üçüncü şahıs üzerindeki kaydın tashihi mahal olmadan o taşınmazın haciz ve satışını isteyebilir.” Satış ile 3. kişiye geçen mülkiyet, tasarrufun iptaline karar verilmesi ile borçluya geri dönmez. Yalnızca, alacaklıya, 3. kişiye ait taşınmaz üzerine haciz koydurarak sattırmak suretiyle alacağını tahsil imkanı verir. Hacze dayanak yapılan tasarrufun iptali ilamında da, anılan yasa hükmüne uygun olarak yalnızca satış işleminin iptaline karar verilmesiyle yetinilmiş olup, 3. kişi adına olan tapu kaydının iptali ile borçlu adına tesciline dair bir hüküm kurulmamıştır. Bu nedenle taşınmazın mülkiyeti 3. kişiye aittir. Tasarrufun iptali davası, takip alacaklısı ile takip borçlusu A. D.İ ve taşınmaz maliki İ. H.İ.G. arasında görülmüş olup, anılan davada ipotek alacaklısı banka taraf olmadığı gibi ipoteğin kaldırılması da söz konusu değildir. Dolayısıyla tesis edilen ipotek bedeli hala rüçhanlı alacak kapsamındadır.” (12. HD., 16.06.2015, 11663/16721).
- 19 “İİK’nun 281/2. maddesinde düzenlenmiş olan ihtiyati haczin, İİK’nun 257 ve devamı maddelerinde düzenlenen ihtiyati hacizden farklı olduğundan, davayı kazanan davacı alacaklının, İİK’nun 281/2. maddesi kapsamındaki ihtiyati haczin dayanağı olan ilamı bir aylık süre içinde, icra dairesine ibraz etmesinin zorunluluğu bulunmamaktadır. İİK’nun 264/3. maddesi hükmü burada uygulanmayacağından, tasarrufun iptali davası sırasında verilen ihtiyati haciz, tasarrufun iptali kararı ile kesin hacze dönüşür. Alacaklı, tasarrufun iptali ilamını asıl icra dosyasına ibraz ederek cebri icraya devam edebilir. İİK’nun 281/2. maddesine dayalı olarak konulan ihtiyati haciz kararları 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 389 ve devamı maddelerinde düzenlenen ihtiyati tedbir niteliğinde değildir.” (12. HD 05.11.2015, 19229/27046); Aynı yönde bkz. (17. HD 18.10.2010, 591/8433).
- 20 ÜSTÜNDAĞ, Tapu Kütüğü, s. 60.
- 21 AYİTER Kudret, **Medeni Hukukta Tasarruf Muameleleri**, Ankara 1953, s. 144.



olarak taşınmazın satışından sonra sıra cetveline itiraz davasında; alacağın varlığı ve sırası gündeme getirilecektir. İşte İİK 281. maddesinde²² kanun koyucunun yerinde ve haklı olarak ihtiyatî hacizden bahsetmesi buna güzel bir örnektir. Zira bu davalar şahsî alacak davası niteliğinde olduğundan, alacaklının tatminini sağlamaya daha elverişlidir. Aksi halde haksız öne geçmeler ve muvazaalı işlemlere kapı aralanacaktır. Takip hukuku bakımından tasarrufa konu olan hususa mahsus alacaklısına cebri icraya devam imkanı bahşeden bu davanın bazı dinlenebilirlik şartları vardır. Davacı alacaklının aciz belgesine sahip olması (İİK. m. 277/1/b.1)²³ ve borçlunun fiilinin alacaklıları zarara uğratmasına ilişkin dava şartlarından başka Yargıtay tarafından kabul edilen borcun tasarruftan öncesi doğması²⁴, davacı alacaklının, borçludaki alacağının gerçek olması²⁵

22 İİK 278 ve devamı maddelerinde düzenlenen tasarrufun iptali davaları şahsi dava niteliğinde olup, özünde alacaklının tatminine yöneliktir. Uygulamada özellikle tasarrufa konu taşınmazın tapudaki resmi değeri ile sürüm değeri arasında aşırı nispetsizliğe yönelik dava sebebi hukuka uygun ancak adalete aykırı sonuçlar doğurmaktadır. Bu davalar genellikle şekli gerçek maddi gerçeği gölgelemekte, sübjektif hak zedelenmekte hatta kötü niyetli üçüncü kişilere muvazaa için kapı ve ortam hazırlanmaktadır. Zira taşınmazların belediyelerdeki satış için öngörülen resmi değerler ile sürüm değerleri arasında aşırı fark bulunmaktadır. Her ne kadar hiç kimse kendi muvazaasına dayanamaz ise de sırf bu sebepten, yani yargı marifetiyle insanlar mağdur da edilmemelidir. Benzer durum şufa davaları için de geçerlidir. Devletin resmi kurumlarının verdiği taban değerlerin güncel sürüm değerine uygun olması gerekmektedir. Taşınır satışlarında noterler kasko değerini uyguladığından benzer duruma rastlanmamaktadır. Burada kanuna karşı hile de yani kanuna uygun davranarak kanunun istemediği, arzulamadığı bir durum yoktur. Bilakis kişiler taşınmaz satımında gerçek irade ile görünürdeki irade eşdeğerdir. Ancak resmi kurum olan belediyenin değerlerini baz almaktadır. Devletin resmi değerler ile güncel sürüm değerlerini eşitleyerek vergi oranını indirmesi de hem üçüncü kişilerin salt kanunun uygulayarak hukuki ilişkinin taraflarına zarar vermesinin önüne geçmek hem de daha fazla taşınmaz satımından daha fazla gelir elde etmesi bakımından tavsiye edilecek idari bir tasarruftur. Kaldı ki HGK'nun satış vaadine dayalı tescil davalarında devletin yaptığı yargılama hizmeti bakımından alması gereken harç noktasında keşif yapılarak taşınmazın güncel değerinin hesaplanması gerektiğine ilişkin kararı özel hukuk yargılamalarında tarafların eşitliği ilkesine aykırılık oluşturacaktır.

23 “ Davacı tarafından aciz belgesinin davanın sonuna kadar hatta tashihi karar aşamasında dahi sunulabileceği dairemizin yerleşmiş içtihatlarındandır.” (17. HD 04.11.2013, 13055/14971); UYAR Talih, Tasarrufun İptali Davasının Tarafları, **Prof. Dr. Fırat Öztan'a Armağan**, Ankara 2010, s. 2252; Aksi yöndeki görüşler için bkz. BERKİN, s. 498; OLGAC, s. 459; ÖZTEK, **Aciz Vesikası**, s. 71.

24 “Somut olayda 1.3.2000 tanzim, 5.4.2000 vadeli senet nedeniyle davalı Fuat borçlu, Fa. H. K. kefil sıfatıyla davacıya 10.000.00-YTL borçlu olup haklarındaki 15.3.2001 tarihli icra takibi 2.4.2001 tarihinde kesinleşmiştir. 12.4.2004 tarihli haciz tutanağından davalıların 350.00-YTL'lik menkul malları dışında başka haczi 1.3.2000 tarihinde olmadığı, Marmara Ereğlisi'ndeki taşınmazlarının değeri de 9.248.50-YTL olarak belirlenmiş ve davacı alacağından önce dört tane haciz olduğu dolayısıyla borçluların mevcut mallarının borca yetmediği 12.4.2004 tarihli haciz tutanağının İİK'nun 105.maddesindeki geçici aciz vesikası niteliğinde olduğu menkul anlaşılmalıdır. Takip konusu borç 1.3.2000 tarihinde doğmuş, takip 15.3.2001 tarihinde, tasarruf ise 18.4.2000 tarihinde yapıldığından borcun doğumundan sonra yapılan tasarruf süre yönünden diğer şartların varlığı halinde iptale tabidir...” (17. HD 08.10.2007, 4394/3010).

25 “İcra ve İflas Kanununun 277 ve izleyen maddelerinde düzenlenen tasarrufun iptali davalarında amaç, borçlunun haciz ya da iflasından önce yaptığı ve aslında geçerli olan bazı tasarrufların geçersiz ya da “iyiniyet kurallarına aykırılık” nedeniyle alacaklıya karşı sonuçsuz kalmasını ve dolayısıyla o mal üzerinden cebri icraya devamla alacağın

ve borçlu hakkındaki icra takibinin kesinleşmiş olmasına muhtaç özel dava şartları mevcut olmalıdır²⁶. Bu özel dava şartları aşağıda alt başlıklar halinde ele alınacaktır.

1. Takibin Kesinleşmesi

Tasarrufun iptali davasının dinlenilme koşulu, evvela dava tarihinden önce ya da dava sırasında alacaklı davacı tarafından başlatılıp, kesinleştirilen bir takibin varlığına merbuttur²⁷. Kesinleşmiş takip için

tahsilini sağlamaktır. Bu özelliğinin doğal sonucu olarak davanın görülebilmesi için alacağın varlığı diğer bir deyişle tasarrufta bulunun kişinin borçlu olması ve alacağın bir aciz belgesine bağlanmış olması gereklidir. Davalı üçüncü kişiler aciz belgesine bağlanmış olan alacağın gerçekte olmadığını iddia ve ispat edebilirler. Dolayısı ile bu tür davaların dinlenebilmesi için, davacının borçludaki alacağının gerçek olması, dava ön koşuludur. Eğer davalı borçlunun alacaklıya gerçek bir borcu olmadığı iddia ediliyorsa bu durumda öncelikle tasarrufta bulunanın borçlu sıfatı çözümlenmelidir. Aksi takdirde kötü niyetli kişilerin malvarlığındaki bir unsuru iyiniyetle üçüncü kişilere devrettikten sonra işbirliği ile eski tarihl borç senedi vererek elinden çıkardığı malları iptal davası yolu ile geri alması mümkün olabilir. Üçüncü kişilerin yargı eli ile zarara uğratılması mümkün değildir. Tasarrufun iptali davalarında alacaklıya alacağının tahsil imkanı sağlanırken, alacaklının alacağının şeklen varlığı değil gerçekliğinin de amaçlandığını göz ardı edilmemesi gerekmektedir. Somut olayda, takip konusu senet 22.03.2012 tarihinde düzenlenmiş olup takibe konu alacak 411.476,71 TL dir. Davacı alacaklı N., borçlu S.'in nişanlisunun annesi olduğu ve paranın kuyumcu olan borçluya elden verildiği iddia edilirken, davalı üçüncü kişi E., alacağın gerçek olmadığını senedin sonradan düzenlendiğini ileri sürmektedir. Öte yandan, dosya kapsamından borçlu ve taşınmazın ilk maliki babası arasında bu taşınmazın satışı ile ilgili olarak arasında husumet olduğu, karşılıklı olarak sürekli uyumsuzluk içinde buldukları da sabittir. Bu durumda, mahkemece yapılacak iş, kuyumcu olan borçlunun ticari defterlerinde senedin düzenlendiği tarihte bu miktar bir para girişi olup olmadığı, alacağın gerçek olup olmadığı araştırılarak toplanan ve toplanacak deliller birlikte değerlendirilerek oluşacak sonuca göre karar vermekten ibarettir." (17. HD., 24.11.2015, 2014/4375, 2015/12653).

- 26 "Dava, İİK.nun 277. ve devamı maddelerine dayanılarak açılmış tasarrufun iptali istemine ilişkindir. Bu tür davaların dinlenebilmesi için davacının davalı borçluda gerçek bir alacağının bulunması, borçlu hakkında yapılan icra takibinin kesinleşmiş olması, iptal konusu tasarrufun borcun doğumundan sonra yapılması ve borçlu hakkında alınmış aciz belgesinin bulunması gerekli olup bu şartların varlığı mahkemece re'sen değerlendirilmelidir. Somut olayda davalı İhsan Özkan'ın 5.4.2005 tanzim 28.4.2005 vadeli 150.000.00.YTL bono karşılığı davacıya borçlu olduğu, hakkında yapılan icra takibinin kesinleştiği, 10.6.2005 tarihli iptali istenen tasarrufun borçtan sonra yapıldığı ve borçlu hakkında alınan 2.11.2007 tarihli aciz belgesinin dosyaya sunulduğu anlaşılmaktadır. Mahkemece takip konusu senedin dava dışı borçlusunu Sates Özel Sağlık Hizm.Petrol San. Tic. Ltd.Şti hakkında ödeme emrinin çıkarılmadığı davalı borçlu adına başka taşınmaz bulunduğu ve tasarruf tarihinde borçlunun malvarlığının yeterli olduğu gerekçesiyle dava şartının oluşmadığı belirtilerek dava reddedilmiş ise de, varılan sonuç dosya içeriğine uygun düşmemektedir. Davacı alacaklı bono borçlusunu davalı İhsan hakkında icra takibi yapmış olup davalı borçlu yönünden takip kesinleşmiştir. Ayrıca borçlu hakkında 2.11.2007 tarihli kat'ı aciz belgesi de ibraz edildiğine göre davanın esasına girilerek İİK.nun 277 ve devamı maddeleri gereğince inceleme yapıp sonucuna göre karar verilmesi gerekirken yazılı olduğu şekilde hüküm tesisi isabetli görülmemiştir." (17. HD 25.09.2009, 2951/3395).
- 27 "Dava İİK.nun 277 ve devamı maddeleri uyarınca açılan tasarrufun iptali isteğine ilişkindir. Tasarrufun iptali davasının ön şartı borçlu davalı hakkında yapılmış ve kesinleşmiş bir icra takibinin bulunması, davacı tarafından borçlunun aciz halini gösterir aciz belgesi ibraz edilmesi ve borcun tasarruf tarihinden önce doğmuş olması gerekir. Somut olayda alacaklı davacı tarafından borçlu davalı Anadolu Mesken Yapı Org. Tur. İnş. Taah. San. İç ve Dış Tic. A.Ş.nin aleyhine Ankara 25.İcra müdürlüğünün 2004/2146 sayılı dosyaları ile takip yapılmış



ise alacaklının, borçluya karşı başlattığı takip üzerine kesin haciz işlemi gerçekleşmiş, takibe konu ettiği alacağını elde edememiş ve durumun icra müdürlüğünce tevsik edilmesi gereklidir²⁸. Dolayısıyla takibin kesinleşmesinden anlaşılması gereken, kesin haciz talep hakkının doğmasıdır²⁹. Kesinleşmiş bir icra takibinin varlığı, tasarrufun iptali davası açılması için gerekli olan aciz vesikası ile bağlantılıdır³⁰. Nitekim İİK'nun 277. maddesi gereğince tasarrufun iptali davasının ikamesi, alacaklı elinde kesin ya da geçici aciz³¹ belgesinin varlığına müncerdir³². Zira iptal davası, alacaklının zarar uğramış olması, bir diğer ifadeyle alacağını tamamen ya da kısmen borçlunun malvarlığından tahsil edememiş olmasına bağlıdır³³. Bu sebeple, ihtiyati haciz ya da geçici haciz sırasında tutulan haciz tutanakları aciz vesikasına kaim olmayacaktır. Meğerki kesin haciz yapılsın ve borçlunun malvarlığı alacaklıyı tatmine kifayet etmesin. Biz burada takip usulleri ve kesinleşme şartlarını incelemeyeceğiz. Buna karşın, takip, icra mahkemesince iptal edilmiş ise, kesinleşmiş bir takip şartı gerçekleşmeyeceğinden tasarrufun iptali davası mesmu olmayacaktır. Tasarrufun iptali davası derdest iken takibin iptaline ilişkin bir davanın varlığı kanaatimizce tasarrufun iptali davası bakımından bekletici mesele yapılmalıdır³⁴. Yargıtay, davacı alacaklının, tasarrufun iptali dışında muvazaa hukuki sebebine dayalı olarak iptal isteminde bulunması ihtimalinde dahi, herhangi bir icra takibine gerek olmaksızın İİK'nun 283/1 maddesi kıyasen uygulanarak iptal ve tescile mahal olmaksızın davacının haciz ve satış yetkisi talep edebileceğini

olduğu bu takibin Ankara 10. İcra Hukuk Mahkemesinin 2008/1082-1302 sayılı kararı ile İİK.nun 71/2 ve 33/a maddeleri uyarınca zamanasımı nedeniyle icranın geri bırakılmasına karar verildiği anlaşılmıştır. Bu durumda mahkemece davacı tarafından İİK.nun 33a/2 maddesi uyarınca dava açılıp açılmadığının araştırılarak dava açılmış ise sonucunun beklenilmesi, davacı tarafından dava açılmamış olması ve borçlu davalı tarafından açılan icranın geri bırakılmasına dair kararın kesinleşmiş olması halinde geçerli bir icra takibinin varlığından söz edilemeyeceğinden davanın reddine karar verilmesi gerekirken yazılı olduğu üzere davanın kabulüne karar verilmiş olması doğru bulunmamıştır." (17. HD 03.11.2011, 2228/10229).

28 TUNCER Kazancı, s. 115.

29 ALBAYRAK Hakan, Tasarrufun İptali Davalarında Yargıtay Tarafından Kabul Edilen Özel Dava Şartları, **AÜHF** 2015, s. 64 (4), s. 938.

30 ALBAYRAK, s. 940.

31 ÖZTEK, **Aciz Vesikası**, s. 30. "Muvakkat aciz vesikasının bir tek hükmü vardır ki, o da alacaklının iptal davası açabilmesidir."

32 ÖZTEK, **Aciz Vesikası**, s. 30.

33 ÖZTEK, **Aciz Vesikası**, s. 68.

34 Gerek Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda gerekse İcra ve İflas Kanunu'nda bekletici mesele kararına karşı itiraz ya da kanun yoluna başvuru hususunda açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Kanaatimizce gerek kamu düzeninden sayılan usul ekonomisi ilkesi, gerekse sübjektif hakların makul sürede himaye altına alınması için Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda yapılacak bir değişiklikle ilk derece mahkemelerince bekletici meseleye dair ara kararları üst kanun yoluna (İstinaf) tabi olmalıdır.

kabul etmiştir³⁵. Lakin borçlu hakkında takip yapmadan salt muvazaaya dayalı olarak TBK'nun 19. maddesi marifetiyle alacaklıya haciz ve satış yetkisi tanımak, tasarrufun iptali davasındaki alacaklı ile arasındaki eşitlik ve muvazeneyi bozduğu gibi, ikisi arasında sıra cetvelinin nasıl düzenleneceği ve diğer alacaklıların haczine nasıl iştirak edeceği belirsiz olduğundan dolayı haklı olarak öğretilen eleştiriye maruz kalmıştır³⁶. Kaldı ki, tasarrufun iptali davası, geçerli olan hukuki işlemlere, muvazaaya dayalı iptal davası ise, geçerli olmayan ve hukuki sonuç doğurmayan işlemlere karşı ikame edilecektir.

2. Gerçek Bir Alacağın Mevcudiyeti

İptal davası, yukarıda da bahsettiğimiz üzere, takip hukuku kurallarına uygun ve kesinleşmiş bir alacağın varlığına muhtaçtır. Bu sebeple, kural olarak tasarrufun iptali davasının yargılanmasının yapıldığı mahkeme, icra takibinin kesinleşip kesinleşmediğini şeklen incelemekle iktifa edip, resen alacaklının alacağının varlığını tetkik edemez³⁷. Nitekim Kanun'da da buna ilişkin bir düzenleme yoktur. Yargıtay ise, iptal davasında alacaklının gerçekte alacaklı olmasını aramakta³⁸, salt kesinleşmiş bir icra takibinin varlığını yeterli görmemektedir. İptal davasında davalılar, takip borçlusu ve lehine işlem yapılan üçüncü kişi ve mirasçuları arasında zorunlu dava ortaklığı bulunsa dahi davacı alacaklının gerçek bir alacağının bulunmadığı, davalı takip borçlusu ile davacı alacaklının muvazaalı olarak kendisine zarar verilmek istendiği iddiası üçüncü kişiler tarafından da ileri sürülebilecektir. Böylesi bir iddianın ileri sürülmesi ihtimalinde, alacağın mevcudiyeti, tasarrufun iptali davasında araştırılmasını mucip kılacaktır. Şayet üçüncü kişi, borçlu ile alacaklının işbirliği ve muvazaalı şekilde suni borç oluşturduğu savunmasında bulunursa, aynı dava içerisinde bu savunmanın tahkik edilmesi elzemdir. Zira tasarrufun iptali davasının dinlenilme koşullarından birisi de, gerçek bir borç doğumu, yani alacaklının gerçek bir borç ilişkisi sebebiyle taraf sıfatını haiz olmasını havidir. Tasarrufun iptali davası, İcra ve İflas Kanunu'nda düzenlenmekle birlikte genel hükümlere göre ikame edilen şahsi nitelikteki davalardır.

35 " Dava TBK'nun 19. maddesi gereğince muvazaa hukuksal nedenine dayalı iptal istemine ilişkindir. Davacının iddiasını kanıtlaması halinde iddianın, alacağın tahsiline yönelik bulunduğu da gözetilerek İİK 283 maddesi kıyasen uygulanarak iptal ve tescile gerek olmaksızın davacıya haciz ve satış isteyebilmesi yönünden hüküm kurulması gerekecektir." (17. HD 28.02.2017, 2015/1678, 2017/2111).

36 ERDÖNMEZ, s. 406.

37 YILDIRIM Kamil, **İcra ve İflas Hukukunda İptal Davaları**, İstanbul 1995, s. 253; Albayrak, s. 941.

38 "Dava, İİK.nun 277 ve devamı maddeleri uyarınca açılan tasarrufun iptali isteğine ilişkindir. Bu tür davalarda öncelikle davacının borçludan gerçek bir alacağının bulunması ve yapılan tasarrufun da alacaklılardan mal kaçırma amacına yönelik olması gerekir." (17. HD 05.11.2013, 11822/15085).



Nitekim, İcra ve iflas Kanunu, tasarrufun iptali davalarında senetle ispat kuralından ayrı olarak hakim delilleri serbestçe değerlendirebileceğini kabul etmiştir³⁹. Her ne kadar davanın düzenlendiği yer, dinlenebilirlik şartları ve etkisi, takip hukuku hükümlerine tabi ise de, davalı alacaklının gerçekte alacaklı olmadığı, borçlu ve alacaklının muvazaalı borç oluşturarak⁴⁰ tasarrufun iptaline konu işlem veya eylemi yaptıkları iddiası ile delillerin değerlendirilmesi⁴¹ takip hukukunun şekli kurallarına göre değil, maddi hukukun ispat kurallarına⁴² göre hayatın olağan akış ile mantık ve tecrübe kuralları⁴³ çerçevesinde yapılmalıdır. Davacı, iptal

39 YILDIRIM, *İptal Davaları*, s. 166.

40 "İptali istenen tasarrufun yapıldığı 17.9.1998 tarihinde davacının doğmuş bir alacağının bulunmadığı, davacı ile davalılardan B. Ş. arasında Bulgaristan'da 1997 yılında yapılan özelleştirme sonucu satın alınan şirket hisseleri nedeniyle kurulu bulunan ortaklığın, alacak borç ilişkisinin temeli olarak değerlendirilemeyeceği, tasarrufa konu taşınmaz üzerinde davacı lehine oluşturulan 9.12.1999 tarihli ipotegün, 27.8.2002 tarihinde davacının talebi üzerine terkin edildığının anlaşılması karşısında, taşınmazın devrine ilişkin tasarrufun muvazaalı iddiasıyla iptalinin istenebilme olanağı bulunmamakta olup, dosyadaki tutanak ve kanıtlara, mahkeme kararında açıklanan gerekçeleri nedenlere ve özellikle delillerin değerlendirilmesinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre, usul ve yasaya uygun bulunan direnme kararının onanması gerekir..." (HGK., 14.02.2007, 4-79/77).

41 "İİK.nun 278.maddesinde akdin yapıldığı sırada kendi verdiği şeyin değerine göre borçlunun ivaz olarak pek aşağı bir fiyat kabul ettiği ve yasanın bağışlama hükmünde olarak iptale tâbi tuttuğu tasarrufların iptali gerektiğinden mahkemece ivazlar arasında fark bulunup bulunmadığının incelenmesi, satılan taşınmaz üzerinde, ipotek ve haciz kayıtları varsa, alıcı taşınmazı bu kayıtlarla yükümlü olarak satın almış olduğundan, satışın bunların tamamı üzerinden yapıldığının kabulü gerektiği, bu nedenle oransızlığın belirlenmesinde tapu kaydındaki ipotek ve haciz miktarının da göz önünde tutulması gerektiği, aynı maddede sayılan akrabalık derecesi vs. araştırılması gerektiği, keza İİK.nun 280.maddesinde malvarlığı borçlarına yetmeyen bir borçlunun alacaklılarına zarar vermek kastıyla yaptığı tüm işlemler, borçlunun içinde bulunduğu mali durumu ve zarar verme kastının işlemin diğer tarafınca bilindiği veya bilinmesini gerektiren açık emarelerin bulunduğu hallerde tasarrufun iptal edileceği hususu düzenlendiğinden yapılan işlemde mal kaçırma kastı irdelenmeli, öte yandan İİK.nun 279.maddesinde de iptal nedenleri sayılmış olup bu maddede yazılan iptal nedenlerinin gerçekleşip gerçekleşmediği de takdir olunmalıdır..." (17. HD., 10.11.2015, 9744/11888).

42 "Somut olayda, aciz hali sabit olan borçlunun borcun doğumundan sonra dava konusu tasarrufu gerçekleştirdiği bu hali ile dava ön koşullarının mevcut olduğu anlaşılmaktadır. Dava konusu taşınmazın satışında ivazlar arasında fahiş fark olmadığı ve İİK' nun 278. madde kapsamında davalılar arasında yakın akrabalık bağı olmadığı da tespit edilmiş ise de mahkemece satışın mal kaçırma amacı ile yapıldığının ispatlanmadığı yönündeki tespit yerinde değildir. Dosya içerisindeki tapu kayıt ve diğer belgelere göre dava konusu taşınmaz öncesinde 21.09.2000 tarihinde davalı borçlu, üçüncü kişi ve dava dışı M. T. adına tapuya tescilli iken 19.08.2011 tarihinde anılan şahıs hisselerini davalı borçlu ve üçüncü kişiye satmış, 08.09.2011 tarihinde ise birlikte çekilen kredi karşılığında İş Bankası tarafından her iki davalının hisseleri üzerinde ipotek tesis edilmiştir. Bu maddi bulgular birlikte değerlendirildiğinde İİK'nun 280.maddesi gereğince üçüncü kişinin borçlunun mali durumunu ve alacaklılarını ızzar kastını bildiği veya bilmesi gereken kişilerden olduğu sabittir. Bu nedenlerle mahkemece davanın kabulüne karar verilmesi gerekirken hatalı değerlendirme ile yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırıdır." (17. HD. 22.01.2016, 2014/20934, 2016/10741).

43 YILDIRIM, *Delillerin Değerlendirilmesi*, s. 117.

davasası sabit olduğu takdirde⁴⁴, tasarruf konusu mal üzerinde cebri icra yolu ile hakkını almak yetkisini elde eder ve tasarruf konusu taşınmaz mal ise, davalı üçüncü şahıs üzerindeki kaydın düzeltilmesine gerek olmadan o malın haciz ve satışını isteyebilir (İİK. m.283/1)⁴⁵. Tasarrufun iptali davalarında davacı alacaklının gerçek bir alacağının mevcut olup olmadığı hadisesi usule değil, esasa ilişkin bir husus olduğundan, gerçek bir alacağın bulunmaması faraziyesinde mahkemece tesis edilecek hüküm, sıfat yokluğunu tazammun eden esasa dair bir red kararı olacaktır⁴⁶. Mahkemece alacaklının gerçek bir alacağının bulunmadığına ilişkin itirazın iptal davasında değerlendirilmemesi ya da böyle bir itirazın iptal davasında ileri sürülmemesini müteakip tasarrufun iptali davasının kabulü sonrası tesis edilen hükmün kesinleşmesini müteakip, üçüncü kişinin, borcun gerçek olmadığı, borçlu ve alacaklının muvazaalı olarak yapay borç oluşturdukları iddiasına dayalı olarak ikame edeceği sebepsiz iktisap davası, tasarrufun iptali davasının kesin hüküm oluşturduğu iddiasıyla reddi mucip olacak mıdır? Zira, davacının, borçlunun yapmış olduğu işlemlerden zarar gördüğünün kabul edilebilmesi için en temel ve doğal koşul, alacaklının, borçluya karşı gerçek bir alacağa sahip olmasıdır. Bu sebepten ötürü alacaklının zarar görüp görmediğinin tespitinde borcun doğum tarihi değil, borçlunun tasarrufunun alacaklıya zarar vermesi ehemmiyet kesbedecektir⁴⁷. Acaba, iptal davalarında davaya bakan mahkemece, davacı alacaklının, borçluya karşı gerçek bir alacağa sahip olup olmadığı iddiası araştırılabilir mi? Yoksa alacaklının borçluya karşı yürütmüş olduğu icra takibinin kesinleşmiş olduğundan bahisle,

44 "Dava İİK.nun 277 ve devamı maddelerine dayalı tasarrufun iptali istemine ilişkindir. Yasanın 280. maddesinde "malvarlığı borçlarına yetmeyen bir borçlunun, alacaklılarına zarar verme kastıyla yaptığı tüm işlemler borçlunun içinde bulunduğu mali durumun ve zarar verme kastının, işlemin diğer tarafınca bilindiği veya bilinmesini gerektiren açık emarelerin bulunduğu hallerde iptal edilebileceğini hükme bağlamıştır. Somut olayda borçlu ile taşınmazı satın alan kişi bacanaktır. Bu yakın akrabalık ilişkisi nedeniyle taşınmazı satın alan davalı Halil İbrahim bacanağı olan borçlunun ekonomik durumunu bilebilecek kişilerdendir. Satış tarihinden sonra dava konusu taşınmazı borçlu ve ailesine kiraya verdiği anlaşılmaktadır. Delillerin takdiri mahkemeye ait olup takdirde de bir isabetsizlik bulunmamaktadır..." (17. HD., 05.11.2007, 4802/3388).

45 "Taraflar arasındaki uyumsuzluk İİK' nun 277 vd. maddelerinde düzenlenen tasarrufun iptali istemine ilişkindir. Bu tür davalarda, borçlu ve borçlu ile hukuki muamelede bulunan veya borçlu tarafından kendilerine ödeme yapılan kişiler ile bunların mirasçıları ve kanıtlanması koşuluyla kötü niyet sahibi üçüncü(dördüncü) kişiler davalı gösterilir (İİK. m.282). Yasanın 283.maddesi uyarınca, iptal davası sabit olduğu takdirde, alacaklı, dava konusu taşınmaz mal ise, bunun üzerinde tapu kaydının tashihi gerekmeksizin haciz ve satışını isteyebilir. Somut olayda olduğu gibi, iptal davasının konusunu borçlu ile tasarrufta bulunan üçüncü kişinin elinden çıkardığı mallar yerine geçen değer oluşturmakta ise (İİK. m.283), bu değerler üzerinden borçlu değil, üçüncü şahıs -davacının alacağından fazla olmamak üzere nakden tazmin ile sorumlu tutulur..." (15. HD. 07.02.2002, 2/577).

46 ALBAYRAK, s. 947.

47 ERDÖNMEZ, s. 90.



artık kesinleşen takibe dayalı bir alacağın mevcut olduğu belirtilerek, böyle bir iddia dikkate alınmayacak ve davalı üçüncü kişinin dilerse menfi tespit davası açabileceğinde muhtar olduğu mu? kabul görecektir. Kanaatimizce, burada her iki davada taraflar aynı ise de davanın sebebi ve konusu farklı olduğu için, kesin hüküm husule gelmeyecektir. Özellikle, takip borçlusu ve alacaklının üçüncü kişinin zararına olarak işbirliğine girmesi, tasarruf sonrası kambiyo senedi düzenlemesi ya da icra takibine itiraz edilmeyerek kesinleştirme ihtimallerinde mal iktisap eden üçüncü kişilerin yargı marifetiyle zarara uğratılması söz konusu olur ki, buna kesin hüküm engeli ile cevaz vermemek gerekir⁴⁸. Aksinin kabulü, adalete ve hakkaniyete aykırı olarak kanunun, yani tasarrufun iptali davasının amaçladığı duruma da aykırılık oluşturacaktır. Çünkü bu davaların ön şartı, borcun, tasarruftan önce doğmasıdır⁴⁹. Bu sebeple, tasarruf sonrası

48 İYİLİKLİ Ahmet Cahit, **Hukuk Yargılamasında Kesin Hüküm**, Ankara 2016, s. 466.

49 "Hükümüne uyulan bozma ilamında, 1086 sayılı eski HUMK.nun 237. maddesi, 6100 sayılı yeni HMK.nun 303. maddesi uyarınca bir davada kesin hükümden söz edilebilmesi için davanın taraflarının, dava nedenlerinin ve davanın konusunun aynı olması gerektiği, somut olayda mahkemece kararın gerekçe bölümümde kesin hüküm nedeniyle, hüküm fıkrasında ise kanıtlanamaması nedeniyle davanın reddine karar verildiği ancak kesin hüküm olarak kabul edilen Bursa 3.Asliye Hukuk Mahkemesinin 2008/326 – 2009/270 sayılı dosyasının incelenmesinde o davanın davalıları ile iş bu davanın davalıları aynı kişiler ise de davacılarının farklı olduğunun görüldüğü kaldı ki tasarrufun iptali davalarında davanın konusu aynı olduğu halde alacaklı davacılar, borcun doğum tarihi, borcun kesinleşip kesinleşmemesi, aciz belgesinin ibraz edilip edilmemesi gibi etkenler nedeniyle verilen kararların farklılık arz edebileceği nitekim kesin hüküm olarak kabul edilen dosyanın incelenmesinde borcun doğum tarihinin tasarruf tarihinden sonra olduğu bu nedenle mahkemece verilen red kararının yerinde olması nedeniyle hükmün onandığı görülmüş olmakla iş bu davada kesin hükmün olmadığı anlaşıldığı bu durumda mahkemece işin esasına girilmesi, dosya arasında bulunan Bursa 4.Ağır Ceza Mahkemesinin 2008/380 Esas sayılı dava dosyasının bir kısım suretlerinde üçüncü kişi konumundaki davalı İsmail Gümüş'ün ifadesinde borçlu davalı Kadir'in eski arkadaşı olması nedeniyle tanıdığını, piyasaya borçlu olduğunu bildiğini, ayrıca davalı İbrahim ile de işyerlerinin bitişik olduğunu bildirmesi karşısında İİK.nun 280/1-2 maddesinde belirtildiği gibi davalılar İbrahim ve İsmail'in borçlu davalının mali durumu ile alacaklıları ızzar kastını bilen veya bilmesi gereken kişilerden olup olmadıklarının tartışılması, yine tasarrufa konu taşınmazın fabrika binası olması nedeniyle olayda aynı yasanın 280/son maddesini uygulama imkanı olup olmadığına irdelenmesi, İİK.nun 278/III-2 maddesi uyarınca ivazlar arasında fahiş fark olup olmadığına tesbiti amacıyla yerinde uzman bilirkişiler marifeti ile keşif yapılarak taşınmazın tasarruf tarihindeki gerçek değerinin saptanması ondan sonra tarafların toplanan ve toplanacak tüm delillerinin birlikte değerlendirilerek hasıl olacak sonuca göre bir karar verilmesi gereğine değinilmiştir. Mahkemece, bozmaya uyularak yapılan yargılama sonunda taşınmazın satış bedeli ile gerçek değeri arasında fahiş fark bulunduğu ayrıca davalı İsmail ve davalı İbrahim'in de davalı borçlunun alacaklılarından mal kaçırmak ya da alacaklılarını ızzar kastı ile hareket ettiğini bilebilecek kişilerden olması nedeniyle de tasarrufun iptali gerekeceği kanaati ile davanın kabulüne karar verilmiş hüküm davalı İbrahim ve davalı İsmail vekili tarafından temyiz edilmiştir. Dosya içeriğine, kararın dayandığı delillerle yasaya uygun gerektirici nedenlere, delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına, davalı İsmail açısından İ.İ.K'nun 280/son fıkrasına göre ticari işletmenin veya işyerindeki mevcut ticari emtianın tamamını veya mühim bir kısmını devir veya satın alan yahut bir kısmını iktisapla beraber işyerini sonradan işgal eden şahsın,

kötü niyetli ve muvazaalı şekilde borç oluşturmak, bu davaların özüne aykırılıktır. Yargıtay'da tasarrufun iptali davasında borcun gerçek olmadığı ya da borcun muvazaalı ve hile marifetiyle oluşturduğuna yönelik itiraz ve savunma bulunmasa bile, söz konusu sebeplere dayalı olarak ikame edilen sebepsiz iktisap davasının mesmu olduğunu, tasarrufun iptali davasının, bu davaya, yani haksız zenginleşme davasına kesin hüküm itirazı oluşturmayacağına içtihat etmiştir⁵⁰. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu

borçlunun alacaklılarını ızzar kasdını bildiği ve borçlunun da bu hallerde ızzar kasdiyle hareket ettiği kabul olunmasına bu karinenin, ancak iptal davasını açan alacaklıya devir, satış veya terk tarihinden en az üç ay evvel keyfiyetin yazılı olarak bildirildiğini veya ticari işletmenin bulunduğu yerde görülebilir levhaları asmakla beraber Ticaret Sicili Gazetesiyle; bu mümkün olmadığı takdirde bütün alacaklıların ıttılarnı temin edecek şekilde münasip vasıtalarla ilan olduğunu ispatla çürütülebilmesine dava konusu fabrika binasının ticari işletme olduğu nazara alındığında davalı İsmail tarafından anılan madde gereklerine uygun bir alım yapılmadığı da açık olmasına davalı İbrahim'in de işyeri komşusu olan borçlu Kadir'in alacaklılarından mal kaçırmak ya da alacaklılarını ızzar kası ile hareket ettiğini bilebilecek kişilerden olması nedeniyle tasarrufun iptali gerekeceğine (İİK. 280/I) ve kararda yazılı diğer gerekçelere göre davalı İsmail ile davalı İbrahim vekilinin temyiz itirazlarının reddi ile usul ve yasaya uygun bulunan hükmün onanmasına," (17. HD 10.03.2015, 2013/21964, 2015/4047).

- 50 "İİK'nun 277 ve devamı maddelerine dayalı olarak açılan tasarrufun iptali davalarının görülebilmesi için davacının alacağının gerçek olması gerekir. Alacağın gerçek olmadığı iddiasını davalı üçüncü kişi ileri sürebileceği gibi davalı borçluda ileri sürebilir. Bu halde mahkemece bu itiraz ön sorun olarak çözümlenmesi gerekir. Öte yandan bu sorun kesin hükmün etkisiyle de alakalı bir sorundur. Türk Hukukunda kabul edilen görüş kural olarak kesin hükmün hüküm fıkrasını kapsadığı, gerekçenin kesin hükme dâhil olmadığıdır. Davalı üçüncü kişinin alacağın gerçek olmadığı iddiasının aksini davacı alacaklının ispatlaması gerekir, bu halde davalı borçlu böyle bir iddia üzerine kendisini yeterince savunmayabilir. Bu nedenlerle, tasarrufun iptali davalarından üçüncü kişinin alacağın gerçek olmadığı yönündeki iddiası açısından, yargılama sonunda verilen karar için kesin hüküm niteliği taşıdığından söz edilemez. Somut olayda, Ömer Kılıç tarafından borçlu Erciyes Mermer İnş. Taah. San. Tic.Ltd.Şti ve İlkaya Mermer İnş. Taah. San. Tic. Ltd.Şti aleyhine açılan Isparta 1.Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 2011/55 Esas 2012/57 Karar sayılı dosyasında davacı şirket üçüncü kişi sıfatı ile alacağın gerçek olmadığı iddiasını ileri sürmüş isede karar gerekçesinde mahkemece bir değerlendirme yapılmadığı, Dairemizin 2013/11972 Esas 2013/12603 Karar sayılı onama ilamında bir değerlendirme yapılmadığı anlaşılmaktadır. Bu halde davacının bu iddiasının yargılaması biten ve kesinleşen tasarrufun iptali davasında kesin hükme ulaştığından söz edilemez. Ancak güçlü delil niteliğinde olabilirse de bunun aksini davacının ispat etme hakkı ve olanağı bulunmaktadır. Bu nedenlerle, üçüncü kişinin dayandığı ancak irdelenmeyen alacaklı Ömer Kılıç'ın borçlunun iş yerinde çalışıp çalışmadığının sosyal güvenlik kayıtları da getirtilerek, dava dayanağı takip konusu alacağın gerçek olup olmadığı bir başka ifadeyle muvazaalı olarak yapıldığı iddiasının yeniden ayrıntılı olarak taraf delilleri toplanıldıktan sonra, değerlendirilerek oluşacak sonuca göre karar verilmesi gerekirken aksi düşüncelerle reddine karar verilmesi usul ve yasaya aykırıdır." (17. HD 05.06.2018, 2017/4533, 2018/5858); "Dava, sebepsiz zenginleşme hukuksal nedenine dayalı alacak istemine ilişkindir. Davacı/ üçüncü kişi, davalılar arasındaki icra takibinin davalı/borçlunun itiraz etmemesi üzerine kesinleştiğini, alınan aciz vakasına istinaden davalı/alacaklı tarafından davalı/borçlu ve üçüncü kişi olarak kendisi aleyhine tasarrufun iptali davası açıldığı ve bu dava sonunda verilen karar üzerine davalı/borçludan satın aldığı taşınmazın borca yeter miktarının satışına karar verildiğini, taşınmazın satışını önlemek amacıyla davalı/borçlunun icra dosyası borcunun tamamını ödediğini, ancak ödediği borcun, davalı/borçlunun takibe ve faize itiraz etmemesi nedeniyle aslında yasal dayanağı olmayan temerrüt faizini de içerdiğini beyanla, davalı/borçlunun yasal dayanağı olmadığı için aslında borçlu olmadığı ve icra tehdidi altında ödemek zorunda kaldığı temerrüt faizi miktarının sebepsiz

zenginleşen davalılardan tahsilini talep ve dava etmiştir. Yerel Mahkemece, davalı/alacaklı tarafından takip tarihine kadar işlemiş faiz isteğinin yasal dayanağı bulunmadığı gerekçesiyle sebepsiz zenginleşme hukuksal nedenine dayalı davanın kısmen kabulüne dair verilen karar, davalı/alacaklı vekilinin temyizi üzerine Özel Daire tarafından yukarıda açıklanan gerekçelerle bozulmuş, Yerel Mahkemece önceki gerekçe tekrarlanmak suretiyle, direnilmiştir. Direnme hükmü davalı/alacaklı Serap Balcı vekili tarafından temyiz edilmiştir. Direnme yolu ile Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık, tasarrufun iptali davasının aleyhine sonuçlanması üzerine, adına kayıtlı taşınmazın satışını önlemek amacıyla icra dosyası borcunu yatıran üçüncü kişinin, icra dosyasına yatırdığı miktardan yersiz olduğunu iddia ettiği kısmını takip alacaklısından sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca talep hakkı bulunup bulunmadığı noktasında toplanmaktadır. Hukuk Genel Kurulu'nda yapılan görüşmeler sırasında öncelikle davanın hukuki dayanağının ne olduğu hususunda tartışmalar yapılmış, çoğunluk tarafından davanın yasal dayanağının Borçlar Kanunu'nun sebepsiz zenginleşme hükümleri olduğunun kabulü ile uyuşmazlığın çözümü bu doğrultuda yapılmıştır. Bu nedenle, uyuşmazlığın çözümünde öncelikle sebepsiz zenginleşme hükümlerinin incelenmesi ve somut uyuşmazlıkta uygulama yerinin bulunup bulunmadığı hususlarının açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. Bilindiği üzere, iki veya daha fazla kişiler arasında mevcut olan ve bunlardan birisini diğerine karşı edimde bulunmakla yükümlü kılan hukuki bağa, borç bağı denir. Borç bağı, alacaklı bakımından bir alacak, borçlu bakımından bir borç veya yükümlülüktür. (Andreas Von Tuhr, Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı, Cevat Edege çevirisi. 1.cilt. Ankara 1983 s:9)818 sayılı Borçlar Kanunu'nda (BK) "Borçların Teşekkülü" başlığı altında, sözleşmeden doğan borçlar (m.1-40) ve haksız fiilden doğan borçlar (m.41-60) düzenlenmiş; yine aynı başlık altında, borçların üçüncü genel kaynağı olarak, haksız (sebepsiz) iktisap (m.61-66) öngörülmüştür. Borçlar Kanunu sisteminde, diğer borçların açıkça tayin edilmiş yeri yoktur. Borçların esaslı kaynağını teşkil eden sözleşmeden başka, tek taraflı bir irade beyanından veya tek taraflı hukuki bir işlemde doğan alacaklar da düzenlenmiştir. Bunların dışında, ne hukuki bir işlemde açıklanan bir iradeye, ne de hukuka aykırı bir iradeye dayanmayan, diğer bir ifadeyle, kanundan doğan borçlar bulunmaktadır; örneğin, aile hukukundan doğan nafaka borcu gibi. Kısaca belirtmek gerekirse, borçların kaynağı, sözleşme, haksız fiil, sebepsiz iktisap ya da bir kanun hükmüdür. Sorumluluğun üçüncü genel kaynağı olarak öngörülen sebepsiz zenginleşmeden söz edilebilmesi için; bir taraf zenginleşirken diğerinin fakirleşmesi, zenginleşme ve fakirleşme arasında uygun nedensellik bağının bulunması ve zenginleşmenin hukukun geçerli bir nedene dayalı olmaması gerekir. Borçlar Kanunu'nun konuya ilişkin 61 ve ardından gelen maddelerindeki düzenlemelere göre, sebepsiz zenginleşme; geçerli olmayan veya tahakkuk etmemiş yahut varlığı sona ermiş bir nedene ya da borçlu olunmayan şeyin hataen verilmesine dayalı olarak gerçekleşebilir. Sebepsiz zenginleşme bunlardan hangisi yoluyla gerçekleşmiş olursa olsun, sebepsiz zenginleşen, aleyhine zenginleştiği tarafa karşı, geri verme borcu altındadır. Sebepsiz zenginleşmenin borç doğurmasının nedeni, kişinin iradesi dışında malvarlığında bir eksilmenin meydana gelmesidir ve sebepsiz zenginleşmede, malvarlığındaki eksilmenin giderilmesinin talep edilmesi söz konusudur. Bütün bu açıklamalara göre, sebepsiz zenginleşme, ikinci derecede (tali nitelikte) bir dava hakkı temin eder. Malvarlığındaki azalmanın başka asli nitelikteki davalarla önlenmesi mümkün ise, sebepsiz zenginleşme davası gündeme gelemez. Amaç; davalının edindiği çoğalma sonucu, tüm malvarlığında meydana gelen artışın iadesinden ibarettir. O nedenle, zenginleşmenin kapsamını tayinde, müktesibin malvarlığında oluşan çoğalma ile azalmanın karşılaştırılması yapılmalı, böylece, kazanç ve farkın oluşturacağı sonuç, zenginleşmeyi ortaya koymalıdır (Ulusan İlhan, İyiniyetli Sebepsiz Zenginleşmenin İade Borcunun Sınırlanması Sorunu; BK. m. 63/1 İstanbul 1984, s. 34, 35). Sebepsiz zenginleşmeye konu şeyin, hakkın veya hizmetin zenginleşme (iktisap) tarihindeki miktar veya değeri; kısaca, sebepsiz zenginleşmenin miktarı, fakirleşen tarafından tespit edilmelidir. Geri verilecek miktarın belirlenmesinde, zenginleşenin iyiniyetli veya kötüniyetli olması da, göz önünde tutulması gereken bir olgudur. Yukarıda yapılan açıklamaların ışığında davacı/üçüncü kişinin talebinin, yasal dayanağı aslında borçlu olmadığı bir miktarın ödendiği iddiasına dayalı sebepsiz zenginleşme olduğu, malvarlığında meydana gelen eksilmenin giderilmesinin davalılardan talep edildiği açıktır. Bu aşamada, uyuşmazlığın çözümü açısından davacı/üçüncü kişinin tasarrufun iptali davasında borcun miktarına itiraz etmemesine rağmen aynı konuda sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayalı olarak

talepte bulunup bulunamayacağı hususunun da açıklığa kavuşturulması gerekir. Bu yönde, öncelikle tasarrufun iptali davalarının niteliği belirlenmelidir. Bilindiği üzere, tasarrufun iptali davaları 2004 sayılı İcra Ve İflas Kanunu'nun 277 ve devamı maddelerinde özel olarak ve tüm ayrıntıları ile düzenlenmiş olup, tarafları, yargılama usulü ve nitelikleri kendine özgü olan bir dava türüdür. Nitekim anılan Kanunun "İptal davası ve davacılar" başlıklı 277. maddesinde; "İptal davasından maksat 278, 279 ve 280 inci maddelerde yazılı tasarrufların butlanına hükmettirmektir. Bu davayı aşağıdaki şahıslar açabilirler: 1- Elinde muvakkat yahut kati aciz vesikası bulunan her alacaklı, 2- İflas idaresi yahut 245 inci maddede ve 255 inci maddenin 3 üncü fıkrasında yazılı hallerde alacaklıların kendileri." denilmekte; "İadenin şümulü" başlıklı 283. maddesinde ise; "Davacı, iptal davası sabit olduğu takdirde, bu davaya konu teşkil eden mal üzerinde cebri icra yolu ile, hakkını almak yetkisini elde eder ve davanın konusu gayrimenkulse, davalı üçüncü şahıs üzerindeki kaydın tashihihine mahal olmadan o gayrimenkulün haciz ve satışı isteyebilir. İptal davası, üçüncü şahsın elinden çikarmış olduğu malların yerine geçen değere taalluk ediyorsa, bu değerler nispetinde üçüncü şahıs nakden tazmine (Davacının alacağından fazla olmamak üzere) mahkum edilir. İptal davası üzerine üçüncü şahıs da, mamelekinde hasıl olacak eksikliğin borçludan tahsilini aynı davada isteyebilir. Bu talep, iptal davasının tefrik edilerek daha önce hükme bağlanmasına mani değildir. İptal davasının kaybeden üçüncü şahıs, karşılık olarak şeyi veya bedelini borçludan veya iflas masasından geri isteyebilir. Batıl bir tasarruf neticesinde kendisine ödenilen şeyi geri veren alacaklı eski haklarını muhafaza eder. Kendisine başı yapılan iyi niyetli ise yalnız dava zamanında elinde bulunan miktarı geri vermeye mecburdur." hükmü yer almaktadır. Anılan hükümler uyarınca, iptal davası hukuki niteliği itibarıyla, dava konusu malın aynına ilişkin olmayıp, şahsi bir davadır. Bunun doğal sonucu olarak da dava ve tasarrufa konu mal devir alanın mal varlığından çıkartılarak borçlunun mal varlığına iade edilmez. Sadece alacaklıya malın bedelinden alacağını alma imkanı sağlar. Hakkında iptal davası açılan üçüncü kişi, malvarlığında oluşacak eksikliğin borçludan tahsilini İİK.nun 283/3. maddesi uyarınca aynı davada isteyebilir. Bu dava iptal davası ile birlikte karara bağlanır. Ancak, üçüncü kişinin açtığı bu dava ile tasarruf iptal davasının birlikte incelenmesi iptal davasının uzamasına neden olacaksa, mahkemece, istem üzerine veya kendiliğinden davaların ayrılmasına karar verilerek iptal davası daha önce karara bağlanabilir. İptal davasının amacı, İİK 277 ve devamı maddelerinde öngörüldüğü gibi borçlunun mevcudunu azaltmaya yönelik tasarruflarını iptal ettirmektir. Yukarıda açıklanan İİK.nun 283. maddesi hükmüne göre iptal davasının konusu taşınmaz mal olduğu takdirde, davalı üçüncü kişi üzerindeki kaydın düzeltilmesine gerek olmadan bu taşınmazın haciz ve satışı istenebilir. Diğer söyleyişle bu dava alacaklıya borçlunun mal kaçırma amacıyla yaptığı tasarrufla ilgili mal üzerinde alacağın tahsilini sağlama yetkisini verir. Bu yetki de alacak miktarı ile sınırlıdır. Ayrıca, bu davalarda taşınmaz, borçludan taşınmazı satın alan davalı elindeyse tasarrufun iptaline hükmedilir. Şayet elinde değilse yani davaya konu mal elinden çikarmışsa İİK. nun 283/2. maddesinin açık hükmü gereğince dava o mal yerine geçen değere taalluk eder ve iptal davasını kaybeden davalı bu değer oranında tazminat ödemekle yani nakden tazminle yükümlü olur. Bu özelliklerin doğal sonucu olarak davanın görülebilirlik şartlarından birisi alacağın varlığı diğer söyleyişle tasarrufta bulunan kişinin borçlu olması, bir diğeri de alacağın aciz vesikasına bağlanmış olmasıdır. Bu özelliği nedeniyle aciz nedenine dayalı tasarrufun iptali davasında davalı üçüncü kişi aciz belgesine dayanan alacağın gerçekte olmadığını iddia ve ispat edebilir (Prof D. Baki Kuru, İcra Ve İflas Hukuku, c:4, sh: 3506 v.d). Çünkü dava şartlarından birisi de tasarrufta bulunan kişinin borçlu olması gereğidir. Eğer tasarrufta bulunanın alacaklıya gerçek bir borcu olmadığı iddia ediliyorsa bu durumda tasarruf sahibinin öncelikle borçlu sıfatı çözümlenmelidir. Bu nedenledir ki üçüncü kişi davalının borcun gerçek olmadığı iddiası ve muvazaanın varlığı yönündeki savunmasının mahkemece incelenmesi gerekir. Konu diğer bir yönden konu ele alındığında, İİK.277. vd maddelerine göre açılan iptal davalarında takip borçlusundan hak iktisap eden üçüncü kişilerin, davacının takip borçlusundan alacaklı olmadığına ilişkin savunmasının araştırılmasında zorunluluk vardır. Aksi takdirde takip alacaklısıyla anlaşarak veya nasıl olsa kendisinin borca batık olmasını nedeniyle gerekli çabayı göstermeyerek icra takibine itiraz etmeyen, itiraz üzerine durması söz konusu olmayan kambyo senetlerine dayalı takibe karşı menfi tespit davası açmayan takip borçlusunun bu davranışı karşısında borçludan mal edinen 3. kişilerin yargı eliyle zarara uğratılması söz konusu

bir kararında, davalı üçüncü kişinin, davacının borçludan gerçek bir alacağa sahip olmadığı (muvazaa bulunduğu), yönündeki iddialarının, iptal davasına bakan mahkemece araştırılması ve bir sonuca ulaşılması gerektiğini içtihat etmiştir⁵¹. Kaldı ki, aksinin kabulü, üçüncü kişi davalının; davacının gerçek bir alacağa sahip olmadığı yönündeki iddialarının dinlenmemesi anlamını tevhit ederek, savunma hakkı kapsamında hukukî dinlenilme hakkının ihlaline sebebiyet vereceği gibi, takip alacaklısıyla anlaşarak veya borca batık olması nedeniyle gerekli çabayı göstermeyerek icra takibine itiraz etmeyen, itiraz üzerine durmayan kambiyo senetlerine dayalı takibe karşı menfi tespit davası açmayan borçludan mal edinen üçüncü kişilerin yargı eliyle zarara uğratılması sonucunu doğuracaktır⁵². Üçüncü kişinin muvazaa ve hile marifetiyle borç oluşturulduğu iddiası;

olur ki bunun kabulüne olanak yoktur. Hatta tasarrufta bulunurken borçlu olmayan kötü niyetli kişilerin malvarlığındaki bir unsuru iyi niyetli üçüncü kişilere devrettikten sonra hileli işbirliği halinde olduğu kimselere eski tarihli borç senedi vererek elinden çıkardığı malları iptal davası yoluyla dolaylı olarak geri alması dahi imkan dahiline sokulabilir. Elbette ki bunlar yasaca amaçlanan durumlar değildir. Tasarrufun iptali davalarında alacaklıya alacağını tahsil olanağı sağlanırken bu alacaklının alacağının şeklen varlığının değil, gerçekliğinin amaçlandığını göz ardı etmemek gerekir. Nitekim, somut olayda da davacı/üçüncü kişi, aleyhine açılan tasarrufun iptali davasında cevap dilekçesinde, taşınmazı satın alırken haberdar olmadığı ve satış protokolünde yer almayan borçlardan sorumlu tutulmasının hukuka ve hakkaniyete aykırı olduğunu belirterek genel anlamda takibe konu borca itiraz etmiş ve hakkındaki davanın kabulüne ilişkin kararın temyiz etmiş ise de, anılan tasarrufun borca yetecek miktarının iptaline ilişkin karar, üçüncü kişinin temyiz talebinin süreden reddi ile usulen kesinleşmiştir. Hal böyle olunca; Yerel Mahkemenin, Borçlar Kanunu'nun sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca davacı/üçüncü kişinin fazladan ödemek zorunda kaldığını belirttiği temerrüt faizi miktarının, davalı/alacaklıdan tahsil edildiği yolundaki gerekçesi ve buna göre vardığı sonuç isabetli olup, Yerel Mahkemenin direnme kararı yerindedir." (HGK, 19.09.2012, 3-101/597).

- 51 "Davanın görülebilirlik şartlarından birisi alacağın varlığı diğer söyleyişle tasarrufta bulunan kişinin borçlu olması, bir diğeri de alacağın aciz vesikasına bağlanmış olmasıdır. Davalı 3. kişi aciz belgesine dayanan alacağın gerçekte olmadığını iddia ve ispat edebilir. dava şartlarından birisine de tasarrufta bulunan kişinin borçlu olması gereğidir. Tasarrufla bulunanın alacaklıya gerçek bir borcu olmadığı iddia ediliyorsa öncelikle borçlu sıfatı çözümlenmelidir. Takip borçlusundan hak iktisap eden 3. Kişilerin davacının takip borçlusundan alacaklı olmadığına ilişkin savunmasının araştırılmasında zorunluluk vardır. Aksi takdirde takip alacaklısıyla anlaşarak veya nasıl olsa kendisinin borca batık olması nedeniyle gerekli çabayı göstermeyerek icra takibine itiraz etmeyen, itiraz üzerine durması söz konusu olmayan kambiyo senetlerine dayalı takibe karşı menfi tespit davası açmayan takip borçlusunun bu davranışı karşısında borçludan mal edinen 3. Kişilerin yargı eliyle zarara uğratılması söz konusu olur. Hatta tasarrufta bulunurken borçlu olmayan kötü niyetli kişilerin malvarlığındaki bir unsuru iyi niyetli 3. Kişilere devrettikten sonra hileli işbirliği halinde olduğu kimselere eski tarihli borç senedi vererek elinden çıkardığı malları iptal davası yoluyla dolaylı olarak geri alması dahi imkan dahiline sokulabilir alacaklıya alacağını tahsil olanağı sağlanırken alacağının şeklen varlığının değil, gerçekliğinin amaçlandığını göz ardı etmemek gerekir. Davacının gerçekten alacaklı olmadığına ilişkin 3. Kişilerce ileri sürülen savunmanın bu davalarda tartışılmayacağına ilişkin düşüncenin kabulüne olanak bulunmayıp, bu düşünce hukukun temel ilkelerinden olan iki kişinin 3. Kişi aleyhine açık veya zımnı biçimde anlaşmasının 3. Kişiyi bağlamayacağı prensibine de aykırıdır." (HGK, 19.06.2002,15-495/528); Aynı yönde bkz. (15.HD 03.03.2003, 338/1021).

- 52 GÜNEREN, Ali, *İcra ve İflas Hukukunda İstihkak Davaları ile Tasarrufun İptali Davaları*, Ankara 2004, s. 1058.

davacı alacaklı ile davalı borçlunun yakınlık ve tanışıklık rabitası, borcun doğum sebebi ile tarihi, dava ve takip prosedürünün başlatılma ve ilerleme işlemleri, davalı borçlunun dava ve takiplere karşı hukukî çarelere başvurmadaki samimiyet ve gayreti birlikte değerlendirmeyi gerekli kılar. Tasarrufun iptali davası, İcra ve İflas Kanunu'nda düzenlenmekle birlikte genel hükümlere göre ikame edilen şahsi nitelikteki davalardır. Her ne kadar davanın düzenlendiği ve dava şartı olan aciz vesikası takip hukuku hükümlerine tabi ise de, geçerli bir alacağın bulunup bulunmadığı; borçlu ve alacaklının muvazaalı olarak yapay borç oluşturdukları iddiası ile takibin gerçekte olmayan bir alacağa yönelik başlatıldığı savı ve delillerin değerlendirilmesi takip hukukuna göre şekli değil, genel hükümlere⁵³ ve maddi hukuk kurallarına göre yapılması gerekecektir⁵⁴. Öyle ki, alacaklının, borçlunun yapmış olduğu işlemlerden zarar gördüğünün kabul edilebilmesi için en temel ve doğal koşul, borçluya karşı gerçek bir alacağa sahip olmasıdır. Kanaatimizce üçüncü kişinin söz konusu savunmaları, karşı ve bağımsız bir dava açılmasına mahal olmadan kamu düzeninden olan usul ekonomisi gereği tasarrufun iptali davasının görüldüğü mahkeme tarafından değerlendirilmelidir⁵⁵. Nitekim tasarruf

53 "Mahkemece, iddia, savunma, deliller ve tüm dosya kapsamından; şikâyetin şikâyet olunan alacağın doğumuna ve gerçek miktarına ilişkin olduğu ve açılan şikâyete bakma görevinin genel mahkemelere ait olduğu gerekçesiyle, dava şartı noksanlığı sebebi ile şikâyetin usulden reddine karar verilmiştir. Kararı, şikâyet olunan vekili temyiz etmiştir. Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle gerektirici sebeplere göre, şikâyet olunan vekilinin temyiz itirazları yerinde görülmemiştir." (23. HD 07.12.2016, 7193/5308).

54 "Cebrî icra yoluyla yapılan satışlara karşı tasarrufun iptali davası açılmayacağı genel ilkedir. Ancak alacaklısından mal kaçırma amacına yönelik bir alacak borç ilişkisi tesisi ile takip yapılmak suretiyle alacaklıdan mal kaçırmak sağlanabilir. Bu gibi hallerde mal kaçırma amaçlı veya muvazaalı takiplere karşı iptal davasının açılabilmesi gerekir. Açıklanan olgular doğrultusunda hüküm verilmesinde isabetsizlik görülmemiştir." (17. HD 16.09.2008, 1246/4471).

55 "Davanın görülebilirlik şartlarından birisi alacağın varlığı diğer söyleyişle tasarrufta bulunan kişinin borçlu olması, bir diğeri de alacağın aciz vesikasına bağlanmış olmasıdır... davalı 3. kişi aciz belgesine dayanan alacağın gerçekte olmadığını iddia ve ispat edebilir. dava şartlarından birisi de tasarrufta bulunan kişinin borçlu olması gereğidir. Tasarrufta bulunanın alacaklıya gerçek bir borcu olmadığı iddia ediliyorsa öncelikle borçlu sıfatı çözümlenmelidir. Takip borçlusundan hak iktisap eden 3. Kişilerin davacının takip borçlusundan alacaklı olmadığına ilişkin savunmasının araştırılmasında zorunluluk vardır. Aksi takdirde takip alacaklısıyla anlaşarak veya nasıl olsa kendisinin borca batık olması nedeniyle gerekli çabayı göstermeyerek icra takibine itiraz etmeyen, itiraz üzerine durması söz konusu olmayan kambyo senetlerine dayalı takibe karşı menfi tespit davası açmayan takip borçlusunun bu davranışı karşısında borçludan mal edinen 3. Kişilerin yargı eliyle zarara uğratılması söz konusu olur. Hatta tasarrufta bulunurken borçlu olmayan kötü niyetli kişilerin malvarlığındaki bir unsuru iyi niyetli 3. Kişilere devrettikten sonra hileli işbirliği halinde olduğu kimselere eski tarihli borç senedi vererek elinden çıkardığı malları iptal davası yoluyla dolaylı olarak geri alması dahi imkan dahiline sokulabilir... alacaklıya alacağını tahsil olanağı sağlanırken alacağının şeklen varlığının değil, gerçekliğinin amaçlandığını göz ardı etmemek gerekir. Davacının gerçekten alacaklı olmadığına ilişkin 3. Kişilerce ileri sürülen savunmanın bu davalarda tartışılmayacağına ilişkin düşüncenin kabulüne olanak bulunmayıp, bu düşünce hukukun temel ilkelerinden olan iki kişinin 3.

sonrası kötü niyetli ve muvazaalı şekilde borç oluşturmak bu davaların özüne aykırılıktır. Kaldı ki, def'i mefasidi hamil yargı marifetiyle kişilerin zarara uğratılması da eşyanın tabiatına ve dahi ahkâmın esasına mugayir muhal bir vaziyete davetiye çıkartmak ve böylece abes iş tutmak manasına gelir ki, ukula muvafık olmayanın, hukuka vusulü umulamayacağı için kanuni himaye görmeyeceği izahtan varestedir.

3. Borcun Tasarruftan Önce Doğması

Yukarıda da bahsettiğimiz üzere, tasarrufun iptali davasının bir diğer dinlenilme koşulu, borcun tasarruftan önce doğması⁵⁶. Borcun tasarruftan önce doğma ön koşulu mahkeme tarafından re'sen dikkate alınması icap eden bir husustur⁵⁷. Borçlu ile hukuki işlemde bulunan alacaklının onun malvarlığına güvenerek daha önce devrettiği malvarlığı değerlerini bilmesi⁵⁸ ve buna göre hareket etmesi hukuki işlem güvenliği bakımından önem arz edecektir⁵⁹. Etüdümüzün de temelini oluşturan,

-
- Kişi aleyhine açık veya zımnî biçimde anlamasının 3. Kişiyi bağlamayacağı prensibine de aykırıdır." (HGK, 19.06.2002,15-495/528); Aynı yönde bkz. (15.HD 03.03.2003, 338/1021).
- 56 "Tasarrufun iptali davalarının dinlenebilmesi için borcun, iptali istenen tasarruftan önce doğması dava önkoşulu olup, mahkemece re'sen araştırılmalıdır. Dava koşulu gerçekleşmediği takdirde işin esası hakkında hüküm kurulamaz." (17. HD 19.09.2011, 1539/7809).
- 57 "Mahkemece, tasarrufun, takibe konu çeklerin keşide tarihinden önce yapıldığı gerekçesi ile davanın reddine karar verilmiş; hüküm, davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir. Tasarrufun iptali davalarının dinlenebilmesi için borcun, iptali istenen tasarruftan önce doğması dava önkoşulu olup mahkemece re'sen araştırılmalıdır. Dava koşulu gerçekleşmediği takdirde işin esası hakkında hüküm kurulamaz." (17. HD 22.02.2012, 1172/1979).
- 58 "Dava, tasarrufun iptali istemiyle açılmış davanın kabulüne karar verilmiştir. Oysa takibe dayanak yapılan çek, 25.4.2001 tarihinde tanzim edilmiş ve aynı gün takas odasına ibraz olunmuştur. İptali istenen satışlar ise bu tarihten öncesine aittir. Tasarrufun iptali davasının kabulü için tasarrufun borcun doğumundan sonra yapılmış olması gerekir. İİK.nun ilgili maddesinin mecliste görüşülmesi sırasındaki açıklamalarda ve madde gerekçesinde bu husus vurgulanmış ve alacaklının, alacağı doğuran işlemi yaptığı sırada borçlunun mevcut mal varlığına güvenerek tasarrufta bulunduğu kabul edilerek, alacak ilişkisini doğuran işlem tarihinden önceki tasarrufların iptal davasının konusu dışında bırakılması kabul edilmiştir. Dava konusu olaya gelince; 25.4.2001 günlü çekteki alacak aynı tarihte doğmuş sayılabilir ise de, tatbikatta ileri vadeli (tabir edilen) çeklerin de düzenlendiğine sıkça rastlanmaktadır. Bu nedenle mahkemece davacı alacaklıya, icra takibine koyduğu alacağın çekte yazılı tarihten önce doğduğuna dair iddia ve delilleri varsa bu delilleri ibraz ettirilmeli ve alacağın doğduğu tarih saptanmalı, alacak tasarruftan önce doğmuş ise şimdiki gibi davanın kabulüne karar verilmeli, aksi takdirde (diğer davalı karar temyiz etmediğinden) davalı Ali yönünden dava reddedilmelidir. Hüküm fıkrasında 79 nolu parselin 70 parsel olarak yazılması maddi hatadan kaynaklandığından bu hatanın mahkemece her zaman düzeltilmesi mümkün olup bozma nedeni yapılmamıştır." (15. HD 12.02.2004, 2003/6690, 2004/689).
- 59 "Tasarrufun iptaline karar verilmesi için borcun, tasarruf tarihinden önce doğmuş olması şarttır. Yasanın gerekçesinde, bir hukuki işlemde bulunurken o tarihte borçlunun mevcut mali durumunun gözetildiği, bu nedenle işlemde önce yapılmış tasarrufların iptal edilemeyeceği görüşlerine yer verilmiştir. Dairemizde de borcun doğduğu tarihten evvelki tasarrufların iptale tabi olmadığı istikrarlı biçimde kabul edilmektedir. Somut

mücerret borcun doğumu mu? Yoksa somut ve münferit olarak davacı alacaklının, alacağının tasarruftan önce doğması hadisesi midir? Alacaklı davacı, kendi alacağının doğum tarihinden önce yapılan tasarrufların iptalini isteyebilecek midir? Şayet mücerret borç doğum hadisesini esas alırsak bu soruya olumlu cevap vermek gerekecektir. Öğretide, borçlunun borçlanmadan önce yaptığı bütün tasarruflar hakkında iptal davası açılmaz şeklinde mutlak bir kural konulamayacağı, bu hususun TMK'nun 2. maddesi çerçevesinde ele alınması gerektiği savunulmuştur⁶⁰. Bir diğer görüşe göre ise iptal davasının ikamesi cihetinden borcun tasarruftan önce doğmuş olmasının bir ehemmiyeti olmadığı ileri sürülmüştür⁶¹. Bu görüşe göre; alacaklının alacağı iptale konu işlemten sonra dahi doğsa alacaklı, alacağının doğumundan önce yapılan işlemin iptalini talep edebilecektir⁶². Zira İİK'nun 280. maddesinin lâfzî yorumundan da borcun, tasarruftan önce doğmasının iptal davası için zorunlu bir ön şart kabul ettiği anlamı çıkmayacağı⁶³, nitekim tasarrufun borcun doğumundan sonra yapılması şartı, kötü niyetli borçluların korunması sonucunu doğuracağı vurgulanmıştır⁶⁴. Yargıtay ise tasarrufun mutlaka borcun doğumundan sonra yapılması gerektiğini yerleşik içtihatlarında hükme bağlamıştır⁶⁵. Yargıtay'ın bu içtihadı, yani borcun tasarruftan önce doğması gerekliliği⁶⁶, doktrinde, sadece ivazsız tasarruflar ve bağışlamalara ilişkin İİK'nun 278. maddesi yönünden aranması gerektiği, diğer iptal sebepleri bakımından böyle bir gerekliliğin bulunmadığı

olayda davacı tarafından borç ilişkisinin çekin keşide tarihinden önce oluştuğu ispat edilememiş, mahkemece bu durum tespit edilmiş olmasına rağmen davanın reddi yerine tasarruf işleminin karı- koca arasında yapılmış olması nedeniyle davanın kabulü doğru olmadığından bozmayı gerektirmiştir.” (15. HD 12.09.2005, 1960/4597).

60 UYAR, T, Tasarrufun İptali Davaları, Ankara 2018, s. 800, 801, 802.

61 BERKİN Necmettin, *İflas Hukuku*, İstanbul 1972, s. 499; ÜSTÜNDAĞ Saim, *İflas Hukuku*, İstanbul 2009, s. 291.

62 YILDIRIM, İptal, s. 288; UYAR Talih, *İİK'nun 278. Maddesi Uyarınca İptale Tabi Kimi Tasarruflar*, ABD 2014, S. 3, s. 423; ERDÖNMEZ Güray, *Alacaklılara Zarar Verme Kastıyla Yapılan Tasarrufların İptali*, İstanbul 2019, s. 97; SARISÖZEN Serhat, *Tasarrufun İptali Davasının İpotek Alacaklısı ve Dördüncü Kişiyi Etkisi*, *TBB Dergisi*, 2016, S. 125, s. 242.

63 ERDÖNMEZ, s. 97.

64 ERDÖNMEZ, s. 91, 103.

65 “Tasarrufun iptali davalarının dinlenebilmesi için borcun, iptali istenen tasarruftan önce doğması dava önkoşulu olup, mahkemece res'en araştırılmalıdır. Dava koşulu gerçekleşmediği takdirde işin esası hakkında hüküm kurulamaz. Somut olayda, davanın dayanağı takipteki çekin keşide tarihi şeklen tasarruf tarihinden sonra olsa da davacı vekili tarafından dava dilekçesine eklenen çek tevdi bordrosuna göre takip konusu çekin tasarruf tarihinden önce düzenlendiği anlaşılmaktadır. Hal böyle olunca, davanın diğer koşullarının araştırılması ve sonucuna göre bir karar verilmesi gerekir.” (17. HD 09.05.2011, 2010/9851, 2011/4454).

66 “İİK'nun 277. maddesi gereğince tasarrufun iptaline karar vermek için borcun tasarruftan önce doğması dava ön koşuludur. Somut olayda davacı banka alacağı 24.4.2002 ve 29.4.2002 tarihli kredi sözleşmelerinden doğmuştur. Bu haliyle alacağın doğumu 18.8.2003 tarihli tasarruftan önce olduğundan davalı vekilinin bu yöndeki temyiz itirazları da yerinde görülmemiştir.” (17. HD 11.12.2007, 4361/4188).



vurgulanmıştır⁶⁷. Bu görüş çerçevesinde İİK'nun 279 ve 280. maddeleri bakımından borcun tasarruftan önce doğması şartı, borçlunun bilinçli olarak mal kaçırmak saikiyle yaptığı tasarrufları iptal kapsamı dışında bırakacağı gerekçesiyle kabul görmemiştir⁶⁸. Bu sebeple, İİK'nun 278. maddesi kapsamına giren uyuşmazlıklarda kanun açıkça öngördüğü için davacı alacaklının alacağına, iptal konusu tasarruftan önce doğmuş olması, İİK'nun 279 ve 280. maddeleri kapsamına giren uyuşmazlıklarda ise davacı alacaklının alacağına, iptal konusu tasarruftan önce ya da sonra doğmuş olmasının önemli olmadığı öğretilerde taraftar bulmuştur⁶⁹. Kaldı ki, borçlunun malvarlığını eksiltmesi, tasarruf öncesi alacaklı olanları doğrudan, tasarruf sonrası alacaklı olanları ise dolaylı olarak zarara uğratmaktadır⁷⁰. Buna mukabil, Yargıtay'ın alacağın her halükarda, tasarruftan önce doğması gerekliliğine ilişkin görüşünün⁷¹ gerçekçi ve hakkaniyete denk düştüğünden ötürü isabetli olduğu da benimsenmiştir⁷². Bu görüş çerçevesinde, borçlunun malvarlığı, alacaklıların alacağına tahsili noktasında rehin mesabesinde olup, borcun doğumundan sonra borçlunun malvarlığının aktifini azaltan tasarruf işlemlerinde bulunması gerekir⁷³. Dolayısıyla İİK 277 ve devamı maddelerine mebni iptale tabi tasarruflar borcun doğumundan sonrakileri havi ve şamil olmalıdır. Yargıtay tarafından kabul edilen borcun, tasarruftan önce doğmuş olması şartı sebebiyle red edilen davanın esasa ilişkin bir durum olduğundan⁷⁴,

67 OLGAC Senai, Yargıtay İçtihatlarının Işığında İcra ve İflas Hukukunda İptal Davaları, **Dr. Recai Seçkin'e Armağan**, Ankara 1974, s. 467; KALE Serdar, Aciz Halindeki Borçlunun Bir veya Birkaç Alacaklısını Kayıran Hukuki Fiileri Dolayısıyla İptal Davası, **Prof. Dr. Ergun Önen'e Armağan, İstanbul** 2003, s. 193; AKKAYA Tolga, İcra ve İflas Hukukunda İptale Tabi Tasarruflar, **Eskişehir Barosu Dergisi**, Ekim 2006, S. 11, s. 22, 23.

68 UYAR, Tasarrufun İptali Davasını Tarafları, **Prof. Dr. Fırat Öztan'a Armağan**, Ankara 2010, s. 2258; ALBAYRAK, s. 966.

69 UYAR, İptalin Tarafları, s. 2258.

70 ERDÖNMEZ, s. 98.

71 "Dava İİK'nın 277 vd. maddelerine dayalı tasarrufun iptali istemine ilişkindir. Bu tür davalarda iptal kararı verilebilmesi için kural olarak borcun tasarruf tarihinden önce doğmuş olması gerekir. Alacaklının, borçlanmanın gerçekleştiği tarihteki borçlunun malvarlığına güvenerek işlem yapması göz önüne alınarak borcun doğumundan önceki tasarruflar iptal davasına konu edilemez. Bu nedenle borcun hangi tarihte doğduğu ve borcun doğumuna ilişkin hukuksal nedenin kaynağının araştırılması gerekir. Borcun doğumu haksız bir eylemden kaynaklanıyor ise haksız eylem tarihinin, hukuki bir işlem ise hukuki işlemin gerçekleştiği tarihin borcun doğum tarihi olarak kabulü gerekir. Mahkemece davalı borçlu Ateş Akyeli'nin taşınmazı takip tarihinden önce satmış olduğunun anlaşıldığı ve koşulları oluşmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş ise de verilen karar dosya kapsamına uygun düşmemektedir. Somut olayda, davacının takip konusu yaptığı alacak kredi sözleşmesine dayalı ve 05.09.2003 akit tarihli, iptale konu edilen taşınmaz satışı ise 28.09.2005 tarihli'dir. Bu hali ile tasarruf tarihinin borcun doğumu tarihinden sonra olduğu görülmektedir." (17. HD 02.05.2012, 3802/5475).

72 MUŞUL Timuçin, **Tasarrufun İptali Davaları**, Ankara 2017, s. 122.

73 MUŞUL, s. 123.

74 "Tasarrufun iptali davalarında takip konusu alacağın (borcun) tasarruftan önce doğmuş olması da davanın ön koşullarından biridir. Somut olayda davacının dava dilekçesinde açıkladığı ve ödenmediği gerekçesiyle ihtarname keşide edilen kredi sözleşmesi 16/01/2008 tarihinde imzalanmıştır. Dava konusu tasarruf ise 23/01/2007 tarihinde gerçekleşmiştir.

aynı vakıalara dayanılarak yeniden ikamesinin mümkün olmadığı, zira bu eksikliğin sonradan ikmal edilecek bir durum olmadığı, bu yönüyle, aciz vesikası eksikliği sebebiyle red edilen davanın müteakiben aciz vesikasının ikmal edilerek yeniden dava açılmasına nazaran daha ağır ve farklı bir sonuç doğuracağı gerekçesiyle eleştiriye maruz kalmıştır⁷⁵.

İİK 277 ve devamı maddelerine dayalı hukuki müessesede, tasarrufun iptale tabi olup olmayacağı, borcun doğum tarihine merbut olduğundan, borcun, yani alacaklının alacağının doğum tarihinin isabetli ve tereddüde mahal bırakmayacak şekilde tespiti elzemdir. Bu tespit ise her somut hadisenin ayrıntıları dikkate alınarak yapılacaktır. Borç, taraflar arasındaki hukuki ilişkinin niteliğine göre belirlenecektir⁷⁶. Dolayısıyla hukuki işlemin niteliğine göre taşınır/taşınmaz satışı, kredi sözleşmesi⁷⁷, fatura, cari hesap⁷⁸ ya da kıymetli evrakın düzenlendiği tarihte borç

Hal böyle olunca davanın ön şartının gerçekleşmediği gerekçesiyle davanın reddine karar vermek gerekirken yazılı şekilde davanın kabulüne karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.” (17. HD 12.10.2010, 5012/8161).

75 ALBAYRAK, s. 968.

76 “Olayda incelenmesi gereken husus; davalı (İİK. 89. madde gereğince borçlu durumuna düşen) şirketin borcunun hangi tarihte, yani tasarruf (araç satışı) işleminden önce mi, sonra mı doğmuş olduğunun tespitidir. Çünkü tasarrufun iptali davalarının dinlenebilmesi için borcun tasarruf işleminden önce doğmuş olması gereklidir. Borcun doğumundan önce gerçekleştirilen tasarrufların iptale tabi olmayacağı kanunun gerekçesinde de yer almıştır. Mahkemece satış işleminin borcun doğumundan önce olduğu kabul edilmiş ise de bu görüşte isabet yoktur. Çünkü üçüncü kişiye gönderilen haciz ihbarnamesinden önce mevcut bir borç yoksa esasen üçüncü kişi, borca itiraz edecek veya işletilecek prosedür gereğince borcun varlığı veya yokluğu belirlenecektir. Üçüncü kişinin haciz ihbarnamesine itiraz etmesi veya suskun kalması üzerine yapılacak işlemler borcun varlığını ispat açısından kanunla getirilmiş şekli hükümlerdir. Bu işlemler borcun varlığının kesinleştirilmesi için gereklidir. Borcun varlığının ileriki bir tarihte kesinleşmesi, üçüncü kişinin takip borçlusuna daha sonra borçlandığını göstermez. Borç ve alacak ilişkisinin tespiti daima birinci haciz ihbarnamesinin tebliğ tarihi baz alınarak saptanır. Bu hususun mahkemece kabul edildiği şekilde değerlendirilmesi, adil olmayan sonuçlara da götürür. Birinci haciz ihbarnamesini aldıktan sonra mallarını kaçıran (89.) borçlularının aleyhinde hiçbir şekilde tasarrufun iptali davası açılmaz. Çünkü böyle bir kabulde borç her zaman tasarruftan sonra doğmuş olacaktır. Bu nedenle borcun ikinci haciz ihbarnamesinden önce doğduğu dair görüşte isabet bulunmamaktadır. Dosyaya örneği konulan karar da Dairemizin çoğunluk görüşünü yansıtmamaktadır. Bu şekilde borcun doğumu, tasarruftan öncesi olarak kabul edilince davalı şirketler arasında organik bağın bulunması, takip borçlusu Mustafa'nın davalı satıcı şirketin ortağı ve müdürü, diğer davalının (unvan değiştiren) eski hissedarı olması nedeniyle İİK.nun 280. maddesindeki şartların oluştuğu da kabul edilmelidir. O halde mahkemece tasarrufun alacak ve ferilerine yetecek miktarda iptaline karar verilmesi gerekirken, davanın reddi doğru olmamış, kararın bozulması uygun bulunmuştur.” (15. HD 15.11.2005, 5284/6096).

77 “Somut olayda takip konusu alacak 12.11.2010 düzenleme tarihli genel kredi ve teminat sözleşmesine dayalıdır. Tasarruf ise bu tarihten sonra 22.06.2012 tarihinde gerçekleşmiştir. Bu durumda, kredi sözleşmesinin tanzim tarihi alacağın doğum tarihi sayılacağından, alacağın tasarruf tarihinden önce doğduğunun kabulü ile işin esasına girilerek, İİK'nun 278.-279. ve 280. madde koşullarının somut olayda gerçekleşip gerçekleşmediği araştırılarak oluşacak sonuca göre karar verilmesi gerekirken hatalı değerlendirme ile yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırıdır.” (17. HD 05.04.2018, 2015/17130, 2018/3875).

78 “Somut olayda davalı Mehmet Emin Özdoğru; davacı şirkete borçlu olan Kar AŞ'nin kurucu ortağı ve yönetim kurulu üyesidir. Davalıların 17.11.2006 tarihli savunma dilekçesinden de anlaşıldığı üzere davalı Mehmet Emin Özdoğru ortağı olduğu borçlu Kar AŞ'nin borcuna karşılık şirket hakkında yapılan icra takibi sırasında şahsi çek ve senet vermiş, 23.11.2005 tarihli protokol ile şirket borcuna kefil olmuştur. O halde davalı Mehmet Emin Özdoğru yönünden borcun



doğmuş sayılır. Alacağın ilama dayanması faraziyesinde, ilam ya da dava tarihi değil⁷⁹, ilama dayanak davaya vücut veren hukuki ilişki ya da hukuki fiilin⁸⁰ gerçekleştiği tarih⁸¹ dikkate alınacaktır⁸². Şayet ilam, katkı

doğum tarihi ortağı ve kefil olduğu Kar AŞ'nin borçlandığı tarih olarak kabulü gereklidir. Davacı vekili borcun 2005 yılı başlarında başlayan ticari ilişkiden doğduğunu iddia etmiş, fatura ve cari hesap dökümlerini delil olarak bildirmiştir. O halde mahkemece borcun doğumuna ilişkin temel ilişki konusunda tarafların bildireceği delilleri toplamalı ve gerektiğinde şirket defteri üzerinde inceleme yaptırılarak borcun iptali istenen tasarruftan önce doğduğunun ispatlanması halinde işin esasına girilip sonucuna göre bir karar verilmelidir. Eksik incelemeye dayalı hüküm tesisi doğru görülmemiştir." (17. HD 07.04.2009, 2008/4841, 2009/2160).

- 79 "Dava İİK 277 ve devamı maddeleri gereğince açılmış tasarrufun iptali istemine ilişkindir. Bu tür davaların dinlenebilme koşullarından biri de mahkemenin de kabulünde olduğu gibi iptali istenen tasarrufun takip konusu borçtan sonra yapılmış olmasıdır. Bunun dışında alacaklının borçluda gerçek bir alacağının bulunması, borçlu hakkındaki icra takibinin kesinleşmiş olması, borçlunun aciz halini gösteren geçici (İİK 105) veya kati (İİK 143) aciz belgesinin sunulmuş olması gereklidir. Somut olayda takip konusu alacak 25.9.2001 tarihli trafik kazasından (Haksız fiilden) doğduğundan mahkemece borcun doğum tarihi olarak kaza tarihi olan 25.9.2001 tarihli kaza tarihinin esas alınması gerekirken bu kaza nedeniyle davacı alacaklılar tarafından davalı borçlular aleyhine trafik kazasından kaynaklanan tazminat davasının karar tarihi olan 14.7.2005 tarihinin esas alınması doğru görülmemiştir. O halde borcun doğumu 25.9.2001 tarihli trafik kazası olduğundan dava konusu iptali istenen 26.12.2003 ve 23.2.2005 tarihli araç satışına ilişkin tasarruflar borçtan sonra yapılmış olması nedeniyle bu yöndeki dava şartının gerçekleştiğinin kabulü gereklidir. Aksi düşünce dosya kapsamı ve mevcut delil durumuna uygun düşmemektedir." (17. HD 11.06.2012, 1710/7561).
- 80 "Dava İİK.nun 277 ve devamı maddeleri uyarınca açılan tasarrufun iptali isteğine ilişkindir. Tasarrufun iptali davalarında kural olarak, tasarrufun iptal edilebilmesi için borcun doğum tarihinin iptali istenilen tasarruf tarihinden önce olması gerekir. Somut olayda mahkemece davacı alacaklının icra takibi sırasında dayandığı mahkeme kararının tasarruf tarihinden sonra verilmesi nedeniyle davanın reddine karar verilmiştir. Ancak alacaklı davacının dayandığı mahkeme kararında yoksulluk nafakasının yanı sıra maddi ve manevi tazminata da hükmedilmiş ve nafaka ile birlikte tazminat alacağı da icra takibine konu edilmiştir. Hükmedilen tazminatın dayanağının ise davalı Ahmet'in davacı Çiğdem'i evden kovmaya kadar varan haksız eylemler olduğu ve bu eylemler sonucu boşanma karar verildiği, boşanma kararına gerekçe teşkil eden haksız eylemlerin ise iptali talep edilen tasarruf tarihinden önce oldukları anlaşılmıştır. Bu durumda mahkemece borcun doğumunun tasarruf tarihinden önce olduğunun kabulü ile davalıların kardeş olmaları nedeniyle davanın İİK.nun 278/III-1 ve 280/1-2 maddeleri uyarınca kabulüne karar verilmesi gerekirken yanlış değerlendirme sonucu yazılı olduğu davanın reddine karar verilmesi doğru bulunmamıştır." (17. HD 22.09.2011, 739/8021).
- 81 "Tasarrufun iptali davalarının dinlenebilmesi için borcun, iptali istenen tasarruftan önce doğması dava önkoşulu olup mahkemece res'en araştırılmalıdır. Dava koşulu gerçekleşmediği takdirde işin esası hakkında hüküm kurulamaz. Somut olayda davacının takibine dayanak olan alacakların boşanma ilamındaki alacaklar olduğu anlaşılmaktadır. Davacının kazandığı tazminatların boşanma ilamının verilmesinden önce gerçekleşen olaylardan kaynaklandığı ancak ilam sonrasında takibe konu edildiği açıktır. Bu durumda davacı alacağının yapılan tasarruftan önceye ait olduğu kabul edilmeli ve borçlunun aciz ya da iflasından önce yaptığı iptale tabi tasarrufları üç grup altında ve İİK.nin 278, 279 ve 280. maddelerinde düzenlendiği ancak bu maddelerde iptal edilebilecek bütün tasarruflar sınırlı olarak sayılmadığı, Kanun'un, iptale tabi bazı tasarruflar için genel bir tanımlama yaparak hangi tasarrufların iptale tabi olduğu hususunun tayinini hakimnin takdirine bıraktığı (İİK. m. 281)bu nedenle de davacı tarafından İİK.nin 278, 279 ve 280. maddelerden birine dayanılmış olsa dahi mahkemenin bununla bağlı olmayıp diğer maddelerden birine göre de iptal kararı verebileceği (Y.H.G.K. 25.11.1987 Tarih, 1987/15-380 Esas ve 1987/872 Karar sayılı ilamı) de nazara alınarak hasıl olacak duruma göre bir karar verilmesi yerine yazılı şekilde davanın reddine karar verilmesi isabetli değildir." (17. HD 21.10.2013, 2012/11144, 2013/13949).
- 82 "Dava İİK'nun 277 ve devamı maddelerine dayalı olarak açılan tasarrufun iptali davasına

ya da katılma alacağına ilişkinse, ilam lehtarının taşınmaz ya da taşınır malvarlığının iktisap tarihine göre belirlenecektir⁸³. Bir diğer ifadeyle, tasarrufun iptali davasının ön şartı, borcun tasarruftan önce doğmuş olmasına merbut olduğundan⁸⁴, mal rejimi, eşlerden birinin ölümü veya başka bir mal rejiminin kabulüyle sona ereceğinden (TMK m. 225), ölüm tarihi ya da boşanma ile birlikte boşanma davasının ikame edildiği tarih yahut mal rejimi tasfiyesine konu taşınmazın iktisap tarihi, borcun doğum tarihi⁸⁵ olarak göz önüne alınacaktır. Buna karşın, alacağın bir kambyo senedine dayanması ihtimalinde, şayet alacaklı alacağının daha önce doğduğu, kambyo senedinin daha sonra düzenlendiğini ispat etmek şartıyla kambyo senedinin düzenlendiği değil⁸⁶, taraflar arasındaki temel ilişkinin kurulduğu tarih borcun doğum tarihi⁸⁷ olarak kabul göreceği hem

ilişkindir. Tasarrufun iptali davalarının dinlenebilmesi için borcun, iptali istenen tasarruftan önce doğması dava önkoşulu olup mahkemece res'en araştırılmalıdır. Dava koşulu gerçekleşmediği takdirde işin esası hakkında hüküm kurulamaz. Somut olayda, dava konusu alacağın dayanağı trafik kazasından doğan tazminata ilişkin olduğundan borcu doğumu 24.08.2009 tarihli kaza olup tasarruf ise 25.09.2009 tarihinde yapılmıştır." (17. HD 21.10.2014, 2013/11132, 2014/13891).

- 83 "Mahkemece toplanan deliller ve tüm dosya kapsamına göre, davacı ile davalı Ali Rıza arasındaki boşanma davasının 2010 yılında açıldığı, davalılar arasındaki iptali istenen tasarrufun ise tapu kaydından da anlaşılacağı üzere, 03/04/2008 tarihinde yapıldığı, iptale konu tasarrufun, alacağın doğumundan önce yapılmış olduğu, katkı payı alacağına ilişkin davanın ise halen sonuçlanmadığı göz önüne alındığında bu yönden davanın reddine karar verilmiş; hüküm, davacı vekili tarafından süresi içerisinde temyiz edilmiştir. Dava BK'nun 19.maddesine dayalı olarak açılan muvazaalı işlemin iptaline ilişkindir. Davacı dava dilekçesinde ile davalı borçlu arasında İstanbul Anadolu 12. Aile Mahkemesi'nin 2012/651 E sayılı dosya ile görülen katkı payı davası olduğunu ileri sürmüş, yargılama sonrasında dava konusu gayrimenkulde davacının da katkısı olduğu kabul edilerek davacı lehine davanın kabulüne karar verilmesine göre İstanbul Anadolu 12. Aile Mahkemesi'nin 2012/651 E sayılı katkı payı davasının kesinleşip kesinleşmediğinin araştırılarak karar içeriğine göre alacağın doğum tarihi belirlenip sonucuna göre karar verilmesi gerekirken katkı payı dava dosyası incelenmeksizin yazılı olduğu şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir." (17. HD 11.04.2018, 2015/7260, 2018/4019).
- 84 "Dava, İİK.nin 277 ve devamı maddelerine dayalı tasarrufun iptali istemine ilişkindir. Tasarrufun iptali davalarında kural olarak, tasarrufun iptali edilebilmesi için borcun doğum tarihinin iptali istenilen tasarruf tarihinden önce olması gerekir." (17. HD 28.03.2013, 2012/14204, 2013/4372).
- 85 (17. HD 11.04.2018, 2015/7260, 2018/4019).
- 86 "Somut olayda,6 adet takip dosyası yönünden dava açılmış, 2009/59 ve 2009/60 sayılı takip dosyalarındaki borç 06.11.2008 ve 10.01.2008 tarihlerinde keşide edilen çeklerden kaynaklanmış olup tasarruf tarihi ise 06.11.2008 olduğundan, tasarruf borcun doğumundan sonra gerçekleşmiş olmakla karar yerindedir. Diğer 2009/348-74-58 ve 393 sayılı takip dosyalarındaki çek tarihleri tasarruftan sonraya aittir. Ancak, uygulamada temel ilişkinin çekin keşide tarihinden evvel kurulduğu halde borçlu tarafından borca karşılık ileri tarihli (vadeli) çekler keşide edildiği sıkça görülmektedir. Nitekim davacı alacaklı verdiği dilekçelerinde temel ilişkinin çeklerin keşide tarihlerinden önce var olduğunu ileri sürmüştür. Bu durumda davacı ile davalı borçlu arasındaki temel ilişkinin ve bunun doğum tarihine ilişkin bilgi ve belgelerin nelerden ibaret olduğu araştırılarak gerektiğinde ticari defterlerden de yararlanılarak bilrkişi keşide edilmesini yapılarak oluşacak sonuca göre karar verilmesi gerekirken eksik inceleme ile yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırıdır." (17. HD 27.10.2014, 2013/7882, 2014/14410).
- 87 "Somut olayda takibe dayanak çeklerin keşide tarihine göre iptali istenen tasarruftan sonra düzenlendiği anlaşılmakta ise de bu durumun gerçekten tasarruftan sonra doğmuş bir borç ilişkisini mi yoksa daha önce yapılmış bir ticari ilişkiden kaynaklanan vadeli çek uygulaması olarak da bilinen bir vakıayı mı gösterdiği hususu yeterince araştırılmamıştır. Takip dosyasına konu çekler 30/09/2013,30/10/2013, 30/11/2013 keşide tarihli olup; iptali istenen tasarruflar ise



Yargıtay⁸⁸ hem de öğretide savunulmuştur⁸⁹. Nitekim kredi sözleşmesinden kaynaklı tasarrufun iptali davalarında borç, hesabın kesildiği değil⁹⁰, kredi sözleşmesinin imzalandığı⁹¹; ihbar ve kıdem tazminatına dayalı tasarrufun iptali davalarında borç, işçinin işe giriş tarihi⁹²; haksız fille dayalı tazminat

- 20/09/2013, 04/07/2013, 27/06/2013 tarihlerinde yapılmıştır. Çekte vade olmamasına rağmen ticari hayatta vadeli çek kullanıldığı bilinen bir gerçek olduğundan davacı vekiline takip konusu çeklere dayanan borcun temel ilişkisinin tasarruftan önce doğmuş ise borcun doğumu konusunda varsa delillerini ve ticari defterlerini sunması ve borcun daha önce doğduğu ispatlandığı takdirde buna ilişkin dava koşulunun gerçekleştiği kabul edilerek işin esasına girilerek iptal nedenlerinin oluşup oluşmadığı araştırılarak sonucuna göre karar verilmesi gerekir. Aksi durumun tespiti halinde ise borcun doğumu tasarruf tarihinden sonra ise şimdiki gibi davanın ön koşul yokluğu nedeni ile reddine karar verilmesi gerekir.” (17. HD 02.04.2018, 2015/16375, 2018/3689).
- 88 “Dava, İİK.nin 277 ve devamı maddelerine dayalı tasarrufun iptali istemine ilişkindir. Tasarrufun iptali davalarında kural olarak, tasarrufun iptal edilebilmesi için borcun doğum tarihinin iptali istenilen tasarruf tarihinden önce olması gerekir. Somut olayda davacı alacaklı Kadıköy 5.İcra müdürlüğünün 2008/15934 sayılı dosyası ile icra takibine girişmiş, takibin dayanağı 16.09.2008 tanzim, 30.10.2008 vade tarihli bono olup davaya konu edilen taşınmaz ise borçlu Fuat tarafından diğer davalı Emin Erol’a 09.06.2008 tarihinde satılmıştır. Bu durum da tasarruf tarihi borcun doğum tarihinden önce olduğu görülmekte ise de uygulamada kambyo senetlerinin tanzim tarihlerinden önceki bir ticari ilişki nedeniyle de düzenlenmiş oldukları görülmektedir. Davacı alacaklı da alacağın kendisine ait şirketler ile borçlu davalıya ait şirket arasındaki ticari ilişkiden kaynaklandığını ileri sürmüştür. Bu durumda mahkemece davacıya ait Sultanlar Ev İht. Mad. Paz. A.Ş. ve Tibet Endüstriyel Ürünler Paz. A.Ş. ile borçlu davalıya ait Yöre Alışveriş Merk. Gıda İnş. İth. İhr. Dağ. Paz. San. A.Ş. arasında tasarruf tarihinden önce ticari bir ilişki olup olmadığı, davacının alacağının dayanağı bononun bu ticari ilişki nedeniyle tanzim edilip edilmediğinin saptanması için ticari defter, belge ve kayıtları üzerinde bilirkişi incelemesi yapılması, gerektiğinde taraflardan bu hususta delillerinin istenilmesi ondan sonra toplanan ve toplanacak tüm delillerin birlikte değerlendirilerek hasıl olacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken eksik araştırma ve inceleme sonucu yazılı olduğu üzere davanın reddine karar verilmesi doğru bulunmamıştır.” (17. HD 28.03.2013, 2012/14204, 2013/4372).
- 89 Uyar, Tasarrufun İptali Davaları, s. 804.
- 90 “Davacı banka ile borçlu şirket arasındaki ilişki, 15.07.1998 tarihli kredi sözleşmesi ile başlamıştır. Kredinin kullanılarak bilahare hesabın kat edilmesi alacağın kredinin kat edildiği tarihte doğduğunu göstermez. Dairemizin bu yoldaki kararlı uygulamalarında da alacağın kredi sözleşmesinin imzalandığı tarihte doğduğu iptâl davaları bakımından kabul edilmektedir. Dava konusu olayda iptâli istenen tasarrufların tamamı kredi sözleşmesinin imzalanmasından sonra gerçekleştirildiğinden mahkemece iptâl davasının İİK.nun 277, 278, 279 ve 280. maddeleri doğrultusunda değerlendirilerek sonucuna göre iptâl istemi hakkında bir karar verilmesi gerekir. Bu hususlar üzerinde durulmadan alacağın tasarruf tarihinden sonra doğduğu görüşüyle davanın reddedilmesi doğru olmamış kararın bozulması gerekmiştir.” (15. HD 11.07.2006, 2667/4335).
- 91 “Dava İİK.nun 277 ve devamı maddeleri uyarınca açılan tasarrufun iptali isteğine ilişkindir. Tasarrufun iptali davalarında iptal kararı verilebilmesi için kural olarak borcun tasarruf tarihinden önce doğmuş olması gerekir. Somut olayda davacı bankanın alacağı 11.06.2007 ve 26.03.2007 tarihli genel kredi sözleşmelerine dayanmakta olup dava konusu tasarruf ise 07.01.2010 tarihidir. Bu durumda mahkemece davacının alacağının tasarruf tarihinden önce doğmuş olması nedeniyle davanın esasına girilerek taraf delillerinin toplanması ve hasıl olacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken yanlış değerlendirmeye sonuca kredinin kat edildiği tarihin esas alınarak dava şartı yokluğundan davanın reddine karar verilmiş olması doğru bulunmamıştır.” (17. HD 11.12.2014, 2013/7995, 2014/18202).
- 92 “Dava, İİK’nun 277 ve devamı maddelerine dayalı olarak açılan tasarrufun iptali davasına ilişkindir. Davacı alacağı, kıdem tazminatı, ihbar tazminatı, genel tatilde çalışma türünden gerçekleşen alacağa ilişkindir. İş akti 15.01.2010 tarihinde feshedilmiş ise de kıdem tazminatı ve bir kısım işçi alacaklarının hesabında davacının işe girdiği 01.02.2006 tarihinden hesaplama yapıldığından borcun doğumunun bu tarih olarak esas alınması gerekmektedir. Dairemizin yerleşmiş uygulaması da bu yöndedir. Mahkemece, tasarrufun borcun

taleplerinde haksız fiilin vuku bulduğu tarih⁹³, kefalet sözleşmelerindeki kefilin borcu ise, kefalet tarihi değil⁹⁴ Yargıtay tarafından da kabul gördüğü üzere⁹⁵ alacaklı ve asıl borçlu arasında akdedilen sözleşme tarihidir⁹⁶. Kambyo senetlerine dayalı takiplerde ise, kıymetli evrak vasfındaki poliçe, bono ve çek'in keşide, yani düzenlendiği tarih değil, muhatap banka ya da takas odasına ibraz edildiği tarih olduğu taraftar bulmuştur⁹⁷. Hatta Yargıtay, kıymetli evrağa dayalı olarak kesinleştirilen tasarrufun iptali

doğumundan sonra yapıldığı kabul edilerek diğer deliller birlikte değerlendirildikten sonra oluşacak sonuca göre karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırıdır." (17. HD 25.05.2015, 2013/21071, 2015/7629).

93 "Dava İİK'nın 277 vd. maddelerine dayalı tasarrufun iptali istemine ilişkindir. Dosya içerisindeki bilgi ve belgelerden, borcun doğumunun boşanma davası değil, bu davaya açmayı gerektirir fiillerin başladığı tarih olarak kabulü gerekir. Bu ise boşanma davasında belirlenen 27.07.2004 tarihli müşterek çocuğun doğumunda gerçekleşen haksız fiil tarihi olduğundan borcun doğumu konusundaki mahkeme tespiti hatalı ise de, bu tarihte dava konusu işyeri davalı 3.kişiyi ait olduğundan borcun doğumundan sonra işyerinin devrinden söz edilemez. Bu nedenlerle, karar sonuç itibarı ile doğru bulunduğundan, davacı vekilinin yerinde görülmeyen tüm temyiz itirazlarının reddiyle hükmün onanmasına." (17. HD 13.01.2015, 2013/14349, 2015/224).

94 "Somut olayda, takip konusu borç davacının, davalı borçluya kefilliğinden dolayı ödediği bedele ilişkin olup davacının kefilliği dayalı ödemeleri 19.1.2009-17.8.2009 tarihleri arasında yaptığı anlaşıldığından borcun doğumunun 13.4.2010 tarihli tasarruftan önce olduğunun kabulü ile davanın esasına girilerek davalılar arasındaki dava konusu tasarrufların İİK 278.279.280 maddeler gereğince iptale tabi olup olmadığı değerlendirilerek sonucuna göre karar verilmesi gerekirken dosya kapsamı ve mevcut delil durumuna uygun düşmeyen gerekçe ile davanın reddi isabetli görülmemiştir." (17. HD 09.12.2014, 15694/18028).

95 "Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık, kefil tarafından açılan tasarrufun iptali davasında dava önkoşulu olan tasarrufun borcun doğumundan sonra yapılmış olması koşulu değerlendirilirken borcun doğum tarihi olarak kefil tarafından borcun ödendiği tarihin mi yoksa asıl borçlanma (kredi sözleşmesi) tarihinin mi esas alınacağı noktasında toplanmaktadır. Bilindiği üzere tasarrufun iptali davası, borçlu tarafından alacaklısını zarara uğratmak kastıyla gerçekleştirilen tasarruftan zarar gören alacaklının, borçlunun mal varlığından çıkarmış olduğu, mal ve hakların veya bunların yerine geçen kıymetlerin, tekrar borçlunun mal varlığına geçmesini sağlamak ve bu yolla alacağını elde etmek amacıyla ve 2004 sayılı İcra ve İflas Kanununun 277. maddesine dayalı olarak açıldığı davadır. Tasarrufun iptali davasının dinlenebilmesi için; alacaklının borçluda gerçek bir alacağının olması, borcun tasarruftan önce doğması, borçlu hakkındaki icra takibinin kesinleşmiş olması ve borçlu hakkında alınmış aciz belgesinin bulunması gereklidir. Nitekim, tasarrufun iptali davasının görülebilirlik şartlarından biri olan "borcun tasarruftan önce doğması" koşulu yönünden bir uyuşmazlık bulunmamaktadır. Uyuşmazlığın çözümünde kefilin ödeme yaptığı tarihin borcun doğum tarihi olarak kabul edilip edilmeyeceği hususu açıklığa kavuşturulmalıdır. 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun "Kefilin hakları" başlıklı 496. maddesinde kefilin eda ettiği şey nispetinde alacaklının haklarında ona halef olacağı öngörülmüş; 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun "Kefilin rücu hakkı" başlıklı 596. maddesinde de kefilin alacaklıya ifade bulunduğu ölçüde onun haklarına halef olacağı düzenlenmiştir. Buna göre somut olaya dönüldüğünde dava dışı alacaklı-Denizbank ile borçlu - davalı Rüstem Karanfil arasında imzalanan 10000 TL kredi verilmesine ilişkin sözleşmenin 15.06.2009 tarihinde imzalandığı, davacı İsmail Şahin' in sözleşmeyi müşterek borçlu ve müteselsil kefil olarak imzaladığı görülmektedir. Davacı-kefil borcu 31.3.2011 tarihinde ödeyerek davalı Rüstem'in diğer davalı Eyüp'e 12.01.2010 tarihinde satış suretiyle devrettiği taşınmazdaki hisse yönünden eldeki davayı açmıştır. Buna göre, davacı-kefil ödeme yaptığı 31.03.2011 tarihinde alacaklı - bankanın haklarında ona halef olmuştur. Tasarrufun iptali istemi de alacaklının haklarındadır. Bu durumda kefil yönünden borcun doğum tarihinin asıl borcun doğduğu; diğer bir ifade ile kefil olduğu kredi sözleşmesinin imzalandığı tarihin borcun doğum tarihi olarak kabul edilmesi gerekir. Uyuşmazlığa konu olayda davacı - kefilin ödeme yaptığı kredi borcunun doğum tarihi 15.06.2009, iptali istenen tasarruf tarihi 12.01.2010 olduğuna göre dava ön koşulu gerçekleşmiştir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 13.10.2010 tarihli ve 2010/17-398 Esas ve 2010/497 Karar numaralı ilamında da aynı ilke benimsenmiştir." (HGK, 16.09.2015, 2013- 17/2350, 2015/1759).

96 UYAR, *Tasarrufun İptali Davaları*, s. 805.

97 UYAR, *Tasarrufun İptali Davaları*, s. 805.



davalarında tarafların isticvap edilerek borcun doğumuna sebep temel ilişkinin ve borcun doğum tarihinin açıklığa kavuşturulması gerektiğini içtihat etmektedir⁹⁸. Öğretide, İİK'nun 278. maddesindeki durum hariç alacaklı, borçlunun muamelesini müteakiben alacaklı sıfatını kazanmış olsa dahi iptal davası açabileceği savunulmuştur⁹⁹. İİK'nun 89. maddesi gereğince haciz ihbarnamesine itiraz etmeyen ya da borçluya ait mal, hak yahut alacak zimmetinde sayılan üçüncü kişi, borçlu mesabesinde olacağından¹⁰⁰, İİK 277 ve devamında düzenlenen hükümlerin inzımanı ihtimalinde, tasarrufun iptali davasına maruz kalacağı ve borcun doğum tarihinin belirlenmesinde birinci haciz ihbarnamesinin tebliğ tarihinin dikkate alınması gerektiği¹⁰¹ savunulmuştur¹⁰².

98 "Dava, İİK.277 ve devamı maddelerine dayanılarak açılmış tasarrufun iptali istemine ilişkindir. Tasarrufun iptali davalarının dinlenebilmesi için borcun, iptali istenen tasarruftan önce doğması dava önkoşulu olup mahkemece res'en araştırılmalıdır. Dava koşulu gerçekleşmediği takdirde işin esası hakkında hüküm kurulamaz. Somut olayda davanın dayanağı takipteki çeklerin keşide tarihi şeklen tasarruf tarihinden sonra olsa da davacı vekili tarafından bu çeklerin vade tarihlerinden önce ibraz edildiği açıktır. Bu durumda uygulamada, temel ilişkinin çekin keşide tarihinden evvel kurulduğu halde borçlu tarafından borca karşılık ileri tarihli (vadeli) çekler keşide edildiği sıkça görülmektedir. Nitekim davacı alacaklı, aşamalarda verdiği dilekçelerinde temel ilişkinin çeklerin keşide tarihlerinden önce var olduğunu ileri sürmüştür. Bu durumda davacı ile davalı borçlu arasında temel ilişkinin ve borcun doğum tarihine ilişkin bilgi ve belgelerin nelerden ibaret olduğu araştırılmadan, gerektiğinde dava dışı borçlu Alternatif Sistem Özel Eğitim Merkezi Danışmanlık Hizmetleri Ticaret Ltd. Şti. ticari defterlerinden de yararlanılarak bilirkişi incelemesi yaptırılmadan, yazılı şekilde davanın reddine karar verilmesi isabetli değildir." (17. HD 02.05.2011, 2010/9032, 2011/4190).

99 UMAR, **İptal Davası**, s. 7.

100 "Hükmüne uyulan bozma ilamında, Mersin 4.İcra Müdürlüğü'nün 2010/4437 esas sayılı takip dosyası açısından davalı İbrahim'in takip dosyasında asıl borçlu olmadığı halde asıl takip borçlusu Bayram'dan olan alacağı nedeniyle gönderilen haciz ihbarnamelerine itiraz etmemek suretiyle borçlu durumuna gelmiş olduğu, takipteki sorumluluğunun haciz ihbarnamesindeki miktar kadar olacağı, asıl borçlu Bayram'ın davalı İbrahim'den olan alacağının ne zaman doğduğu hususunun da araştırılarak davanın diğer şartları da değerlendirilmesi gereğine değinilmiştir. Mahkemece bozmaya uyularak yapılan yargılama sonunda alacağın doğum tarihine ilişkin bir delil sunulmadığından haciz ihbarnamesinin tebliği üzerine borcun doğacağından hareketle belirtilen icra dosyası yönünden davanın reddine karar verilmiş; hüküm, davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir. Dosya içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gereğince dayanılan delillerin tartışılıp, değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına göre, davacı vekilinin yerinde görülmemeyen tüm temyiz itirazlarının reddiyle usul ve yasaya uygun bulunan hükmün onanmasına." (17. HD 27.10.2014, 10496/14310).

101 "Olayda incelenmesi gereken husus; davalı (İİK. 89. madde gereğince borçlu durumuna düşen) şirketin borcunun hangi tarihte, yani tasarruf (araç satış) işleminden önce mi, sonra mı doğmuş olduğunun tespiti. Çünkü tasarrufun iptali davalarının dinlenebilmesi için borcun tasarruf işleminden önce doğmuş olması gereklidir. Borcun doğumundan önce gerçekleştirilen tasarrufların iptale tabi olmayacağı kanunun gereğince de yer almıştır. Mahkemece satış işleminin borcun doğumundan önce olduğu kabul edilmiş ise de bu görüşte isabet yoktur. Çünkü üçüncü kişiye gönderilen haciz ihbarnamesinden önce mevcut bir borç yoksa esasen üçüncü kişi, borca itiraz edecek veya işletilecek prosedür gereğince borcun varlığı veya yokluğu belirlenecektir. Üçüncü kişinin haciz ihbarnamesine itiraz etmesi veya suskun kalması üzerine yapılacak işlemler borcun varlığını ispat açısından kanunla getirilmiş şekli hükümlerdir. Bu işlemler borcun varlığının kesinleştirilmesi için gereklidir. Borcun varlığının ileriki bir tarihte kesinleşmesi, üçüncü kişinin takip borçlusuna daha sonra borçlandığını göstermez. Borç ve alacak ilişkisinin tespiti daima birinci haciz ihbarnamesinin tebliğ tarihi baz alınarak saptanır. Bu hususun mahkemece kabul edildiği şekilde değerlendirilmesi, adil olmayan sonuçlara da götürür. Birinci haciz ihbarnamesini aldıktan sonra mallarını kaçıran (89.) borçlularının aleyhinde hiçbir şekilde tasarrufun iptali davası açılmaz. Çünkü böyle bir kabulde borç her zaman tasarruftan sonra doğmuş olacaktır. Bu nedenle borcun ikinci haciz ihbarnamesinden önce doğduğuna dair görüşte isabet bulunmamaktadır. Dosyaya örneği konulan karar da Dairemizin çoğunluk görüşünü yansıtmamaktadır." (15. HD 15.11.2005, 5284/6096).

102 Uyar Talih, Alacaklının Gönderdiği Haciz İhbarnamelerine İtiraz Etmeyen Üçüncü Kişi Hakkında Hangi Koşullarda Tasarrufun İptali Davası Açılabilir, Yargıtay Dergisi Temmuz 2018, S. 3, (s. 1375- 1404), s. 1398, 1399.

B. Alacaklı Sıfatı

Tasarrufun iptali davasının ikamesi için takibin kesinleşmesi ve kural olarak aciz vesikasının ibrazı gereklidir¹⁰³. Zira iptal davası, özel bir dava şartı olarak geçici ya da kesin aciz vesikasının yargılama süresi içerisinde ibrazına muhtaçtır¹⁰⁴. Dolayısıyla iptal davasının esastan karara bağlanması, haciz işleminin kesin ya da geçici aciz vesikası ile nihayet bulmasına merbuttur¹⁰⁵. Asıl borçlunun iflas etmemiş olması faraziyesinde her münferit alacaklı iptal davası ikame edebilecektir. Lakin bu alacaklının geçici veya kesin bir aciz vesikası hamili olması şartı öngörülmüştür¹⁰⁶. Dolayısıyla davacı sıfatının belirlenmesi, takibin semeresiz kalması ve müteakiben düzenlenecek aciz vesikası ile doğrudan ilişkilidir¹⁰⁷. Nitekim davacı sıfatı, mahkeme tarafından yargılamanın her aşamasında resen dikkate alınacaktır¹⁰⁸. Uygulamada genellikle takibi kesinleştirip, aciz vesikası hamili alacaklı tarafından iptal davasının ikame edildiği de tecrübe edilmektedir. Zira kural olarak borçlu aleyhine takibi yürütmüş ve alacağını tahsil edememiş geçici ya da kesin aciz vesikası lehtarını iptal davacısı sıfatını haizdir¹⁰⁹. Bu sebeple, aciz vesikasının dava şartı olmayıp, alacaklıya aktif taraf sıfatı kazandırdığı da savunulmuştur¹¹⁰. Ne var ki söz konusu dava ikamesi, alacağı kesinleştirip, aciz vesikası lehtarının şahsına bağlı bir husus değildir. Aciz vesikası, kıymetli evrak olmadığı gibi¹¹¹ teknik anlamda bir ikrar¹¹², yenileme¹¹³ ya da borcun hukuki sebebini değiştiren¹¹⁴ yahut alacağın varlığını ispata yarar bir belge değil, takibin semeresiz kaldığını tevsik eden bir niteliği haizdir¹¹⁵. Zira alacak temlik edildiği sürece davacı alacaklı sıfatının değişmesi de kaçınılmazdır. Bu sebeple, başka bir alacağa ya da alacaklıya ait aciz vesikası ile de iptal davası açılması mümkün olduğu gibi, dava hakkının alacaklının halefleri tarafından kullanılması da mümkündür. Borcun kaynağı, kural olarak haksız fiil, sözleşmeye aykırılık, sebepsiz iktisap ve vekâletsiz iş görme

103 “Dava, İİK.nun 277 ve devamı maddelerine dayalı tasarrufun iptali istemine ilişkin olup, bu tür davaları elinde kat’i (İİK.nun 143.md) yada geçici (İİK.nun 105.md) aciz belgesi bulunan alacaklılar tarafından açılabilir. Bu husus davanın görülebilme koşulu olup mahkemece re’sen (kendiliğinden) göz önüne alınması gerekir. Aciz belgesinin dava açılmadan dava açıldıktan sonra veya temyiz aşamasında ve hatta hükmün Yargıtay’ca onanmasından veya bozulmasından sonra bile sunulma olanağı vardır.” (17. HD 27.10.2011, 8922/9874).

104 TUNCER Kazancı, s. 37; Öztekin, **Aciz vesikası**, s. 67

105 TUNCER Kazancı, s. 128.

106 UMAR, İptal, s. 35; TUNCER Kazancı, s. 44.

107 TUNCER Kazancı, s. 44.

108 TUNCER Kazancı, s. 46.

109 YILDIRIM, s. 251.

110 ERDÖNMEZ, s. 57.

111 ÖZTEK, **Aciz Vesikası**, s. 19.

112 ÖZTEK, **Aciz Vesikası**, s. 15.

113 ÖZTEK, **Aciz Vesikası**, s. 14.

114 ÖZTEK, **Aciz Vesikası**, s. 18.

115 UMAR, İptal, s. 41; ÖZTEK, **Aciz Vesikası**, s. 12.



hükümlerine dayanacaktır. Nitekim hukuki işlem olarak her alacak/borç münasebetinin sebepten yoksun olması da düşünülemez¹¹⁶. Dolayısıyla bir hukuki işlem, herhangi bir hukuki sebep olmaksızın, salt kendi varlığı için oluşturulamayacağından, sebepten mücerret olan kambiyo borcunun da bir sebebi mevcut olup, bu sebep, kambiyo borcunun hukuki bütünlüğünden bağımsızdır¹¹⁷. Zira mücerret borç ikrarı ya da vadinin hukuken tanınması, hukuki sebebi olmayan ya da geçerli olmayan borçların tanınmasını tazammun etmeyeceği gibi¹¹⁸, kambiyo senetleri bağlamında geçerli bir hukuki sebebin bulunmasını da zorunlu kılacaktır. Kanaatimizce bu hukuki sebepler tahdidi olmayıp, herhangi bir borcun doğumu, yukarıda saydığımız sebepler dışında, başka bir hukuki ilişkiden de borç rabitası doğabilecektir. Kaldı ki, mücerret borç ikrarı dahi geçerlidir (TBK m. 18)¹¹⁹. Borcun ilk doğumuyla tesis edilen kurucu alacaklı ve borçlu ilişkisi borç ile kaim ve şahsa sıkı sıkıya bağlı bir ilişki olmayıp, özellikle alacaklı sıfatı, borçlunun rızasına ihtiyaç olmaksızın değişime maruz kalabilecektir. Nitekim kaynağı her ne olursa olsun bütün alacaklar kural olarak temlike konu olabilecektir¹²⁰. Dolayısıyla borcun kurucu süjesi alacaklının takip ve davadan önce ya da sonra alacağını temlik etmesine hukuki bir engel bulunmadığı gibi tasarrufun iptali davası ikame etme sıfatı da takibi kesinleştiren alacaklı yahut aciz vesikası hamiline merbut ve münhasır değildir. Tasarrufun iptali davasının dinlenilme şartı olan borcun tasarruftan önce doğması hususunda, borcun doğumu olarak milat kabul edilecek tarih de, davacı alacaklının alacaklı sıfatını iktisap ettiği an değil, ilk kurucu borcun doğduğu vakittir. Zira iptal davası açma hakkı, kişiye sıkı sıkıya bağlı haklardan olmayıp, bu hak, miras, kanuni ya da iradi temlik yahut yasal halefiyet yolu ile sonradan aciz belgesine sahip olan kişiye intikal edebilecektir¹²¹. Kaldı ki borç ödmeden aciz vesikasının dahi bir üçüncü kişiye devri mümkün olup, söz konusu devir, alacağın temliki hükümlerini tazammundur¹²². Nitekim iptal davasının muhatabı, aciz vesikasına karşı yolsuz verildiği ya da geçerli olmadığını ileri sürebileceği gibi, alacaklının takip ettiği alacağın var olmadığı savunmasında da bulunabilecektir¹²³. Alacak ilama dayansa dahi alacağın

116 SAYHAN İsmet, **Kambiyo Senetlerinde Mücerretlik İlkesi ve Bedel İlişkisi**, Ankara 2006, s. 47.

117 SAYHAN, s. 112.

118 SAYHAN, s. 166; SUNGURBEY İsmet, **Borç İkrarı ve Borç Vaadi**, İstanbul 1957, s. 37.

119 Mücerret borç ikrarı ya da vadinin hukuken tanınması onu hukuki sebepten yoksun hale getirmez. Ancak hukuki sebep ile ilgili sakatlıklar borçlu tarafından ileri sürülmedikçe borcun varlığı ve geçerliliği etkilenmeyecektir. Şayet mücerret borç ikrarı ya da vaadi hukuken tanınmasaydı, alacaklının öncelikle hukuki sebebin varlığı ve geçerliliğini ispat etmesi elzem olacaktı.

120 DAYINLARLI Kemal, **Alacağın Temliki**, Ankara 2010, s. 58.

121 UYAR, **İptalin Tarafları**, s. 2264.

122 ÖZTEK, **Aciz Vesikası**, s. 21.

123 UMAR, **İptal**, s. 41.

var olmadığı dikkate alınması icap eder, zira kesin hükmün üçüncü kişiler bakımından bağlayıcılığı ve infazı söz konusu değildir¹²⁴.

1. Alacaklı Sıfatının Alacağın Temliki İle İktisabı

Borç münasebetinin üç asli unsuru alacaklı, borçlu ve edimdir. Kural olarak, borçlu edimini alacaklıya ifa etmekle beraber, alacaklı tarafın değişmesi mümkündür. İşte alacaklı tarafın değişmesi alacağın temliki ile mümkündür. Alacağın temliki, temlik edilen alacağın bütün teferruatı ile birlikte içeriğinde ve borç münasebetinde hiçbir değişiklik olmaksızın temlik eden alacaklıdan temellük eden yeni alacaklıya intikal etmesidir. Alacağın temliki alacaklının iradesine bağlı borçlunun rıza ve katılımını gerektirmeyen¹²⁵ yazılı sıhhat şartına tabi bir tasarruf işlemidir¹²⁶. Alacağın temliki, adi alacakların tabi olduğu devir yolu mahiyetiyle¹²⁷ borçlandırıcı değil, bir tasarruf işlemidir¹²⁸. Dolayısıyla alacağı temlik eden kişinin temlik vaktinde tasarruf yetkisini de haiz olması gerekir¹²⁹. Alacağı temellük alan, temlik edenin halefi durumuna gelip, bir diğer ifadeyle, temlik edenin yerine geçtiğinden, onun tüm haklarına sahip olmakla borçludan ifayı talep edebilecektir. Buna karşın borçlu, temlik eden alacaklıya karşı haiz olduğu itiraz ve def'ilerini temellük alan yeni alacaklıya karşı da ileri sürebilecektir. Zira temlik yapılır iken rızası aranmayan borçlunun durumu temlikten sonra ağırlaştırılmayacaktır. Nitekim borçluya geniş def'i olanakları bahşedilmesinin altında bu sebep yatmaktadır. Alacağın temlikinin konusu, borç münasebeti olmayıp, bir borç münasebetinden doğan alacaktır¹³⁰. Hakikatte, temlikin konusu daha önce herhangi bir hukuki ilişkiden doğmuş alacağın devridir. Bu sebeple,

124 UMAR, İptal, s. 41.

125 KILIÇOĞLU, s. 21; DAYINLARLI, s. 105.

126 DAYINLARLI, s. 86.

127 ŞAHİN Ayşe, Kambyo Senetlerinde Gecikmiş Ciro'ya Bağlı Hukuki Sonuçlar, Prof. Dr. Fırat Öztan'a Armağan, Ankara 2010, s. 1929.

128 "Davanın temelini oluşturan icra takibinin alacaklısı Hüseyin Arslanbaş tarafından imzalanan 03.08.2010 tarihli belgede; "Ankara 4. İcra Müdürlüğü'nün 2009/14750 Esas sayılı dosyasında borçlu Güneş Bazancir'den herhangi bir alacağım (faiz, anapara, icra masrafı, avukatlık ücreti dahil) kalmamıştır. Borçlu tarafımdan ibra olunur." denilmektedir. Takip alacaklısı Hüseyin Arslanbaş tarafından 21.06.2011 tarihinde alacağın diğer davalı Umut Uçar'a temlik edildiği dosya içeriği ile sabittir. Görüldüğü gibi alacağın temliki işlemi ibraname tarihinden sonra gerçekleşmiştir. Önceki alacaklı Hüseyin Arslanbaş dava konusu alacakla ilgili olarak temlikten önce borçluyu ibra ettiğine göre, ibra ile borç sona ereceğinden alacakla ilgili tasarruf yetkisi ortadan kalkmıştır. Tasarruf hakkı kalmayan önceki alacaklının, alacağın temlikinde yetkisi olmadığı düşünülmeden ve 03.08.2010 tarihli ibranamenin davaya etkisi üzerinde durulup tartışılmadan eksik inceleme sonucu yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir." (19. HD 01.06.2017, 2016/19015, 2017/4426).

129 ERDOĞAN İhsan, Alacağın Temliki ve Kıymetli Evrakın Devri, Prof. Dr. Jale Akipek'e Armağan, Konya 1991, s. 482, 485.

130 ERDOĞAN, s. 486.



temlike konu alacağın sözleşme, haksız fiil, sebepsiz zenginleşme ya da bir başka hukuki sebepten doğması önem arz etmez. Ancak, alacak hakkı niteliğinde olmayan aynı hakların ve yenilik doğuran hakların alacağın temlikli hükümlerine göre devredilmesi mümkün değildir. Alacağın temlikli sadece sözleşme ile değil, kanun ya da mahkeme hükmü ile de mümkündür. Biz burada sözleşmeye dayalı alacağın temlikini tetkik edeceğimizden, kanuni ve kazai temlik ayrı tutuyoruz. İptal davası, takibi kesinleştiren ve aciz vesika lehtarının şahsına bağlı devredilmez bir dava hakkı olmadığından, müteakiben de temlik edilmesi faraziyesinde, temlik alan, alacaklı sıfatıyla iptal davası açabilecektir. Zira alacağın temlikli marifetiyle alacak, temlik edenin malvarlığından, temellük edenin malvarlığına intikal edeceğinden, temellük eden kişi alacaklı yerine kaim olur. Dolayısıyla temlik eden kişinin alacak ile hukuki ilişkisi kesildiğinden, alacağın tahsilini dava ve takip hakkı onun maliki konumuna geçmiş olan temellük eden kişiye ait olacaktır. Kaldı ki, davacı sıfatı, dava ikame eden kişinin dava konusu hak üzerinde tasarruf yetkisi bulunmasına elzem ve müncerdir. Davadan önce alacağını temlik eden kişinin alacak üzerinde bir tasarruf yetkisi bulunmayacağından, söz konusu alacağı dava ya da takip yoluyla tahsilini talep edemeyecektir. Sıfat meselesi, mahkeme tarafından re'sen göz önüne alınacaktır¹³¹. Bu ihtimalde, alacaklı, selefti konumundaki temlik edenin aldığı aciz vesikasına dayanabileceği gibi, bu eksikliği sonradan ikmal etmesi de mümkündür. Bu ihtimalde, temlik edenin alacaklıları da temliğin muvazaalı ve işbirliğine dayalı olduğunu ileri sürerek temlik işleminin iptali isteyebilirler. İşte yukarıda da izah ettimiz üzere, alacağın temlikinin konusu borç münasebeti olmadığı, bilakis daha önce doğmuş bir alacağın devrini tazammun ettiğinden, temlik alanın alacaklı sıfatıyla dava ikame etmesi ihtimalinde, temlik tarihi değil, borcun ilk doğum tarihi esas alınacaktır. Dolayısıyla borcun ilk doğduğu tarihe göre tasarruf tarihi daha sonra ise, borcun önce doğma şartı ispatlanmış olacaktır.

131 "Bir alacak davasında, davalı olma sıfatı (pasif husumet) o alacağın gerçek borçlusuna aittir. Alacak davası, o alacağın borçlusundan başka bir üçüncü kişiye karşı açılırsa, davalının davalı sıfatına sahip olmadığından (sıfat yokluğundan, husumetten) dolayı reddedilir. Bir kişinin belli bir davada, gerçekten davacı veya davalı sıfatına sahip olup olmadığı hususu, usul hukuku sorunu olmayıp, dava konusu hakkın özüne ilişkin bir maddi hukuk sorunudur. Bu nedenle de, taraflardan birinin taraf sıfatına sahip olmaması halinde dava usulden değil esasen reddedilir ve bu karar o davadaki taraflar arasında maddi anlamda kesin hüküm teşkil eder. Mahkemenin, sıfat (husumet) yokluğunu kendiliğinden gözetmesi gerekir. Somut olayda, davalı kooperatif başkanı olup, talep edilen nakliye ücreti de, dava dışı kooperatife ait bir borç olduğundan dolayı mahkemece, yukarıdaki ilke ve esaslar gözetilerek, yapılacak yargılama neticesinde hâsıl olacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken, yanlışlı değerlendirme sonucu yazılı şekilde karar tesisi bozmayı gerektirmiştir." (3. HD 21.04.2009, 4046/7544).

2. Alacaklı Sıfatının Halefiyet Ya da Rücu Marifetiyle İktisabı

Halefiyet borçlar hukuku anlamında bütün hak ve borçların değil, sadece alacaklıya ait belirli bir alacak hakkının intikali sonucunu doğuracağı için külli değil, cüz'i halefiyet mahiyetindedir¹³². Yasal halefiyetin doğumu için de alacaklı ve borçlu arasında geçerli bir borç ilişkisinin varlığı gereklidir¹³³. Alacaklı, tatmin edildikten sonra alacağı bir başka müteselsil borçluya temlik ederek halefiyetin doğumuna engel olamaz. Zira temlik, tasarruf işlemi mahiyetiyle alacak üzerindeki tasarruf yetkisi yitirildiğinden geçerli olmayacaktır¹³⁴. Rücu ise, başkasına ait borcu yerine getiren kişinin malvarlığında meydana gelen kaybı gidermeye matuf tazminat niteliğinde bir talep hakkıdır¹³⁵. Rücu hakkı, hak sahibi olan kişinin şahsında doğan yeni ve alacaklının hakkından bağımsız ve yeni bir haktır¹³⁶. Halefiyette ise alacaklıya ait hak, kanundan dolayı olduğu gibi devralınmaktadır¹³⁷. Dolayısıyla halefiyette, alacak hakkı ile ona bağlı haklarla birlikte intikal söz konusu iken, rücu hakkında alacağına bağlı hakların intikali mevzuubahis olmayacaktır. Üçüncü bir kişiye ait borcu alacaklıya ödeyen kişi, vekâlet, vekâletsiz iş görme ya da sebepsiz iktisap kurallarına göre borçluya rücu edebilecektir¹³⁸. Yukarıda ayrı bir başlık altında incelediğimiz temlik kurumu, halefiyete nazaran bazı noktalarda farklılık arz eder. Şöyle ki, alacağın temliki yazılı sıhhat şartına tabi olduğu halde, halefiyette şekil şartı olmadığı gibi, alacağın temliki alacaklının rızasına merbut iken, halefiyet iradeye bağlı olmaksızın kanunen gerçekleşir¹³⁹. Halefiyet asıl alacağın tabi olduğu zamanaşımı süresinde herhangi bir değişiklik meydana getirmez iken¹⁴⁰, rücu hakkı, alacaklının hakkından bağımsız yeni bir alacak olduğundan, eski alaktan farklı olarak rücu hakkının doğduğu andan itibaren yeni bir zamanaşımı süresine tabi olacaktır¹⁴¹. Müteselsil borç ilişkisinde alacaklıyı tatmin eden borçlu da diğer borçlulara rücu hakkını kullanılabilecektir. Gerek halefiyet, gerekse rücu hakkında, alacaklı borçluya karşı kesinleştirdiği takibin semeresiz kalması üzerine şartların tahakkuku halinde tasarrufun iptali davası ikame edebilecektir. Burada üzerine hukuki tefekkür edilmesi gereken husus, her iki halde de borcun doğum tarihidir. Dolayısıyla alacaklı, ilk alacak hakkının doğduğu tarihe mi? Yoksa halefiyet ve

132 KILIÇOĞLU, s. 6.

133 KILIÇOĞLU, s. 24.

134 KILIÇOĞLU, s. 11.

135 KILIÇOĞLU, s. 13.

136 KILIÇOĞLU, s. 13.

137 KILIÇOĞLU, s. 13.

138 KILIÇOĞLU, s. 16.

139 KILIÇOĞLU, s. 21.

140 KILIÇOĞLU, s. 135.

141 KILIÇOĞLU, s. 137.

rücu hakkının intikal ettiği tarih mi? Borcun doğum tarihi olarak kabul görecektir. Zira Yargıtay uygulamasına göre borcun tasarruftan önce doğması dava şartı olduğundan, alacaklı, önceki alacaklının alacağının doğduğu tarihe dayanabilecek midir? Kanaatimizce, halefiyet halinde nasıl ki, alacaklının alacağının doğum tarihi dikkate alınıyor ise, rücu ilişkisinde de rücu hakkının doğduğu tarih değil, alacağın ilk doğduğu tarih dikkate alınması gereklidir. Nitekim bankanın, kredi borçlusunu veya kefiline başvurması ya da kefilin, alacaklı bankaya kefil sıfatıyla borcunu ödeyip, asıl kredi borçlusuna rücu etmesi ihtimalinde borcun kredi sözleşmesinin imzalandığı tarihte¹⁴² doğduğu kabul edilmektedir¹⁴³. İlam muadili belgelerden sayılan icra kefaleti, müteselsil kefalet niteliğinde olup¹⁴⁴, aleyhine takip alacaklısı tarafından ikame edilen tasarrufun iptali davasında Yargıtay, borcun doğum tarihi olarak kefilin icra kefaletine¹⁴⁵

- 142 “Kredi sözleşmelerinde borcun doğumu hem asıl borçlu hem de kefiller açısından (gerek asıl borçluya, gerekse kefilin asile rücuu halinde) kredi sözleşme tarihinde doğacağından mahkemece Yapı Kredi Bankası Hayrabolu şubesinden anılan kredi sözleşmelerinin tarihleri net olarak sorularak sözleşme tarihlerinin iptali istenen tasarruftan önce olduğu takdirde davanın esasına girilerek İİK 278, 279 ve 280.maddeler gereğince dava konusu tasarrufların iptale tabi olup olmadığı değerlendirilerek sonucuna göre karar verilmesi gerekirken eksik incelemeyle dayalı hüküm tesisi isabetli görülmemiştir.” (17. HD 01.11.2013, 8951/14923).
- 143 “818 sayılı Borçlar Kanununun 487. maddesi “Kefil, borçlu ile beraber müteselsil kefil ve müşterek müteselsil borçlu sıfatı ile veya bu gibi diğer bir sıfatla borcun ifasını deruhte etmiş ise alacaklı asıl borçluya müracaat ve rehinleri nakde tahvil ettirmeden evvel kefil aleyhinde takibat icra edebilir. Bu babın hükümleri, bu nevi kefaletle de tatbik olunur” hükmüne haizdir. Kural olarak kefalet borcu asıl borç ile birlikte muaccel olmaktadır. Bu durumda davacı alacaklının kefaletten kaynaklı alacağının doğum tarihi kredi genel sözleşmesinin imzalandığı tarih olan 31.03.2008 tarihi olmasına göre; davacı ile davalı borçlu arasındaki borç ilişkisinin başlangıcının dava konusu tasarruf tarihinden önceye dayandığı anlaşılmaktadır. Mahkemece bu husus göz ardı edilerek yazılı şekilde karar verilmesi doğru değildir.” (17. HD 23.05.2018, 2016/115, 2018/5391).
- 144 “İİK'nun 38.maddesi gereğince icra dairesindeki, kefaletler ilamların icrası hakkındaki hükümlere tabidir. Üçüncü kişilerin icra dairesi önünde takip borçlusunun borcuna kısmen veya tamamen kefil olması, diğer bir ifade ile borçlunun borcun ödenmesini kısmen veya tamamen üstlenmesi halinde icra kefaleti doğar. Kefaletin geçerli olabilmesi için, kefilin beyanının icra tutanağına geçirilmesi ve tutanağın altının imzalanması gerekir (İİK.m.8). Ayrıca kefilin kefil olduğu miktarın belirli olması (borcun tamamı veya kefalet kısmı ise kısmen kefil olunan miktar) ve kefaletin herhangi bir koşula bağlı olmaması gerekir. Maddede de açıkça belirtildiği gibi buradaki kefalet müteselsil kefalettir. İhtiyati haciz sırasında verilen icra kefaleti de geçerli olup, asıl borçlu hakkında takip iptal edilmediği sürece kefaletin geçerliliği devam eder. Ancak usulüne uygun icra kefaleti olsa dahi hakkında takip yapılan borçlu yönünden takip kesinleşmedikçe icra kefiline icra emri çıkarılamayacağı gibi, borç miktarının kesinleşmemesi halinde takibin devamı da mümkün değildir.” (12. HD 21.02.2011, 2010/21262, 2011/1181).
- 145 “İİK'nun 38. maddesine göre, icra dairesindeki kefaletler, ilam mahiyetini haiz belgelerden olup, ilamların icrası hakkındaki hükümlere tabidir. İİK'nun 39. maddesine göre de, ilama müstenit takip, son muamele üzerinden 10 sene geçmekle zamanaşımına uğrar. Somut olayda, alacaklı tarafından borçlu ESH Gıda İht. Mad. Bebe Ger. Teks. Ot.İnş.San. ve Tic.Ltd.Şti. aleyhinde çeklere dayalı olarak kambiyo senetlerine mahsus haciz yolu ile takip yapılmıştır. Müşteki M.Emin Uçar ise, 05.09.2008 tarihli haciz sırasında icra kefilini oluşturmuştur. İcra kefaleti, kambiyo senedinden ayrı bir taahhüdü içerdiğinden, BK'nun 125.

imza attığı tarihi değil, borcun ilk doğduğu tarihi milat kabul etmiştir¹⁴⁶. Oysaki bonoya dayalı takipte, davacı cirantanın temel borç münasebetine taraf olmadığından dolayı tanzim tarihinden önceki borcun doğum tarihine dayanamayacağını içtihat etmiştir¹⁴⁷. Kaldı ki, kıymetli evrak hukukunda geçerli olan mücerretlik ilkesi gereğince kambyo senedi tanzimi suretiyle oluşturulan alacak hakkı, temel alacak hakkından tamamen bağımsız ve ayrı devredilen bir niteliği haizdir¹⁴⁸. Nitekim ciro marifetiyle yapılan devirden ötürü temel borç ilişkisinden kaynaklı defiler hamile karşı ileri sürülemez¹⁴⁹. Dolayısıyla, borcun doğum tarihi hususunda Yargıtay'ın içtihatları yerleşik ve istikrarlı değildir. Ciro marifetiyle kambyo senedini devralan kişinin temel ilişkiye taraf olmamasından ötürü temel ilişkiden doğan alacağı talep edememesi¹⁵⁰, temel ilişkiden bağımsız olup, kambyo ilişkisinin düzenlenmesiyle vücut bulan alacağın tahsili noktasında borcun doğum tarihine dayanması farklı şeylerdir. Kambyo senedine dolayı şekli ve meşru hamil olana alacaklı¹⁵¹, senette mündemiç alacağının tahsili

maddesine göre, 10 yıllık zamanaşımı süresine tabi olup, icra kefilî yönünden, yapılan son işlem tarihinden şikayet tarihine kadar bu zamanaşımı süresi gerçekleşmemiştir.” (12. HD 29.09.2011, 1876/16986); “Somut olayda, alacaklı tarafından borçlu Bahar İnşaat Nakliyat – Bahar Demirci aleyhine çeke dayalı olarak kambyo senetlerine mahsus haciz yolu ile takip başlatılmış, Ali Akbacak ise, 06.09.2005 tarihinde yapılan ihtiyati haciz sırasında dosya borcu için icra kefilî olmuş, icra müdürlüğüne de gerekli prosedür tamamlanarak kefile icra emri gönderilmiş ve aleyhinde hacizler tatbik edilmiştir. İcra kefaleti kambyo senedinden ayrı bir taahhüdü içerdiğinden Borçlar Kanunu'nun 125. maddesine göre, 10 yıllık zamanaşımı süresine tabi olup, icra kefilî yönünden yapılan son işlem tarihi dikkate alındığında zamanaşımının gerçekleşmediği görülmektedir.” (12. HD 04.06.2012, 2303/19057).

146 “Dava İİK 277 ve devamı maddelerine dayanılarak açılmış tasarrufun iptali istemine ilişkindir. Bu tür davaların dinlenebilmesi için alacaklının borçluda gerçek bir alacağının olması, borcun tasarruftan önce doğması, borçlu hakkındaki icra takibinin kesinleşmiş olması ve borçlu hakkında alınmış aciz belgesinin bulunması gereklidir. Somut olayda davalı Mehmet Emin Özdoğru; davacı şirkete borçlu olan Kar AŞ'nin kurucu ortağı ve yönetim kurulu üyesidir. Davalıların 17.11.2006 tarihli savunma dilekçesinden de anlaşıldığı üzere davalı Mehmet Emin Özdoğru ortağı olduğu borçlu Kar AŞ'nin borcuna karşılık şirket hakkında yapılan icra takibi sırasında şahsi çek ve senet vermiş, 23.11.2005 tarihli protokol ile şirket borcuna kefil olmuştur. O halde davalı Mehmet Emin Özdoğru yönünden borcun doğum tarihi ortağı ve kefilî olduğu Kar AŞ'nin borçlandığı tarih olarak kabulü gereklidir.” (HGK, 13.10. 2010, 17- 398/497).

147 “Tasarrufun iptali davalarının dinlenebilmesi için borcun, iptali istenen tasarruftan önce doğması dava önkoşulu olup mahkemece res'en araştırılmalıdır. Dava koşulu gerçekleşmediği takdirde işin esası hakkında hüküm kurulamaz. Somut olayda davacının takibi bir bonoya dayanmakta ise de bu bonoda davacı ciranta konumunda olup bononun tanzimine dayanak teşkil eden ilişkinin tarafı değildir. Bu nedenle davacının delil listesindeki tüm delillerinin toplanıp alacağın doğum tarihine ilişkin yeterli araştırma yapılmadan yazılı şekilde karar verilmesi isabetli değildir.” (17. HD 07.04. 2014, 2012/15972, 2014/5149).

148 Yılmaz Lerzan, Kambyo senetlerinde Def'iler, İstanbul 2007, s. 60.

149 YILMAZ, s. 61.

150 SAYHAN, s. 128.

151 “Davacı kendinden önceki cirantalar hakkında icra takibi başlatmış, keşidecinin imza itirazı sonucu keşideci hakkında yapılan takip iptal edilmiş ise de, diğer çek borçluların



noktasında temel ilişkiye taraf olmamasından dolayı, temel ilişkiye dayalı hak talep edemese de, senedin düzenlenmesine vücut veren temel borç ilişkisinin doğum tarihine dayanacaktır. Nitekim temel ilişkinin tarafları, borcun doğumuna dayanak ilişkiyi değiştirse ya da ortadan kaldırsa bile kambiyo ilişkisinde vücut bulan alacak bundan etkilenmeyecektir¹⁵². Buna paralel şekilde temel alacak da kambiyo senedi düzenlemesiyle varlığını kaybetmeyecektir¹⁵³. Bu sebeple, Borçlar Kanunu'nda düzenlenen alacağın temlikinden ayrı olarak kıymetli evrakın devri temel alacağın kaderine merbut değildir¹⁵⁴.

3. Alacaklı Sıfatının Kıymetli Evrakın Ciro Edilmesi İle İktisabı

Kambiyo senedi niteliğini de haiz olan kıymetli evrakta mündemiç olan hak, senetten ayrı olarak dermeyeran edilemeyeceği gibi¹⁵⁵, bir başkasına devri de mümkün değildir (TTK m. 645). Dolayısıyla kıymetli evrakta hak ve senet birbirine bağlıdır. Bundan çıkan sonuç, kambiyo senedinin temsil ettiği hak senetle birlikte doğar ve senette mündemiç hak, temel ilişkiden bağımsızdır¹⁵⁶. Nitekim kambiyo alacağının mevcudiyeti, sebebini oluşturan temel alacağın varlığını teyit etmediğinden, kambiyo senedi tanzimi, var olan bir alacağı açıklayıcı değil, yeni ve kendine mahsus kurucu borç doğuran bir hukuki ilişkidir¹⁵⁷. Kıymetli evrakta vücut bulan hakların devri mümkün olup, bu hakların devri bakımından nama yazılı, emre yazılı ve hamile yazılı senetlere göre farklılık gösterecektir (TTK m. 647/2). Zira kambiyo alacağı, içerik ve devredilmesi bağlamında, temel alacaktan bağımsız ve mücerrettir. Kıymetli evrakta tecessüm eden hakkın, devir şekillerinden başka, senet zilyetliğinin de devralana geçmesi asli bir sıhhat şartıdır (TTK m. 648/2). Hamiline yazılı kıymetli evraka bağlanmış hakkın devri, salt zilyetliğin devri ile gerçekleşir. Zilyetliğin devri taraflar arasında hiçbir şekle tabi olmayan devir anlaşması ile gerçekleşeceğinden, Türk Medeni Kanun'da düzenlenen menkul malların zilyetliğinin devrine ilişkin esaslara tabidir. Bu faraziyede, şekli ve meşru hamil¹⁵⁸ kendisine

hakkında yapılan takibin hangi aşamada olduğu dosya kapsamından anlaşılamamaktadır. Bu durumda öncelikle davacının 6361 tarihli Finansal Kiralama, Faktoring ve Finansman Şirketleri Kanunu gerekse buna ilişkin Yönetmelik uyarınca, çekleri temlik aldığı tarih itibarıyla meşru yasal hamil olup olmadığının tespiti ile diğer çek borçlularına karşı dava ve takiplerin semeresiz kalıp kalmadığının araştırılması, ayrıca davacının temlik aldığı çekler nedeniyle bir zararının doğup doğmadığının belirlenmesi gerekirken söz konusu hususlar değerlendirilmeksizin eksik inceleme sonucu davanın kabulüne karar verilmesi doğru olmamış, bozmayı gerektirmiştir." (11. HD 09.05.2018, 2016/11493, 2018/3365).

152 SAYHAN, s.108.

153 SAYHAN, s. 108.

154 SAYHAN, s. 115.

155 BOZER/GÖLE, s. 13.

156 SAYHAN, s. 113.

157 SAYHAN, s. 108.

158 "Somut olayda, takip dayanağı olan 15.12.2012 keşide ve 24.12.2012 ibraz tarihli, 20.000 TL

ciro edilen bir önceki ciranta olduğundan¹⁵⁹, takip onun tarafından yapılacaktır. Keşideci senetteki borcun asıl ve nihai borçlusu olduğundan, senetten mütevellit diğer borçlulara rücu ve başvurma hakkını haiz değildir. Kural olarak kıymetli evrakın düzenleme tarihi borcun doğum tarihi olarak kabul görecektir. Uygulamada sıkça kullanılan ve hukuki olarak emre muharrer senet olarak tesmiye edilen bono mücerret borç ikrarını içerdiğinden, bononun tanzim tarihi borcun doğum tarihi olarak kabul edilir. Ancak, alacak, kıymetli evrakta mündemice olsa bile alacaklı ile borçlu arasındaki temel ilişki daha önce kurulmuş olabilir¹⁶⁰. Nitekim mevcut bir borç için kambyo taahhüdünde bulunulması tecdidi tazammun etmeyecektir (TBK m. 133). Dolayısıyla salt kambyo senedi düzenlenmesi temel borç ilişkisinin mevcudiyetini sona erdirmeyecektir. Bu sebeple, hamil, herhangi bir sebeple kambyo hukukuna başvurmama ihtimalinde temel borç münasebetine de dayanabilecektir¹⁶¹. Kambyo

bedelli, 6949598 nolu çek fotokopisinin incelenmesinde; borçlu Berolina Plastik San. ve Tic. A.Ş. tarafından Yavuz Yılmaz'a ciro edilen çek, Yavuz Yılmaz tarafından da alacaklı Rafet Yılmaz'a ciro edilmiştir. Alacaklı Rafet Yılmaz da, takip konusu çeki Ulaşım Motorlu Araçlar Servisi Oto Tur. San. Tic. Ltd. Şti.'ne ciro etmiş olup, devam eden ciro silsilesi neticesinde, takip konusu çek, Ayhan Demirci tarafından bankaya ibraz edilmiştir. Bu durumda, alacaklı Rafet Yılmaz'ın çekin ibrazından önce de cirosunun bulunduğu ve dolayısıyla yetkili hamil konumunda olduğu anlaşılmaktadır." (12. HD 01.11.2017, 2016/21932, 2017/13423).

159 "Somut olayda, takip dayanağı çekin, lehtar Bağdatlı Orman Ürünleri Ltd. Şti.'nin cirosu ile alacaklıya geçtiği görülmekle, anılan ciro, TTK'nun 688/1. maddesinde belirtilen şekilde herhangi bir kaydı içermediğinden tahsil cirosu olarak kabul edilemez. Bu hali ile alacaklının temlik cirosu ile çekin yetkili hamili olduğu anlaşılmaktadır. O halde mahkemece, alacaklı bankanın yetkili hamil olup, borçluyu takip hakkı bulunduğu kabul edilerek, şikâyetin reddine karar verilmesi gerekirken, yazılı gerekçe ile hüküm tesisi isabetsizdir." (12. HD 26.04.2018, 2016/31067, 2018/3767).

160 "Tasarrufun iptali davalarında kural olarak, tasarrufun iptal edilebilmesi için borcun doğum tarihinin iptali istenilen tasarruf tarihinden önce olması gerekir. Somut olayda davacı alacaklı Kadıköy 5.İcra Müdürlüğü'nün 2008/15934 sayılı dosyası ile icra takibine girişmiş, takibin dayanağı 16.09.2008 tanzim, 30.10.2008 vade tarihli bono olup davaya konu edilen taşınmaz ise borçlu Fuat tarafından diğer davalı Emin Erol'a 09.06.2008 tarihinde satılmıştır. Bu durum da tasarruf tarihi borcun doğum tarihinden önce olduğu görülmekte ise de uygulamada kambyo senetlerinin tanzim tarihlerinden önceki bir ticari ilişki nedeniyle de düzenlenmiş oldukları görülmektedir. Davacı alacaklı da alacağın kendisine ait şirketler ile borçlu davalıya ait şirket arasındaki ticari ilişkiden kaynaklandığını ileri sürmüştür. Bu durumda mahkemece davacıya ait Sultanlar Ev İht. Mad. Paz. A.Ş. ve Tibet Endüstriyel Ürünler Paz. A.Ş. ile borçlu davalıya ait Yöre Alışveriş Merk. Gıda İnş. İth. İhr. Dağ. Paz. San. A.Ş. arasında tasarruf tarihinden önce ticari bir ilişki olup olmadığı, davacının alacağının dayanağı bononun bu ticari ilişki nedeniyle tanzim edilip edilmediğinin saptanması için ticari defter, belge ve kayıtları üzerinde bilirkişi incelemesi yapılması, gerektiğinde taraflardan bu hususta delillerinin istenilmesi ondan sonra toplanan ve toplanacak tüm delillerin birlikte değerlendirilerek hasil olacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken eksik araştırma ve inceleme sonucu yazılı olduğu üzere davanın reddine karar verilmesi doğru bulunmamıştır." (17. HD 28.03.2013, 2012/14204, 2013/4372).

161 "Dava, İİK'nun 277.vd. maddelerine dayalı tasarrufun iptali istemine ilişkindir. Tasarrufun iptali davalarında kural olarak tasarrufun iptal edilebilmesi için borcun doğum tarihinin iptali istenilen tasarruf tarihinden önce olması gerekir. Somut olayda davacı alacaklı Konya 13.İcra Müdürlüğü'nün 2010/6867 sayılı dosyası ile icra takibine girişmiş olup takibin



taahhüdü, tarafların açık iradeleri ile ifa yerine yapılırsa borç yenilenmiş sayılacağından, asıl borç ilişkisi ve ona bağlı teminatlar ortadan kalkıp, asıl borç ilişkisi yerine kambiyo ilişkisinden doğan borç ikame olur¹⁶². Kaldı ki, bu hukuki sonuç, keşideci ile lehtar arasında geçerli olup, cirantaya karşı ileri sürülemeyeceğinden, şekli ve meşru hamil, alacaklı sıfatıyla kambiyo odan doğan haklarını kullanacaktır. Lakin hamilin, temel borç münasebetine dayanabilmesi, talebinin muhatabı ile doğrudan borç ilişkisi içerisinde olmasına merbuttur¹⁶³. Buna mukabil, hamilin kambiyo senedine dayalı talebi, tedavül niteliği sebebiyle iktisap ettiği kıymetli evraka bağlı olacaktır. Zira kambiyo senedinin tanziminin hukuki temeli temel ilişki değil, tedavül anlaşmasıdır¹⁶⁴. Tedavül anlaşmasının konusu ise temel alacağın ifasına matuftur¹⁶⁵. Bu sebeple, kıymetli evrak vasfı ve borç doğurucu fonksiyonu haiz kambiyo senetleri, temsil ettiği hak ile birlikte doğduğu gibi, senette mündemiç hak, temel ilişkiden bağımsızdır¹⁶⁶. Bundan mütevellit, temel ilişki geçersiz olsa bile kambiyo senedinde vücut bulan alacak geçerliliğini koruyacak ve temel ilişkiden etkilenmeyecektir¹⁶⁷. Nitekim temel hukuki ilişkinin taraflarının değişmesi de kambiyo ilişkisine etki etmeyecektir¹⁶⁸. Kaldı ki, kambiyo senedinin tanzimi ile birlikte temel borcun sona erdiği de kararlaştırılabilecektir. Dolayısıyla, şekli ve meşru hamilin, kambiyo senetlerine dayalı olarak sorumlu kişilere başvurusu halinde, kıymetli evrakın ihdasına sebep

dayanağı olduğu anlaşılan senedin keşide tarihi 18.02.2010'dur, başka bir anlatımla borcun doğum tarihi 18.02.2010'dur. Bu husus borcun dayanağını oluşturan aynı tarihli kredi sözleşmesinden de anlaşılmaktadır. Davaya konu edilen taşınmaz ise borçlu tarafından davalı üçüncü kişi Ayşe Karadeniz'e 27.01.2010 tarihinde satılmıştır. Bu durumda tasarruf tarihi borcun doğum tarihinden önce olduğundan davacının davasının reddine karar verilmesi gerekirken bu husus gözden kaçırılarak davanın kabulüne karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir." (17. HD 01.10.2015, 8818/9967).

162 Bozer/Göle, s. 56.

163 "Somut olayda mahkemece borcun tasarruftan sonra doğması ve üçüncü kişinin kötü niyetli olduğunun kanıtlanamaması nedeniyle davanın reddine karar verilmiş ise de verilen karar dosya içeriğine uygun düşmemektedir. Davacının takibe konu ettiği alacağı 10.09.2008 ve 17.09.2008 keşide tarihli çeklere dayanmakta, iptali istenilen tasarruf ise 03.09.2008 tarihidir. Böylece tasarrufun alacağın doğumundan önce yapıldığı anlaşılmaktadır. Ancak çek bir ödeme vasıtası olup dayandığı hukuki ilişkinin ve borcun doğum tarihinin iptali istenilen tasarruf tarihinden önceye ait olması ve diğer koşulların bulunması halinde tasarruf iptale tabidir. Başka bir anlatımla alacağın çekin keşide gününden önce doğmuş olması her zaman mümkündür. Nitekim alacaklı davacı borçlu ile çekin keşide tarihinden çok öncesinde ticari ilişkilerinin olduğunu bildirmiş, mahkemece yapılan bilirkişi incelemesi sonucu verilen raporda da alacaklı davacı ile borçlu davalı arasında çekin keşide tarihinden önce başlayan ticari ilişki olduğu, aralarında mal ve para alışverişi bulunduğu davacının alacağının tasarruf tarihinden öncesine ait olduğu anlaşılmıştır" (17. HD 15.03.2012, 2011/10220, 2012/3188).

164 SAYHAN, s. 82, 107, 111.

165 SAYHAN, s. 93.

166 SAYHAN, s. 113.

167 BOZER/GÖLE, s. 21.

168 SAYHAN, s. 114.

olan temel borç ilişkisinin doğduğu tarihe dayanması hukuki menfaati gereğidir. Nasıl ki, alacağın temlikinde, temellük alan alacaklının borçluya karşı başvurusunda, tarafı olmadığı temel borç münasebetinin doğduğu tarihe dayanabiliyor ise, kambyo senedine dayalı takipte de hamil, sebepten mücerret olan borcun ilk doğduğu tarihe dayanabilecektir¹⁶⁹. Bu ihtimalde, alacaklı, borcun doğum tarihinin kambyo senedinin tanzim tarihi değil, tanzime dayanak olan hukuki ilişkinin doğduğu tarihi ispat ederek bu tarihin esas alınmasını talep edecektir¹⁷⁰. Zira borcun tasarruftan önce doğmuş olması, iptal davasının özel dava şartıdır. Yine uygulamada sıklıkla kullanılan ve kıymetli evrak niteliğini haiz çek’de bonodan farklı olarak ödeme vaadi değil, bilakis ödeme aracı olduğundan¹⁷¹, borcun doğumu keşide tarihinden ziyade dayanak bir hukuki ilişki sebebiyle daha önce doğması da mümkündür¹⁷². Nitekim çek’de vade olmamasına rağmen uygulamada ileri tarihli çek uygulaması da tecrübe edilen bir husustur¹⁷³.

169 Kambyo senedi borçlusunun, alacaklıya karşı kambyo senedi dışında bir başka hukuki ilişki sebebiyle borçlu olması, kambyo senedinin varlığı ve geçerliliği bakımından elzem bir husus değildir. Zira mücerretlik ilkesi, kambyo senedine vücut veren temel borç ilişkisinden bağımsızdır. Kaldı ki, temel borç ilişkisi bulunmadan mücerret borç ikrarı dahi kambyo senedine vücut verecektir.

170 “Somut olayda mahkemece borcun tasarruftan sonra doğması ve üçüncü kişinin kötü niyetli olduğunun kanıtlanamaması nedeniyle davanın reddine karar verilmiş ise de verilen karar dosya içeriğine uygun düşmemektedir. Davacının takibe konu ettiği alacağı 10.09.2008 ve 17.09.2008 keşide tarihli çeklere dayanmakta, iptali istenilen tasarruf ise 03.09.2008 tarihlidir. Böylece tasarrufun alacağın doğumundan önce yapıldığı anlaşılmaktadır. Ancak çek bir ödeme vasıtası olup dayandığı hukuki ilişkinin ve borcun doğum tarihinin iptali istenilen tasarruf tarihinden önceye ait olması ve diğer koşulların bulunması halinde tasarruf iptale tabidir. Başka bir anlatımla alacağın çekin keşide gününden önce doğmuş olması her zaman mümkündür. Nitekim alacaklı davacı borçlu ile çekin keşide tarihinden çok öncesinde ticari ilişkilerinin olduğunu bildirmiş, mahkemece yapılan bilirkişi incelemesi sonucu verilen raporda da alacaklı davacı ile borçlu davalı arasında çekin keşide tarihinden önce başlayan ticari ilişki olduğu, aralarında mal ve para alışverişi bulunduğu davacının alacağının tasarruf tarihinden öncesine ait olduğu anlaşılmıştır.” (17. HD 15.03.2012, 2011/10220, 2012/3188).

171 Bozer/Göle, s. 180.

172 “Somut olayda mahkemece, borcun doğum tarihinin tasarruf tarihinden sonra olması, muvazaanın kanıtlanamaması ve yasal koşulları oluşmayan davanın reddine karar verilmiştir. Ancak bilirkişi tarafından düzenlenen rapordan davacı tarafın tasarrufun yapıldığı tarih itibarıyla alacağının bulunduğu bildirilmiş olmakla davacı ile borçlu davalı arasında borcun dayanağı olarak gösterilen çeklerin keşide tarihinden önce başlayan bir ticari ilişkinin bulunduğu ve çeklerinde bu ticari ilişki nedeniyle düzenlenmiş olduğu anlaşılmalı, borcun tasarruf tarihinden önce doğmuş olduğunun kabulü gerekir.” (17. HD 14.04.2011, 2010/7347, 2011/3467).

173 “Dava, İİK 277 ve devamı maddeleri gereğince açılmış tasarrufun iptali istemine ilişkindir. Bu davanın ön koşullarından biri de iptali istenen tasarrufun, takip konusu alacaktan sonra yapılmış olmasıdır. Somut olayda davacı vekili takip konusu alacağın, davalı borçlu ile aralarındaki et mamulü tedarikine ilişkin ticaretten doğduğunu takip konusu çeklerden ve iptali istenen tasarruftan önce ticari ilişkinin başladığını, çeklerin vadeli düzenlendiğini belirterek 29.9.2008–3.11.2008 tarihleri arasında düzenlenmiş ve et teslimine ilişkin faturalarını sunmuştur. Çekte vade olmamakla birlikte ticari hayattaki uygulamada çeklerin de bono gibi vadeli kullanıldığı bilinen bir gerçektir. O halde takip konusu borcun gerçek doğum tarihinin tespiti gereklidir.” (17. HD 11.03.2013, 2012/7006, 2013/3209).



Dolayısıyla çek'e dayalı tasarrufun iptali davasında borcun vade, ibraz veya takip tarihinden önce doğduğu ileri sürülürse borcun gerçek doğum tarihinin tespiti gerekir¹⁷⁴. Ne var ki çek'de vade olmamasına karşın, ileri bir tarihin keşide tarihi olarak dercedildiği de sıklıkla uygulamada rastlanıldığından¹⁷⁵, keşide tarihinden önce bankaya ibraz edilen çek, ibraz tarihinde keşide edilmiş sayılır¹⁷⁶. Bu sebeple, borcun tasarruf tarihinden önce doğup doğmadığını belirlemek için çekin bankaya tasarruf tarihinden önce ibraz edilip edilmediğinin de tespiti gereklidir¹⁷⁷. Netice

174 "İİK'nın 277 ve devamı maddeleri uyarınca açılan tasarrufun iptali davalarında, tasarrufun iptaline karar verilebilmesi için borcun tasarruftan önce doğması şart olup, borcun doğumundan sonraki tasarruflar iptal davasına konu edilebilir. Somut olayda: Davacının başlattığı icra takibinin dayanağını 31.08.2003 tarihli çek oluşturmaktadır. Borcun bu çekin bankaya ibraz edildiği 01.04.2003 tarihinde kural olarak doğduğunun kabulü gerekir. Ancak takip konusu çekin üzerinde yazıldığı tarihten önce düzenlendiği çekin daha önce bankaya ibraz edilmesinden anlaşılmaktadır. Bu durumda davacıya çeke dayalı alacağının daha önce doğduğuna dair iddiası varsa bununla ilgili delillerinin ibraz ettirilmesi ve alacak daha önce doğmuş ise şimdiki gibi, aksi takdirde davanın reddine karar verilmelidir. Bu hususlar üzerinde durulmadan eksik incelemeyle davanın kabulü doğru olmayan kararın bozulması gerekmiştir." (15. HD 22.09. 2008, 4491/5508).

175 "Somut olayda takibe dayanak çeklerin keşide tarihine göre iptali istenen tasarruftan sonra düzenlendiği anlaşılmakta ise de bu durumun gerçekten tasarruftan sonra doğmuş bir borç ilişkisini mi yoksa daha önce yapılmış bir ticari ilişkiden kaynaklanan vadeli çek uygulaması olarak da bilinen bir vakiayı mı gösterdiği hususu yeterince araştırılmamıştır. Takip dosyasına konu çekler 30/09/2013,30/10/2013, 30/11/2013 keşide tarihli olup; iptali istenen tasarruflar ise 20/09/2013, 04/07/2013, 27/06/2013 tarihlerinde yapılmıştır. Çekte vade olmamasına rağmen ticari hayatta vadeli çek kullanıldığı bilinen bir gerçek olduğundan davacı vekiline takip konusu çeklere dayanan borcun temel ilişkisinin tasarruftan önce doğmuş ise borcun doğumu konusunda varsa delillerini ve ticari defterlerini sunması ve borcun daha önce doğduğu ispatlandığı takdirde buna ilişkin dava koşulunun gerçekleştiği kabul edilerek işin esasına girilerek iptal nedenlerinin oluşup oluşmadığı araştırılarak sonucuna göre karar verilmesi gerekir. Aksi durumun tespiti halinde ise borcun doğumu tasarruf tarihinden sonra ise şimdiki gibi davanın ön koşul yokluğu nedeni ile reddine karar verilmesi gerekir." (17. HD 02.04.2018, 2015/26375, 2018/3689).

176 "Dava İİK'nın 277 vd maddelerine dayalı olarak açılmış tasarrufun iptali istemine ilişkindir. Takip dayanağı çeklerin keşide tarihlerinin, dava konusu tasarruf tarihinden sonra olduğu gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş ise de varılan sonuç dosya kapsamına uygun düşmemektedir. Davacı vekili tarafından dosyaya ibraz edilen ve sahtelikleri de iddia edilmemiş çek tevdiat bordrolarından, takip dayanağı çeklerden birinin 15/01/2008 tarihinde AKBANK Konak Şubesine diğerinin ise 21/01/2008 tarihinde FİNANSBANK Işıkkent Şubesine tevdi edildiği bellidir. Dava konusu tasarruf ise 14/04/2008 tarihinde gerçekleştirilmiş olup takip dayanağı çeklerin bankalara tevdi edildiği tarihten daha sonradır. Bu durumda tasarruf borcun doğumundan sonra yapıldığı açıktır. Tasarrufun tarafları ise borçlu Necat ile karısı Atike'dir. Adı geçenlerin sonradan boşanmış olmaları tasarrufun iptali davalarında durumu değiştirmez. Hal böyle olunca davanın kabulüne karar vermek gerekirken yazılı olduğu şekilde yanılığın değerlendirme sonucunda davanın reddine karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir." (17. HD 13.04.2010, 710/3424).

177 "Her ne kadar çekte vade olmaz ise de ticari hayatta çekin bono gibi vadeli düzenlendiği ve kullanıldığı bilinen bir gerçektir. Nitekim somut olayda da çeklerin keşide tarihi, ibraz tarihi ve takip tarihi göz önüne alındığında vadeli verildiği anlaşılmaktadır. Uygulamada ve öğretide bu gibi hallerde borcun; vade, ibraz veya takip tarihinden önce doğduğu iddiasının varlığı halinde, borcun gerçek doğum tarihinin tespitinin gerektiği kabul edilmiştir. Somut

olarak, alacaklının takip dayanağının çeki dayanması faraziyesinde kural olarak keşide ya da ibraz tarihi, borcun doğum tarihi olup¹⁷⁸, bu tarihin iptali istenen tasarruftan önce olması elzemdir. Ancak, alacaklı borcun keşide tarihinden önce doğduğunu ileri sürerse, mahkemenin borcun gerçek doğum tarihini re'sen araştırması muciptir¹⁷⁹.

a. Emre Yazılı Senetlerde

Kambyo senetleri, kanunen emre yazılı senetlerdir¹⁸⁰. Kambyo senetleri, kıymetli evrak niteliği ile bir alacak hakkı içerir¹⁸¹. Kanunen emre yazılı senetler Türk Ticaret Kanunu'nda düzenlenen poliçe, bono ve çek olup, üzerinde açıkça emre değildir ya da bu anlama gelecek ciro edilemez ve benzeri menfi bir kayıt bulunmaması halinde¹⁸² ciro

olayda da, vadeli çek verildiğinden ve davacı vekilince de borcun daha önce doğduğu iddia edildiğinden kural olarak, borcun gerçek doğum tarihinin araştırılması gerekmektedir. O halde, davacı ve davalı borçlu arasındaki ticari ilişki konusunda ihtilaf bulunmadığından davacı tarafından sunulan tahsilat makbuzları, 13.8.2008 tarihli fatura göz önüne alınarak davacı ve davalı borçlunun ticari defterleri üzerinde mali müşavir bilirkişiye inceleme yaptırılarak takip konusu borcun gerçek doğum tarihinin tespiti, borcun gerçek doğum tarihinin tasarruftan sonra olması halinde davanın ön şart yokluğundan reddine karar verilmesi gerekir. Borcun gerçek doğum tarihinin iptali istenen tasarruftan önce olması halinde ise, borçlu hakkındaki icra takibinin kesinleşmiş olması, alacağın gerçek bir alacak olması, borçlunun mal beyanında bildirdiği mallar üzerindeki mevcut haciz ve rehinler, davacının haciz sırası göz önüne alındığında mevcut malvarlığının borçlarını karşılamaya yetmeyeceği, borçlunun eski ve yeni adreslerinde yapılan 14.12.2009,12.3.2009,28.7.2009, 1.4.2011 tarihli haciz tutanaklarından borçlunun haciz adresinin kapalı olmasına rağmen içerisinde boş olduğu tesbit edildiği anlaşıldığından anılan haciz tutanaklarının İİK.nun 105.maddesi anlamında geçici aciz belgesi niteliğinde olduğunun kabulü gerekecektir." (17. HD 24.04.2012, 32/5008).

178 "Dava İİK.nun 277 ve devamı maddeleri uyarınca açılan tasarrufun iptali isteğine ilişkindir. Bu tür davalarda kural olarak davacının alacağının tasarruf tarihinden önce doğması gerekir. Somut olayda mahkemece davacının alacağının dayanağı olan çeklerden bir kısmının tasarruf tarihinden sonra keşide edilmeleri nedeniyle bu çeklere ilişkin davanın reddine karar verilmiş ise de verilen karar dosya içeriğine uygun düşmemektedir. Alacaklı davacının icra takibine konu ettiği çeklerin keşide tarihleri 20.09.2008 – 20.10.2008 – 20.11.2008 – 20.12.2008 ve 20.01.2009 ise de bu çeklerin bankaya ibraz tarihleri 24.10.2008 – 20.10.2008 – 30.10.2008 olup çeklerin en geç bu tarihte keşide edildiklerinin kabulü gerekir.. Bu durumda borcun tasarruf tarihi olan 11.11.2008 tarihinden önce doğması nedeniyle mahkemece icra takibine konu edilen çeklerin tamamı yönünden davanın esasına girerek bir karar verilmesi gerekirken bir kısım çekler yönünden davanın reddine karar vermesi doğru bulunmamıştır." (17. HD 10.04.2012, 2011/7860, 2012/4348).

179 "Tasarrufun iptali davalarının dinlenebilmesi için borcun, iptali istenen tasarruftan önce doğması dava önkoşulu olup, mahkemece re'sen araştırılmalıdır. Dava koşulu gerçekleşmediği takdirde işin esası hakkında hüküm kurulamaz. Somut olayda, davanın dayanağı takipteki çekin keşide tarihi şeklen tasarruf tarihinden sonra olsa da davacı vekili tarafından dava dilekçesine eklenen çek tevdi bordrosuna göre takip konusu çekin tasarruf tarihinden önce düzenlendiği anlaşılmaktadır. Hal böyle olunca, davanın diğer koşullarının araştırılması ve sonucuna göre bir karar verilmesi gerekir." (17. HD 09.05.2011, 2010/9851, 2011/ 4454).

180 BOZER/GÖLE, s. 53.

181 BOZER/GÖLE, s. 53.

182 BOZER/GÖLE, s. 24.



marifetiyle devir olunacağına şüphe yoktur. Böylesi bir menfi kaydın bulunması halinde kambiyo senedi ancak alacağın temlik hükümlerine göre devredilebilecektir¹⁸³. Zira ciro emre yazılı kıymetli evrakın tabi olduğu devir şeklidir. Ciro ile birlikte senedin zilyetliği de devredilmelidir. Ciro ile senetten doğan haklar devredildiğinden¹⁸⁴, cirantanın şahsına karşı ileri sürülebilen def'iler devralana karşı ileri sürülemeyecektir¹⁸⁵. Bunun sebebi, emre yazılı senetler ciro ile devredilmekle beraber, asıl borç ilişkisinden doğan haklar senedi devralana intikal etmemektedir¹⁸⁶. Gerek öğretisi, gerekse Yargıtay içtihatlarına göre, kanunen emre yazılı bonoda, tasarrufun iptali davasının dinlenilmesi için borcun, iptali istenilen tasarruftan önce doğması gerekir¹⁸⁷. Ancak, Yargıtay, bonoya dayalı takipte, son cirantanın dayanak sözleşmeye taraf olmadığından, tasarrufun iptali davası açamayacağını belirtmiştir¹⁸⁸. Kıymetli evrakta tecessüm eden alacak ancak ciro ve zilyetliğin teslimi ile devredileceğinden (TTK m. 649), ciro silsilesine göre şekli ve meşru hamil olan cirantanın alacaklı sıfatı ile kural olarak kıymetli evraktaki tanzim, şayet daha önceki bir hukuki ilişkiden doğması halinde bu tarihin dikkate alınması ve alacaklının bu borç doğum tarihine dayanması hukuki menfaati icabıdır¹⁸⁹. Keza hamilin,

183 BOZER/GÖLE, s. 85.

184 HACIÖMEROĞLU, s. 111.

185 BOZER/GÖLE, s. 29.

186 BOZER/GÖLE, s. 29.

187 "Dava İİK'nın 277 vd. maddelerine dayalı tasarrufun iptali istemine ilişkindir. Tasarrufun iptali davalarının dinlenebilmesi için borcun, iptali istenen tasarruftan önce doğması dava önkoşulu olup mahkemece res'en araştırılmalıdır. Somut olayda davacının takibindeki bononun tanzim tarihi 01/06/2007 olup tasarrufun yapıldığı 14/05/2007 tarihinden sonradır. Ne var ki davacı ile davalı borçlu Hüseyin arasında canlı hayvan alım satımı yapıldığı ve bu alım satım dolayısıyla bir senet de düzenlendiği dosya kapsamından anlaşılmaktadır. Taraflar arasında yapılan alım satım ilişkisinin giderek borcun doğum tarihinin açık olarak belirlenmesi gerekir. Bu amaçla canlı hayvan alım satımının mahalli örf'e göre nasıl yapıldığı, hayvanların nakli sırasında menşe-i şahadetnamesi, hayvan pasaportu gibi belgelerin düzenlenip düzenlenmediği araştırılarak var ise tarihinin senet tanzim tarihinden önce olup olmadığı belirlenmelidir. Diğer yandan davalı borçlu Hüseyin'in söz konusu hayvanların alım ve satım tarihlerini belirlenebilecek kayıtlar bulunup bulunmadığı ve o yörede geçerli örf ve adete göre canlı hayvan alım satımlarında senedin nasıl ve ne zaman düzenlendiğinin saptanması gerekir. Eksik inceleme ile hüküm verilemez." (17. HD 04.10.2010, 4342/7703).

188 "Somut olayda davacının takibi bir bonoya dayanmakta ise de bu bonoda davacı ciranta konumunda olup, bononun tanzimine dayanak teşkil eden ilişkinin tarafı değildir. Bu nedenle davacının delil listesindeki tüm delillerin toplanıp alacağın doğum tarihine ilişkin yeterli araştırma yapılmadan yazılı şekilde karar verilmesi isabetli değildir." (17. HD 07.04.2014, 2012/15972, 2014/5149).

189 "Dava İİK 277 ve devamı maddeleri gereğince açılmış tasarrufun iptali istemine ilişkindir. Bu tür davaların dinlenebilme koşullarından biri mahkemenin de kabulünde olduğu gibi takip konusu borcun iptali istenen tasarruftan önce doğmuş olmasıdır. Somut olayda takip konusu borç davacı (temlik eden)banka ile dava dışı Ayma Ltd. Şti arasında 15.9.2003 tarihli kredi sözleşmesinin teminatı olarak verilen, keşidecisi davalı Ömür Özgöncü, lehtar Ayma Ltd. Şti olan ve davacı (temlik eden) bankaya BK 162-170 maddeler gereğince devir ve temlik edilen 26.7.2006, 27.7.2006, 26.8.2006, 29.8.2006, 9.9.2006 ve 19.9.2006 keşide tarihli altı adet çeke dayalıdır. Anılan çeklerin bankaya ibraz tarihi ise 5.7.2006'dır. Yani çekler vadeli

kambyo hukuku gereğince avaliste başvurması ihtimalinde de avalistin imza attığı tarih değil, imzaların istiklali ilkesi gereğince bononun tanzim tarihi borç doğum tarihi olarak baz alınması gerekecektir.

b. Nama Yazılı Senetlerde

Belirli bir kişinin adına yazılı olup da onun emrine kaydını içermeyen ve kanunen de emre yazılı senetlerden sayılmayan kıymetli evrak nama yazılı senet sayılır (TTK m. 654). Türk Ticaret Kanunu'na göre, poliçe, bono ve çek kanunen emre yazılı senetlerden olduğundan, söz konusu kıymetli evrakları nama yazılı hale getirmek için açıkça emre değildir ya da bu anlama gelecek menfi ya da ciro edilemez kaydının şerh düşülmesi gerekecektir. Kanunen emre yazılı senetler yukarıda bahsedilen kayıtla nama yazılı hale getirilmeleri devrine engel olmayıp, devir alacağın temlik hükümlerine tabi olacaktır. Böylesi bir ihtimalde, nama yazılı bono ya da çek, bütün kıymetli evrakın devrinde aranan zilyetliğin devri dışında, senet üzerine ya da senedi tasnif ve tasrih eden ayrı bir kâğıda devir beyanı da kayıt altına alınmalıdır. Nama yazılı kıymetli evrakın devri, ciro edilmeksizin sadece alacağın temlik

olarak verilmiştir. İptali istenen tasarruflar ise 28.4.2006 – 31.7.2006 – 20.10.2006 tarihlerinde gerçekleşmiştir. Çeklerde vade olmayacağı kural ise de borcun doğum tarihinin tespitinin gerektiği kabul edilmiştir. Somut olayda da vadeli çek verildiğinden ve davacı taraf borcun daha önce doğduğunu iddia ettiğinden kural olarak borcun gerçek doğum tarihinin araştırılması gerekmektedir. Bu durum dava şartı olup mahkemece res'en araştırılması gerekir. Davacı vekili, takip konusu çeklerin müvekkili banka ile dava dışı Ayma Ltd. Şti arasında imzalanan 15.9.2003 tarihli kredi sözleşmesinin teminatı olarak verildiğini davalı borçlunun dava dışı şirketin borcu olduğunu sözleşme tarihinden itibaren bildiğini ve takip konusu çeklerin tasarruf tarihinden önce müvekkili bankaya verildiğini belirterek bu yöndeki delillerini bildirmiştir. İzmir 4.Asliye Ticaret Mahkemesinin 2007/312 E-2010/625K. sayılı dosyasından; davacı ile dava dışı Ayma Ltd. Şti arasında 15.9.2003 tarihli kredi sözleşmesi imzalandığı, 26.6.2006 tarihinde dava dışı borçlu şirketin hesabının katedildiği ve dava dışı şirket aleyhine İzmir 7.İcra Müdürlüğünün 2006/7782 dosyası üzerinden 27.6.2006 tarihinde 648.765,85 TL için icra takibi yapıldığı, dava dışı şirket temsilcisi ve kefil olan Ateş Akyeri'nin davalı Ömür Özgüncü'ye 28.9.2005 tarihinde sattığı taşınmazla ilgili (Ömür tarafından da 28.6.2006 tarihli Muhterem Çelik'e, onun tarafından da 3.8.2006 tarihinde Davalı Kürşat'a satışı yapılan taşınmaz için) 7.5.2007 tarihinde tasarrufun iptali davası açıldığı anlaşılmaktadır. Eldeki dosyada ise takip konusu çeklerin 26.7.2006, 27.7.2006, 26.8.2006, 29.8.2006, 9.9.2006 ve 19.9.2006 tarihlerinde keşide edildiği, bankaya ibraz tarihinin 5.7.2006, ihtiyati haciz tarihinin 10.8.2006, takip tarihinin ise 17.8.2006 olduğu anlaşılmaktadır. Takip konusu çeklere dayalı davalı borçlu ile dava dışı Ayma Ltd. Şti arasındaki alacak borç ilişkisinin tespiti yönünden bilirkişi incelemesi yaptırılmış ise de dava dışı şirkete ve ticari defterlerine ulaşamaması, davalı borçlu Ömür'ün de ticari defter tutmaması nedeniyle sonuca ulaşamadığı anlaşılmaktadır. Davacının delil olarak dayandığı banka kayıtlarından takip konusu çeklerin davacı alacaklı bankanın sistemine giriş tarihlerinin 30.1.2006–18.4.2006 tarihleri arasında olduğu anlaşılmaktadır. Davacı bankanın sistem kayıtlarının doğruluğu kabul edildiğinde takip konusu çeklerin 28.4.2006 ve sonra yapılan tasarruf tarihinden önce keşide edilerek davacı bankaya verildiği dolayısıyla borcun, iptali istenen tasarruflardan önce doğduğunun kabulünü zorunlu kılacaktır." (17. HD 06.11.2012, 2959/12122).



hükümlerine göre devredilip, devir beyanının kayıt altına alınması icap edecektir. Devir beyanının ayrı bir kâğıt yerine senet üzerine yazılması ciro niteliğinde olsa da cironun hukuki sonuçları doğmayacaktır. Nama yazılı kıymetli evraka dayalı olarak kesinleştirilen takip sonrası ikame edilen tasarrufun iptali davasında, alacaklı, kıymetli evrakın tanzim ya da kıymetli evrakın vücuduna esas teşkil eden sözleşmedeki borcun doğum tarihine dayanacaktır. Nitekim borçlu, alacaklısına karşı sahip olduğu tüm kişisel def'ileri devredilen alacaklıya karşı da ileri sürebilecektir. Zira temlik alacağa bağlı olan imtiyaz ve fer'i hakları alacaklıya intikal ettireceğinden, alacağa karşı yapılabilecek itiraz ve def'iler yeni alacaklıya karşı yöneltilecektir¹⁹⁰. Kanuni devir şekilleri yönünden farklı olan iki ayrı kıymetli evrakta, yani takibin dayanağı olan kıymetli evrakın emre yazılı olması ile nama yazılı olması, kıymetli evraktaki şekli ve meşru hamil alacaklının, iptal davası ikamesi faraziyesinde, borcun doğum tarihinin değişmesi hukuk tekniği ve hakkaniyete denk düşmediği gibi, emre yazılı kıymetli evrak, alacaklının dayandığı borç doğum tarihi itibarıyla nama yazılı kıymetli evraka nazaran alacaklının dava hakkını kısıtlamamalıdır.

c. Hamiline Yazılı Senetlerde

Hamiline yazılı senetler, senedin metin ya da şeklinden hamili kim ise o kişinin hak sahipliğine işaret etmektedir¹⁹¹. Bir senedin hamiline yazılabilmesi için herhangi bir gerçek ya da tüzel kişi ismi içermemesi ve Kanun'un buna izin vermesi gerekir¹⁹². Bu senetlerin devri için sadece zilyetliğin devri yeterli olup, senedin borçlusu senedi ibraz edene karşı bedeli ödemekle yükümlüdür¹⁹³. Kambiyo senetleri arasında poliçe ve bonodan farklı olarak sadece çek hamiline düzenlenebilecektir. Hamiline yazılı çek'te borçlu, hamilin yetkili olup olmadığını inceleme yetki ve görevi bulunmadığından, hile ve ağır kusuru bulunmadıkça zilyedi olan hamile ödeme yaparak borcundan kurtulacaktır¹⁹⁴. Hamiline yazılı çek'te zilyed hamil, temel borç ilişkisinin tarafı olmasa dahi, alacağının tahsili noktasında, borcun doğduğu tarihe dayanarak, tasarrufun iptali davası

190 YILMAZ, s. 94.

191 "Somut olayda; takibe konu çekin "Hamiline" düzenlendiği, ciro sıralamasının incelenmesinde; çekin, ilk ciranta Zafer Karagül'ün yaptığı ciro ile Hüseyin Küçükay'a, onun cirosu ile tekrar Zafer Karagöl'e, onun cirosu ile de Türkiye Halk Bankası Elazığ Şubesine geçtiği ve adı geçen bankanın yetkili hamil olduğu, takip dayanağı çekin yasal sürede bankaya ibraz edildiği ve ciro silsilesinde kopukluk bulunmadığı görülmektedir. Buna göre; yetkili hamil olan alacaklı bankanın kendisinden önceki cirantalara müracaat hakkı mevcut olup, yukarıda yer verilen mevzuat hükümleri karşısında ciranta Hüseyin Küçükay hakkında da takip yapmasında yasaya bir aykırılık yoktur." (12. HD 23.03.2017, 2016/12211, 2017/4547).

192 BOZER Ali/GÖLE Celal, **Kıymetli Evrak Hukuku**, Ankara 2015, s. 30, 230.

193 BOZER/GÖLE, s. 230.

194 BOZER/GÖLE, s. 230.

açabilecektir. Kural olarak düzenleme tarihi borç tarihi ise de yetkili hamil, çek'te tecessüm eden alacağın daha önce doğduğunu ispat ederek, bu tarihten sonra gerçekleşen tasarrufun iptalini alacaklı sıfatıyla talep edebilecektir.

aa. Cironun Vadeden ve İbrazdan ya da Ödememe Protestosu Çekildikten Sonra Yapılması İhtimali

Kambyo senetlerinin temelinde, tedavül amacı yatmaktadır. Bu amaç, vadeye kadar ciro marifetiyle sağlanır. TTK'nun 690. maddesine göre; vadenin geçmesinden sonra yapılan ciro, vadeden önce yapılan bir cironun hükümlerini doğurur; ancak ödememe protestosundan veya bu protestonun düzenlenmesi için öngörülmüş sürenin geçmesinden sonra yapılan ciro, sadece alacağın temlik hükümlerini doğurur¹⁹⁵. TTK'nun 793. maddesine göre ise; protestonun düzenlenmesinde veya aynı nitelikte bir belirlemeden veya ibraz süresinin geçmesinden sonra yapılan ciro, ancak, alacağın temlikinin sonuçlarını doğurur. İbrazdan sonra yapılan ciro kıymetli evrakın kambyo niteliğine hanel getirmeyecektir. Hükümün amacının, vadesinde ödenmemiş veya protesto görmüş ya da protesto süresi geçirilmiş bulunan ve devir amacı kalmayan senedin tedavülünün zorlaştırılmasına matuf olduğu savunulmuştur¹⁹⁶. Aynı görüş bağlamında, senedin, borçlunun def'i hakkının bertaraf edilmesi amacıyla devredilmesini, borçlunun zararına hareketi önlemeyi, ödenmediği açıkça belli olan bir senedi iktisap eden yönünden kambyo korumasının kaldırılması, dolayısıyla bilerek borçlunun zararına hareket imkanını ortadan kaldırmak olduğu vurgulanmıştır¹⁹⁷. Söz konusu cironun teminat fonksiyonu yoktur ve senedi devralan karşı şahsi def'ilerin sürülmesi mümkün olacaktır¹⁹⁸. Zira alacağın temlikinde, devralan, devreden

195 "Dava konusu bononun düzenleyeni dava dışı Sevim Şimşek, lehtar ve ilk cirantası Ayşe Taş, sonraki cirantası Hasan Taş ve en son cirantası ve hamili davalı Emin Uçaktürk'tür. Bononun vadesi ise 30.12.2000 tarihidir. Bono vade tarihinden sonra süresi içinde protesto edilmemiştir. Davalı alacaklı Emin Uçaktürk, Küçükçekmece 9. Asliye Ceza Mahkemesi'nin 2008/69 değişik iş sayılı dosyasında verdiği savunmasında, dava konusu bononun ciro edilerek 2003 yılında kendisine verildiğini, bu senetle ilgili Kadıköy 3. İcra Müdürlüğü'nün 2003/9558 esas sayılı dosyası ile takibe geçildiğini ifade etmiştir. TTK. m. 690 (6762 sayılı TTK. m. 602) uyarınca vadenin geçmesinden sonra yapılan ciro, vadeden önce yapılan bir cironun hükümlerini doğurur; ancak, ödememe protestosundan veya bu protestonun düzenlenmesi için öngörülmüş sürenin geçmesinden sonra yapılan ciro, sadece alacağın temlik hükümlerine tabidir. Davalı-alacaklının hak sahibi olması için alacağın temlikinin TBK. m. 184 (818 sayılı BK. m. 163) uyarınca yazılı şekilde yapılması gerekir. Öncelikle davalı-alacaklı dava konusu bonoda mündemice olan alacağı temlik aldığını ispat etmelidir. İspat edemediği halde cirantalara başvuru hakkı bulunmamaktadır. Mahkemece bu yön gözetilerek ve değerlendirilerek bir karar verilmesi gerekirken, yanlışlığı gerekçe ile yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsizdir." (19. HD 21.06.2018, 2016/16915, 2018/3466).

196 ŞAHİN, s. 1939.

197 ŞAHİN, s. 1939.

198 HACİÖMEROĞLU Abdülhamid Oğuzhan, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre



halefidir. Bu sebeple, borçlu, devredene karşı haiz olduğu şahsi def'lerini iyiniyetli olsa dahi devralana karşı her zaman ileri sürebilecektir¹⁹⁹.

Gecikmiş cironun, alacağın temliki hükümlerine tabi olması, keşidecinin, lehtara karşı haiz olduğu defi ve itirazları, kıymetli evrakı ciro marifetiyle devralan ciranta ve hamillere karşı da ileri sürebilmesi anlamına geldiğinde şüphe yoktur. Dolayısıyla TTK 793. maddesindeki "Alacağın temlikinin sonuçlarını doğurur" ibaresi, kambiyo senedinin devir şekli anlamında değil, ancak şahsi defi ve itirazların ileri sürülebilmesini amaçlamaktadır. Nitekim, Mülga TTK 705. maddesindeki ibrazdan sonra yapılan cironun ancak alacağın temliki hükümlerine tabi tutulacağı ve böyle bir temlikin neticelerinin doğuracağına ilişkin düzenleme, TTK 793. maddesine bilinçli olarak alınmadığı, zira kambiyo senetlerinde ibrazdan sonra yapılan cironun alacağın temliki hükümlerinde mevcut olan şekil şartlarından vareste tutarak daha kolay tedavül ettirme amacına yönelik olup, kanun koyucunun seçim hakkını bilinçli olarak alacağın temlikinin sonuçlarını doğurur düzenlemesiyle devrin alacağın temlikinde geçerli olan şekil kurallarına göre değil, sadece keşidecinin asıl borçluya karşı haiz olduğu defi ve itirazları, diğer ciranta ve hamillere karşı da ileri sürebilmesine imkan vermeyi murad ettiği kabul edilmelidir.

Ciro, kural olarak kıymetli evrakın düzenlenip lehtara tesliminden vadeye kadar devam edecektir. Şayet vadede ödenmemişse, müteakiben ödememe protestosu çekme süresine kadar devam eder. Bu sürenin hitama ermesinden sonra yapılan cirolar gecikmiş ciro mesabesinde olup, cironun hukuki sonuçlarını doğurmaz. Kambiyo senedi vasfını koruyan kıymetli evrak vadeden ya da ibraz tarihinden sonra ciro edilmiş ise, söz konusu ciro alacağın temliki sonuçlarını doğurur. Düzenleme sadece ciroya mahsus olduğundan, nama ya da hamiline yazılı kıymetli evrak bakımından uygulama alanı bulmayacaktır²⁰⁰. Nama yazılı senetlerin doğurduğu hukuki neticeler, gecikmiş cironun doğurduğu sonuçların bir kısmı ile özdeştir²⁰¹. Benzer şekilde, şekil noksanlığı sebebiyle adi senet haline tahvil olmuş ve kıymetli evrak vasfını yitirmiş senetler üzerine yapılan cirolar kıyas yoluyla alacağın temliki hükümleri sonuçlarını doğuracaktır. Lakin şekil eksikliği sebebiyle kambiyo senedi niteliğini kazanamamış senetlerin üzerine yapılan cironun yorum ve kıyas marifetiyle alacağın temliki olarak kabul edilemeyeceği savunulmuştur²⁰². Gecikmiş ciro da alacağın temliki hükümlerine tabi olduğundan, kambiyo senedinden

Kıymetli Evrak Hukukunda Ciro, Ankara 2017, s. 82.

199 HACIÖMEROĞLU, s. 87.

200 ŞAHİN, s. 1936.

201 ŞAHİN, s. 1936.

202 ERDOĞAN, s. 489; Aksi yöndeki görüş için bkz. s. 504.

mütevellit ciranta konumundaki hamil, borç ilişkisinin kurulduğu tarihe istinatla, sorumlulara karşı giriştiği takibin semeresiz kalması üzerine iptal davası açabilecektir. Bu faraziyede, alacaklı cirantanın, temel borç ilişkisine taraf olmadığından dolayı, ilk borç ilişkisinin doğduğu tarihe dayanmayacağı hukuken ileri sürülemeyecektir. Kaldı ki, gecikmiş ciro ihtimalinde, alacağın temlik sonuçları doğacağından, alacaklı cirantanın tasarrufun iptali davasında borcun ilk doğduğu tarihe dayanması, evleviyet kuralı ve maslahat gereğidir.

bb. Kıymetli Evrakın Geriye Ciro Edilmesi

Kambiyo senedinin devredildiği son hamil tarafından tekrar devreden kişiye devredilmesi mümkündür²⁰³. Geriye dönüş cirosu olarak tesmiye edilen bu faraziyede kambiyo senedinin ödenmemesi halinde kendine ciro yapılan kişi, geriye dönüş cirosu yapan kişiden senet bedelini talep edemeyecektir²⁰⁴. Zira geriye ciro ile hamil önceki durumuna geri dönmektedir²⁰⁵. Bu ihtimalde, hamil, gecikmiş cirodan önceki ciro

203 BOZER/GÖLE, s. 121.

204 “Çek, keşideci tarafından lehtar lehine düzenlenip, keşide edildikten sonra, lehtar tarafından tekrar keşideciye ciro edilmesi halinde, keşidecinin 6102 sayılı TTK'nun 788. maddesi koşullarında yeniden çeki tedavüle çıkararak ciro etmesi durumunda, ikinci tedavülden önceki lehtarın sorumluluğu kalmadığından, lehtar hakkında takip yapılamaz. Bu durumda, keşideci ile takip alacaklısı hamil arasında sorumluluk vardır. Zira keşideci, çeki yeniden tedavüle çıkarmakla, lehtar adına keşide etmeden önceki durumuna döndüğünden lehtarın sorumluluk zinciri içinde yer alması mümkün değildir. Bu açıklamalardan sonra, somut olayın incelenmesinde; Somut olayda takip dayanağı çekte ilk cironun lehtar Karabeyoğlu İnş. Ve Taah. San. Tic. Ltd. Şti. ait olduğu, bundan sonraki cironun Üç El Mühendislik Tur. İnş. Taah. İth. İhr. Ve Tic. Ltd. Şti.(keşideci) ait olduğu, daha sonra keşideci tarafından takip alacaklısına ciro edildiği görülmekle, çek tedavüle çıktıktan sonra ödenerek keşideciye döndükten sonra tekrar tedavüle çıktığından ikinci tedavülden önceki lehtarın sorumluluğu açıklandığı üzere bulunmamakta, ancak keşideci ile takip alacaklısı hamil arasında sorumluluk bulunmaktadır. Zira keşideci çeki yeniden tedavüle sokmakla lehtar adına keşide etmeden önceki durumuna dönmüştür. Çek ilk kez tedavüle çıktığı sırada ciranta olarak çek arkasında unvan ve imzaları yer alan kişiler yönünden değil, keşideci ile hamil arasında bir sorumluluk olduğundan, alacaklı ciranta tarafından çek lehdarı (ilk ciranta) hakkında takip yapılamayacağı kabulü gerekir.” (12. HD 15.12.2016, 7337/25464).

205 “Şikayetçi borçluya karşı müracaat borçlusu durumunda olan ilk cirantanın çeki ciro yoluyla eline geçirmesi ve yeniden tedavüle koyarak başkasına ciro etmesi mümkün ise de, hamiline düzenlenen çekin, ilk ciranta tarafından ciro edildikten sonra, ikinci ciranta tarafından tekrar ilk cirantaya ciro edilmesi ve ilk cirantanın da 6102 sayılı TTK'nun 788. maddesi koşullarında yeniden çeki tedavüle çıkararak ciro etmesi halinde, ikinci tedavülden önceki ikinci cirantanın sorumluluğu kalmadığından, ikinci ciranta hakkında takip yapılamaz. Bu durumda, keşideci ve ilk cirantanın takip alacaklısına karşı sorumluluğu vardır. Zira ilk ciranta, çeki yeniden tedavüle çıkarmakla, ciro etmeden önceki durumuna döndüğünden ikinci cirantanın sorumluluk zinciri içinde yer alması mümkün değildir. Bu açıklamalardan sonra, somut olayın incelenmesinde; Somut olayda takip dayanağı çekin hamiline düzenlendiği ve ilk cironun Zafer Karagöl'e ait olduğu, bundan sonraki cironun Hüseyin Küçükay'a ait olduğu, daha sonra ilk ciranta tarafından takip alacaklısına ciro edildiği görülmekle, çek tedavüle çıktıktan sonra ödenerek ilk cirantaya döndükten



zincirinde yer aldığı için kendisine yapılmış gecikmiş ciro önceki ciro ile özdeşleşmekte, dolayısıyla ilk ciro ile meydana gelen durumu esas kabul etmektedir²⁰⁶. Geriye ciro yoluyla bonoyu devralan ciranta, bonoyu devretmeden önceki durumuna döner ve bu şekilde kimlere başvurma hakkı varsa, ancak onlara karşı takip yapma imkânına kavuşur²⁰⁷. Gecikmiş ciro ile ciro zincirinde daha önce yer alan cirantalardan biri müteakiben senedi gecikmiş ciro ile devralırsa alacağın temliki hükümleri uygulama alanı bulmayacağından, borçlu devredene karşı sahip olduğu kişisel def'ileri hamile karşı ileri süremeyecektir²⁰⁸. Yargıtay'ın alacaklı cirantanın temel ilişkiye taraf olmaması faraziyesinde söz konusu borç tarihine dayanamayacak olması içtihadı bağlamında ifade etmek gerekirse, ciranta tarafından geriye ciro yapılması halinde, kendisine geriye dönüş cirosu yapılan ciranta alacaklı sıfatıyla ilk temel ilişkinin tesis edildiği borç doğum tarihine dayanacaktır. Zira geriye ciro yoluyla bonoyu devralan ciranta, bonoyu devretmeden önceki durumuna döner ve bu şekilde kimlere başvurma hakkı varsa ancak onlara karşı takip yapma imkanına kavuşur²⁰⁹.

sonra tekrar tedavüle çıktığından ikinci tedavülden önceki ikinci cirantanın sorumluluğu açıklandığı üzere bulunmamakta, ancak keşideci ve ilk ciranta ile takip alacaklısı hamil arasında sorumluluk bulunmaktadır. Zira ilk ciranta çeki yeniden tedavüle sokmakla ikinci cirantaya ciro etmeden önceki durumuna dönmüştür ve alacaklı tarafından ikinci ciranta hakkında takip yapılamayacağına kabulü gerekir." (12. HD 09.11.2017, 4859/13933).

206 Şahin, s. 1950.

207 "Takip dayanağı bono, Ercan Yenice tarafından, alacaklı Selçuk Bozluğ adına keşide edilmiş olup, ciro sıralamasının incelenmesinde, bononun adı geçen lehtarın cirosu ile muteriz borçlu şirket Sene Tekstil Konfeksiyon ve Nakış San. Tic. Ltd. Şti.'ne ve onun cirosu ile tekrar lehtara geçtiği ve lehtar tarafından takibe konulduğu görülmektedir. Yukarıda açıklanan ciro sıralamasına göre; borçlu Sene Tekstil... Ltd. Şti.'ne karşı müracaat sorumlusu durumunda olan alacaklının bonoyu geriye ciro yoluyla alması ve başkalarına ciro etmesi mümkün ise de, bu şekilde bonoyu ciro yolu ile devraldıktan sonra, kendisinin sorumlu olduğu kimselere, müracaat borçlusu olarak başvurması mümkün değildir. Zira geriye ciro yoluyla bonoyu devralan ciranta, bonoyu devretmeden önceki durumuna döner ve bu şekilde kimlere başvurma hakkı varsa, ancak onlara karşı takip yapma imkânına kavuşur." (12. HD 16.01.2018, 2016/26404, 2018/194).

208 Şahin, s. 1950.

209 "Takip dayanağı bono, Emanetoğlu Ltd. Şti. tarafından, alacaklı Elta .. Ltd. Şti. adına keşide edilmiş olup, ciro sıralamasının incelenmesinde, bononun adı geçen lehtarın cirosu ile muteriz borçlu Mehmet Ali Emanet'e, onun cirosu ile 3. kişi Murat Ulaş'a ve onun cirosu ile de tekrar lehtar Elta Ltd. Şti'ne geçtiği, lehtar tarafından takibe konulduğu anlaşılmaktadır. Yukarıda açıklanan ciro sıralamasına göre; borçlu Mehmet Ali Emanet'e karşı müracaat sorumlusu durumunda olan alacaklının bonoyu geriye ciro yoluyla alması ve başkalarına ciro etmesi mümkün ise de, bu şekilde bonoyu ciro yolu ile devraldıktan sonra kendisinin sorumlu olduğu kimselere müracaat borçlusu olarak başvurması mümkün değildir. Zira, geriye ciro yoluyla bonoyu devralan ciranta, bonoyu devretmeden önceki durumuna döner ve bu şekilde kimlere başvurma hakkı varsa ancak onlara karşı takip yapma imkanına kavuşur. Somut olayda, alacaklının senedi geriye ciro yoluyla devralmış olduğu ve muteriz borçlunun da senedin ön yüzünde bulunan avalist imzasına itirazı yerinde olup imzanın adı geçene ait olmadığı belirlenmiş olduğundan, alacaklının muteriz borçluya karşı takip yapma imkânı kalmadığının kabulü gerekir." (12. HD 10.01.2017, 2016/32904, 2017/189).

4. İİK 120. Maddesine Dayalı Alacaklı Sıfatı

İcra ve İflâs Kanunu 120/2. maddesi, üçüncü kişilerdeki alacak haczini düzenleyen bir müessesedir. Alacaklı, icra müdürlüğünden aldığı yetkiye binaen takip borçlusunun üçüncü kişideki alacağı için genel haciz yolu ile icra- iflâs ve ilamlı icra takibi yapabileceği gibi, doğrudan dava da açabilecektir. İİK 120/2. maddenin sadece para alacaklarında uygulanabilmesi ve alacakların paraya çevrilmesini sağlamaya yönelik olması²¹⁰, özne cihetinden, İİK 120/2. maddesi, “aynı suretle hacze iştirak eden alacaklıların tümü ya da birisi üçüncü bir şahıstaki alacağının tahsilini veya dava hakkının kullanılmasını üzerine alabilirler” ifadesiyle, hacze iştirak müessesesinin ön şart olarak kabul edildiği zannı uyandırmıştır. Ancak, çoğunun içinde azı da vardır, yani evleviyet kuralı gereğince tek bir alacaklı dahi, hacze iştirak olmaksızın, İİK 120/2. maddeye başvurabilecektir. Kanun burada, hacze iştirak durumunda, İİK 120. maddeye başvuruyu, haklı olarak diğer alacaklıların muvafakatine bağlamıştır.

İİK 120/2. maddesine dayalı davada da, alacaklı borçlusunun üçüncü kişideki alacağının tahsilini amaçlayan bir dava açmaktadır. İİK 120/2. maddesine istinaden icra dairesinden yetki alan alacaklı, takip borçlusunun borçlusu üçüncü kişiye, icra ve iflâs takibi yapabilecektir. Bu icra takibinin niteliği genel haciz²¹¹ ya da kambyo senetlerine mahsus²¹² haciz yolu olabileceği gibi ilamlı takip²¹³ de olabilecektir. Zira İİK 120/2. maddesi, açıkça borçlunun üçüncü bir şahıstaki alacağı ya da dava hakkından bahsetmiştir. Bu ihtimalde, alacaklı, borçlu nam ve hesabına dava hakkını kullanarak, mahkemeye borçlunun hakkını kabul ettirdikten sonra onu paraya çevirerek alacağını tahsil eder²¹⁴. Kaldı ki, üçüncü kişideki alaktan

210 BULUT Uğur, *İcra Hukukunda Ödeme Yerine Alacakların Devri*, Ankara 2013, s. 76.

211 PEKCANITEZ Hakan/ATALAY Oğuz/SUNGURTEKİN-Özkan Meral/ÖZEKES, *Muhammet, İcra ve İflâs Hukuku*, Ankara 2010, s.147. “Genel haciz yolu ile takip, sadece para ve teminat alacakları için öngörülmüştür. Ancak, para alacağı bir kambyo senedine bağlanmışsa, bu durumda alacaklı, kambyo senetlerine özgü haciz yoluyla takip yapabilir.

212 “İİK 120/2. maddesinde haciz alacaklılarından biri borçlunun üçüncü bir şahıstaki alacağın tahsilini veya böyle bir şahsa karşı haiz olduğu dava hakkının kullanılmasını, masraf kendilerine ilişkin olmak ve fakat haklarına halel gelmemek şartı ile üzerlerine alabilirler denmektedir. İcra dairesi alacağın tahsili için devralan alacaklıya gerekli işlemleri yapmaya yetkili olduğuna dair 24.11.1995 günlü belge verildiğine göre, alacaklı bu belge ile üçüncü kişiye karşı dayanak senedin niteliğine göre icra takibi yapabilir. Belirtilen hususlar göz ardı edilerek yazılı biçimde kambyo senetlerine mahsus yolla takip yapılamayacağından bahisle karar verilmesi isabetsizdir.” (12.HD 15.06.1995, 8316/8949).

213 PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN-Özkan/ÖZEKES, s.395. “İlamlı icra takibi yapmak isteyen alacaklının önce mahkemeye başvurması, bu konuda yargılamanın yapılması ve bunun sonucunda lehine bir ilam etmesi gerekir. yani, ilamlı icrada önce mahkemeye, daha sonra icra dairesine başvurulmalıdır. Bunun dışında, kanun koyucunun ilam kuvvetinde kabul ettiği bazı belgelere sahip olan alacaklı da bu yola başvurabilir.”

214 BELGESAY, *Dava Teorisi*, s. 15.



kasıt da para alacağıdır. Bu sebeple, üçüncü kişideki alacak hakkında icra takibi yapılabileceği gibi dava da açılabilir²¹⁵. İİK 120/2. maddesine istinaden verilen yetki, salt takip ya da dava takip yetkisini kapsamakta, hak devri söz konusu olmadığından, yapılan işlem borçlar hukuku anlamında alacağın temlik niteliğinden yoksundur²¹⁶. Bu sebeple, İİK 120/2. maddesine dayalı yetki, maddi hukuk bakımından hakkın özüne tesirli bir tasarruf işlemi söz konusu olmadığından, alacağın temlik hükümlerine tabi değildir. Zira borçluya ait alacak, temlik edilmediği gibi, ifa yerine yapılan bir devir de yoktur; bilakis, alacağa ilişkin takip ve dava hakkı devredilmekte, alacaklı, bu yetkiyi takip borçlusunun vekili sıfatıyla kullanmakta²¹⁷ ve maddi hukuk bakımından hak sahipliği borçlu üzerinde kalmaktadır²¹⁸. İİK 120/2. maddesine dayalı yetki kanundan doğan dava takip yetkisi niteliğindedir²¹⁹. Nitekim borçlu, alacaklının üçüncü kişiden tahsil ettiği miktar nispetinde borcundan kurtulacaktır²²⁰. Takip borçlusu alacaklının aynı alacak için borçlusu üçüncü kişiye başvuramayacak olması, kesin hükmün zorunlu bir sonucudur.

İİK 120/2. maddesine dayalı alacak davasının davacısı, takip borçlusuna karşı haczi kesinleştirmiş alacaklı, davalı ise takip borçlusuna borçlu ya da borçluya ait alacağı mülkiyet dışında herhangi bir sebeple elinde bulunduran üçüncü kişidir. Alacaklı, İİK 120/2 kapsamında; takip borçlusu ile onun borçlusu üçüncü kişi arasında doğmuş bir alacağı dava edebileceği gibi, takip borçlusunun borçlusuna karşı haiz olduğu fakat kullanmadığı dava hakkını da, konusu para alacağı olması koşuluyla ikame edebilmelidir²²¹. Nitekim icra takibi devam ederken de alacağın temlik mümkündür. İcra ve İflas Kanunu'nda takip alacaklısı tarafından takip konusu alacağın temlik edilebileceğine yönelik herhangi bir hüküm bulunmasa da, temlike engel bir hususiyet yoktur. İcra takibi sırasında alacağın temlik ihtimalinde temlik eden alacaklının alacağa ilişkin alacaklı sıfatı mürtefi olacağından, temlik alan alacaklı takibe alacaklı sıfatı ile devam edebilecektir. Temlik eden alacaklının temlik ettiği alacakla ilgili icra takip işlemi yapması mümkün değildir. Zira alacak ile ilgili tasarruf yetkisi ortadan kalkmıştır. Bu husus, cüz'i halefiyetin doğal bir sonucudur.

215 İYİLİKLİ Ahmet Cahit, **Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin Üçüncü Kişilerdeki Alacak Hacinde İİK 120/2 maddesinin Uygulanmasına İlişkin Bir Karar Gerekçesi Üzerine Tahliiller ve Düşünceler**, Legal Mihder, 201271, S. 21, 68.

216 İYİLİKLİ, İİK 120, s. 74.

217 BERKİN, s. 317.

218 İYİLİKLİ, İİK 120, s. 75.

219 İYİLİKLİ, İİK 120, s. 75; BULUT, s. 216, 238.

220 BERKİN, s. 317.

221 Kanaatimizce, takip borçlusunun üçüncü şahıstaki dava hakkının, İİK 120/2. maddesine istinaden, takip alacaklısı tarafından kullanılabilmesi, söz konusu davanın maddi hukuk bakımından da ikamesinin elverişli olmasına, yani hukuki bir engelin bulunmamasına bağlıdır. Bu bağlamda, şahsa sıkı sıkıya bağlı davalar ile manevi tazminat davaları, İİK 120/2. maddesine istinaden takip alacaklısı tarafından takip edilemeyecektir.

Alacaklının bu maddeye istinaden açacağı dava, takip borçlusunun üçüncü kişide mevcut olduğu iddia edilen alacağın tabi bulunduğu zamanaşımı süresi içinde açılabilir (BK m.125). Dolayısıyla tasarrufun iptali davası bakımından ehemmiyet arz eden alacağın doğum tarihi, ilk borç ilişkisinin yani takip borçlusunun borçlusuna karşı haiz olduğu alacağın doğum tarihi esas alınacaktır. Kaldı ki davacı alacaklının alacaklısına karşı haiz olduğu alacak tarihinin esas alınması devrin daha önce gerçekleşmesi sebebiyle davanın dinlemesine engel oluşturacaktır. Alacaklının İİK 120/2. maddesine istinaden icra müdürlüğünden alınan yetkiyi müteakip takip borçlusu (alacaklı) da, borçlusu üçüncü kişiye yönelerek takip ve dava açamayacaktır. Zira mahcuz alacak üzerinde takip alacaklısının haklarını ihlal eden tasarruf işlemleri batıl olacaktır. İİK 120/2. maddesine dayalı olarak yetki alıp, takibi kesinleştiren alacaklı da şartların tahakkuku halinde tasarrufun iptali davası açabilecektir. Bu ihtimalde, alacaklının aciz belgesine sahip olmasının da gerekmediği savunulmuştur²²². Hatta söz konusu alacak bir başkasına temlik edilmiş ise, bu hukuki işlemin de İİK 277 ve devamı maddelerince iptali mümkün olacaktır. Ne var ki alacaklı, İİK 120 maddesine dayalı olarak aldığı yetkiye binaen borçlunun söz konusu alacak için daha önce yaptığı temlik iptal ettiremeyeceği savunulmuş ve temlikin sıhhat şartının hacze dayandığı, haczin geçerli olması halinde iptal davasının mesmu olmayacağı dile getirilmiştir²²³. Buna karşın, alacaklılarına karşı mal kaçırmak isteyen alacaklılar muvazaalı bir şekilde üçüncü kişilere temlik edebilirler. Bu ihtimalde, temlik edenin alacaklıları muvazaa iddiasını ileri sürerek temlik işleminin iptalini talep edebilir²²⁴. Haczin muteberliği ise, geçerli bir temlikin varlığı halinde, tasarruf işlemi niteliğindeki işlemle, alacak, temlik edenin malvarlığından çıkıp, temellük edenin malvarlığına intikal edeceğinden, pek tabii ki, temlik edenin değil²²⁵, temlik alanın alacaklıları söz konusu alacağı haczettirebilirler²²⁶.

222 YAVAŞ Murat, *Borçlunun Üçüncü Şahıslardaki Mal, Hak ve Alacaklarının Haczi*, İstanbul 2005, s. 82.

223 UMAR, s. 42.

224 ERDOĞAN, s. 496.

225 "Somut olayda şikâyet eden, noter vasıtasıyla ve tarihi kesin olarak saptanabilecek şekilde alacağı temlik almıştır. Alacağını temlik eden kimsenin alacak üzerinde bir tasarruf yetkisi kalmamış olup, söz konusu alacak temlik edenin malvarlığından çıkmıştır. Bu nedenle temlik edenin, temlik tarihinde sonra tasarruf yetkisinin kalmadığı (bulunmadığı) bir alacağın, temlik edenin diğer alacaklıları tarafında haczi de bu alacağı temlik alana karşı ileri sürülemez. Mahkemece, temlikin Büyükşehir Belediyesine ulaştığı tarih esas alınarak hüküm kurulmuş ise de söz konusu temlik edilen alacağın borçlusuna bildirimde bulunma tarihi, borçlunun sorumluluğu açısından önem taşır. Nitekim Borçlar Kanunu'nun 165'nci maddesinde, borçlunun temlikten haberdar olmaması halinde iyiniyetle yaptığı ödemelerden dolayı sorumlu olmayacağı belirtilmiştir. Bu itibarla; mahkemece, yukarıda açıklanan hukukî esaslar çerçevesinde bir karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırıdır." (19. HD 04.04.2008, 1366/3451).

226 ERDOĞAN, s. 496.



SONUÇ

İcra ve İflas Kanunu 277 ve devamı maddelerine dayalı olarak ikame edilen tasarrufun iptali davası ikame hakkı, şahsa sıkı sıkıya bağlı haklardan olmayıp, miras, temlik ya da halefiyet marifetiyle intikali mümkündür. Bu tespit hakikatte, iptal davasının dayanağı olan alacağın (Para) devrinin ve haczinin mümkün olması ile de doğrudan bağlantılıdır. Zira davanın kabulü, alacaklıya hacze devamla satış yetkisi bahşetmektedir. Bu sebeple, alacağın niteliğine uygun şekilde devri mümkün olacaktır. İptal davası ikame hakkı, aciz vesikası hamiline mahsus ve münhasır bir hak da olmayıp, aciz vesikasının temininden sonra dahi dava hakkının temliki mümkündür. Yargıtay tarafından kabul edilen alacağın tasarruftan önce doğması ön şartı, borç ilişkisinin ilk kurulduğu tarih itibarıyla kabul görecektir. Dolayısıyla kurucu borç ilişkisinin doğum tarihi milat kabul edilerek, iptal davası ikame eden kişi, borç ilişkisinin kurulduğu tarihe dayanabilecektir. Zira borcun doğumu özellikli olarak dava ikame eden alacaklının alacağı devraldığı tarih değil, davaya dayanak teşkil eden alacağın ilk doğum tarihidir. Nitekim iptal davası şahsi niteliğiyle haciz ve satış yetkisi bahşedip, alacaklının para alacağı ile tatminini sağlayacaktır. Kaldı ki, iptal davası açma hakkı, kişiye bağlı ve münhasır bir hak olmadığına göre iptal davasının ikame hakkı, miras, temlik, halefiyet ya da kıymetli evrakın ciro ile iktisabı sonuca müessir değildir. İptal davası ikame hakkı, aciz vesikası hamilinin bile şahsına münhasır ve mahsus bir dava hakkı olmadığından, davacı dava ikame hakkını her ne suretle iktisap ederse etsin, borcun doğum tarihi olarak, alacak ilişkisinin ilk doğduğu tarih dikkate alınarak tasarrufun iptali talep edilebilecektir. Bu husus, borçlunun malvarlığını bilmeyen ve bilmesi de beklenmeyen alacaklılara, borçlu ile hukuki ilişkiye girerken hukuki koruma sağlayacağı gibi, hukuki işlem güvenliğine de katkı sağlayacaktır. Hakikatte bu durum borçluların bilinçli olarak alacaklılardan mal kaçırmasına ve icra takibinin akamete uğramasına da engel olacaktır. Kıymetli evrakta mündemiç alacak, ciro edilmekle vasfı ve içeriği değişmemekte, hatta borç yenilenmesi de söz konusu olmayacaktır. Kıymetli evrakta mündemiç alacak, kural olarak poliçe, bono ya da çek'in keşide veya düzenlemesiyle birlikte doğmakta, söz konusu kıymetli evrakın niteliğine uygun olan devir şekli olan ciro ya da alacağın temliki marifetiyle el değiştirmektedir. Dolayısıyla, son şekli ve meşru hamilin, borçluya karşı takibi kesinleştirdiği alacak, son cirantanın nevi şahsına bağlı bir alacak değil, takip dayanağı kıymetli evrakın düzenlenmesiyle vücut bulup, ciro ile kendisine devredilen olacaktır. Kambiyo senetlerinin, sebepten mücerret olması ve mücerret borç ikrar ve vadinin hukuken geçerli olması, hukuki işlem niteliğindeki kambiyo senetlerinin hukuki

sebepten yoksun olduğuna işaret etmeyecektir. Ancak, kambyo senedi düzenlenmesinin hukuki sebebi, temel ilişki değil, borcun ifasına matuf temel ilişki yanında bağımsız bir tedavül anlaşmasıdır. Nitekim kıymetli evraktan doğan tüm mutlak defiler, takip alacaklısı cirantaya karşı da ileri sürülecektir. Kaldı ki, takip konusu alacak, dayanak kıymetli evrakın ilk düzenlenmesiyle doğmuş, devri kabil bir alacak olduğundan, kıymetli evrakta vücut bulan hak, takip yapan cirantanın şahsına özel ona bağlı bir alacak da değildir. Kambyo senedinin nama yazılı ya da cironun alacağın temlik sonuçlarını doğurduğu ihtimallerde, alacaklının, borcun ilk doğum tarihine dayanabilecek iken, kanunen emre yazılı olduğu için ciro ile devredilen bir senetten dolayı takibi kesinleştiren alacaklının, temel borç münasebetine taraf olmadığı için borcun ilk doğum tarihine dayanamaması, hakkaniyetten ziyade evleviyet kuralına aykırılık oluşturacaktır. Alacağın temlikinde, temellük eden alacaklının temlik tarihine değil, borç ilişkisinin ilk doğduğu tarihe istinatla iptal davası açmasına karşın, borçluya karşı daha donanımlı vaziyette bulunan kambyo senedi alacaklısının borç ilişkisinin ilk doğduğu tarihten faydalanamaması silahların eşitliği ilkesine aykırılık oluşturacağı gibi, takip hukukunun amacının gerçekleşmesini de akamete uğratacaktır. Zira iptal davası şahsi mahiyetiyle alacaklıya haciz ve satış yetkisi bahşedeceğinden, alacağı kambyo senedine bağlı olan alacaklının eli zayıflatılmak suretiyle takibin semeresiz ve alacağının tahsilinin akim kılınmasına sebebiyet verilmektedir. Kaldı ki mücerret kambyo taahhüdü ile temel hukuki ilişkinin sona ermeyeceği, ciranta olan hamilin alacağının tahsili noktasında borç ilişkisinin kurulduğu tarihe istinatla iptal davası açması hukuki menfaati icabı olduğu gibi, evleviyet ile nimet- külfet dengesinin bir gereği olduğu gözden kaçırılmamalıdır. Nitekim geriye ciro halinde, kendisine geriye dönüş cirosu yapılan kişi, ciro yapan kişi dışındaki kişilerden alacağını tahsil yoluna gidebilecektir.

Bir uyuşmazlıkta, vakıaları ve delilleri beyan ve somutlaştırmak, malumu taraflara, hadiseye uygun hukuki nitelendirme hâkime aittir. Dolayısıyla tarafların hukuki nitelendirmeyi doğru yapması bağlayıcı değildir. Somut hadiseye uygun düşen hukuki nitelendirmenin, mantıki ve hukuki gerekçelere dayandırılması hem hukuki himaye hem de tarafların savunma ve yasal yollara başvurusu açısından, hukuki dinlenilme hakkının teminatıdır. Aksi halde, ulaşılan çözüm ve hukuki izahat, hayat icaplarına uygun olmayacağı gibi, toplumsal yaraya merhem ve içtimai karşılıktan vareste olacaktır. Nitekim somut hadiseye ve hukuki mevzuat ve dinamik ile hayat icaplarına denk düşmeyen hukuki çözüm ve gerekçe sübjektif hakları himayeden ve inandırıcılıktan uzak, hukuki barış ve istikrarı sağlamayan sürpriz bir karar mesabesinde kalacaktır.



KAYNAKLAR

AKKAYA Tolga, İcra ve İflas Hukukunda İptale Tabi Tasarruflar, **Eskişehir Barosu Dergisi**, Ekim 2006, S. 11, (s. 13- 49).

ALBAYRAK Hakan, Tasarrufun İptali Davalarında Yargıtay Tarafından Kabul Edilen Özel Dava Şartları, **AÜHF** 2015, s. 64 (4), (s. 931- 974).

AYİTER Kudret, **Medeni Hukukta Tasarruf Muameleleri**, Ankara 1953.

BERKİN Necmettin, **İflas Hukuku**, İstanbul 1972.

BOZER Ali, GÖLE Celal, **Kıymetli Evrak Hukuku**, Ankara 2015.

BULUT Uğur, **İcra Hukukunda Ödeme Yerine Alacakların Devri**, Ankara 2013.

DAYINLARLI Kemal, **Alacağın Temliki**, Ankara 2010.

DEREN-Yıldırım Nevhis, **Kesin Hükümün Sübjektif Sınırları**, İstanbul 1996.

ERDOĞAN İhsan, Alacağın Temliki Ve Kıymetli Evrakın Devri, **Prof. Dr. Jale Akipek'e Armağan**, Konya 1991.

ERDÖNMEZ Güray, **Alacaklılara Zarar Verme Kastıyla Yapılan Tasarrufların İptali**, İstanbul 2019.

HACIÖMEROĞLU Abdülhamid Oğuzhan, **6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Kıymetli Evrak Hukukunda Ciro**, Ankara 2017.

İYİLİKLİ Ahmet Cahit, **Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin Üçüncü Kişilerdeki Alacak Haczinde İİK 120/2 maddesinin Uygulanmasına İlişkin Bir Karar Gerekçesi Üzerine Tahliller ve Düşünceler**, Legal Mihder, 201271, S. 21, (s. 61- 89).

İYİLİKLİ Ahmet Cahit, **Hukuk Yargılamasında Kesin Hüküm**, Ankara 2016.

KALE Serdar, Aciz Halindeki Borçlunun Bir veya Birkaç Alacaklısını Kayıran Hukuki Fiilleri Dolayısıyla İptal Davası, **Prof. Dr. Ergun Önen'e Armağan**, İstanbul 2003. (s. 191- 204).

KILIÇOĞLU Ahmet, **Türk Borçlar Hukukunda Kanuni Halefiyet**, Ankara 1979.

MUŞUL Timuçin, **Tasarrufun İptali Davaları**, Ankara 2017.

OLGAÇ Senai, Yargıtay İçtihatlarının Işığında İcra ve İflas Hukukunda İptal Davaları, **Dr. Recai Seçkin'e Armağan**, Ankara 1974. (s. 457- 480).

ÖZTEK Selçuk, Tasarrufun İptali Davalarında Ortaya Çıkan Bazı Sorunlar ve Yargıtay'ın Bu sorunlara İlişkin Uygulaması, **Prof. Dr. Ergun Önen'e Armağan**, İstanbul 2003, (s. 319- 332). (Tasarrufun İptali).



ÖZTEK Selçuk, **İcra ve İflas Hukukunda Borç Ödemededen Aciz Vesikası**, İstanbul 1994, (Aciz Vesikası).

PEKCANITEZ Hakan, ATALAY Oğuz, SUNGURTEKİN-Özkan Meral, ÖZEKES, Muhammet, **İcra ve İflas Hukuku**, Ankara 2010.

SARISÖZEN Serhat, Tasarrufun İptali davasının İpotek Alacaklısı ve Dördüncü Kişiy Etkisi, **TBB Dergisi**, 2016, S. 125, (s. 231- 262).

SAYHAN İsmet, **Kambiyo Senetlerinde Mücerretlik İlkesi ve Bedel İlişkisi**, Ankara 2006.

SUNGURBEY İsmet, **Borç İkrarı ve Borç Vaadi**, İstanbul 1957.

ŞAHİN Ayşe, Kambiyo Senetlerinde Gecikmiş Ciro'ya Bağlı Hukuki Sonuçlar, **Prof. Dr. Fırat Öztan'a Armağan**, Ankara 2010, (s.1925- 1966).

TUNCER Kazancı İdil, **Tasarrufun İptali Davalarında İspat**, Ankara 2015.

UMAR Bilge, **Türk İcra- İflas Hukukunda İptal Davası**, İstanbul 1963.

UYAR, T, **Tasarrufun İptali Davaları**, Ankara 2018.

UYAR Talih, **İcra ve İflas Hukukunda Tasarrufun İptali Davasının Konusu**, ABD 2011/1, (s. 211- 231), (İptalin Konusu).

UYAR, Tasarrufun İptali Davasını Tarafları, **Prof. Dr. Fırat Öztan'a Armağan**, Ankara 2010. (İptalin Tarafları)

UYAR Talih, **İİK'nun 278. Maddesi Uyarınca İptale Tabi Kimi Tasarruflar**, ABD 2014, S. (s. 413- 475). (İptal).

UYAR Talih, Alacaklının Gönderdiği Haciz İhbarnamelerine İtiraz Etmeyen Üçüncü Kişi Hakkında Hangi Koşullarda Tasarrufun İptali Davası Açılabilir, **Yargıtay Dergisi** Temmuz 2018, (1375- 1404), (Üçüncü Kişi).

ÜSTÜNDAĞ Saim, **İflas Hukuku**, İstanbul 2009.

ÜSTÜNDAĞ Saim, **Tapu Kütüğünün Tashihi Davası**, İstanbul 1959. (Tapu Kütüğü).

YAVAŞ Murat, **Borçlunun Üçüncü Şahıslardaki Mal, Hak ve Alacaklarının Haczi**, İstanbul 2005.

YILDIRIM Kamil, **İcra ve İflas Hukukunda İptal Davaları**, İstanbul 1995 (İptal Davaları).

YILDIRIM Kamil, **Medeni Usul Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi**, İstanbul 1990.

YILMAZ Lerzan, **Kambiyo senetlerinde Def'iler**, İstanbul 2007.



İMAR PLANI/DEĞİŞİKLİĞİ DAVALARINDA FERAGAT

(Waiver in Zoning Plan/Amendment Cases)

Dr. Seyfettin KARA¹

ÖZ

Hukuk devleti ilkesinin sonuçlarından biri idarenin işlem ve eylemlerinin yargısal denetime tabi olmasıdır. İdari işlem ve eylemlerin hukuka uygun olup olmadıklarının yargısal denetimi idari mahkemeler tarafından yapılır. İdari yargı yerlerinde açılan davalarda davayı sonuçlandıran hukuksal kurumlardan biri de feragat kurumudur. Davadan feragat ile, davacı dava konusu istem sonucundan tamamen veya kısmen vazgeçer. Dolayısıyla feragat, davayı kesin olarak sonuçlandırır.

İdari yargıda uyuşmazlıkların çözümü İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda gösterilen usullere tabidir. Söz konusu Kanun'da feragate ilişkin herhangi bir düzenleme söz konusu değildir. Anılan Kanun'un 31. maddesi ile feragat konusunda Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na atıf yapılmış ve bu Kanun'un feragate ilişkin hükümlerinin uygulanacağı belirtilmiştir. Ancak idari davaların özelliği ve imar planı/değişikliği davalarının da kamusal niteliği gereği feragat konusunda Hukuk Muhakemeleri Kanunu düzenlemelerinden farklı uygulamalar söz konusudur. Bu bağlamda idari yargıda feragatin neden farklı uygulanması gerektiği de doktrin ve yargısal içtihatlarla ortaya konulmuştur.

Anahtar Kelimeler: Hukuk devleti, hak arama özgürlüğü, idari yargı, imar planı, değişiklik, dava, feragat.

ABSTRACT

Administrative actions and acts are subject to judicial review which is a natural result of the rule of law principle. This judicial review regarding whether the administrative actions and acts are lawful or not is carried out by the administrative courts. Waiver is one of the legal procedures which conclude the cases brought before the administrative courts. Through waiver, the claimant completely or partially waives its claims in a dispute. Accordingly, waiver concludes the claim being waived definitely.

1 Antalya 4. İdare Mahkemesi Başkanı, seyfettinkara@yahoo.com, ORCID ID: 0000-0003-1743-7500

The resolution of disputes in administrative justice is subject to the procedures set forth in the Code of Administrative Procedure. There is no regulation in respect of waiver in the mentioned law. Article 31 of the aforesaid law refers to the Code of Civil Procedure in regard to waiver and states that the provisions of the latter code regarding the waiver shall be applicable. Practices deviating from the provisions of the Code of Civil Procedure regarding the waiver are emerged due to the inherent character of the administrative cases and public nature of the zoning plan/amendment cases. In this study, the reason why waiver should be applied in administrative justice in a different way is explained with doctrine and jurisprudence.

Keywords: Constitutional state, freedom to seek rights, administrative jurisdiction, zoning plan, amendment, case, waiver.

GİRİŞ

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun (İYUK) 31. maddesinde 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda (HMK) düzenlenen hukuki müesseselere yollamalarda bulunulmuştur. Bu Kanun hükmü uyarınca, İYUK'ta hüküm bulunmayan hususlarda; hâkimin davaya bakmaktan memnuiyeti ve reddi, ehliyet, üçüncü şahısların davaya katılması, davanın ihbarı, tarafların vekilleri, **feragat**, kabul, teminat, mukabil dava, bilirkişi, keşif, delillerin tespiti, yargılama giderleri, adli yardım hallerinde ve duruşma sırasında tarafların mahkemenin sükûnunu ve inzibatını bozacak hareketlerine karşı yapılacak işlemler ile elektronik işlemler konusunda HMK hükümlerinin uygulanacağı belirtilmiştir. Bu bağlamda imar planı ve değişikliklerinin iptali istemiyle açılan davalarda uygulamada sıklıkla karşılaşılan ve inceleme konumuz olan imar planı/değişikliği davaları açısından önemli gördüğümüz feragat kurumunu incelemekte yarar görmekteyiz.

I. FERAGAT KAVRAMI

Davadan feragat, davacı tarafın dava dilekçesi ile talepte bulunduğu istem sonucundan tamamen veya kısmen vazgeçmesidir². Davadan feragat ile davadan vazgeçme farklı kavramlar olmasına rağmen Danıştay tarafından genel olarak feragat ve vazgeçme kavramları birbirlerinin yerine kullanılmaktadır³. Ancak Yüksek Mahkemenin vazgeçme istemini

2 Ayrıntılı bilgi için bkz. ALANGOYA, Yavuz- YILDIRIM, Mustafa Kemal- YILDIRIM, Deren N., **Medeni Usul Hukuku Esasları**, 6. Baskı, İstanbul 2006; YASIN, Melikşah, "İdari Yargılama Usulünde Davadan Feragat ve Davayı Kabul", **Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. VIII, S. 3-4, 2004; ÇAKMAK, Münci, "İdari Yargıda Davadan Feragat", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 53, S. 1, Y. 2004.

3 DİDDK., 04.11.2010 tarih ve E. 2010/935, K. 2010/1484 sayılı kararı (yayımlanmamıştır) .



feragat olarak değerlendirmedeği karara da rastlanılmaktadır⁴. Kanımızca istem sonucundan vazgeçme olan feragat birbirinden farklı kavramlar olsa da vazgeçme istemi feragat olarak anlaşılmalıdır.

2577 sayılı idari Yargılama Usulü Kanunu'nda feragat konusu özel olarak düzenlenmemiş, anılan Kanunun 31. maddesiyle bu konuda 6100 sayılı HMK'ya göndermede bulunulmuştur. 2577 sayılı Yasanın 31. maddesiyle idari davalarda feragat istemleri üzerine HMK hükümlerinin uygulanacağı hükme bağlanmıştır.

6100 sayılı HMK'nın 309. maddesinde; feragatin, dilekçeyle veya yargılama sırasında sözlü olarak yapılacağı, feragatin hüküm ifade etmesinin, karşı tarafın ve mahkemenin kabul şartına bağlı olmadığı, kısmen feragatte feragat edilen kısmın dilekçede yahut tutanakta açıkça gösterilmesi gerektiği ve feragatin kayıtsız ve şartsız olması gerektiği hükümlerine yer verilmiştir. Aynı Kanun'un 310. maddesinde ise, feragatin karar kesinleşinceye kadar her zaman yapılabileceği ifade edilmiştir. Yine söz konusu Kanun'un 311. maddesinde de, feragatin kesin hüküm gibi hukuki sonuç doğuracağı ve irade bozukluğu hâllerinde feragatin iptalinin istenebileceği hükmü yer almıştır.

İmar planı/değişikliğinin hukuka aykırı olup olmadığını incelemek amacıyla idari yargı yerlerine açılan davalar genel olarak iptal davası şeklinde açılır. İmar planı/değişikliği dolayısıyla uğranılan zararın tazmini istemiyle açılan tam yargı davasına çok ender rastlanılmaktadır. Bu anlamda imar planı/değişikliği sonucunda açılan iptal ve tam yargı davalarında feragat ayrı ayrı değerlendirilmelidir.

İptal davaları, tam yargı davaları gibi kişinin üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği nitelikteki haklardandır. Ancak iptal davası ile tam yargı davası arasında feragat edilmesi noktasında fark söz konusudur. Açtığı iptal davasından feragat eden davacı yalnızca iptalini istediği işlemin iptalini istemekten vazgeçmiş olup, feragat edilmesi ile işlemin doğurduğu hukuksal sonuçlar ortadan kaldırılmamaktadır. Feragat edilen işlem hukuksal sonuçlarını doğurmaya devam eder. Ancak tam yargı davasında davacı feragat etmekle sadece davasından değil; dava konusu olan haktan da vazgeçmiş olur⁵.

4 D. 6. D., 20.12.2018 tarih ve E. 2018/5648, K. 2018/10468 sayılı kararı, "...Davacı idare vekili tarafından verilen ve Kayseri 2. İdare Mahkemesinin kayıtlarına 06.08.2018 tarihinde giren davanın takibinden vazgeçildiğine ilişkin dilekçenin davadan feragat olarak değerlendirilemeyeceği..." (yayımlanmamıştır).

5 GÖZÜBÜYÜK, Şeref – TAN, Turgut, **İdari Yargılama Usulü**, Birinci Bası, Turhan Kitabevi, s. 509.



II. FERAGATİN ŞARTLARI

Davadan feragat edilebilmesi için öncelikle açılmış bir davanın olması gerekir. Açılmamış veya açılacak bir davadan feragat edilebilmesi söz konusu olamaz. Zira dava açılmadan önce edilen feragat davadan feragat değil; bilakis esas haktan feragattir⁶.

Davadan feragat edilebilmesi için davacı sıfatına sahip olunması gerekir. Zira davadan feragat yetkisi münhasıran davacıya ait olabilir. Mecburi dava arkadaşlığında ise davadan feragat hep birlikte mümkündür. Davacıardan biri veya bir kaçının davadan feragat etmesi geçerli olmaz⁷. İYUK'un 5. maddesi birden fazla kişinin birlikte dava açabilmesine imkan vermiştir. Bub bağlamda imar planı/değişikliklerine karşı da birden fazla kişi birlikte dava açabilir. Bu hüküm uyarınca birden fazla kişinin birlikte dava açabilmesi için hak ve menfaatlerinde iştirak bulunması ve davaya yol açan maddi ve hukuki sebeplerin aynı olması gerekir. Söz konusu madde hükmü uyarınca açılan davalarda mecburi dava arkadaşlığı söz konusu olmaz. Bu sebeple birden fazla kişinin imar planı/değişikliklerine karşı birlikte dava açması durumunda davacıardan her biri davadan feragat etme imkanına sahiptir. Mahkemenin davadan feragat eden davacı için feragat nedeniyle karar verilmesine yer olmadığına karar vermesi, diğer davacılar yönünden ise davayı yürütüp esastan karar vermesi gerekir⁸. Davadan feragat edilmesi sonucu mahkemelerce verilen "feragat nedeniyle karar verilmesine yer olmadığı kararı" eleştirilmektedir. Ancak davadan feragat halinde davacı davasından vazgeçer. Bu sebeple de idari mahkemeler karar verilmesine yer olmadığına hükmeder. Zira feragat etmekle davacının mahkemeden bir isteği kalmamıştır.

Davadan feragat edilmesinin usulü, davacının mahkemeye yapacağı tek yanlı irade açıklaması ile olur. İdari mahkemelerde yazılı yargılama usulü uygulanır ve inceleme evrak üzerinde yapılır. Bu bağlamda imar planı/değişikliğinin iptali istemiyle açılan davalarda feragat edilebilmesi için feragat isteminin yazılı olarak yapılması gerekir. İdari mahkemelerde yazılı yargılama usulü geçerli olduğu için feragat iradesine yönelik açıklama davanın görüldüğü mahkemeye hitaben yazılı ve imzalı bir dilekçe ile yapılmalıdır. Sözlü feragat idari yargılama usulünde geçersizdir.

6 KURU, Baki – ARSLAN, Ramazan – YILMAZ, Ejder, **Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı**, Genişletilmiş 17. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2006, s. 613.

7 KURU, Baki, **Hukuk Muhakemeleri Usulü Cilt: III**, 4. Baskı, Sevinç Yayınları, Ankara, 1982, s. 2564.

8 KARAGÖZÖĞLU, H. Fevzi, **Danıştay Yargılama Usulünde Feragat ve Kabul**, Fon Matbaası, Ankara, 1975, s. 29.



Zira idari yargılama usulüne egemen olan “yazılı yargılama ilkesi” sözlü feragati imkansız kılar⁹.

Feragat iradesi tereddüde mahal bırakmayacak şekilde açık ve net olarak ortaya konulmalıdır. Bunun yanında feragat iradesi tamamen serbest ve bilinçli olmalıdır. Yani davadan feragat herhangi bir zorlama olmaksızın özgür iradeyle gerçekleşmelidir. Bu bağlamda feragat tek taraflı hukuki sonuç doğurmasına rağmen, feragatin serbest iradeyle yapılıp yapılmadığının mahkemelerce her somut olaya özgü bir şekilde incelenmesi gerekir¹⁰. Açık veya örtülü tehdit veya zorlamayla yaptırılan feragat istemleri geçersizdir¹¹.

Davacı feragat etmek suretiyle açmış olduğu davayı hür iradesiyle sona erdirebilir. Avukat ile temsil edilen davalarda ise vekilin davadan feragat edebilmesi için vekaletnamede özel olarak feragat yetkili olduğunun belirtilmesi gerekir. Eğer kişi davasını avukat vasıtasıyla takip ediyor ise avukatın davadan feragat edebilmesi için feragat etme konusunda yetkisinin de olması gerekir. Nitekim davacı tarafından vekâletname ile avukata davadan feragat etme yetkisi verilmemişse bu yetki avukat tarafından kullanılamaz, feragat etme yetkisi bu durumda bizzat davacı yanca kullanılır. Avukat tarafından feragat dilekçesi verilmesi durumunda mahkeme öncelikli olarak feragat edilmesi istenilen dava için avukatın yetkili olup olmadığına bakmalıdır. Eğer avukatın davadan feragat yetkisi var ise feragat istemi yönünde karar verilir¹². Eğer yetkili vekil feragat konusunda yetkili değilse feragat istemi dikkate alınmaz. Zira feragat yetkisi bulunmayan vekilin feragat istemi geçersiz olur. Nitekim Danıştay da vekil tarafından verilen feragat dilekçesinde, feragat eden vekilin davadan feragat yetkili olmadığını belirtmek suretiyle feragat istemini dikkate almaksızın davayı görmeye devam etmiştir¹³.

Son olarak feragat herhangi bir şarta da bağlanamaz. Feragat istemi açık ve anlaşılır olarak herhangi bir şarta bağlanmaksızın yapılmalıdır. Zira şarta bağlı feragat geçerli değildir.

9 DURSUN, Hasan, **Vergi Uyuşmazlıklarından Doğan Davalarda Feragat ve Kabul**, Devlet Planlama Teşkilatı İktisadi Sektörler ve Koordinasyon Genel Müdürlüğü, Ankara, Eylül 2008, s. 51.

10 BERG, Jessica Wilen, Understanding Waiver, **Houston Law Review**, 2003, 40-2. (<http://www.scholarlycommons.law.case.edu/pdf/Bergg1.pdf>), Erişim Tarihi: 25.03.2019, s.307.

11 BERG, Jessica Wilen, *a.g.m.*, s.308.

12 Antalya 4. İdare Mahkemesinin 19.09.2018 tarih ve E. 2018/648, K. 2018/578 sayılı kararı, “Davacı vekili, 31/07/2018 tarihli dilekçesiyle davadan feragat ettiğini bildirdiğinden ve vekaletname feragat yetkisini kapsadığından feragat nedeniyle konusu kalmayan dava hakkında karar verilmesine yer olmadığı...” (yayımlanmamıştır).

13 D. 6. D., 19.02.2019 tarih ve E. 2010/10104, K. 2013/1990 sayılı kararı (yayımlanmamıştır).

III. FERAGATİN ETKİLERİ

Feragat, kesin hüküm gibi hukuki sonuç doğurur. Feragat, davayı kesin olarak sonuçlandıran durumlardan birisidir. Feragatin geçerliliği için ayrıca karşı tarafın onayına ihtiyaç yoktur. Mahkemeye yapılacak olan tek taraflı yazılı irade beyanı feragatin hüküm ifade edebilmesi için yeterlidir. Feragat kısmen olabileceği gibi tamamen de olabilir.

Davacının dava açma hakkı olduğu gibi açtığı davasından vazgeçmesi de bir haktır. Hak arama hürriyeti gibi dava açma hakkı da nasıl evrensel temel hak ve hürriyetlerden ise, bu hakkın kullanılması, kullanılmaması veya önce kullanıp sonra vazgeçilmesi de kişinin en doğal temel haklarından. Buna göre davanın asıl sahibi olan davacının dava sonuçlanıncaya kadar talep sonucundan tamamen veya kısmen vazgeçmesi doğal bir hakkı olduğu gibi ayrıca yasa ile tanınmış bir hak olduğundan dolayı, bu hakkın kullanımının tek taraflı irade beyanı ile yapılıp tamamlandığına, ayrıca mahkemenin veya davalının kabulüne de gerek bulunmadığına göre, feragat beyanından sonra davaya bakmakta olan mahkemece bu beyanın sadece gerçekten feragat anlamında olup olmadığı ve kanunen belirlenen şekilde yapılıp yapılmadığının saptanmasıyla yetinilmesi ve bu saptamadan sonra feragat nedeniyle uyuşmazlığın sona erdiğine ilişkin hüküm kurulması gerekir. Hukuk Muhakemeleri Kanununun feragat ile ilişkin hükümlerinde (madde 307 ve devamı), feragatin karşı tarafın ve mahkemenin muvafakatine bağlı olmadığı, feragatin hüküm kesinleşinceye kadar her zaman yapılabileceği ve feragatin kesin hüküm gibi hukuki sonuç doğuracağı hiç bir yoruma ihtiyaç bırakmayacak açıklıkta ifade edilmiştir.

Danıştay'ın bazı kararlarında, HMK ile ilga edilen HUMK'un feragat ile ilişkin hükümlerinin ancak idari dava türleri, nitelikleri ve idari yargılama usulüyle bağdaştığı ölçüde uygulanabileceği belirtilmiştir. Bu anlamda Yüksek Mahkeme kararlarının çoğunda kamusal yarar ile kişisel yarar ayrımı göz önünde bulundurulmak suretiyle davadan feragat müessesesi değerlendirilmiştir¹⁴. Zira Yüksek Mahkeme, iptal davalarının bireysel hakları ihlal eden, somut, subjektif nitelikteki idari işlemlere karşı açılabilirdiği gibi ortada herhangi bir hak ihlali olmaksızın bireyin menfaat ilgisinin kurulabilirdiği kamu yararını yakından ilgilendiren işlemler

14 YASİN, Melikşah, "İdari Yargılama Usulünde Davadan Feragat ve Davayı Kabul", **Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. VIII, S. 3-4, 2004, s. 172; D. 6. D., 27.09.2011 tarih ve E. 2010/1003, K. 2011/3382 sayılı kararı; D. 6. D., 26.09.2013 tarih ve E. 2013/4671, K. 2013/5350 sayılı kararı; D. 6. D., 26.03.2013 tarih ve E. 2010/10104, K. 2013/1990 sayılı kararı; DİDDK., 03.04.2013 tarih ve E. 2010/3277, K. 2013/1189 sayılı kararı; DİDDK., 03.04.2013 tarih ve E. 2011/773, K. 2013/1190 sayılı kararı; (yayımlanmamıştır).



ile düzenleyici işlemlere karşı da açılabilceğini ifade etmiştir¹⁵. Yine bireysel hakların ihlaline dayanan iptal davalarında davacının herhangi bir kısıtlama olmaksızın davasından feragat edebileceğinde duraksama bulunmadığını; ancak bireysel hak ihlaline dayanmayan ve kamu yararını yakından ilgilendiren konularda açılan imar planı/değişikliğine ilişkin açılan iptal davalarının objektif ve somut nitelikte olduğunu ve bu davalarda tamamıyla kamu yararının amaçlandığını belirtmiştir. Dolayısıyla bu tür davalarda feragat isteminin kamu yararı ölçütü kullanılarak karara bağlanması gerektiğini ifade etmiştir. Danıştay, imar planı/değişikliği gibi düzenleyici işlemlere ve kamu yararını yakından ilgilendiren konularda açılan iptal davalarında, işlemin yürütmenin durdurulması veya iptali kararı verildikten sonra, davacıya davadan feragat etme hakkının tanınmasının, yapılmış olan yargısal denetimin geçersiz sayılmasını ve davacının iradesinin yargı kararı üzerine çıkması sonucunu doğuracağını belirtmiştir. Yüksek Mahkeme, bu sebeple, kamu yararıyla ve idarenin yargısal denetimi yoluyla hukukun üstünlüğünü sağlama amacıyla bağdaşmayacağı gerekçesiyle, idari mahkemece dava konusu imar planı/değişikliğine ilişkin işlemin yürütmesinin durdurulmasına ya da iptaline karar verilmesinden sonra davacıların feragat etmesi yolundaki istemlerini kabul etmemiştir¹⁶. Nitekim Yüksek Mahkeme'nin feragate ilişkin bu kararlarını destekler nitelikte görüşler de söz konusudur. Bu bağlamda söz konusu görüşler uyarınca, iptal kararı ile yürütmenin durdurulması isteminin kabulüne karar verildikten sonra davadan feragatin mümkün olmaması gerekir¹⁷. Feragate ilişkin söz konusu görüşleri destekleyen; ancak söz konusu görüşlere nazaran

15 D. 6. D., 26.03.2013 tarih ve E. 2014/8805 sayılı kararı (yayımlanmamıştır).

16 D. 6. D., 22.10.1998 tarih ve E. 1998/3967, K. 1998/4824 sayılı kararı; Benzer nitelikteki kararlar için bkz. D. 6. D., 11.12.2009 tarih ve E. 2009/11934, K. 2009/11918; DİDDK., 04.11.2010 tarih ve E. 2010/935, K. 2010/1484; D. 6. D., 26.03.2013 tarih ve E. 2010/10104, K. 2013/1990; DİDDK., 03.04.2013 tarih ve E. 2010/3277, K. 2013/1189; DİDDK., 03.04.2013 tarih ve E. 2011/773, K. 2013/1190; D. 6. D., 24.02.2014 tarih ve E. 2011/4275, K. 2014/1351, "... Plan değişikliklerinde hukuka uyarlık bulunmadığı gerekçeleriyle dava konusu işlemlerin iptaline karar verilmiş, bu iptal kararından sonra, iptale yönelik kararın temyiz aşamasında davacının davasından feragat etmesinde kamu yararı bulunmaması karşısında, davacının feragat istemi yerinde görülmeyle, davalı idarenin temyiz istemi yönünden işin esasına geçildiği..." sayılı kararları (yayımlanmamıştır).

17 ODYAKMAZ, Zehra, *İdari Yargı ile İlgili Öneriler*, İdari Yargının Yeniden Yapılandırılması ve Karşılaştırmalı İdari Yargılama Usulü, Sempozyum, Ankara, 11-12 Mayıs 2001, 133. Yıl, **Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları, No: 63**, Ankara 2003, s. 142-143; GÜNDAY, Metin, *Hukuk Usulü Muhakeme Kanunu Hükümlerinin İdari Yargıda Uygulanma Alanı*, İdari Yargının Yeniden Yapılandırılması ve Karşılaştırmalı İdari Yargılama Usulü, Sempozyum, Ankara, 11-12 Mayıs 2001, 133. Yıl, **Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları, No: 63**, Ankara 2003, s. 95; ERKUT, Celal, *İdari Yargının Yeniden Yapılandırılmasında Yargılama Hukuku Kurallarının Etkinleştirilmesi Sorunu*, İdari Yargının Yeniden Yapılandırılması ve Karşılaştırmalı İdari Yargılama Usulü, Sempozyum, Ankara, 11-12 Mayıs 2001, 133. Yıl, **Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları, No: 63**, Ankara 2003, s. 98.

Çakmak'ın feragat konusundaki görüşü daha katıdır. Zira Çakmak'a göre; iptal kararı ile yürütmenin durdurulması isteminin kabulüne karar verildikten sonra davadan feragatin mümkün olmaması yanında düzenleyici işlemlerin iptali istemiyle açılan davalarda, dava açıldığı andan itibaren feragat hakkı bütünüyle ortadan kaldırılmalıdır¹⁸.

6100 sayılı HMK yürürlüğe girmeden önce yürürlükte olan 634 sayılı HUMK'nın 91 ve 95. maddeleri arasında feragat ve kabul müessesesi düzenlenmişti. Anılan Kanunun 91. maddesinde "feragat" iki taraftan birinin netice-i talebinden vazgeçmesi olarak tanımlanmış, 95. maddesinde ise, davadan feragatin, kesin hükmün hukuki sonuçlarını doğuracağı hükme bağlanmıştı. Ancak İYUK'un 31. maddesinin atfı sebebiyle feragate ilişkin hükümlerin uygulandığı eski ve yeni kanuni düzenlemelere baktığımızda, eski kanuni düzenlemede feragatin hüküm ifade etmesi için karşı tarafın ve mahkemenin kabul şartına bağlı olup olmadığı yönünde herhangi bir hüküm olmamasına rağmen yeni düzenlemede feragatin mahkemenin muvafakat şartına bağlı olmadığı yoruma ihtiyaç göstermeyecek şekilde açık ve net olarak ifade edilmiştir. Bu bağlamda iptal davaları; bireysel hakları ihlal eden, somut, subjektif nitelikteki idari işlemlere veya ortada herhangi bir hak ihlali olmaksızın bireyin menfaat ilgisinin kurulabildiği kamu yararını yakından ilgilendiren işlemlere karşı açılabilen ve bu davalar ile idari işlemlerin hukuka uygun olup olmadığı mahkemelerce denetlenmektedir.

İmar planı/değişikliklerine karşı açılan iptal davaları gibi bireysel hakkın ihlaline dayanmayan kamu yararını yakından ilgilendiren konularda açılan iptal davaları, objektif ve somut nitelikte olup; bütünüyle kamu yararını amaçlamaktadır. Feragatin bir hak olması dolayısıyla, iptal davalarının objektif dava türü olması, bir kişinin açtığı iptal davasından feragat etme hakkını ortadan kaldıran bir özellik değildir. Çünkü o işlemten etkilenen herkesin dava açabilmesi mümkün olup, başkalarının açmadığı davalar nedeniyle dava açan kişinin doğal ve yasal bir hakkının yorum yoluyla hukuken elinden alınma olanağı bulunmamaktadır. Aksi halde objektif nitelikteki iptal davası açıldıktan sonra feragat hakkının tanınmaması, mahkemelere adeta kamu savcılığı görevi verilmesi sonucunu doğurur. Oysa ki ne Anayasa'da ne de kanunlarımızda mahkemelere böyle bir görev verilmemiştir. Ayrıca 04.02.2011 tarih ve 27836 sayılı Resmi Gazetede yayınlanarak 01.10.2011 tarihinde yürürlüğe giren 6100 sayılı HMK'nın 309. maddesindeki feragatin mahkemenin kabul şartına bağlanamayacağına ilişkin açık ve net hükmü karşısında

18 ÇAKMAK, Münci, "İdari Yargıda Davadan Feragat", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 53, S. 1, Y. 2004, s. 193.



imar plan değişikliklerine ilişkin açılan davalarda kamusal niteliği ağır bastığı gerekçesiyle feragatin kabul edilmemesi Kanun'un hükmüne açıkça aykırılık teşkil eder. Bu bağlamda, davadan feragatin idari yargıda görülen bütün davalarda uygulanabilmesinin mümkün olması, bu hakkın yorum yoluyla kısıtlanma olanağının bulunmaması gerekir.

Kanımızca, imar planı değişikliği işlemlerinin kamu yararını yakından ilgilendirdiği, bu nedenle davacının davasından feragat edemeyeceği ileri sürülemez. Kişiler, imar planı/değişikliğine karşı menfaatleri ihlal edildiğinden bahisle iptali istemiyle dava açar. Dolayısıyla, imar planı/değişikliği işlemlerinin iptali istemiyle dava açan kişinin, açtığı bu davadan, daha doğru bir ifadeyle dava açma hakkından, feragat edebileceğinin de kabulü gerekir. Şayet davacı, açık bir irade ile beyanda bulunarak davasından feragat etmiş ise, taraflar arasındaki uyuşmazlığı sona erdiren davacının bu beyanı dikkate alınarak feragat nedeniyle dava konusu işlemin iptali istemi hakkında mahkemelerce bir karar verilmesi gerekmediğinden dolayı, feragat nedeniyle karar verilmesine yer olmadığı kararı verilmesi gerekir.

İmar planı/değişikliklerine karşı açılan davalarda feragat konusunda Danıştay kararları farklılık arz etmekte olup, feragat ilişkili kararlarında bir içtihat birliği söz konusu değildir. 6100 sayılı HMK'nın yürürlüğe girdiği tarihten önceki Danıştay'ın imar planı değişikliklerine ilişkin açılan davalardaki feragat yaklaşımına baktığımızda da bir içtihat birliğinin olmadığı anlaşılmıştır. Nitekim Danıştay bir kararında; İstanbul İli, Büyükçekmece İlçesi, Güzelce Köyü, Yoğurthane Mevkii, ...pafta ve ... parsel sayılı taşınmazın konut alanından çocuk bahçesi ve oyun alanına dönüştürülmesine ilişkin 1/1.000 ölçekli uygulama imar planı değişikliği ile 1/5.000 ölçekli nazım imar planı değişikliğinin iptali istemiyle açılan ve İdare Mahkemesince davanın reddi yönünde verilen kararı davacının feragat yönündeki istemi dikkate alınmadığı gerekçesiyle bozmuştur¹⁹. Yine aynı yöndeki başka bir kararında Danıştay; Uludağ Milli Parkı 1. Gelişim Bölgesi 1/5.000 ölçekli koruma amaçlı nazım imar planı ile 1/1.000 ölçekli koruma amaçlı uygulama imar planı değişikliğinin iptali istemiyle açılan davada, dava devam ederken davacının davasından feragat istemini beyan etmesi üzerine feragat istemini yerinde görerek feragat nedeniyle karar verilmesine yer olmadığı kararı vermiştir²⁰.

19 D. 6. D., 20.11.1996 tarih ve E. 1996/2094, K. 1996/5244 sayılı kararı ; Benzer nitelikteki kararlar için bkz. D. 6. D., 20.11.1996 tarih ve E. 1996/2066, K. 1996/5245; D. 6. D., 13.03.2002 tarih ve E. 2001/1318, K. 2002/1519; D. 6. D., 27.09.2011 tarih ve E. 2010/1003, K. 2011/3382; D. 6. D., 26.09.2013 tarih ve E. 2013/4671, K. 2013/5350 sayılı kararları (yayımlanmamıştır) .

20 D. 6. D., 22.03.2011 tarih ve E. 2010/5725, K. 2011/738 sayılı kararı, "...Davacı vekili tarafından verilen ve 01.03.2011 günü Danıştay'da kayda giren dilekçe ile görülmekte olan davadan feragat edildiği..." (yayımlanmamıştır).

Danıştay'ın feragat isteminin dikkate alınmaması gerektiği yönünde aksi yöndeki kararları da vardır. Antalya İli, Serik İlçesi, Kadriye Beldesi, ...pafta, ...nolu imar adaları ile park ve yolları kapsayan alanda yapılan, Kültür ve Turizm Bakanlığınca 4.9.2006 tarihinde onaylanan 1/5.000 ölçekli revizyon nazım imar planı ile 1/1.000 ölçekli uygulama imar planı değişikliğinin iptali istemiyle açılan davada Danıştay 6. Dairesi; dava konusu imar planlarının şehircilik ilkelerine, planlama esaslarına ve kamu yararına uygun bulunup bulunmadığının incelenmesi amacıyla yerinde keşif ve bilirkişi incelemesi yaptırılması sonucu verilen 06.11.2009 tarih ve E:2006/6625, K:2009/10802 sayılı kararıyla; Bakanlıkça tesis edilen işlemin, ilgili Yasa ve Yönetmeliklerde belirtilen, 1/5.000 ölçekli revizyon nazım imar planında olması gereken şekil ve içeriği taşımadığı, plan değişikliği tekniklerine uygun olmadığı, donatı alanları standardının dikkate alınmadığı, yeşil alanların azaltıldığı gibi yeşil aksın sürekliliğinin de bozulduğu, değişikliğin hem florayı hem de faunayı olumsuz yönde etkileyeceği, sonuç olarak dava konusu 1/5.000 ve 1/1.000 ölçekli imar planlarının şehircilik ilkelerine, planlama esaslarına ve kamu yararına uygunluk bulunmadığı gerekçesiyle iptalleri yönündeki kararının temyiz edilmesi sonucunda Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu da Danıştay 6. Dairesince karar verildikten sonra bu karar tebligata çıkmadan önce davacının davasından feragat ettiğini belirtmiş. Kurul da feragat istemini değerlendirmesine rağmen, imar planlarına karşı açılan davaların objektiflik niteliği ve bu davalarda kamu yararının sağlanmasının amaçlandığı gerekçe gösterilerek davacının feragat istemini yerinde görmemiş ve söz konusu kararın içeriğinde; (2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda feragat konusu özel olarak düzenlenmemiş, 31. maddesi ile bu konuda Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununa göndermede bulunulmuştur.

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 91. maddesinde, feragat iki taraftan birinin talep sonucundan vazgeçmesi olarak tanımlanmış, 93. maddesinde feragat beyanının dilekçe ile veya yargılama sırasında sözlü olarak yapılacağı, 95. maddesinde de, feragatin kesin bir hükmün hukuki sonuçlarını hasıl edeceği hükmü yer almıştır.

2577 sayılı Yasanın 31. maddesi, idari davalarda feragat istemleri üzerine Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu hükümlerinin uygulanacağını hükme bağlamaktadır. Ancak anılan yollama hükmünün, idari davaların nitelikleri dikkate alınarak ve idari dava türleriyle bağdaştığı ölçüde uygulanabileceği açıktır.

İdari dava türlerinden olan iptal davaları; bireysel hakkı ihlal eden, somut, sübjektif nitelikteki idari işlemlere veya ortada herhangi bir hak ihlali olmaksızın bireyin menfaat ilgisinin kurulabildiği çevre, tarihi ve kültürel değerlerin korunması, imar uygulamaları gibi kamu yararını yakından ilgilendiren idari işlemlere karşı açılabilir. Bireysel hakkın ihlaline dayanmayan, kamu yararını yakından ilgilendiren konularda açılan iptal davaları, objektif ve

soyut nitelikte olup; bütünüyle kamu yararını amaçlamaktadır. Dolayısıyla iptal davalarında feragat isteminin de kamu yararı ölçütü kullanılarak karara bağlanması gerekmektedir.

Bireysel hakların ihlaline dayanan iptal davalarında davacının herhangi bir kısıtlama olmaksızın davasından feragat edebileceğinde duraksama bulunmamaktadır. Buna karşılık belde veya semt sakini sıfatıyla açılan iptal davalarında kamu yararı ölçütü mutlak olduğundan, bu davalarda mahkemece verilen ve işlemin hukuka ve kamu yararına aykırı olduğunu belirleyen iptal veya yürütmenin durdurulmasına ilişkin kararlardan sonra davacının davadan feragat etmesi düşünülemez.

Davacı tarafından dava konusu imar planının iptali istenirken bu bölgede taşınmazın bulunduğu da belirtilerek dava açılmış ise de, dava dilekçesindeki iddiaların sadece kendi taşınmazına yönelik olmayıp, aynı zamanda imar planının bütününe yönelik bulunduğu, dolayısıyla davanın objektif niteliği ve kamu yararının amaçlanması karşısında işlemin iptaline ilişkin karardan sonra davadan feragat edilmesinde kamu yararı bulunmadığı... gerekçesiyle temyize konu kararı oyçokluğuyla onamıştır²¹.

Bu bağlamda, Danıştay yine aynı yöndeki bir kararında; 1/1.000 ölçekli uygulama imar planı değişikliğinin iptali istemiyle açılan davanın 1/5.000 ölçekli nazım imar planına uygun olmadığı gerekçesiyle uygulama imar planı değişikliği işleminin iptali yönünde İdare Mahkemesince verilen karar sonucunda davacı davasından feragat etmesine rağmen davacının

21 DİDDK., 04.11.2010 tarih ve E. 2010/935, K. 2010/1484 sayılı kararı (yayımlanmamıştır). Söz konusu kararın ayrışik oyunda ise; "2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 31. maddesi ile göndermede bulunulan Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 91. maddesinde, feragat iki taraftan birinin talep sonucundan vazgeçmesi olarak tanımlanmış, 93. maddesinde feragat beyanının dilekçe ile veya yargılama sırasında sözlü olarak yapılacağı, 95. maddesinde de feragatin kesin bir hükmün hukuki sonuçlarını doğuracağı hükme bağlanmıştır. 2577 sayılı Yasa ile feragat konusu düzenlenmeyip feragatle ilişkin Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununda yer alan hükümlerin uygulanacağını belirlenmiş olması nedeniyle olayda bu yasal düzenleme uyarınca karar verilmesi gerekmektedir. Buna göre davanın asıl sahibi olan davacının dava sonuçlanıncaya kadar talep sonucundan tamamen veya kısmen vazgeçmesi yasa ile tanınmış bir hak olup, bu hakkın kullanımı tek taraflı irade beyanı ile yapılmış tamamlanmış, ayrıca davanın kabulüne de gerek bulunmadığına göre, feragat beyanından sonra davaya bakmakta olan mahkemece bu beyanın sadece gerçekten feragat anlamında olduğu ve kanunen belirlenen şekilde yapılmış yapılmadığının saptanmasıyla yetinilmesi ve bu saptamadan sonra feragat nedeniyle uyumsuzluğun sona erdiğine ilişkin hüküm kurulması gerekmektedir. Zira yasa ile tanınmış olan feragat hakkının, yine ancak yasa ile kısıtlanmasının mümkün olması nedeniyle, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununda veya İdari Yargılama Usulü Kanununda aksine bir hüküm olmaksızın yorum yoluyla bu hakkın kısıtlanması mümkün değildir. Bu durumda, davacının yasal şekle ve esasa uygun olarak davasından feragat etmiş olması karşısında bu beyan nedeniyle feragat başvurusu hakkında karar verilebilmesi için temyiz isteminin kabulü ile temyize konu Danıştay Altıncı Daire kararının bu nedenle bozulması gerektiği" yönündeki kanaat dile getirilmiştir.

feragat istemini dikkate almayarak söz konusu kararı onamıştır²². Yine Yüksek Mahkeme başka bir kararında; Ankara İli, Elmadağ İlçesi, ...ada ve ...parsel sayılı taşınmazlarda yapılan 1/5.000 ölçekli nazım imar planı değişikliğine karşı açılan davada İdare Mahkemesince davacının feragat istemi dikkate alınmaksızın verilen iptal kararında Danıştay da feragat istemini yerinde görmeyerek söz konusu iptal kararını onamıştır²³.

6100 sayılı HMK'nın yürürlüğe girdiği 01.10.2011 tarihinden sonraki Danıştay'ın imar planı değişikliklerine ilişkin açılan davalardaki feragat konusunun nasıl değerlendirildiğine baktığımızda da her dava konusu işlemin somut niteliğine göre karar verildiği görülmektedir. Örnek nitelikteki kararlardan birinde Yüksek Mahkeme; 1/1.000 ölçekli imar planı değişikliğinin iptali istemiyle açılan davada İdare Mahkemesince verilen iptal kararını davacının feragat isteminin dikkate alınmadığı gerekçesiyle bozmuştur²⁴. Başka bir Danıştay kararında; 11.04.2011 tarihinde Bayındırlık ve İskan Bakanlığı'nca onaylanan Uludağ Milli Parkı 1. Gelişim Bölgesi 1/5.000 ölçekli koruma amaçlı nazım imar planı ile 1/1.000 ölçekli koruma amaçlı uygulama imar planı değişikliğinin iptali istemiyle açılan davada, dava devam ederken davacının davasından feragat istemini yerinde görmüş ve feragat nedeniyle karar verilmesine yer olmadığına karar vermiştir²⁵. Yine 1/5.000 ölçekli nazım imar planı değişikliğinin iptali istemiyle açılan başka bir davada Yüksek Mahkeme, mahkeme kaydına giren dilekçeyle davadan feragat edildiği ve davacı tarafından yasal şekle uygun olarak davadan feragat edilmesi karşısında feragat başvurusu nedeniyle dava hakkında idare mahkemesince yeniden bir karar verilmesi gerektiği belirtilerek feragat nedeniyle ilk derece mahkemesi kararını bozmuştur²⁶.

Öte yandan; Danıştay'ın, imar planı değişikliğine ilişkin açılan davaların objektif nitelikte olması ve bu davalarda kamu yararının korunmasının amaçlandığı gerekçesiyle feragat istemini yerinde görmediği kararları da mevcuttur. Nitekim 1/100.000 ölçekli Çevre Düzeni Planında Orman ve Diğer Tarım Alanında kalan Bursa İli, Yenişehir İlçesi, Burcun Köyü sınırları içerisindeki bazı taşınmazların Çimento Üretim ve Depolama Tesis Alanına dönüştürülmesine ilişkin İl Genel Meclisi'nin 09.10.2008 gün ve

22 D. 6. D., 22.10.1998 tarih ve E. 1998/3967, K. 1998/4824 sayılı kararı (yayımlanmamıştır).

23 D. 6. D., 11.12.2009 tarih ve E. 2009/11934, K. 2009/11918 sayılı kararı (yayımlanmamıştır).

24 D. 6. D., 14.12.2011 tarih ve E. 2010/4203, K. 2011/5279 sayılı kararı (yayımlanmamıştır).

25 D. 6. D., 06.02.2012 tarih ve E. 2011/6341, K. 2012/424 sayılı kararı (yayımlanmamıştır); Benzer nitelikteki karar için bkz. D. 6. D., 23.10.2013 tarih ve E. 2013/6109, K. 2013/6043 sayılı kararı (yayımlanmamıştır).

26 D. 6. D., 11.02.2019 tarih ve E. 2016/4744, K. 2019/549 sayılı kararı (yayımlanmamıştır); Benzer nitelikteki karar için bkz. D. 6. D., 11.02.2019 tarih ve E. 2015/10882, K. 2019/548 sayılı kararı (yayımlanmamıştır).



2008/251 sayılı kararının iptali istemiyle açılan davada İdare Mahkemesince dava konusu işlemin iptali yolunda verilen karar sonucunda davacının davasından feragat istemi Yüksek Mahkemece; (*İdari yargıda iptal davası, kural olarak ilgililerin haklarını ve çıkarlarını korumanın yanında idarenin de hukuka uygun davranmasını gerçekleştirmeye yönelik davalardır. Bu özelliği ile iptal davalarının objektif ve soyut nitelikte bir dava türü olduğu teoride genel olarak ifade edilmekle birlikte, istisnai olarak, iptal davalarının subjektif ve somut nitelikte örneklerinin de olduğu uygulamada gözlenmektedir.*

Sadece davacının kişisel çıkarını ihlal eden somut, subjektif nitelikteki işlemlerin iptali istemiyle açılan davalarda hüküm verildikten sonra karar kesinleşmeden davanın herhangi bir aşamasında davacının davasından feragat etmesinin kabul edilmesi gerekir. Zira bu gibi olaylarda kamu menfaati değil bireysel menfaatin ihlali söz konusudur ve bireysel yararın olduğu hallerde ihlal edilen, kamunun yararı olmayıp bireyin yararı olduğundan kendi hukuku üzerinde mutlak tasarruf yetkisine sahip olan bireyin davasından feragatinde de herhangi bir kısıtlama düşünülemez.

İptal davalarında, feragatin söz konusu olduğu uyuşmazlık konusu olaylarda, kamu yararı ve bireysel yarar ölçütünün belirlenmesinden sonra feragat hakkında karar vermek yerinde olacaktır. Olayda davacının davayla ilişkisini iyi irdelemek gerekir. Örnelemek gerekir ise; davacı veya kurum ve kuruluşlar tarafından belde veya semt sakini sıfatıyla açılmış objektif nitelikteki bir iptal davasında kamu yararı ölçütü mutlak olduğundan yerel mahkemece verilen karardan sonra davacının davasından feragat etmesi düşünülemez.

Danıştay Altıncı Dairesince, inceleme konularına göre feragat konusu değerlendirilerek karar verilmektedir. Uyuşmazlık konularının içerik ve nitelendirilmelerine uygun olarak her davada davadan feragatin yukarıda belirlenen ölçütler esas alınmak suretiyle karara bağlanmasında hak ve hukuka uyarlık bulunduğu açıktır.

Olayda, dava konusu taşınmaza yönelik olarak yapılan imar planı değişikliğinin iptali istemiyle açılan davada imar planı değişikliğinin mevzuata aykırı olduğu sonucuna varılarak iptaline karar verildiği, objektif nitelik taşıyan bu dava sonucunda, idarenin hukuka aykırı işlem tesis ettiği saptanarak kamu yararının korunduğu anlaşıldığından, davada temyiz aşamasında feragat isteminde bulunulmasında kamu yararı bulunmadığı...²⁷” gerekçesiyle davadan feragat etme istemi kabul edilmeyerek temyize konu kararın esası incelenmiştir. Yine Samsun ili, Kavak ilçesi, Yaşardoğu Mahallesi, ... parsel sayılı taşınmazın “park alanı” olan işlevinin “konut alanına” çevrilmesine yönelik 1/5.000 ölçekli nazım imar plan tadilatı ile 1/1.000

27 D. 6. D., 26.03.2013 tarih ve E. 2010/10104, K. 2013/1990 sayılı kararı (yayımlanmamıştır).

ölçekli uygulama imar planı tadilatının kabulüne ilişkin 01.02.2013 tarih ve 18 sayılı belediye meclis kararının iptali istemiyle açılan davada; ilk derece mahkemesince davacının feragat istemi yerinde görülmeyerek (*dava konusu imar planının, planın açık alan sisteminde belirli konut bölgelerine hiyerarşik olarak yeşil alanlar önerdiği, değişikliğin ise bu genel kurguya aykırı içeriği nedeniyle plan ana kararlarına uygun olmadığı ve plan kararlarının sürekliliğini ve bütünlüğünü bozduğu, planın nüfus öngörülerini gözetmeden ve analiz etmeden parçacıl biçimde yeşil alanın dağıtılmasının planın teknik ve sosyal donatı dengesini bozacak nitelikte olduğu, plan değişikliğini zorunlu kılacak kamu yararı unsurları taşımadığı, Plan Yapımına Ait Esaslara Dair Yönetmeliğin 27. maddesinde yer alan “hizmet götürdüğü bölge içinde eşdeğer alan ayrılması” koşulunun karşılanmadığı, zira bütünsel bir park alanının hizmet alanı ve nüfusu değerlendirilmeden parça parça dağıtıldığı ve farklı bölgelerde farklı nüfusa hizmet götüreceği biçimde düzenlendiği, hizmet götürdüğü bölge içinde yapılmadığı, 4000m²lik park alanını küçülterek parkın niteliksel özelliklerini kısıtladığı, eşdeğerlik kriterini karşılamadığı, bu nedenle imar planı tadilatının yapılmasına ilişkin dava konusu belediye meclis kararında hukuka uygunluk bulunmadığı²⁸) gerekçesiyle verilen iptal kararının temyizi sonucunda Yüksek Mahkeme işbu kararda feragat istemini dikkate almaksızın ilk derece mahkemesi kararını onamıştır²⁹. Yine Yüksek Mahkeme, İstanbul İli, Eyüp İlçesi, Işıklar Köyü sınırlarında bulunan taşınmazlara ilişkin olarak, 15/12/2012 onay tarihli 1/5.000 ölçekli Işıklar ve İhsaniye Köyleri Nazım İmar Planına karşı yapılan itirazın zımnen reddine ilişkin işlem ile anılan planın köy sınırları dahilindeki taşınmazlara ilişkin kısımlarının iptali istemiyle açılan davada vermiş olduğu başka bir kararında açıkça, davacı Işıklar Köyü Tüzel Kişiliği adına Köy Muhtarı tarafından verilen dilekçe ile feragat isteminde bulunulmuş ise de, davacı yanca davadan feragat isteminde bulunulmasında kamu yararı bulunmadığı açıkça belirtilmek suretiyle feragat istemi yerinde görülmeyerek uyuşmazlığın esası incelenmiştir³⁰.*

Öte yandan Erzurum İli, Merkez, Yıldızkent Mahallesi, ... ada, ...parsel sayılı taşınmazlara ilişkin 1/1.000 ölçekli uygulama imar planı değişiklikleri yapılmasına yönelik işlemlerin iptali istemiyle açılan davada İdare Mahkemesi’nce³¹ verilen iptal kararının temyizi üzerine

28 Samsun 2. İdare Mahkemesinin 23/06/2014 tarih ve E:2013/356, K:2014/994 sayılı kararı” (yayımlanmamıştır).

29 D. 6. D., 06.02.2019 tarih ve E. 2014/10296, K. 2019/450 sayılı kararı (yayımlanmamıştır); Benzer nitelikteki karar için bkz. D. 6. D., 22.10.2018 tarih ve E. 2018/8024, K. 2018/8396 sayılı kararı (yayımlanmamıştır) .

30 D. 6. D., 17.10.2018 tarih ve E. 2018/1423, K. 2018/8167 sayılı kararı (yayımlanmamıştır).

31 Erzurum 2. İdare Mahkemesinin 07.03.2017 tarih ve E. 2016/966, K. 2017/854 sayılı kararı (yayımlanmamıştır) .



Yüksek Mahkeme, davacı tarafından yasal şekle uygun olarak davadan feragat edildiği ve davacının feragat başvurusu hakkında yeniden bir karar verilmesi gerektiği belirtilmek suretiyle İdare Mahkemesi kararını bozmuştur³². Yine Trabzon ili, Gazipaşa Mahallesi, ...ada, ... parsellerde yapılan 06/09/2007 tarih ve 298 sayılı 1/1.000 ölçekli imar planı değişikliğinin iptali istemiyle açılan başka bir davada İdare Mahkemesi³³ tarafından imar planı değişikliğinin iptali yönünde verilen kararın temyiz edilmesi sonucunda Danıştay 6. Dairesi 07/05/2010 tarih ve E:2009/8846, K:2010/4680 sayılı kararıyla İdare Mahkemesince davacının davasından feragat etme istemi yönündeki iradesinin göz önünde bulundurulması suretiyle yeniden bir karar verilmesi gerektiği gerekçesiyle İdare Mahkemesi kararını bozmuştur. Bozma kararı sonrasında İdare Mahkemesince aynı kararında ısrar edilmesi üzerine ısrar-iptal kararının Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu tarafından incelenmesi neticesinde verilen kararda DİDDK; feragatin idari davaların nitelikleri dikkate alınarak ve idari dava türleriyle bağdaştığı ölçüde uygulanabileceğini, idari dava türlerinden olan iptal davalarının bireysel hakkı ihlal eden, somut, subjektif nitelikteki idari işlemlere veya ortada herhangi bir hak ihlali olmaksızın bireyin menfaat ilgisinin kurulabildiği (çevre, tarihi ve kültürel değerlerin korunması, imar uygulamaları gibi kamu yararını yakından ilgilendiren) idari işlemlere karşı da açılabilirdiğini, bireysel hakların ihlaline dayanan iptal davalarında dava açan kişilerin herhangi bir kısıtlama olmaksızın davasından feragat edebileceğini ifade etmiştir. Öte yandan belde veya semt sakini sıfatıyla açılan iptal davalarında ise davanın açılmasındaki amaç da dikkate alındığında mahkemece verilen ve işlemin hukuka aykırı olduğunu belirleyen iptal veya yürütmenin durdurulmasına ilişkin kararlardan sonra davacının açtığı davadan feragat istemlerinin kabul edilmemesi gerektiğini, çünkü yapılan imar planı değişikliğinin bireysel hakkın ihlali yanında kamu yararını da ilgilendirdiğini vurgulamıştır. Bu sebeple objektif nitelik taşıyan imar planı değişikliğinin iptali istemiyle açılan dava sonucunda idarenin hukuka aykırı işleminin iptal edilmesi nedeniyle, iptal kararından sonra feragat isteminde bulunulmasında kamu yararı bulunmadığı gerekçesiyle İdare Mahkemesinin ısrar kararını oy çokluğuyla onamıştır³⁴. Söz konusu karara katılmayan ve bizim de görüşünü paylaştığımız üyeler ise, davadan feragatin idari yargıda görülen bütün davalarda uygulanabilmesinin

32 D. 6. D., 21.11.2018 tarih ve E. 2017/7049, K. 2018/9490 sayılı kararı (yayımlanmamıştır).

33 Trabzon İdare Mahkemesinin 29.04.2009 tarih ve E. 2008/589, K. 2010/4680 sayılı kararı (yayımlanmamıştır).

34 DİDDK., 03.04.2013 tarih ve E. 2010/3277, K. 2013/1189 sayılı kararı (yayımlanmamıştır); Benzer nitelikteki karar için bkz. DİDDK., 03.04.2013 tarih ve E. 2011/773, K. 2013/1190 sayılı kararı (yayımlanmamıştır).

mümkün olduğu ve bu hakkın yorum yoluyla kısıtlanma olanağının bulunmadığını belirtmişlerdir. Zira kanuni şekle ve esasa uygun olarak davadan feragat edilmiş olması nedeniyle ısrar kararının bozulması gerektiği yönünde görüş bildirmişlerdir.

Davanın her aşamasında davadan feragat edilebilir. Dolayısıyla davanın temyizi aşamasında da davadan feragat edilmesi mümkündür. Ancak Danıştay eski kararlarında temyiz aşamasında yapılan feragati, ilk derece mahkemesi kararının bozulmasını gerektirmediğini, ilk derece mahkemesi kararı üzerinde herhangi bir etki yaratmadığını, dolayısıyla salt feragatin bozma nedeni olmadığı yönünde karar verdiği gibi³⁵, temyiz aşamasında feragatin sadece temyiz isteminden vazgeçme olarak kabul edilmesi yönünde karar da vermiştir³⁶. Bütün bunların yanında Danıştay içtihatlarında genel olarak temyiz aşamasında yapılan feragat istemi bozma nedeni sayılmıştır. Nitekim İstanbul İli, Ataköy II. kısım, ...pafta, ...ada, ..kısım, ...pafta, ...ada, ...parsel sayılı taşınmazlarda 1/1.000 ölçekli uygulama imar planı değişikliği yapılmasına ilişkin Bakırköy Belediye Meclisinin 19.4.1990 tarih ve 46 sayılı kararı ile bu kararın onaylanmasına ilişkin İstanbul Büyükşehir Belediye Meclisinin 21.5.1991 tarih ve 735 sayılı kararının iptalleri istemiyle açılan davada İdare Mahkemesince verilen iptal kararı temyiz edilmiştir. Söz konusu kararın temyizi sonucunda, Danıştay 6. Dairesinin 07.04.1994 tarih ve E:1994/817 ve K:1994/1182 sayılı kararıyla davacıların, davadan feragat etmiş olmaları dikkate alınarak bozulmuş olmasına rağmen İdare Mahkemesi temyiz aşamasında davadan feragat olamayacağı gerekçesiyle bozma kararına uymamış ve ilk iptal kararında ısrar etmiştir. Bunun üzerine Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu; temyiz aşamasında da davadan feragat edilebileceğinin kabul edildiğini, mülga HUMK'un 91 ve devamı maddeleri uyarınca feragatin kesin bir hükmün hukuki sonuçlarını doğurduğunu belirtmiştir. Bu sebeple İdare Mahkemesince feragat istemine yönelik davacının dilekçesi dikkate alınarak karar verilmesi gerekirken, bozma kararına uyulmayarak önceki iptal kararında ısrar edilmesinde hukuki isabet görülmediği gerekçesiyle İdare Mahkemesi kararını bozmuştur³⁷.

Ayrıca İstanbul İli, Bağcılar İlçesi, Dağ Yolu Altı Mevkii, ...pafta, ...parsel sayılı taşınmazı kapsayan alanda yapılan 15.9.2008 onay tarihli 1/1.000 ölçekli Bağcılar Uygulama İmar Planı ile bu plana dayanılarak yapılan imar uygulamasının iptali istemiyle açılan davada İdare Mahkemesince

35 D. 3. D., 30.01.1986 tarih ve E. 1985/57, K. 1986/298 sayılı kararı; DD., S. 64-65, s. 109.

36 D. 10. D., 26.02.1992 tarih ve E. 1990/4242, K. 1992/696, (KARAVELİOĞLU, Celal, **Açıklama ve En Son İçtihatlarla İdari Yargılama Usulü Kanunu**, C. II, 1993, s. 751).

37 DİDDGK., 21.06.1996 tarih ve E. 1994/868, K. 1996/389 sayılı kararı (yayımlanmamıştır).



verilen iptal kararının temyizi üzerine Danıştay aşamasında verilen feragat dilekçesi sonucunda, yasal şekle uygun olarak davadan feragat edilmesi karşısında feragat başvurusu hakkında idare mahkemesince yeniden bir karar verilmesi gerektiği gerekçesiyle söz konusu kararı bozmuştur³⁸. Zira Yüksek Mahkeme kararlarında da genel olarak anlaşıldığı üzere, açılan bir davada davanın her aşamasında davadan feragat mümkün olabilir.

Danıştay'ın feragat konusundaki kararlarında görüldüğü üzere, feragate ilişkin herhangi bir içtihat birliği olmayıp, her dava konusu olayın özelliğine göre feragat istemleri değerlendirilmiştir. Ancak Yüksek Mahkeme'nin ağırlık basan görüşü, düzenleyici işlem olan ve kamu yararını ilgilendiren imar planı/değişikliklerine karşı açılan davalarda mahkemelerin dava konusu imar planı/değişikliğinin, keşif sonucunda bilirkişi raporu ile hukuka aykırılığının tespit edilmesi ya da yürütmesinin durdurulması ve iptali gibi, imar planı/değişikliğinin hukuka aykırılığını tespit etme noktasında herhangi bir irade beyanı söz konusu olmadan davacının davasından feragat edebileceğini; ancak imar planı/değişikliğinin hukuka aykırılığı tespit edildikten sonra (bilirkişi raporu, yürütmenin durdurulması ve iptal kararı ile) ise davadan feragatin kabul edilmeyeceği yönündedir. Başka bir deyişle Yüksek Mahkeme, feragatin HMK'nın (mülga HUMK) idari yargının bünyesine uyduğu oranda uygulanacağını, idari yargının bünyesine uymadığı durumlarda uygulanmayacağı görüşündedir. Danıştay'ın bu görüşüne katılmak mümkün değildir. İYUK'ta feragat kurumu düzenlenmediğinden dolayı söz konusu Kanun'un 31. maddesinin yollamada bulunması ile HMK'nın feragat müessesesi idari yargıda uygulanmaktadır. Anılan Kanun hükmünün idari yargının bünyesine uyduğu oranda uygulanması gerektiği yönündeki Yüksek Mahkemenin yaklaşımı kanımızca isabetli değildir. Çünkü dava açma hakkının olduğu yerde davadan feragat etme hakkı da olmalıdır. Nitekim 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun feragatin mahkemenin kabul şartına bağlanamayacağı düzenlemesi karşısında bir yüksek mahkeme olan Danıştay'ın da koşulsuz feragat istemini karara bağlaması gerekir. Ayrıca imar planı/değişikliklerinin iptali istemiyle dava açılabilmesi için kişilerin menfaatlerinin ihlal edilmesi yeterli görülmüş olup, başkaca herhangi bir şart da öngörülmemiştir.

38 D. 6. D., 02.07.2013 tarih ve E. 2012/3915, K. 2013/4615 sayılı kararı (yayımlanmamıştır); Benzer nitelikteki karar için bkz. D. 6. D., 26.09.2018 tarih ve E. 2016/3234, K. 2018/7072 sayılı kararı, "...davacı vekili tarafından verilen ve Kocaeli 2. İdare Mahkemesi kayıtlarına 23.03.2018 tarihinde giren dilekçeyle temyizden ve davadan feragat edildiği... davacı vekili tarafından yasal şekle uygun olarak davadan feragat edildiğinden İdare Mahkemesince dava hakkında yeniden bir karar verilmesi gerektiği..." (yayımlanmamıştır).



Feragate ilişkin herhangi bir şart öngörülmemesine rağmen her hakkın kullanımında olduğu gibi feragat hakkının da kötüye kullanıldığı mahkemelerce tespiti durumlarında feragat istemlerinin şüphesiz kabul edilmemesi gerekir. Zira bir hakkın kötüye kullanılmasını ne kanun ne de mahkemeler himaye eder.

Burada aklımıza feragatten feragat edilebilir mi sorusu gelebilir. Feragat tek taraflı ve davayı kesin olarak sonuçlandıran bir irade açıklaması olup, davacının davadan feragati mahkemenin kabul şartına bağlı değildir. Bu bağlamda, mahkemenin feragat nedeniyle karar verilmesine yer olmadığı kararı kanımızca açıklayıcı bir sonuç doğurmakta olup, bir defa feragat edildiye söz konusu feragatten feragat edilmesi de söz konusu olmaz. Zira tek taraflı irade açıklaması olan feragat herhangi bir kabul şartına bağlı olmaksızın feragat iradesi beyan edildiği andan itibaren doğrudan doğruya hüküm ve sonuç ifade eder.

SONUÇ ve DEĞERLENDİRME

Davadan feragat edilmesi demek, davacının dava konusu istem sonucundan tamamen veya kısmen vazgeçmesi demektir. Feragat, davayı kesin olarak sonuçlandırır. Ancak İYUK'ta feragat düzenlenmediği için İYUK'un 31. maddesi uyarınca HMK'ya atıf yapılmış olup, HMK düzenlemeleri de bu atıf doğrultusunda idari yargıda uygulanmaktadır. Ancak feragat konusunda Danıştay kararlarında bir içtihat birliği sağlanmış değildir. Zira Yüksek Mahkeme feragatin idari yargının bünyesine uyduğu oranda uygulanacağını kararlarında vurgulamıştır. Yüksek Mahkeme HUMK değişikliği öncesi kararlarında, imar planı/değişikliği işlemlerine karşı açılan davaların yalnızca davacının şahsını değil, aynı zamanda kamuyu ilgilendirmesi sebebiyle feragat istemleri kabul edilmemekte idi. Yüksek Mahkemenin HUMK değişikliği sonrası son dönem kararları ile dava konusu edilen imar planı/değişikliğinin hukuka aykırılığı saptanıncaya kadar (yürütmenin durdurulması kabul kararı ya da iptal kararı verilinceye kadar) yapılan feragat istemleri kabul edilmekte; ancak imar planı/değişikliğinin yürütmenin durdurulması kabul veya iptal kararı gibi hukuka aykırılığının tespiti sonucunda yapılan feragat istemleri kabul edilmemektedir.

İmar planı/değişikliği konusunda Yüksek Mahkemenin feragat hakkındaki kararları da dikkat çekicidir. Feragat hakkındaki kararlarında bir içtihat birliği sağlanmış değildir. Zira imar planı/değişikliğine ilişkin bir kısım davalarda feragat istemlerini dikkate almak suretiyle karar verirken, bir kısım davalarda feragat istemlerini dikkate almamaktadır. Ancak Danıştay'ın feragat konusundaki ağırlık basan görüşü feragatin idari davaların niteliği dikkate alınarak ve idari dava türleriyle bağdaştığı

ölçüde uygulanabileceğidir. Zira imar planı/değişikliğinin iptali istemiyle açılan davalarda yürütmenin durdurulması istemi kabul ve iptal kararı verilmesinden sonraki aşamada feragat istemlerinin kabul edilemeyeceğidir. Çünkü bu aşamada imar planı/değişikliğinin objektiflik niteliği ile kamu yararının sağlanmasının amaçlanması nedeniyle hukuka aykırı olduğu saptanan davadan feragat edilmesinde kamu yararı bulunmadığı gerekçesidir. Kanımızca feragat ilişkin Yüksek Mahkeme görüşü isabetli değildir. Zira dava açmak bir hak olduğuna göre davadan feragat etmek de bir haktır ve bu hakkın kullanımı mahkemelerce kısıtlanmamalıdır. Ayrıca 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile getirilen ve işbu Kanun'da ifade edilen "*feragatin, mahkemelerin kabul şartına bağlanamayacağı*" yönündeki yoruma yer bırakmayan yeni ve açık düzenleme hükmü uyarınca feragat mahkemelerin kabul şartına bağlanamaz. Dolayısıyla bir mahkeme olan Danıştay'ın da feragat istemlerini koşulsuz dikkate alması gerekir. Zira 6100 sayılı Kanun'daki feragat hükümlerinin farklı uygulanması idari mahkemelerin iradesinin kanun koyucunun iradesinin üzerine çıkması anlamını taşır. Dolayısıyla idari yargının bünyesine uygun olmadığı gerekçesiyle, Yüksek Mahkemenin ve idari yargı yerlerinin feragat istemlerini reddetmesi Kanuna açıkça aykırılık teşkil eder. Zira söz konusu Kanuna aykırılığın giderilmesini sağlamak için Kanımızca feragat konusunda idari yargıya özgü ayrı bir düzenleme yapılmalıdır.

Feragat kurumunun kötüye kullanıldığının mahkemelerce tespit edilmesi durumunda feragat istemleri şüphesiz dikkate alınmamalıdır. Çünkü evrensel hukuk kaidesi olan bir hakkın kötüye kullanımını ne hukuk düzeni ne de mahkemeler himaye eder. Bunun yanında feragat istemi herhangi bir zorlama olmaksızın özgür iradeyle gerçekleşmelidir. Feragatin serbest iradeyle yapılıp yapılmadığının mahkemelerce her somut olaya özgü olarak etraflıca incelenmesi ve açık ve örtülü tehdit veya zorlamayla yapılan ve/veya yaptırılan feragat istemlerinin geçersiz sayılması gerekir.

KAYNAKLAR

ALANGOYA Yavuz, YILDIRIM Mustafa Kemal, YILDIRIM Deren N., **Medeni Usul Hukuku Esasları**, 6. Baskı, İstanbul 2006.

BERG Jessica Wilen, Understanding Waiver, **Houston Law Review**, 2003, 40-2. (<http://www.scholarlycommons.law.case.edu>).

ÇAKMAK, Münci, “*İdari Yargıda Davadan Feragat*”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 53, S. 1, Y. 2004.

DURŞUN Hasan, **Vergi Uyuşmazlıklarından Doğan Davalarda Feragat ve Kabul**, Devlet Planlama Teşkilatı İktisadi Sektörler ve Koordinasyon Genel Müdürlüğü, Ankara, Eylül 2008.

ERKUT Celal, *İdari Yargının Yeniden Yapılandırılmasında Yargılama Hukuku Kurallarının Etkinleştirilmesi Sorunu*, **İdari Yargının Yeniden Yapılandırılması ve Karşılaştırmalı İdari Yargılama Usulü, Sempozyum**, Ankara, 11-12 Mayıs 2001, 133. Yıl, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları, No: 63, Ankara 2003.

GÖZÜBÜYÜK, Şeref – TAN, Turgut, **İdari Yargılama Usulü**, Birinci Bası, Turhan Kitabevi.

GÜNDAY Metin, *Hukuk Usulü Muhakeme Kanunu Hüükümlerinin İdari Yargıda Uygulanma Alanı*, **İdari Yargının Yeniden Yapılandırılması ve Karşılaştırmalı İdari Yargılama Usulü**, Sempozyum, Ankara, 11-12 Mayıs 2001, 133. Yıl, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları, No: 63, Ankara 2003.

KARAGÖZOĞLU H. Fevzi, **Danıştay Yargılama Usulünde Feragat ve Kabul**, Fon Matbaası, Ankara, 1975.

KARAVELİOĞLU, Celal, **Açıklama ve En Son İçtihatlarla İdari Yargılama Usulü Kanunu**, C. II, 1993.

KURU Baki, ARSLAN Ramazan, YILMAZ Ejder: **Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı**, Yetkin Yayınları, Genişletilmiş 17. Baskı, Ankara, 2006.

KURU Baki, **Hukuk Muhakemeleri Usulü Cilt: III**, 4. Baskı, Sevinç Yayınları, Ankara, 1982.

ODYAKMAZ Zehra, *İdari Yargı ile İlgili Öneriler*, **İdari Yargının Yeniden Yapılandırılması ve Karşılaştırmalı İdari Yargılama Usulü, Sempozyum**, Ankara, 11-12 Mayıs 2001, 133. Yıl, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları, No: 63, Ankara 2003.

TAN Turgut: **İdare Hukuku**, Turhan Kitabevi, Ankara, Eylül 2011.

YASİN, Melikşah, “*İdari Yargılama Usulünde Davadan Feragat ve Davayı Kabul*”, **Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. VIII, S. 3-4, 2004.

(<http://www.sozluk.adalet.gov.tr>.)

(<http://anayasa.gov.tr>.)

(www.mevzuat.gov.tr).

(<http://www.scholarlycommons.law.case.edu>).



KURUMSAL YÖNETİM İLKELERİ İŞİĞINDA ANONİM ŞİRKETLERDE GENEL KURULA İLİŞKİN İLKELERİN DEĞERLENDİRİLMESİ

*(Evaluation of the Principles regarding General Meetings in Joint-Stock
Companies in the light of Corporate Governance Principles)*

**Dr. Öğr. Üyesi Semih Sırrı ÖZDEMİR¹
Elanur TAMER²**

ÖZ

Temel olarak kamuyu aydınlatma ve şeffaflık, hesap verilebilirlik, sorumluluk ve eşitlik esaslarına dayanan kurumsal yönetim ilkeleri, şirket yönetimi ve menfaat sahipleri arasında dürüstlük ve şeffaflık yaklaşımına dayalı bir yönetimi esas alır. Bu sayede, özellikle halka açık anonim şirketlerde çoğunluk karşısında azınlık pay sahiplerinin de şirket yönetim ve faaliyetlerinde etkili olması amaçlanmaktadır. Bu çalışmada, genel kurul toplantılara ilişkin ana ilkelerin ve bağlantılı kurumsal yönetim ilkelerinin incelenmesi amaçlanmıştır.

Anahtar Kelimeler: Kurumsal Yönetim İlkeleri, Genel Kurul, Pay Sahipleri Demokrasisi, Çoğunluk Pay Sahipleri, Azınlık Pay Sahipleri

ABSTRACT

Corporate governance principles, based on the principles of disclosure and transparency, accountability, responsibility and equality, predicates on a governance that relies on honesty and transparency approach between management and stakeholders. By this means, especially in publicly held joint-stock companies, it is aimed that the minority shareholders be also efficient in corporation's management and business compared to the majority. In this study, it is aimed to analyse the main principles regarding general meetings and related corporate governance principles.

Keywords: Corporate Governance Principles, General Meeting, Shareholder Democracy, Majority Shareholders, Minority Shareholders

1 Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, semihozdemir@hacettepe.edu.tr, ORCID ID: 0000-0003-0467-1517

2 Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Yüksek Lisans Öğrencisi, tamerelanur@gmail.com, ORCID ID: 0000-0002-8315-6996



GİRİŞ

Kurumsal yönetim ilkeleri, şirketin yönetimini elinde bulunduranlar ile pay sahiplerinin farklılaşması ihtimalinden hareketle, şirket yönetimine ve faaliyetlerine tüm pay sahiplerinin olabilecek en etkin şekilde katılımının temin edilmesini amaçlar. Halka açık anonim şirketlerde, pay sahiplerinin sayıca fazlalığı şirketin ihtiyacı olan sermayenin sağlanmasını kolaylaştırır da; pay sahiplerinin önemli kısmının şirket karar alma mekanizması üzerindeki (pay sahipliğinin dağınık ve küçük orantılı yapısından doğan) etkisizliği ile pay sahipliği haklarına ilişkin yeterli bilgiye sahip olmama ve bunları kullanma konusunda isteksiz bulunma ihtimalleri bir arada değerlendirildiğinde, güç boşluğu sorununun kapsamı açık bir şekilde tespit edilebilmektedir.

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun Genel Gerekçesi'nde de bu duruma, "...genel kurulun birinci çetin sorunu güç boşluğudur" ifadesiyle işaret edilmektedir. İlgisiz pay sahipleri karşısındaki, "küçük ancak kararlı bir azlık" olarak nitelenen kişilerin şirketin tamamında egemen olması ihtimaline de vurgu yapan Gerekçe karşısında, 6102 sayılı Kanun ile bu hususta getirilen bir dizi düzenlemenin amacı da tespit edilebilmektedir. Anılan sorun ve ilgili çözüm yollarıyla yakından ilgili olan kurumsal yönetim ilkelerinin, bu yöndeki düzenlemelerin teorik arka planında etki taşıdığı ileri sürülmesi mümkündür.

Türk Ticaret Kanunu, Kurumsal Yönetim İlkeleri Tebliği ve OECD Kurumsal Yönetim İlkeleri çerçevesinde ana hatlarıyla şeffaflık, âdillik (hakkaniyet/eşitlik/dürüstlük), sorumluluk ve hesap verilebilirlik olarak ifade edilebilecek olan bu ilkeler, anonim şirket genel kurullarında güç boşluğunu azaltmayı ve pay sahipleri demokrasisinin uygulanmasını temin etmeyi amaçlamaktadır.

Pay sahipliğinden doğan hakların kullanılmasında taşıdığı işlev nedeniyle, anılan ilkelerin genel kurulla da yoğun bir ilişki içinde olduğu açıktır. 6102 sayılı Kanun'da genel kurulu çağrıya, toplantının yapılmasına, karar nisaplarına, pay sahiplerinin temsiline ve oy hakkına ilişkin usul ve esasların, pay sahiplerinin karar alma mekanizmasına etkin bir şekilde katılımının sağlanması, ilgili konular hakkında bilgilendirilmesi ile şirket karar alma sürecinin öngörülebilir ve şeffaf bir yapıda yürütülmesi amaçlarını yansıttığı görülmektedir.

Özellikle Anglo-Amerikan hukuk öğretisi tarafından üzerinde yoğun bir şekilde durulan bir sorun olarak, pay sahiplerinin şirket yönetiminde veya yönetim karşısında etkisizleşmesi, kendisini Türk şirketler hukuku uygulamasında da belirli ölçüde göstermektedir. Öğretide anılan



durumun, şirketin uzman yöneticilerinin bu konudaki olası gayretlerinden kaynaklanabileceği gibi, buna pay sahibinin şirkete yalnızca hisse piyasa değeri odaklı yaklaşması, ilgisizliği, konu hakkındaki teknik bilgilere yeterince sahip olmaması veya düşük pay oranı nedeniyle, çabasının şahsına maddi getirisinin sınırlı düzeyde kalacağı endişesinin neden olabileceği belirtilmektedir.

Sözü edilen ihtimallerin mümkün olduğunca önüne geçilmesi açısından, elektronik genel kurul toplantıları ve temsil sistemlerinin önemli bir işlev taşıdığı savunulabilir. Eşit işlem, hakların sakınarak kullanılması, kamuyu aydınlatma ve şeffaflık ile gündeme bağlılık ilkelerinin de pay sahiplerinin genel kurula etkin bir şekilde katılımına katkı sunduğu görülmektedir.

Anılan kapsamda, çalışmanın öncelikli amacı genel kurulun toplanması ve karar alması süreci açısından öne çıkan, çoğunluk, eşit işlem, hakların sakınarak kullanılması, kamuyu aydınlatma ve şeffaflık ile gündeme bağlılık ilkelerinin incelenmesidir. Bu çerçevede, yapılan değerlendirme konuya ilişkin Türk hukukundaki düzenlemelerin yanı sıra, anılan ilkelerin kurumsal yönetim açısından taşıdıkları işlevin, ilgili teorik tartışmaların ve karşılaştırmalı hukuk açısından öne çıkan uygulamaların da üzerinde durulmasını hedeflemektedir.

I. KURUMSAL YÖNETİM İLKELERİ

A. Kurumsal Yönetim Kavramı ve Tarihsel Gelişimi

Bilim ve teknolojinin hızla ilerlemesi, çoğu alanda olduğu gibi ekonomiyi de etkilemiş ve özel sektörün piyasalardaki gücünün artması, uluslararası yatırımların güçlenmesi gibi olgularla birlikte anonim şirketlerin sosyal, politik ve özellikle iktisadî hayattaki gücü artış göstermiştir. Ancak bu güçlenme beraberinde, uzmanlığa dayalı bir yönetime olan ihtiyacı da ortaya çıkarmıştır. Hatta, anonim şirketlerin yönetim sürecindeki eksiklikler, dünya çapında etkili olan mali krizlerin nedenleri arasında gösterilmiştir³. Piyasalarda art arda yaşanan bu ekonomi skandalları⁴

3 Kurumsal yönetim felsefesinin tarihçesi hakkında ayrıntılı8 bilgi için bkz. PASLI, A., **Anonim Ortaklık Kurumsal Yönetimi-Corporate Governance**, İstanbul, 2004, s.6 vd.; EMİNOĞLU, C., **Türk Ticaret Kanunu'nda Kurumsal Yönetim (Corporate Governance)**, Ankara, 2014, s.5. vd.; ÇAMOĞLU (Poroy/Tekinalp), **Ortaklıklar Hukuku I**, İstanbul, 2014, N.521b.

4 Enron (ABD), Worldcom (ABD), Parmalat (İtalya), Ahold (Hollanda), Kanebo (Japonya) gibi dünya çapında etkiler oluşturan skandallar, şirket denetiminin güvenilirliğine olan piyasa güvenini önemli ölçüde sarsmıştır. Özellikle 2001 yılında meydana gelen Enron Skandalı'nı takiben, 2002 yılında yasalanan Sarbane's Oxley Kanunu'nun temel amaçlarından birisi de bu kapsamdaki ihlalleri önlemektir. Bkz. PETTET, B., **Company Law** (Second Edition), London 2005, s.55.

anonim ortaklıklar açısından mevcut kural ve buna bağlı yaptırımların etkinliğinin sorgulanmasına yol açmış ve yeni bir düzenleme anlayışı içine girilmesinin savunulması ile sıklıkla karşılaşılmaya başlanmıştır⁵.

Anonim ortaklığın yönetimi, şirketin paylarının maliki olan, dolayısıyla öğretilerde ekonomik anlamda şirketin orantısız olarak maliki durumunda buldukları savunulan pay sahiplerine değil⁶, pay sahipleri tarafından genel kurulda seçilen yönetim kurulu üyelerine aittir. Şirketin sermayesini karşılayan pay sahipleri ile idaresini elinde bulduranların farklı kişiler olması durumu, özellikle öğretilerde mülkiyet-kontrol ayrımı (*separation of ownership and control*) şeklinde ifade edilmektedir⁷. Anonim şirket yapılanmasının doğal bir sonucu olarak ortaya çıkabilen bu durum, öğretilerdeki yazarlar tarafından genellikle şirket idaresinde ihmallerin, suiistimallerin ve menfaat çatışmalarının ortaya çıkabilme ihtimali ile bağlantılı olarak incelenmektedir⁸.

Kurumsal yönetim (corporate governance) yaklaşımının dayanak noktalarından birisinin, pay sahiplerinin şirket ve şirket yönetimi karşısındaki konumunun korunması olduğu savunulabilir⁹. Bununla birlikte, anılan yaklaşımın etkilediği çevrenin sadece pay sahipleri ile sınırlı olmadığı, ilgili menfaat sahiplerini (stakeholders)¹⁰ de kapsadığı

5 MANAVGAT, Ç., “Kurumsal Yönetimde Kamunun İşlevi”, **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi** (“*BATİDER*”), C.24, S.2, Aralık 2007, (s.473-498), s.473.

6 Bu hukuki anlamda değil, ekonomik sonuçları anlamda bir mülkiyettir. Pay sahipleri; pay veya payı temsil eden pay senetleri üzerinde kanun ile tanınan malvarlıksal ve katılma hakları dolayısıyla ekonomik mülkiyet hakkını haizdir. Konu hakkında ayrıca bkz. KAYA, A., **Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Bilgi Alma Hakkı**, Ankara 2001, s.11. dn. 29.; TEKİNALP, **Anonim Ortaklığın Bilançosu ve Yedek Akçeleri: Kamuyu Aydınlatma İlkesi İle**, İstanbul, 1979, s.30-31.; Mülkiyet kavramına yüklenen bu anlam, öğretilerde mülkiyet- hakimiyet konusunda farklı görüşlere yol açmıştır. Bu konuda bkz. TEKİNALP, **Halka Açık Anonim Ortaklıklarda Yönetime Katılma Sorunları**, İstanbul 1979, s.4.; TEOMAN, **Oy Hakkından Yoksunluk**, İstanbul, 1983 s.1.; Şirketler hukukunda bu kavram, hem şirketi kontrol yetkisini hem de şirket kârından pay alma hakkını içerir. ARMOUR, J.; HANSMANN, H/KRAAKMAN, R., (Davies, P./ Enriques, L./Hertig, G./Hopt, K./Kanda, H./Rock, E.), **The Anatomy of Corporate Law A Comparative and Functional Approach**, New York, 2009, s.14.

7 BERLE, A./MEANS, G., **The Modern Corporation and Private Property**, New York, The Mac Millan Company, 17th Edition, 1950, s.69.; Anonim şirketler hukukunda çıkar çatışmaları hakkında ayrıca bkz. ŞEHİRALİ ÇELİK (Kırca/Manavgat), **Anonim Şirketler Hukuku**, Cilt I, Ankara 2013, s.246 vd.

8 PASLI, s.9.; TEKİNALP, **Yönetime Katılma Sorunları**, s.4.; EMİNOĞLU, s.10.; ŞEHİRALİ ÇELİK (Kırca/Manavgat), s.253.

9 TEKİNALP, “Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Kurumsal Yönetim Felsefesine Yaklaşımı”, **Uğur Alacakaptan’a Armağan**, s.1, C.2, İstanbul 2008, (s.635-652), s.636.

10 “İlgili menfaat sahipleri” şirketin eylem, ürün veya hizmetlerinden önemli ölçüde etkilenen veya şirket amaçlarının gerçekleştirilmesi üzerinde önemli bir etki oluşturan kişiler olarak tanımlanabilir. ÖZDEMİR, S.S., **İş Adamı Kararı İlkesi (Business Judgement Rule) ve Türk Hukukunda Uygulanabilirliği**, İstanbul 2017, s.26.; Konuya dair teorik tartışmalar ve ilgili öngörüler için bkz. PETTET, s.76.; Türk hukukunda anılan kavrama ilişkin farklı



belirtilmelidir¹¹. Bu açıdan, anonim şirketler hukukunda menfaat kavramı, şirketin hukuksal ve ekonomik alandaki varlığının olabilecek en iyi şekilde devam ettirilmesini sağlayan kavramı karşılamakta¹² ve yalnızca şirketi değil, şirketle doğrudan ya da dolaylı olarak ilişki içerisinde olan geniş bir çevreyi de dikkate almaktadır¹³.

B. Türk Hukukunda Kurumsal Yönetim

Kurumsal yönetim ilkeleri tek başına bir amaç değil, etkin yönetimin sağlanması için araçtır¹⁴. Her ülkenin sosyal, ekonomik ve politik yapısındaki farklılıklar sebebiyle genel geçer bir kurumsal yönetim modelinden (*one size fits all*) bahsedilmesi, uygulama açısından bunları kurallar dizgisi hâlinde düzenlemek olası gözükmemektedir¹⁵. Bu yüzden kurumsal yönetim felsefesinin özünün “ilkeler” hâlinde sunulması tercih edilmektedir¹⁶. Türk Ticaret Kanunu’nda da bu çerçevede, kurumsal yönetim ilkelerine ilişkin maddi hükümlere doğrudan yer verilmemesi

yaklaşımlar için bkz. ÖZDEMİR, s.26, dn. 83; PASLI, s.145 vd.; NOBEL, P., “**Stakeholders And The Legal Theory Of The Corporation**” In M. Tison, H. De Wulf, C. Van der Elst, & R. Steennot (Eds.), *Perspectives in Company Law and Financial Regulation* (International Corporate Law and Financial Market Regulation, pp. 165-182). Cambridge, 2009, s.166.

- 11 TEKİNALP, Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Kurumsal Yönetim Felsefesine Yaklaşımı, **Uğur Alacakaptan’a Armağan**, S.1, C.2, İstanbul 2008, (s.635-652, s.637.; ŞEHİRALİ ÇELİK (Kırca/Manavgat), s.249.; EMİNOĞLU, s.46.
- 12 Konu hakkında bkz. ANSAY, T., **Anonim Şirketler Hukuku**, Ankara 1982, s.18; Yazara göre şirketteki bu farklı menfaatlerin bağdaştırılmasında en önemli ölçüt toplum yararı olmalıdır. (s.20). 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Tasarısı belirli ve değişmez bir menfaat kavramını esas almamıştır. Menfaat kavramının tanımlanmamasının bilinçli bir tercih olduğu belirtilmektedir. Bu konuda bkz. TEKİNALP, “Erişim Hakkı”, **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, C.23., S.4, Aralık 2006, (s.5-12), s.9.
- 13 Esas sözleşmeye konulacak hükümlerle bu menfaatin sınırlarının daraltılıp genişletilebileceği ve somutlaştırılabileceği belirtilmektedir, (HELVACI, M., “Özellikle Anonim Şirket Açısından Menfaat Kavramı”, **Prof. Dr. Hamdi YASAMAN’a Saygı Konferansı**, İstanbul 2017, (www.lexpera.com, E.T.15.11.2018), s.23).
- 14 G20/OECD Principles of Corporate Governance, 2015, s.3. (<https://www.oecd.org/corporate/principles-corporate-governance.htm>)
- 15 PASLI, s.50.; Az gelişmiş ya da gelişmekte olan ülkelerin ekonomilerinin küresel değişimlere bağlı olarak mevcut olanaklarını değerlendirebilmeleri halinde gelişmiş ülkelere yaklaşabileceğini, onları yakalayana kadar gelişmiş ülkelerden daha hızlı gelişebileceğini öngören yakınsama teorisi (convergence theory), kurumsal yönetim açısından da teorik düzeyde tartışılmıştır. Benzer şekilde, farklı ülkelerin kurumsal yönetim sistemlerinin de yakınlaşmasına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. COFFEE Jr, John C. “**Future As History: The Prospects For Global Convergence in Corporate Governance and Its Implications.**” *Nw. UL Rev.* 93 (1998) (s.641-707), s.643 vd.
- 16 TEKİNALP, **Alacakaptan’a Armağan**, s.651; Kural, ilgiliden beklenen davranışa ilişkin açık ve detaylı düzenlemelerdir; ilkeye dayalı düzenlemelerde ise izin verilen veya yasaklanan davranışa ilişkin genel esasların belirtilmesi ile yetinilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZDEMİR, s.41 vd.; Örneğin Türk Ticaret Kanunu’nda şeffaflık bir ilke iken, TTK m.397/4 kapsamında denetime tâbi şirketler için internet sitesi açma yükümlülüğü bir kuraldır. Bkz. Genel Gereğe N.136.

tercih edilmiştir¹⁷. TTK m.1529 uyarınca halka açık anonim şirketlerde kurumsal yönetim ilkelerini belirleme yetkisi münhasıran Sermaye Piyasası Kurulu'na (SPKr) aittir ve diğer kamu kurum ve kuruluşları Kurul'un uygun görüşünü almak kaydıyla, kendi alanları ile sınırlı şekilde düzenleme yapabilirler.

Bu çerçevede kurumsal yönetim ilkelerinin öne çıkan amaçları arasında, (özellikle halka açık anonim şirketlerde) “mülkiyet-kontrol” ayrımının ortaya çıkarabileceği sorunları en aza indirmek, pay sahiplerinin haklarını etkin ve bilinçli bir şekilde kullanmalarını sağlamak, orantısız (asimetrik) bilgi dağılımını önlemek, pay sahipleri demokrasisini (shareholder democracy)¹⁸ sağlayarak güç boşluğunu azaltmak sayılabilir.

Ülkemizde kurumsal yönetim çeşitli gelişim evrelerinden geçerek, genel olarak halka açık anonim şirketlerde zorunlu, diğerlerinde ihtiyari bir yapı kazanmıştır. 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu m. 1529, 6362 Sayılı Sermaye Piyasası Kanunu¹⁹ m.17 ve Sermaye Piyasası Kurulu'nun düzenlemesi olan Kurumsal Yönetim Tebliği (II.17.1)²⁰ konuya ilişkin öne çıkan düzenlemeler arasında gösterilebilir. Uluslararası açıdan ise, Ekonomik İşbirliği ve Kalkınma Örgütü (The Organization For Economic Co-operation and Development-OECD) Kurumsal Yönetim Komitesi tarafından düzenlenen kurumsal yönetim ilkeleri²¹; hissedarlık hakları ve temel sahiplik işlevleri, hissedarların adil muamele görmesi, kurumsal yönetimde paydaşların rolü, kamuyu aydınlatma ve şeffaflık ile yönetim kurulunun sorumlulukları olmak üzere beş başlık altında düzenlenmiştir. 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu ve 6362 Sayılı Sermaye Piyasası Kanunu

17 Öğretide bu düzenleme tercihinin kurumsal yönetim kültürü yerleşene kadarki geçiş aşaması için yerinde olduğu, fakat temel bir yasa olan Türk Ticaret Kanunu'nda kurumsal yönetim ilkeleriyle ilgili bu şekilde yetki sınırlaması yapılmasının bu ilkelerin gelişimi açısından sakınca doğurabileceği ifade edilmektedir. Bu yaklaşımın, kurumsal yönetimin piyasa ihtiyaçlarına uyum sağlayabilme gereksinimi ile çelişebileceği belirtilmektedir. Bunun yerine, kurumsal yönetim mekanizmasının piyasa dinamikleri içinde kendiliğinden oluşması ve kamusal yaptırım aşamasına, ancak bunu takiben geçilmesi gerektiği savunulmaktadır, (MANAVGAT, s.485).

18 Pay sahipleri demokrasisi, pay sahiplerinin oy kullanma hakkının etkinliğini güçlendirmeyi esas alan bir sistem olup, şirket yöneticilerini hesap verilebilirlik açısından daha fazla sorumlu kılmayı ve bu sayede kötü (verimsiz) yönetimin önünü geçilebilmesini hedefler. Ayrıca pay sahipleri demokrasisi, ortaklık içindeki kurumsal yönetim anlayışının hem sebebi hem sonucudur. Bu yönüyle, kurumsal yönetim ilkelerinin yerleşmesinde önemli bir katkıya sahiptir. (FAIRFAX, L.M., **The Future of Shareholder Democracy**, *Indiana Law Journal*, Vol. 84, Issue 4 (Fall 2009), pp. 1259-1308, s.1260).

19 RG Tarih ve No: 30/12/2012, 28513.

20 RG Tarih ve No: 03.01.2014, 28871.

21 OECD tarafından 2004 yılında hazırlanan kurumsal yönetim ilkeleri (<http://www.oecd.org/corporate/ca/corporategovernanceprinciples/31557724.pdf>, E.T. : 10.12.2018), 2015 yılında tekrar gözden geçirilmiştir, bkz. <http://www.oecd.org/corporate/principles-corporate-governance.htm> (E.T.: 10.12.2018)



uyarınca Türk hukukunda kurumsal yönetim ilkeleri şeffaflık, âdillik (hakkaniyet/eşitlik/dürüstlük), sorumluluk (dış sorumluluk) ve hesap verilebilirlik (iç sorumluluk) olmak üzere, dört taşıyıcı kolon şeklinde yapılandırılmıştır.

II. ANONİM ŞİRKETLERDE GENEL KURULA İLİŞKİN TEMEL İLKELER

Anonim şirketler açısından genel kurul, olağan ya da olağanüstü olarak gerçekleştirilen bir toplantı ile pay sahipleri veya temsilcilerinin şirket işlerine ilişkin haklarını kullanabildiği, belirli bir gündem etrafında toplanıp görüşebildiği ve kural olarak şirket içi, istisnaen de şirket dışı ilişkilerde kararların alınabildiği²² bir karar organıdır²³. Şirketin devamlı olmayan bu organı, kanunun kendisine tanıdığı münhasır yetkilerle sınırlı olarak karar alabilir. Bu yüzden, kural olarak, her pay sahibinin genel kurula katılma ve kanunun kendisine tanıdığı hakları kullanma yetkisi vardır²⁴.

- 22 ARSLANLI, H., **Anonim Şirketler II-III**, s.2; ANSAY, s.191; Genel kurul kararlarının dış ilişkide de hukuken doğrudan bir etki gösterebilmesi için, bu hususun kanunla ya da esas sözleşme ile düzenlenmesi gerekir, (MOROĞLU, E., **Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü**, İstanbul 2014, s.7.; Genel kurul kararlarının icrasından kasıt, yönetim kurulunun genel kurulun kararlarını bizzat icra etmesi değil, bu kararların icrasından sorumlu olmasıdır. Genel kurul kararlarının icrası da genel kurulun devredilemez görev ve yetkilerindedir, (AKDAĞ GÜNEY, N., **6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Anonim Şirket Yönetim Kurulu**, İstanbul, 2012, s.111.; AKTAN, M., Genel Kurul Yönetim Kurulu Arasındaki Fonksiyon Görev Ayrılığının Türk Ticaret Kanunu ve Kurumsal Yönetim Açısından Değerlendirilmesi, **Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2015, S.1, (s.245-270) s.254). Bu sebeple yönetim kurulunun genel kurul kararlarına karşı dava açabilme yetkisi vardır.
- 23 TTK m. 407 gerekçesinde de bu husus "*Birinci fıkra genel kurulun, bir taraftan şirket işlerine ilişkin kararların alındığı bir iç organ olduğunu, diğer taraftan da şirketin iradesini oluşturmasının aracı olan pay sahipliği haklarının kural olarak bu organda kullanıldığını hükme bağlamaktadır.*" şeklinde ifade edilmiştir. Öğretide anonim şirketin ilişkilerinin "dış ilişkiler" ve "iç ilişkiler" olarak iki gruba ayrıldığı görülmektedir. Dış ilişkiler, şirketin tüzel kişi olarak diğer gerçek veya tüzel kişilerle aynı düzeyde ve eşit koşullar altında giriştiği hukuki ilişkilerdir ve bunlar, şirketi temsile yetkili olan yönetim kurulu tarafından yürütülür. İç ilişkiler ise, anonim şirketin pay sahipleri ve organları ile olan şirket çatısı altındaki yapısal ilişkilerdir ve genel kurulun toplanarak aldığı "kararlar" marifetiyle yürütülür. Bu yüzden, öğretide genel kurul için "iç organ" ifadesi de kullanılmaktadır. PULASLI, H., **Şirketler Hukuku Genel Esaslar**, Ankara 2017, s.350, N.7.; MOROĞLU, Hükümsüzlük, s.7.; BAHTIYAR, M./HAMAMCIOĞLU, E., **Yeni TTK'ya Göre Anonim Ortaklık Genel Kurul Toplantıları**, İstanbul 2014, s.1 vd.; ÜÇİŞİK, G./ÇELİK, A., **Anonim Ortaklıklar Hukuku**, Ankara 2013, s.217.
- 24 Genel kurul toplantısına katılabilecekler konusunda, öğretide genel kurula katılma hakkı (kural olarak her pay sahibi için), genel kurula katılma görevi ve zorunluluğu (yönetim kurulu ve denetçi için), genel kurula katılmasına izin verilebilecek kişiler olarak olmak üzere üçlü bir ayırım yapılmaktadır. Bu konuda bkz. YİĞİT, İ., **Anonim Ortaklık Genel Kurulunun İşleyişi ve Ortaya Çıkan Sorunlar**, (<https://tez.yok.gov.tr>, E.T. 05.04.2019), s.29 vd.

Genel kurul, pay sahiplerinin pay sahipliğinden doğan haklarını etkin şekilde kullanabildikleri bir mecradır²⁵. Genel kurul kararları, ortakların toplantıya katılmasına veya olumlu oy kullanmasına bağlı olmaksızın tüm ortakları bağlayıcı nitelikte olduğu için, bu toplantıların etkin bir şekilde yürütülebilmesi pay sahiplerinin iradesinin yansıtılabilmesi açısından önem taşımaktadır. Bu yönüyle çalışmanın konusunu oluşturan kurumsal yönetim ilkelerinin, Türk hukuku açısından öngörülen amaçlarının gerçekleştirilebilmesinde, bunların genel kurul üzerinde doğurdıkları etki ve sonuçların da dikkate değer bir etkisinin bulunduğu savunulabilir.

Kurumsal yönetim sisteminin etkinliğinin artırılması, genel kurul toplantılarına katılımı hem niteliksel hem de niceliksel bakımından olumlu sonuçlar doğuracaktır. Elektronik ortamda genel kurul benzeri toplantıya katılımı kolaylaştıran sistemler sayesinde, toplantıya katılımı niceliksel bir artışın olacağı; bunun ise, pay sahipliğinden doğan hakların etkin bir şekilde kullanılabilmesine ve pay sahiplerinin konu hakkında bilinçlendirilmesine²⁶ katkı sunacağı öngörülebilir.

Bu kapsamda incelenecek olan ilkeler çoğunluk ilkesi ve bu ilkeyle ilişkili olarak eşit işlem ilkesi, hakların sakınılması ilkesi, kamuyu aydınlatma ve şeffaflık ilkesi, gündeme bağlılık ilkesi olarak sıralanabilir. Çalışmada bu ilkeler incelenirken, genel kurul toplantılarının yapısı, pay sahiplerinin genel kurullara yönelik hakları ve menfaatleri ekseninde incelenmesi amaçlanmıştır.

A. Çoğunluk İlkesi

1. Çoğunluk İlkesi ve İşlevleri

Genel kurul ve kurumsal yönetim ilkelerinin başlıca kesişim noktası, anonim şirketler hukukunda temel ilke olan çoğunluk ilkesinden geçmektedir. Anonim ortaklık pay sahiplerinin kişisel özelliklerinin geri planda kaldığı bir yapılanmadır²⁷. Bu yüzden, yapısı gereği çoğunluk ilkesine göre hareketi zorunlu kılar²⁸. Genel kurul toplantıları açısından çoğunluk, her durumda yalnızca kişi çoğunluğu veya mutlak sermaye ve pay çoğunluğu anlamında değildir²⁹. Şirket esas sermayesinde sahip

25 EMİNOĞLU, s.38.

26 Şirketler hukukunda öğretilerdeki gelişmeler değerlendirildiğinde, anonim ortaklık genel kurulunun en önemli işlevinin, bilgi akışının ve karar alınmasının sağlanması olduğu görüşü ağırlık kazanmaktadır, (PULAŞLI, Elektronik Ortamda Genel Kurula İlişkin Düzenlemelerin Evrimi, Prof. Dr. Sarper SÜZEK'e Armağan, C.III, İstanbul 2011, (2621-2684) s. 2628.

27 ŞEHİRALİ ÇELİK (Kırca/Manavgat), s. 115.

28 ŞEHİRALİ ÇELİK (Kırca/Manavgat), s.116; BİLGİLİ, F./DEMİRKAPI, E., **Şirketler Hukuku Dersleri**, Bursa 2018, s.189.

29 İMREGÜN, O., **Anonim Ortaklıklar**, İstanbul 1974, s.5.; PULAŞLI, Şirketler Hukuku, s.275 N.1.; ÜÇİŞİK/ÇELİK, s.49.



olunan payın oranına göre anlam ifade eder. Ancak belirtmek gerekir ki, pay sahibi şirket kararlarının gidişatına yön verecek oranda paya veya oy hakkına sahip olsa da bunun pay sahibinin istediği doğrultuda sonuç doğurması için genel kurul toplantılarına bizzat ya da temsilcisi aracılığıyla katılımı gereklidir³⁰.

Genel kurula katılma ve oy hakkı birbirinden farklı olgulardır. Genel kurula katılma oy hakkının ön koşuludur ve genel kurula katılma hakkına sahip olan herkes oy kullanma hakkını haiz olmadığı için, genel kurula katılma hakkının oy hakkından daha geniş bir yapıda olduğu ifade edilebilir³¹. Pay sahiplerinin, yönetim kurulu üyelerinin seçimi, şirketin temel belgelerinin düzeltilmesi, olağanüstü işlemlerin onaylanması ile kanunda ve şirket kuruluş belgelerinde belirtilen diğer temel konular gibi hususlarda etkin olma hakları vardır³². Pay sahiplerinin genel kurula katılmakla birlikte kullanabilecekleri pay sahipliğinden doğan birçok hak bulunmakla birlikte, oy hakkının birçok açıdan pay sahiplerinin şirketin geleceği üzerinde etkili olmaları açısından özel bir önem taşımaktadır³³. Bu özellikle esas sözleşmenin değiştirilmesini gerekli kılan kararlar açısından, pay sahiplerinin temsil ettiği sermaye karşılığı ile orantılı olarak, şirket üzerinde belirleyici olmaları sonucunu doğurmaktadır³⁴.

2. Kurumsal Yönetim İlkeleri Kapsamında Çoğunluk İlkesi

Özellikle pay sahiplerinin sayısı oldukça fazla olan halka açık anonim şirketlerde, her ortağın pay sahipliğinden doğan tüm haklarını en etkin şekilde kullanmadığı gözlemlenmektedir. Bu durum pay sahiplerinin ilgisizliği, paylarının sonuca etkili olmakta orantısız olarak yetersiz kalacağı endişesi, genel kurula katılım için harcanan emek karşısında elde edilecek kazanımın düşük kalacağı düşüncesi gibi, pay sahiplerinin şahsi değerlendirmelerinden kaynaklanan engellere dayanabileceği gibi³⁵, pay

30 ŞEHİRALİ ÇELİK (Kırca/Manavgat), s.117.

31 YİĞİT, s.123.; *İmregün* buradan oy hakkına ilişkin kısıtlamaların genel kurula katılma konusunda uygulanamayacağı sonucuna varmaktadır. Buna göre, oy hakkından yoksun olanlar dahi görüşlerini açıklayabilirler, sadece o konuyla ilgili oy kullanamazlar. (İMREGÜN, s.114); *Teoman'a* göre de genel kurula katılma hakkı, oy hakkından bağımsız bir haktr. (TEOMAN, Oy Hakkından Yoksunluk, s.8.)

32 OECD/G20, s.19, Bölüm II.; FAİRFAX, s.1262.

33 KAYA, M.İ., Pay Sahiplerinin Anonim Şirket Genel Kurulunda Temsil Edilmesi, **BATİDER**, 2014, C.30, S.4, (s.45-95), s.49; Söz alma, görüş açıklama, ilgili organlara sorular yöneltme, bilgi edinme ve belirli koşullarda iptal davası açma gibi haklar da pay sahiplerinin ortaklığın yönetimi ve gözetiminde etkili olabilmelerini mümkün kılan oy hakkına işlerlik sağlamak amacı ile tanınmıştır, (TEOMAN, Oy Hakkından Yoksunluk, s.2; YILDIZ, Ş., **Anonim Ortaklıkta Pay Sahipleri Açısından Eşit İşlem İlkesi**, Ankara 2004, s.58).

34 Çoğunluk ilkesinin tarihi gelişim süreci hakkında bilgi için bkz. TEKİNALP, Yönetime Katılma Sorunları, s.38 vd.; YILDIZ, s.58.; İMREGÜN, s.3.; BOZKURT, T., **Şirketler Hukuku**, Ankara 2018, s.195.

35 TEKİNALP, Yönetime Katılma Sorunları, s.8.

sahiplerinin şirket merkezinden farklı yerlerde bulunmaları ve (temsil yolunu tercih etmeyen pay sahipleri açısından) kişinin pay sahibi olduğu birden fazla şirketin genel kurul tarih ve saatlerinin çakışması gibi fiili engellerden de kaynaklanabilir³⁶.

Özellikle halka açık anonim ortaklıklarda pay sahipliği yapısının dağınık olması, genel kurulda pay sahiplerinin bir araya gelmesini güçleştirmekte ve göreceli olarak az sayıda oy gücüne ve fakat, ortak bir amaç doğrultusunda hareket etme yönünde önceden karar alan belirli sayıdaki pay sahibinin kurulda daha etkin olmaları sonucunu doğurmaktadır. Genellikle küçük yatırımcı olarak nitelenen, sermayedeki pay oranı düşük olan pay sahipleri bu açıdan, bir ortaktan ziyade temettü bekleyen bir yatırımcı gibi hareket etmektedir³⁷. Bu kişilerin pay sahipliğinden doğan hakları, konu hakkında yasal düzenlemeler ve şirketin fiili durumu hakkında yeterli bilgiye sahip olmamaları ihtimali de belirtilen sonuçla karşılaşılma sıklığını arttırmaktadır.

Bu sorunun görüldüğü şirketlerde dikkate alınabilecek bir diğer olasılık ise, genel kurulun kendi yetkilerini etkin bir şekilde kullanamaması ve yönetim üzerinde kanundan doğan gözetleyici işlevini yerine getirememesi karşısında, yönetim kurulunun fiili yetki alanının genişlemesidir³⁸. Genel kurullarda oluşan bu güç boşluğu³⁹, öğretide mülkiyet-kontrol ayırımı⁴⁰ olarak da anılan sorunun temel nedenlerindedir⁴¹. Güç boşluğu, basit nisabı sağlayarak şirketi sürekli kontrol altında tutan bir grubun ortaya çıkması veya şirket yönetiminin risk ve sorumluluk taşımayan profesyonellere denetimsiz bir şekilde terk edilmesi gibi sonuçlar doğurmaktadır⁴². Belirtilen durum, genel kuruldaki güç boşluğundan kaynaklanan yerin şirket yöneticileri tarafından doldurulmasına veya bir organ olarak genel kurulun kısmen etkisizleşmesine neden olmaktadır⁴³.

36 TEKİNALP, Yönetime Katılma Sorunları, s.7.

37 TEKİNALP, Bilanço, s.39.; EMİNOĞLU, s.68.

38 ŞEHİRALİ ÇELİK (Kırca/Manavgat), s.254. PETTET, s.54.; NOBEL, s. 167.

39 ARMOUR, HANSMANN, KRAAKMAN, (Davies, P./ Enriques, L./ Hertig, G./ Kanda, H./ Rock,)s.37.

40 BERLE/MEANS, s. 69 vd

41 KAYA, s.11.; PASLI, s.41.; ŞEHİRALİ ÇELİK (Kırca/Manavgat), s.268.

42 TEKİNALP, Yönetime Katılma Sorunları, s.4.; KAYA, s.11.; ŞEHİRALİ ÇELİK (Kırca/Manavgat), s.269.

43 TEKİNALP, Yönetime Katılma Sorunları, s.8; KAYA, s.11. Konu açısından pay sahipleri demokrasisi kavramının değerlendirilmesi için bkz. EMİNOĞLU, s.69.



3. Türk Hukuku Açısından Çoğunluk İlkesi

a. Elektronik Ortamda Genel Kurul ve Temsil

Genel kurul başlığı özelinde, Türk hukukunda pay sahiplerinin şirket karar alma sürecine daha etkin bir şekilde dahil olmalarına imkân tanıma amacını taşıyan değişiklikler arasında ilk olarak, genel kurula elektronik ortamda katılıma ilişkin düzenleme gösterilebilir. Bu husus, TTK m.1527'de ve Anonim Şirketlerde Elektronik Ortamda Yapılacak Genel Kurullara İlişkin Yönetmelik ile düzenlenmiştir⁴⁴. Anonim şirketlerde genel kurullara elektronik ortamda katılma, öneride bulunma, görüş açıklama ve oy verme, fizikî katılmanın ve oy vermenin bütün hukuki sonuçlarını doğuracaktır (m.1527/5).

Elektronik ortamda yapılan genel kurul⁴⁵, pay sahiplerinin toplantılara erişiminin kolaylaştırılması ve buna ilişkin maliyetlerin azaltılması⁴⁶ gibi fiili katkılarının yanı sıra, şirketler açısından da hesap verilebilirlik ilkesinin yerleşmesi ve (Kanun tarafından öngörülen sınırlar içinde) pay sahipleri ile yönetim arasındaki etkileşimin sağlanması hususlarında da fayda sağlar⁴⁷.

TTK m.1527 hükmünde, toplantının sadece elektronik ortamda yapılabilmesi imkânından söz edilmemesine dayalı olarak, öğretide tamamen elektronik bir ortamda toplantının gerçekleştirilemeyeceği görüşü öne çıkmaktadır⁴⁸. Ayrıca önemli olan hususlardan biri de eşit işlem ve âdillik ilkesinin bir yansıması olarak genel kurul toplantısına

44 TTK m.1527'nin gerekçesinde, Türk hukukunda pay senetleri borsada işlem gören anonim şirketler açısından ilgili en önemli sorunun yönetsel anlamda yaşanan güç boşluğu olduğu ve uygulamada, genel kurullara katılımın yetersiz seviyede olduğu vurgulanmaktadır. (Yönetmelik için bkz. RG Tarih ve No: 28.08.2012, 28395).

45 TTK m.1527/5 ve Yönetmelik m.1/ç uyarınca elektronik ortamda katılımdan anlaşılması gereken, anonim şirket genel kurul toplantılarına Elektronik Genel Kurul Sistemi'nden katılınması, görüş açıklanması, öneride bulunulması ve oy kullanılmasıdır.

46 İnternet kullanımının AB düzenlemeleri için ÖZER, I., Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Anonim Şirket Genel Kuruluna Elektronik Ortamda Katılım, **BATİDER**, Aralık 2009, C.XXV, S.4, (623-662). s.631 vd.

47 ERGİNCAN/BÜLBÜL, Türkiye'de Elektronik Genel Kurulların Ortakların Oy Hakkının Kullanımına Etkisi, **Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.4, S.2, Aralık 2014, (31-63), s.42.

48 ÖZER, s.635; MOROĞLU, E., 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu, Değerlendirme ve Öneriler, İstanbul 2016, s.424.; *Bahtiyar'a* göre tamamen elektronik ortamda, yani sanal genel kurul toplantısı gerçekleştirilecekse alınan kararların yaptırımı yokluk olacaktır, (BAHTİYAR, M., **Ortaklıklar Hukuku**, İstanbul 2016, s.154). Ancak TTK M. 1527/1'de müdürler ve yönetim kurulu üyeleri için tamamen elektronik ortamda, yani sanal genel kurul yapılmasına izin verilmiş, ikili ayrıma gidilmiştir, (BAHTİYAR/HAMAMCIOĞLU, s.14). Tamamen elektronik ortamda yapılacak bir genel kurul, sanal/online genel kurul olarak nitelendirilmektedir, sanal ortamda fiziksel katılım olmaksızın gerçekleştirilir (*virtual-only general meetings*); karma genel kurul (*virtual general meetings/hybrid on-line meetings*) ise hem fiziksel hem elektronik ortamda gerçekleştirilir, (ERGİNCAN/BÜLBÜL, s.41).

fiziken katılım sağlayan pay sahibi ile elektronik ortamda katılım sağlayan arasında bir fark gözetilmemesi, bu kişilerin birebir aynı haklara sahip olmalarıdır⁴⁹. Bunun yanı sıra, toplantının zamanı ve toplantıda alınan kararların doğuracağı hüküm ve sonuçlar açısından da bir fark olmadığı hem kanunda hem de yönetmelikte açıkça belirtilmiştir. Hüküm ve sonuçlar yönünden fark bulunmasa da Anonim Şirketlerin Genel Kurullarında Uygulanacak Elektronik Genel Kurul Sistemi Hakkında Tebliğ⁵⁰ m.6 ve m.7/1 hükümleri ile TTK'nun her iki toplantıyı eş tutan yaklaşımında, pay sahiplerine adil muamele açısından bir soru işaretinin ortaya çıktığı ileri sürülmektedir⁵¹. Eşit işlem ilkesi, fiziki katılımcıların sahip olduğu haklara elektronik ortamda katılanların da sahip olmasını gerekli kılmaktadır⁵². Bununla birlikte, Tebliğ çerçevesinde elektronik ortamda yapılacak katılımlar açısından pay sahiplerinin, her bir gündem maddesi için en fazla iki adet görüş iletebileceği, her bir görüşün en fazla 600 karakter olabileceği ve oyların azami iki dakika içinde gönderilmesi gerektiği⁵³ belirtilmektedir (m. 6 ve 7)⁵⁴. Bununla birlikte anılan kural ve sınırlandırmaların, katılım yöntemlerine göre pay sahiplerinin hak ve etkileri arasında bir ayrıma gidilmesinden çok, her iki katılım yöntemi arasındaki eşgüdümün sağlanması ve elektronik ortamdaki katılımın etkin bir şekilde yürütülebilmesi ihtiyacından kaynaklandığı savunulabilir.

Pay sahiplerinin genel kurulda temsili, etkin katılımın sağlanmasına yönelik bir diğer başlık olarak görülebilir. Pay sahipleri genel kurul toplantılarına şahsen katılabilecekleri gibi, pay sahibi olan veya olmayan birini de temsilci olarak belirleyebilirler⁵⁵. Türk Ticaret Kanunu'nda düzenlenmiş olan temsilcilik sistemleri basit/olağan (adi) temsilci ve tevdi eden temsilcisidir. Organ temsilcisi, kurumsal temsilci ve bağımsız

49 Erdem, E., Türk Ticaret Kanunu'nun Anonim Şirketler Genel Kurulları İçin Getirdiği Yenilikler, *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.9, S.117-188, Mayıs-Haziran 2014, (29-61), s. 54; ÖZER, s.636.

50 RG Tarih ve No: 29.08.2012, 28396.

51 BİLGİLİ/DEMİRKAPI, s.223.; BAHTİYAR/HAMAMCIOĞLU, s. 102.

52 ERDEM, Genel Kurul, s.53.

53 TTK'da ve ilgili mevzuatta, genel kurul toplantısı esnasında elektronik genel kurulun işleyişine etki edecek bir teknik arızanın çıkması hâlinde alınan kararların geçerliliğine yönelik bir hüküm bulunmamaktadır. Öğretide, teknik arıza oluşması hâlinde arızanın oluşumuna kadar alınan kararların geçerli kabul edilmesi gerektiği savunulmaktadır, (PULAŞLI, Elektronik Ortamda Genel Kurul, s. 2683). Bu teknik arızanın, kararın belirtilen şekilde alınmasına etkili olmuş ise kararın iptal edilebilirliğine ilişkin bkz. ÖZER, s.657.

54 Pay sahiplerinin sayısının fazlalığı sebebiyle konuşma sürelerinin kısıtlanması, elektronik ortamdaki katılanlar için de uygulanacaktır. Aksi durum, toplantıların işlerliği ve verimliliği açısından olumsuz etkiler doğurabilir, (ÖZER, s.652).

55 Anonim şirket esas sözleşmesine konulacak bir hükümle pay sahiplerinin genel kurulda temsili yasaklanamaz; aksi düzenleme, emredici hükümler ilkesi ve TTK m. 425 ile çelişecektir, (KAYA, M.İ., Pay Sahiplerinin Anonim Şirket Genel Kurulunda Temsil Edilmesi, s. 87).



temsilciye ilişkin hükümler (TTK m.428., m.430 ve m.431) ise, 7099 Sayılı Yatırım Ortamının İyileştirilmesi Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun⁵⁶ ile ilga edilmiştir (m. 23)⁵⁷. Kanun Gerekçesi'nde anılan değişikliğin nedenleri arasında, temsile ilişkin düzenlemenin şirketler açısından maddi bir külfet oluşturması ve bunun, genel kurul toplantılarının gecikmesine neden olması gösterilmiştir⁵⁸. 7099 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik öncesinde de öğretide benzeri şekilde, kurumsal temsilcinin çağrı yoluyla genel kurul sürecini önemli ölçüde uzattığının ve buna rağmen pay sahipleri demokrasinin temini ile güç boşluğunun engellenmesine dair beklenen katkıyı sunmadığının savunulduğu görülmektedir⁵⁹.

b. Yetersayılar

Genel kurul toplantılarının olağan olarak ancak yılda bir kez yapılması (m. 409) ve pay sahiplerinin paydan doğan belirli haklarını kullanmaları açısından taşıdığı önem⁶⁰ nedeniyle, genel kurul toplantıları ilgili tarafların haklarını koruma ve sürecin verimli bir şekilde işlerliğini temin etme amacını taşıyan bir dizi usul kuralına tâbi kılınmıştır⁶¹. Genel kurul toplantısının başlayabilmesi için toplantı yetersayısının⁶², usulüne uygun başlamış bir toplantıda karar alınabilmesi için ise karar yetersayısının⁶³ sağlanması gerekmektedir. TTK m.418/1'e göre toplantı yeter sayısının toplantı süresince korunması gerektiği belirtilmekle birlikte, aykırılık hâlinde bunun kararların geçerliliğine yönelik etkisine dair bir hükme

56 RG Tarih ve No: 10.03. 2018, 30356.

57 7099 Sayılı Kanun m. 23: "13/1/2011 tarihli ve 6102 sayılı Kanunun 428 inci, 430 uncu ve 431 inci maddeleri yürürlükten kaldırılmıştır."

58 "... Ancak maddede herhangi bir ayırım yapılmadığından tüm anonim ortaklıklar maddede belirtilen zorunlulukları yerine getirmek durumundadırlar. Maddenin uygulanması özellikle az sayıda pay sahibi olan şirketlerde sorun yaratmaktadır. Bu şirketler bakımından böyle bir ihtiyaç bulunmadığı gibi uygulama mali külfet doğurmakta ve genel kurul toplantılarının gecikmesi ihtimalini ortaya çıkarmaktadır. Diğer yandan hükmün asil fayda sağlayacağı halka açık anonim ortaklıklar bakımından 6362 Sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nun 30'uncu maddesinin dördüncü fıkrasının son cümlesi "6102 Sayılı Kanunun 428'inci maddesi bu Kanun kapsamında uygulanmaz." denilerek halka açık anonim ortaklıklar bakımından istisna tanınmaktadır. Bu itibarla halka açık anonim ortaklıklarda uygulanması imkânı bulunmayan hükümler, uygulamada yaşanabilecek sorunların önüne geçilebilmesi amacıyla yürürlükten kaldırılmalıdır." <https://www2.tbmm.gov.tr/d26/1/1-0912.pdf>

59 ERDEM, Genel Kurul, s. 51; BOZKURT, s. 343; BAHTİYAR, Ortaklıklar, s.177.

60 Oy hakkı bunun en açık örneği olmakla birlikte (m. 434), yönetim kurulundan bilgi talep edilmesi (m. 437/2) gibi haklar da bunlar arasında sıralanabilir.

61 YİĞİT, s.120.; Sıkı şekil şartlarına tabi kılınması nedeniyle, öğretideki bazı yazarlarca, genel kurul "hantal" bir organ olarak nitelendirilmektedir, (BOZKURT, s.305).

62 "Genel kurullar, bu Kanunda veya esas sözleşmede, aksine daha ağır nisap öngörülmüş bulunan hâller hariç, sermayenin en az dörtte birini karşılayan payların sahiplerinin veya temsilcilerinin varlığıyla toplanır. Bu nisabın toplantı süresince korunması şarttır. İlk toplantıda anılan nisaba ulaşılmadığı takdirde, ikinci toplantının yapılabilmesi için nisap aranmaz." (TTK m. 418/1).

63 "Kararlar toplantıda hazır bulunan oyların çoğunluğu ile verilir.", (m. 418/2).

Kanun ve gerekçede yer verilmemiştir⁶⁴. Nisap bozulmadan önce alınan kararların tespiti için, toplantı esnasında yeter sayının hangi andan itibaren sağlanamadığına ilişkin itirazlar toplantı başkanının⁶⁵ yapacağı bir sayımla çözülebilir⁶⁶.

Toplantı sona erdikten sonra yapılan itirazlara ilişkin ise öğretide farklı görüşler mevcuttur. Bir görüş, bu durumu tıpkı TTK m.416'daki çağrısız genel kurul toplantılarına benzetmekte ve nisap ¼ oranının altına düştükten itibaren alınan kararların yoklukla malûl olduğunu belirtmekte iken⁶⁷; bir diğer görüş ise m.418 hükmünün, “*ilgili gündem maddesinin oylanmasının tamamlanmasına kadar*” şeklinde anlaşılması ve nisabın her bir gündem maddesi için ayrı ayrı değerlendirilmesi gerektiğini savunmaktadır⁶⁸. TTK m.418'in son cümlesini toplantıyı bir bütün olarak kabul ettiği ve zamansal bakımdan aynı toplantıda farklı gündem maddelerinin görüşebileceğini göz ardı ettiği için oldukça katı bulan diğer bir görüşe göre ise, toplantı nisabı sağlandıktan ve gündem maddeleri görüşülmeye başlandıktan sonra, kural olarak karar nisabının artık dikkate alınmaması gerektiği savunulmaktadır⁶⁹. Yargıtay kararları incelendiğinde ise, toplantıda bulunanların tamamının oylamaya da

64 MOROĞLU, Değerlendirme ve Öneriler, s.236. Yazara göre bu madde, kanunda veya esas sözleşmede öngörülen nisabın bozulmasından önce alınan genel kurul kararlarını geçersiz kılması bakımından çok hatalıdır ve gündem çerçevesinde alınan her bir kararın birbirinden bağımsız olması anlayışına da ters düşmektedir.

65 Genel kurul toplantı başkanı hakkında bkz. AZARKAN, N.: Anonim Şirket Genel Kurul Toplantılarını Kim Yönetir?, **Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 17-18, S.26-29, 2013, s. 78 vd.

66 SAYHAN, İ., Anonim Ortaklık Genel Kurul Toplantılarında Toplantı Çoğunluğunun Korunması İlkesi ve Çoğunluğun Tespiti, **Ufuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.2, S.2, Aralık 2014, (9-16) s.12.

67 PULAŞLI, Şirketler Hukuku, s.381 N.98. Aksi yönde bkz. BAHTİYAR, M., Anonim Şirket Genel Kurulunda Toplantı Yeter Sayısının “Toplantı Süresince Korunması” Şartına İlişkin TTK. 418/1 Hükmünün Değerlendirilmesi, **Prof. Dr. Hamdi Yasaman'a Armağan**, (s.59-100), s. 88. (www.lexpera.com., E.T.:22.07.2019)

68 BİLGİLİ/DEMİRKAPI, s.244.; ÇAMOĞLU (Poroy/Tekinalp), N.708. Yazara göre bir gündemde farklı nisapları gerektiren maddeler birlikte bulunuyorsa, değerlendirme yalnızca ilgili gündem maddesiyle sınırlı olarak yapılmalıdır. *Bahtiyar* ise, anılan görüşü, toplantıyı kötü niyetle uzatmayı amaçlayan kişileri de dikkate alarak eleştirmektedir. (BAHTİYAR, Yasaman'a Armağan s.94).

69 BAHTİYAR, Yasaman'a Armağan, s.99. *Bahtiyar*, BTY m.28/1'deki “*Toplantı başlamadan önce, Kanun ve esas sözleşmede öngörülen asgari toplantı nisabının sağlanamaması veya toplantı sırasında yapılan yoklama sonucunda toplantı açılmadan önceki hazır bulunan pay listesine göre hesaplanan karar nisabı kadar payın temsil edilmediğinin anlaşılması halinde toplantı ertelenir.*” ifadesine dayanarak, karar nisabının açılıştaki toplantı nisabına göre belirleneceğini ve toplantı nisabının düşmesinin değil, karar nisabının düşmesinin ertelemeye neden olacağını belirtmektedir. Ayrıca yazara göre nisabın açılıştaki varlığı saptanmalı ve bu nisaba göre belirlenecek karar nisabı mevcut oldukça da karar alınabilmelidir; fakat istisnaen, farklı (özel) toplantı nisabına tabi gündem maddeleri varsa, o maddenin oylanmasından önce, o özel nisabın da sağlanması veya kontrolü gerektiği yönünde bir hükmün yönetmeliğe yazılması yeterli olacaktır, (BAHTİYAR, Yasaman'a Armağan, s.99.)



katıldığıının kabul edildiği; toplantı nisabının altında düşüldüğü andan itibaren alınmış kararların ise yok hükmünde sayıldığı görülmektedir⁷⁰.

c. Azınlık Hakları

Anonim şirketler açısından, çoğunluk iradesine önem verilmiş ve şirketin yönetiminde bu iradenin etkin olması sağlanmıştır. Karar nisabı ile vurgulanan çoğunluk, esas sözleşmenin değiştirilmesi gibi hususlar yönünden yerini sadece çoğunlukta olmanın ötesine geçen daha ağır bir nisaba (m. 425/3), bazı hallerde ise oy birliğine bırakmıştır (m. 421/2). Bununla birlikte esas alınan sistemin, birçok durumda toplamın değil, mevcudun çoğunluğu olduğu; bir diğer ifadeyle, katılım gösterenlerin iradesinin belirleyici nitelik taşıdığı görülmektedir.

Öğretide güç boşluğu ve pay sahiplerinin iradesi ile şirket yönetimi arasındaki kopukluk yaşanması ihtimali çerçevesinde yoğun bir şekilde tartışma konusu edinilen bir husus olarak⁷¹, Türk şirketler hukukunda da anonim şirkette azınlıkta⁷² kalan pay sahiplerinin iradelerinin de belirli ölçülerde sonuç doğurmasına ve bunların haklarının korunmasına yönelik tedbirler alınmıştır. Halka kapalı anonim şirketlerde sermayenin onda biri, halka açık anonim şirketlerde yirmide birine sahip azınlığa tanınan olanaklar bunlar arasında gösterilebilir⁷³. Genel kurulda belirli kararların ancak ağırlaştırılmış nisaplarla alınabilmesi (m.421)⁷⁴, genel kurula davetin şekil şartlarına bağlanmış olması, gündeme bağlılık ilkesi ve pay

70 "Somut olayda kooperatifin, 384 toplam kayıtlı ortak sayısına göre toplantı nisabı 96 olup, başlangıçta bulunup da terk edenlerden sonra toplantıda kalıp oy kullanan ortak sayısının, bu toplantı nisabının altına düşmesi sonucu alınan kararlardan, "yönetim kurulunun ibrası", "yönetim kurulunun faaliyet raporu", "ortaklardan katılım payı alınması" kararlarının, yok hükmünde sayılması gerektiği gözetilerek, bu kararların geçersizliğine ilişkin açılan davanın kabulü yerine, yazılı gerekçelerle reddi doğru görülmüştür", 11. HD. E. 2004/1596, K. 2004/10721, T. 02.11.2004.

71 TEKİNALP, Yönetime Katılma Sorunları, s.7.

72 Azınlık genellikle, şirket iradesinin oluşumuna katkısı sınırlı düzeyde kalan, bu nedenle kendileriyle ilgili hususlarda çoğunluğun iradesine tâbi olan grup olarak değerlendirilmektedir. Çoğunluk ile ise genellikle, şirketin kararlarını doğrudan etkileme gücü bulunan pay sahipleri kastedilmektedir, (NOMER, F., **Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Sadakat Yükümlülüğü**, İstanbul 1999, s.20, dn.66). Azınlık kavramı sadece sayısal olarak yorumlanmamalıdır. Bu kapsamda %52 karşısında %48'in de azınlık vasfında olduğu kabul edilebilir. (BOZKURT, s.196). Türkçe'de "azlık" diye bir sözcük olmadığı, bunun karşılığının "azınlık" olması gerektiğine ilişkin eleştiri için bkz MOROĞLU, Değerlendirme ve Öneriler, s.228.; Kavramsal olarak, kanun koyucu tarafından benimsenen "çoğunluk" ifadesi karşısında, "azınlık" ifadesinin daha yerinde bir tercih olduğu savunulabilir. Bu açıdan azlık, az olma durumunun kendisi iken, azınlık bir topluluk içinde sayıca az olmayı ifade etmektedir. Bkz. (<http://www.tdk.gov.tr>, E.T. : 09.11.2018).

73 Kurucuların kuruluştan doğan sorumluluktan ibralarını önleme (m. 559), özel denetçi tayini isteme (m.438 vd.), genel kurulu toplantıya çağırma hakkı (m.411-412), finansal tabloların müzakeresi ve buna bağlı konuların görüşülmesinin ertelenmesini talep hakkı (m.420) buna örnek olarak gösterilebilir.

74 PETTET, s.152; ROCK/DAVIES/KANDA/KRAAKMAN(Armour/Enriques/Hansmann/Hertig/Hopt), s.190.

sahiplerine genel kurul kararlarının iptalini isteme yetkisinin verilmesi (m.445) salt asgari çoğunluğa dayalı bir idare anlayışının Türk şirketler hukuku açısından benimsenmediğini göstermektedir⁷⁵. Pay sahiplerine tanınan müktesep ve vazgeçilemez haklar da bu yaklaşımın sonuçları arasında gösterilebilir⁷⁶. Birikimli oya ilişkin düzenlemenin de (m. 434)⁷⁷, çoğunluk ile azınlık arasındaki menfaatler dengesinin ayarlanması, azınlığın çoğunluk karşısında korunması ve yönetime makul ölçüde katılımının sağlanması amacını taşıdığı anlaşılmaktadır⁷⁸.

Halka açık şirketlerde şirketin gelişimi gerekçe gösterilerek, olduğundan çok daha düşük kâr dağıtılması, uygulamada konuya ilişkin sıklıkla karşılaşılan sorunlar arasında gösterilebilir. Bu hususta öğretiler, pay sahiplerinin haklı sebepler veya ortaklık menfaati değil, ancak müşterek menfaatlerin bulunması hâlinde haklarının kısıtlanmasına katlanması gerektiği belirtilmektedir⁷⁹. Yargıtay ise bu kavramı “kümülatif menfaat” olarak değerlendirmektedir⁸⁰. Bu anlayışa göre, anonim ortaklığın menfaati için azınlıktan özveride bulunmasını beklemek, özellikle yatırım finansmanında hiç kâr payı dağıtmamak yerine, kâr payı dağıtımının da anonim ortaklığın yararına olduğunu gören menfaat esas alınmalı ve yargı içtihatlarıyla ilkesel bir hâle gelmelidir⁸¹.

75 Bu konuda ayrıca bkz. BOZKURT, s.196.

76 POROY (Tekinalp/Çamoğlu), C.I, N. 465; TEKİNALP, Yönetime Katılma Sorunları, s.40.; NOMER, F., Anonim Ortaklıkta Eşit Davranma (Eşit İşlem) İlkesi, **Prof. Dr. Oğuz İmregün'e Armağan**, İstanbul 1998, (469-490), s.470.

77 Ticaret Bakanlığı'nun Halka Açık Olmayan Anonim Şirketlerin Genel Kurullarında Birikimli Oy Kullanımına İlişkin Esaslar Hakkında Tebliğ m.4'e göre birikimli oy, genel kurula katılan pay sahiplerinin veya temsilcilerinin kullanmaya yetkili olduğu oy sayısının, seçimi yapılacak yönetim kurulu üye sayısı ile çarpılması suretiyle hesaplanır. Seri: IV, No: 29 Sermaye Piyasası Kanununa Tabi Anonim Ortaklıkların Genel Kurullarında Birikimli Oy Kullanımına İlişkin Esaslar Hakkında Tebliğ m.5'e göre birikimli oy kullanma; genel kurula katılan kişinin yönetim kurulu ve denetim kurulu üyeliği seçiminde kullanacağı oy sayısı, sahip olduğu veya vekil sıfatıyla kullanmaya yetkili olduğu oy sayısı ile seçim yapılacak yönetim kurulu ve denetim kurulu üye sayısının çarpılması suretiyle bulunan ve bu suretle ulaşılan birikimli oy sayısının tamamı bir aday için veya birden fazla adaya bölünerek kullanılabilen oy kullanma yöntemidir.

78 KARASU, R., 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu ile Anonim Şirketlerde Kurumsal Yönetim ile İlgili Getirilen Yenilikler, **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2013, S.2, (33-60), s.47.

79 TEKİNALP (Poroy/Çamoğlu), N.885.

80 Bu konuya ilişkin bir Yargıtay kararında (11. HD., T. 02.03.2017 E. 2016/6510 K. 2017/1252); şirkette enflasyon düzeltilmesinden kaynaklanan nedenlerle kâr payı dağıtılmamasına üst üste iki hesap yılında da karar verildiği görülmektedir. Yerel mahkeme, şirketin 2012 ve 2013 yıllarında kâr etmesine rağmen, genel kurulda kâr dağıtılmamasına ilişkin alınan kararın pay sahiplerinin haklarını ihlâl ettiğine karar vermiştir. Ancak temiz sonucunda Yargıtay; şirketin ayrıca uluslararası nakliye faaliyeti ile iştigal etmesini de göz önüne alarak Avrupa'da ve ülkedeki ekonomik gelişmelerin iyi olmayacağı öngörüsü karşısında şirketin bu olumsuz koşullar altında devamlılığının sağlanabilmesi için, finansal tablolarda yer alan mevcut zararı karşılanıncaya kadar yönetim kurulunca kâr dağıtmama kararı alınmasında hukuka aykırılık görmemiştir. Daire tarafından bu kararda, bireysel değil kümülatif menfaatin gözetildiği ifade edilmiştir. (www.lexpera.com, E.T.: 08.07.2019)

81 TEKİNALP (Poroy/Çamoğlu), N.886.



B. Eşit İşlem İlkesi

1. Kavram ve İşlevleri

TTK m. 357'de düzenlenmiş olan eşit işlem ilkesi, kurumsal yönetim ilkelerinden adillik ilkesiyle yakından ilişkilidir. Adillik, şeffaflık temelinde iyi yönetim ve denetimle menfaatlerin ideal noktada buluşturulması gerekliliğini ifade eder⁸². Pay sahiplerinin adil muamele görme hakkı OECD Kurumsal Yönetim İlkeleri ve SPK Kurumsal Yönetim İlkeleri'nde de yer almaktadır⁸³ ve 6102 Sayılı TTK m.357 ile kanunî bir üst kural olarak düzenlenmiştir. TTK m.357'ye göre pay sahipleri eşit şartlarda eşit işleme tâbi tutulur. Benzeri bir hüküm, AET'nun ticaret şirketlerine ilişkin, 13.12.1976 tarih ve 77/91/EWG sayılı İkinci Yönergesi'nin 42. maddesinde de öngörülmüştür⁸⁴.

Eşit işlem ilkesi, bağımsız bir üst norm olarak kaynağını dürüstlük kuralından almaktadır⁸⁵. Her ne kadar kanun lafzı pay sahiplerine yönelik olsa da eşit işlem ilkesi şirketle bağlantılı diğer menfaat sahiplerini de dışarıda tutmamaktadır⁸⁶. Bu açıdan ilke, hem yönetim kuruluna hem de genel kurula hitap etmekte ve bu organları haksız ve keyfi uygulamalara karşı sınırlandırarak⁸⁷, çoğunluğun ve azınlığın menfaatlerini dengeleyici bir işlev göstermektedir. Eşitlikten kasıt, kural olarak nispi bir eşitliktir ve bu kurala istisna getirilmesini, ancak haklı, makul ve objektif olarak geçerli bir gerekçenin varlığı halinde mümkün kılmaktadır⁸⁸. Eşit işlem ilkesinin, kural olarak mutlak değil, "eşit şartlarda eşit işlem" kriterine uygun olarak nispi bir şekilde uygulanması, kurumsal yönetim ilkelerinden adillik ilkesinin bir sonucu olarak değerlendirilebilir⁸⁹.

82 TTK Genel Gerekeçe N.89.'e göre Genel kurul toplantısı, pay sahiplerinin katılımını artırmak amacıyla pay sahipleri arasında eşitsizliğe yol açmayacak ve pay sahiplerinin mümkün olan en az maliyetle katılımını sağlayacak şekilde gerçekleştirilir, (SPK Kurumsal Yönetim Tebliği, m.1.3.3).

83 OECD/G20, s.19; SPK Kurumsal Yönetim İlkeleri m. 1.

84 "For the purposes of the implementation of this Directive, the laws of the Member States shall ensure equal treatment to all shareholders who are in the same position." (<https://eur-lex.europa.eu/eli/dir/1977/91/oj>, E.T., 16.07.2019)

85 TEKİNALP (Poroy/Çamoğlu), N.887.; NOMER, Sadakat Yükümlülüğü, s.24; ERDEM, E., **Türk ve İsviçre Hukuklarında Eşit İşlem İlkesi**, İsviçre Borçlar Kanunu'nun İktisabının Sekseninci Yılında İsviçre Borçlar Kanunu'nun Türk Ticaret Kanunu'na Etkileri, İstanbul 2009, (393-419), s.395.

86 EMİNOĞLU, s.118.; TEKİNALP, Alacakaptan'a Armağan, s.637.

87 TTK m.357 Gerekeçesi; ÜÇİŞİK/ÇELİK, s.59.; ERDEM, Eşit İşlem, s.396.; NOMER, Eşit İşlem, s.481.

88 İlke ancak şartların eşit olması hâlinde uygulanabildiği için, şirket esas sözleşmesinde farklı pay grupları oluşturulup, bu farklı pay gruplarına ayrı haklar tanınabilir. (ÜÇİŞİK/ÇELİK, s.59; ERDEM, Eşit İşlem, s.403.; NOMER, Eşit İşlem, s.485-486.)

89 EMİNOĞLU, s. 118.; ERDEM, Eşit İşlem, s.397.

Eşit işlem ilkesi, esas sözleşmedeki hükümlerin adil ve menfaatler dengesine uygun bir şekilde yorumlanmasını da gerekli kılar⁹⁰. İlkenin, pay sahiplerinin belirli haklarını da teminat altına almasından ötürü, menfaatleri koruyucu bir işlevinin bulunduğu savunulabilir. İlke aynı zamanda, ortaklık yönetiminde söz sahibi kişilerin haksız ve yolsuz işlemleri ile pay sahiplerini zarara uğratmamaları gerektiğini vurgulamasıyla pay sahiplerinin ortaklığa karşı güvenini de temin eder⁹¹.

2. Genel Kurul Toplantılarının İşleyişinde Eşit İşlem İlkesi

AB Parlamentosu ve Konseyinin 11.07.2007 Tarih ve 2007/36/EG Sayılı, “Borsaya Kote Şirketlerin Paysahiplerinin Belirli Hakların Kullanılması Hakkında Direktifi” m.4’te belirtildiği gibi şirket, genel kurula katılımında ve oy haklarının genel kurulda kullanılmasında aynı konumda bulunan bütün pay sahiplerine eşit işlem yapılmasını sağlamakla yükümlüdür. Koruyucu haklar bağlamında genel kurul toplantılarına katılım⁹², iptal davası açma hakkı⁹³, bilgi alma ve inceleme hakkı gibi pay sahipliğinden doğan bireysel haklarda eşit işlem ilkesi, oransallık ilkesi etki etmeksizin tüm pay sahiplerine eşit şekilde (mutlak olarak) uygulanmak zorundadır⁹⁴. Sınırlamanın hangi gerekçeye dayandığı önem arz etmeksizin, bu konularda sınırlama yapılamaz⁹⁵.

a. Genel Kurula Katılma Hakkı ve Buna İlişkin Sınırlandırmalar

Genel kurul toplantılarında konuşma sürelerinin belirlenmesinde ve buna ilişkin azami sınırlar konulmasında da eşit işlem ilkesi geçerlidir. Ancak pay sahiplerinin sayıca fazlalığı halinde, sürelerin somut duruma göre farklılaştırılması mümkündür⁹⁶. Bu sınırlandırma mutlak eşit

90 TTK m.357 Gerekçesi; ÜÇİŞİK/ÇELİK, s.58; EMİNOĞLU, s.70.

91 PASLI, s.52-53.; NOMER, Eşit İşlem, s.483.

92 YİĞİT, s.48; Genel kurula katılma hakkı mutlaktır, ancak sadece katılım hakkının oy kullanma hakkını da beraberinde getirmeyeceğini belirtmek gerekir. Örneğin, oydan yoksunluk hâllerinde, pay sahibi genel kurul toplantısına katılabilse dahi oy kullanamayacaktır. Ayrıntılı bilgi için bkz. TEOMAN, Ö., Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Genel Kuruldan Çıkarılması, Otuz Yıl Ticaret Hukuku: Tüm Makalelerim, İstanbul 2000, (60-72), s.61, 5.dn.

93 Pay sahibinin şirket üzerinde denetimine olanak sağlayan haklar arasında yer alan iptal davası açma hakkı da, mutlak haklardandır, (YILDIZ, Eşit İşlem, s.172).

94 Bu ilkenin pay sahipliğinin özüne ilişkin haklar bakımından mutlak olduğu söylenebilir, (ŞEHİRALİ ÇELİK (Kırca/Manavgat), s.140.). Bu açıdan önemli olan, sayısı ve oy değerinden bağımsız olarak, pay sahibi olma vasfıdır. (ERDEM, Eşit İşlem, s.395. KIRCA (Şehirli Çelik/Manavgat), **Anonim Şirketler Hukuku, C.2/2**, Ankara 2016, s.83; ÜÇİŞİK/ÇELİK, s.61). Vazgeçilmez haklar mutlak olarak uygulanır ve bunlara oransallık ilkesi tatbik edilmez, (TEKİNALP (Poroy/Çamoğlu), N.870h.; PULASLI, Şirketler Hukuku, s.276, N.8).

95 Bu gibi durumlarda eşit işlem ilkesinin ikincil öneme sahip olduğuna ilişkin görüş için bkz. ŞEHİRALİ ÇELİK (Kırca/Manavgat), s.145; EMİNOĞLU, s.124.

96 Genel kurul toplantılarında konuşma sürelerinin kısıtlanmasına kimin/kimlerin ya da hangi organların karar verebileceğine ilişkin farklı görüşler için bkz. TEOMAN, Ö., **Genel Kurulda Konuşma Süresinin Sınırlandırılması**, Otuz Yıl Ticaret Hukuku: Tüm Makalelerim, (462-



işlem ilkesine uygun olarak, pay sahiplerinin görüşlerini açıklamasına imkân verecek ölçülülük içerisinde gerçekleştirilmelidir⁹⁷. Toplantı başkanı⁹⁸ da bu ilkeyi gözeterek, toplantı esnasında gündemde yer alan konuların tarafsız ve ayrıntılı bir şekilde, açık ve anlaşılabilir bir yöntemle aktarılması konusunda özen göstermeli ve pay sahiplerine eşit şartlar altında düşüncelerini açıklama ve soru sorma imkânı sunmalıdır⁹⁹. Ayrıca, pay sahipleri de bu konuda toplantının işlerliğini aksatacak davranışlarda bulunmaktan kaçınmakla yükümlüdür; aksi hâlde, buna uymayan kişiler toplantı salonundan çıkartılabilir¹⁰⁰. İlke uyarınca, ihlâlde bulunan kişilere uygulanacak bu yaptırımın da, ihlâlde bulunanların tamamını kapsamı ve bir kısmına ayrıcalık tanınmaması gereklidir¹⁰¹. Pay sahipliği haklarının kötüye kullanılması kapsamında, öğretide engelleme siyaseti olarak da nitelendirilen, toplantının sağlıklı biçimde yürümesini engelleyen davranışlar da toplantıdan çıkarma sebepleri arasında yer almaktadır¹⁰².

472), s.468, dn. 10. *Teoman* ise, konuşma hakkının genel kurul kararı ile kısıtlanmasının daha etkin olacağını, ancak belirli bir süre konuşan ve süreyi aştığına dair uyarılara rağmen konuşmaya devam eden pay sahibinin konuşmasının kısıtlanmasına toplantı başkanının yetkili olduğu görüşündedir. *Pulaşlı'ya* göre çıkarma kararını vermeye yetkili organ genel kuruldur, (PULAŞLI, Şirketler Hukuku, S.624, N.43). *Azarkan'a* göre ise toplantı başkanı, toplantıyı tarafsız bir şekilde yürütmek zorundadır, konuşma hakkını kötüye kullananların sözlerinin kesilmesi veya toplantının huzurunu bozanların toplantıdan çıkarılmasını genel kurulun onayına sunmak toplantı başkanının yetkisi dahilindedir, (İMREGÜN, s.114.; AZARKAN, s.78). Belirli bir öneride bulunan pay sahibine, bu önerisini açıklaması için yeterli sürenin tanınması da bu kapsamdadır, (YILDIZ, s.122).

- 97 PULAŞLI, Şirketler Hukuku, s.646 N.44.; *Teoman* belirli bir konuşma süresinin belirlenmesi konusunda tüm anonim ortaklıklara uygulanabilecek genel bir kuralın konulamayacağını belirtmiştir. Bu açıdan hâkimin, somut olay içerisinde hazır bulunan ya da söz almak için başvuran pay sahibi başta olmak üzere, şirketin özelliklerine göre sınırlandırmayı incelemesi gerekmektedir. Yazara göre, gündem maddelerinin önemleri dikkate alınarak her bir gündem maddesi için ayrı bir görüşme süresinin belirlenmesi de mümkündür. (TEOMAN, Ö., Konuşma Süresi, s.470)
- 98 TTK m.419'a göre esas sözleşmede aksine herhangi bir düzenleme yoksa toplantıyı, genel kurul tarafından seçilen, pay sahibi sıfatını taşıması şart olmayan bir başkan yönetir. Esas sözleşme ile, toplantının idaresinin divan şeklinde bir kurula verilmesinin de mümkün olduğu savunulmaktadır, (AZARKAN, s.81, dn.29). Uygulamada yönetim kurulu üyelerinden birinin toplantıya başkanlık edeceğine yönelik esas sözleşme hükümlerine yer verildiği görülmektedir. Bu durum, yönetim kurulunun genel kurula hesap verme yükümlülüğü altında olması ve genel kurulun ibra yetkisi göz önüne alındığında, toplantı başkanının tarafsızlığına yönelik şüphelere neden olabilir, (AZARKAN, s.87).
- 99 EMİNOĞLU, s.40; SPK Kurumsal Yönetim Tebliği m.1.3.5: "*Genel kurul toplantısında, gündemde yer alan konuların tarafsız ve ayrıntılı bir şekilde, açık ve anlaşılabilir bir yöntemle aktarılması konusuna toplantı başkanı özen gösterir. Pay sahiplerine eşit şartlar altında düşüncelerini açıklama ve soru sorma imkânı verilir.*"
- 100 *Teoman*, genel kabul uyarınca, çıkarma yetkisinin toplantı başkanının tarafından kullanılabileceğini; ancak keyfiligi önlemek gayesiyle, bu konuda takdirin genel kurul kararına da bırakılabileceğini belirtmektedir, (TEOMAN, Ö., **Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Genel Kuruldan Çıkarılması**, Otuz Yıl Ticaret Hukuku: Tüm Makalelerim, İstanbul 2000, (s.60-72). s.66-67). Aynı yönde bkz. ÜÇİŞİK/ÇELİK, s.289.
- 101 YILDIZ, Eşit İşlem, s.122.
- 102 TEOMAN, Çıkarılma, s.63 vd.

Her hâlükârda, toplantıdan çıkarılma yoluna başvurulması için, bunun ultima ratio olması, bir diğer ifadeyle, daha hafif ve başkaca önlemlerin etkisiz kalacağından endişe edilmesi gereklidir¹⁰³. Toplantıdan çıkarılması durumunda ilgili pay sahibi, pay sahipliğinden doğan haklarını değil, ilgili toplantıya katılmaktan doğan haklarını kullanamayacaktır ve bu geçici bir tedbir niteliğindedir¹⁰⁴.

Ayrıca, pay sahibinin konuşma süresinin kısıtlanması ve toplantıdan çıkarılması kararları, genel kurul kararlarından usule ilişkin bir karar olup, iptal edilebilirlik niteliğini kazanması için esas karara etkili bir hâl alması aranır¹⁰⁵. Eşit işlem hakkı, pay sahipliğinden doğan haklardan bağımsız olmadığı için tek başına ileri sürülemez; ancak, pay sahipliğinden doğan bir hakla birlikte ileri sürülebilir¹⁰⁶. Örneğin, genel kurul kararı ile pay sahiplerinden birine/bazılarına haklı olmayan özel bir menfaat sağlanmışsa, diğer pay sahiplerince bu karar açısından iptal istemi yoluna gidilebilir; fakat anılan ilke bu haksız ödemenin kendilerine de yapılması istemini haklı kılmaz¹⁰⁷.

b. Bilgi Alma Hakkı

Eşit işlem ilkesinin genel kuruldaki mutlak görünümünden biri de pay sahiplerinin bilgi alma hakkıdır¹⁰⁸. Kurumsal yönetim ilkelerinin kamuyu aydınlatmaya dair esaslarının, pay sahipleri açısından karşılığı bilgi alma hakkıdır¹⁰⁹. Belirtmek gerekir ki, TTK m.437'de düzenlenmiş

103 BİLGİLİ/DEMİRKAPI, s.224.; TEOMAN, Çıkarılma, s.62.

104 BİLGİLİ/DEMİRKAPI, s.335.; TEOMAN, Çıkarılma, s.69. Çıkarılma kararının iptali için, ilgili pay sahibinin kararın haksız olduğunu ispat etmesi gerekli ve yeterlidir, (TEOMAN, Çıkarılma, s.71), *Teoman'a* göre, kararın iptali için ayrıca, pay sahibinin toplantıdan çıkarılmaması durumunda kullanacağı oy nedeniyle bu toplantıda alınmış olan herhangi bir kararın farklı yönde neticelenebileceğini ispat etmesini gerek yoktur. Haksız çıkarılan pay sahibi ile oyunu kullanması hukuka aykırı olarak engellenen pay sahibi arasında bu açıdan fark yoktur. Yazar, toplantıdan haksız çıkarılmada usule ilişkin kararın esasa ilişkin kararı etkilemiş olmamasını şart kabul etmemekte iken; konuşma süresinin kısıtlanmasında kararın iptal edilebilmesi için esasa etkili olması gerektiğine katılmaktadır.; Ancak bir başka görüşe göre böyle bir ayırım yapılmaksızın usule ilişkin kararların iptal edilebilmesi için, karar, esası etkilemelidir. (MOROĞLU, Hükümsüzlük, s.13); ÇAMOĞLU (Poroy/Tekinalp), N.738.

105 Bu kapsamda pay sahibi, usulî karar yüzünden yeterince açıklamada bulunamadığını, ayrıca gerek kendisinin gerek pay sahiplerinin yeterince aydınlanamadığını ileri sürerek muhalefetini toplantı tutanağına geçirmek kaydıyla esas kararın iptali için iptal davası açabilir, (TEOMAN, Konuşma Süresinin Sınırlandırılması, s.469; ÜÇİŞİK/ÇELİK, s.288).

106 AKDAĞ GÜNEY, *Anonim Şirketlerde Eşitlik İlkesi*, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S.3-4, Ankara 2014, (115-136), s.121.; ERDEM, Eşit İşlem, s.396.

107 YILDIZ, Eşit İşlem, s.74.

108 YILDIZ, Eşit İşlem, 174. Ancak pay sahibinin bilgi alma hakkı ile genel kurulun organ sıfatıyla bilgi alması birbirinden farklı kavramlardır. Ayrıntılı bilgi için bkz. KAYA, Bilgi Alma Hakkı, s.57 vd.

109 ÖZER, s.630.; Hakların sakınılarak kullanılması ilkesi nedeniyle, şirket tarafından kamuya açıklanmış olan hususların pay sahibinin bilgi alma hakkı kapsamına dahil edilemeyeceği



olan bilgi alma hakkı, geniş anlamda kamuyu aydınlatma ilkesi içinde yer almaktadır¹¹⁰. Buna göre, m.437/2 uyarınca, her pay sahibi genel kurulda, yönetim kurulundan, şirketin işleri, denetçilerden denetimin yapılma şekli ve sonuçları hakkında bilgi isteyebilir¹¹¹.

Öğretide bilgi alma ve inceleme hakkı bağlamında yönetim kurulunun hesap verme görevi ve bu kapsamda ibra kararı arasında sebep sonuç ilişkisi olduğu, hesapların ortaya konulmasının ibranın ön koşulu olduğu ifade edilmektedir¹¹². TTK m. 409'a göre yönetim kurulu üyelerinin ibrasına ilişkin karar genel kurulda verildiğine göre, geçerli bir genel kurul kararından bahsedebilmek için pay sahiplerine bilgi alma ve inceleme hakkının, ilkelere uygun şekilde tanınmış olması gerekmektedir. Pay sahibi bilgi alma hakkı sayesinde şirketin ekonomik yapısı, faaliyetleri ve yönetim yapısı ile şirket yöneticilerinin elde etmiş olduğu menfaatler hakkında bilgi edinebilecektir¹¹³. Eşit işlem ilkesi uyarınca bilgi alma ve inceleme hakkı her pay sahibine tanındığından, bu hakka ancak ticari sırlar ve şirket menfaatleri dolayısıyla sınır konulabileceği kabul edilmektedir¹¹⁴. Bununla birlikte, talebin konusunu aynı zamanda kamuya da açıklanması zorunlu olan hususlar oluşturuyorsa, bunlar açısından haklı nedenin varlığı kabul edilmez. Çünkü bu halde bilgi alma hakkı zaten, kamuyu aydınlatma ilkesi çerçevesinde doğmaktadır¹¹⁵. Ayrıca öğretide, genel kurullarda pay sahibi veya temsilcisi dışındaki kişilerin de uygulamada görevli olabileceklerinin göz ardı edilmemesi gerektiği, bu kapsamda genel kurul toplantılarında açıklanan bilgilerden şirket sırrı kapsamına girenlerin, şirket menfaatini zedeleyebileceği ifade edilmektedir¹¹⁶.

yönünde bkz. KARASU, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'na Göre Anonim Şirketlerde Pay Sahibinin Bilgi Alma Hakkı, **BATİDER**, C.23, S.2, Aralık 2005, (73-114), s.100.

- 110 Kamuyu aydınlatma üst bir kavram olup, bilgi alma hakkının muhatabı pay sahipleri iken; kamuyu aydınlatmanın muhatabı menfaat sahipleridir, (KAYA, Bilgi Alma Hakkı, s.29-30).
- 111 Bilgi alma hakkının konusu hakkında kapsamlı bilgi için bkz. KARASU, Bilgi Alma, s.84 vd.; Kanun Gereçesi uyarınca özenli, baştan savma olmayan, sorunun karşılığı niteliğini taşıyan, ilgisiz konuları içermeyen anlamındadır. Gerçeğe uygunlukta kasıt, gerçeği aynen yansıtan doğru, yalan ve aldatıcı olmayan bilgidir. Hesap verme ilkesine uygunluk ile, hesap verme konumunda bulunan bir kişinin, sorumlu olduğu kişiye vermekle yükümlü olduğu, kapsamlı, içerikli ve belgeli bilgi anlaşılmaktadır. TTK m. 437 Gereçesi.
- 112 KAYA, Bilgi Alma Hakkı, s.25. İbra, ancak genel kurulun bilgisine ulaşan konularda geçerlidir. Bilgi alma hakkı ibranın geçerlilik şartıdır, (AYTAÇ, Z., **Anonim Ortaklıklarda İbra**, Ankara 1982, s.71).
- 113 KARASU, Bilgi Alma Hakkı, s.79; **Kaya**, s.23.
- 114 Ticari sır, mutlak ve nispi ticari sır olarak ikiye ayrılır. Kanun hükmü gereğince ya da şirketin sözleşmesel ilişkisinden doğan yükümü nedeniyle, açıklanamayan bilgiler, mutlak şirket sırrı olarak adlandırılır. Mutlak sır kavramı dışında kalan ve ancak, şirket menfaatleri gereği korunması gereken bilgiler ise nispi şirket sırrını oluşturmaktadır. Bilgi alma hakkının sınırını nispi ticari sır oluşturur, (GÜRBÜZ USLUUEL, **Türk Özel Hukukunda Özellikle Anonim Şirketlerde Ticari Sırların Korunması**, İstanbul, 2009, s.169; KAYA, Bilgi Alma Hakkı, s.266 vd.)
- 115 YILDIZ, Eşit İşlem, s.175.
- 116 KARASU, Bilgi Alma Hakkı, s.91.

c. Oy Hakkında İmtiyaza İlişkin Sınırlandırmalar

Pay sahiplerine eşit, adil muamele edilmesi yükümlülüğünün önemli yansımalarından biri de oy hakkında imtiyaza TTK uyarınca getirilmiş sınırlamalardır. Oy hakkında imtiyazın sınırlandırılması ile bu imtiyazın “kaldıraç” gücünün azaltılması ve pay sahipleri demokrasisi açısından denge sağlanması hedeflenmiştir¹¹⁷. Bu sınırlamaya göre, TTK m.479/2 uyarınca, bir paya en çok on beş oy hakkı tanınabilmektedir. Ancak, bu sınırlama kurumlaşmanın gerektirdiği veya haklı bir sebebin ispatlandığı durumlarda uygulanamayacaktır¹¹⁸.

TTK m. 479/2'ye göre bu iki hâlde, şirketin merkezinin bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesinin, kurumlaşma projesini veya haklı sebebi inceleyip, bunlara bağlı olarak, sınırlamadan istisna edilme kararını vermesi gerekir. Projede yapılacak her değişiklik mahkeme kararına bağlıdır¹¹⁹. Kurumsallaşmanın gerçekleşmeyeceğinin anlaşıldığı veya haklı sebebin ortadan kalktığı hâllerde istisna etme kararı mahkeme tarafından geri alınabilir. Ayrıca SPK m.48/4'e göre yatırım ortaklıkları hakkında TTK m. 479/2 hükmü uygulanamaz¹²⁰. TTK açısından da, genel kurula ilişkin olarak mutlak eşitliğin geçerli olduğu hâller dışında, m.479/3'e göre esas sözleşme değişikliği ve ibra ve sorumluluk davası açılmasında oyda imtiyaz hükümleri uygulanmaz.

117 SPK Kurumsal Yönetim Tebliği, m.1.4.2.: “Oy hakkında imtiyazdan kaçınılır. Oy hakkında imtiyazın varlığı halinde halka açık payların sahiplerinin yönetimde temsilini engelleyecek nitelikteki imtiyazların kaldırılması esastır”.; Ayrıca bkz. m. 479 Gereğesi ve EMİNOĞLU, Kurumsal Yönetim, s.70.

118 Mahkemenin haklı sebep olarak kabul etmediği bir karar örneği için bkz. “Davacının TTK 479/2 maddesi uyarınca haklı sebep olarak, “şirketin kuruluşundan itibaren aynı prensiplerle yönetilmesi, yönetimin başarılı olması ve hissedarların hiçbir zarara uğramaması, ana sözleşme ile tanınan imtiyazların şirketin pay sahipleri açısından kazanılmış hak niteliğinde bulunması” sebeplerine dayandığı, bu sebeplerin tek başına Kanunda belirtilen haklı sebep olarak kabul edilemeyeceği...” Yarg.11. HD. Esas No: 2015/2219 Karar No: 2016/1020 K. Tarihi: 01.02.2016 (www.lexpera.com, E.T., 08.07.2019)

119 Yarg. 11. HD. Esas No: 2016/10038 Karar No: 2018/3643 K.Tarihi: 16/05/2018; Yarg. 11 HD Esas No: 2014/3120 Karar No: 2014/11961 K. Tarihi: 24.06.2014 (www.lexpera.com, E.T., 08.07.2019)

120 “Sermaye Piyasası Kanunu'nun 48. maddesine 20/2/2014 tarihli 6525 sayılı Kanun 40. madde ile “Yatırım ortaklıklarının imtiyazlı pay ihracına ilişkin usul ve esaslar Kurulca belirlenir. Yatırım ortaklıkları tarafından belirli grupların yönetim kurulunda temsil imtiyazı ile oyda imtiyaz tanıyan pay ihracında 6102 sayılı Kanun'un 360'ncü maddesi ile 479'uncu maddesinin ikinci fıkrası hükümleri uygulanmaz.” ibaresi eklenmiş ve yatırım ortaklıklarındaki imtiyazlı paylar yönünden TTK'dan farklı bir düzenleme benimsenmiştir. O halde mahkemece dava tarihinden sonra yürürlüğe giren bu düzenleme nazara alınarak, davanın konusuz kalması sebebiyle esas hakkında karar verilmesine yer olmadığına şeklinde hüküm kurulması gerekirken, TTK'nın 479. maddesi kapsamında haklı sebebin varlığının tartışılması doğru görülmemiş, hükmün temyiz eden davacı yararına bozulması gerekmiştir” Yarg. 11. HD. Esas No: 2015/3051 Karar No: 2015/9675 K. Tarihi: 30/09/2015 (www.lexpera.com, E.T., 08.07.2019)



3. İlkeden Sapabilme ve İlkeye Aykırılığın Yaptırımları

Pay sahipleri eşit işlem ilkesinden bazı somut durumlar için vazgeçebilirler; bununla birlikte anılan ilkeye bağlı haklardan tamamen vazgeçilmesi mümkün değildir¹²¹. Eşit işlem ilkesine aykırı davranışlara bağlanan yaptırım, bununla sınırlı olmaksızın, ilgili kararın iptal edilmesidir¹²². Öğretide bir görüş, butlan ve iptal edilebilirlik yaptırımları arasındaki sınır açısından, eşit işlem ilkesine sürekli aykırılık sonucu doğuran genel kurul kararlarına butlan, ilkeye belli pay sahipleri bazında ve geçici aykırılık hâlinde ise iptal yaptırımının uygulanmasını savunmaktadır¹²³. Bununla birlikte anılan görüşe, “süreklilik” kriterine her durumda dayanulamayacağı, bazı durumlarda bu koşul sağlanmasa dahi ilgili kararın anonim şirketin temel ilkeleriyle çelişebileceği eleştirisi getirilmektedir¹²⁴. Bir diğer görüş ise butlan yaptırımını benimsemekle birlikte¹²⁵, bazı hallerde somut olayın özelliklerinin iptal yaptırımını da gerekli kılabileceğini ifade etmektedir¹²⁶. Bir diğer görüş de genel kurulun eşitlik ilkesini ihlâl eden kararları için kural olarak butlan yaptırımını benimsemeyip, m.445'e istinaden iptal yaptırımını benimsemektedir¹²⁷. Yargı kararlarında, iptal yaptırımının uygulanması görüşü öne çıkmaktadır¹²⁸.

- 121 ERDEM, Eşit İşlem, s.397.; ÜÇİŞİK/ÇELİK, s.61. Genel kurulda bir kararın oy birliği ile alınması gibi durumlar açısından, eşit davranma ilkesinin işlevselliği hakkında bkz. NOMER, Eşit İşlem, s.472.
- 122 “Eşit işlem ilkesine aykırılığın hukukî sonucu, somut olayın şartlarına bağlı olmak şartı ile iptaldir; iptal söz konusu tek sonuç değildir.”, (6102 sayılı Kanun Gerekçesi, m. 357)
- 123 Ancak butlanın tespiti süreye bağlı olmaksızın ileri sürülebildiği için bu yaklaşım bazı sakıncalara neden olabilir; bu yüzden, butlanın uygulama alanı sınırlandırılmalıdır. (ŞEHİRALİ ÇELİK (Kırca/Manavgat), s.151.); Moroğlu'na göre eşit işlem ilkesine aykırılık dürüstlük kuralına aykırılık teşkil eder. (MOROĞLU, Hükümsüzlük, s.206.)
- 124 Örneğin sermayenin iadesi ilkesine aykırılık taşıyan şekilde, genel kurul tarafından alınan bazı pay sahiplerine ödeme yapılması kararı süreklilik kriterini sağlamamakla birlikte, bu kararın iptal yaptırımına değil butlana tâbi tutulması gerektiği kabul edilmektedir, (AKDAĞ GÜNEY, Eşitlik, s.128).
- 125 TEKİNALP (Poroy/Çamoğlu), N.892; KARASU, Kurumsal Yönetim, s.45; ÜÇİŞİK/ÇELİK, s.58.; BAHTİYAR, Ortaklıklar, s.198.
- 126 TEKİNALP (Poroy/Çamoğlu), N.892.
- 127 Eşit işlem ilkesi m.357'de açık olarak düzenlendiği için m.445'de yer alan iptal sebepleri içinde kanuna aykırılığa dayanılabilir; bu açıdan, butlanın ikincilliği ilkesi gözetilmeli ve bu kararların butlanı hâlinde ortaya çıkacak hukuki sonuç dikkate alınmalıdır, (AKDAĞ GÜNEY, Eşitlik, s.128). Aynı yönde bkz. BOZKURT, s.202; EMİNOĞLU, s.129. ERDEM, s.404.; Genel kurul kararları yönünden butlanın ikincilliği yaklaşımına ilişkin detaylı bilgi için bkz. KIRCA (Şehirali Çelik/Manavgat), C.2/2, s.15 vd.
- 128 “Mahkemeye, dava konusu 26.12.2002 tarihli genel kurulda, artırılan sermayenin tahsil biçiminin ortaklar arasında eşitsizliğe yol açacağı ve TTK.nun 381.maddesi hükmüne aykırı olduğu gözetilerek, sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken, yazılı gerekçeyle davanın tümü ile reddedilmesi doğru görülmemiş...”, (Yarg. 11. HD., E. 2005/13567 K. 2007/4688 T. 20.3.2007); “Bu ilkenin amacı, eşit koşulların varlığında her bir pay sahibinin, diğer pay sahipleri gibi aynı işleme tabi olmasını sağlamaktır.”, (Yarg. 11. HD. Esas No: 1997/5583, Karar No:1997/6609, K. Tarihi: 06.10.1997. (www.kazanci.com, E.T.:20.07.2019))

C. Hakların Sakınılması İlkesi

1. Kavram ve Sonuçları

Anonim şirketler hukukunda, pay sahiplerinin oy hakkını kullanırken şirkete bağlılık yükümlülüğünün olup olmadığı tartışmalıdır¹²⁹. Genel olarak, bir sermaye şirketi olan anonim ortaklıkta, pay sahiplerinin konumu ve şirketin yapısı itibarıyla, pay sahiplerinden birbirlerinin çıkarlarını gözetmelerinin beklenemeyeceği kabul edilmektedir¹³⁰. Ancak bu yükümlülüğün olmaması pay sahiplerinin genel kurullarda oy hakkının keyfi bir biçimde kötüye kullanabileceği şeklinde yorumlanmamalıdır. Her pay sahibinin haklarını kullanırken önce kendi menfaatini düşünmesi olağan olmakla birlikte¹³¹, dürüstlük kuralı ve affectio societatis ilkesi¹³² dikkate alındığında, genel kurulda haklarını kullanırken pay sahiplerinin bunu şirket menfaatine en az zarar verecek şekilde yapması beklenir¹³³.

- 129 *Akm*, pay sahiplerinin hem şirkete (dikey sadakat borcu) hem de diğer pay sahiplerine karşı (yatay sadakat borcu) olduğunu kabul etmektedir. Yazara göre burada esas tespit edilmesi gereken husus, bu borcun oy kullanma hakkının sınırlarına etkisidir. Buna göre sınırlamaya, somut olay bazında ve şirketin iç yapısı ile esas sözleşmesi çerçevesinde bakılmalıdır, (AKIN, Y.M. **Şirketler Hukukunda ve Özellikle Anonim Şirketlerde Pay Sahibinin Sadakat Borcu**, İstanbul 2002, s. 166-167). *Nomer'e göre ise*, pay sahibinin oy hakkını kullanmadaki serbestisinden ötürü, kural olarak oy kullanmada şirket menfaatini gözetme borcunun yüklenmemesi yerinde olacaktır. Bununla birlikte yazar, sadakat yükümlülüğü dolayısıyla belirli hallerde pay sahibine, oyunu şirket menfaatleri doğrultusunda kullanma yükümlülüğünün getirilebileceğini, savunmaktadır, (NOMER, F. Sadakat Yükümlülüğü, s. 106); *Karasu'*ya göre sadakat yükümlülüğünün kabulü için tarafların karşılıklı menfaatlerini etkileme imkânının bulunması yeterlidir. (KARASU, Bilgi Alma Hakkı, s.92), *Gürbüz Usulü* ise affectio societatis'e dayalı olarak sadakat yükümlülüğünün kabul edilebileceğini belirtmektedir, (GÜRBÜZ USLUEL, s.176). Karşı yöndeki görüşler için bkz.:ARSLANLI, AŞ II-III, s.52; TEOMAN, Yoksunluk, s.12; ANSAY, s.227; AYHAN, R./ÇAĞLAR, H./ÖZDAMAR, M., **Şirketler Hukuku Genel Esaslar**, Ankara 2019, s.442.; Aksi görüş için bkz. s.105 vd.; MOROĞLU, Hükümsüzlük, s.211. *Moroğlu'*na göre pay sahiplerinin şirkete ve diğer pay sahiplerine karşı kural olarak sadakat yükümlülükleri bulunmamakla beraber, istisnaen şirkette egemen konumda bulunan pay sahiplerinin şirkete karşı sadakat yükümlülüklerinin bulunduğu kabulü gerekir.
- 130 Bağlılık yükümlülüğü ve dürüstlük kuralı birbirinden farklıdır. Dürüstlük kuralı, "herkesin" haklarını kullanırken ve yükümlülüklerini yerine getirirken dürüstlük kurallarına uyması iken; bağlılık yükümlülüğü, gerekli hallerde, başkalarının da çıkarlarının korunması gereğini oluşturabilir, (AKDAĞ GÜNEY, Anonim Şirketlerde Hakların Sakınılması İlkesi ve Uygulanması, **Prof. Dr. Hikmet Sami Türk'e Armağan**, Ankara, 2017, (45-68), s.53).
- 131 Öğretide bu ilkenin, pay sahiplerinin oy hakkını kullanırken diğer ortakların menfaatlerini göz önünde tutmayı zorunlu kıldığı için oy hakkından serbestçe yararlanma hakkını da bir ölçüde kısıtladığı belirtilmektedir. (TEOMAN, Oy Hakkından Yoksunluk, s.13) Ayrıca bkz. YİĞİT, s.219.
- 132 Affectio societatis çok sayıda pay sahibi bulunan anonim şirketlerde zayıflasa dahi tamamen ortadan kalkmamaktadır. Öğretide, bu ortaklıklarda kamuyu aydınlatma ilkesinin, pay sahibine ortak amaç için gerekli özenin gösterilmesi imkanının sağlanması işlevini de taşıdığı belirtilmektedir, (POROY (Tekinalp/Çamoğlu), N.60; BAHTIYAR, Ortaklıklar, s.22), ÜÇİŞİK/ÇELİK, s.57.; NOMER, Sadakat Yükümlülüğü, s.28.; AKDAĞ GÜNEY, Hakların Sakınılması, s.46.



Türk Ticaret Kanunu'nda açıkça tanımlanmayan¹³⁴ bu ilke aynı zamanda, pay sahiplerinin ya da azınlığın, çoğunluğa karşı korunmasına yönelik mekanizmalardan birisidir¹³⁵. Temelini Anayasa m.13'te yer verilen ölçülülük ilkesinden alan bu ilke¹³⁶, dürüstlük kuralının bir yansımasıdır¹³⁷. Öğretide, hakların kullanılmasında hukuka uygun bir amaca yönelik birden çok seçeneğin olduğu durumlarda, bunlardan esas olarak azınlığa ve diğer pay sahiplerine en az zarar veren veya mümkünse hiç zarar vermeyecek olan seçeneğin kullanılması¹³⁸ anlamına geldiği ifade edilen bu ilke, amaç ve araç arasında dengeyi korumasına katkı sağlamaktadır¹³⁹. Bununla birlikte ilkenin sonuçları itibariyle, paydan doğan hakların kullanılmasını sınırlayan, pay sahibinin oyunu belirli bir şekilde yönlendiren ve belirgin bir pay sahibi özelinde yoğunlaşan bir vasıfta değerlendirilmemesi; bunun yerine daha çok, bunların tüm pay sahipleri açısından kümülatif toplamının şirket üzerindeki etkileri üzerinde yoğunlaşan bir yapıda olduğunun kabulü yerinde olacaktır.

2. Çoğunluk İlkesi ve Eşit İşlem İlkesi Karşısında Konumu

İlke azınlığı korumakla beraber, çoğunluk ilkesini bertaraf etmemektedir¹⁴⁰. Bu açıdan ilke, çoğunluktan azınlık lehine özveride bulunmasını beklememektedir. Amaçlanan, çoğunluğa aşırı bir külfet yüklenmeksizin, azınlığın haklarının makul sınırlar içinde korunmasının temin edilebilmesidir¹⁴¹. Hakların sakınılarak kullanılması ilkesi ve eşit

- 134 Kanunda açıkça tanımlanmamakla birlikte, madde gerekçelerinde bu hususta açıklamalar bulunmaktadır. M. 461/2'nin gerekçesinde "Söz konusu kuralla bazı pay sahiplerinin aleyhine yapılan grup içi yapısal değişikliklerin ve pay oranlarının sulandırılmasının önlenmesi amaçlanmıştır. Bu hüküm ayrıca, eşit işlem, hakların sakınılarak kullanılması, çoğunluk gücünün haklılıkla sınırlanmış bulunduğu ilkelere açıkça vurgu yapmaktadır.", (6102 sayılı Kanun Gerekçesi m. 461/2); "Haklı sebep şirketin menfaati yönünden değerlendirilmeli ve eşit işlem ve hakların sakınılarak kullanılması ilkesine uyulmalıdır.", (6102 sayılı Kanun Gerekçesi, m.466/2).
- 135 TEKİNALP, Hakların En Az Zarar Verecek Şekilde Kullanılması İlkesi (I), **İktisat ve Maliye Dergisi**, 1979, C. XXVI, S.2, (s.78-80) s.78.
- 136 Türkiye Cumhuriyeti Anayasası m. 13: "Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz."
- 137 ÜÇİŞİK/ÇELİK, s.57.; TEKİNALP, Hakların En Az zarar verecek şekilde kullanılması ilkesi (I), s.79.; AKDAĞ GÜNEY, Hakların Sakınılarak Kullanılması, s.46.; NOMER, Sadakat Yükümlülüğü, s.27.; TEOMAN, Yoksunluk, s.13.
- 138 MOROĞLU, Hükümsüzlük, s.229. Aynı amaca farklı yollardan ve pay sahipliği hakları sınırlandırılmadan ulaşılabilecek ise, dürüstlük kuralının gereği olarak bu yolun tercih edilmesi aranır, (NOMER, Sadakat Yükümlülüğü, s.28).
- 139 Genel kurul kararı ile ortaklığın menfaati sağlanmaya çalışılırken, azınlığın menfaatleri de tamamen bertaraf edilmemeli, aşırıya kaçılmadan makul bir denge gözetilebilmelidir. (AKDAĞ GÜNEY, Hakların Sakınılarak Kullanılması, s.58)
- 140 AKDAĞ GÜNEY, Hakların Sakınılarak Kullanılması, s.52.; KIRCA (Şehirli Çelik/Manavgat), C.2/2, s.103.
- 141 TEKİNALP, Ü., Hakların En Az Zarar Verecek Şekilde Kullanılması İlkesi (II), **İktisat ve Maliye Dergisi**, 1979, C. XXVI, S.5., (s.203-207) s.206.

işlem ilkesinin kaynağı dürüstlük kuralıdır¹⁴². Alınan bir kararın eşit işlem ilkesine uygun olması, bunun dürüstlük kuralına aykırılık taşıma ve bu nedenle de, iptalinin gerekmesi ihtimalini ortadan kaldırmaz¹⁴³. Bu yönüyle ilkenin, eşit işlem ilkesinin yetersiz kaldığı hallerde dahi pay sahiplerinin menfaatlerinin korunmasına katkı sunduğu kabul edilmektedir¹⁴⁴.

3. İlkenin İhlâli Hâlleri

Bu ilkenin ihlâl edildiğinden ve alınan kararın, hakkın kötüye kullanımı teşkil ettiğinden bahsedilebilmesi için bir arada bulunması gerekli şartlar vardır¹⁴⁵. Bunun için öncelikle genel kurulda alınan kararın şirket menfaatlerine uygun olması ve azınlığın menfaatlerinin alınan bu karardan ötürü esaslı şekilde zarar görmemesi gerekmektedir¹⁴⁶. Buna ek olarak, alınan karar ile çoğunluğun varmak istediği amaca uygun alternatif bir yol bulunmalı ve bu yol azınlığa daha az zarar verecek nitelikte olmalıdır¹⁴⁷. Öğretide, bu açıdan “beklenebilirlik” ölçütünden de yararlanılmaktadır¹⁴⁸. Beklenebilirlik ölçütü için, karar dolayısıyla azınlığın çıkarlarının zarara uğrayacağına öngörülebilmesi ve çok çaba harcamadan, aynı sonuca götürmek kaydıyla, daha az zarar verici başka bir yolun bulunabilecek olması unsurları kullanılmaktadır¹⁴⁹.

Bu ilkenin ihlâli, özellikle, sermaye artırımında rüçhan hakkının kısıtlanmasında¹⁵⁰ (m.461) ve şarta bağlı sermaye artırımında pay sahiplerinin korunmasında (m.466) görülür. Öğretiden ve içtihatlardan yola çıkılarak verilebilecek örneklerden birisi, şirket esas sermayesinin ihtiyacın çok üstünde artırılarak azınlığın ve ekonomik bakımdan zayıf pay sahiplerinin rüçhan haklarından yararlanmasının fiilen önüne geçilmesinin ve bu yöntemle anılan kişilerin şirketteki mevcut pay oranlarının düşürülmesinin amaçlanmasıdır¹⁵¹. İç kaynaklardan sermaye

142 NOMER, Eşit İşlem, s.490.

143 TEKİNALP (Poroy/Çamoğlu), N.894.

144 ŞEHİRALİ ÇELİK (Kırca/Manavgat), s.144.

145 AKDAĞ GÜNEY, Hakların Sakınılarak Kullanılması, s.55 vd.; TEKİNALP, Hakların Sakınılarak Kullanılması İlkesi (II), s.205.; Teoman, Oy Hakkından Yoksunluk, s.14.

146 Azınlığın menfaatlerinin zarara uğraması, malvarlığında azalma veya yönetsel haklarında kısıtlama şeklinde ortaya çıkabilir. Bu zararın azınlık tarafından ispatı gereklidir, (AKDAĞ GÜNEY, s.55 vd).

147 AKDAĞ GÜNEY, Hakların Sakınılarak Kullanılması, s.56.; KIRCA (Şehirli Çelik/Manavgat), C.2/2, s.103.

148 AKDAĞ GÜNEY, Hakların Sakınılarak Kullanılması, s.56.

149 AKDAĞ GÜNEY, Hakların Sakınılarak Kullanılması, s.56.

150 Nomer'e göre burada hakların sakınılarak kullanılması ilkesinin uygulanması, pay sahiplerinin diğer ortaklara karşı sadakat yükümlülüğü ile bağlantılıdır. Bu noktada, hakları sınırlandırılan diğer pay sahiplerinin haklı menfaatleri dikkate alınmakta; bunların aşırı sınırlandırılması önlenmektedir. Aksi durum, sadakat yükümlülüğünün ihlali anlamına gelecektir, (NOMER, Sadakat Yükümlülüğü, s.125)

151 “6102 sayılı Kanunun 461 inci maddesinin ikinci ve üçüncü fıkraları hükümleri halka açık ortaklıklar



artırımı yapılması mümkünken, önce dış kaynaklardan yüksek düzeyde sermaye artırımı yoluna gidilmesi ve katılım imkânı olmayan pay sahiplerinin mevcut paylarının oranının azaltılması; sonrasında ise, iç kaynaklardan artırım yapılarak, pay sahiplerine yeni dağılım oranında ödemesiz pay senedi verilmesi, bir diğer örnek olarak gösterilebilir¹⁵².

Sermaye artırımında çoğunluğun gerçek gayesinin dışarıdan tespiti her zaman için mümkün değildir; bu hususta yapılacak değerlendirmede, azınlık çıkarlarını daha az zedeleyecek başka bir karar ihtimalinin bulunup bulunmadığı ile şirketin ve çoğunluğun çıkarları arasındaki eşgüdüm de araştırılmalıdır¹⁵³. İlkenin ihlâli, ilkeye aykırı olarak alınan kararın iptali sonucunu doğuracaktır¹⁵⁴.

D. Kamuyu Aydınlatma ve Şeffaflık

Günümüzdeki anlayışa göre, kamuyu aydınlatma ilkesinin kapsamı oldukça genişlemiştir¹⁵⁵. İlkenin öne çıkan amacı, bilanço, rapor, izahname,

için uygulanmaz.”, (SerPK, m. 18/5). Akdağ Güney, uygulamada aile şirketlerinde yapılan sermaye artırımlarında azınlığın rüçhan hakkının genellikle fiilen kısıtlanması sonucunu doğuracak kararlar alındığını belirtmektedir. Sermaye artırımı için öngörülen takvimin ve yapılan artırımın, rüçhan hakkını kullanılmasının önüne geçmesini ve neticede, azınlıktaki pay sahibinin oy hakkının oransal olarak azalmasını hedeflemesi ile sıklıkla karşılaşmaktadır.

(AKDAĞ GÜNEY, Hakların Sakınılarak Kullanılması, s.55).

- 152 “Bazı pay sahiplerinin yeni pay alma haklarını kullanamayacak durumda olmaları, alınmış olan esas sermaye artırım kararının objektif iyiniyetle aykırı sayılması için tek başına yeterli değildir. Bunun yanında, artırım kararının özellikle bir kısım pay sahiplerini zarara uğratmak amacıyla alınmış olması gerekir, (MOROĞLU, Hükümsüzlük, s.208).
- 153 AKDAĞ GÜNEY, Hakların Sakınılarak Kullanılması, s.51; BAHTİYAR, Ortaklıklar Hukuku, s.202.; “Genel kurul bilançoya göre ortaya çıkan kazancı dağıtmaktan keyfi bir şekilde sarfınazar edemez ise de, şirketin mali yapısının güçlendirilmesi, ortaklığın gelişmesi ve şirketin finansmanının sağlanması gibi haklı sebeplerle kârın dağıtılmayarak, olağanüstü yedek akçeye ayrılması mümkündür. Bilirkişi raporu ile şirketin sermaye ihtiyacı saptandığına göre, mahkemece sermaye ihtiyacının şirket iç kaynaklarından karşılanması gerektiğinden bahisle, kâr payı dağıtılmaması ve sermaye artırımı kararının afaki iyi niyet kurallarına ve kanuna aykırı olduğu kabul edilerek iptaline karar verilmesi doğru görülmemiş, bozmayı gerektirmiştir.” Yarg. 11. HD. Esas No: 2014/16317 Karar No: 2014/18707 K. Tarihi: 01.12.2014 (www.lexpera.com.tr, E.T.: 18.07.2019)
- 154 “Dolayısı ile istisnai hakların sakınılarak kullanılması gerektiği ilkesi çerçevesinde kâr payının dağıtılmamasına ilişkin genel kurul kararının iyiniyetli olmadığı kabulü ile alınan kararın iptaline karar verilmesi gerekirken, eksik incelemeye dayalı yazılı şekilde hüküm tesisi doğru olmamış, kararın bu nedenle bozulması gerekmektedir.” (Yarg. 11. HD., Esas No: 2012/13234, Karar No: 2014/3514, K. Tarihi: 25.2.2014). Benzeri yönde bkz. 11. HD., Esas No: 2016/3145, Karar No: 2017/5875 K. Tarihi: 30.10.2017; 11. HD. Esas No: 2015/994, Karar No: 2015/5904, K. Tarihi: 28.04.2015 (www.lexpera.com.tr, E.T.: 06.11.2018).
- 155 İlke, anonim şirket bilgilerine ilişkin yapılan açıklamaların, hem şirket içi hem şirket dışı boyutuyla ilgilidir. ŞEHİRALİ ÇELİK (Kırca/Manavgat), s.199. Kamuyu aydınlatma ilkesinin kapsamının genişlemesi, pay sahiplerinin bilgi alma hakkına olumlu tesir edecektir. Bu ilkenin genişlemesi, soru sormaya dayalı bilgi alma hakkının daha detaylı hale gelmesi sonucunu doğuracak ve pay sahiplerinin sorularının niteliği artacaktır, (KAYA, Bilgi Alma Hakkı, s. 35).

sirküler gibi belgeler ve diğer açıklamalar suretiyle, pay sahiplerine, alacaklılara ve diğer tüm menfaat sahiplerine şirketin konumu ve durumu hakkında gerekli bilgilerin gerçeğe uygun, açık ve ayrıntılı şekilde açıklanmasıdır¹⁵⁶. Bu vasfıyla ilke, pay sahipleri ve diğer menfaat sahiplerinin haklarının korunmasının yanı sıra, gelecekte şirkette pay sahibi veya şirket tarafından ihraç edilen tahvillerin alıcısı olabilecek kişilerin de doğru bir şekilde bilgilendirilmelerine ve genel olarak, iktisadi işleyişe de katkı sunmaktadır¹⁵⁷. Kurumsal sosyal sorumluluk (corporate social responsibility) kapsamında şirketin çevreye, tüketiciye, kamu sağlığına ilişkin aldığı kararların ve uymayı taahhüt ettiği etik kuralların da kamuya açıklanması¹⁵⁸, bu ilkenin kamu ve diğer menfaat sahiplerinin dolaylı menfaatlerinin de temini açısından işlevine işaret etmektedir.

1. Kamuyu Aydınlatma ve Şeffaflığın İşlevleri ve Önemi

Sermaye piyasasında bilginin eksik veya yanlış aktarımı, yatırımcıların değerlendirme yürütme imkanlarını kısıtlayacağı için, ekonomide kaynakların verimli dağıtılmasının önüne geçer¹⁵⁹. Olumsuz öngörülere neden olabilecek hesap kayıtlarını doğru şekilde aktarmayan bir şirketin, bundan haberi olsaydı bu tercihte bulunmayacak bir yatırımcının, pay alım kararına konu olması buna örnek olarak gösterilebilir. Bu veri şeffaflıkla aktarılsa, ilgili yatırımcının, bu şirket yerine verileri gerçekte de daha olumlu olan bir şirkete yatırım yapması (veya önceki şirkete, risklerini bilerek yatırım yapması) ihtimali gerçekleşecek ve bu durum, uzun vadede sadece bu yatırımcının değil, diğer birçok kişinin de piyasaya olan güvenini güçlendirecektir¹⁶⁰. İşte bu nedenle, uygulamada mevcut pay sahiplerinin yanı sıra, gelecekteki pay sahiplerinin de, şirketin ekonomik durumu,

156 Kamuyu aydınlatma kavramı, ilk olarak ABD hukukunda, tasarruflarını intifa ve pay senedi veya tahvile yatırarak değerlendirmek isteyen kişilerin aldatılmalarını engellemek amaçlı bir yasa olan Blue Sky Laws ve Securities Act (1933) ve Securities Exchange Act (1934) ile ortaya çıkmıştır. Bu konuda bkz. TEKİNALP, Bilanço, s.5.

157 TEKİNALP, Bilanço, s.53; KAYA, Bilgi Alma Hakkı, s.16-17

158 SPK Kurumsal Yönetim Tebliği m. 3.5.2.: “Şirket, sosyal sorumluluklarına karşı duyarlı olur; çevreye, tüketiciye, kamu sağlığına ilişkin düzenlemeler ile etik kurallara uyar. Şirket, uluslararası geçerliliğe sahip insan haklarına destek olur ve saygı gösterir. İrtikap ve rüşvet de dahil olmak üzere yolsuzluğun her türlüyle mücadele eder.”. Ticari amaçlarına ek olarak şirketler, çevresel ve sosyal birçok konudaki taahhütleri ile ilgili politika ve performanslarını kamuya açıklamaya teşvik edilmektedir. Bu gibi bilgiler bazı yatırımcılar ve diğer bilgi kullanıcıları için faaliyette buldukları şirketler ve topluluklar arasındaki ilişkiyi ve şirketlerin amaçlarını uygulamak için atmış olduğu adımları daha iyi değerlendirmeleri için önem arz edebilir. OECD/G20, s.43, Bölüm V/A/II. Bu yönde bir örnek olarak bkz. ÖZDEMİR, Alternatif Yatırım İlkeleri ve Kira Sertifikası, **BATİDER**, C.XXIX, S.3, Eylül 2013, (357-399), s. 363.; Kurumsal sosyal sorumluluğa yönelik gerekliliğin halka kapalı şirketler için de uygulanması gerektiğine ilişkin görüş için bkz. EMİNOĞLU, s.313.

159 OECD/G20, V. Bölüm, s.42.

160 Bu konuda bkz. ŞEHİRALİ ÇELİK (Kırca/Manavgat), s.200; KARASU, Kurumsal Yönetim, s.56; KAYA, Bilgi Alma, s.20; PASLI, s.64.



ortaklık yapısı gibi açıklanması beklenen hususlarda bilgi sahibi olma hakkı bulunduğu kabul edilmektedir¹⁶¹. Neticede, kamuyu aydınlatma ve bu ilkenin uzantısı olan şeffaflık ilkesinin muhataplarının, ilgili tüm menfaat sahiplerini de kapsayacak şekilde genişlediği görülmektedir¹⁶².

Kamuyu aydınlatma, bugün yerini büyük oranda şeffaflığa bırakmıştır¹⁶³. Kurumsal yönetimin taşıyıcı kolonlarından biri olan şeffaflık ilkesi, şirketin finansal durumu, performansı, ortaklık yapısı ve yönetimi dâhil olmak üzere şirkete ilişkin belirtilen konularda, zamanında ve doğru açıklamaların yapılmasını amaçlamaktadır¹⁶⁴. Şeffaflık ilkesi şirketi bütün kurumlarıyla kavradığı, doğru bilgiye istenildiği an ve istenilen yerde, tam ve zamanında ulaşılabilesini hedeflediği için öğretilde kamuyu aydınlatmadan daha ileri bir yaklaşımın ürünü olarak değerlendirilmektedir¹⁶⁵.

Şeffaflık ilkesi, erişim olanağı ve erişim hakkını da birlikte içerir. Erişim olanağı, diğer menfaat sahiplerini de kapsayacak şekilde pay sahiplerinin; şirketin finansal durumu, belirli ticari ilişkileri ve mevcut durumuna ilişkin verilerin değerlendirilmesini sağlayacak bilgiye ulaşabilmesini ifade eder¹⁶⁶. Erişim olanağı kavramı, kaynağını toplumdaki gelen kamusal şeffaflık isteminden alır ve mevcut bilgiye herkesin erişebilmesi anlamına gelir¹⁶⁷. Erişim hakkı ise, bu olanağı destekleyerek, erişim imkânının engellendiği hâllerde bunun dava yoluyla sağlanmasını ifade eder¹⁶⁸. Erişim olanağını herkes kullanabilecekken, erişim hakkını yalnızca

161 Bu ilke geniş anlamda ele alındığında, şirket içi menfaat dengelenmesine yönelik düzenleme işlevi olduğu görülür. ŞEHİRALİ ÇELİK (Kırca/Manavgat), s.205.

162 SPK Kurumsal Yönetim İlkeleri m.3.13.: "*Menfaat sahipleri, haklarının korunması ile ilgili şirket politikaları ve prosedürleri hakkında şirketin kurumsal İnternet sitesi de kullanılmak suretiyle yeterli bir şekilde bilgilendirilir.*"

163 Şeffaflık ilkesi maddi ve şekli anlamda kamuyu aydınlatmayı da kapsamaktadır, (TTK Genel Gerekeç, N.89); Maddi anlamda kamuyu aydınlatma, açıklanan, yayımlanan konuların özü ve içeriği iken; şekli anlamda kamuyu aydınlatma yayımlama, ilân etme olgularıdır, (TEKİNALP, Bilanço, s.51-52.)

164 Şeffaf bir yönetim, ortaklığa sermaye çekmenin en önemli şartı olan yatırımcının kendini güvende hissetmesini sağlar (PASLI, s.53.); Önemli bilgi, eksik veya yanıltıcı olması halinde bilgiyi kullananlar tarafından alınan ekonomik kararları etkileyebilecek bilgi olarak tanımlanabilir. Önemli bilgi aynı zamanda makul bir yatırımcının bir yatırım yaparken veya oy kullanırken önemli kabul edeceği bilgi olarak da tanımlanabilir. OECD/G20, s.41.

165 POROY (Tekinalp/Çamoğlu), N.471b.; KARASU, Kurumsal Yönetim, s. s.57; EMİNOĞLU, s.15.; Kamuyu aydınlatma aslında yılsonu finansal tablolar bağlamında ortaya atılmış ve geliştirilmiş bir teoridir. Esas olarak, halka açık anonim ortaklıkları hedef alır. Şeffaflık ise, daha geniş bir kitleye hitap etmektedir, (TTK Genel Gerekeç N.68). Kamuyu aydınlatma ilkesi hem içerik hem de şekil bakımından bilanço ilkeleri ile en iyi şekilde somutlaşır. Bunlar; gerçeklik, açıklık, süreklilik ve devamlılık, eksiksiz olma, basiret ve tedbir ilkesi olarak sıralanabilir, (TEKİNALP, Bilanço, s. 47 vd.)

166 TEKİNALP, Alacakaptan'a Armağan, s.644.

167 TEKİNALP, Erişim Hakkı, s.6.

168 TEKİNALP, Alacakaptan'a Armağan, s.644.

menfaat sahipleri kullanabilmektedir¹⁶⁹. TTK m.1524'te internet sitesine ilişkin yapılan düzenleme, erişim hakkının ve şeffaflığın sağlanmasına ilişkin Kanun'daki örneklerden birisi olarak gösterilebilir¹⁷⁰. Ancak bu düzenleme, TTK m.397/4 uyarınca denetime tâbi olan anonim ortaklıklar ile sınırlı kılınmıştır¹⁷¹. Anılan erişim hakkının kullanılması, ilgili olmak veya menfaati bulunmak gibi kayıtlarla sınırlandırılmayacağı gibi, herhangi bir şarta da bağlanamaz. Bu ilkenin ihlâlî hâlinde herkesin engelin kaldırılması davasını açabilmesi ise erişim hakkının yansımasıdır. Erişim olanağının kullanılması bir menfaate ve bu menfaatin ispatına bağlanmamışken; erişim olanağının erişim hakkına dönüşmesi bağlamında, ortaklığa karşı ileri sürülebilecek haklar için menfaatin ispatı şarttır¹⁷².

2. Genel Kurul ve Kurumsal Yönetim Açısından

Genel kurul açısından, Sermaye Şirketlerinin Açacakları İnternet Sitelerine Dair Yönetmelik¹⁷³ hükümlerine ve Kurumsal Yönetim İlkeleri m. 2.1.1'e göre¹⁷⁴, TTK m.397/4 uyarınca denetime tâbi şirketler için geçerli olmak üzere, internet sitesinde bulunması zorunlu olan hususlar belirtilmiştir. Bu kapsamda genel kurula ilişkin olarak, toplantı tutanaklarının, genel kurul toplantısına davete, ilgili gündeme, seçilen denetçiye ve (varsa) genel kurul kararına karşı açılan iptal veya butlan davalarına ilişkin bilgilerin internet sitesinde yayınlanması da şeffaflık ve hesap verilebilirlik ilkesinin çerçevesinde değerlendirilebilir¹⁷⁵. Sitede ilan edilecek bilgiler arasında iç yönergenin de sayılmış olması, pay sahiplerinin genel kurula katılma, konuşma, görüş belirtme ve oy haklarının güvence altına alınması açısından yerinde bir yaklaşımdır¹⁷⁶.

169 TEKİNALP, Erişim Hakkı, s.6.

170 TEKİNALP, Erişim Hakkı, s.6.

171 6335 Sayılı Kanun değişikliği öncesinde, Türk Ticaret Kanunu'na göre bütün sermaye ortaklıkları internet sitesi açmakla yükümlü kılınmıştı. Öğretide 6335 Sayılı Kanun ile getirilen bu sınırlamanın kurumsal yönetim ilkelerini ve bilgi toplumu hizmetlerini önemli oranda işlevsizleştirdiği ileri sürülmektedir, (EMİNOĞLU, s.334).

172 Bir genel ve soyut olanağın ileri sürülebilir bir hakka dönüşmesi, her zaman somut bir menfaati zorunlu kılar, (TEKİNALP, Erişim Hakkı, s.9).

173 RG Tarih ve No: 31.05.2013, 28663. İnternet sitesinde bulunması zorunlu diğer hususlar için ayrıca bkz. m.6.

174 Pay sahipliği haklarının kullanımını etkileyebilecek nitelikteki bilgi ve açıklamalar, güncel olarak ortaklığın kurumsal internet sitesinde yatırımcıların kullanımına sunulur. (Tebliğ m.1.1.2.)

175 ERDEM, Genel Kurul, s. 58.; KARASU, Kurumsal Yönetim, s.57.

176 6762 Sayılı TTK döneminde böyle bir düzenleme yer almadığı için, kimlerin katılabileceği ve konuşma süreleri, gibi konularda boşluk bulunduğu görülmektedir. Yönetmelik m.40/4 ile, internet sitesinde yayınlanması zorunlu belgeler arasında iç yönerge de sayılmaktadır. Bu konuda ayrıca bkz. ERDEM, Genel Kurul, s. 45.



Çoğunluk pay sahiplerinin, şirkete ilişkin belirli hususlarda azınlığa nazaran daha fazla bilgi sahibi olmaları muhtemeldir. Bu nedenle, şeffaflık ilkesi kapsamında azınlık pay sahiplerinin bilgilendirilmesi özel bir önem taşımaktadır. Şeffaflık ilkesi, pay sahipleri arasındaki orantısız (asimetrik) bilgi akışına çözüm getirilmesi gayesiyle, bir yandan ilgili bilgilerin pay sahiplerine ve diğer ilgililere aktarılmasını sağlarken, diğer yandan da şirketin açıklamalarına yönelik potansiyel yatırımcıların güvenini tesis etmektedir¹⁷⁷. Açıklanan bilgiler gerçeği yansıtan, karşılaştırılabilir, açık ve anlaşılır nitelikte olmalıdır¹⁷⁸. Şeffaflığın sınırı ise, ticari sırlar ve şirket menfaatleridir¹⁷⁹. TTK m.437/5'e göre bilgi alma veya inceleme istemleri cevapsız bırakılan, haksız olarak reddedilen, ertelenen pay sahibinin mahkemeye başvurma hakkı, yönetim kurulunun keyfi red kararları almasını büyük ölçüde engellemektedir¹⁸⁰.

Gerekmesine rağmen internet sitesinin açılmaması veya ilanların internet sitesinde gerektiği kapsam ve şekilde yapılmaması durumuna, TTK m.1524/2'de iptal yaptırımını öngörülmüştür¹⁸¹. Belirtilen yaptırım, erişim hakkının Türk Ticaret Kanunu vasıtasıyla da desteklenmesine örnek olarak gösterilebilir¹⁸². Bununla birlikte, başkaca bir aykırılık taşımayan bir kararın yalnızca anılan koşulu sağlamaması nedeniyle iptal yaptırımına tabi tutulmasının öğretilde hukuki güvenilirlik ilkesi yönünden eleştirildiği de vurgulanmalıdır¹⁸³. Ayrıca, Türk Ticaret Kanunu'nda yönetim kurulu kararlarının iptali için öngörülen üç aylık başvuru süresinin, bu durumda da uygulanıp uygulanmayacağı tartışmalıdır¹⁸⁴. İnternet sitesinde yer verilen açıklamaların kamuya yönelen bir beyan niteliği taşıması nedeniyle, davacı olabilecek kişilerin TTK m. 446'da sayılanlarla sınırlı olup olmadığının da soru işareti doğurduğu ileri sürülebilir.

177 EMİNOĞLU, Kurumsal Yönetim, s.15.; Asimetrik bilgi kavramı için bkz. MEMİŞ, T./TURAN, G., **Sermaye Piyasası Hukuku**, Ankara 2017., s.41.

178 EMİNOĞLU, s.15.; PASLI, s.170.; TEKİNALP, Bilanço, s.32.

179 Bu durum Poroy tarafından, anonim ortaklığın ticari sırlar hariç, "camdan bir evde oturması" olarak betimlenmektedir, (POROY (Tekinalp/Çamoğlu), N.471). *Gürbüz Usluel* ise, ekonomik temellere dayanan anonim şirketin, her türlü menfaatinin iktisadi olduğunu ve bu nedenle, anonim şirketler hukukunda ticari sır ve şirket menfaati kavramlarının aynı olguyu karşıladığını kabul etmektedir, (GÜRBÜZ USLUEL, s.167).

180 GÜRBÜZ USLUEL, s.175.

181 "Birinci fıkrada öngörülen yükümlülüklerle uyulmaması, ilgili kararların iptal edilmesinin sebebini oluşturur, Kanuna aykırılığın tüm sonuçlarının doğmasına yol açar ve kusuru bulunan yöneticiler ile yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğuna neden olur. Cezai hükümler saklıdır." (TTK m. 1524/2)

182 TEKİNALP, Alacakaptan'a Armağan, s.645.; EMİNOĞLU, s.339.

183 TEOMAN, Ö., "Sermaye Ortaklıklarının İnternet Sitesi Açma ve Burada Yasada Öngörülen İçerikleri Yayımlama Yükümlülüğüne Aykırı Davranmanın Yaptırımını Nedir?", **BATİDER**, C.27, S.4, Aralık 2011, (5-12), s.8. *Moroğlu* ise, iptal yaptırımının gereksiz ve hatalı olduğu, bunun yerine askıda hükümsüzlük hâlinin uygulanabileceği görüşünü ileri sürmektedir. Bu konuda bkz. MOROĞLU, Değerlendirme ve Öneriler, s.419.

184 TEOMAN, İnternet Sitesi, s.10.

Sonuç olarak, kurumsal yönetim ilkelerine ilişkin esasların, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun genel kurula yönelik hükümleri açısından da etki doğurduğu ve genel kurul ile yönetim kurulu arasındaki görev ve yetki ayrımının belirginleştirilmesinin, şeffaflık ve hesap verilebilirlik ilkelerinin uygulanması yönünden dikkate değer bir katkı sunduğu anlaşılmaktadır¹⁸⁵.

E. Gündeme Bağlılık İlkesi

1. Genel Kurul Toplantılarında Gündem ve Gündeme Bağlılık İlkesinin Kurumsal Yönetimle İlişkisi

Gündeme bağlılık ilkesi, kural olarak, genel kurul toplantısında gündemde bulunmayan konuların müzakere edilemeyeceğini ve karara bağlanamayacağını ifade eder (TTK m.413/2). Genel kurul toplantılarında toplantı tarihinden en az iki hafta önce bir çağrı yapılır ve bu çağrıya ilişkin ilanın veya pay sahiplerine gönderilecek mektupların zorunlu unsurları arasında toplantının gündemi de yer alır¹⁸⁶. Gündem ile genel kurulda görüşülecek ve karara bağlanacak konular belirlenir¹⁸⁷. Gündeme bağlılık ilkesinin temel amacının, ortaklara toplantıda görüşülecek konularla ilgili önceden bilgi sunulması ve bu sayede, pay sahipliğinden doğan hakların daha etkin ve bilinçli bir şekilde kullanılabilmesi olduğu görülmektedir.

Kurumsal yönetim anlayışı açısından ise, sadece gündemde yer alan konuların sunulması değil, pay sahiplerine görüşülecek konularla ilgili bağlantılı bilgilere erişme olanağının da sağlanması gerekir¹⁸⁸. Bu ilke, pay sahiplerinin genel kurul toplantılarına hazırlıklı gelmelerine ve

185 KARASU, Kurumsal Yönetim, s.39.; AKTAN, s.249 vd.; Ancak az sayıda pay sahiplerinin bulunduğu şirketlerde, pay sahiplerinin genellikle aynı zamanda yönetici de olduğu ve bunun, anılan sorunun etkisini azalttığı yönünde bkz. PETTET, s.112.

186 Anonim Şirketlerin Genel Kurul Toplantılarının Usul ve Esasları İle Bu Toplantılarda Bulunacak Gümrük Ve Ticaret Bakanlığı Temsilcileri Hakkında Yönetmelik (RG Tarih ve No: 28.11.2012, 28481) m. 11/1/c. Davet zorunluluğunun getirilmesi, davetin belirli bir usulde yapılması ve gündemin önceden belirlenmesi pay sahipliği haklarının korunmasına hizmet eden araçlardandır, (MEMİŞOĞLU, Ö., "6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda Anonim Şirket Genel Kurul Toplantı Gündemi, Gündeme Bağlılık İlkesi ve İstisnaları", **Legal Hukuk Dergisi** Ocak 2014, S.13, (45-106), s.68; ÜÇİŞİK/ÇELİK, s.28; ARSLANLI, s.22).

187 Yarg. 11. HD. E: 2016/405 K: 2017/142 K.T.: 10.01.2017 "Anonim şirketlerde genel kurulu toplantıya davete dair olan ilan ve davet mektuplarında toplantı gündeminin yer alması gereklidir. Gündem, genel kurulda görüşülecek hususların tamamını ifade etmektedir. Gündemi belirleme, genel kurul toplantısına karar veren organa aittir. Gündem, genel kurul toplantısının temelini oluşturmakta olup, buna göre ortaklar genel kurul toplantısına katılıp katılmama, gerekli hazırlık ve araştırma yapma, bilgi ve belge toplama, başka ortaklarla birlikte hareket etme gibi kararlarını belirleme imkanına sahip olurlar." (www.kazanci.com.tr, E.T.:14.09.2018)

188 Genel kurula katılma ve oy hakkının etkin bir şekilde kullanılabilmesi, pay sahibinin gündem hakkında önceden bilgilendirilmesinin yanı sıra, bu husustaki konular hakkında yeterli düzeyde bilgiyle donatılmasına bağlıdır, (PASLI, s.106).

oylarını bilinçli kullanmalarına katkı sağlamaktadır¹⁸⁹. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 2018 yılında verdiği bir kararda da, ilkenin pay sahiplerini "oldu bittilere karşı koruduğu" belirtilmiştir¹⁹⁰. Bunun yanı sıra, anılan ilke pay sahiplerinin bilgi alma hakkının da bir uzantısı olarak kabul edilebilir. Zira pay sahipleri şirketin yönetimi ve işlerin gidişatı hakkındaki ilgili birçok bilgiyi genel kurul toplantılarına katılımları sonucunda¹⁹¹ yahut yönetim kurulu tarafından hazırlanan belgeler incelenmeye sunulduğunda edinebilmektedir. Bu bağlamda pay sahiplerinin, bilgi alma haklarının adil ve eşit bir şekilde temini açısından, genel kurul toplantılarında görüşülecek konuların gündem maddelerinin açık ve net bir şekilde belirlenmesi önemlidir¹⁹².

Konuya ilişkin başlıca ilkeler gündemin önceden belirliliği, gündemin açıklığı¹⁹³ ve gündemin görüşülmesinin zorunlu olması olarak sıralanabilir¹⁹⁴. Gündemin belirliliği, genel kurul toplantısında görüşülecek konuların pay sahiplerine, TTK m.414'te belirtilen usule¹⁹⁵ uygun olarak bildirilmesine işaret eder. TTK m.414, her pay sahibinin genel kurul toplantısından haberdar edilmesinin ve genel kurul toplantılarına katılarak pay sahipliğinden doğan haklarını kullanmasının asgari koşullarını düzenlemektedir¹⁹⁶. Davet zorunluluğunun getirilmesi ve davetin belirli usule tâbi olması, gündemde yer alması gereken asgari zorunlu unsurların bulunması ve gündemde yer alan maddelerin görüşülme sırasının kural olarak değiştirilememesi¹⁹⁷ gündemin belirliliği ilkesinin

189 BAHTİYAR/HAMAMCIOĞLU, s.24.; ÜÇİŞİK/ÇELİK, s.281.

190 "Söz konusu ilke ile güdülen amaç, pay sahiplerinin genel kurula katılma kararı verirken ve gerekse genel kurulda oy kullanırken hazırlıklı bulunmalarını sağlamak, onları oldu bittilere karşı korumaktır." 11. Hukuk Dairesi Esas No:2014/17187 Karar No:2015/12330 K. Tarihi:19.11.2015 (www.lexpera.com E.T. :15.09.2018)

191 ÜÇİŞİK/ÇELİK, s.281.

192 MEMİŞOĞLU, s.48; ANSAY, s.173

193 Gündeme hâkim olan ilkeler için ayrıntılı bilgi için bkz. MEMİŞOĞLU, s.68-71. Açıklık ve anlaşılabilirliğin tespitinde pay sahibinin özel bilgisi ve mesleki tecrübesi gibi subjektif kriterlerin değil; aksine, şirket işlerine yönelik uzmanlığı olmayan ortalama bir pay sahibinin algısının eşas alınmasının gerektiği yönündeki görüş için bkz. MEMİŞOĞLU, s.69.

194 MEMİŞOĞLU, s.68.; Bu belirlilik çerçevesinde genel kurul başkanı gündemi, gündemde yer alan konuların sıralamasını değiştirmemeli; tüm gündem konuları görüşülmeden toplantıyı sona erdirmemelidir. (AZARKAN, s.79).

195 "Genel kurul toplantıya, esas sözleşmede gösterilen şekilde, şirketin internet sitesinde ve Türkiye Ticaret Sicili Gazetesinde yayımlanan ilanla çağrılır. Bu çağrı, ilan ve toplantı günleri hariç olmak üzere, toplantı tarihinden en az iki hafta önce yapılır. Pay defterinde yazılı pay sahipleriyle önceden şirkete pay senedi veya pay sahipliğini ispatlayıcı belge vererek adreslerini bildiren pay sahiplerine, toplantı günü ile gündem ve ilanın çıktığı veya çıkacağı gazeteler, iadeli taahhütlü mektupla bildirilir.", (TTK m.414/1).

196 Öğretide hükmün bu yönüyle doğrudan kamu düzenine ilişkin ve emredici olduğu ifade edilmektedir. (MOROĞLU, Hükümsüzlük, s.87.)

197 BTY m.13/1'de gündem maddelerinin sırasıyla görüşüleceği belirtilmiştir. Ancak, toplantıda hazır bulunan oyların çoğunluğunun kararıyla gündem maddelerinin görüşülme sırası değiştirilebilir, (BTY m.25/2).

sonuçları arasında gösterilebilir. Toplantı gündeminin usulüne uygun bir şekilde bildirilmesi ve konuların belirliliği sayesinde, pay sahipleri genel kurula katılıp katılmama konusunda iradelerini daha etkin bir biçimde kullanabilir¹⁹⁸ ve haklarının korunması için gereken hususlarda bir ön hazırlık yapabilir¹⁹⁹. Genel kurul toplantısından önce verilecek bilgiler, ilgili oldukları gündem maddelerine atıf yapılarak verilecektir²⁰⁰.

Gündemin görüşülmesinin zorunlu olması ilkesi ise, olumlu ve olumsuz iki unsuru kapsar. Olumlu unsur, TTK m. 409 ve BTY m. 13'teki hususların zorunlu olarak olağan genel kurul²⁰¹ gündeminin asgari içeriğini oluşturmasıdır²⁰². Olumsuz unsur, zorunlu ve diğer ihtiyarî olarak belirlenip ilân edilmiş gündem konuları dışında, başka bir konunun görüşülmemesini ifade eder²⁰³. Gündemin açıklığı ilkesi ise, gündem maddelerinin özel bir bilgi ve tecrübe sahibi olmayan pay sahipleri tarafından da anlaşılabilirlik taşıması anlamına gelir²⁰⁴. Gündemde "diğer", "çeşitli" gibi ibarelerin yer almamasına özen gösterilir²⁰⁵. Kurumsal Yönetim İlkelerinin Belirlenmesine ve Uygulanmasına İlişkin

198 MEMİŞOĞLU, s.68.; ANSAY, s.173 vd.

199 *Ansaya* göre gündeme çok sıkı bağlılık işleri uzatır, en ufak bir konuda bile genel kurul yeniden toplanmak zorunda kalır; bu durum ise, hem zaman alacaktır hem de masraflı olacaktır. Bu yüzden gündem ile doğrudan doğruya ilişkisi olan konularda da karar alınabilmelidir, (ANSAY, s.173-174).

200 TTK m.437'de yer alan belgeler dışında, duyurulacak diğer hususlar hakkında bkz. Tebliğ m.1.3.1.

201 Ancak bu asgari içerik olağan genel kurul toplantıları için öngörülmüştür. Olağanüstü genel kurulda gündem önceden belirlenmemiştir, gündemi toplantıya duyulan ihtiyaç belirler. Ancak öğretime, en azından toplanmayı gerektiren konuların gündem maddesi olarak belirtilmesi gerektiği belirtilmektedir, (MEMİŞOĞLU, s. 67). "*Olağanüstü genel kurulun toplanmasına ilişkin mahkeme kararında gündemin açık ve seçik olarak belirtilmesi gerekmektedir. Mahkemece, gerektiğinde davacılar gündem için gerekli açıklama yaptırılması ve davalılar tarafından da bu husustaki savunmanın tespitinden sonra genel kurulun gündem maddeleri hakkında da bir karar verilmesi gerektiğinin düşünülmemesi hatalıdır.*", (Yarg. 11. HD. E. 1999/2473 K. 1999/4475 T. 26.5.1999 (www.kazanci.com.tr. E.T.: 15.11.2018))

202 TTK m. 409/1'e göre "*organların seçimine, finansal tablolara, yönetim kurulunun yıllık raporuna, kârın kullanın şekline, dağıtılacak kâr ve kazanç paylarının oranlarının belirlenmesine, yönetim kurulu üyelerinin ibraları ile faaliyet dönemini ilgilendiren ve gerekli görülen diğer konular*" olağan genel kurul toplantısında görüşülmesi zorunludur." Olağan genel kurul toplantısının gündemi hakkında bkz. BTY m. 13/1.

203 Öğretime esas sözleşmede yer almak ve pay sahiplerine ilan ve tebligat yoluyla ayrıca bildirmek şartıyla, TTK m.409/1 dışındaki konuların da olağan genel kurul toplantısında görüşülebileceği ve bu durumun TTK m.340 hükmüne aykırılık teşkil etmeyeceği belirtilmektedir. BTY m.13/3'deki "Kanun ve esas sözleşme gereği genel kurulun yetkisinde olan ve olağanüstü genel kurul toplantı gündemini oluşturan her türlü konu, olağan genel kurul toplantı gündemine yazılabilir" ifadesinin de bu kanaati güçlendirdiği açıktır. Bu konuda bkz. MEMİŞOĞLU, s.66.; Gündemde yer alması zorunlu hususların Yönetmelik ile düzenlenmesi öğretime haklı bir eleştiri ile karşılanmaktadır, (ERDEM, Genel Kurul, s.39).

204 ARSLANLI, s.21.; *Yiğit'e* göre gündem maddesi yeterince açık değilse, toplantı başkanı gündeme bağlılık ilkesi kapsamında pay sahiplerinin menfaatlerini koruyarak ilgili maddeyi olabildiğince dar yorumlamalıdır. (YİĞİT, s.172)

205 SPK Kurumsal Yönetim İlkeleri m.1.3.2.



Tebliğ m.1.3.2 ve BTY m.13/2 uyarınca, genel kurul gündemi hazırlanırken, gündem başlıklarının açık şekilde ve farklı yorumlara yol açmayacak içerikte ifade edilmesi gerektiğinin belirtilmesi de bu yönde bir yaklaşım olarak kabul edilebilir.

2. Gündeme Bağlılık İlkesinin İstisnaları

Gündeme bağlılık kural olmakla birlikte, bu ilkenin uygulanmasına şirket menfaatlerinin korunması amacıyla bazı istisnalar getirilmiştir²⁰⁶. Bunlar azınlığın genel kurulu toplantıya davet ve gündeme madde ekletme hakkı (TTK m. 411), özel denetim talebinin reddi hâlinde azınlığın özel denetçi atanmasını talep etmesi hakkı (m. 439) olarak ifade edilebilir²⁰⁷. Payscaleinin belirli olayların açıklığı kavuşturulması için genel kurul toplantısında özel denetim isteme hakkı (TTK m.438)²⁰⁸ ile bilgi alma ve inceleme hakkını genel kurul dışında bilgilendirilen diğer pay sahibiyle aynı şekilde bilgilendirilmek suretiyle kullanmak istemesi (TTK m.437/2) pay sahibinin bireysel ve idari haklarından²⁰⁹. Bunlar da gündeme bağlılık ilkesinin istisnaları arasında yer almaktadır

Azınlık hakları ve bireysel haklardan doğanlar dışındaki diğer istisnalar ise; TTK m.416 ve BTY m.25/1/a uyarınca çağrısız genel kurulda pay sahiplerinin hazır bulunması halinde gündeme oybirliği ile madde eklenmesi, (gündemde madde olmamasına rağmen haklı sebeplerle ya da yılsonu finansal tablolarının müzakeresi maddesiyle ilgili sayıldığı için) yönetim kurulu üyelerinin azli²¹⁰ (TTK m. 364, BTY m.25/1/c, TTK m.413/3, BTY m.25/1/ç), halka açık ortaklıkların genel kurullarında yönetim kurulunun görüşülmesini ve ortaklara duyurulmasını istediği hususların genel kurul gündemine alınmasının zorunlu olması²¹¹ (SerPK m. 29/4),

206 Gündeme bağlılık ilkesinin katı şekilde uygulanması, şirketin dolaylı denetimini zayıflatabilir, (MEMİŞOĞLU, s.75).

207 BTY m.25/3'e göre genel kurulda müzakere edilerek karara bağlanmış gündem maddesi, hazır bulunanların oybirliği ile karar verilmedikçe yeniden görüşülüp karara bağlanamaz. Gündeme bağlılık ilkesine ancak kanun ile istisna getirilebileceği, yönetmelik ile istisna getirilmesinin tartışmaya açık olduğuna ilişkin görüş için bkz. BOZKURT, s.313. Öğretide gündeme bağlılık ilkesinin istisnaları arasında, nama yazılı pay senedi bastırılması (TTK m.486/3), ibranın önlenmesi (TTK m.559), şirketin doğrudan zararının tazmini için sorumluluk davası açılmasına karar verilmesi (TTK m.555) de sayılmaktadır, (MEMİŞOĞLU, s.76-95; İMREGÜN, s.120). Gündeme bağlılık ilkesinin istisnalarının sınırlı sayıda olmadığına ilişkin görüş için bkz. MOROĞLU, Hükümsüzlük, s.95.

208 Özel denetim isteme hakkı sadece somutlaştırılmış hususların açıklığı kavuşturulması için kullanılabilir ve pay sahibi bu hakka sadece diğer pay sahipliği haklarının (özellikle oy ve dava haklarının) kullanılabilmesi için başvurabilir, (KENDİGELEN, s.341).

209 BİLGİLİ/DEMİRKAPI, s.335.; AYHAN/ÇAĞLAR/ÖZDAMAR, s.437.

210 Yönetim kurulu üyelerinin azlinin ve yerlerine yenilerinin seçilmesinin gündeme bağlılık ilkesinin istisnası değil, bu ilkenin kapsamı içinde olduğunu savunan görüş için bkz. **Yiğit**, s.175, dn. 680.

211 Öğretide, hükümden geçen "gündeme bağlılık ilkesine uyulmaksızın" ifadesinin yanlış

Ticaret Bakanlığı'nın BTY m.13/5 uyarınca gündeme madde ekletme hakkı²¹² olarak ifade edilebilir.

a. Yönetim Kurulu Üyelerinin Azli

TTK m.364'e göre yönetim kurulu üyeleri, esas sözleşmeyle atanmış olsalar dahi, gündemde ilgili bir maddenin bulunması veya gündemde madde bulunmasa bile, haklı bir sebebin varlığı hâlinde, genel kurul kararıyla her zaman görevden alınabilirler²¹³. Ayrıca TTK m. 413/3'e göre yönetim kurulu üyelerinin görevden alınmaları ve yerlerine seçim yapılması yılsonu finansal tablolarının müzakeresi maddesiyle ilgili sayılır²¹⁴. Buradan hareketle, herhangi bir olağan genel kurul toplantısında yönetim kurulu üyelerinin görevden alınmalarının oylamaya sunulmasının gündeme bağlılık ilkesi ile çelişmeyeceği görülmektedir²¹⁵.

Haklı sebep sayılabilecek durumların genel kurul toplantısı esnasında da gerçekleşmesi muhtemeldir²¹⁶. Bu durumda genel kurulun, bir sonraki genel kurul toplantısını beklemek zorunda bırakılmasının şirket menfaatleri ve kurumsal yönetim anlayışıyla örtüşmeyeceği savunulmaktadır²¹⁷. Bir başka açıdan ise, genel kurul gündemini belirleme

anlaşılma ve uygulamalara yol açabileceği; burada ifade edilmek istenenin aslında, gündeme bağlılık ilkesine değil, "gündemin yönetim kurulunca belirlenmesine" bir istisna olduğu ifade edilmektedir, (Bahtiyar/Hamamcıoğlu, s.25).

- 212 m.13/5'teki "veya herhangi bir sebeple Bakanlığa, şirket genel kurulunda görüşülmesi istenen" ibaresinin Bakanlığa çok geniş takdir yetkisi tanıdığına ilişkin görüş için bkz. Çamoğlu (Poroy/Tekinalp), N.694. BTY m.13/5'in yaptırım düzenlemede belirtilmemiştir. Bu hükme aykırılık hâlinde idari yaptırım uygulanması gerektiği yönündeki görüş için bkz. Bilgili/Demirkapı, s.228. Gündemi düzenleyen TTK m. 413 ve m.210'da kanun ile Bakanlığa tanınmamış bulunan bu yetkinin, yönetmelikle tanınmasının hukuka uygun olmayacağı yönündeki görüş için bkz. Yıldız, Ş., Ticaret Şirketlerinin Gümrük ve Ticaret Bakanlığı'na Denetlenmesi, Türk Ticaret Kanunu'na İlişkin İkincil Mevzuatın Değerlendirilmesi Sempozyumu, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ankara 2014, (s.99-109) s.100.
- 213 Olağanüstü genel kurul toplantısında haklı bir sebebin varlığı hâlinde, yönetim kurulunun m.364/1 uyarınca görevden alınabileceği açıktır, (KENDİGELEN, A., **Türk Ticaret Kanunu, Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler**, İstanbul 2016, s.313).
- 214 Kanun koyucu üyelerin azli ile yenilerinin seçimini yılsonu finansal tabloların müzakeresi ile ilgili sayarak, ayrıca yazılmasa bile azil ile yeni seçimlerin finansal tabloların müzakeresine mündemiç olduğunu açıklamaktadır, (BOZKURT, s.251).
- 215 KENDİGELEN, s.313. BAHTİYAR/HAMAMCIOĞLU, s.28; Kanun gerekçesinde hükmün, genel kurulun yılsonu finansal tablolarının ve yıllık faaliyet raporunun ortaya koyduğu sonuçlardan memnun kalmaması halinde, icraatı beğenilmeyen bir yönetim kurulu ile devam etmek zorunda bırakılmaması gerekliliğine dayandığı ifade edilmiştir. Bununla birlikte, genel kurulun bütün yönetim kurulu üyelerini görevden alması zorunlu değildir; bunu yalnızca icraatını beğenmediği yönetim kurulu üyeleri ile sınırlı tutabilir, (ÜÇİŞİK/ÇELİK, s.285).
- 216 MEMİŞOĞLU, s.78.
- 217 Öğretide Moroğlu tarafından, gündem dışı görevden alma halinde haklı sebebin varlığının aranmaması gerektiği, haklı sebebin ancak TTK m.364/2 kapsamında görevden alma sebebiyle şirketin sorumlu tutulabilmesinin şartı olduğu savunulmaktadır. MOROĞLU, Değerlendirme ve Öneriler, s.166-167.



yetkisini kullanan yönetim kurulunun, kendi azline ilişkin bir maddeyi gündeme almasının görece düşük olasılığı karşısında²¹⁸, azle ilişkin oylamaya gündeme bağlılığın istisnaları arasında yer verilmiş olması, pay sahiplerinin haklarını korumaya katkı sunmaktadır.

TTK m. 413/3'e göre, olağan genel kurul toplantısında finansal tablolarla ilgili olumsuzluk durumlarında ayrıca haklı sebep araştırılmasına gidilmesine gerek olmadan yönetim kurulu üyeleri her zaman için azledilebilir ve yerlerine yenisi seçilebilir; finansal tablolarla ilgili olumsuz bir durum yoksa, haklı bir nedenin varlığı şarttır²¹⁹. Öğretide ayrıca, m. 364 ve m.413/3 hükmü değerlendirildiğinde, gündemde açıklık olmasa dahi, yönetim kurulu üyelerinin olağan genel kurulda görevden alınmalarının yine mümkün olduğu da ileri sürülmektedir²²⁰.

Haklı sebeplerin neler olabileceği hususunda Kanun'da herhangi bir sınırlama bulunmamakla birlikte madde gerekçesinde ve BTY m.25/1/ç²²¹ hükmünde örnek kabilinden sebeplere yer verilmiştir²²². Yolsuzluk, yetersizlik, bağlılık yükümünün ihlâli, birçok şirkette üyelik sebebiyle görevin ifasında güçlük, geçimsizlik, nüfuzun kötüye kullanılması gibi haller, bunlarla sınırlı olmaksızın, haklı sebep olarak görülmektedir. Pay sahipleri tarafından yönetim kurulu üyesine yöneltilmiş ve şahsi çatışma niteliğinde olup, yönetim kurulu üyesinin göreve dair yeterliliği ile ilgili olmayan hususlar bu kapsamda değerlendirilmemelidir. Haklı neden kavramının sınırlarına ilişkin bu belirsizliğin, konuya dair uygulamada çok sayıda uyuşmazlık ile karşılaşılmasına yol açması beklenebilir²²³.

b. Gündeme Bağlılık İlkesinin Azınlık Hakkından Doğan İstisnaları

Kurumsal yönetim sisteminde genel kurulla ilişkili olarak önem arz eden bir diğer konu ise, azınlığın genel kurulu toplantıya davet ve gündeme madde ekletme hakkı (m.411) ile toplantıyı erteletme (m.420) ve

218 MEMİŞOĞLU, s.79.; BOZKURT, s.251.

219 Bu durum karşısında, uygulamada olağanüstü genel kurul toplantıları açısından azil için haklı nedenin varlığı şart olacaktır, (BAHTİYAR/HAMAMCIOĞLU, s.30-31)

220 MOROĞLU, Değerlendirme ve Öneriler, s.230; KENDİGELEN, s.256, dn. 76. Olağanüstü genel kurulda m. 364'ün amaçsal yorumu da dikkate alınarak, haklı sebep şartının aranması gerektiği yönündeki görüş için bkz. MEMİŞOĞLU, s.80.

221 Ancak öğretide, m.25/1/ç hükmündeki bu belirlemenin uygulamada ortaya çıkabilecek sorunları çözmeye yeterli olmayacağı belirtilmektedir. Ayrıca haklı nedenlerin varlığı aslında gündem konusu dışında karar alınmasının değil, görevden alma nedeniyle ortaklığın sorumlu tutulmasının şartı olabilecektir. BAHTİYAR/HAMAMCIOĞLU, s.29; BAHTİYAR, Ortaklıklar, s.159.

222 Genel kurulun azil kararını gerekçelendirme zorunluluğu yoktur, (AKDAĞ GÜNEY, Yönetim Kurulu, s.39). Madde gerekçesinde bu husus "Genel kurulun güvenini yitiren, hakkında haklı bir sebep mevcut olan bir üyeyi genel kurulun sadece gündeme bağlılık ilkesi dolayısıyla ileriki gündeminde görevden alma bulunan bir toplantıya kadar yönetim kurulunda tutmak zorunda bırakılması, anılan ilkenin amacına aykırıdır." şeklinde ifade edilmiştir.

223 MOROĞLU, Değerlendirme ve Öneriler, s.174; BAHTİYAR, Ortaklıklar, s.159.

özel denetim hakkıdır. Buna göre, sermayenin en az onda birini, halka açık şirketlerde yirmide birini oluşturan pay sahipleri, yani azınlık, yönetim kurulundan, yazılı olarak gerektirici sebepleri ve gündemi belirterek, genel kurulu toplantıya çağırma veya genel kurul zaten toplanacak ise, karara bağlanmasını istedikleri konuların gündeme eklenmesini istemeye yetkilidirler. Gündeme madde konulması istemi, çağrı ilanının Türkiye Ticaret Sicili Gazetesinde yayımlanmasına ilişkin ilan ücretinin yatırılması tarihinden önce yönetim kuruluna ulaşmış olmalı ve noter aracılığıyla yapılmalıdır²²⁴. Halka açık anonim ortaklıklar bakımından, SerPK m.29/5'e göre gündeme madde ekletme hakkı, halka açık ortaklıklarda gündem maddelerine ilişkin karar taslaklarının görüşmeye sunulmasını da kapsar. Bu hüküm ile şeffaflığı sağlanması ve pay sahiplerinin kararlara etkin katılımının güçlendirilmesi amaçlanmaktadır²²⁵.

TTK m.420/1'e göre finansal tabloların müzakeresi ve buna bağlı konular²²⁶, sermayenin onda birine, halka açık şirketlerde yirmide birine sahip pay sahiplerinin istemi üzerine²²⁷, genel kurulun bir karar almasına gerek olmaksızın, toplantı başkanının kararıyla bir ay sonraya bırakılır²²⁸. Öğretide azınlığın finansal tablo müzakeresinin ertelenmesine ilişkin talebi sonrasında yapılacak toplantının da hukuken öncekinin devamı niteliğinde kabul edilmesi gerektiği ifade edilmektedir²²⁹. Buna göre, ikinci toplantıda da kural olarak gündeme yeni madde eklenemez. Bu hüküm sayesinde erteleme isteminde bulunan pay sahipleri, finansal tablolara ilişkin dürüst hesap verme ölçütüne uygun biçimde aydınlatılabilecektir.

224 Madde gerekçesinde uygulamada yaşanan sorunları çözmek için "ilan ücreti yatırılması" tarihinin hem zaman hem de ispat yönünden uygun olduğu belirtilmiştir; ancak azınlığın başvurusunun en erken ne zaman yapılabileceği düzenlenmemiştir. Öğretide, olağan genel kurul toplantıları için hesap dönemi bitiminden itibaren, olağanüstü genel kurul toplantıları için ise yönetim kurulunun toplantı kararı alınmasından sonra talepte bulunma olasılığının bulunduğu; hatta yapılacak ilk genel kurul toplantısının gündemine konulmak üzere önceden yapılan başvurunun da kabul edilmesi gerektiği ifade edilmektedir, (ÇAMOĞLU (Poroy/Tekinalp), N.693).

225 MEMİŞOĞLU, s.89.

226 Madde lafzındaki "buna bağlı konular" ifadesinden ertelenen hususun yalnızca finansal tabloların görüşülmesiyle sınırlı olmadığı sonucuna varılabilir. Nitekim öğretide hâkim görüş de, finansal tabloların müzakeresiyle doğrudan veya dolaylı bağlantılı olabilecek gündem maddelerinin tümünün erteleme kapsamında olduğu yönündedir. Bu kapsamda kâr-zarar hesabı, yönetim kurulunun yıllık raporu, ibra oylaması, sermaye artırımını gibi konular da bir sonraki toplantıda görülecektir. Öğretideki farklı görüşler ve ayrıntılı bilgi için bkz. ÇAMOĞLU, Azınlığın Bilanço Erteleme Gündemdeki Diğer Maddeleri Nasıl Etkiler, Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal TEKİNALP'e Armağan, C.I, (s.287-295.), s.290-295.

227 Azınlığın bu erteleme istemi ve açık bir şekilde ve şarta bağlanmadan yapılmalıdır, (ÇAMOĞLU, s.288).

228 Ancak toplantı başkanının kararından söz edilmesi, uygulamaya yönelik yeni bazı belirsizliklerin gündeme gelmesine neden olabilir, (KENDİGELEN, s.319).

229 MEMİŞOĞLU, s.81.; BİLGİLİ/DEMİRKAPI, s.229, 300. dn.



TTK m.420/2 ve BTY m.28/4'e göre²³⁰, erteleme üzerine yapılacak toplantıda aynı veya farklı gerekçelerle azınlık pay sahipleri tarafından finansal tabloların müzakeresinin tekrar ertelenmesi talep edilemez.

TTK m.420/2 hükmü değerlendirildiğinde, pay sahiplerinin bu hususta aydınlatılmasının dürüst hesap verme ölçütlerine göre gerçekleşmesinin zorunlu olduğu çıkarımı yapılabilir²³¹. Ayrıca öğretide bu istisna sayesinde pay sahiplerinin toplantıya katılma isteğinin artırılabilceği ifade edilmektedir²³². Genel kurulun gündeminde bulunmayan konular görüşülmüş ve karara bağlanmışsa, bu takdirde sadece bu konulara ilişkin genel kurul kararlarının iptali söz konusu olacaktır²³³

SONUÇ

Kurumsal yönetim ilkeleri açısından Türk Ticaret Kanunu'nun genel kurula ilişkin hükümleri ve Sermaye Piyasası Kanunu ve ilgili diğer düzenlemeler bir arada değerlendirildiğinde, genel kurulun işleyişi açısından âdillik (eşitlik), hesap verilebilirlik, sorumluluk, kamuyu aydınlatma ve şeffaflık ilkelerinin öne çıktığı tespit edilmektedir. Anılan ilkeler, pay sahiplerinin şirketin ilgili karar alma süreçleri hakkında bilgilendirilmesine, toplantıya katılım ve oy kullanma haklarının etkin bir şekilde kullanılmasına ve neticede, pay sahiplerinin iradesinin hakları ölçüsünde şirket yönetimine yansıtılmasına katkı sunmaktadır.

Bu kapsamda ayrıca, çoğunluk ilkesiyle pay sahiplerinin genel kurula katılımlarının temini için elektronik ortamda genel kurula ve temsile ilişkin düzenlemelerin getirildiği, azınlık haklarının da belirli sınırlar içinde gözetildiği görülmektedir. Eşit işlem ilkesinin de, pay sahipleri ve bunlarla şirket arasındaki hakların adil bir şekilde kullanılmasına katkı sunduğu, özellikle de bilgi alma ve inceleme haklarının pay sahiplerinin haklarını kullanırken gereksinim duydukları bilgileri edinebilmesine imkan tanıdığı tespit edilmektedir. Oy hakkında imtiyaza ilişkin olarak getirilen sınırlamalarla da bir ölçüde bağlantılı olduğu savunulabilecek

230 Yapılan açıklamanın bu anlamda tatminkâr olup olmadığını genel kurul takdir edecektir, (ÇAMOĞLU, s.288).

231 Azınlığın erteleme talebini gerçekleştirmesinin sonuç alma açısından faydalı olacağı açıktır. Aynı yönde bkz. EMİNOĞLU, s.107.; ÇAMOĞLU, s.288.

232 MEMİŞOĞLU, s.81.

233 MOROĞLU, Hükümsüzlük, s.93.; BOZKURT, s.312.; PULAŞLI, Şirketler Hukuku, s. 369. N.61.; Yargıtay 11. HD. E. 2016/405 K. 2017/142 T. 10.01.2017: "Bu itibarla, 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 gerekmiştir; "önemli işlerden sayılan şirket merkezinin değiştirilmesinin gündeme bağlilik ilkesi dışında tutulamayacağı, gündemde de böyle bir maddeye yer verilmediği gerekçesiyle 10.06.2014 tarihli genel kurulunda şirket merkezinin değiştirilmesine ilişkin kararın kanuna aykırılık teşkil etmesi sebebiyle iptaline karar verilmiştir." 11. HD., E. 2015/9936 K. 2016/4271 T. 18.4.2016 (www.lexpera.com. E.T. : 17.12.2018)



bu ilke, pay sahiplerinin genel kurulda konuşma süresinin ne ölçüde sınırlanabileceği gibi birçok teorik tartışmanın da temelini oluşturmaktadır.

Pay sahiplerinin şirket ve diğer pay sahipleriyle menfaatlerinin çatışma ihtimali öğretide tartışılan ve kurumsal yönetim ilkeleri çerçevesinde de sıklıkla üzerinde durulan ihtimallerdendir. Türk hukuk öğretisi açısından, genellikle ölçülülük ilkesi ve dürüstlük kuralına dayandırılan, hakların sakınarak kullanılması ilkesi merkezinde yapılan değerlendirmeleri de bu kapsama dahil etmek mümkündür. İlke genel olarak, hukuka uygun birden çok alternatifin bulunduğu bir varsayım açısından çoğunluğun, beklenebilirlik sınırları içerisinde ve özellikle gerekmedikçe, azınlığın menfaatlerini ihlal etmeyen şekilde davranması gerektiğini öngörür.

Şirkete ilişkin belirli bilgilerin sadece pay sahipleri ile değil, aynı zamanda kamu ile de paylaşılması kurumsal yönetim ilkeleri çerçevesinde uzun bir süredir desteklenen yaklaşımlardandır. Bu yaklaşım, kamunun, dolaylı olarak olsa da menfaat sahipleri arasında görülmesine ve şirketle henüz pay sahipliği ilişkisi içinde bulunmayan olası yatırımcıların da bilgilendirilmesi gayesine dayanır. Buna göre, anılan kişilerin de bu bilgilere erişmelerine olanak tanınması, yatırımcılar açısından şeffaflığın sağlanmasına ve sermaye piyasasında güvenin ve bununla bağlantılı olarak, derinleşmenin temin edilmesine katkı sunacaktır.

Gündeme bağlılık ilkesi, kural olarak, genel kurul toplantısında gündemde bulunmayan konuların müzakere edilemeyeceğini ve karara bağlanamayacağını ifade eder. Pay sahiplerinin, toplantı öncesinde ilgili konu başlıkları ile bağlantılı bilgilere erişmesinin temini de, bu ilkenin kapsamı altında değerlendirilmektedir. Gündemin önceden ilan edilmesi, pay sahiplerinin toplantı öncesinde gerekli teknik, işletmesel veya hukuki konularda araştırmalarda bulunabilmelerinin yanı sıra, genel kurulun anonim şirketin işleyişindeki görev ve yetkilerinin etkin bir şekilde yürütülebilmesine de katkı sağlamaktadır.

Sonuç olarak, pay sahipliğinden doğan hakların kullanılması ve pay sahiplerinin şirketin karar alma sürecine katılımları açısından taşıdığı işlev nedeniyle, genel kurulun kurumsal yönetim ilkeleri ile yoğun bir bağlantı içinde olduğu görülmektedir. Genel kurula çağrı sürecinden, gündemin ilanına ve azınlık haklarına kadar birçok yönden tespit edilebilen bu ilişki, kendisini 6102 sayılı Kanun'da yer verilen konuya ilişkin hükümlerde de göstermektedir. Kanun'un genel gerekçesinde de, "...genel kurulun birinci çetin sorunu güç boşluğudur" ifadesiyle vurgulanan bu durum, konuya ilişkin düzenlemelerin teorik arka planını yansıtmakta ve belirtilen çerçevedeki değerlendirmeler açısından kurumsal yönetim ilkelerinin teorik temellerinin de dikkate alınması gereksinimini ortaya çıkarmaktadır.



KAYNAKLAR

AKDAĞ GÜNEY, N., **6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Anonim Şirket Yönetim Kurulu**, İstanbul 2012. ("*Yönetim Kurulu*")

AKDAĞ GÜNEY, N., "**Anonim Şirketlerde Eşitlik İlkesi**", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S.3-4, Ankara 2014, (115-136) ("*Eşitlik İlkesi*")

AKDAĞ GÜNEY, N., "**Anonim Şirketlerde Hakların Sakınılarak Kullanılması İlkesi ve Uygulaması**", Prof. Dr. Hikmet Sami Türk'e Armağan, Ankara 2017, (45-68) ("*Hakların Sakınılarak Kullanılması*")

AKIN, Y.M., **Şirketler Hukukunda ve Özellikle Anonim Şirketlerde Pay Sahibinin Sadakat Borcu**, İstanbul 2002.

AKTAN, M., Genel Kurul Yönetim Kurulu Arasındaki Fonksiyon Görev Ayrılığının Türk Ticaret Kanunu ve Kurumsal Yönetim Açısından Değerlendirilmesi, **Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2015, S.1, (245-270)

ANSAY, T., **Anonim Şirketler Hukuku**, Ankara 1982.

ARSLANLI, H., **Anonim Şirketler II-III**, Anonim Şirketin Organizasyonu ve Tahviller, İstanbul 1960.

AYHAN, R./ÇAĞLAR, H./ÖZDAMAR, M./ **Şirketler Hukuku Genel Esaslar**, Ankara 2019.

AYTAÇ, Z., **Anonim Ortaklıklarda İbra**, Ankara 1982

AZARKAN, N., Anonim Şirket Genel Kurul Toplantılarını Kim Yönetir?, **Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.17, S.26-27-28-29, 2012, (s.71-91)

BAHTİYAR, M., **Ortaklıklar Hukuku**, İstanbul 2016. ("*Ortaklıklar*")

BAHTİYAR, M., Anonim Şirket Genel Kurulunda Toplantı Yeter Sayısının "Toplantı Süresince Korunması" Şartına İlişkin TTK. 418/1 Hükümünün Değerlendirilmesi, Prof. Dr. Hamdi Yasaman'a Armağan, İstanbul 2017, (s.127-136) ("*Yasaman'a Armağan*")

BAHTİYAR, M./HAMAMCIOĞLU, E., **Yeni TTK'ya Göre Anonim Ortaklık Genel Kurul Toplantıları**, İstanbul 2014

BERLE, A.A./MEANS, G., **The Modern Corporation and Private Property**, New York, The Mac Millan Company, 17th Edition, 1950.

BİLGİLİ, F./DEMİRKAPI, E., **Şirketler Hukuku Dersleri**, Bursa 2018.



BOZKURT, T., **Şirketler Hukuku**, Ankara 2018.

COFFEE Jr, John C. "Future As history: The Prospects For Global Convergence in Corporate Governance and Its Implications." Nw. UL Rev. 93 (1998) (s.641-707)

ÇAMOĞLU, E., Azınlığın Bilânço Ertelemesi Gündemdeki Diğer Maddeleri Nasıl Etkiler, Bilgi Toplumunda Hukuk, **Ünal Tekinalp'e Armağan**, C.I, (287-295)

EMİNOĞLU, C., **Türk Ticaret Kanunu'nda Kurumsal Yönetim**, İstanbul 2014.

ERDEM, E., Eşit İşlem, **Türk ve İsviçre Hukuklarında Eşit İşlem İlkesi, İsviçre Borçlar Kanunu'nun İktisabının Sekseninci Yılında İsviçre Borçlar Kanunu'nun Türk Ticaret Kanunu'na Etkileri**, İstanbul 2009, (393-419) ("*Eşit İşlem*")

ERDEM, E., Türk Ticaret Kanunu'nun Anonim Şirketler Genel Kurulları İçin Getirdiği Yenilikler, **Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.9, S.117-188, Mayıs-Haziran 2014, (29-61) ("*Genel Kurul*")

ERGİNCAN, Y./BÜLBÜL, Ö., Türkiye'de Elektronik Genel Kurulların Ortakların Oy Hakkının Kullanımına Etkisi, **Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.4, S.2, Aralık 2014, (31-63)

FAIRFAX, L.M., **The Future of Shareholder Democracy**, Indiana Law Journal, Vol. 84, Issue 4 (Fall 2009) (1259-1308)

GÜRBÜZ USLU, A., **Türk Özel Hukukunda Özellikle Anonim Şirketlerde Ticari Sırların Korunması**, İstanbul 2009.

HELVACI, M., M., Özellikle Anonim Şirket Açısından Menfaat Kavramı, **Prof. Dr. Hamdi Yasaman'a Saygı Konferansı**, İstanbul 2017, (21-28) (www.lexpera.com)

İMREGÜN, O., **Anonim Ortaklıklar**, İstanbul 1974.

JOLLS, C./SUNSTEIN, CASS R./THALER, R., **A Behavioral Approach to Law and Economics**, 1998, Faculty Scholarship Series. Paper 1765., (1471-1550)

KARASU, R., 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu ile Anonim Şirketlerde Kurumsal Yönetim ile İlgili Getirilen Yenilikler, **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Malatya 2013, S.2, (33-60) ("*Kurumsal Yönetim*")

KARASU, R., Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'na Göre Anonim Şirketlerde Pay Sahibinin Bilgi Alma Hakkı, **BATİDER**, C.23, S.2, Aralık 2005, (73-114) ("*Bilgi Alma*")



KAYA, A., **Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Bilgi Alma Hakkı**, Ankara 2001.

KAYA, M.İ., Pay Sahiplerinin Anonim Şirket Genel Kurulunda Temsil Edilmesi, **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi** ("BATİDER"), 2014, C.30, S.4, (45-95)

KENDİGELEN, A., **Türk Ticaret Kanunu, Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler**, İstanbul 2016.

KIRCA, İ./ŞEHİRALİ ÇELİK, F.H./MANAVGAT, Ç., **Anonim Şirketler Hukuku, C.I**, Ankara 2013.

KIRCA, İ./ŞEHİRALİ ÇELİK, F.H./MANAVGAT, Ç., **Anonim Şirketler Hukuku, Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü**, Ankara 2016.

KRAAKMAN, R./ ARMOUR, J./ DAVIES, P./ ENRİQUES, L./ HANSMANN, H./ HERTİG, G./ KANDA, H./ ROCK, E., **The Anatomy of Corporate Law , A Comparative and Functional Approach**, New York 2009.

MEMİŞ, T./TURAN, G., **Sermaye Piyasası Hukuku**, Ankara 2017.,

MEMİŞOĞLU, Ö., 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda Anonim Şirket Genel Kurul Toplantı Gündemi, Gündeme Bağlılık İlkesi ve İstisnaları, **Legal Hukuk Dergisi**, Ocak, 2014, S.133, (s.45-106)

MANAVGAT, Ç., Kurumsal Yönetimde Kamunun İşlevi, **BATİDER**, C.24, S.2, Aralık 2007, (s.473-498).

MOROĞLU, E., **Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü**, İstanbul 2014. ("*Hükümsüzlük*")

MOROĞLU, E., **6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu, Değerlendirme ve Öneriler**, İstanbul 2016. s.424. ("*Değerlendirme ve Öneriler*")

NOBEL, P. Stakeholders And The Legal Theory Of The Corporation. In M. Tison, H. De Wulf, C. Van der Elst, & R. Steennot (Eds.), **Perspectives in Company Law and Financial Regulation (International Corporate Law and Financial Market Regulation**, pp. 165-182). Cambridge, 2009.

NOMER, F., **Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Sadakat Yükümlülüğü**, İstanbul 1999. ("*Sadakat Yükümlülüğü*")

NOMER, F., Anonim Ortaklıkta Eşit Davranma (Eşit İşlem) İlkesi, **Prof. Dr. Oğuz İmregün'e Armağan**, İstanbul 1998, (469-490). ("*Eşit İşlem*")

ÖZDEMİR, S.S., **İş Adamı Kararı İlkesi (Business Judgement Rule) ve Türk Hukukunda Uygulanabilirliği**, İstanbul 2017.



ÖZDEMİR, S.S., Alternatif Yatırım İlkeleri ve Kira Sertifikası, **BATİDER**, C.XXIX, S.3, Eylül 2013, (357-399)

ÖZER, I., Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Anonim Şirket Genel Kuruluna Elektronik Ortamda Katılım, **BATİDER**, Prof. Dr. Reha Poroy'un Anısına Armağan, Aralık 2009, C.XXV, S.4, (623-662).

PASLI, A., **Anonim Ortaklık Kurumsal Yönetimi-Corporate Governance**, İstanbul 2004.

PETTET, B., **Company Law** (Second Edition), London 2005.

POROY, R./TEKİNALP, Ü. /ÇAMOĞLU, E., **Ortaklıklar Hukuku I**, İstanbul 2014.

PULAŞLI, H., **Şirketler Hukuku Genel Esaslar**, Ankara 2017.

PULAŞLI, H., Elektronik Ortamda Genel Kurula İlişkin Düzenlemelerin Evrimi, Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan, C.III, İstanbul 2011, (2621-2684). ("*Elektronik Ortamda Genel Kurul*")

SAYHAN, İ., Anonim Ortaklıklarda Genel Kurul Toplantılarında Toplantı Çoğunluğunun Korunması İlkesi ve Çoğunluğun Tespiti, s.10, **Ufuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, S.2, Aralık, 2014, (9-17).

TEKİNALP, Ü., Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Kurumsal Yönetim Felsefesine Yaklaşımı, **Uğur Alacakaptan'a Armağan**, s.1, C.2, İstanbul 2008, (s.635-652) ("*Alacakaptan'a Armağan*")

TEKİNALP, Ü., **Anonim Ortaklığın Bilançosu ve Yedek Akçeleri: Kamuyu Aydınlatma İlkesi İle**, İstanbul, 1979. ("*Bilanço*")

TEKİNALP, Ü., **Halka Açık Anonim Ortaklıklarda Yönetime Katılma Sorunları**, İstanbul 1979. ("*Yönetime Katılma Sorunları*")

TEKİNALP, Ü., Erişim Hakkı, **BATİDER**, C.23., S.4, Aralık 2006, (s. 5-12).

TEKİNALP, Ü., Hakların En Az Zarar Verecek Şekilde Kullanılması İlkesi (I), **İktisat ve Maliye Dergisi**, 1979, C. XXVI, S.2, (s.78-80).

TEKİNALP, Ü., Hakların En Az Zarar Verecek Şekilde Kullanılması İlkesi (II), **İktisat ve Maliye Dergisi**, 1979, C. XXVI, S.5., (s.203-207).

ÜÇİŞİK, G./ÇELİK, A., **Anonim Ortaklıklar Hukuku**, Ankara 2013.

TEOMAN, Ö., **Oy Hakkından Yoksunluk**, İstanbul, 1983.

TEOMAN, Ö., **Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Genel Kuruldan Çıkarılması**, Otuz Yıl Ticaret Hukuku: Tüm Makalelerim, İstanbul 2000, (s.60-72). ("*Çıkarılma*")



TEOMAN, Ö., **Genel Kurulda Konuşma Süresinin Sınırlandırılması**, Otuz Yıl Ticaret Hukuku: Tüm Makalelerim, İstanbul 2000, (462-472) (“Konuşma Süresi”)

TEOMAN, Ö., Sermaye Ortaklıklarının İnternet Sitesi Açma ve Burada Yasada Öngörülen İçerikleri Yayımlama Yükümlülüğüne Aykırı Davranmanın Yaptırımı Nedir?, **BATİDER**, C.27, S.4, Aralık 2011 (s.5-12). (“İnternet Sitesi”)

YILDIZ, Ş., **Anonim Ortaklıkta Pay Sahipleri Açısından Eşit İşlem İlkesi**, Ankara 2004.

YİĞİT, İ., **Anonim Ortaklık Genel Kurulunun İşleyişi ve Ortaya Çıkan Sorunlar**, (<https://tez.yok.gov.tr>)

YARARLANILAN İNTERNET SİTELERİ

<https://eur-lex.europa.eu/eli/dir/1977/91/oj>,

www.kazanci.com.tr

www.lexpera.com.tr

www.tdk.com.tr

<https://www.oecd.org/corporate/principles-corporate-governance.htm>

<https://tez.yok.gov.tr>



ABONELİK SÖZLEŞMESİNDEN KAYNAKLANAN PARA ALACAKLARINA İLİŞKİN TAKİBİN BAŞLATILMASI USÛLÜ HAKKINDA KANUN'A GÖRE İCRA TAKİBİ

(Execution Proceedings according to Law no. 7155)

Arş. Gör. Volkan ÖZÇELİK¹

ÖZ

7155 sayılı Kanun abonelik sözleşmesinden kaynaklanan para alacakları için icra takibi başlatılmasını düzenlemiştir. Bu takipler Merkezi Takip Sistemi üzerinden başlatılmak zorundadır. Merkezi Takip Sistemi ile başlatılan takip kesinleştiğinde haciz talebinde bulunulmalıdır. Çalışmamızda bu düzenlemenin gerekçeleri üzerinde durulmuş ve takip ekonomisi ilkesine olan katkısı ele alınmıştır. Ayrıca 7155 sayılı Kanun'a göre, icra takibinin başlatılması ve kesinleşmesi incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Abonelik Sözleşmesi, Para Alacağı, İcra Takibi, Merkezi Takip Sistemi, Takip Ekonomisi İlkesi.

ABSTRACT

Law no. 7155 regulates the initiation of execution proceedings without judgement for the pecuniary claims arising from subscription agreement. These execution proceedings must be initiated with the Central Proceedings System. When execution proceedings are finalized, the creditor should request impoundments. In this study, the reason of this regulation were emphasized and its contribution to the principle of proceedings economy was discussed. In addition, according to Law no. 7155 was examined the finalization of the execution proceedings.

Keywords: Subscription Agreement, Pecuniary Claim, Execution Proceedings, Central Proceedings System, Principle of Proceeding Economy.

GİRİŞ

7155 sayılı Kanun², abonelik sözleşmelerinden ve bu sözleşmelerin ifası amacıyla tüketiciye sunulup bedeli faturaya yansıtılan mal veya

1 Ondokuz Mayıs Üniversitesi, A.F.B. Hukuk Fakültesi Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukuku Anabilim Dalı, volkan.ozcelik@omu.edu.tr; vozcelik.hukuk@gmail.com, ORCID ID: 0000-0001-9999-900X

2 RG. 19.12.2018, S. 30630.



hizmetten kaynaklanan para alacaklarına ilişkin haciz yoluyla ilamsız icra takiplerinin, Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi (UYAP) bünyesinde oluşturulan Merkezî Takip Sistemi üzerinden başlatılmasına ve haciz aşamasına kadar yürütülmesine ilişkin usûl ve esasları düzenlemektir (7155 sayılı Kanun m. 1). Bu takip yoluyla, abonelik sözleşmesinden kaynaklanan alacaklarda, abonelik sözleşmesinin mal veya hizmet sunan tarafının başvuracağı özel bir ilamsız takip yöntemi kabul edilmiştir³.

7155 sayılı Kanun ile İcra ve İflâs Kanunu'nda, Türk Ticaret Kanunu'nda, Bilirkişilik Kanunu'nda, Harçlar Kanunu'nda ve Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nda değişiklikler yapılmıştır. Bununla birlikte çalışma konumuz bu Kanun'un abonelik sözleşmesinden kaynaklanan para alacaklarına ilişkin icra takibinin başlatılması usûlü hakkındaki düzenlemeleri ile sınırlı olacaktır. Kanun'un bu husustaki düzenlemeleri, 1 Haziran 2019 tarihinde yürürlüğe girmiştir (7155 sayılı Kanun m. 26/1-b). Kanun'un bu hükümleri yürürlüğe girdiği tarihte derdest olan takipler hakkında uygulanmaz. Bu takipler başladıkları tarihte yürürlükte bulunan hükümler uyarınca yürütülür (7155 sayılı Kanun Geçici Madde 1). Ayrıca 7155 sayılı Kanun icra takipleri için özel düzenlemeler getirmekle birlikte, bütünüyle İcra İflâs Kanunu'nu dışarıda bırakmış değildir. Nitekim özel düzenleme ihdas edilmeyen hallerde İcra İflâs Kanunu hükümleri uygulanır (7155 sayılı Kanun m. 9/1).

I. 7155 SAYILI KANUN HAKKINDA GENEL DEĞERLENDİRMELER

A. Kanun Hazırlama Tekniği

Konu yönünden birbiriyle ilgisi olmayan ve çok fazla kanunda ek ve değişiklikler yapan kanun, "torba kanun" olarak adlandırılmaktadır. 7155 sayılı Kanun, başlığına bakıldığında abonelik sözleşmesinden kaynaklanan para alacaklarına ilişkin takibin başlatılması usûlüne ilişkin bir kod kanun olduğu izlenimi verse de, birden fazla kanunda değişiklik yapması yönüyle "torba" kanun niteliğindedir. Nitekim bu Kanun'un başlığı "Abonelik Sözleşmesinden Kaynaklanan Para Alacaklarına İlişkin Takibin Başlatılması Usûlü Hakkında Kanun" olmasına rağmen, bu Kanun ile 2004 sayılı İcra ve İflâs Kanunu'nda, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda, 6754 sayılı Bilirkişilik Kanunu'nda, 492 sayılı Harçlar Kanunu'nda ve 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nda da değişiklikler yapılmıştır.

3 PEKCANITEZ Hakan/ ATALAY Oğuz/SUNGURTEKİN ÖZKAN Meral/ ÖZEKES Muhammet, **İcra İflâs Hukuku Ders Kitabı**, 6. Bası, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019, s. 243.

4 İBA Şeref, Ülkemizde "Torba Kanun" Ve "Temel Kanun" Uygulamaları, **Ankara Barosu Dergisi**, S. 1, 2011, s. 199.

Torba kanunlar, hukuk tatbikatında mevzuat değişikliklerinin takip edilmesini güçleştirmektedir. Şüphesiz her kanun Resmi Gazete’de yayımlanmak suretiyle yürürlüğe girer. Ancak bir torba kanunla hangi konularda düzenleme yapıldığı hakkında ancak o kanunun tüm maddeleri incelenmek suretiyle bilgi sahibi olunabilir. Kanunun başlığı bu hususta bilgi vermekten uzak olabilmektedir. Çalışma konumuzu teşkil eden 7155 sayılı Kanun da bu nedenle isabetli değildir. Nitekim 7155 sayılı Kanun’un, ticari uyuşmazlıklarda arabuluculuk hususunu da düzenlediği, ancak bu Kanun’un incelenmesiyle anlaşılabilir.

7155 sayılı Kanun, abonelik sözleşmelerinden kaynaklanan para alacakları hakkındaki takibin haciz aşamasına kadar olan safhasının Merkezi Takip Sistemi vasıtasıyla yapılmasını düzenlemiş ve bu suretle icra dairelerinin iş yükünü azaltmayı amaçlamıştır. İcra daireleri önünde abonelik sözleşmelerinden kaynaklanan çok sayıda icra dosyası bulunması ve icra dairelerinin bu dosyalara ilişkin çok sayıda ödeme emri düzenlemesi ve borçluya tebliği gibi çok sayıda işlem yapması bu Kanunun çıkış noktası olmuştur⁵. Kanun ile benimsenen yöntem, amacı gerçekleştirmeye elverişlidir⁶. Gerçekten ödeme emrinin Merkezi Takip Sistemi tarafından düzenlenmesi ve ödeme emrinin tebliği için tebliğ evrakının sistem tarafından düzenlenerek ilgili PTT birimine aktarılması, icra dairelerinin iş yükünü azaltacak ve takibin daha hızlı ve daha az emek harcanmak suretiyle yapılmasını sağlayacaktır. Bununla birlikte, her ne kadar kanunun gerekçesinde “icra dairelerinin iş yükünün önemli bir kısmını abonelik sözleşmelerinden kaynaklanan takipler oluşturmaktadır” denilmiş olsa da, bu ifadenin sayısal verilerle desteklenmemiş olması önemli bir eksikliklerdir. İcra daireleri önünde abonelik sözleşmelerinden kaynaklanan icra takiplerinin sayısına ve bu takiplerin toplam icra takipleri içindeki oranına yer verilmesi kanun hazırlama tekniği bakımından daha isabetli olurdu⁷.

5 “İcra dairelerinin iş yükünün önemli bir kısmını, “abonelik sözleşmelerinden kaynaklanan para alacaklarına ilişkin takipler” oluşturmaktadır. Bu takipler için icra dairelerinde çok sayıda dosya bulunmakta; ödeme emri tanzimi ve tebliği gibi çok sayıda işlem yapılmaktadır. Hazırlanan Kanun teklifiyle, abonelik sözleşmelerinden kaynaklanan para alacaklarına ilişkin takibin başlatılması ve haciz aşamasına kadar olan bölümünün; Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi (UYAP) bünyesinde oluşturulan Merkezi Takip Sistemi (MTS) üzerinden yapılması amaçlanmaktadır...” Bkz. 7155 sayılı Kanun’un genel gerekçesi.

6 Kanun koyucunun, yasa yaparken sadece iş yükünü azaltmaya odaklanmasının isabetli olmadığı eleştirisi için bkz. ÖZEKES Muhammet, Abonelik Sözleşmelerinden Kaynaklanan Para Alacaklarına İlişkin Yeni Takip Yolu (7155 sayılı Kanun’un Düzenlenmesi), **İzmir Barosu Dergisi**, Eylül 2018, s. 226.

7 Örneğin 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu m. 3, iş yargısında belli konularda zorunlu arabuluculuk getirmiştir. Bu Kanun ile neden iş yargısında zorunlu arabuluculuğa yer verildiği, Kanun’un genel gerekçesinde sayısal verilere dayanılarak açıklanmıştır: “...2012 yılında kabul edilen 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu



B. Takip Ekonomisi İlkesi

Medenî usûl hukukunda geçerli olan usûl ekonomisi ilkesinin (HMK m. 30)⁸, takip hukukunda devamı niteliğindeki ilke “takip ekonomisi ilkesi”dir. Takip ekonomisi ilkesi, icra faaliyetinin mümkün olduğu kadar kısa sürede, basit ve ucuz bir şekilde sonuçlandırılmasını ifade eder. İcra takibinin bu ilkeye uygun bir şekilde yürütülmesi alacaklının hak arama özgürlüğünün korunmasına katkı sunarken, takip neticesinde borçlunun ödemek zorunda kalacağı paranın artmamasını sağlayarak borçlunun mülkiyet hakkına gereğinden fazla müdahale edilmesini önler⁹.

7155 sayılı Kanun, abonelik sözleşmelerinden kaynaklanan para alacakları hakkındaki takibin haciz aşamasına kadar olan kısmının Merkezi Takip Sistemi vasıtasıyla yapılmasını düzenlemiştir. Bu yolla, abonelik sözleşmelerinden kaynaklanan para alacakları hakkındaki takipler daha az giderle ve daha kısa sürede tamamlanma olanağına kavuşmaktadır. Yapılan yasama tasarrufu bu yönüyle takip ekonomisi ilkesine uygundur. Alacaklı daha kısa sürede ve daha kolay bir şekilde icra takibi başlatarak hakkını alabilme olanağına sahip olduğundan, alacaklının hak arama özgürlüğü korunmuştur. Diğer taraftan Merkezi Takip Sistemi vasıtasıyla yürütülen icra takibi neticesinde borçlunun ödemek zorunda kalacağı para, genel haciz yoluyla takibe nazaran daha az olabilecektir. Nitekim haciz aşamasına geçilmeden Merkezi Takip Sistemi aracılığıyla sonuçlanan icra takipleri için ayrıca icra başvurma harcı ile tahsil harcı alınmaz (7155 sayılı Kanun m. 29/A).

Merkezi Takip Sistemi yoluyla yapılan takiplerde, takibin daha kısa sürede tamamlanabilmesi ve borçluya takip neticesinde yüklenecek harç ve giderlerin daha düşük olması olumlu yönü karşısında, bu takip yolunun düzenlenme nedeni sorgulanmalıdır. Bu düzenlemenin temelinde sorunu doğuran sebepler göz ardı edilerek, sonuca odaklanmak yatmaktadır¹⁰. Borçlunun borcunu ödeyememesinin altındaki ekonomik sebepler giderilmeksizin veya borcun yerine getirilmesi erdeminin topluma mal

uyarınca iş uyuşmazlıkları, ihtiyari olarak arabulucuya götürülebilmektedir. 2013 yılı Kasım ayında ilk arabulucunun sicile kaydedilmesiyle başlayan uygulama sürecinde, bugüne kadar arabulucuya götürülen hukuk uyuşmazlıklarının yüzde 89'unun işçi-işveren uyuşmazlığı olduğu ve bunların yüzde 93'e yakın oranda anlaşmayla sonuçlandığı görülmüştür. Arabulucuya giden iş uyuşmazlıklarının yaklaşık yüzde 95'i bir gün veya bir günden daha az süren müzakerelerle sonuçlandırılmıştır...

8 Usûl ekonomisi hakkında geniş bilgi için bkz. YILMAZ Ejder, Usul Ekonomisi, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 57, S. 1, 2008, s. 244; RÜZGARESEN Cumhuriyet, **Medeni Muhakeme Hukukunda Usul Ekonomisi İlkesi**, Yetkin Yayınları, Ankara 2013, s. 23 vd.

9 ÖZEKES Muhammet, **İcra Hukukunda Temel Haklar ve İlkeler**, Adalet Yayınevi, Ankara 2009, s. 82; PEKCANİTEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN ÖZKAN/ÖZEKES, s. 27.

10 ÖZEKES, “Abonelik”, s. 236.



edilmeksizin, abonelik sözleşmesinden kaynaklanan alacakların takibinin icra organlarının dışına çıkarılması, sonuç olarak takip sayısını azaltmakla birlikte, bu durum beklenen kesin sonucu doğurmaktan uzak kalacaktır. Diğer taraftan sadece borçlu tarafta düzenlemeler yapılmasıyla sorunun çözülmesi de mümkün değildir. Abonelik sözleşmesinin mal ve hizmet sağlayan tarafının ticari faaliyetlerinin de düzenlenmesi gerekmektedir. Abonelik sözleşmesi yapılırken, borçlunun borcu ödeyip ödeyemeyeceğinin araştırması yapılmalı, sözleşme kurulurken tüketiciden teminat alınması yoluna gidilmeli, en azından abonelik sözleşmesinin kurulmasının belli şartlara bağlı tutulması düşünülmelidir. Nitekim bugün telefonla irtibat kurmak suretiyle abonelik sözleşmesi yapılabilmekte; gerekli kurulumu yapmak için gelen personelden abonelik sözleşmesi temin edilerek imzalanabilmektedir¹¹. Mal ve hizmet alımı karşılığında ödenmeyen fatura bulunduğu, bu tutar öncelikle sözleşme yapılırken tüketiciden alınan teminattan karşılanmalıdır¹². Ayrıca abonelik sözleşmesinin mal ve hizmet sağlayan tarafı, fatura veya faturaların ödenmemesi halinde hizmet sunmayı durdurmalı; bu sayede borcun artmasını önlemelidir. Anılan bu tedbirlerin uygulanması hususunda gerekirse yasal düzenlemeler yapılmak suretiyle, mal ve hizmet sunan şirketlerin ticari faaliyetleri şekillendirilmelidir.

C. 7155 Sayılı Kanun Kapsamında Yer Alan Takipler

7155 sayılı Kanun kapsamında sadece icra takipleri yer almaktadır. İflâs takipleri bu Kanun kapsamı dışında tutulmuştur (7155 sayılı Kanun m. 2/1). İflâsa tâbi bir borçlu hakkında (İİK m. 43/1)¹³, abonelik sözleşmesinden kaynaklansa dahi para alacağı nedeniyle merkezi takip sistemi marifetiyle iflâs takibi yapılamaz.

11 Böyle bir durumda Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun uyarınca, tüketicinin haksız şartlar karşısında uyarılmasının ne kadar mümkün olacağı ayrı bir sorundur. Tam anlamıyla aydınlatılmayan tüketici, haksız şartlar nedeniyle tüketici hakem heyetlerine veya tüketici mahkemelerine başvurabilecektir. Bu ise yargılamaların artmasına neden olduğundan usûl ekonomisi ilkesini zedeler. Ayrıca bu türden uygulamalar, tüketicilerin haksız şarta maruz kalmasının önünü açtığından, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un tüketiciyi koruyucu yönünü zayıflatmaktadır.

12 ÖZEKES, "Abonelik", s. 237.

13 İcra ve İflâs Kanunu gereğince (İİK m. 43) Türk Ticaret Kanunu hükümlerine göre, iflâs kararı tacir olanlar ve tacir sayılanlar hakkında verilebilir. Bu husus kamu düzenindedir. İflas davasına bakan mahkeme, borçlunun iflâsa tabi kişilerden olup olmadığını re'sen araştırmak zorundadır (KURU Baki, *İcra ve İflas Hukuku El Kitabı*, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2013, s. 1100). Mahkeme bu husustaki araştırmasını, sadece borçlunun ticaret siciline kayıtlı olup olmadığını sormakla sınırlandıramaz. Kişinin ticaret sicil kaydı bulunması tacir olmaya karine teşkil etmekle birlikte, ticaret sicil kaydı bulunmayan kişinin tacir olduğu her türlü delille ispatlanabilir. Bkz. 23. HD, 04.06.2015, E. 2014/5506, K. 2015/4254 (www.lexpera.com); 23. HD, 29.06.2016, E. 2015/6119, K. 2016/4044 (www.lexpera.com).



7155 sayılı Kanun kapsamında icra takibine, para alacakları nedeniyle müracaat edilebilir (7155 sayılı Kanun m. 2/1). Abonelik sözleşmesinin mal veya hizmet sunan tarafının, paradan başka bir talebi varsa, bu talebini 7155 sayılı Kanun kapsamında talep etmesi mümkün olmaz. Bu durumda alacaklı, ilamlı icra yoluna başvurmalıdır. Örneğin abonelik sözleşmesi gereğince tüketiciye bazı özel cihazların kullandırılması söz konusu olmuşsa, bu cihazların iadesi gerekmesine rağmen tüketici bunları iade etmezse, bu cihazların iadesi için ilamlı icra yoluna başvurulmalıdır. Alacaklı bu cihazların iadesini 7155 sayılı Kanun kapsamında yapılan bir ilamsız icra takibi ile talep edemez¹⁴.

Para alacağının kaynağı ise 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da veya diğer ilgili mevzuatta düzenlenen bir abonelik sözleşmesinin ifası maksadıyla tüketiciye sunulan mal veya hizmetin faturaya yansıtılan bedeli olmalıdır (7155 sayılı Kanun m. 2/1). "*Abonelik sözleşmesi, tüketicinin, belirli bir mal veya hizmeti sürekli veya düzenli aralıklarla edinmesini sağlayan sözleşmelerdir*" (6502 sayılı Kanun m. 52/1). Bu anlamda tüketicinin elektrik, su, doğalgaz gibi hizmetleri kullanmasını konu alan sözleşmeler birer abonelik sözleşmesidir. Bununla birlikte, abonelik sözleşmeleri sadece tüketicilerle yapılmayabilir. Bir resmî dairenin de söz konusu mal ve hizmetler için abonelik sözleşmesine taraf olması mümkündür. Böyle bir durumda bu ihtilaftan kaynaklanan uyuşmazlıklar tüketici mahkemelerinin görev alanına girmemektedir¹⁵. 7155 sayılı Kanun da, abonelik sözleşmesinden kaynaklanan ve bu sözleşmelerin ifası amacıyla tüketiciye sunulup bedeli faturaya yansıtılan mal veya hizmetlerden kaynaklanan para alacaklarına ilişkin takipler hakkında uygulanacağından (7155 sayılı Kanun m. 1), abonelik sözleşmesinin tüketici dışındaki borçluları için Merkezi Takip Sistemi vasıtasıyla icra takibi yapılamaz.

Benzer şekilde, taraflar arasında abonelik sözleşmesi yoksa, "*kaçak kullanım*" olarak ifade edilen, hukuka aykırı biçimde sözleşme dışı bir mal veya hizmet kullanımı söz konusu ise, bu kullanımın karşılığı olan

14 ÖZEKES, "*Abonelik*", s. 228-229; PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN ÖZKAN/ÖZEKES, s. 245.

15 3. HD, 13.01.2016, E. 2015/19995, K. 2016/91 (www.lexpera.com): "... Somut olayda, dosyadaki bilgi ve belgelerden anlaşıldığı üzere, dava konusu aboneliklerin davacı kurumun hizmet binaları için düzenlendiği ve abonelik sözleşmesi nedeniyle düzenlenen faturalarda abonelik grubunun resmi daire olarak belirtilmesi karşısında, davacının 6502 sayılı yasa kapsamında, ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket eden gerçek veya tüzel kişi olmadığı açık olup, davacı 6502 sayılı yasa kapsamında tüketici tanımına uymadığı gibi, olayda 6502 sayılı kanun hükümlerinin uygulanması da mümkün değildir. Bu duruma göre, uyuşmazlığın çözümü genel mahkemelerin görevi içerisindedir. Hal böyle olunca, mahkemeye; işin esasına girilerek oluşacak sonuç dairesinde hüküm tesisi gerekirken, yanlışlıklarla değerlendirme ile yazılı şekilde görevsizlik kararı verilmesi usul ve yasaya aykırı olup, doğru görülmemiştir."

para alacağı 7155 sayılı Kanun kapsamında talep edilemez. Bu sonuç, mal ve hizmet veren tarafın, kullanım tutarı olan parayı faturalandırmış olması halinde de değişmez. Taraflar arasında abonelik sözleşmesi olmaksızın, sözleşme dışı kullanım bedeli, mal ve hizmeti sunan tarafça faturalandırılrsa bile, bu alacak için abonelik sözleşmesinden kaynaklanan para alacağı nedeniyle Merkezi Takip Sistemi üzerinden takip yapılamaz¹⁶.

Taraflar arasında abonelik sözleşmesi olmaksızın kullanılan mal ve hizmetin faturalandırılıp faturanın kullanana gönderilmesi halinde, faturaya süresi içinde itiraz etmeme nedeniyle fatura içeriğinin kabul edilmiş sayılması sonucu düşünüldüğünde (TTK m. 21/2), 7155 sayılı Kanun ile düzenlenen takibe başvuru için, taraflar arasında abonelik sözleşmesinin olmasının zorunlu tutulması isabetlidir. “Bir fatura alan kişi aldığı tarihten itibaren sekiz gün içinde, faturanın içeriği hakkında bir itirazda bulunmamışsa bu içeriği kabul etmiş sayılır” (TTK m. 21/2). Bu karinenin, fatura muhatabının tacir olmaması halinde uygulanıp uygulanmayacağı doktrinde tartışmalıdır¹⁷. Yargıtay ise son dönem verdiği bir kararında, fatura muhatabının tacir olmasa bile itiraz mecburiyetinin bulunduğunu ifade etmiştir¹⁸.

Kanun koyucu Merkezi Takip Sistemi vasıtasıyla takip yapabilecek alacaklı yönünden de sınırlama yapmıştır. Abonelik sözleşmesinden kaynaklanan para alacağı nedeniyle, sözleşmenin mal ve hizmet sunan tarafı bu takip yoluna başvurabilir. Buna karşılık tüketici, abonelik sözleşmesinden kaynaklansa dahi, mal ve hizmet sunan tarafa karşı bu yolla takip başlatamaz; tüketici genel takip usûllerine göre takip yapılmalıdır¹⁹. Kanunun bu sınırlaması, doktrinde eşitlik ilkesine aykırı

16 ÖZEKES, “Abonelik”, s. 229; PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN ÖZKAN/ÖZEKES, s. 244-245.

17 Birinci görüşe göre, fatura içeriğinin kabul edilmiş sayılmasına ilişkin karine, faturayı alan muhatabın tacir olması halinde mümkündür (ÜLGEN Hüseyin/ HELVACI Mehmet/ KENDİGELEN Abuzer/ KAYA Arslan/ NOMER ERTAN N. Fusun, **Ticari İşletme Hukuku**, 4. Baskı, Oniki Levha Yayınları, İstanbul 2015, s. 277; ARKAN Sabih, **Ticari İşletme Hukuku**, 18. Baskı, Banka Ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2013, s. 150; ÖZDAMAR Mehmet, Yargıtay Kararları Işığında Fatura İçeriğine İtiraz, **Ankara Barosu Dergisi**, Yıl: 66, S. 1, Ankara 2008, s. 223-224; ÜNAL Oğuz Kürşat, **Fatura ve Teyit Mektubu**, 5. Baskı, Bilge Yayınevi, Ankara 2013, s. 166; ÜNAL Oğuz Kürşat, Türk Hukukunda Fatura Kavramı Ve Hukukî Mahiyeti, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 1, S. 2 (Prof. Dr. Naci Kınacıoğlu’na Armağan), Ankara 1997, s. 46). Buna karşılık ikinci görüşe göre, TTK m. 21/2’de düzenlenen karinenin uygulanması için, faturayı alan muhatabın tacir olmasına gerek bulunmamaktadır (KAYAR İsmail, **Ticaret Hukuku**, 2. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2013, s. 135; KAYAR İsmail/ GÜNBAŞ Pınar Turgut, Faturada Yer Alan Vade Farkı Kaydına İlişkin Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı Hakkında Bir Değerlendirme (Yargıtay İBHGK’nın 27.06.2003 T. ve 2001/1 E, 2003/1 K Sayılı Kararı), **Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 1, S. 2, Kayseri 2006, s. 158).

18 HGK, 12.10.2011, E. 2011/15-472, K. 2011/608 (www.lexpera.com).

19 PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN ÖZKAN/ÖZEKES, s. 243.

bulunmuştur. Zira bu takip yolu, abonelik sözleşmesinden kaynaklanan alacaklarda sözleşmenin her iki tarafı için değil, sadece mal veya hizmet temin eden tarafına tanınan bir imkândır²⁰.

Kanun, takibin haciz aşamasına kadar yürütülmesine ilişkin usûl ve esasları düzenlemektedir (7155 sayılı Kanun m. 1). Merkezi Takip Sistemi'ne göre başlatılan icra takibinin kesinleşmesi üzerine, takibin sonraki aşamalarında İcra İflâs Kanunu hükümleri uygulanır (7155 sayılı Kanun m. 9/1). Nitekim takip talebine, haciz ve sonraki işlemler için yetkili olan icra dairesinin yazılması gereklidir (7155 sayılı Kanun m. 4/2-f).

7155 sayılı Kanun çerçevesinde icra takibi yapılabilmesi, alacaklının kendisini avukat marifetiyle temsil ettirmesine bağlıdır (7155 sayılı Kanun m. 2/1). Medenî usûl hukukumuzda avukatla temsil zorunluluğuna ilişkin genel bir düzenleme bulunmamaktadır²¹. Bununla birlikte Merkezi Takip Sistemi vasıtasıyla takip yapabilmek için abonelik sözleşmesinin alacaklısı, baroya kayıtlı bir avukata vekâletname vermek zorundadır (AvK m. 35)²².

Avukatla temsil zorunluluğunun bulunması, bu takibin hukukun sınırları dışına çıkmamasının garantisi olmaktadır. Şüphesiz avukatın bilgisi, tecrübesi ve meslek ilkelerine bağlılık derecesi önemlidir²³. Bununla birlikte, beklenen faydanın uygulamada tam anlamıyla gerçekleşmeme ihtimali bulunmaktadır. Merkezi Takip Sistemi vasıtasıyla icra takibi yapılabilmesi için alacaklının kendisini avukatla temsil ettirmesi zorunlu olsa da, bu yolla takip başlatılması ve takibin yürütülmesi elektronik ortamda olacağından, takibe ilişkin tüm işlemlerin avukat tarafından bizzat yapılması garantisi bulunmamaktadır. Nitekim uygulamada icra takip işleri yoğun olan hukuk bürolarının "icra takip elemanı" adı altında istihdam yoluna gittikleri görülmektedir (AvK m. 46/1). İcra takip elemanlarının hangi niteliklere sahip olacağı yahut hangi kıstaslara

20 ÖZEKES, "Abonelik", s. 238.

21 GÖREN ÜLKÜ Nazlı, Medeni Yargılama Hukukunda Avukatla Temsil Zorunluluğu, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C. 16, S. 3-4, s. 318. 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu tasarısında avukatla temsil zorunluluğu belli durumlarda öngörülmüştü (AKKAN Mine, **Medenî Usûl Hukukunda Avukatla Temsil Zorunluluğu**, Yetkin Yayınları, Ankara 2010, s. 272 vd.; ERCAN İbrahim, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı Bağlamında Medenî Yargıda Avukat İle Temsil Zorunluluğu, **Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukuku Dergisi**, S. 5, 2006/3, s. 1292 vd.). Ancak tasarı yasalaşma sürecinde, bu zorunluluk Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na alınmamıştır.

22 Avukatlık tekeli, Avukatlık Kanunu'nun 35. maddesinde ve 63. maddesinde düzenlenmiştir. Kanun'daki sistemde, sadece baroya kayıtlı avukatların yapabilecekleri işler ayrılmış ve Kanun'un 35. maddesinde sayılmıştır. Kanun'un 63. maddesinde ise, bu işleri istisnâ durumların dışında baro levhasında kayıtlı olmayan avukatların ve avukat sıfatını taşımayanların yapması yasaklanmıştır. Bkz. ASLAN Ali Çetin, Avukatlık Tekeline Genel Bir Bakış, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 16, Özel Sayı: Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan, 2014 (Basım Yılı: 2015), s. 1669.

23 ÖZEKES, "Abonelik", s. 240.



göre istihdam edileceği ise tümüyle, icra takip elemanını istihdam eden avukata bağlıdır.

Abonelik sözleşmesinden kaynaklanan, faturalandırılmış bir para alacağının alacaklısı, 7155 sayılı Kanun'da gösterilen usûlde bir takip başlatması zorunludur. Bu Kanun kapsamındaki bir alacak hakkında, İcra ve İflâs Kanunu hükümlerine göre takip başlatıldığında icra müdürü alacaklının takip talebini reddetmelidir (7155 sayılı Kanun m. 2/2). İcra müdürünün bu işlemine karşı alacaklı şikâyet yoluna başvurabilir. Kanuna aykırı olarak icra dairesi tarafından yapılan işlem, şikâyetin konusunu oluşturur (İİK m. 16/1)²⁴.

II. TAKİP TALEBİ

Merkezi Takip Sistemi'ne göre icra takibi yapılabilmesi için, alacaklı avukatı tarafından sistemde yer alan takip talebi doldurulmalıdır. Takip talebinde aşağıdaki hususlar bulunmalıdır (7155 sayılı Kanun m. 4):

a) Alacaklının ve varsa kanuni temsilcisi ile avukatının adı ve soyadı, Türkiye Cumhuriyeti kimlik numarası; tüzel kişi ise unvanı, vergi kimlik numarası, ticaret sicil numarası ve Merkezi Sicil Kayıt Sistemi numarası; adresi, telefonu ve elektronik iletişim bilgileri

b) Alacaklının veya avukatının münhasıran Merkezî Takip Sistemi ile ilişkilendirilmiş hesap numarası

c) Borçlunun ve varsa kanuni temsilcisinin adı ve soyadı, Türkiye Cumhuriyeti kimlik numarası; tüzel kişi ise unvanı, vergi kimlik numarası, biliniyorsa ticaret sicil numarası ve Merkezi Sicil Kayıt Sistemi numarası; adresi, biliniyorsa telefonu ve elektronik iletişim bilgileri

ç) Terekeye karşı yapılan takiplerde kendilerine tebligat yapılacak mirasçılardan adı ve soyadı, Türkiye Cumhuriyeti kimlik numarası ile adresi

d) Alacağın tutarı ve faizli alacaklarda faizin türü, oranı, miktarı ve işlemeye başladığı gün; alacak yabancı para ise harca esas olmak üzere takip tarihindeki Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası efektif satış kuru üzerinden Türk lirası karşılığı, alacağın hangi tarihteki kur üzerinden talep edildiği ve faizli alacaklarda faizin türü, oranı, miktarı ve işlemeye başladığı gün

e) Takip dayanağı belgelerin tarih ve numarası ile alacağın son ödeme tarihi

f) Haciz ve müteakip işlemler için yetkili icra dairesi."

²⁴ KURU, s. 104-105; PEKCANİTEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN ÖZKAN/ÖZEKES, s. 60; UYAR Talih, İcra Ve İflas Hukukunda Şikâyet Sebepleri (I), *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 50, 2004, s. 98; PEKCANİTEZ Hakan/ SİMİL Cemil, *İcra-İflâs Hukukunda Şikâyet*, 2. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2017, s. 82 vd.



Alacaklının veya avukatının, Merkezi Takip Sistemi ile ilişkilendirmiş hesap numarasını takip talebine yazması zorunlu hale getirilerek, bu şekilde borçlunun icra dairesine gitmeden, sistem üzerinden hesaplanan güncel borç miktarını, bu hesap numarasına ödemek suretiyle borcundan kurtulması olanağı sağlanarak, icra takibinin daha kolay bir şekilde yürütülmesine imkân tanımaktadır²⁵. Ancak bize göre bu düzenleme, avukatın vekâlet ücretini müvekkilden tahsil etmek bakımından sorunlar doğurabilecek türdendir. Takibe konu anapara alacağı, faiz alacağı, icra giderleri ve karşı vekâlet ücreti alacaklının banka hesabına yatırıldığında, alacaklı avukatı karşı taraf vekâlet ücretini tahsilde zorluklar yaşayabilir. Hatta alacaklı, karşı taraf vekâlet ücretine ortak olmak isteyebilir²⁶. Merkezi Takip Sistemi vasıtasıyla takibin avukat tarafından başlatılacak olması ve takip talebine avukatın sadece kendi hesap numarasını yazabilme olanağının bulunması bu riskleri ortadan kaldırmaz. Özellikle abonelik sözleşmesi ilişkisinde kurumsal hizmet sağlayıcılarının, tahsilatın yapılması akabinde ödemenin yapılacağı hesabın kendilerine ait olan hesap olmasını zorlama ihtimalleri bulunmaktadır. Bu nedenle İcra ve İflâs Kanunu'nun takip talebine ilişkin genel düzenlemesine, Merkezi Takip Sistemi için istisna getirilmesi yerinde olurdu. Nitekim genel haciz yoluyla takipte, takip talebine alacaklının veya vekilinin banka hesap numarası yazılabilmektedir (İİK m. 58).

Alacaklı, takip talebine ek olmak üzere, son ödeme tarihi belirtilen alacağa ilişkin fatura veya benzeri belgeleri sisteme yüklemek durumundadır (7155 sayılı Kanun m. 4/3). Kanunun bu ifadesi borçlunun hukukî dinlenme hakkını temin için önemli bir düzenlemedir. Hukukî dinlenme hakkı temel haklara ilişkin anayasal koruma altındadır; bu nedenle hukukî dinlenme hakkı icra takiplerinde de tanınır ve tüm unsurlarıyla uygulama alanı bulur. Ancak bu hakkın tatbiki, medenî usûl hukukuna nazaran farklı bir görünüme sahip olabilir²⁷. Kişinin bilgi sahibi olma ve açıklama hakkı, hukukî dinlenme hakkının unsurlarındandır (HMK m. 27/2-a, b). Bir icra takibinde açıklama hakkı kapsamında borçlunun itirazlarını ileri sürebilmesi, takip konusu alacak, bu alacağın dayanağı olan hukukî ilişki ve bu ilişkinin mesnedi olan belgeler hususunda borçlunun tam bir bilgi sahibi olmasına bağlıdır. Bu yönüyle bilgi sahibi olma unsuru, açıklama hakkını temin eden ön şart niteliğindedir. Takip dayanağı belgelerin tarih ve numarası ile alacağın son ödeme tarihinin takip talebinde yer alması (7155 sayılı Kanun m.

25 7155 sayılı Kanun m. 4 gerekçesi.

26 ÖZEKES, "Abonelik", s. 242.

27 ÖZEKES, "Temel Haklar", s. 141-142; ÖZEKES Muhammet, **Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenme Hakkı**, Yetkin Yayınları, Ankara 2003, s. 234-235.

4/2) gerekçe gösterilerek, fatura ve benzeri belgelerin takip talebine eklenmesine gerek görülmeseydi, borçlunun hukukî dinlenilme hakkı zedelenmiş olurdu²⁸. Çünkü takip dayanağı belgelerin tarih ve numarası ile alacağın son ödeme tarihinin belirtilmesi, talep edilen alacağı her zaman için somutlaştırmayabilir. Örneğin borçlunun abonelik sözleşmesinden kaynaklı olarak alacaklıya birden fazla borcu bulunabilir.

Doktrinde takip talebine, takibin asıl kaynağı olan abonelik sözleşmesinin ve buna ilişkin bilgi ve belgelerin de eklenmesinin zorunlu olduğu, ancak bu şekilde borçlunun takibe karşı itiraz ve diğer haklarını sağlıklı biçimde kullanabileceği ifade edilmiştir²⁹. 7155 sayılı Kanun, alacaklının abonelik sözleşmesini takip talebine eklemesini yahut abonelik sözleşmesine ilişkin bilgilere takip talebinde yer vermesine ilişkin bir zorunluluk öngörmemiştir. Ancak kanaatimizce bu durum İcra ve İflâs Kanunu'nun icra takibi sistemi ve hukuki dinlenilme hakkıyla bağdaşmamaktadır. Bir defa İcra ve İflâs Kanunu hem ilamlı icrada hem de ilamsız icrada, alacağın bir belgeye dayanması halinde bu belgenin takip talebine eklenmesini (örneğin ilam, kambiyo senedi, kira sözleşmesi, rehin sözleşmesi), eğer dayanılan böyle bir belge yoksa borcun sebebinin takip talebine yazılmasını zorunlu tutmuştur (İİK m. 58). Hal böyle iken, abonelik sözleşmesinden kaynaklanan icra takiplerinde Merkezi Takip Sistemi üzerinden doldurulan takip talebine ilişkin hükümde, varsa abonelik sözleşmesinin eklenmesi yoksa abonelik sözleşmesine ilişkin bilgilere yer verilmesi zorunluluğu düzenlenmeliydi. Bu eksiklik borçlunun hukukî dinlenilme hakkının zedelenmesine de yol açar³⁰. Çünkü borçlu alacağın kaynağı olan abonelik sözleşmesini tam olarak bilmeden, takibe karşı itiraz hakkını tam olarak kullanamayabilir. Alacaklı ve borçlu arasında birden fazla abonelik sözleşmesinin olması yahut borçlunun, alacaklı tarafı farklı olan birden fazla abonelik sözleşmesine taraf olması hallerinde, borçlunun itiraz olanağını tam anlamıyla kullanabilmesi, borcun kaynağı olan abonelik sözleşmesinin takip talebine eklenmesini yahut bu sözleşmeye ilişkin bilgilere takip talebinde yer verilmesini gerektirir.

28 7155 sayılı Kanun m. 4/3'de "Son ödeme tarihi belirtilen alacağa ilişkin fatura veya benzeri belgeler sisteme yüklenir" düzenlemesi yer almakla birlikte; bu maddenin gerekçesinde, "Ayrıca takibin dayanağı olan belgelerin tarih ve numarası ile alacağın son ödeme tarihi takip talebine işlenmek zorunda olduğundan alacağı tevsik eden fatura veya benzeri belgelerin sisteme yüklenmesi öngörülmemiştir." ifadesine yer verilmiştir. Gerekçe metni için bkz. <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem27/yil01/ss16.pdf>

29 ÖZEKES, "Abonelik", s. 248.

30 Borçlunun hiç bilmediği farazi bir abonelik ilişkisine karşı haklarını korumasının beklenmeyeceği, bu durumun hukukî dinlenilme hakkına aykırı olduğu hususunda açıklama için bkz. ÖZEKES, "Abonelik", s. 248.



Bu Kanun kapsamındaki takiplerde Merkezî Takip Sistemi harcı peşin olarak alınır; haciz aşamasına geçilmeden Merkezi Takip Sistemi aracılığıyla sonuçlanan icra takipleri için ayrıca icraya başvurma harcı ile tahsil harcı alınmaz (7155 sayılı Kanun m. 5/2, m. 18/1-2). İcra takibinin Merkezî Takip Sistemi kapsamında sonuçlandırılmaması veya takipten vazgeçilmesi hâlinde tahsil edilmiş olan Merkezî Takip Sistemi harcı iade edilmez. Ancak, kesinleşen takibe icra dairesinde devam edilmesi hâlinde, tahsil edilmiş Merkezî Takip Sistemi harcının ödendiği tarihte geçerli olan icraya başvurma harcı tutarını aşan kısmı takip sonunda alınacak tahsil harcına mahsup olunur (7155 sayılı Kanun m. 18/3).

Takip talebi Kanun'a uygun doldurulduktan, ilgili belgeler taranıp sisteme yüklendikten ve takip harç ve masrafları elektronik ortamda ödendikten sonra, güvenli elektronik imzayla onaylanır, sisteme kaydedilir ve takip, Merkezî Takip Numarası alır. İcra takibi, sisteme kaydedilmekle başlar (7155 sayılı Kanun m. 4/4). Bu düzenlemenin uygulamada problem doğuracağı düşünülmektedir. Merkezi Takip Sistemi'nin teknik aksaklıklar nedeniyle çalışmaması durumunda, alacaklının takibi başlatması fiilen engellenmiş olacak ve bu durum takibin başlamasına bağlanan sonuçların³¹ doğmasını alacaklının kusuru olmaksızın erteleyebilecektir. Merkezi Takip Sistemi'nin teknik aksaklıklar nedeniyle çalışmaması düşünülerek, bu durumun icra dairesinde tutanak altına alınması ve böyle bir durumda İcra ve İflâs Kanunu hükümlerine göre takip talebinin doldurulmasına olanak tanınması yerinde olurdu.

III. ÖDEME EMRİNİN DÜZENLENMESİ VE TEBLİĞİ

Takip talebinin Merkezi Takip Sistemi'ne kaydedilmesinden sonra, bu sistem tarafından ödeme emri düzenlenir (7155 sayılı Kanun m. 5/1)³². Bu işlemin, hukukî niteliğinin ne olduğu düşündürücüdür. İcra ve İflâs Kanunu hükümlerine göre düzenlenen ödeme emrinin bir icra takip işlemi olduğu³³ kolaylıkla söylenebilmekle birlikte, burada ödeme emrinin sistem tarafından düzenlenmiş olması, yapılan işlemin nasıl tavsif edileceği hususunda tereddüt uyandırmaktadır. Zira icra takip işlemi genellikle icra organı tarafından borçluya karşı yapılması, borçlunun hukukî durumunu kötüleştirilmesi ve icranın ilerlemesini sağlaması unsurları dikkate alarak tanımlanmaktadır³⁴.

31 KURU, s. 205 vd.; PEKCANİTEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN ÖZKAN/ÖZEKES, s. 95 vd.; ARSLAN Ramazan/ YILMAZ Ejder/ TAŞPINAR AYYAZ Sema/ HANAĞASI Emel, **İcra Ve İflâs Hukuku**, 4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2018, s. 145 vd.

32 Takip talebinde bulunması gereken zorunlu unsurlar sisteme yüklenmedikçe ödeme emri oluşturulmaz. Bkz. 7155 sayılı Kanun m. 4 gerekçesi.

33 KURU, s. 213; PEKCANİTEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN ÖZKAN/ÖZEKES, s. 97.

34 BORAN GÜNEYSU Nilüfer, İcra Takip İşlemleri, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S. 101, 2012, s. 37.



Ödeme emrinde bulunması gereken hususlar, Kanun ile ayrıntılı biçimde düzenlenmiştir. Buna göre, ödeme emrinde takip talebinde yer alan kayıtlar yanında aşağıdaki hususlar yer alır (7155 sayılı Kanun m. 5/1):

“a) Toplam borç miktarı ile takip harç ve masraflarının, tebliğden itibaren yedi gün içinde alacaklının veya avukatının Merkezî Takip Sistemi ile ilişkilendirilmiş hesap numarasına ödenmesi gerektiği

b) Yetkiye, borcun tamamına veya bir kısmına ya da alacaklının takibat icrası hakkına dair bir itirazı varsa bunun da aynı süre içinde beyan edilmesi gerektiği

c) Sadece yetkiye itiraz hâlinde yeniden ödeme emri tebliğ edilmeksizin alacaklının talebi üzerine, yetki itirazında gösterilen veya mahkemece yetkili görülen icra dairesinden haciz işlemlerinin başlatılacağı

ç) İtirazların, herhangi bir icra dairesi aracılığıyla veya güvenli elektronik imza kullanılarak Merkezî Takip Sistemi üzerinden yapılabileceği

d) Borç ödenmez veya itiraz olunmazsa yetkili icra dairesi aracılığıyla cebrî icraya devam edileceği”.

“Merkezi Takip Numarası” alan ödeme emri ve tebliğ mazbatalı kapalı zarfa ilişkin bilgiler, Merkezi Takip Sistemi üzerinden ilgili Posta ve Telgraf Teşkilatı Anonim Şirketi (PTT) birimine iletilir (7155 sayılı Kanun m. 5/3). İlgili PTT birimi, borçlunun adresine en yakın olan PTT şubesidir³⁵.

İlgili PTT şubesi sistem üzerinden ödeme emrini aldığı anda, ödeme emrinin ve tebliğ mazbatalı kapalı zarfın çıktısını alır. Bu işlem akabinde ödeme emri 7201 sayılı Tebligat Kanunu hükümlerine göre borçluya tebliğ edilir (7155 sayılı Kanun m. 6/1). Borçlu, tebligatın elektronik yolla yapılması zorunlu olan kişilerden ise zorunlu elektronik tebligata ilişkin hükümler uygulanır (7155 sayılı Kanun m. 6/2). Borçlu hakkındaki ödeme emrini sistem üzerinden alan ilgili PTT şubesinin tebliğ mazbatasını kaç gün içinde tebliğe çıkaracağına ve borçlu hakkında aynı günde birden fazla takip varsa ödeme emrini alan PTT memurunun bunlara ilişkin ödeme emrini hangi sıra ile tebliğ etmesi gerektiğine ilişkin açık bir belirleme Kanunda yoktur. Kanaatimizce İcra ve İflâs Kanunu m. 61 bu hususta yol göstericidir (7155 sayılı Kanun m. 9/1). Buna göre ilgili PTT şubesi ödeme emrinin kendisine bildirilmesinden itibaren nihayet üç gün içinde tebligatı çıkarmalıdır. Bir borçlu hakkında aynı gün birden fazla takip başlatılmış ve bu takiplere ilişkin ödeme emri ilgili PTT şubesine bildirilmişse, bu ödeme emirleri aynı zamanda tebliğ edilmelidir (İİK m. 61/1, 3).

35 7155 sayılı Kanun m. 5 gerekçesi.



Tebliğ durumunu belgeleyen tebliğ mazbatasını PTT birimi tarafından Merkezi Takip Sistemi'ne yüklenir. Mazbatanın aslı, alacaklı avukatının takip talebinde bildirmiş olduğu icra dairesine gönderilir. Bu işleme ilişkin gider, alacaklı avukatının takip başlatırken yatırdığı masraftan karşılanır (7155 sayılı Kanun m. 6/3).

Merkezi Takip Sistemi vasıtasıyla yapılan icra takiplerinde, borçlunun adresinin kolluk marifetiyle veya diğer yöntemlerle araştırılması yahut borçluya ilan tebligat yapılması mümkün olmaz. Borçlunun tebligat yapılan adresinin tebligata elverişli olmadığı anlaşılması veya borçluya tebliğ yapılamaması halinde; Merkezi Takip Sistemi vasıtasıyla takibe devam etmek isteyen alacaklı, sistem üzerinden borçlunun adres kayıt sisteminde yer alan yerleşim yeri adresine tebligat çıkarılmasını sağlamalıdır (7155 sayılı Kanun m. 6/3). Borçlunun bu adresine de tebligat yapılamaması veya borçlunun yerleşim yeri adresinin yurt dışında bulunduğu anlaşılması halinde, Merkezi Takip Sistemi yoluyla takibe devam etme olanağı kalmaz. Bu durumda alacaklı avukatının talebi üzerine, gerekli harçlar tamamlanarak takibe icra dairesinde devam edilir ve sistem üzerindeki takip kapatılır (7155 sayılı Kanun m. 6/4). Harcın ikmal edilmesinden maksat, 492 sayılı Harçlar Kanunu hükümlerine göre ilamsız icra takibine başlarken alınması gereken harçtan Merkezi Takip Sistemi harcının mahsubu sonrasında kalan bakiye harcın yatırılmasıdır³⁶.

IV. TAKİBİN KESİNLEŞMESİ

Ödeme emrine süresi içinde itiraz edilmez yahut itiraz edilmekle birlikte vaki itiraz alacaklının başvurusu ile hükümden düşürülürse takip kesinleşmiş olur. Alacaklı kesinleşen takip üzerine haciz talebinde bulunabilir. Ödeme emrinin tebliği tarihinden itibaren iki yıl içinde haciz talep edilmezse takip düşer. İtirazın hükümden düşürülmesine ilişkin dava açılması hâlinde davanın açıldığı tarihten hükmün kesinleşmesine kadar geçen süre hesaba katılmaz (7155 sayılı Kanun m. 8/4).

A. Ödeme Emrine İtiraz Edilmemesi

Ödeme emrine itiraz süresi, ödeme emrinin borçluya tebliğinden itibaren yedi gündür (7155 sayılı Kanun m. 7/1). Borçlu ödeme emrine itiraz süresi içinde borcu ödemek suretiyle takibi sona erdirebilir.

Takip konusu borç, takip harç ve masraflarıyla birlikte, ödeme emrinde belirtilen hesap numarasına ödendiğinde takip sona erer. Ancak ödenen para, 2548 sayılı Ceza Evleriyle Mahkeme Binaları İnşası Karşılığı Olarak Alınacak Harçlar ve Mahkûmlara Ödettirilecek Yiyecek Bedelleri

36 7155 sayılı Kanun m. 6 gerekçesi.



Hakkında Kanun uyarınca alacaklıdan alınması gereken harç miktarı ayrıldıktan sonra takip talebinde belirtilen hesaba aktarılır (7155 sayılı Kanun m. 6/6-7).

Borçlu yedi günlük itiraz süresi içinde itiraz etmez ve aynı zamanda borcu da ödemezse alacaklı İcra ve İflâs Kanunu hükümlerine göre takibe devam edilmesini yetkili icra dairesinden talep edebilir (7155 sayılı Kanun m. 8/1). Alacaklının “cebri icraya devam edilmesi talebi”, Merkezi Takip Sistemi üzerinden yürütülen takibin kesinleşmesi nedeniyle borçlunun yedinde ve üçüncü kişiler elinde bulunan mal ve haklarına haciz konulması talebidir. Bu talep karşısında icra müdürü, alacağın 7155 sayılı Kanun kapsamında bulunduğunu, ödeme emrinin borçluya tebliğ edildiğini ve borçlunun süresi içinde takibe itiraz etmediğini tespit ederse cebri icra işlemlerine devam edilmesi kararı verir. Aksi halde gerekçesini belirtmek suretiyle talebi reddeder. Verilen karara karşı alacaklı veya borçlu icra mahkemesinde şikâyet yoluna başvurabilir (7155 sayılı Kanun m. 8/2).

Alacaklının bu şekilde takip hakkı bulunan hallerde, alacaklı avukatı dilerse haciz talebinde bulunmaksızın UYAP üzerinden, bu sisteme entegre olan bilişim sistemleri vasıtasıyla borçlunun mal, hak veya alacağı olup olmadığını sorgulayabilir. Borçlunun mal, hak veya alacağının varlığının tespiti halinde UYAP üzerinden de haciz talep edilebilir (7155 sayılı Kanun m. 8/3; İİK m. 78/1). Buna göre, “Alacaklı, Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi üzerinden bu sisteme entegre bilişim sistemleri vasıtasıyla dosya safahat bilgileri ile borçlunun mal, hak veya alacağını elli kuruluş karşılığında sorgulayabilir veya sorgulanmasını talep edebilir. Bu miktar her yıl, bir önceki yıla ilişkin olarak 4/1/1961 tarihli ve 213 sayılı Vergi Usul Kanununun mükerrer 298 inci maddesi hükümleri uyarınca tespit ve ilan edilen yeniden değerlendirme oranında artırılır. Adalet Bakanlığı yeniden değerlendirme oranında artırılan ücreti beş katına kadar artırmaya ve azaltmaya ayrıca gün ve dosya esaslı olmak üzere belirli sayıdaki sorgulamayı ücretten istisna tutmaya yetkilidir. Genel yönetim kapsamındaki kamu idarelerinden bu ücret alınmayacağı gibi alacaklının bir gün içinde aynı dosya üzerinden beş kez yapacağı sorgudan da ücret alınmaz. Bu kapsamda alınacak ücret Adalet Bakanlığının belirleyeceği usule tahsil edilir ve takip gideri olarak borçluya yüklenemez” (7155 sayılı Kanun m. 10).

Düzenleme gerekçesinde, alacaklı ve borçlunun menfaat dengesinin gözetildiği ve borçlunun kişisel verilerinin korunmasına özen gösterildiği vurgulanmıştır. Doktrinde, borçlunun malvarlığı hakkında alacaklının genel olarak bilgi sorgulayabilme olağanı, borçlu üzerinde ayrı bir baskı oluşturmak anlamına gelebileceği, bazen miktar olarak küçük bir alacak için yapılan takip üzerinden borçlunun tüm malvarlığının öğrenilmesi yoluna gidilebileceği, alacaklının bazen takibi salt bu amaçla kullanmasının

dahi söz konusu olabileceği³⁷, bir takip dosyasında öğrenilen bilgilerin abonelik işleri ile iştigal eden kurumsal alacaklılar tarafından kullanılması ve hukuka aykırı olarak bu verilerin paylaşmasının önünün açılacağı düşüncesiyle eleştirilmiştir³⁸.

Kanaatimizce borçlunun malvarlığının sorgulanması, alacaklı tarafından araştırılması icra takibinde haciz talebinin doğasında bulunmaktadır. Haciz talep eden alacaklı, borçlunun malvarlığına haciz konulmasını talep ederken, borçlunun hangi mallarına haciz tatbik edilmesini istediğini belirtebilir. Bunun için alacaklı avukatı, UYAP vasıtasıyla borçlunun üzerine kayıtlı malvarlığını araştırabilir³⁹. Alacaklı veya vekili bunu yapmayıp, icra organına genel bir ifade ile “borçlunun haczi kabil mallarının haczi talep edilmektedir”, şeklinde haciz talebinde bulunduğunda, bu defa icra dairesi borçlunun malvarlığının sorgulamasını yapmalıdır. Ayrıca alacaklı, yapılmasını talep ettiği işlemin masrafını peşin olarak ödemek zorunda olduğundan (İİK m. 59/1)⁴⁰, haciz işleminin masraf gerektirip gerektirmediğinin, gerektiriyorsa masrafın ne miktarda olduğunun belirlenmesi için borçluya ait hangi malın/malların haczedilmesinin istendiğinin haciz talebinde bildirilmesi, borçluya ait malların bilinmesine bağlıdır. Örneğin haczedilen bir aracın yediemine bırakılması gerekiyorsa, bu aracın yedieminde kaldığı süre boyunca ödenecek ücret takip masrafı olarak alacaklı tarafından peşin ödenmek zorundadır⁴¹. Dolayısıyla 7155 sayılı Kanun kapsamında yahut İİK m. 78 kapsamında borçlunun malvarlığının sorgulanması olanağının alacaklıya veya vekiline verilmesi, tek başına bir ihlal olarak ele alınamamalıdır. Alacaklı ve borçlunun menfaat dengesinin sağlanması açısından konu ele alındığında da, bu durumun menfaat dengesini zedelediği kabul edilmelidir. Çünkü borçlunun malvarlığı hakkında alacaklıya verilen sorgulama olanağı, takibin kesinleşmiş olması şartına bağlıdır (7155 sayılı Kanun m. 8/3). Buna karşılık alacaklı tarafından elde edilen veriler

37 Bu durum doktrinde “araştırma haczi” olarak ifade edilmiştir. Bkz. ÖZEKES Muhammet, **İcra İflâs Hukukunda İhtiyati Haciz**, Ankara 1999, s. 76.

38 ÖZEKES, “Abonelik”, s. 246.

39 Örneğin alacaklı vekili, UYAP vasıtasıyla TAKBİS üzerinden veri sorgulaması yapabilir. Bkz. Türkiye Barolar Birliği’nin 05.05.2017 gün, 2017/32 numaralı duyurusu.

40 Anılan düzenleme İcra İflâs Kanunu’nun takip talebi kısmında yer almakla birlikte, düzenlemedeki “alacaklı, yapılmasını talep ettiği muamelenin masrafını ... avans olarak peşinen öder” ifadesi nedeniyle Yargıtay tarafından daha kapsamlı şekilde uygulanmaktadır. Örneğin satış masraflarının yatırılması, haczedilen malın yediemine teslimi halinde yediemin ücretinin ödenmesi gibi hususlarda da İİK m. 59 hükmüne dayanılmaktadır. Bkz. 12. HD, 15.11.2016, E. 2016/20412, K. 2016/23565 (www.lexpera.com); 12. HD, 15.11.2016, E. 2016/5442, K. 2016/23628 (www.lexpera.com); 23. HD, 20.03.2018, E. 2015/8781, K. 2018/2263 (www.lexpera.com); 12. HD, 19.04.2018, E. 2016/29682, K. 2018/3442 (www.lexpera.com).

41 12. HD, 19.04.2018, E. 2016/29682, K. 2018/3442 (www.lexpera.com).



maksadını aşacak şekilde kullanılırsa (örneğin abonelik sözleşmesinin mal ve hizmet sunan tarafınca hukuka aykırı yollardan bu verilerin yayılması), bu durumu önlemeye yönelik düzenlemeler yapılması düşünülmelidir. Alacaklının bu hakkını kötüye kullanacağı düşünülerek, daha baştan alacaklının bu olanaktan yoksun bırakılması çözümü benimsenmemelidir.

B. Ödeme Emrine İtiraz Edilmesi

Borçlu ödeme emrinin kendisine tebliğinden itibaren yedi gün içinde itirazda bulunabilir. Borçlu itirazını, herhangi bir icra dairesine başvurarak yapabileceği gibi elektronik imza kullanmak suretiyle Merkezi Takip Sistemi üzerinden de yapabilir. İcra dairesine başvurmak suretiyle itiraz yapılırsa, icra dairesi itiraza ilişkin evrakı, en geç iki iş günü içinde Merkezi Takip Sistemi'ne yüklemeli; bu evrakın aslını ise alacaklının takip talebinde bildirdiği icra dairesine göndermelidir (7155 sayılı Kanun m. 7/1-2).

İcra hukukunda yasanın ilgililer için belirlediği süreler kesindir. Buna karşılık icra organları için öngörülen süreler düzenleyici niteliktedir⁴². Merkezi Takip Sistemi vasıtasıyla yapılan takibe ilişkin itirazı, icra müdürü en geç iki gün içinde sisteme yüklemesi hakkındaki süre de düzenleyici niteliktedir. Bu nedenle yapılan itiraz icra müdürü tarafından iki günden sonraki bir zamanda sisteme yüklenmiş olsa bile icra müdürünün bu işlemi geçerlidir⁴³. Ayrıca itirazın sisteme geç yüklenmesi, itirazın takip için doğuracağı sonuçları geçersiz kılmaz.

Genel olarak itiraz sebepleri maddî hukuktan veya takip hukukundan kaynaklanabilir. Takip hukukuna ilişkin itirazların en önemlisi icra dairesinin yetkisine itirazdır⁴⁴. Borçlu, Merkezi Takip Sistemi vasıtasıyla yapılan takibe itirazda bulunurken borca ve icra dairesinin yetkisine itirazda bulunabilir. Borçlunun hem yetkiye hem de borca itiraz edebilme olanağı vardır (7155 sayılı Kanun m. 9/1; m. 7/5). İtiraz, Merkezi Takip Sistemi'ne yüklendiği tarihi izleyen beşinci gün sonunda alacaklı avukatına tebliğ edilmiş sayılır (7155 sayılı Kanun m. 7/4).

Merkezi Takip Sistemi yöntemi ile yapılan icra takibinde gerek borca itiraz gerekse yetkiye yapılan itiraz sonucunda, alacaklı bu itirazları hükümden düşürmeden takibe devam edemez. Kanun, borca itirazın ve yetkiye itirazın hükümden düşürülmesini ayrı olarak düzenlemiştir:

Süresi içinde yapılan borca itiraz üzerine icra takibi durur. Duran takip hakkında İcra ve İflas Kanunu'nun ilgili hükümleri uygulanır (7155 sayılı

42 UYAR Talih, İcra Hukukunda Süreler, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 55, 2004, s. 255.

43 Cebri icra organının süresinden sonra yaptığı işlemlerin geçerli olduğu açıklaması için bkz. KURU, s. 143; PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN ÖZKAN/ÖZEKES, s. 76.

44 PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN ÖZKAN/ÖZEKES, s. 100.



Kanun m. 7/3). İtiraz hükümden düşürüldüğünde alacaklının yetkili icra dairesinde yapacağı talep üzerine İcra ve İflâs Kanunu hükümleri uyarınca takibe devam olunur (7155 sayılı Kanun m. 8/1). Alacaklının talebi karşısında icra müdürü, alacağın 7155 sayılı Kanun kapsamında olduğunu, borçluya ödeme emri tebliğ edildiğini ve borçlunun itirazının hükümden düşürüldüğünü tespit ederse cebri icra işlemlerine devam eder. Aksi halde gerekçesini belirtmek suretiyle talebi reddeder. Verilen kararlara karşı alacaklı veya borçlunun şikâyet hakkı vardır (7155 sayılı Kanun m. 8/2).

Alacaklının bu şekilde takip hakkı bulunan hallerde, alacaklı avukatı dilerse haciz talebinde bulunmaksızın UYAP üzerinden, bu sisteme entegre olan bilişim sistemleri vasıtasıyla borçlunun mal, hak veya alacağı olup olmadığını sorgulayabilir. Borçlunun mal, hak veya alacağının varlığının tespiti halinde UYAP üzerinden de haciz talep edilebilir (7155 sayılı Kanun m. 8/3).

Borçlu sadece icra dairesinin yetkisine itirazda bulunması halinde, alacaklı avukatı yetki itirazında gösterilen icra dairesinde haciz talebinde bulunarak takibe devam edilmesini isteyebilir. Takip talebinde belirtilen icra dairesinde haciz işlemlerinin başlatılabilmesi için bu dairenin bağlı bulunduğu icra mahkemesinde yetki itirazının kaldırılması şarttır. Mahkeme, yetki itirazını dosya üzerinden inceleyip kesin olarak karara bağlar. Mahkemenin yetkili gördüğü icra dairesinde haciz işlemlerinin başlatılabilmesi için yeniden ödeme emri tebliği gerekmez (7155 sayılı Kanun m. 7/5). Merkezi Takip Sistemi üzerinden yapılan takiplerde, haciz işlemine kadar olan işlemler tek bir merkezden yapılacağından yetki kuralını yapılan işlemler bakımından herhangi bir etkiye sahip olmaz. Borçluya yetki itirazında bulunma hakkının verilmiş olması, takibin kesinleşmesinden sonra yapılacak cebri icra işlemlerinin yapılacağı yer icra dairesi bakımından önem taşır⁴⁵.

SONUÇ

7155 sayılı Abonelik Sözleşmesinden Kaynaklanan Para Alacaklarına İlişkin Takibin Başlatılması Usûlü Hakkında Kanun, "torba kanun" niteliğindedir. Çünkü bu Kanun, konu yönüyle birbiriyle ilgisi olmayan ve çok fazla kanunda ek ve değişiklik yapan bir kanundur. Torba kanun uygulaması, hukuk tatbikatında mevzuat değişikliklerinin takibini güçleştirmektedir. Ayrıca 7155 sayılı Kanun'un hareket noktası abonelik sözleşmesinden kaynaklanan icra takiplerinin icranın iş yükünü arttırması olmuştur. Ancak gerekçede bu iş yüküne ilişkin sayısal bir

45 7155 sayılı Kanun m. 7 gerekçesi.

veriye yer verilmemiştir. Kanun yapma tekniği bakımından bu durum isabetli değildir. Buna karşılık abonelik sözleşmesinden kaynaklanan para alacakları için icra takibinin başlatılmasında, ödeme emrinin düzenlenmesinde ve tebliğinde icra dairelerine alternatif olarak Merkezi Takip Sistemi'nin kullanılması, amacı gerçekleştirmeye yönelik bir metottür. Bu yasal tasarruf takip ekonomisi ilkesine uygundur. Alacaklı daha kolay biçimde ve kısa bir sürede alacağını alabilme imkânına, borçlu ise genel haciz yoluyla takibe nazaran daha az bir bedel ödeyerek takibi sona erdirebilme olanağına sahiptir.

Alacaklı avukatı tarafından Merkezi Takip Sistemi'nde yer alan takip talebi doldurularak icra takibi başlatılmalıdır. Kanun takip talebinde hangi hususların bulunması gerektiğini ayrıntılı biçimde düzenlemiştir. Takip talebine alacaklının veya avukatının Merkezi Takip Sistemi ile ilişkilendirilmiş hesap numarasının yazılması, borçlunun icra dairesine gitmeden sistem tarafından hesaplanan güncel borcunu ödemek suretiyle takibi sona erdirmeye olanağı vermesi açısından yerindedir. Ayrıca takip talebine, son ödeme tarihi belirtilen alacağa ilişkin fatura veya benzeri belgelerin eklenmesi borçlunun hukukî dinlenilme hakkını korumaktadır. Buna karşılık takip talebinin sistem üzerinden düzenlenmesine istisna getirilmemesi uygulamada sorunlar çıkarabilir. Merkezi Takip Sistemi'nde ortaya çıkabilecek teknik aksaklıklar düşünülerek düzenleme yapılması isabetli olurdu.

Takip talebi Merkezi Takip Sistemi'ne kaydedilmesinden sonra, sistem tarafından ödeme emri düzenlenir. Bu ödeme emri ve tebliğ mazbatasını ilgili PTT birimine aktarılır. PTT birimi evrakın kendisine gelmesinden sonra nihayet üç gün içinde ödeme emrini tebliğe çıkarmalıdır. Borçlu hakkında aynı gün birden fazla takip başlatılmış ve bu takiplere ilişkin ödeme emri ilgili PTT birimine bildirilmişse, bu ödeme emirleri aynı zamanda tebliğe çıkarılmalıdır.

Ödeme emrine itiraz süresi yedi gündür. Borçlu itirazını herhangi bir icra dairesine gelerek yahut elektronik imza kullanmak suretiyle Merkezi Takip Sistemi vasıtasıyla yapabilir. İtiraz icra takibini durdurur. Alacaklı İcra ve İflâs Kanunu hükümlerine göre itirazın hükümden düşürülmesini sağlamalıdır.

Ödeme emrine süresi içinde itiraz edilmez yahut itiraz edilmekle birlikte vaki itiraz alacaklının başvurusu ile hükümden düşürülürse takip kesinleşmiş olur. Alacaklı kesinleşen takip üzerine haciz talebinde bulunabilir. Ödeme emrinin tebliği tarihinden itibaren iki yıl içinde haciz talep edilmezse takip düşer. İtirazın hükümden düşürülmesine ilişkin dava açılması hâlinde davanın açıldığı tarihten hükmün kesinleşmesine kadar geçen süre hesaba katılmaz (7155 sayılı Kanun m. 8/4).



KAYNAKLAR

AKKAN Mine, **Medenî Usûl Hukukunda Avukatla Temsil Zorunluluğu**, Yetkin Yayınları, Ankara 2010.

ARKAN Sabih, **Ticari İşletme Hukuku**, 18. Baskı, Banka Ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2013.

ARSLAN Ramazan/ YILMAZ Ejder/ TAŞPINAR AYVAZ Sema/ HANAĞASI Emel, **İcra Ve İflâs Hukuku**, 4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2018.

ASLAN Ali Çetin, Avukatlık Tekeline Genel Bir Bakış, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 16, Özel Sayı: Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan, 2014 (Basım Yılı: 2015), s. 1669-1711.

BORAN GÜNEYSU Nilüfer, İcra Takip İşlemleri, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S. 101, 2012, s. 31-60.

ERCAN İbrahim, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı Bağlamında Medenî Yargıda Avukat İle Temsil Zorunluluğu, **Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukuku Dergisi**, S. 5, 2006/3, s. 1275-1299.

İBA Şeref, Ülkemizde "Torba Kanun" Ve "Temel Kanun" Uygulamaları, **Ankara Barosu Dergisi**, S. 1, 2011, s. 197-202.

GÖREN ÜLKÜ Nazlı, Medeni Yargılama Hukukunda Avukatla Temsil Zorunluluğu, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C. 16, S. 3-4, s. 309-325.

KAYAR İsmail, **Ticaret Hukuku**, 2. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2013

KAYAR İsmail/ TURGUT GÜNBAŞI Pınar, Faturada Yer Alan Vade Farkı Kaydına İlişkin Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı Hakkında Bir Değerlendirme (Yargıtay İBHGK'nın 27.06.2003 T. ve 2001/1 E, 2003/1 K Sayılı Kararı), **Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 1, S. 2, Kayseri 2006, 151-161.

KURU Baki, **İcra ve İflas Hukuku El Kitabı**, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2013.

ÖZDAMAR Mehmet, Yargıtay Kararları Işığında Fatura İçeriğine İtiraz, **Ankara Barosu Dergisi**, Yıl: 66, S. 1, Ankara 2008, s. 219-229.

ÖZEKES Muhammet, **İcra Hukukunda Temel Haklar ve İlkeler**, Adalet Yayınevi, Ankara 2009 ("*Temel Haklar*").

ÖZEKES Muhammet, **Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı**, Yetkin Yayınları, Ankara 2003 ("*Hukuki Dinlenilme*").



ÖZEKES Muhammet, Abonelik Sözleşmelerinden Kaynaklanan Para Alacaklarına İlişkin Yeni Takip Yolu (7155 sayılı Kanun'un Düzenlenmesi), **İzmir Barosu Dergisi**, Eylül 2018, s. 225-256 ("Abonelik").

ÖZEKES Muhammet, **İcra İflâs Hukukunda İhtiyati Haciz**, Ankara 1999 ("İhtiyati Haciz").

PEKCANITEZ Hakan/ ATALAY Oğuz/ SUNGURTEKİN ÖZKAN Meral/ ÖZEKES Muhammet, **İcra İflâs Hukuku Ders Kitabı**, 6. Bası, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019.

PEKCANITEZ Hakan/ SİMİL Cemil, **İcra-İflâs Hukukunda Şikâyet**, 2. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2017.

UYAR Talih, İcra Ve İflas Hukukunda Şikayet Sebepleri (I), **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S. 50, 2004, s. 97-120 ("Şikayet Sebepleri").

UYAR Talih, İcra Hukukunda Süreler, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S. 55, 2004 ("Süreler").

ÜNAL Oğuz Kürşat, **Fatura ve Teyit Mektubu**, 5. Baskı, Bilge Yayınevi, Ankara 2013 ("Fatura").

ÜNAL Oğuz Kürşat, Türk Hukukunda Fatura Kavramı Ve Hukukî Mahiyeti, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 1, S. 2 (Prof. Dr. Naci Kinacıoğlu'na Armağan), Ankara 1997, 41-52 ("Kavramı").

ÜLGEN Hüseyin/ HELVACI Mehmet/ KENDİGELEN Abuzer/ KAYA Arslan/ NOMER ERTAN N. Füsün, **Ticari İşletme Hukuku**, 4. Bası, Oniki Levha Yayınları, İstanbul 2015.

RÜZGARESEN Cumhur, **Medeni Muhakeme Hukukunda Usul Ekonomisi İlkesi**, Yetkin Yayınları, Ankara 2013.

YILMAZ Ejder, Usul Ekonomisi, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 57, S. 1, 2008, s. 243-274.



BAZI ÜLKELERDE SAVCILIK KURUMU¹

(Public Prosecution Service in some Countries)

Dr. Hüseyin ŞİK²

ÖZ

Savcılık kurumu, ceza adalet sistemindeki yerini, önemini ve vazgeçilmezliğini korumaktadır. Ceza muhakemesi, sadece hâkim ve mahkemelerden ibaret olmayıp savcılığı da kapsamaktadır. Genel eğilim savcılığın güçlendirilmesi, uyuşmazlıkların soruşturma evresinde çözülmesi yönünde ilerlemektedir. Savcı, mahkeme ve kolluk arasındaki önemli bir işleve sahiptir. Savcılığın özellikle filtreleme fonksiyonu ceza adaletindeki obeziteyi önlemede hayati bir önemi haizdir. Bu nedenle savcılık kurumunun desteklenmesi eğilimi birçok ülkede görülen bir vakıadır. Demokratik hukuk düzenine sahip ülkeler, iyi uygulama örnekleri konusunda birbirinden istifade etmektedir. Bu çalışmada, Almanya, Fransa, Birleşik Krallık, Hollanda, İtalya, İspanya, İsviçre, Portekiz, Polonya, Avusturya, Litvanya savcılık kurumları ele alınmıştır.

Anahtar Kelimeler: Hâkimler ve Savcılar Kurulu, savcılık, ceza muhakemesi hukuku, tarafsızlık, başsavcı, savcı, hiyerarşi.

ABSTRACT

The public prosecution service maintains its place, importance and indispensability in the criminal justice system. Criminal procedure does not consist of the merely judges and courts but also covers the prosecutor's office. The general tendency is to strengthen the prosecution services and to resolve the disputes within the investigation phase. The prosecutor has an important function between the court and the law enforcement agency. The filtering function of the prosecutor's office is vital to tackle with the obesity in criminal justice. Therefore, the tendency to support the prosecution services is a fact in many countries. Countries with democratic legal order benefit from each other in terms of good practices. In this study, the prosecution services of Germany, France, United Kingdom, Netherlands, Italy, Spain, Switzerland, Portugal, Poland, Austria and Lithuania are dealt with.

1 Bu makale, Dr. Hüseyin ŞİK'in "Türk Adli Yargı Sisteminde Savcılık Kurumu" isimli doktora tezinden üretilmiştir.

2 Hâkim, Adalet Bakanlığı Ceza ve Tevkifevleri Genel Müdürlüğü, huseyin hukuk23@gmail.com, ORCID ID: 0000-0002-3178-0455



Keywords: Council of Judges and Public Prosecutors, public prosecution service, criminal procedure law, impartiality, chief public prosecutor, public prosecutor, hierarchy.

GİRİŞ

Adalet kavramının toplum nezdindeki en önemli karşılığı, ceza adalet sisteminin etkinliği ve adillığıdır. Kişiler arasındaki özel hukuk nizaları, genel itibariyle taraflar bakımından sonuçlar doğurup toplumun geneli yönünden sınırlı bir etkiye sahiptir. Ceza adalet sistemindeki kararlar ve adli pratikler ise toplumun ilgisini çekmektedir. Bu ilgi adli merciler hakkında bir kanaat oluşmasında temel işleve sahiptir. Ceza adalet sisteminin önemli bir aktörü olan savcılık kurumu günümüzde vazgeçilmez bir niteliğe kavuşmuştur.³ Erkler ayrılığını benimseyen hukuk düzenlerinde savcılık benzer bir işleve ve standarda ulaşmıştır.

Ülkelerin hukuk alanında diğer ülkelerden etkilendiği görülmektedir. Günümüzde bilgiye erişimin kolaylaşması bu etkileşimi daha da arttırmıştır. Türkiye’deki savcılık kurumu da tarihsel süreç içerisinde geçirdiği aşamalar bakımından Avrupa orijinli olan savcılık kurumundan ilham almış ve benzer yönde gelişmiştir. Çalışmanın ilk bölümünde Türkiye’deki savcılık kurumu teşkilatlanma ve hukuki statü yönünden ele alınmıştır. İkinci bölümde ise Kara Avrupası Hukuk Sisteminde yer alan savcılık kurumları ele alınmış ve bu kapsamda ülke örnekleri incelenmiştir.

I. TÜRKİYE’DEKİ SAVCILIK KURUMUNA GENEL BAKIŞ

A. Savcılık Teşkilatlanması

Mahkeme kuruluşunun bulunduğu her il ve ilçede savcılık teşkilatı bulunmaktadır (5235 s. Kanun⁴ md. 16). Savcılık kurumunun teşkilatlanması, mahkemelerin kuruluşu ile eşgüdümlü olup savcı mahkemenin yer yönünden yetki kurallarına tâbidir. İl veya ilçedeki savcılık teşkilatlanması, o yer ismi ile adlandırılır ((5235 s. Kanun md. 16/1). Başsavcılık şeklindeki bu teşkilatlanmada başsavcı ve savcılar yer alır. İş yoğunluğunun fazla olduğu yerlerde başsavcı vekili de atanabilmektedir. CMK’nın 161/1’inci maddesinde yer alan **-nezdinde görev yaptığı mahkemenin-** şeklindeki ifade savcılığın mahkemeler bazında teşkilatlandığını göstermektedir. Mahkemenin bulunmadığı

3 Örneğin savcılık kurumunun Japon ceza adalet sistemindeki etkin konumu nedeniyle sistem “savcı adaleti” olarak adlandırılmaktadır. Bkz. David T. Johnson, “Japan’s Prosecution System”, *Crime and Justice*, Vol. 41, Iss. 1, Ağustos 2012, s. 35.

4 5235 s. Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun (R.G. 07.10.2004, 25606)’da savcılık teşkilatlanması düzenlenmiştir.

bir yerde savcılık teşkilatının bulunması mümkün değildir. İlk derece ceza mahkemeleri; asliye ceza ve ağır ceza mahkemeleri temelinde örgütlenmiştir.⁵ Özel yetkili mahkemeler hususunda ise ilgili kanunlara atıf yapılmıştır.⁶

1. İlk Derece Mahkemeleri Nezdindeki Teşkilatlanma

Savcılıkların kurulması mahkemelere bağlıdır (5235 s. Kanun md. 16). Bir yerde mahkeme bulunmuyorsa savcılık teşkilatının olması da mümkün değildir. 469 s. mülga Mehakimi Şer'iyenin İlgasına ve Mehakim Teşkilatına Ait Ahkâmı Muaddil Kanun'da temel ceza mahkemesinin asliye ceza mahkemesi olduğu, ağır ceza mahkemelerinin de asliye ceza mahkemesinin birer dairesi olduğu ifade edilmiştir. Bahsekonu Kanun'u yürürlükten kaldıran 5235 s. Kanun'da ilk derece ceza mahkemeleri, asliye ceza ve ağır ceza mahkemeleri olarak düzenlenmiştir. Asliye ceza mahkemesinin itiraza tâbi kararlarını inceleme mercii olan ağır ceza mahkemeleri birer üst mahkeme konumundadır. Mahkeme teşkilatına paralel bir yapı arz eden savcılık da bu oluşum doğrultusunda ifade edilmelidir.⁷

Türkiye'nin her ilçesinde adliye ve mahkeme bulunmamaktadır. Bazen iş durumu ve benzeri şartlar nazara alınarak adliyelerin kapatıldığı ve bahse konu yargı çevresinin yakın bir adliyeye bağlandığı görülmektedir. Ülkedeki adalet hizmeti dağılımı ağır ceza merkezleri şeklinde olmaktadır. Ağır ceza merkezleri, bağlı adliyelerle birlikte bir yargı çevresi oluşturmaktadır. Bağlı (mülhakat) adliyelerde en üst dereceli ceza mahkemesi asliye ceza mahkemesidir.⁸

Ağır ceza mahkemesinin bulunduğu yerde, Cumhuriyet başsavcılığı teşkilatı bulunur. Cumhuriyet başsavcılığında bir başsavcı ve yeteri sayıda savcı bulunmaktadır. İş yoğunluğunun fazla olduğu yerlerde; Adalet

5 6545 s. Türk Ceza Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un(R.G. 28.06.2014, 29044) 46'ncı maddesi ile 5235 s. Kanun'un 8'inci maddesinde yapılan değişiklikten sonra sulh ceza mahkemeleri kaldırılmış ve sulh ceza hâkimlikleri kurulmuştur.

6 Ceza adalet sisteminde, 2005 yılından yapılan değişiklikten önce savcılık teşkilatı ile ilgili anlatımlarda; "bir mahkeme yanındaki savcılık", "bir mahkeme yanında durumunda sayılan savcılık", "üst savcılık olarak mahkeme yanında kabul edilmek" şeklindeki kavramlar ve ifadeler kullanılmaktaydı. Bu konuda bkz. Mehmet Emin Artuk ve Ahmet Caner Yenidünya, "Batı ve Türk Hukuklarında Savcılığın Dünü ve Bugünü Üzerine Bir İnceleme", *İstanbul Barosu Dergisi*, C. 76, S. 1-3, 2002, s. 16.

7 Nevzat Toroslu ve Metin Feyzioğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 16. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara 2016, s. 32, Hamide Zafer, "Türk Ceza Adalet Sisteminde Savcılığın Hukuki Statüsü", Nur Centel (Ed.), *Ceza Muhakemesi Hukukunda Güncel Konular*, (1-26), Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Araştırma Konferansları Serisi-1, XII Levha Yayınları, İstanbul 2015, s. 21.

8 Doğan Soyaslan, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Güncelleştirilmiş 6. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2016, s.172.



Bakanlığının önerisi, Hâkimler ve Savcılar Kurulunun kararıyla bir veya birden fazla başsavcı vekili de atanabilir.⁹ Hâkimler ve Savcılar Kurulu kararı ile atanan bir başsavcı vekili yoksa başsavcı görevde bulunmadığı dönemde uygun göreceği kişiye başsavcılık makamına vekâlet etme görevini devreder.

Ağır ceza mahkemesi başsavcısı, bulunduğu yerdeki ve bağlı adliyelerdeki savcılık teşkilatlarının başı konumundadır. Başsavcı, merkezdeki başsavcı vekillerinin, savcılarını; bağlı adliyelerdeki başsavcı ve savcılarının amiri durumundadır. Ağır ceza nezdindeki başsavcılık makamı, bağlı adliyelerdeki ceza mahkemeleri bakımından, üst savcılık olarak mahkeme yanında kabul edilir. Bu kabulün temel sonucu, mahkeme kararlarına karşı kanun yollarına başvuru yetkisidir.¹⁰

Ağır ceza mahkemesi başsavcısının; merkezdeki başsavcı vekilleri, savcılar, mülhakattaki başsavcı ve savcılar üzerinde gözetim ve denetim yetkisi bulunmaktadır. Başsavcı, savcılarının özlük hakları yönünden dikkate alınan hâl kâğıdı düzenleme yetkisine sahiptir. 5235 s. Kanun'un 18'inci maddesine göre başsavcının görev ve yetkileri; Cumhuriyet başsavcılığını temsil etmek, başsavcılığın verimli, uyumlu ve düzenli bir şekilde çalışmasını sağlamak, iş bölümünü yapmak, gerektiğinde adli göreve ilişkin işlemleri yapmak, duruşmalara katılmak, kanun yollarına başvurmak, kanunlarla verilen diğer görevleri yapmaktır.¹¹ Başsavcı ya da savcılar için öngörülen diğer görevlerin mutlaka kanuni dayanağının olması gerekmektedir. Daha alt mevzuat ile herhangi bir görev verilmesi mümkün değildir.¹²

9 5235 sayılı Kanun'un 19'uncu maddesine göre başsavcı vekilinin görevleri; başsavcının verdiği görevleri yerine getirmek, savcılarının adli ve idari işlemlerini inceleyip başsavcıya bilgi vermek, adli göreve ilişkin işlemleri yapmak, duruşmalara katılmak, kanun yollarına başvurmak, başsavcıya vekâlet etmektir. Birden fazla vekilin bulunması halinde kimin vekâlet edeceğine başsavcı karar verir.

10 Soyaslan, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 168. Benzer yönde Yargıtay kararı için bkz. 14. C.D., T. 18.01.2012, E. 2011/21581, K. 2012/400 (UYAP, 13.02.2016).

11 Nurullah Kunter, Feridun Yenisey ve Ayşe Nuhoğlu, **Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku**, 16. Bası, Beta Yayınları, İstanbul 2007, 427, Cumhuriyet Şahin, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, C. I, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 7. Bası, Seçkin Yayınları, Ankara 2016, s. 83.

12 "Dava, Başbakanlık Personel ve Prensipler Genel Müdürlüğünün 05/08/2015 tarih ve 8453 sayılı işleminin 6. paragrafında yer alan "Cumhuriyet başsavcısı" ibarelerinin iptali ve yürütmesinin durdurulması istemiyle açılmıştır.....Anayasa ve anılan Kanun hükümlerinin birlikte değerlendirilmesinden; hâkim ve savcılarının görevlerinin kanun ile belirleneceği, hâkim ve savcılara, kanunla düzenlenmeyen hiçbir resmi ve özel görevin verilemeyeceği anlaşılmaktadır. Hâkim ve savcılarının idari görevleri yönünden Adalet Bakanlığına bağlı olduğu açık olmakla birlikte, söz konusu bu idari görevlerin de kanunla düzenlenmiş olması gerekmektedir. Nitekim davalı idarenin de savunma dilekçesinde belirttiği gibi yukarıda anılan 5275 sayılı Kanun, 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu, 1512 sayılı Noterlik Kanunu'nda Cumhuriyet savcılarının verilen idari görevler

Ağır ceza merkezine bağlı adliyelerde savcılık teşkilatı, ağır ceza mahkemesi başsavcılığına bağlıdır. Eğer makam olarak HSK tarafından öngörülmüş ise ünvanlı bir başsavcı (asliye ceza mahkemesi başsavcısı) bulunur. Böyle bir görevlendirme bulunmadığı takdirde kıdemli olan savcı fiilen başsavcılık görevini yürütür. Bunun yanı sıra yeteri kadar savcı bulunur. Savcılık teşkilatı o ilçenin ismi ile anılır. Buradaki savcılık teşkilatı mahkeme yanındadır. Kanun yollarına başvuru yetkisine sahiptir. Asliye ceza mahkemesi başsavcısının savcılar üzerinde gözetim ve denetim bulunmaktadır. Ancak asliye ceza başsavcısı hâl kâğıdı düzenleyemez. Eğer asliye ceza başsavcısı, ünvanlı başsavcı değil de sadece kıdemli savcı ise bu durumda gözetim ve denetim yetkisi de bulunmamaktadır. Kıdemli savcı sadece idari görevleri yerine getirme ve temsil yetkisini kullanma hakkına sahiptir.

Cumhuriyet başsavcılıklarında farklı görevleri haiz bürolar bulunmaktadır. Genel itibariyle sınıflandırma aşağıdaki şekilde yapılabilir:

a. Soruşturma Büroları

Cumhuriyet başsavcılığının birlik ve bölünmezliği gereğince savcılar arasında mahkeme benzeri keskin bir görev ayırımından söz edilemez. Savcılıkların en temel görevi soruşturma yapmaktır. Soruşturmaların etkin şekil yürütülmesi ve konularında uzman savcılarının yetişmesi için büro temelli bir teşkilatlanmaya gidilmiştir. Bu kapsamda Müracaat Bürosu, Çocuk Bürosu, Uzlaştırma Bürosu, Fikri ve Sınai Haklar Bürosu, Anayasal Düzene Karşı İşlenen Suçlar Bürosu, Aileiçi Şiddet Suçları Bürosu, Basın Suçları Bürosu, Faili Meçhul Suçlar (Zamanaşımı) Bürosu, Memur Suçları Bürosu, Kaçakçılık ve Örgütlü Suçlar Bürosu soruşturma bürolarının uzmanlaşmış halleridir.

bulunmakla birlikte, tüm bu görevlerin ortak noktası, kanunla düzenlenmiş olmalarıdır. Dava konusu işlem ile Cumhuriyet başsavcılarına verilen görev, 2802 sayılı Kanun'un 48. maddesinde yer alan başka iş ve görevler arasında sayılmadığı gibi, niteliği itibarıyla sayılması da mümkün değildir. Öte yandan, savcıların, Cumhuriyet başsavcısı sıfatı ile toplantılara katılacak olması göz önüne alındığında, Cumhuriyet başsavcısının idari hiyerarşik yapılanma içinde kalacağı, bunun da savcılarının idari yapılanma karşısındaki Anayasal ve yasal konumuna aykırılık teşkil edeceği sonucuna varılmaktadır. Bu durumda, terörle mücadele amacıyla oluşturulan il ve ilçe güvenlik ve asayiş koordinasyon merkezlerinde Cumhuriyet başsavcılarının kanun ile verilmiş bir görev bulunmadığı dikkate alındığında, dava konusu Başbakanlık Personel ve Prensipier Genel Müdürlüğü işlemi ile il ve ilçe güvenlik ve asayiş koordinasyon merkezlerinde, Cumhuriyet başsavcılarının görev alması yönünde yapılan düzenlemede yasalara uygunluk bulunmamaktadır. Açıklanan nedenlerle, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 27. maddesinde öngörülen ve yürütmenin durdurulması kararı verilebilmesi için aranılan koşulların gerçekleştiği anlaşıldığından, Başbakanlık Personel ve Prensipier Genel Müdürlüğü'nün 05/08/2015 tarih ve 8453 sayılı işleminin 6. paragrafında yer alan "Cumhuriyet başsavcısı" ibarelerinin yürütmesinin durdurulmasına..." Danıştay 10.D., T. 22.01.2018, E. 2017/4212 (UYAP, 25.04.2018).



b. Kabahatler Bürosu

Cumhuriyet başsavcılığı Kabahatler Kanunu'nun¹³ 23'üncü maddesi uyarınca kabahatler hakkında idari yaptırım kararı verebilme yetkisine sahiptir. Bunun yanısıra idari yaptırım kararının savcı tarafından verilmesini mümkün kılan özel düzenlemeler de bulunmaktadır (Bkz. Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında Kanun¹⁴ md. 175, Çek Kanunu¹⁵ md. 7). Kabahatler hakkında soruşturma yapılması ve idari yaptırım kararı verilebilmesi için özel bir büroya ihtiyaç bulunmaktadır. Kabahatler bürosu başsavcının işbölümü hazırlama yetkisi kapsamında ihdas edilmektedir.

c. İstinabe Bürosu

Farklı yer savcılıkları arasında bir hiyerarşi veya bütünlük bulunmamaktadır. Her savcılığın özerk bir yapısı ve nezdinde görev yaptığı mahkemeye göre belirlenen bir yetki çevresi bulunmaktadır. Bu sınırlar dışında bir soruşturma işleminin yapılmasına ihtiyaç duyulduğunda ilgili yer savcılığına istinabe¹⁶ talebinde bulunulur (CMK md. 161/1).¹⁷ Diğer savcılıkların istinabe taleplerini yerine getirmek üzere her başsavcılık bünyesinde bir istinabe bürosu kurulur.

d. Yakalama Bürosu

Başsavcılığın bulunduğu yerde düzenlenen veya diğer başsavcılıklar tarafından gönderilen yakalama emirlerinin yerine getirilmesi için ayrı bir büroya ihtiyaç bulunmaktadır. Başsavcı bu işlemleri yürütmekle görevli yakalama bürosunda, yeterli sayıda savcı görevlendirir. Hakkında yakalama emri kararı verilen şüpheli, sanık veya hükümlülerin yakalanmalarına ilişkin yapılan işlemlerin safahatı UYAP'a kaydedilir (Bölge Adliye ve Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Cumhuriyet Başsavcılıkları İdarî ve Yazı İşleri Hizmetlerinin Yürütülmesine Dair Yönetmelik¹⁸ md. 117). Yakalama emrinin infazı halinde büro, mağduriyete sebebiyet verilmemesi için UYAP üzerinden düşüm işlemini gerçekleştirir. Düşüm işlemi savcı onayı ile gerçekleştirilmektedir.

13 R.G. 31.03.2017, 25772.

14 R.G. 02.05.1961, 10796.

15 R.G. 20.12.2009, 27438.

16 Uygulamada "talimat" olarak adlandırılmaktadır.

17 Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 162'nci maddesinde yer alan "Cumhuriyet savcısı, ancak hâkim tarafından yapılabilecek olan bir soruşturma işlemine gerek görürse, istemlerini bu işlemin yapılacağı yerin sulh ceza hâkimine bildirir." şeklindeki hüküm yanlış anlaşılmalara sebebiyet verebilecek niteliktedir. Söz konusu hüküm, savcının yargı çevresi dışındaki sulh ceza hâkimliğine doğrudan talep iletebileceği şeklinde anlaşılabilir. Hâlbuki bu mümkün olmayıp savcılıklar arası istinabe ile konu sulh ceza hâkimliğine iletilmektedir. Savcının başka yer hâkiminden doğrudan talepte bulunması mümkün değildir. Çünkü her savcılık kendi yetki sınırları içinde yetkilidir (5235 s. Kanun md. 21/1).

18 R.G. 06.08.2015, 29437.



e. İlamat İnfaz Bürosu

Mahkemeler tarafından verilip kesinleşen cezalar, infaz edilmesi için Cumhuriyet başsavcılığına gönderilir. Savcı cezanın infazını takip etmek ve denetlemekle yükümlüdür (5275 s. Kanun md. 5/1). İnfaz konusunda gereken işlemleri yapmakla görevli birim, başsavcılık nezdinde kurulan ilamat infaz bürosudur. Büroda yeteri sayıda savcı ve adliye personeli bulunur.

f. Muhabere Bürosu

Muhabere bürosu, başsavcılık bünyesindeki diğer büroların görev alanına girmeyen işlemlerin yürütüldüğü bürodur. Bu nedenle büro torba niteliğinde olup büronun yürüttüğü işlemler çeşitlilik göstermektedir. Büro yine savcı denetiminde olup işlem ve yazışmalar muhabere defterine kaydedilir (Bölge Adliye ve Adlî Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Cumhuriyet Başsavcılıkları İdarî ve Yazı İşleri Hizmetlerinin Yürütülmesine Dair Yönetmelik md. 127).

2. İstinaf Mahkemeleri Nezdindeki Teşkilatlanma

Bir kanun yolu olarak mevzuatımıza giren istinaf denetimi, bölge adliye mahkemeleri tarafından yerine getirilmektedir. Bölge adliye mahkemeleri, adli yargı ikinci derece mahkemeleridir. Bölge adliye mahkemeleri başkanlık, başkanlar kurulu, daireler, başsavcılık, adalet komisyonu ve müdürlüklerden oluşur (5235 s. Kanun md. 26). Başsavcılık kurumu, başsavcı ve savcılardan müteşekkildir. Savcılardan en kıdemlisi başsavcı vekili olarak görev yapar (5235 s. Kanun md. 30). Bölge adliye mahkemeleri başsavcılığı; *mahkeme yanında yer alan* bir savcılıktır. İlk derece mahkemeleri nezdindeki savcılıklar üzerinde bir hiyerarşiye sahip değildir.¹⁹ Yerel mahkemelerdeki başsavcılık teşkilatı, yetki bakımından istinaf savcılığından daha ileri konumdadır. Kolluğa talimat verme, soruşturmayı yönetme gibi geniş yetkilere sahiptir. Oysa istinaf savcılığının böyle bir yetkisi bulunmamaktadır.²⁰

19 Fransa'da bölge adliye mahkemesi başsavcısı, aynı zamanda yargı çevresinde bulunan yerel mahkemelerdeki savcıların amiri konumundadır. Daha fazla bilgi için bkz. Rada Smedovska ve Francois Falletti, "Report on the Prosecution Service in France", **Promoting Prosecutorial Accountability, Independence and Effectiveness**, (175-210), Open Society Institute, Sofia 2008, s. 178.

20 Hatta protokol sıralamasında ilk derece mahkemesindeki başsavcı, istinaf başsavcısına göre önceliklidir. Bkz. 05.05.2012 tarihli ve 28283 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Ulusal ve Resmî Bayramlar İle Mahalli Kurtuluş Günleri, Atatürk Günleri ve Tarihi Günlerde Yapılacak Tören ve Kutlamalar Yönetmeliği.



Başsavcının görevleri; başsavcılık makamını temsil etmek, savcılık kurumunun verimli çalışmasını sağlamak, duruşmalara katılmak, gerektiğinde kanun yollarına başvurmak, daireler arasındaki içtihat farklılığını gidermek amacıyla başkanlar kuruluna başvurmak, savcılar hakkında hâl kâğıdı düzenlemek, savcılar, müdürler ve personel üzerinde gözetim ve denetim yetkisini kullanmak, ilgili personel hakkında disiplin soruşturması işlemlerini yürütmek, komisyona üye olarak katılmaktır (5235 s. Kanun md. 31,40).²¹

Savcıların görevleri; duruşmalara katılmak, kanun yollarına başvurmak, başsavcının vereceği işleri yapmaktır (5235 s. Kanun md. 41).

3. Temyiz Mahkemesi Nezdindeki Teşkilatlanma

Yargıtay; başkanlık, daireler, başsavcılık ve idari birimlerden oluşur (Yargıtay Kanunu²² md. 2). Yargıtay nezdinde ayrı bir başsavcılık makamı vardır. Başsavcılığın, taşra savcılarını üzerinden herhangi bir hiyerarşik yetkisi bulunmamaktadır.²³ *Mahkeme yanında* bir başsavcılıktır. Başsavcılık kurumunda; başsavcı, başsavcı vekili, başsavcı yardımcıları ile başsavcı yardımcıları bulunur. Başsavcı ve başsavcı vekili Yargıtay Büyük Genel Kurulunun, kendi üyeleri içinden seçim sonucu ile belirleyeceği adaylar arasından Cumhurbaşkanı tarafından seçilir.

Yargıtay başsavcısının görevleri; başsavcılığı temsil etmek, Anayasa Mahkemesinde iddia makamını temsil etmek, Ceza Genel Kurulundaki duruşmalara katılmak, siyasi partilerin tüzük ve programlarını, kurucularının hukuki yönden incelemek, başsavcılığın verimli ve düzenli çalışmasını sağlamak, savcılar hakkında hal kâğıdı düzenlemektir (Yargıtay Kanunu md. 27).

Yargıtay başsavcı vekilinin görevleri; başsavcının tüm görevlerini yerine getirmek, başsavcının talimatlarını ifa etmek, Yargıtay Büyük Genel Kurulu ile Ceza Genel Kurulundaki içtihatların birleştirilmesi müzakerelerine katılıp oy kullanmaktır (Yargıtay Kanunu md. 27).

21 Bölge adliye mahkemesindeki başsavcılık; temsil bakımından mahkeme başkanlığına göre ikinci planda yer almaktadır. Zira mahkemeyi temsil yetkisi mahkeme başkanına verilmiştir. İlk derece mahkemelerinde ise temsil başsavcılık tarafından yürütülmektedir. Mahkeme başkanı; yargı erkini temsil etme bakımından ayrıcalıklı bir konumdadır. Yerel mahkeme başsavcısı, protokolde bölge adliye mahkemesi başkanına göre önceliklidir. Bkz. Ulusal ve Resmi Bayramlar ile Mahalli Kurtuluş Günleri, Atatürk Günleri ve Tarihi Günlerde Yapılacak Tören ve Kutlamalar Yönetmeliği.

22 R.G. 08.12.1983, 17953.

23 Fransa'da Yargıtay nezdindeki başsavcılığın, yerel savcılıklar üzerinde herhangi bir hiyerarşik yetkisi yoktur. Adalet Bakanının hiyerarşisi altındadır. Bkz. Smedovska ve Falletti, *Report on the Prosecution Service in France*, s. 182.

Başsavcı yardımcılarının görevleri; tebliğname düzenlemek, karar düzeltme ve itiraz yoluna başvurmak, başsavcının talimatlarını yerine getirmektir (Yargıtay Kanunu md. 28).

B. Savcılığın Hukuki Statüsü

1. Savcılığın Devlet Yapısındaki Yeri

a. Yargı İçerisinde Yer Aldığını Savunan Görüş

Savcılık kurumu; hâkimlik ve savcılık mesleği arasındaki yakınlaşma sebebiyle yargı erkine dâhil görülmektedir. Yargı erki sadece hâkimlerden ve mahkemelerden ibaret değildir.²⁴ Adalete hizmet etmeyi amaçlayan savcılık kurumu da önemli bir görev ifa etmektedir. Savcılığın yargı erki içerisinde yer aldığını savunanların dayandığı bazı gerekçeler bulunmaktadır.²⁵ TCK'nın 6/1-d maddesinde, yargı görevi yapan deyiminden; *"yüksek mahkemeler, adlî ve idarî mahkemeler üye ve hakimleri ile Cumhuriyet savcısı ve avukatlar"*ın anlaşılacağı ifade edilmektedir.²⁶ Yasakoyucu savcuyu yargı görevi yapan olarak kabul etmektedir. Savcılık kurumu, Anayasa'da yürütme ile ilgili bölümde değil yargı bölümünde düzenlenmiştir. Aksinin kabulü halinde, yürütme başlığı altında düzenlenmesi gerekirdi. Savcılık teşkilatının idari yapılanması, harici bir görünüm olup yerine getirilen görev bakımından yargısal bir işlev ifa edilmektedir. Anayasa'da ve 2802 s. HSK'da savcılarının idari yönden Adalet Bakanlığına bağlı olduğu ifade edilmiş ise de aynı ifade hâkimler

24 "Savcılarının yargılama fonksiyonu dışında, yasalarla verilmiş idari görevleri de bulunduğundan, yaptıkları idari görevler nedeniyle ve bu kapsamda tesis edilen işlemlerden dolayı Adalet Bakanlığının sorumlu tutulabileceği açıktır. Ne var ki, idari yönden Adalet Bakanlığına bağlı olan, ancak, yargılama görevi kapsamında yürüttükleri hizmet nedeniyle Adalet Bakanlığının ajanı konumunda olmayan savcılarının verdiği kararlardan dolayı, yürütme fonksiyonu içinde yer alan Adalet Bakanlığının sorumlu tutulmasına olanak bulunmamaktadır...ceza yargılamasında savcılık, iddia görevini yerine getiren, gereğinde sanığın haklarını da gözeten bir yargılama makamı olması yanında, yargılama faaliyeti içinde fiilen ve hukuken yer alan bir unsur olarak da kabul edilmektedir. İdari görevlerinin varlığı savcılığın aynı zamanda yargılama görevlerinin varlığını kabule engel değildir. Nitekim hâkimlerin de idari görevleri vardır ve bu görevler yargısal görevlerini ortadan kaldırmamaktadır. Dava açılması ve buna ilişkin iddianamenin düzenlenmesi tümüyle yargısal faaliyettir." Y.H.G.K., T. 07.10.2009, E. 2009/4-361(Bidayet),K. 2009/399 (UYAP, 01.03.2016).

25 "Kamusalılık ilkesi; suçtan kamu, yani toplum da zarar gördüğünden suçun kovuşturmasında toplumun çıkarının da olduğunu, bu itibarla kovuşturmanın kamusal olduğunu ifade eden ilkedir... Toplum düzenini korumak, Devletin yükümlülüğüdür. Bu itibarla, Devlet, kamu düzenini bozacak ve tehlikeye düşürecek olan eylemleri belirleyerek bunları cezalandırma hakkını elinde tutar. Bu nedenle de yürütülen bir ceza soruşturmasında Cumhuriyet savcısı, soruşturmayı yargı erki olarak kamu adına yürütmektedir. Zira, suçun soruşturulmasında kamu yararı vardır." 16.C.D., T. 29.11.2017, E. 2016/7553, K. 2017/5508 (UYAP, 29.04.2018).

26 Savcılarının bu ibareye dâhil edilmesine yönelik eleştiri için bkz. Zafer, **Türk Ceza Adalet Sisteminde Savcılığın Hukuki Statüsü**, s. 10.



için de geçerlidir.²⁷ Dolayısıyla hâkimlerin yürütme erkine dâhil oldukları şeklinde bir sonuca varılamıyorsa aynı kural savcılar için de geçerli olmalıdır. Savcılık kurumu bir uyuşmazlığı çözme konusunda nihai karar verme yetkisine sahip değilse de yerine getirdiği soruşturma ve itham görevi büyük önem arz etmektedir. Mahkemelerin herhangi bir eylemi re'sen dava haline getirme yetkisi bulunmamaktadır. Dava açma tekeli savcılık makamına aittir. Mahkemelerin tek başına bağımsız olması, adaleti temin için yeterli değildir. Davayı mahkemeye götüren, mahkeme önünde tutan savcılığın da etkin ve bağımsız olması gerekir. Bunun temin edilebilmesi de yargı erkine dâhil edilmiş bir savcılık teşkilatı ile mümkündür. Savcıların CMK'nın 171/1'inci maddesi uyarınca, şahsi cezasızlık veya etkin pişmanlık hallerinde takdiren kovuşturmayaya yer olmadığına dair karar vermesi yargısal bir görevdir.²⁸

İtalya, Yunanistan, Azerbeycan, Hırvatistan, Moldova, Slovenya, İspanya'da savcılığın yargı erki içerisinde kabul edildiği görülmektedir.²⁹

b. Yürütme İçerisinde Yer Aldığını Savunan Görüş

Öğretideki genel kabul, savcılık kurumunun yürütme erki içerisinde yer aldığıdır. Bu görüşü savunanlara göre davacının yargı erki içerisinde yer alması mümkün değildir. Devletin ve özellikle Adalet Bakanının adli düzeni sağlamak ve bunu kontrol etme yükümlülüğü vardır. Bu yükümlülüğü yerine getirmede en etkili mekanizma savcılık teşkilatıdır. Soruşturma ve kovuşturma evresinde bu görevi yerine getiren savcılık, yürütme erkine dâhildir.³⁰ Savcılar yargı fonksiyonundan yoksun olmakla birlikte mahkeme nezdinde çalışırlar.³¹

27 Hâkimlerin idari yönden Adalet Bakanlığına bağlı olmasına yönelik eleştiri için bkz. Toroslu ve Feyzioğlu, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 98.

28 Yargı erkine dâhil olduğunu savunan görüş için bkz. Bahri Öztürk ve Diğerleri, **Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, Güncellenmiş 10. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2016, s. 214, Teoman Ergül, "Teminat Açısından Cumhuriyet Savcılığı", **Ankara Barosu Dergisi**, S. 6, 1969, s. 1069, Mustafa Saldırım, **Özel Hukukta Cumhuriyet Savcısının Görevleri**, Turhan Kitabevi, Ankara 2005, s. 23, Kurtuluş Tayanç Çalışır, **Savcılar Özerk ve Bağımsız Olmalıdır**, Adalet Yayınevi, Ankara 2013, s. 79.

29 CEPEJ, **Report on "European Judicial Systems – Edition 2014 (2012 data): Efficiency and Quality of Justice"**, Strasbourg 2014, s.292.

30 Öztekin Tosun, **Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri Muhakemenin Yürüyüşü**, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1973, s. 7, Kunter, Yenisey ve Nuhoğlu, **Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 377, Toroslu ve Feyzioğlu, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 115, Yener Ünver ve Hakan Hakeri, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 12. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2016, s. 197, Zafer, **Türk Ceza Adalet Sisteminde Savcılığın Hukuki Statüsü**, s. 4, Murat Aydın, **Kamu Davasının Açılması ve İddianame**, Seçkin Yayınları, Ankara 2003, s. 66, Ahmet Gökcen, Mehmet Emin Alşahin ve Kerim Çakır, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, C.I, Adalet Yayınevi, Ankara 2017, s. 233, Osman Can, "Savcılık Kurumunu Tartışma Zamanı", **Akşam Gazetesi**, (19.04.2014).

31 Zafer, **Türk Ceza Adalet Sisteminde Savcılığın Hukuki Statüsü**, s. 21.



Venedik Komisyonu'nun *Yargı Sisteminin Bağımsızlığına İlişkin Avrupa Standartları Raporu*'na göre Avrupa genelinde savcılığın daha bağımsız bir yapıya kavuşturulması ve yürütme erkinden ayrılması yaygınlaşan bir eğilimdir. Savcılarının bağımsızlığı ve özerkliği hâkimlerle aynı nitelikte olamaz. Savcılık, yargı sisteminde yer aldığı bile mahkeme niteliğinde değildir. Karar alma sürecinde hiyerarşik bir düzen vardır (Rapor prg. 26,28). Savcılığın, başsavcının özerk ve bağımsız olduğu olduğu kabul edilirken savcılarının özerk değil sadece bağımsız olabilecekleri kabul edilmektedir. Savcılığın bağımsızlığı hâkimler için öngörülen bağımsızlıktan farklıdır. Harici bağımsızlığın ana unsuru, yürütmenin somut davalarda talimat verememesidir. Genel talimatlar belli sınırlar dâhilinde mümkündür (Rapor prg. 30). Dâhili bağımsızlıkta savcı, hiyerarşik üstlerden gelen talimatları yerine getirir. Yersiz talimatların engellenmesi için birtakım güvenceler getirilmelidir. Savcı mevzuat uyarınca yürütmek zorunda olduğu soruşturma için önceden onay almak ya da işlemlerinin uygun görülmesini beklemek zorunda değildir. Bu yetki dâhili bağımsızlığın sonucudur (Rapor prg. 31-32).

Kara Avrupası hukuk sisteminde savcılık kurumu, anayasal devlet düzeni bakımından yürütme erkine dâhil olup işlev olarak adalet organına yakındır.³² Fransa, İngiltere, Galler, Portekiz, Estonya, Sırbistan, Finlandiya, İsviçre, Slovakya, Monako, Lüksemburg, Romanya, Rusya'da savcılığın yürütme erki içerisinde yer aldığı kabul edilmektedir.³³

c. Karma Görüş

Savcılık, kendine özgü bir yapı olarak tanımlanmış ve yeri de buna göre belirlenmiştir. Savcılık kurumu salt bir yürütme organı olmadığı gibi tamamen bir yargı mercii de değildir.³⁴ Her iki erki de ilgilendiren görevleri vardır ve özellikle iki erk arasında köprü vazifesi görmektedir.³⁵

32 Zafer, *Türk Ceza Adalet Sisteminde Savcılığın Hukuki Statüsü*, s. 10.

33 CEPEJ, *Report on "European Judicial Systems – Edition 2014 (2012 data): Efficiency and Quality of Justice"*, s. 292.

34 Roxin/Schünemann'e göre savcılık, ne yürütme erkine ne de yargı erkine dâhil edilmesi mümkün olan, aksine ikisinin arasında yer alan adli yargılama sürecinin bağımsız bir organıdır. Bkz. Claus Roxin ve Bernd Schünemann, *Strafverfahrensrecht*, 26. Auflage, Reemers Publishing Services GmbH, München 2009, s. 48-49. Benzer görüş için bkz. Jacqueline S. Hodgson, "The French Prosecutor in Question", *Washington and Lee Law Review*, Vol. 67, Iss. 4, 2010, s. 1368.

35 Eberhard Siegismund, "The Public Prosecution Office in Germany: Legal Status, Functions and Organization", *Effective Administration of the Police and the Prosecution in Criminal Justice (Work Product of the 120th International Senior Seminar)*, United Nations Asia and Far East Institute Annual Report for 2001 and Resource Material Series No: 60, Şubat 2003, Fuchu Tokyo Japan, s. 64.



Yine karma görüş kapsamında, savcılığın idari görevleri de bulunan bir adli organ olduğu ifade edilmektedir. Diğer yaklaşım ise *milli egemenliği temsil* görüşüdür. Savcılık her üç erk dışında olup mahkemeler nezdinde milli egemenliği temsil eden idari yapıya sahip bir adalet organıdır.³⁶

Savcılık kurumu genel itibariyle yargı veya yürütme erkleri içerisinde yer alır. Macaristan'da ise savcılık Meclise karşı sorumlu olup özgün bir yapı sergilemektedir.³⁷ Macaristan Anayasa Mahkemesinin 16 Şubat 2014 tarih ve 3/2004 sayılı kararında³⁸ savcılığın meclise bağlı olduğu ancak meclisin somut davalara ilişkin olarak savcıya talimat veremeyeceği ifade edilmiştir.

d. Değerlendirme

Savcılık kurumunun devlet yapılanmasındaki yeri öğretilerde tartışılan bir konudur. Genel itibariyle savcılık kurumuna bakış ve beklentiler bir arada değerlendirilmiş, sonuç olarak savcılık kurumunun yeri de buna göre belirlenmiştir. Savcılık kurumunun muhakeme faaliyeti kapsamındaki vazgeçilmez rolü, onu yargı erkinin tamamlayıcısı kılmıştır. Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisinin 27 Mayıs 2003 tarihli Hukukun Üstünlüğü İlkesi ile Yönetilen Demokratik Toplumlarda Savcılığın Rolüne Dair (1604) Tavsiye Kararı'na göre *yürütmenin idari bir birimi olan savcılık yargıdan ayrı olmalıdır*.³⁹

Ceza muhakemesinin soruşturma ve kovuşturma evrelerinde, savcılık etkin bir role sahiptir. Soruşturmanın başlatılmasından iddianamenin kabulüne kadar devam eden evrede savcı gerek bizzat gerekse emri altında bulunan adli kolluk aracılığıyla araştırma faaliyetlerini yerine getirir. Bunu yaparken şüphelinin lehine ve aleyhine olan bütün delilleri toplamak ve adil bir yargılamanın temini için bütün gerekleri yerine getirmekle yükümlüdür (CMK md. 160/2). Savcı, şüphelinin haklarını korumak ve onlara riayet etmek zorundadır. Kovuşturma evresinde de savcı, adil bir yargılamanın temini için azami katkıyı sağlar ve gerektiğinde itham ettiği sanığın beraat etmesini talep eder. Savcının temel fonksiyonu, sanığı mahkûm ettirmek değil adil bir biçimde yargılanmasına yardımcı olmaktır.⁴⁰

36 Selahattin Keyman, *Ceza Muhakemesinde (Asıl Ceza Muhakemesinde) Savcılık*, Sevinç Matbaası, Ankara 1970, s. 75.

37 CEPEJ, *Report on "European Judicial Systems – Edition 2014 (2012 data): Efficiency and Quality of Justice"*, s. 292.

38 Macaristan Anayasa Mahkemesi, T. 16.02.2004, No: 3/2004 (http://www.mkab.hu/letoltetek/en_0003_2004.pdf, 04.03.2016).

39 Bkz. <http://assembly.coe.int> (24.04.2018).

40 Ünver ve Hakeri, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 198.



Savcı soruşturma evresinde kişi hak ve hürriyetlerine müdahale niteliğindeki işlemler konusunda hâkim kararına ihtiyaç duyar ve bunun için sulh ceza hâkimliğine başvurur. Acil durumlarda kendisi de bazı hâkimlik işlemlerini yerine getirir ancak sonrasında bunları onay için sulh ceza hâkimliğine sunar. Savcı soruşturmanın sahibi olmasına karşın yargının denetimi altındadır. Bütün işlemleri yapabilme yetkisine sahip değildir. Savcının hâkimlere benzer özlük haklarına sahip olması, aynı yetkileri kullanabilme hakkı tanımamaktadır. Zira savcı, hâkim değildir.

Anayasa'nın 9'uncu maddesine göre yargı yetkisi Türk Milleti adına bağımsız ve tarafsız mahkemelerce⁴¹ kullanılır.⁴² Anayasa, yargı yetkisinin kim tarafından kullanılacağı hususunda herhangi bir tereddüt bırakmamıştır.⁴³ Anayasa'nın yargı bölümünde savcılara ilişkin düzenlemelerin olması onu yargı erkine dâhil etmemektedir. Yargı bölümünde Hâkimler ve Savcılar Kuruluna ilişkin düzenlemeler de bulunmaktadır. Kurulun *idari bir kurul olduğu*⁴⁴, yargı mercii olmadığı hususunda herhangi bir tereddüt bulunmamaktadır. Bu nedenle bir kurumun Anayasa'daki düzenlenme yeri, onun niteliğini tespit bakımından yeterli değildir. Birbiri ile ilgili kurumlar aynı bölümlere toplanmıştır. Anayasa koyucu böylelikle bir bütünlük sağlamayı hedeflemiştir.

Soruşturma yetkisine sahip olup iddia görevini yerine getiren, silahların eşitliği ve çelişme ilkesi uyarınca duruşmada savunma ile birlikte bir kollokyumu temin eden savcılık kurumu yargı mercii olamaz.⁴⁵ Savcı yargı erkine dâhil olmadığı için mahkeme heyeti karar için müzakereye çekildiğinde, savcı bu gizli müzakereye katılamaz. Tıpkı müdafî gibi duruşmada görüş beyan etmekle yetinir. Hâkim yargılama süjesi olup iddia görevi ise savcı tarafından yerine getirilmektedir. Savcılık kurumu yargı erki içinde değildir. Yasama erkine dâhil olmadığı hususunda da tereddüt bulunmamaktadır.

41 Alman Mahkemeler Teşkilatı Kanunu'nun 1'inci maddesi, "Yargı gücü, sadece hukuka bağlı olan bağımsız mahkemelerce kullanılır." şeklindedir.

42 "Ceza Muhakemesi Hukukunda fail ile mağdur arasındaki çıkarların denkleştirilmesi değil, devlet ile fail arasında doğan devlete ait cezalandırma yetkisinin kullanılması söz konusudur. Devlet bu yetkisini milletin kendisinden alır. Yargılama sonunda verilen hükmün baş kısmına "Türk Milleti Adına" yazılması (CMK m. 232/1) bundandır." Veli Özer Özbek ve Diğerleri, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Gözden Geçirilmiş 9. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2017, s. 47.

43 Hüseyin Turan, "Yargı Görevi ve Hizmeti", **Adalet Dergisi**, S. 21, 2005, s. 104.

44 Kemal Gözler ve Gürsel Kaplan, **İdare Hukuku Dersleri**, 19.Baskı, Ekin Kitabevi, Bursa 2017, s. 269.

45 Ahmet M. Kılıçoğlu, "Hâkimlerin Hukuki Sorumluluğu", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 30, S.1-4, 1973, s. 241, Güney Dinç, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Göre Silahların Eşitliği", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S. 57, 2005, s. 284.



Savcının, milli egemenliğin temsilcisi olduğu şeklindeki görüş anayasa hukuku yönünden ele alınmalıdır. Egemenliğin asıl sahibi olan millet bu yetkisini Anayasa'da öngörülen organlar eli ile kullanır (Anayasa md. 6). Söz konusu organlar yasama, yürütme ya da yargı erklerinden birisine dâhildir.⁴⁶ Savcılığın milli egemenliği temsil ettiği şeklindeki önerme doğru olmakla birlikte, yeterli bir ifade değildir. Savcılığın bulunduğu erk tarif edilmemektedir.

Kendine özgü bir yapısı ve yargı ile yürütme arasında köprü vazifesine rağmen savcılığın bulunduğu yer yürütme erkidir.⁴⁷ Savcılık yürütme erki içerisinde yer alan idari bir kurumdur.⁴⁸ Bu tespit, savcılık makamının önemini azaltmayacağı gibi savcılığı herkesin müdahalesine açık bir yapıya da dönüştürmemektedir. Savcılık kurumunun kararları *yargısal olmamakla birlikte adli niteliktedir*. Savcılığa tanınan teminatlar, herhangi bir kamu görevlisinin sahip olduğu teminatlardan daha fazladır. Savcılığın kendine özgü yapısı, onu diğer idari yapılardan ayrı kılmaktadır. Devletin mülki yapılanmasında vali devleti ve hükümeti temsil etmektedir. Bu temsil görevi nedeniyle vali ildeki bütün kamu görevlilerinin de hiyerarşik olarak amiri konumundadır. Ancak savcılık kurumu bu hiyerarşiye tabi olmayıp aralarında herhangi bir astlık-üstlük ilişkisi bulunmamaktadır (İl İdaresi Kanunu md. 4/2).⁴⁹

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Medvedyev/Fransa kararında, yargı mercii olabilmenin temel şartlarını, taraflardan ve yürütmeden bağımsız bir yapı olarak tarif etmiştir.⁵⁰ Savcılığın Adalet Bakanlığı ile olan irtibatı ve itham görevi dikkate alındığında yargı organı olmadığı ortadadır. AİHM,

- 46 Erdoğın Teziç, **Anayasa Hukuku**, Beta Yayınları, İstanbul 1997, s. 97. Örneğinin; CMK'nın 232/1 maddesine göre mahkemenin gerekçeli kararlarının başına "Türk Milleti adına" ifadesinin yazılması zorunludur. Benzer düzenleme için bkz. 6100 s. HMK md. 297/1.
- 47 "...anayasal devlet düzeni içerisinde yürütmeye yakın olarak nitelendirilse de fonksiyon olarak adalet organına yakın olarak kabul edilen Cumhuriyet Savcılığı makamının..." 19. C.D., T. 14.06.2017, E. 2016/12980, K. 2017/5711 (UYAP, 04.11.2017).
- 48 Tuğrul Katoğlu, "Savcılık Üzerine Düşünceler", **Mülkiyeliler Birliği Dergisi**, C. 19, S. 177, 1995, s. 21. Benzer yönde Yargıtay kararı için bkz. "İddia görevinin idariliği ilkesi gereğince dava açma ve yürütme görevleri idari nitelikte kabul edilmektedir." 19. C.D., T. 14.06.2017, E. 2016/12980, K. 2017/5711 (UYAP, 04.11.2017).
- 49 İl İdaresi Kanunu'nun 4'üncü maddesi; "(1)İl genel idaresinin başı ve mercii validir. Bakanlıkların kuruluş kanunlarına göre illerde lüzumu kadar teşkilat bulunur. Bu teşkilatın her birinin başında bulunanlar il idare şube başkanlarıdır. Bunların emri altında çalışanlar ilin ikinci derecede memurlarıdır. Bu teşkilat valinin emri altındadır. (2) Hakimler Kanunu ile İcra ve İflas Kanununda yazılı yargıç, Cumhuriyet savcısı ve yargıç sınıfında bulunanlarla bu kanunlarda yazılı adalet memurları, askeri birlikler, askeri fabrika ve müesseseler, askerlik daire ve şubeleri bu madde hükmünden müstesnadır." şeklindedir.
- 50 Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Medvedyev/Fransa, T. 29.03.2010, Başvuru no: 3394/03, prg. 123, (<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-97979>, 03.03.2016).



Daktaras/Litvanya kararında savcılığı, *yarı-yargısal* olarak tanımlamış, salt bir yargılama mercii olarak görmemiştir.⁵¹

Yürütme erkine dâhil olmak; çelişme ve silahların eşitliği ilkesinin bir neticesidir.⁵² Savcının yargı erkine dâhil olduğu kabul edildiği takdirde, ceza muhakemesindeki süje sayısı ikiye inecektir: *Yargılama ve savunma*. Bu durumda da tahkik sistemine geri dönmüş olacaktır. İşbirliği sisteminin en önemli sonucu, tez-antitez-sentez kollokyumudur.⁵³ Savcı benzer özlük haklarına sahip olmakla beraber hâkim değil adli görevlidir.⁵⁴ Savcılık kurumu yürütme erki içerisinde kalan idari bir yapı olmasına karşın hâkim düzeyinde özlük haklarına ve kendine özgü teminatlara sahip, yargısal olmasa da adli nitelikte kararlar veren, işlemler tesis eden bir adalet organıdır.⁵⁵

2. Savcılık Kurumunun Özellikleri

Savcılık kurumunun çalışma ilkeleri ve teşkilatlanmasına bakıldığında özellikle mahkemelerden farklı bir yapıya sahip olduğu görülmektedir. Yürütme erkine dâhil olmanın doğal bir sonucu olarak kendi içerisinde bir hiyerarşisi vardır. Hâkimlerin bir başka hâkimden talimat alması veya görev değişimi mümkün değilken savcılar bakımından bu mümkündür. Makam itibariyle iddia görevini yerine getiren savcı, sorumluluk yönünden ferdi iddia makamından farklı bir statüye sahiptir.

a. Birlik ve Bölünmezlik

Savcılıklar tekli bir yapıya sahiptir. Mahkemelerin yanında teşkilatlanmalarına rağmen mahkemeler gibi farklılık ve çeşitlilik göstermezler. Kendi içinde hiyerarşik yapıya sahip savcılıkta “birlik” özelliği bulunmaktadır. Uygulamada bu özellik **-Savcılık bir küldür-** şeklinde ifade edilmektedir. Bu birlik hiyerarşi varlığını gerekli kılmaktadır.⁵⁶

51 Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Daktaras/Litvanya, T.17.01.2001, Başvuru no:42095/98 (<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58855>, 15.05.2016).

52 “Türk hukukunda savcılığın teşkilat olarak yürütmeye bağlılığı söz konusu değildir.” Bkz. Zafer, **Türk Ceza Adalet Sisteminde Savcılığın Hukuki Statüsü**, s. 22.

53 Kunter, Yenisey ve Nuhoglu, **Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 60.

54 Jacqueline Hodgson, “Guilty Pleas and the Changing Role of the Prosecutor in French Criminal Justice”, **Warwick School of Law Research Paper**, No.15, 2010, s. 3.

55 Hukukun Üstünlüğü İlkesi ile Yönetilen Demokratik Toplumlarda Savcılığın Rolüne Dair (1604) Tavsiye Kararı’na göre demokrasi ve hukukun üstünlüğü ilkesi, güçler ayrılığını gerekli kılmaktadır. Yürütmenin idari bir birimi olan savcılık yargıdan ayrı olmalıdır.

56 Toroslu ve Feyzioğlu, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 115, Şahin, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, C.I, s. 124, Zafer, **Türk Ceza Adalet Sisteminde Savcılığın Hukuki Statüsü**, s. 16.



Bütüncül oluşumun bir diğer özelliği de “bölünmezlik”tir.⁵⁷ Bölünmezlik, savcılık yetkileri yönünden ortaya çıkmaktadır. Savcılık teşkilatında bir başsavcı ve yeteri kadar savcı bulunur. Belirtilen kişiler savcılık teşkilatını oluşturur ve aynı kurum için işlem tesis eder. Başsavcı, makamı temsil etmekle birlikte başsavcılık makamı onun şahsı ile sınırlı değildir. Savcılar, yaptıkları bütün işlemleri başsavcılık makamı adına yapar. Kişilerin ismen bir önemi yoktur.⁵⁸ Savcılığın bölünmezliği ve soruşturmanın dağınıklığı ilkelerindeki en somut gösterge, bir savcı tarafından başlatılan işlemin bir diğer savcı tarafından devam ettirilmesi veya birlikte yürütülebilir olmasıdır.⁵⁹ İddianamenin iadesinde de aynı durum sözkonusudur. İddianameler başsavcılık adına düzenlenmekte olup iadesi sözkonusu olduğunda savcıya değil başsavcılığa iade edilmektedir.⁶⁰

Birlik ve bölünmezlik özelliği, aynı savcılık teşkilatı içerisinde geçerlidir. Savcılıklar birbirlerinden bağımsız bir yapıya sahiptir. Her savcılığın ayrı bir adli yargı çevresi bulunmaktadır. Nezdinde görev yapılan mahkemenin yargı çevresi dışındaki bir savcılık işlemi ancak istinabe suretiyle ilgili savcılıktan talep edilebilmektedir.

b. Hiyerarşik Bir Düzene Tabi Olması

Savcılık teşkilatının kendi içerisinde birlik ve bütünlük göstermesinin temel sonucu hiyerarşik bir yapılanmaya sahip olmasıdır.⁶¹ Avrupa Konseyine bağlı Avrupa Hâkimleri Danışma Konseyi ve Avrupa Savcıları Danışma Konseyi tarafından oluşturulan *Demokratik Bir Toplumda Hâkim ve Savcılar Arasındaki İlişkiler Hakkında Görüş'e (Bordo Bildirisi)* göre hukukun üstünlüğü ilkesinin hâkim olduğu devletlerde savcılık hiyerarşisi şeffaf ve hesap verebilir olmalı, savcılara verilen somut talimatlar ise yazılı şekli tâbi olup mevzuata ve varsa kamu ile paylaşılmış çalışma ilkelerine

57 “İddia (savcılık) makamı bir kül, bütün olarak ifade edilmektedir. Bu anlamda ceza muhakemesi faaliyetinin yürütülmesi kural olarak Cumhuriyet savcıları tarafından yerine getirilmektedir. Cumhuriyet başsavcısı ile savcılar arasındaki ilişki ise “bölünmezlik ilkesi” adı altında açıklanmakta; savcılık teşkilatı kendi içinde hiyerarşik yapıya sahip bir bütün olarak adlandırılmaktadır .. Bölünmezlik ilkesi anlamında savcılar bir bütün içinde kaynaşmakta, makam (savcılık) itibarıyla süjellik ilkesinden hareketle her bir savcı tek başına ceza muhakemesi faaliyetine katılabilmekte; muhakeme işlemi gerçekleştirebilmektedir.” 19. C.D., T. 14.06.2017, E. 2016/12980, K. 2017/5711 (UYAP, 04.11.2017).

58 “Savcılık bir bütündür. Tüm savcıları kapsar. Görev tüm savcıların kişiliğini yutar. Konuşan savcı kendi adına değil, savcılık adına konuşmuş olur.” Bkz. Soyaslan, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 174.

59 Kunter, Yenisey ve Nuhoglu, **Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 430, Timur Demirbaş, **Soruşturma Evresinde Şüphelinin İfadesinin Alınması**, 4. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2015, s. 33.

60 Gökçen, Alşahin ve Çakır, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, C.I, s. 214.

61 Roxin ve Schünemann, **Strafverfahrensrecht**, s. 47, Toroslu ve Feyzioğlu, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 116.



uygun olmalıdır (Bildiri prg. 9). Hiyerarşi savcılığın en belirgin ve en çok tartışılan özelliğidir. Ülkenin tamamında yetkili⁶² olan bir savcılık örgütü bulunmamaktadır.⁶³ Her savcılık kendi ağır ceza merkezi nezdinde görevli ve yetkilidir. Bu teşkilatın başındaki kişi başsavcıdır. Savcılar, idari görevleri yönünden Adalet Bakanlığına bağlıdır (2802 s. HSK md. 5). Adalet Bakanının “başsavcı” sıfatı bulunmamaktadır.⁶⁴

Anayasa’nın 140’ıncı maddesinde, 2802 s. HSK’nın 5’inci maddesinde; savcı ve hâkimlerin idari görevleri bakımından Adalet Bakanlığına bağlı oldukları hüküm altına alınmıştır.⁶⁵ Hâkimler yargı erkini temsil etmeleri nedeniyle herhangi bir hiyerarşiye tabi değildir. Anılan hükümler, hâkimlerin idari görevleri bakımındandır. Hâkimlerin, anayasal konumları belirgin olmakla birlikte savcılarının konumu bu kadar açık değildir. Anayasa’nın 9’uncu maddesi, “*Yargı yetkisi, Türk Milleti adına bağımsız ve tarafsız mahkemelerce kullanılır.*” şeklindedir. Bu hüküm, yargı yetkisinin mahkemeler tarafından kullanılacağını göstermektedir. Savcılar mahkemeleri temsil etmediklerinden, yargı erki karşısındaki durumları tereddütlü bir hal almaktadır. Yasama erkine girme ihtimali bulunmayan⁶⁶ savcılığın yer alabileceği diğer erk yürütme erkidir.

Savcılığın yürütme erki içerisinde yer alıyor olması Adalet Bakanlığına adli yönden hiyerarşik bir üstünlük tanımamaktadır.⁶⁷ Yasal düzenlemelere

62 İspanya’da ülkenin tamamında yetkili olan bir İhtisas Savcılığı vardır ve özellikle uyuşturucu madde ticareti, kara para aklama, yolsuzluk ve organize suçluluk bakımından koordinasyonu sağlamaktadır. Bkz. Council of Europe-Consultative Council of European Prosecutors (CCPE), “**Questionnaire with a view of the preparation of Opinion No. 7 on the management of the means of the prosecution services Replies from Spain**”, Strasbourg 2012, s. 34, https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Spanish_prosecution_Service_English.pdf?idFile=5bbc6fc3-591f-47cf-9dc2-c13b3faf01ab (24.08.2017).

Litvanya’da ülke başsavcısı vardır ve bütün savcılarının amiri durumundadır. Bkz. Litvanya Cumhuriyeti Savcılık Kanunu md. 6.

63 Bu konudaki gereklilik için bkz. Kunter, Yenisey ve Nuhoglu, **Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 379, Gökçen, Alşahin ve Çakır, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, C.I, s. 213.

64 Ünver ve Hakeri, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 197, Friedrich Hauptmann, “Avusturya’da Savcılık Yeni Tartışmalar ve Eski Sorunlar”, **Bir Adli Organ Olarak Savcılık Sempozyumu (Ankara 7-9 Temmuz 2006)**, Burak Çelik (Çev.), Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara 2006, s. 58.

65 2802 s. HSK’dan önce yürürlükte olan 2556 s. Hâkimler Kanunu’nun 85/1’inci maddesi “Bütün müddeiumumilik teşkilâtı Adliye Vekilinin idaresi altındadır.” şeklinde olup adli ya da idari bir ayırım yapmaksızın Adalet Bakanına daha geniş bir yetki vermişti.

66 Örneğin Macaristan’ta savcılık Meclise bağlı ve ona karşı sorumludur. Bkz. CEPEJ, **Report on “European Judicial Systems – Edition 2014 (2012 data): Efficiency and Quality of Justice”**, s. 292.

67 Japonya’da savcılık, ceza adalet sisteminin koruyucusu-bekçisi konumundadır. Savcılık teşkilatı ulusal, merkezi, hiyerarşik bir yapıya sahiptir. Savcılar da kariyer meslek olarak istihdam edilmektedir. Savcılık teşkilatı resmi olarak Adalet Bakanlığının herhangi bir organı olarak görünse de aslında Adalet Bakanlığının birçok faaliyeti ve ilkeleri savcılar



ilişkin kronoloji, bu sonuca varılmasında önemli bir veri niteliğindedir. Mülga CMUK'un "Hukuku amme davası açmak için Adliye Vekili Cumhuriyet Müddeiumumisine emir verebilir." şeklindeki 148'inci maddesi, 5209 s. Kanun'un⁶⁸ 3'üncü maddesi ile yürürlükten kaldırılmıştır.⁶⁹ Bahsekonu yasal düzenlemeye göre Adalet Bakanının savcılara dava açma talimatı verme şeklinde bir yetkiye sahip olduğu görülmektedir. Bu hükmün kaldırılması ile birlikte Adalet Bakanlığının savcılar üzerinde adli yönden herhangi bir hiyerarşik yetkisinin bulunmadığı sonucuna varılamaz. Çünkü Adalet Bakanı ile savcılık teşkilatı arasındaki ilişki bu kadar basit ve tek boyutlu değildir. Adli politikadan sorumlu olan Adalet Bakanı, savcılık teşkilatının gidişatını gözetip genel müdahalelerde bulunabilir. Hukukun doğru uygulanması amacıyla genel ve özel talimatlar verebilir ancak özel ve somut talimatları vermekten imtina eder. Bakanlık gerekli gördüğü hususlarda yönetmelik çıkarıp genelge yayımlayabilir.⁷⁰

Adalet Bakanlığı ile savcılıklar arasında *adli yönden* katı bir hiyerarşi bulunmamaktadır. *İdari yönden* ise savcılıklar, Adalet Bakanlığının talimatlarını yerine getirmek zorundadır. Savcılıkların kendi içyapısında katı bir hiyerarşi vardır. Başsavcı, makamı temsil eder ve savcıların üstü konumundadır. Bu hiyerarşi savcılık kurumunu, hâkimlikten ayıran en belirgin özelliktir. Başsavcının verdiği talimatlar savcı tarafından yerine getirilmek zorundadır.⁷¹ İddianame veya kovuşturmayaya yer olmadığına dair kararın hüküm ifade etmesi, başsavcı onayı ile mümkündür. Uygulamada –görüldü- olarak ifade edilen bu işlem, birtakım itirazlar

eliyle gerçekleşmektedir. İsmi konulmasa da savcılarının en tepesindeki yetkili isim Adalet Bakanıdır. Ancak savcılarının kimin Adalet Bakanı olmasını istedikleri yönünde bir talepte bulunmaları mümkün değildir. Savcılar olağan işlerinde ve davalarda dış kurumlara karşı önemli bir bağımsızlık alanına sahiptir. Bkz. Johnson, **Japan's Prosecution System**, s. 48-50.

68 R.G. 21.07.2004, 25529.

69 5219 s. Kanun'un 3'üncü maddesi ile kaldırılıncaya kadar, CMUK'un 148'inci maddesinde; "Valiler de hukuku amme davası açılmasını kendi vilayetleri dâhilindeki Cumhuriyet Müddeiumumilerinden isteyebilirler. Cumhuriyet Müddeiumumileri, mucip sebepler göstererek bu talebi kabul etmezse valinin müracaatı üzerine Adliye Vekili yukarıki fıkra yazılı salahiyeti kullanmak lazım gelip gelmiyeceğini takdir eder ve icabını yapar." şeklinde bir hüküm mevcuttu. Anılan düzenlemeye göre valilerin bile kamu davası açılmasını talep etme hakları vardı.

70 Örnek yönetmelikler için bkz. Ceza Muhakemesi Kanununa Göre Uzlaştırmanın Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik, Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği, Suç Eşyası Yönetmeliği, Bölge Adliye ve Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Cumhuriyet Başsavcılıkları İdari ve Yazı İşleri Hizmetlerinin Yürütülmesine Dair Yönetmelik. <http://www.cigm.adalet.gov.tr/htmls/yonetmelik.html> (22.04.2017).

Örnek genelgeler için bkz. Devlet Düzeninin Korunması ile İlgili Suç Teşkil Eden Olaylar ve Örgütlü Suçlar Genelgesi, Kanun Yararına Bozma Taleplerinde Uyulması Gereken Usul ve Esaslar Genelgesi, Resmi Yazışmalar Genelgesi, Basın Sözcülüğü ile Medya İletişim Büroları Genelgesi. <http://www.cigm.adalet.gov.tr/htmls/genelge.html>, (22.04.2017).

71 Roxin ve Schünemann, **Strafverfahrensrecht**, s. 47, Zafer, **Türk Ceza Adalet Sisteminde Savcılığın Hukuki Statüsü**, s. 15.



ile karşılaştı da adli otomasyon sistemi olan UYAP bu kabule göre düzenlenmiştir. Başsavcı, onay için kendisine gelen kararları inceler ve gerek görmesi halinde gerekçesini de yazmak suretiyle savcıya iade eder.⁷² UYAP sistemi üzerinden gönderilen gerekçeli talimat aynı zamanda yazılı bir emir niteliğindedir.⁷³ Emrin içeriği suç teşkil etmiyorsa savcı tarafından yerine getirilmek zorundadır (Anayasa md. 137).⁷⁴

72 “Bu bilgiler ışığında somut olayın değerlendirilmesi gerekirse; İstanbul Anadolu Cumhuriyet başsavcılığınca şüpheliler Y.Ü. ve S.Ü. haklarında düzenlenen 17.03.2015 gün ve 2014/102661-2015/30123 sayılı kovuşturmaya yer olmadığına dair kararın Cumhuriyet savcısı tarafından elektronik imzayla 17.03.2015 günü imzalanması sonrasında, 18.03.2015 tarihinde, Cumhuriyet başsavcısı tarafından, delillerin yeniden değerlendirilmesi gerektiği belirtilerek dosyanın iade edilmesi üzerine ilgili savcı tarafından dosyanın yeniden ele alındığı ve bu kez yapılan araştırma sonucunda toplanan deliller doğruğultusunda Y.Ü. hakkında özel belgede sahtecilik ve dolandırıcılık suçlarından kamu davası açılmasına rağmen, İstanbul Anadolu 6. Ağır Ceza mahkemesince, daha önce aynı konuya ilişkin olarak verilen ve Cumhuriyet savcısı tarafından imzalandığı anda hukuken geçerli bir ceza muhakemesi işlemi haline gelen 17.03.2013 tarihli kovuşturmaya yer olmadığına dair karardan sonra, CMK'nın 172/2. maddesi gereğince, yeni delil elde edilmedikçe ve sulh ceza hâkimliğince karar alınmadıkça kamu davası açılmayacağı belirtilerek iddianamenin iadesine karar verilmiş ise de; kovuşturmaya yer olmadığına dair kararlar, adli idari nitelikte olup, taraflara tebliğ edilip kesinleştirilmeleri yapılmadıkça geri alınmaları mümkün olduğundan ve Cumhuriyet başsavcısının da söz konusu kararlarda değişiklik yapılmasını isteme hakkı bulunduğundan yapmış olduğu iade işleminin usul ve yasaya uygun olduğu, kaldı ki, belirtilen kararın Cumhuriyet başsavcısı tarafından 18.03.2015 günü iade edilmesi sonrasında taraflara tebliğ edilmemesi nedeniyle henüz kesinleşmediği ve kesin hükmün niteliğine benzer sonuçları da doğurmadığı, zira kararın tebliğ edilmesi üzerine suçtan zarar gören şikâyetçi tarafından itiraz yoluna başvurulduğu takdirde, mercince mevcut deliller doğruğultusunda itirazın reddine karar verilebileceği gibi, soruşturmanın genişletilmesine veya itirazın kabulüyle kararın kaldırılmasına karar verilebileceği, bu haliyle CMK'nın 173/6 ve 172. maddelerinde belirtilen şartlarla aynı kanununun 170 ve 174. maddelerinde tahdidi olarak sayılan koşulların oluşmaması nedeniyle iddianamenin iadesine bu yönden de karar verilemeyeceği gözetilmeden, itirazın kabulü yerine yazılı şekilde reddine karar verilmesinde isabet bulunmadığından...” 15.C.D. T.15.10.2018, E. 2018/3667, K. 2018/6665 (UYAP, 19.09.2019).

73 Portekiz'de savcılar, üstleri tarafından verilen emrin yazılı olmasını talep edebilir. Eğer talimat somut bir dosyaya özgü ise her zaman yazılı olmak zorundadır. Savcı hukuka aykırı talimatları reddetmek zorundadır. Buna karar verirken kendi hukuk bilinci ile hareket eder. <http://ministerio-publico.pt/ministerio-publico-e-o-estado/?lang=en> (25.08.2017).

74 “Balıkesir C.Savcısı H...P. tarafından yürütülen soruşturma sonucunda .. iddianame ile; cezalandırılması talep edilmiştir. O dönemde .. İl Cumhuriyet Başsavcısı olarak görev yapan A.. K... tarafından iddianamelere “görüldü” yapılmış ve kamu davasının açılması sağlanmıştır. Daha sonra, Yerel Mahkemece verilen bir kısım sanıkların beraatlarına, bir kısmının ise cezalandırılmalarına ilişkin hükmün o yer C.savcısı, katılanlar vekili ve sanıklar müdafileri tarafından temyiz edilmesi üzerine, Yargıtay 3. Ceza Dairesinde temyiz incelemesi yapıldığı sırada, Daire Üyesi A..K... de inceleme yapan kurulda yer almış ve hükümlerin onanmasına karar verilmiştir. Görüldüğü gibi, gerek soruşturma aşamasında yargılama konusu uyumsuzluk hakkında görüş bildirip, tavsiyede bulunma hakkına sahip olan ve soruşturma sonucunda düzenlenen iddianameye görüldü yaparak “olur vermekle” o görüşü benimseyen, gerekse kovuşturma aşamasında benimsediği bu görüşü sürdürecektir C.savcısını da belirleme hak ve yetkisine sahip İl Cumhuriyet Başsavcısının, 5271 sayılı CYY'nun 22/1-g maddesi uyarınca aynı davada C.savcısı olarak görev yapması nedeniyle Hâkim olarak görev yapmasına olanak bulunmamaktadır.” Y.C.G.K., T.03.03.2009, E. 2009/3-21, K. 2009/46 (UYAP, 20.02.2016).



Başsavcının hiyerarşik üstünlüğü bakımından en önemli yetkisi, savcılar hakkında hâl kâğıdı düzenlemesidir (2802 s. HSK md. 23). Başsavcı böylelikle savcı üzerindeki denetim ve gözetim yetkisini etkin şekilde uygulama gücüne kavuşmaktadır. Savcı ve başsavcı arasındaki hiyerarşinin sınırları çok açık değildir. Bu nedenle bazı tereddütlü hususlarda, Adalet Bakanlığından görüş sorulmaktadır. Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğü bu tür görüş taleplerini inceleyip ilgisine yanıt veren yetkili mercidir. Ceza İşleri Genel Müdürlüğü çeşitli tarihlerde kendisine ulaşan talepler ile ilgili olarak verdiği cevaplarda;

- Cumhuriyet başsavcısının savcıların kararları hakkında –görüldü- yetkisine sahip olduğunu⁷⁵,
- Cumhuriyet başsavcısının idari denetim yoluyla kovuşturmaya yer olmadığına dair kararı kaldırabileceğini⁷⁶,
- Ağır ceza mahkemesi Cumhuriyet başsavcısının, bağlı başsavcılıkların adli sınırlarında meydana gelen olaylara ilişkin soruşturmaları bizzat ya da merkezden görevlendireceği Cumhuriyet savcılarını marifetiyle yaptırmasının usulen mümkün bulunmadığını⁷⁷,
- Başsavcı vekili varken –görüldü- işleminin Cumhuriyet savcısına yaptırılmasının uygun olmayacağını⁷⁸,
- Cumhuriyet başsavcısının gözetim ve denetim yetkisinin bağlı başsavcılıklarda görevli Cumhuriyet savcılarının yürüttükleri soruşturmaların hukuka ve mevzuata uygunluğu konusunu kapsamadığını⁷⁹,
- Ağır ceza mahkemesi Cumhuriyet başsavcılarının ve asliye ceza mahkemesi Cumhuriyet başsavcılarının, buldukları yerde görev yapan Cumhuriyet savcılarının yürüttükleri soruşturmaları, denetim ve gözetim yetkileri gereğince hukuka ve mevzuata uygunluk bakımından denetleyebileceklerini⁸⁰,
- Bölge adliye mahkemesi Cumhuriyet savcılarını tarafından düzenlenecek olan iddianamelerin bölge adliye mahkemeleri Cumhuriyet başsavcılarını tarafından görüldü işlemine tabi tutulması gerektiğini⁸¹ belirtmiştir.

75 Bkz. 30.01.2006 tarih ve 002512 sayılı Görüş yazısı.

76 Bkz. 20.04.2005 tarih ve 18862 sayılı Görüş yazısı.

77 Bkz. 2008/189/6269 sayılı Görüş yazısı.

78 Bkz. 10.02.2010 tarih ve 2009/216/8143 sayılı Görüş yazısı.

79 Bkz. 2008/1072/50932 sayılı Görüş yazısı.

80 Bkz. 18.10.2010 tarih ve 2010/1305/64014 sayılı Görüş yazısı.

81 Bkz. 01.02.2011 tarih ve 2010/123/7151 sayılı Görüş yazısı.



c. Savcının Sorumsuzluğu

Savcılık kurumunun bir diğer özelliği *savcının sorumsuzluğudur*. Avrupa Konseyine bağlı Avrupa Savcılar Danışma Konseyi tarafından oluşturulan *Savcılara İlişkin Avrupa Norm ve Prensipleri Görüşü*'ne göre savcılara genel bir dokunulmazlık ayrıcalığı tanınmamalı ancak göreve ilişkin eylemleri bakımından görev dokunulmazlığı öngörülmelidir (Görüş prg. 10). Kamu davası açabilme ve itham tekeline sahip olan savcı, suçtan zarar görenden farklı bir niteliğe sahiptir. Bir başkasını haksız yere itham eden kişinin tazminat ve yargılama giderleri bakımından sorumluluğu doğabilen iken savcı yönünden böyle bir sorumluluk bulunmamaktadır. Mevcut CMK sisteminde, sanığın beraat etmesi halinde müdahale yargılama gideri yüklenmemekle birlikte özel hukuktan kaynaklı tazminat sorumluluğunun doğması mümkündür.⁸²

Soruşturma ve itham görevini yerine getiren savcının tereddüt yaşamaması için savcının sorumsuzluğu önemli bir gerekliliktir. Her kamu davasının mahkûmiyet ile neticelenmesi beklenmemektedir. Kamu davaları farklı hüküm çeşitleri ile sonuçlanabilmektedir. Bu sebeple, mahkûmiyet dışındaki her neticeden dolayı savcının sorumlu olması düşünülemez. Genel ilke bu olmakla birlikte görevini icrai şekilde kötüye kullanan savcının adli veya idari sorumluluğu sözkonusu olacaktır. Savcının görevi kötüye kullandığının tespiti halinde, devletin ödediği tazminat da kendisine rücu edilebilecektir (CMK md. 141/4).⁸³

3. Savcılık Kurumunun Bağımsızlık Meselesi

a. Savcıların Bağımsızlığı

Bağımsız olma meselesi, emir alma veya almama sorunudur.⁸⁴ Avrupa Konseyine bağlı Avrupa Hâkimleri Danışma Konseyi ve Avrupa Savcılar Danışma Konseyi tarafından oluşturulan *Demokratik Bir Toplumda Hâkim ve Savcılar Arasındaki İlişkiler Hakkında Görüş'e (Bordo Bildirisi)* göre bağımsız bir savcılık statüsü için gerekli olan asgari unsurlar; dışarıdan bir müdahalenin bulunmaması, mesleğe giriş, terfi ve teminatlarının yasayla düzenlenmiş olmasıdır (Bordo Bildirisi prg. 8). Birleşmiş Milletlerin *Savcılığın Dürüstlük ve Kapasitesinin İyileştirilmesi Suretiyle*

82 Artuk ve Yenidünya, *Batı ve Türk Hukuklarında Savcılığın Dünü ve Bugünü Üzerine Bir İnceleme*, s. 15, Ömer Sever, "Hâkim Bağımsızlığı ve Savcılık Teminatı", (Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2007), s. 123.

83 Soyaslan, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 175-176. Bu konuda bkz. Y.H.G.K., T. 25.02.2015, E. 2014/1055, K. 2015/848 (UYAP, 05.03.2016).

84 Nur Centel, "Adil Yargılanma Hakkı ve Savcının Tarafsızlığının Güvencelenmesi", Nur Centel (Ed.), *Ceza Muhakemesi Hukukunda Güncel Konular*, (87-113), Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Araştırma Konferansları Serisi-1, XII Levha Yayınları, İstanbul 2015, s. 91.



Hukukun Üstünlüğü İlkesinin Güçlendirilmesi Kararı (17/1)'na göre savcılarının görevlerini bağımsız şekilde yerine getirebilmesi için savcılar yürütmenin keyfi müdahalelerine karşı korunmalıdır. Venedik Komisyonunun *Yargı Sisteminin Bağımsızlığına İlişkin Avrupa Standartları Raporu*'na göre soruşturmalara yönelik siyasi müdahaleler uzun bir tarihi geçmişe sahiptir. İki tür müdahale vardır. İlki herhangi bir delil bulunmadığı halde soruşturmaya başlanmasıdır. Diğeri ve daha yaygın olanı ise delil olmasına rağmen herhangi bir soruşturmaya girilmemesidir. Komisyon bu tür siyasi müdahalelerin önlenmesi amacıyla savcılara bağımsızlık özelliği verilmesini savunmaktadır. Sözkonusu bağımsızlık, savcılık kararlarının gözden geçirilmesi, teftişe tabi tutulmasını engellememelidir. Ayrıca müdahaleleri engelleyecek diğer çözüm yöntemleri ise bazı davalar bakımından talimat verme yasağı getirilmesi, talimatın yazılı olması ve halka açık olmasıdır (Rapor prg. 21-22). Savcılarının bağımsız olup olmadığı öğretilerde tartışılan bir konudur. Bağımsız kelimesi sözlük anlamı olarak *davranışlarını, tutumunu, girişimlerini herhangi bir gücün etkisinde kalmadan düzenleyebilen, özgür, hür*⁸⁵ manasına gelmektedir.⁸⁶ Savcılık, işlem ve eylemlerinde belirlenen tanıma uygun bir özerk alana sahip değildir. Bağımsızlık savcılar için değil yargı yetkisini kullanan hâkimler için hayati bir öneme sahiptir.⁸⁷

Savcılık, hâkimlikten farklı olup hiyerarşik bir yapıya tabidir. Teşkilat bünyesinde bulunan savcılarının tek tek irade açıklama yetkisi olmakla birlikte, ortak bir ses vardır. Savcılığın bir bütün teşkil etmesi kuruma bağlılığı da gerekli kılmaktadır. Teşkilatın başındaki başsavcı, yeri geldiğinde somut müdahalelerde bulunma yetkisine sahiptir. Yargı mercileri bakımından bağımsızlık, özellikle diğer erklerden etkilenmemeye anlamına gelmektedir. Savcılık teşkilatının yargı organı olmaması; nitelik, görev ve çalışma usulleri bakımından yürütme erki içerisinde yer alması, bağımsızlık hususunu tartışmalı hale getirmektedir. Mahkemelerin bağımsızlığı Anayasa'nın 138'inci maddesinde açıkça

85 <http://www.tdk.gov.tr> (06.02.2016).

86 "Yargı bağımsızlığı da yargının hiç bir organ ve makama bağlı olmadan, emir ve talimat almadan görevlerini özgür biçimde yerine getirebilmesidir. Yargı görevine ilişkin olarak Mahkemelere hiçbir telkin ve tavsiyede bulunulamaz ve genelge gönderilemez. Herhangi bir baskının yapılması kadar yapılabilmek olasılığı da yargı bağımsızlığını zedeler. Yargı bağımsızlığından yargının yalnızca yürütme organı karşısındaki bağımsızlığı anlaşılmalıdır. Bu bağımsızlığın yürütme organı yanında yasama organı ile devlet ve toplumda etkili olan sosyal-ekonomik baskı grupları karşısında da gerçekleştirilmesi gerekir. Yasamaya yürütmeye ya da öteki güçlerin denetimine bağlı ve etkisini açık olan "yargı" bağımsız olamaz." Anayasa Mahkemesi, T. 29.04.1993, E. 1992/39, K.1993/19 (R.G., 17.10.1995, 22436).

87 Roxin ve Schünemann, *Strafverfahrensrecht*, s. 47, Orhan Bilgin, "Yargı-Yargıç Bağımsızlığı", *Ankara Barosu Dergisi*, S. 1, 1998, s. 120, Saadet Yüksel, "Türk Anayasa Hukukunda Hâkimlerin Bağımsızlığına Genel Bir Bakış", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. 70, S. 2, 2012, s. 81.

düzenlenmiştir. Hâkim ve mahkemelerin bağımsızlığından bahsedilmiş, yargıya müdahale anlamına gelebilecek her türlü girişim yasaklanmıştır. Savcılık kurumundan sözedilmemiştir. Bahsedilmemiş olması, her türlü müdahaleye açık olacağı anlamına gelmemektedir. Ancak savcının, hâkimlerle aynı mahiyette bir bağımsızlığı da bulunmamaktadır.⁸⁸ Kamu görevlisi olmanın ve kamu görevi icra etmenin gerektirdiği asgari kural ve ilkeler vardır. Yargısal olmasa da önemli bir adli görev yapan savcı üstlendiği görevi yerine getirirken hukuka uygun davranmakla yükümlüdür.⁸⁹ Başsavcıların savcılara verdiği talimatlar hukuka uygun olmalıdır. Savcılar da talimatları hukuka uygunluk değerlendirmesinden geçirmelidir. Genel idare kurallarına göre bir kamu görevlisi üstünden gelen emrin hukuka uygunluğunu denetleme mecburiyetindedir.⁹⁰

Savcılık, soruşturma ve kovuşturma evresinde şüphelinin/sanığın lehine ve aleyhine olan delilleri toplar veya görüş sunar. Görevini icra ederken objektif davranmak zorundadır. Bağımsız olmaması, dürüst işlem ilkesine aykırı davranacağı anlamına gelmemektedir.⁹¹ Savcılık kurumunun, silahların eşitliği ve çelişme ilkesini temin edebilmesi için yargılama merciinden ayrılması zorunludur.⁹² Adil yargılamaya katkı sağlamakla görevli savcılık kurumu, bütün işlemlerinde hakkaniyeti gözetmek, hukuka uygun kararlar vermek zorundadır. Adaleti sağlamak

88 "Anayasaya aykırı kanunları belirtmek için İstanbul Hukuk Fakültesinde kurulan komisyon raporunda "… Anayasa, savcılar yargıçlarla bir tutmamış; yargıçları bağımsız saydığı halde savcılara istiklâl vermemiştir. Savcılara Anayasa'nın 137. maddesiyle tanınan teminat "Özlük işlerinde ve görevlerini yapmalarında" bir teminatır. Oysa ki kanunların icrası hükümete aittir. Bu itibarla da kanunların icrası vazifesini yerine getirmeyen savcıyı bu vazifeyi ifaya sevk etmek maksadıyla konulmuş olan 148. maddenin üçüncü ve dördüncü fıkraları hükümleri Anayasaya aykırı sayılamaz" denilmektedir. Komisyonun bu düşüncesi de Mahkememizin, 148. maddenin üçüncü fıkrası hükmünün Anayasaya Aykırı olmadığı yolundaki görüşünü destekler niteliktedir." Anayasa Mahkemesi, T. 22.09.1964, E. 1963/140, K. 1964/62 (R.G., 10.2.1965, 11925).

89 Roxin ve Schünemann, *Strafverfahrensrecht*, s. 49.

90 Şahin, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, C.I, s. 124, Cengiz Otacı, "Adli Yargı Hâkimlerinin Görevde Yükselme Şartlarının (Terfi Sisteminin) Yargı Bağımsızlığına Etkisi", Hayrettin Ökçesiz(Ed.), Gülriz Uygur(Ed.), Saim Üye (Ed.), *Hukuka Felsefi ve Sosyolojik Bakışlar V (Sempozyum 13-17 Eylül 2010)*, İstanbul Barosu Yayınları -HFSA Bildiriler 2, İstanbul 2012, s. 156, Mustafa Paksoy, "Cumhuriyet Savcısının Bağımsızlığı Meselesi", *Erzincan Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, C.7, S. 1, 2014, s. 62.

91 "Adil yargılanma (Dürüst işlem) ilkesi ile ceza muhakemesi işlemlerinin; kandırma, yanıltma veya zorlama gibi irade serbestisini engelleyen veya savunmayı kısıtlayan yollara sapılmaksızın, hukuk devleti ilkesine uygun olarak, önceden kanunlarla gösterilmiş esaslar çerçevesinde yapılması kastedilmektedir. Bir hukuk devletinde bu esasların, asgarî olarak nelerden ibaret bulunduğu İHAS'nin 6 ncı maddesinde ve MvSHS'nin 14/1 vd. maddelerinde gösterilmiştir." Bkz. Gökçen, Alşahin ve Çakır, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, C.I, s. 105-106.

92 "Genel anlamda hakkaniyete uygun bir yargılamanın yürütülebilmesi için "silahların eşitliği" ve "çelişmeli yargılama" ilkeleri ışığında, taraflara iddialarını sunmak hususunda uygun olanakların sağlanması şarttır." Anayasa Mahkemesi, Baran Karadağ Başvurusu, T.



üzere kendisine yapılan uyarıları dikkate alıp yerine getirmesi adaletin gereğidir.⁹³

Türk Ceza Kanunu'nun 287'nci maddesinde "Yargı görevi yapanı, bilirkişiyi veya tanığı etkilemeye teşebbüs" suçu düzenlenmektedir. Bu suçun ilk halinde soruşturma evresinde yapılan müdahaleler suç kapsamında değerlendirilmekte iken 6545 s. Türk Ceza Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun⁹⁴ ile değişiklik yapılarak soruşturma evresi madde metninden çıkarılmıştır. Yasakoyucunun, savcının bağımsızlığına bakışı dolaylı da olsa görülmektedir. Avrupa Konseyine bağlı Avrupa Savcılar Danışma Konseyi tarafından oluşturulan *Savcılara İlişkin Avrupa Norm ve Prensipleri Görüşü*'ne göre savcılık kurumunun bağımsızlığı ve özerkliği yargı bağımsızlığının olmazsa olmaz bir sonucudur. Bu nedenle bu yöndeki eğilimler teşvik edilmelidir. Savcılar kararlarında özerk olmalı, dışarıdan gelecek müdahalelere karşı korunaklı kılınmalıdır (Görüş prg. 4-5).

b. Savcılık Teminatı

Savcılar bağımsız olmamakla birlikte teminattan yoksun değildir. Teminat kişisel bir ayrıcalık olmayıp görevin herhangi bir etki altında kalmadan yerine getirilmesini amaçlanmaktadır.⁹⁵ Yürütme erkinin adalet kaygısı ile değil siyasi amaçlarla savcılığa müdahalede bulunduğu hallerde, teminat ihtiyacı ortaya çıkmaktadır.⁹⁶ Birleşmiş Milletlerin *Savcılığın Dürüstlük ve Kapasitesinin İyileştirilmesi Suretiyle Hukukun Üstünlüğü İlkesinin Güçlendirilmesi Kararı (17/1)*'na göre savcılar görevlerini korkusuzca, kimseyi kayırmadan, önyargısız, tarafsız, kamu yararı dışında kimsenin ya da grubun menfaatini düşünmeksizin, objektif olarak, suçluluk ve masumiyete ilişkin bütün olasılıkları değerlendirerek, adil yargılanmayı temin hedefiyle yerine getirmelidir (Karar prg. 3). *Hukukun Üstünlüğü İlkesi ile Yönetilen Demokratik Toplumlarda Savcılığın Rolüne Dair (1604) Tavsiye Kararı*'na göre somut davalar hakkında savcılara herhangi bir müdahalede bulunulmamalı ve bu konuda kuvvetlere ayrılığı prensibi titizlikle uygulanmalıdır.

1924 Anayasası'nda savcılık ile ilgili bir hükme rastlanmadığı gibi teminattan da bahsedilmemiştir. Anayasa'nın uygulandığı dönemde yürürlükte olan 2556 s. Hâkimler Kanunu'nda, "Hâkimlik teminatı"

07.05.2017, Başvuru no. 2014/12906 (R.G., 25.06.2015, 29397)

93 Kunter, Yenisey ve Nuhoglu, *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, 434, Toroslu ve Feyzioğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 117.

94 R.G. 28.06.2014, 29044.

95 Necip Bilge, "Son Anayasa Değişikliğine Göre Tabii Hâkim ve Savcı Teminatı", Hüseyin Cahit Oğuzoğlu'na Armağan, Ankara Üniversitesi Yayınları, 1972, s. 577.

96 Zafer, *Türk Ceza Adalet Sisteminde Savcılığın Hukuki Statüsü*, s. 9,15.



başlıklı bir bölüm olmasına rağmen, savcılık teminatı ile ilgili bir düzenleme yapılmamıştır. 1961 Anayasası'nda savcılık teminatı hüküm altına alınmıştır (md. 137). Savcılık teminatı, anayasal güvenceye kavuşmuş ve ayrıntılarının kanunla düzenleneceği belirtilmiştir. 7188 sayılı Mehakimin Teşkilatına Ait Ahkâmı Muaddil 469 Sayılı Kanunun 5 inci Maddesine 981 Sayılı Kanunla Eklenen Fıkraların Tadili Hakkında Kanun'un⁹⁷ 1'inci maddesi ile savcının yokluğunda, mahkeme başkâtibinin onun yerine vekâlet etmesi mümkün kılınmıştır. Söz konusu yasal düzenleme, iptal istemiyle Anayasa Mahkemesine intikal ettirilmiştir. Anayasa Mahkemesi, savcılarının icra ettikleri görev bakımından bir takım teminatlara sahip olduklarını ancak başkâtiplerin böyle bir teminattan yoksun olduğunu belirterek, düzenlemeyi Anayasa'nın 137'nci maddesine aykırı bulmuştur.⁹⁸ Savcılarının bağımsız olmaması, savcılık teminatını daha da önemli kılmaktadır.⁹⁹

1982 Anayasası savcılık teminatını tanımış ve bu yönde bir düzenlemeyi "Hâkimlik ve savcılık teminatı" başlıklı 139'uncu maddede hüküm altına almıştır. Avrupa Konseyine bağlı Avrupa Hâkimleri Danışma Konseyi ve Avrupa Savcılar Danışma Konseyi tarafından oluşturulan *Demokratik Bir Toplumda Hâkim ve Savcılar Arasındaki İlişkiler Hakkında Görüş'e (Bordo Bildirisi)* göre savcılar hâkimlerle benzer bir teminata sahip kılınmalıdır. 1982 Anayasası'nda güvence altına alınan savcılık teminatının kapsamı; a) *azlunamama*, b) *65 yaşından önce re'sen emekli edilememe*, c) *bir mahkemenin ya da kadronun kaldırılmasından bahisle mali ve diğer özlük haklarından mahrum bırakılmamaktır*. Anayasa'nın 138-140'ıncı maddeleri bir arada değerlendirildiğinde, hâkimler ve mahkemeler ile ilgili bağımsızlıktan bahsedilirken, savcılara yönelik olarak sadece teminat vurgusu yapıldığı görülmektedir. Özlük rejimi konusunda aynı haklar tanınmış ise de bağımsızlık ve teminat hususunda bariz bir farklılaşmaya gidilmiştir. Bu farklılaşma, her iki meslek ve ifa edilen görevlerin niteliğinden kaynaklanmaktadır.¹⁰⁰

97 R.G. 22.01.1959, 10115.

98 "C. Savcılarının teminat sağlayıcı bir düzene sahip kılınmaları, kamu dâvası açmak, açmamak, her karardan önce düşüncelerine başvurulmak ve kanun yollarına gitmek gibi görevlerinin açık olan önemi gereğidir. Hâlbuki mahkeme başkâtiplerinin hiçbir teminatı yoktur. C. Savcılarının vekâlet etmelerini uygun görececek olan hâkim veya mahkeme başkanı kendilerinin amiridirler. Böylece teminatlı olan C. Savcısına teminatlı olmayan başkâtibin vekâlet etmesine yetki veren itiraz konusu hüküm, Anayasa'nın 137/1 inci maddesiyle açık bir çelişme halindedir." Anayasa Mahkemesi, T. 27.12.1966, E. 1966/26, K. 1966/47 (R.G., 10.07.1967, 12643).

99 Çetin Özek, "Yargının İdari Denetimi", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. 45-47, S. 1-4, 1979-1981, s. 938, M.Tahrir Cantez, *Tatbikatta C.Savcılarının Görevleri (Amme Davasının Hazırlanması) ve İnfaz Hukuku*, İskender Matbaası, İstanbul 1962, s. 10.

100 Toroslu ve Feyzioğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 117, Gökçen, Alşahin ve Çakır, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, C.I, s. 234 vd.



Bağımsızlığın yanısıra teminat zırhına da sahip olan hâkimler; her türlü müdahaleye karşı en üst derecede korunaklı kılınmıştır. Bu koruma ve ayırım aslında yargılama faaliyetinin hassas yapısından kaynaklanmaktadır. Zira bu niteliklerden yoksun bulunan bir yargı merciinin vereceği kararlar da şaibeli olacaktır. Savcıların yürütme ile olan irtibatı, hiyerarşik yapısı, Adalet Bakanı karşısındaki durumu, bağımsız olmayı mümkün kılmamaktadır. Ancak diğer kamu görevlilerinin sahip olduğu teminattan daha fazla bir teminata ihtiyaç vardır. *Ceza Adalet Sisteminde Savcılığın Rolüne Dair (2000/19) Tavsiye Kararı*'na göre yürütmenin savcılara dava açmama yönünde talimat vermesi yasaklanmalı, bunun mümkün olmaması halinde ise çok istisnai olarak öngörülmesi ve şeffaflığına sağlanması için azami özen gösterilmelidir. Savcıların diğer kamu görevlileri ile aynı düzeyde bir teminata sahip kılınması Anayasa'ya aykırı olacaktır. Anayasa Mahkemesi de yukarıda ele alınan kararında; bir savcının sahip olduğu teminat ile memurun sahip olduğu teminatların aynı düzeyde olmadığını vurgulayarak, başkâtinin savcıya vekâlet etmesini Anayasa'ya aykırı bulmuştur.¹⁰¹

Hâkim ve savcılarının özlük hakları aynı rejime tabi olup ortak kanunlarda¹⁰² düzenlenmiştir. Hâkimler ve Savcılar Kurulu, her iki meslek mensupları hakkında yetki sahibidir. Atama, tayin, terfi, teftiş işlemleri aynı Kurul tarafından yerine getirilmektedir. Hâkimlerden ayrı olarak, savcılar idari görevleri bakımından ayrıca Adalet Bakanlığı bünyesinde bulunan Teftiş Kurulu Başkanlığı tarafından da teftişe tâbi tutulmaktadır. Hâkimin, rızası olmaksızın savcılık mesleğine geçirilmesi hâkimlik teminatına aykırıdır. Ancak savcılıktan hâkimliğe geçiş savcılık teminatına aykırı değildir. Zira hâkimlik mesleği daha üstün teminatlara sahiptir.¹⁰³ *Ceza Adalet Sisteminde Savcılığın Rolüne Dair (2000/19) Tavsiye Kararı*'na göre bir kişi aynı anda hem savcılık hem de hâkimlik yapamaz. Ancak meslekler arası geçiş hakkı tanınmalıdır. Bu geçişlerin taleple olması ve gerekli teminatların sağlanması hususunda gerekli tedbirler alınmalıdır.

101 Kunter, Yenisey ve Nuhoglu, **Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku**, no.33.2

102 Bkz. 2802 s. Hâkimler ve Savcılar Kanunu, 6087 s. Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Kanunu.

103 Maksut Mumcuoğlu, "Hukuk Devletinde Bağımsız Yargının Yeri ve Bağımsız Yargının Türkiye'de Gelişimi", **Ankara Barosu Dergisi**, S. 2, 1989, s. 276, Serdar Gülener, "Yargı Bağımsızlığını Güçlendirici Bir Mekanizma Olarak Yargısal Hesap Verebilirlik ve Türk Yargı Sistemi", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 15, S. 2, 2011, s. 221.



II. ÜLKE ÖRNEKLERİ

A. Almanya

1. Teşkilatlanma

Federal bir yapıya sahip olan Almanya'da savcılık teşkilatı, mahkeme teşkilatı ile uyumlu olup aynı sisteme sahiptir. 1975 yılında yayımlanan Mahkemeler Teşkilatı Kanunu'nun¹⁰⁴ 141-152'nci maddeleri arasında savcılık kurumu ile ilgili hükümler bulunmaktadır. Kanun'un 141'inci maddesinde, her mahkemede savcılık kurumunun yer alacağı hüküm altına alınmıştır. Almanya'da savcılıklar eyaletler bazında teşkilatlanmıştır. Bunun yanı sıra Federal Başsavcılık vardır. İki kurum ayrı çalışma alanına sahiptir. Federal savcılığın görevleri Federal Temyiz Mahkemesi nezdinde eyalet devletini temsil etmek, terör suçları ile devlete karşı suçları soruşturmasıdır (Mahkemeler Teşkilatı Kanunu md. 142.a).¹⁰⁵

Hem eyalet hem de federal düzeyde başsavcılık kurumunun bir hiyerarşisi bulunmaktadır. Her savcılık kurumunun başında bir başsavcı yer alır. Eyalet veya federal Adalet Bakanı bu piramidin tepesindedir. Federal başsavcı; Adalet Bakanının önerisi ve Meclisin onayı ile Cumhurbaşkanı tarafından atanır. Eyalet başsavcıları ise eyalet Adalet Bakanı tarafından atanır.¹⁰⁶

2. Hukuki Statüsü ve Görevleri

Ceza hukukçusu Claus Roxin, Alman savcılarını dünyadaki "*en tarafsız kamu görevlileri*" olarak tarif etmiştir.¹⁰⁷ Savcılar birer kamu görevlisi olup disiplin soruşturması hariç, keyfi olarak işten çıkarılamazlar.¹⁰⁸ Savcılık kurumu, Almanya'da 19'uncu yüzyılın ortalarına uzanan bir tarihi geçmişe sahiptir. Mahkeme ile savcı arasındaki güç mücadelesi 19'uncu yüzyılda ve 20'inci yüzyılın büyük bir kısmında devam etmiş, 1975 yılında savcı tartışmasız olarak soruşturmanın efendisi olmuştur.¹⁰⁹ Alman savcılığı, Fransız savcılığını örnek alan genç bir kurumdur.¹¹⁰

104 Kanun'un Almanca metni olan Gerichtsverfassungsgesetz için bkz. http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_gvg/englisch_gvg.html#p0674 (12.07.2014).

105 Claus Roxin ve Bernd Schünemann, **Strafverfahrensrecht**, 26. Auflage, Reemers Publishing Services GmbH, München 2009, s. 48.

106 The Relation between the Public Prosecutor and the Minister of Justice, http://www.euro-justice.com/member_states/germany/country_report/2788/, (12.07.2014).

107 Claus Roxin, "Zur Rechtstellung der Staatsanwaltschaft Damals und Heute", **Deutsche Richterzeitung**, 1997, s.109 ve 113 (akt. Shawn Marie Boyne, "Uncertainty and the Search for Truth at Trial: Defining Prosecutorial "Objectivity" in German Sexual Assault Cases", **Washington and Lee Law Review**, Vol. 67, Iss. 4, 2010, s. 1287.)

108 Boyne, **Uncertainty and the Search for Truth at Trial: Defining Prosecutorial "Objectivity" in German Sexual Assault Cases**, s. 1305.

109 Despina Kyprianou, "Comparative Analysis of Prosecution Systems (Part I): Origins, Constitutional position and Organization of Prosecution Services", <http://www.law.gov.cy/> (11.07.2014), s. 24.

110 Eberhard Siegmund, "The Public Prosecution Office in Germany: Legal Status, Functions



Federal Almanya Anayasası'nda, savcılık kurumuna dair bir düzenleme bulunmamaktadır.¹¹¹ Mahkemeler Teşkilatı Kanunu'nun 146'ncı maddesine göre savcılar, üstlerinden gelen resmi talimatlara uymak zorundadır. Üstlerden kasıt başsavcı ve Adalet Bakanındır. Adalet Bakanının genel kurallar ve düzenlemeler yönünden talimatlar verdiği görülmekle birlikte belirli bir dosya ve dava için özel nitelikte emirler verdiğine pek rastlanmamaktadır. Adalet Bakanının kendi isteği yönünde soruşturma yaptırmak için dosyayı bir savcıdan alıp isteklerine uygun bir savcıya devretmek gibi zarıfane bir yöntem kullandığı görülmektedir. Söz konusu hiyerarşi eleştiri konusu yapılmaktadır. Çoğunluk tarafından benimsenen ve ileri sürülen görüş ise Adalet Bakanının bir siyasi kişilik olarak savcının işlemlerini parlamentoda açıklamak zorunda olduğu, bu nedenle adalet işleri ile ilgilenmesinin de gayet doğal olduğu şeklindedir.¹¹²

Savcıların Görev ve Yetkileri Konusunda Yönetmelik'e¹¹³ göre savcı adalet organı olup hazırlık soruşturmasını savcı yapar. Savcı kanunlar çerçevesinde suçları soruşturur ve ceza kovuşturması yapan diğer makamların yaptıkları araştırmaları sorumlu merci sıfatıyla yönetir. Savcı, soruşturma sonucunda kamu yararı bulunmadığına kanaat getirdiği takdirde soruşturmayı sonlandırır ve davanın açılmasını şahsi davacıya terkeder.¹¹⁴

Almanya'da savcılık, kovuşturma mecburiyeti ilkesine tâbidir.¹¹⁵ Savcılığın üç temel işlevi; a) *soruşturmaya liderlik etmek*, b) *yargılamaya katılmak*, c) *mahkeme kararlarını infaz etmek, af ve adli hatalara dair işlemleri*

and Organization", **Effective Administration of the Police and the Prosecution in Criminal Justice (Work Product of the 120th International Senior Seminar)**, United Nations Asia and Far East Institute Annual Report for 2001 and Resource Material Series No: 60, Şubat 2003, Fuchu Tokyo Japan, s. 59.

111 <http://www.adalet.gov.tr/duyurular/2011/eylul/anayasalar/ulkeana/pdf/08-ALMANYA%202009-276.pdf> (21.02.2016).

112 The Relation between the Public Prosecutor and the Minister of Justice, http://www.euro-justice.com/member_states/germany/country_report/2788/, (12.07.2014).

"(Almanya'da) Savcı devletin siyasi iradesini değil, hukukun iradesini temsil etmektedir." Bkz. Hamide Zafer, "Türk Ceza Adalet Sisteminde Savcılığın Hukuki Statüsü", Nur Centel (Ed.), **Ceza Muhakemesi Hukukunda Güncel Konular**, (1-26), Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Araştırma Konferansları Serisi-1, XII Levha Yayınları, İstanbul 2015, s. 8.

113 Yönetmelik'in Almanca metni olan Richtlinien Für Das Strafverfahren UndBussgeldverfahren- RiStBV için bkz. http://www.verwaltungsvorschriften-im-internet.de/bsvwvbund_01011977_420821R5902002.htm (12.07.2014).

114 Jörg Martin Jehle, "Savcılık Örgütü'nün Rolüne İlişkin Avrupa Çapında Bir Karşılaştırma", **Bir Adli Organ Olarak Savcılık Sempozyumu (Ankara 7-9 Temmuz 2006)**, Gülşah Kurt (Çev.), Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara 2006, s. 82.

115 Beatrix Elsner ve Julia Peters, "The Prosecution Service Function within the German Criminal Justice System", Jörg- Martin Jehle (Ed.), Marianne Wade (Ed.), **Coping with Overloaded Criminal Justice Systems** içinde (207-237), Springer Yayınları, Göttingen/Germany 2006, s. 207.



yapmaktır.¹¹⁶ Mevzuat bakımından yürütme erkinin bir parçası olmakla birlikte uygulamada yargı erki dâhilinde görev ifa etmektedir. Suça ilk müdahale polis teşkilatı tarafından yapılmaktadır. Acil tedbirleri alan polis Alman Ceza Muhakemesi Kanunu'nun¹¹⁷ 163'üncü maddesi uyarınca, durumu derhal savcıya bildirmek zorundadır.¹¹⁸ Savcılık, itham tekeline sahiptir.¹¹⁹

Savcı önemli veya karmaşık suç soruşturmalarında olayı en baştan itibaren aydınlatmak, özellikle olay yerini görmek, şüpheli ve tanıkları bizzat dinlemekle yükümlüdür. Savcı, yardımcı memurlarını, polisi veya başka makamları görevlendirdiği durumlarda araştırmaları yönetmek mecburiyetindedir. Savcı somut emirler verebilir (Yönetmelik md. 3). Savcının yaptığı araştırmalar ilk aşamada kamu davasının açılmasına veya kovuşturmaya son verilmesine karar verebilmeye yetecek kadar yapılır. Bütün araştırma işlemlerinin aynı anda yürütülmesine özen gösterilir. Tutuklu işlerdeki araştırma işlemleri özellikle hızlandırılmalıdır. Kamuoyunun ilgisini çeken suçlarda ve dava zamanasını kısa olan suçlarda da buna dikkat edilmelidir (Yönetmelik md. 5).

B. Fransa

1. Teşkilatlanma

Fransa'da hâkimlere tanınan bağımsızlık savcılara tanınmamış olup savcılar Adalet Bakanının hiyerarşisi altındadır.¹²⁰ Savcılık teşkilatının tepesinde Adalet Bakanı vardır. Adalet Bakanının *savcı ünvanı* olmayıp ceza siyasetinin genel koordinesini savcılık üzerinden sağlar. Bu husus 2004 yılında Fransız Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 30'uncu maddesine yapılan ekleme ile yasal hale gelmiştir. Bakan, talimatını doğrudan savcıya değil, istinaf başsavcısına iletir. İstinaf başsavcısı da bu talimatı yerel başsavcıya iletir. Bakan somut bir konuda soruşturma yapılmasını, devam eden ceza davasında talimata uygun bir mütalaa sunulmasını, soruşturmanın sonlandırılmasını, dava açılmasını isteyebilir. Bakanın

116 Siegismund, *The Public Prosecution Office in Germany: Legal Status, Functions and Organization*, s. 60.

117 StPO.

118 Thomas Weigend, "Prosecution: Comparative Aspects", *Encyclopedia of Crime and Justice*, 2002, <http://www.encyclopedia.com/doc/1G2-3403000208.html> (13.07.2014).

119 Isabel Kessler, "A Comparative Analysis Of Prosecution in Germany and the United Kingdom Searching for Truth or Getting a Conviction?", C. Ronald Huff (Ed.), Martin Killias (Ed.), *Wrongful Conviction International Perspectives on Miscarriages of Justice*, (213-247), Temple University Press, Philadelphia 2008, s. 214.

120 Doris Jonas Freed, "Aspects of French Criminal Procedure", *Louisiana Law Review*, Vol. 17, Iss. 4, June 1957, s. 732.



bir savcıya dava açmaması hususunda talimat veremeyeceği belirtilse de bunu yasaklayan bir yasa hükmü bulunmamaktadır.¹²¹

Savcılar *kategori dışı, birinci sınıf ve ikinci sınıf* olmak üzere üç sınıfa ayrılmaktadır. Başsavcılar, kategori dışı kapsama girmektedir. Savcılık makamının bölünmezliği gereği her savcı teşkilat adına işlem yapar. Bir savcının başladığı işleme diğeri devam edebilir. Adalet Bakanı savcılarını göreve alır veya görevden alır. Savcılar sınav ile alınır ve Hâkimlik Okulunda eğitime tabi tutulur.¹²² Hâkimlik Okulundaki eğitimin bitmesinden sonra hâkim-savcı adayları, atanmak için talepte bulunur. Adalet Bakanı bu talepleri Yüksek Yargı Konseyine iletir. Konsey talep sahiplerinin atanması hususunda Adalet Bakanlığına öneride bulunur. Bu öneri bağlayıcı değildir. Başsavcı ve istinaf başsavcılarını için bu usul uygulanmaz zira belirtilen ünvanlara Bakanlar Kurulu tarafından atama yapılır. Yapılan atamalar sonrasında her ünvanında en fazla 5 yıl süreyle görev yapılır.¹²³

Savcılık teşkilatı mahkeme teşkilatı ile eş güdümlüdür. Buna göre savcılık *ilk derece mahkemeleri, istinaf mahkemeleri ve temyiz mahkemesi* nezdinde olmak üzere teşkilatlanmıştır.

Yerel savcılıklar, ilk derece mahkemeleri nezdinde görev yapan savcılıklardır. Ülke genelinde 185 yerel savcılık mevcuttur. Her birisinde başsavcı ve yeteri kadar yardımcı savcı bulunur. Teşkilatın başında başsavcı bulunur. Başsavcı, teşkilatın yönetimi ve savcılarını iş bölümünü yapma yetkisine sahiptir. Savcılar, başsavcı adına işlem yapar. Başsavcı gerekli gördüğü takdirde işbölümünü değiştirebilir. Başsavcı talimat verme yetkisine de sahiptir. Herhangi bir işi savcıdan alıp kendisi de yürütebilir. İşbölümü hususunda istinaf başsavcısının bazı savcılarını örgütlü suçlar ve kapsamı geniş ekonomik suçlar bakımından görevlendirmesi mümkündür. Böylesi bir durumda istinaf başsavcısının görevlendirmesi esastır. Yerel mahkemelerce verilen kararlara karşı savcılığın istinaf yoluna başvurma

121 Ministère de la Justice, **The Public Prosecutor in French Criminal Proceeding**, C:\Users\ab107660\Downloads\SI2061-AC-D15070709350 (1).pdf, (01.03.2016).

122 Savcı olabilmek gereken şartlar; Fransa üniversitelerden 4 yıllık fakülte mezunu olmak, Fransa vatandaşı olmak, iyi karakterli olmak, medeni haklarını kullanma ehliyetini sahip olmak, askerlik yükümlülüğünü yerine getirmiş olmak, hâkimlik görevini yerine getirebileceğine dair sağlık raporu almaktır. Daha fazla bilgi için bkz. Roger Errera, "The Recruitment, Training, Evaluation, Career and Accountability of Members of the Judiciary in France", Giuseppe Di Federico (Ed.), **Recruitment, Professional Evaluation and Career of Judges And Prosecutors in Europe: Austria, France, Germany, Italy, The Netherlands and Spain**, Research Institute on Judicial Systems (IRSIG) National Research Council (CNR) Yayınları, Bologna/İtalya 2005, s. 49.

123 Durmuş Tezcan, "Fransa'da ve Belçika'da Savcılık", **Bir Adli Organ Olarak Savcılık Sempozyumu (Ankara 7-9 Temmuz 2006)**, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara 2006, s. 34.



hakkı vardır. Başsavcılık makamı *yerel mahkeme, ağır ceza mahkemesi, sorgu hâkimlikleri önünde* başsavcı veya savcı tarafından temsil edilmektedir. Yerel savcılık, Fransa Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 40'inci maddesine göre gelen şikâyet veya ihbarları değerlendirir. Soruşturma neticesinde kamu davasının açılmasına, alternatif çözüm yollarının uygulanmasına veya kovuşturmamaya karar verir.¹²⁴

İstinaf savcılıkları, ikinci derece yargılamasında yer alır. Fransa'da toplam 35 istinaf mahkemesi ve bu sayıda istinaf savcılığı bulunmaktadır. Bir başsavcı ve yeteri kadar yardımcı savcı bulunur. Başsavcının görevleri, istinaf başsavcılığını yönetmek ve temsil etmek, istinaf mahkemesinde ceza hukuku kurallarının doğru uygulanmasını gözetmek, mahkeme binasındaki güvenliği denetlemek, savcılıkların düzgün şekilde işlemlerini ve istinafa erişimlerini sağlamak, yerel başsavcılıkların işlerini koordine etmek, alt savcılıklar tarafından uygulanan ceza adaleti siyasetini koordine etmek, istinaf mahkemesinin yargı çevresindeki kolluğu denetlemektir. İstinaf başsavcısı, yargı çevresindeki savcılar üzerinde denetim yetkisine sahip olmakla birlikte disiplin hukuku yönünden herhangi bir yetkisi bulunmamaktadır. Bu yetki Adalet Bakanına aittir. Başsavcı da bu kapsamda hesap sorulabilir kişiler arasındadır. Başsavcı bizzat veya görevlendireceği savcılar ile istinaf mahkemesindeki davalarda iddia makamını temsil eder, ilk derece mahkemesi olarak yapılan yargılamalara katılır. Başsavcı görev dağılımını yapar ve istediği takdirde taksim ettiği görevi bizzat da yerine getirebilir.¹²⁵

Temyiz Mahkemesindeki savcılık, bir başsavcı ve yeteri kadar savcıdan oluşur. Adalet Bakanlığının hiyerarşisi altındadır. Soruşturma yetkisi ve diğer savcılıklar üzerinde herhangi bir yetkisi bulunmamaktadır. Bunun istisnası, bakanlara ve Cumhurbaşkanına karşı yürütülen ceza soruşturmalarıdır. Bu tür durumlarda başsavcı Yüce Divanda iddia makamını temsil eder. Temyiz mahkemesindeki davalarda *bileşen taraf* olarak yer alır. Buradaki temel amaç, temyiz konusu davayı hukuki yönden aydınlatmak ve uygulanması gereken yasa hükümlerini belirtmektir. Savcılar, başsavcı adına işlem tesis eder.¹²⁶

124 Smedovska ve Falletti, **Report on the Prosecution Service in France**, s. 178, James W. Garner, "Criminal Procedure in France", **Yale Law Journal**, Vol. 25, No. 4, 1916, s. 261, Marguery, **Unity and Diversity of the Public Prosecution Services in Europe; A study of the Czech, Dutch, French and Polish systems**, s. 63 vd.

125 Marguery, **Unity and Diversity of the Public Prosecution Services in Europe; A study of the Czech, Dutch, French and Polish systems**, s. 65 vd., Mustafa Duran, "Fransız Adli Yargı Sistemi, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu ve Ulusal Hâkimlik Okulu Hakkında Genel Bir İnceleme", **Adalet Dergisi**, S. 46, 2013, s. 1.

126 Marguery, **Unity and Diversity of the Public Prosecution Services in Europe; A study of the Czech, Dutch, French and Polish systems**, s. 66.



2. Hukuki Statüsü ve Görevleri

Savcılar, *yüksek adli kamu görevlileri* olarak kabul edilmektedir.¹²⁷ Savcılar Anayasa'da hâkimler için öngörülen bağımsızlıktan mahrumdur.¹²⁸ Savcıların hiyerarşik bir bağı bulunmaktadır. Adalet Bakanı, hükümet tarafından belirlenen suç soruşturması politikasının yürütülmesinden sorumludur. Bunu da genelgeler ve talimatnameler yayımlamak suretiyle temin eder. Fransa Anayasa Mahkemesi, savcılarının bireysel hürriyetleri kollamakla görevli olduğunu belirtmekle beraber bu hususun savcılarını Adalet Bakanı hiyerarşisinden çıkarmayacağını ifade etmiştir.¹²⁹ Savcılık kurumunda benimsenen 3 temel ilke vardır. Bu ilkeler, a) üst savcılık ile Adalet Bakanının gözetim ve denetimi altında olmak, b) savcılığın bölünmezliği, c) savcılarının meşruiyetinin tartışılmazlığı ilkesidir. Savcılar soruşturma ve kovuşturmanın herhangi bir aşamasında karşılıklı olarak yer değiştirebilir.¹³⁰ Savcılarının meşruiyetinin tartışılmazlığı ilkesinin temeli, savcılarının toplum menfaatini koruması ve hükümet tarafından belirlenen suçla mücadele politikasını uygulamasıdır.¹³¹

Savcı ceza mahkemesinde iddia makamını temsil eder. Duruşmalara katılır ve kararlar onun huzuruyla açıklanır. Savcı, mahkeme kararlarının yerine getirilmesini sağlar (FCMK md. 32). Savcı, FCMK'nın 33'üncü maddesine göre başsavcının 36, 37 ve 44'üncü maddeleri ile uyumlu yazılı talimatlarını yerine getirmek zorundadır. Başsavcı, kamu davası açılması, kamu davası açılması için gerekli adımların atılması, somut davada özel bir mütalaa dikte etme yetkilerine sahiptir. İstinaf başsavcısı, bidayet başsavcısına kovuşturamama talimatı veremez. Duruşmada yer alan savcı iddianamede belirtilenin aksine mütalaaada bulunabilir.¹³²

Savcılarının ceza yargılaması dışında da görevleri bulunmaktadır. Özel hukuk ve ticaret hukuku bunun temel örnekleridir. Çocuklar, vasilik ve Fransa ulusunu ilgilendiren özel hukuk davalarına savcının re'sen müdahale yetkisi vardır. Yine iflas davalarında savcı müdahalede

127 Rada Smedovska ve Francois Falletti, "Report on the Prosecution Service in France", **Promoting Prosecutorial Accountability, Independence and Effectiveness**, (175-210), Open Society Institute, Sofia 2008, s. 177.

128 Atilla Özer, **Türkiye'de ve Çeşitli Ülkelerde Mahkemelerin Bağımsızlığı ve Hâkimlik Teminatı**, Turhan Kitabevi Yayınları, Ankara 2009, s. 92.

129 CC 93-323, 5 août 1993, RJC, I.535 and CC 93-326, 11 août 1993, RJC, I.551, Bkz. Tony Paul Marguery, "Unity and Diversity of the Public Prosecution Services in Europe; A study of the Czech, Dutch, French and Polish systems", (PhD Thesis, Groningen University, Groningen 2008), s. 61.

130 [https://fr.wikipedia.org/wiki/Procureur_de_la_R%C3%A9publique_\(France\)](https://fr.wikipedia.org/wiki/Procureur_de_la_R%C3%A9publique_(France)) (03.03.2016).

131 **The French Legal System**, Training of Judges and Personnel in the Justice System, Ministry of Justice, November 2012, s. 8.

132 Marguery, **Unity and Diversity of the Public Prosecution Services in Europe; A study of the Czech, Dutch, French and Polish systems**, s. 76.

bulunabilir. Savcı noterleri ve ceza infaz kurumlarını denetler. Cezaların infazından sorumludur. Fransa ceza muhakemesinde savcı bazı hâllerde kamu davası açmada takdir yetkisi ve alternatif yöntemlere başvuru imkânına sahiptir. Şüphelinin ilk kez suç işlemesi, zararın azlığı, kamu güvenliğinin zarar görmediği haller, mağdurun şikâyetten vazgeçtiği durumlarda kovuşturamama kararı verilebilir. Bu kovuşturamama kararı, şüpheliye kesin bir bağışıklık tanımaz. Dava zamanaşımı süresince başsavcı bu kararı kaldırabilir. Karmaşık ve ağır suçlarda soruşturma sorgu hâkimliğince yürütülür.¹³³

Savcılar atanmadan önce görevlerini inançla yapacaklarını, kendilerine tevdi edilecek sırları koruyacaklarını, her zaman onurlu ve sadık şekilde hareket edeceklerini belirten bir *yemin* ederler. Mesleklerinin devamı boyunca da bu taahhütlere uygun olarak hareket etmek zorundadırlar. Savcılar bu yükümlülüklerle aykırı politik gösterilere katılamaz, mevcut hükümet sistemine karşı düşmanca tavır sergileyemez, siyasi karar alma süreçlerine katılamaz, yargının etkisini kırmaya yönelik eylemlere katılamaz, akademik, bilimsel, sanatsal, edebi nitelikte olanlar hariç başkaca bir uğraş ile ilgilenemez, greve gidemezler. Savcıların herhangi bir yargılanma muafiyetleri yoktur. Sadece görev yaptıkları yargı çevresi dışında yargılanma usulü vardır. Mesleğin onur ve haysiyetini ihlal etmek disiplin sorumluluğu gerektiren bir eylemdir. Bu disiplin ihlalleri Adalet Bakanlığı tarafından soruşturulur. Savcı disiplin cezası gerektiren bir eylemde bulunduğu takdirde soruşturmadan önce üstleri tarafından uyarılmakla da yetinilebilir. Savcı hakkında disiplin cezasına hükmetme yetkisi Adalet Bakanındadır. Ancak bu karar verilmeden önce Yüksek Yargı Konseyinin savcılık ile ilgili bölümünden görüş alınır. Bakan bu görüş ile bağlı değildir. Önerilenden daha ağır bir yaptırıma da hükmedebilir. Disiplin cezaları; kınama, başka yere tayin, belli görevlerden alıkoyma, bir alt kademeye düşürme, mecburi emeklilik, emekli maaşından mahrum veya mahrum olmadan meslekten ihraç şeklindedir.¹³⁴

133 Jacqueline S. Hodgson, "The French Prosecutor in Question", **Washington and Lee Law Review**, Vol. 67, Iss. 4, 2010, s. 1369 vd., Morris Ploscowe, "Development of Inquisitorial and Accusatorial Elements in French Procedure", **Journal of Criminal Law and Criminology**, Vol. 23, Iss. 3, 1932, s. 387, Ministère de la Justice, **The Public Prosecutor in French Criminal Proceeding**, C:\Users\ab107660\Downloads\SI2061-AC-D15070709350 (1).pdf, (01.03.2016), Marguery, **Unity and Diversity of the Public Prosecution Services in Europe; A study of the Czech, Dutch, French and Polish systems**, s.77 vd., Bruno Aubusson de Cavarlay, "The Prosecution Service Function within the French Criminal Justice System", Jörg- Martin Jehle (Ed.), Marianne Wade (Ed.), **Coping with Overloaded Criminal Justice Systems**, (185-205), Springer Yayınları, Göttingen/Germany 2006, s. 185, Mustafa Duran, "Fransız Adli Yargılama Sisteminde, Mahkeme Önünde Duruşmalı Yargılamaya, Savcılık Aşamasında Getirilen Alternatif Çözümler", **Adalet Dergisi**, S. 47, 2013, s. 1.

134 Ministère de la Justice, **The French Legal System**, http://www.justice.gouv.fr/art_pix/french_legal_system.pdf, (01.03.2016).



C. Birleşik Krallık

1. İngiltere

a. Teşkilatlanma

1985 yılında Suçların Kovuşturulması Kanunu kabul edilmiştir. Bu Kanun ile tüm ülkede görev yapan bir Kraliyet Başsavcılığı¹³⁵ kurulmuştur. Teşkilatın başında Başsavcı¹³⁶ vardır. Teşkilat, kraliyet başsavcısı konumundaki Ülke Başsavcısına¹³⁷ karşı sorumludur.¹³⁸ Ülke başsavcısı diğer ülkelerdeki adalet bakanlarına benzer bir niteliğe sahiptir. 1999 yılına kadar duruşmada savcılık makamını sadece “*barrister*” ünvanına sahip serbest avukatlar temsil etmiştir. 1999 yılında yapılan düzenleme¹³⁹ ile savcılık bünyesindeki dava vekilleri ile kamuyla bağı olmayan “*solicitor*” ünvanlı avukatların da iddia makamını temsil etmesi mümkün hale gelmiştir. Savcılık bünyesinde görevli barristerler da vardır.¹⁴⁰

Savcılık teşkilatının en tepesinde Ülke Başsavcısı vardır. Bakan olmamasına rağmen parlamentoya karşı savcılık işlemlerinden sorumlu yürütme erki temsilcisidir. Mahkemelerde kraliyet makamını bizzat temsil eder. Hükümetin yasal danışmanı olarak görev yapar ve ülkedeki bütün savcılık teşkilatının da başı konumundadır. Savcıların bağımsız şekilde görev yapmaları için gereken şartları oluşturmakla yükümlüdür. Ülke Başsavcısı ile savcılık teşkilatı arasındaki ilişki ve sınırlar protokol¹⁴¹ ile düzenlenmiştir.

Kraliyet savcılığı 13 bölgeden oluşmaktadır. Her bölge teşkilatında başsavcı¹⁴² bulunur.¹⁴³ Kraliyet savcılığının merkez teşkilatında bazı suçları soruşturmak üzere kurulmuş ihtisas birimleri ile teftiş birimi bulunmaktadır. İhtisas birimlerinin en önemlisi 1988 yılında kurulan Dolandırıcılık Birimidir.¹⁴⁴ Birim, üst düzey dolandırıcılık ve yolsuzluk suçlarını soruşturmakla görevlidir. Yolsuzluk ve dolandırıcılık suçlarına ilişkin soruşturmaların karmaşık bir yapıya sahip olması, soruşturmaya

135 Crown Prosecution Service.

136 Director of Public Prosecutions.

137 Attorney General.

138 <https://www.cgi.com/sites/default/files/pdf/transforming-justice-public-safety-through-technology-CPS.pdf> (03.03.2016).

139 Access to Justice Act 1999.

140 Michael Zander, “The English Prosecution System”, **Conference on the Prosecution System**, Rome 2008, s. 6.

141 Protocol Between the Attorney General and Prosecuting Departments. https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/15197/Protocol_between_the_Attorney_General_and_the_Prosecuting_Departments.pdf (03.01.2016).

142 Chief Crown Prosecutor.

143 Zander, **The English Prosecution System**, s. 6.

144 Serious Fraud Office.



konu eylemin parasal değerinin 1 milyon sterlinden fazla olması, suçta dair uluslararası bağlantıların bulunması veya birimin yetkinliğine ihtiyaç duyulması halinde Dolandırıcılık Birimi soruşturmayı devralır.¹⁴⁵ Kraliyet Savcılık Denetim Kurulu¹⁴⁶ savcılık teşkilatını denetleyen ve ülke başsavcısına rapor sunan birimdir. Denetimlerde savcılığın çalışma performansı, iş kalitesi, kaynak kullanımı ve yönetimi incelenir. Teftiş birimi iyi uygulamaları desteklemek ve hatalı uygulamaları sonlandırmak için savcılara tavsiyelerde bulunur.¹⁴⁷

b. Hukuki Statüsü ve Görevleri

İngiltere hukuk sisteminde, 19'uncu yüzyılın sonuna kadar herhangi bir kamusal iddia makamı bulunmamaktadır. 1829 yılında ulusal polis teşkilatı kurulmuştur. Bu teşkilat şahsi davaların bir kısmını devralıp soruşturma yapmaya başlamıştır. Mahkemede kendilerini temsil etmesi için "barrister" ünvanlı avukatlar ile anlaşmışlardır. Polise bırakılan ve herhangi bir yasal altyapısı bulunmayan bu sistem 1870'li yıllarda bazı kaygılara neden olmuştur. 1879 yılında Suçların Kovuşturulması Kanunu¹⁴⁸ kabul edilmiştir. Kanun ilk kez başsavcılık teşkilatını¹⁴⁹ kurmuştur. Başsavcılık karışık suçlar ile önemli suçların kovuşturmasını polisten devralmıştır. Ancak suçların büyük çoğunluğu yine polis tarafından soruşturulmuştur.¹⁵⁰

Kraliyet savcılığı bütün suç kovuşturmalarında yetkili kılınmıştır. Kamu davası açma ve iddia makamını temsil görevini yerine getirir. Bu görevler "barrister" ünvanlı avukatlar eliyle yürütülmektedir. Yine kraliyet savcılığı, cezai meselelerde polise tavsiyelerde bulunur. Ancak doğrudan talimat verme, yönlendirme yetkisi bulunmamaktadır. Barristerlar, dosyaların savcılık yetkilileri tarafından son anda kendilerine gönderildiğini, bu nedenle hazırlanamadıklarını belirtmişlerdir. Polis teşkilatı da savcılığı yavaş hareket etmekle itham etmiştir. Bu eleştirilerden sonra savcılığın tekrar gözden geçirilmesi gereği ortaya çıkmıştır. Ceza

145 House of Commons Justice Committee, **The Crown Prosecution Service: Gatekeeper of the Criminal Justice System**, <http://www.publications.parliament.uk/pa/cm200809/cmselect/cmjust/186/186.pdf>, (03.03.2016).

146 Her Majesty's Crown Prosecution Service Inspectorate.

147 House of Commons Justice Committee, **The Crown Prosecution Service: Gatekeeper of the Criminal Justice System**, <http://www.publications.parliament.uk/pa/cm200809/cmselect/cmjust/186/186.pdf>, (03.03.2016).

148 Prosecution of Offences Act.

149 Director of Public Prosecutions.

150 Ministry of Justice, **Examining the Prosecution Systems of England and Wales, Canada, Australia and Scotland**, <http://www.justice.govt.nz/publications/global-publications/p/prosecution-review/examining-the-prosecution-systems-of-england-and-wales-canada-australia-and-scotland>, (03.03.2016).



Muhakemesi Kanunu'nda¹⁵¹ bir takım düzenlemelere yer verilmiştir. Önemli suçlar bakımından ilk itham yetkisi savcılığa aittir. Kanun'un 22'nci maddesi uyarınca savcı, şüpheliye koşullu uyarıda bulunma yetkisini haizdir. Bu yetki dava açılmadan önce şüpheliye yöneltilen bir ihtar niteliğindedir. İhtar için gereken koşullar; şüphelinin yüklenen suçu işlediği hususunda yeterli delilin bulunması, ihtar hususunda yetkili kişinin (kolluk, soruşturma yetkilisi, savcı veya savcının yetkilendirdiği kimse) yeterli delil bulunduğu ve suç yönünden ihtar ile yetinilmesi gerektiğine kanaat getirmesi, şüphelinin ikrarda bulunması, yetkili kimsenin şüpheliyi, tedbirlere uymadığı takdirde hakkında dava açılacağı hususunda uyarması, şüphelinin, içeriğinde suçun detayları, suç ikrarı, ihtar rıza gösterdiğine dair ibare ve ihtarla bağlanan sonuçlar bulunan belgeyi imzalamasıdır.¹⁵²

2. İskoçya

a. Teşkilatlanma, Hukuki Statü ve Görevleri

Savcılık kurumu¹⁵³ suçları kovuşturma, şüpheli ölümleri ve polise yönelik şikâyetleri soruşturma yetkisine sahiptir. Savcılık teşkilatı 11 yerde örgütlenmiştir. Soruşturmalar polis ya da bazı özel kolluk birimleri tarafından yürütülür. Savcılığın esas görevi, ülke genelindeki temel kovuşturma politikasını belirlemektir. Örneğin hangi suçların kovuşturmaya tabi tutulacağı hususunda talimat verme yetkisine sahiptir.¹⁵⁴

Hanedan temsilcisi¹⁵⁵ savcılık teşkilatının başıdır ve politik olarak savcılık uygulamalarından sorumludur. Diğer bakanlıklardan bağımsız olarak faaliyette bulunur. Savcılık ve polis teşkilatına genel talimatlar verebilir. Hanedan temsilcisinin yardımcısı Başsavcıdır¹⁵⁶ ve gerektiğinden

151 Criminal Justice Act-2003.

152 House of Commons Justice Committee, The Crown Prosecution Service: Gatekeeper of the Criminal Justice System, <http://www.publications.parliament.uk/pa/cm200809/cmselect/cmjust/186/186.pdf>, (03.03.2016).

İngiltere ve Galler'de toplam 43 yerde polis birimi vardır ve İçişleri Bakanlığına bağlıdır. Suçların soruşturulması, delillerin toplanması, şüphelilerin yakalanması temel görevler arasındadır. Bazı önemsiz suçlarda polis, şüpheliyi ihtar edip matbu bir bildiri vermekle yetinir veya şartlı ihtar için savcılığa havale eder. Polis trafik suçlarını doğrudan dava etme yetkisine sahiptir. Ancak polis bu yetkisine rağmen savcılığa danışmadan ithamda bulunmaz. Sanık savunmasında suçlu olmadığını dile getirdiği anda savcılık mutlaka devreye girer. Bkz. Jehle, *Savcılık Örgütü'nün Rolüne İlişkin Avrupa Çapında Bir Karşılaştırma*, s. 79.

153 Crown Office and the Procurator Fiscal Service.

154 Kyprinou, *Comparative Analysis of Prosecution Systems (Part I): Origins, Constitutional position and Organization of Prosecution Services*, s. 21.

155 Lord Advocate.

156 Solicitor General.



ona vekâlet edip bütün yetkilerini kullanır. Başsavcı yürütme erkinin üyesi olarak kabul edilmektedir. Kraliyet temsilcisi¹⁵⁷, Hanedan Temsilcisinin yasal danışmanıdır. Savcılık teşkilatının yönetilmesinde müştereken sorumludur. *Procurator fiscal* ünvanı taşıyan savcılar yargı çevrelerindeki bütün suçları kovuşturmakla görevlidir ve atamaları Hanedan Temsilcisi tarafından yapılır. Şerif mahkemesinin görevine giren suçlara dair soruşturma ve kovuşturmaların büyük çoğunluğu bu savcılar tarafından yürütülür.¹⁵⁸ Takdirilik sistemi konusunda geniş yetkileri vardır ancak bu yetki Hanedan Temsilcisinin koyduğu ilkeler doğrultusunda kullanılabilir. Son yıllarda ihtisaslaşma yoluna gidilmiştir. Önemsiz suçlar yerel mahkemelerin¹⁵⁹ görevine girmektedir. Bu mahkemeler nezdinde görev yapan savcılar¹⁶⁰ vardır. Bu savcılarının en önemli özelliği Hanedan Temsilcisine karşı bir sorumluluklarının bulunmamasıdır. Ancak Hanedan Temsilcisi bu tür bir davayı *Procurator Fiscal* eliyle daha üst mahkemeye taşıyarak kontrol yetkisini elinde tutmaktadır.¹⁶¹

D. Hollanda

1. Teşkilatlanma

Anayasa'da savcılık kurumuna ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Sadece Yargıtay başsavcısının, kraliyet kararnamesi ile atanacağına dair bir hüküm vardır (Anayasa md. 117/1).¹⁶² Yargı başlığı altında mahkemelerden bahsedilmektedir. Ülke genelinde birbirinden bağımsız başsavcılık teşkilatları bulunmaktadır. Yüksek Savcılar Kurulu hiyerarşik olarak savcılık teşkilatlarının üzerinde yer almaktadır. Kurulun başkanı Adalet Bakanıdır. Savcılıklar başsavcı, kıdemli savcı, savcı, yedek savcı ve tek hâkimli mahkemelerde görev yapan savcılardan oluşur. Yerel

157 Crown Agent.

158 Ceza mahkemeleri üçlü bir ayrıma tabi tutulmuştur. Buna göre en ağır suçlar yüksek mahkemede, orta düzeydeki suçlar şerif mahkemesinde, hafif suçlar ise yerel mahkemede görülür. Yüksek mahkeme üst sınırı 3 yıl ve daha fazla olan suçları yargılamak ile görevlidir. Mahkemede bir hâkim ve yeteri sayıda jüri bulunur. Şerif mahkemesi ise üst sınırı 3 yıla kadar olan suçları yargılamak ile görevlidir. Mahkeme hâkim ve jüriden oluşur. Ama bazı önemsiz suçlarda hâkim tek başına karar verir, jüriye danışmaz. Yerel mahkeme ise en alt düzeydeki mahkemedir. Sulh hâkimi tarafından idare edilir. Hâkimin yetkileri ve gücü oldukça sınırlıdır. Daha fazla bilgi için bkz. Kyprianou, *Comparative Analysis of Prosecution Systems (Part I): Origins, Constitutional position and Organization of Prosecution Services*, s. 21.

159 District Court.

160 Public prosecutor.

161 Ministry of Justice, *Examining the Prosecution Systems*, 58 vd., SPICe (The Information Center), *The Scottish Criminal Justice System: The Public Prosecution System*, İskoçya 2012, s. 4 vd.

162 <http://www.adalet.gov.tr/duyurular/2011/eylul/anayasalar/ulkeana/pdf/11-HOLLANDA%20355-384.pdf> (03.03.2016).



savcılıklar haricinde Rotterdam'da ulusal düzeyde görev yapan bir ihtisas savcılığı bulunmaktadır. Kurulu düzene ciddi tehdit oluşturan terör, kara paranın aklanması gibi suçlar bu birim tarafından soruşturulur.¹⁶³

2. Hukuki Statü ve Görevleri

Savcılık yürütme içerisinde yer almaktadır. Adalet Bakanı savcıya genel veya somut talimatlar verebilir. Ancak Bakanın somut davaya ilişkin bir talimat verdiği görülmemiştir. Savcılar Adalet Bakanlığının siyasi sorumluluğu altındadır. Ceza uyuşmazlıklarının sadece onda biri ceza davasına dönüşmektedir. Bir kısmı kolluk düzeyinde, bir kısmı ise savcılık aşamasında elenmektedir. Böylelikle mahkemeden önce ikili bir filtre devreye girmekte ve bütün uyuşmazlıkların mahkemeye taşınması engellenmektedir. Temel etken takdirilik sisteminin uygulanmasıdır. Kovuşturma mecburiyetinin uygulandığı sistemlerde bütün suçların soruşturulması zorunludur.¹⁶⁴

Savcılığın temel görevi soruşturma yapmak, ceza davalarına katılmak ve hükmedilen cezaların infazını denetlemektir. Kolluk, savcının talimatları doğrultusunda hareket eder. Ancak kolluk bir kısım suçlar bakımından bizzat değerlendirmede bulunup faili/failleri sistemin dışında tutabilir. Kolluk çocuk failleri, ilk kez suç işleyenleri veya vahameti düşük suç faillerini uyarma, sözlü ya da yazılı kınama ile yetinebilir. Böylesi bir durumda soruşturma savcılık makamına intikal ettirilmez. Yine bir kısım suçlarda faili ve mağduru uzlaştırma yoluna gidebilir. Uzlaşma özür dileme, maddi tazmin ve benzeri giderimler şeklinde olabilir. Kolluk mevzuata ve Yüksek Savcılar Kurulunun yayınladığı prensiplere göre hareket etmek zorundadır. Soruşturma evresi savcının tekelindedir. Savcı, yeterli delil bulunmadığı hallerde, bir kişinin sehven şüpheli olarak kayıtlara girdiği hallerde, dava zamanaşımının dolması, şüphelinin ölümü, takibi şikâyete bağlı suçlarda şikâyetin geri alınması, şüphelinin ceza ehliyetinin bulunmaması, eylemin suç teşkil etmemesi, hukuka uygunluk veya mazeret sebeplerinin bulunması, delillerin yasadışı yöntemler ile elde edilmiş olması hallerinde takipsizlik kararı verebilecektir.¹⁶⁵

Savcı bazı durumlarda soruşturmayı takdirilik ilkesine göre sonlandırabilir. Suçun düşük öneme sahip olması, şüphelinin suça iştirak düzeyinin önemsiz boyutta kalması, suçun gerektirdiği ceza miktarının

163 Peter J.P. Tak, "Hollandalı Savcı: Bir Soruşturan ve Ceza Veren Görevli", *Küresel Bakış*, Mahmut Erdemli (Çev.), S. 12, 2014, s. 41 vd., Warner ten Kate (Openbaar Ministerie), **National Public Prosecutor's Office**, <http://www.swedenabroad.com/SelectImageX/230110/presentaionWtK.pdf>, (04.03.2016). nds

164 Hakan A. Yavuz, "Hollanda Adalet Sistemi Üzerine Notlar", *Adalet Dergisi*, S. 56, Eylül 2016, s. 27.

165 Tak, *Hollandalı Savcı: Bir Soruşturan ve Ceza Veren Görevli*, s. 48.



azlığı, suç tarihinin eski olması, şüphelinin çok genç ya da çok yaşlı olması, şüphelinin yakın zamanda başka bir suçtan mahkûm olmuş olması, suçun şüpheliyi de olumsuz etkilemesi, şüphelinin sağlık durumu, şüphelinin rehabilite edilme beklentisi ve bu beklentinin gerçekleşme ihtimali, şüphelinin hayat şartlarındaki değişiklik, şüphelinin bulunamayışı, şüphelinin tazminat ödemiş olması, mağdurun da suça tesir eden hareketleri, şüpheli ve mağdur arasında yakın bir ilişki bulunması halleri takdiri sebepler arasında değerlendirilen durumlardır.¹⁶⁶

Savcılık, soruşturmayı “ceza kararnamesi” ile bitirebilir. Ceza kararnamesi 6 yıl veya daha az hapis cezası gerektiren suçlar bakımından uygulanabilen alternatif bir uyuşmazlık çözüm yöntemidir. Savcı şüphelinin 180 saat ücretsiz çalışma cezası veya bir eğitim kursuna katılma, para cezası, el konulan eşyaların iadesinin geri bırakılması, hazine veya mağdur yararına bir miktar para ödenmesi, sürücü belgesinin 6 aya kadar geri alınması, 1 yıllık denetim süresi boyunca belirlenen talimatlara uymaya karar verebilir. Şüpheli bu karara itiraz ettiği takdirde savcı ya takipsizlik kararı verir ya da dava açar. Savcının hapis cezası verme yetkisi yoktur. AİHS’in 5’inci maddesi ve Anayasa’nın 113’üncü maddesi uyarınca bu yetki sadece mahkemelere tanınmıştır. Savcı duruşmalara katılır. Sanığa doğrudan soru sorma hakkı vardır. Savcı mahkemeye hitap ederken ayağa kalmak zorundadır.¹⁶⁷

E. İtalya

1. Teşkilatlanma

Ülkenin tamamında yetkili bir başsavcılık yoktur. Bunun yerine her bölgede yetkili ve görevli özerk başsavcılık teşkilatları kurulmuştur. Başsavcılıkların iç düzeninde bir hiyerarşi bulunmaktadır. Temyiz Mahkemesi nezdinde de bir başsavcılık bulunmaktadır. Taşradaki başsavcılıklar üzerinde herhangi bir hiyerarşik konumu bulunmamaktadır.¹⁶⁸

Savcılık hiyerarşisinde Adalet Bakanının bir yeri yoktur. Bakanın savcılara talimat verme, soruşturmalara müdahale etme yetkisi bulunmamaktadır. Bakanın yegâne görevi savcılığa maddi destek ve kaynak teminidir. Savcılık teşkilatını başsavcı temsil eder. Başsavcı, çalışma kriterleri ve grupları oluşturma, dosya tevzi ilkeleri belirleme

166 Jehle, *Savcılık Örgütü’nün Rolüne İlişkin Avrupa Çapında Bir Karşılaştırma*, s. 79.

167 Jehle, *Savcılık Örgütü’nün Rolüne İlişkin Avrupa Çapında Bir Karşılaştırma*, s. 79, Tak, *Hollandalı Savcı: Bir Soruşturan ve Ceza Veren Görevli*, s. 61.

168 <https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:r4Hpm58od08J:https://track.unodc.org/LegalLibrary/LegalResources/Italy/authorities/Italy%2520authorities.pdf+%cd=3&hl=tr&ct=clnk&gl=tr> (04.03.2016).



yetkisine sahiptir. Başsavcı, savcıdaki dosyayı alabilir. Basına açıklaması yapma yetkisi başsavcıya aittir.¹⁶⁹

2. Hukuki Statü ve Görevleri

Anayasa'da savcılık kurumu *Yargı* kısmının *Adliye Teşkilatı* bölümünde düzenlenmiştir. Hâkimler ile ilgili güvence ve haklar Anayasa'da düzenlenmiş olmasına rağmen savcılara dair güvenceler kanuna havale edilmiştir (Anayasa md. 107). Sanığın yargılama esnasında silahların eşitliği ilkesi uyarınca savcı ile aynı haklara sahip olduğu Anayasa'da ifade edilmiştir (Any. md. 111/3). Savcının ceza davası açmakla yükümlü olduğu hüküm altına alınmıştır (Any. md. 112).¹⁷⁰

Savcılar hâkim olmamakla birlikte hâkimlik statüsüne sahiptir. Talep doğrultusunda iki meslek arasında geçişler olabilmektedir. Mesleğe kabul ve özlük hakları yönünden aynı rejim uygulanmaktadır. Savcı yargı erki içinde kabul edilmektedir. Savcı emri altındaki adli kolluğa talimat verme yetkisine sahiptir. Şüphelinin lehine ve aleyhine olan delilleri tam bir tarafsızlık içerisinde toplamak zorundadır. Yargılama esnasında taraf sıfatına sahiptir. Savcı taraf olmakla birlikte tarafsız davranmakla yükümlüdür. Devam eden bir yargılamada ortaya çıkan delillerden sanığın beraat etmesi gerektiği sonucuna varılıyorsa savcı bu yönde mütalaada bulunur. Mütalaasının aksine çıkan kararı da temyiz eder. Savcı kamu yararı bulunan özel hukuk davalarına da katılır.¹⁷¹

Soruşturma savcının yönetiminde yapılır.¹⁷² Hak ve özgürlüklere müdahale halinde hâkime başvurulur. Savcıya tanınan statü şüpheliye önemli bir kanuni teminat sağlamaktadır. Savcı sürekli itham etme amacıyla değil tarafsızlık içerisinde hareket eder. Olayları bir hâkim gibi değerlendirir. İtalya'da savcılık kurumu diğer ülkelere kıyasla daha

169 <http://www.track.unodc.org/LegalLibrary/pages/LegalResources.aspx?country=Italy> (04.03.2016).

170 <http://www.adalet.gov.tr/duyurular/2011/eylul/anayasalar/ulkeana/pdf/10-%C4%B0TALYA%20319-354.pdf> (04.03.2016).

171 Caterina Scaccianoce, "The Principle of Mandatory Criminal Prosecution and the Independence of Public Prosecutors in the Italian Criminal Justice System", *ReAIDP / e-RIAPL*, <http://www.penal.org/sites/default/files/files/CATERINA%20SCACCIANOCE%20formateado.pdf> (04.03.2016), s. 3, Giuseppe Di Federico, "Recruitment, Professional Evaluation, Career and Discipline of Judges and Prosecutors in Italy", Giuseppe Di Federico (Ed.), **Recruitment, Professional Evaluation and Career of Judges And Prosecutors in Europe: Austria, France, Germany, Italy, The Netherlands And Spain**, Research Institute on Judicial Systems (IRSIG) National Research Council (CNR) Yayınları, Bologna/İtalya 2005, s.136, The Italian Judicial System, <http://www.csm.it/documenti%20pdf/sistema%20giudiziario%20italiano/inglese.pdf> (04.03.2016).

172 Julia Grace Mirabella, "Scales of Justice: Assessing Italian Criminal Procedure Through the Amanda Knox Trial", **Boston University International Law Journal**, Vol. 30, No. 1, 2012, s. 234.

bağımsız bir yapıdadır. İtalyan Anayasa Mahkemesi de verdiği bir kararda (15 Şubat 1991, no.88); kanunilik ilkesinin doğal bir sonucu olarak *savcılığın bağımsız olması gerektiğine* hükmetmiştir. Karara göre kanun önündeki eşitlik, kovuşturma mecburiyeti ile sağlanacak olup bu konuda yetki sahibi olan savcılığın da bağımsız olması zorunludur. Diğer güçlere bağlı olan bir savcılık kurumu bu hedefi gerçekleştiremez. Savcılık, sanık hakkında doğru bir karar verilebilmek için lehe olan delilleri de toplamakla görevli bir adalet organıdır.¹⁷³

1988 yılında yürürlüğe giren Ceza Muhakemesi Kanunu ceza yargılaması bakımından işbirliği sistemini benimsemiştir. Kara Avrupası sisteminin klasik bir örneği olan İtalya’da suçların niteliğine bakılmaksızın kovuşturma mecburiyeti ilkesi uygulanmaktadır.¹⁷⁴ Hâkim gerekli gördüğü takdirde yargılama evresinde delil toplayabilir. Kovuşturma mecburiyeti olmakla birlikte uygulamada savcılar bazı suçları soruşturmayabilmektedir. Bu da fiili bir durum yaratmaktadır. Kovuşturma mecburiyeti ilkesinin savcıları hesap sorulmaz hale getirdiği tartışılmaktadır. Savcıların yargı erkinden çıkarılması gerektiği şeklinde görüşler bulunmaktadır. Ayrıca öneriler arasında savcılara takdir hakkı tanınması da yer almaktadır. Takdirilikte keyfi uygulamaların da Yargı Yüksek Kurulunun yayımlayacağı kriterler ile önlenilebileceği belirtilmiştir.¹⁷⁵

F. İspanya

1. Teşkilatlanma

Savcılık kurumu Anayasa’nın 124’üncü maddesinde düzenlenmiştir.¹⁷⁶ Tüzel kişiliğe sahip olup yargı içinde fonksiyonel bir özerkliği vardır.¹⁷⁷

173 Scaccianoce, *The Principle of Mandatory Criminal Prosecution and the Independence of Public Prosecutors in the Italian Criminal Justice System*, s. 5.

174 Cumhuriyet Şahin, “Polis Tarafından Yapılan Sanık Sorgusunun Mukayeseli Hukukta Düzenlenişi”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 4, S. 1-2, 1994, s. 62.

175 Scaccianoce, *The Principle of Mandatory Criminal Prosecution and the Independence of Public Prosecutors in the Italian Criminal Justice System*, s. 7.

176 Anayasa’nın 124’üncü maddesi; “1. Diğer organlara verilen yetkilere hâle getirmeksizin, Cumhuriyet Savcılığının görevi, kendiliğinden veya ilgili tarafların talebi üzerine, kanunlarla korunan hukukun üstünlüğü, vatandaşların hakları ve kamu yararının savunulmasında adaletin işletilmesini geliştirmek ve bunun yanı sıra mahkemelerin bağımsızlığını korumak ve bunlar aracılığıyla toplum çıkarını gerçekleştirmektir. 2. Cumhuriyet Savcılığı, her durumda hukukun üstünlüğü ve tarafsızlık ilkelerine tabi olarak, davaların birliği ve hiyerarşik bağımlılık ilkeleri çerçevesinde kendi organlarıyla görev yapar. 3. Cumhuriyet Savcılığının kuruluş statüsü kanunla düzenlenir. 4. Cumhuriyet Başsavcısı, Hükümet tarafından aday gösterilir ve Hâkimler Genel Kuruluna danıştıktan sonra Kral tarafından atanır” şeklindedir.

<http://www.adalet.gov.tr/duyurular/2011/eylul/anayasalar/ulkeana/pdf/14-%C4%B0SPANYA%20533-584.pdf> (16.11.2015).

177 Yalçın Şahinkaya, “İspanya’da Hâkim ve Savcıların Eğitimi”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, S. 2, 2010, s. 162.



1981 tarihli *Savcılık Teşkilat Kanunu* Anayasa'ya uygunluk göstermektedir.¹⁷⁸ Savcılık kurumu meşruiyet ve tarafsızlık temelinde kovuşturma mecburiyeti ilkesine göre hareket eder.¹⁷⁹

Savcılık Teşkilat Kanunu'nun 12'nci maddesinde, savcılık teşkilatının bileşenleri düzenlenmiştir.¹⁸⁰ Buna göre savcılık teşkilatında; Başsavcılık¹⁸¹, Savcılık Divanı¹⁸², Yüksek Savcılar Kurulu¹⁸³, Bölgesel Başsavcılar Kurulu¹⁸⁴, Temyiz Mahkemesi nezdindeki savcılık¹⁸⁵, Anayasa Mahkemesi nezdindeki savcılık¹⁸⁶, Ulusal Mahkeme nezdindeki savcılık¹⁸⁷, ihtisas savcılığı¹⁸⁸, Denetim Mahkemeleri nezdindeki savcılık¹⁸⁹, askeri savcılık¹⁹⁰, Bölgesel Savcılık¹⁹¹, il savcılığı¹⁹² bulunmaktadır.

Savcılık divanı, savcılık mesleğini temsil eder. Başsavcı bu divanın başkanıdır. Divanda iki üyelik türü vardır. Bunlardan ilki tabii üyelik diğeri ise seçim yoluyla gelen üyelerdir. Temyiz mahkemesi nezdindeki başsavcı yardımcıları, divanın atanmış üyeleridir. Diğer 9 üye ise savcılık mesleğinden gelen kimselerdir. Bu üyeler, savcılar tarafından 4 yıl görev yapmak üzere seçilirler. Divanın temel görev ve sorumlulukları; talep halinde görüş bildirmek, uygulama birliği hususunda temel kriterler belirleme, devlet dairelerine atamada, terfide bilgi temin etme, savcılık hizmet ve uygulamalarında uygun ıslahlar yapılması hususunda teşvikte bulunma, kanun taslakları ve diğer mevzuatın savcılık yapısına etkisi hususunda rapor hazırlama, başsavcılar tarafından verilen disiplin kararlarına yönelik itirazları incelemektir.¹⁹³

178 https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/EOMF_English.pdf?idFile=737470a1-b220-445a-aa9c-ac241639e4d9 (16.11.2015).

179 Marcelo F. Aebi ve Marc Balcels, "The Prosecution Service Function within the Spanish Criminal Justice System", *European Journal on Criminal Policy and Research*, Vol. 14, Iss. 2, 2008, s. 312.

180 Prosecutor General's Office, *The Prosecution Service Organic Statute*, https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/ley24_2007_ingles.pdf?idFile=384035c2-92e7-4c2d-a752-e5c74356cbab, (04.03.2016).

181 The Prosecutor General.

182 The Prosecution Council.

183 The Board of High Prosecutors.

184 The Board of Chief Regional Prosecutors.

185 The Prosecutor's Office at the Supreme Court.

186 The Prosecutor's Office at the Constitutional Court.

187 The Prosecutor's Office at the National Court.

188 The Special Prosecutor's Offices.

189 The Prosecutor's Office at the Court of Auditors, which will be governed by that court's constitutional act.

190 The Armed Forces Prosecutor's Office.

191 The Regional Prosecutor's Offices.

192 The Provincial Prosecutor's Offices.

193 https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Spanish_prosecution_Service_English.pdf?idFile=5bbc6fc3-591f-47cf-9dc2-c13b3faf01ab (16.11.2015).



Yüksek Savcılar Kurulu teknik bir organdır. Başkanı yine başsavcıdır. Diğer mensuplar Temyiz Mahkemesi başsavcı yardımcısı ve yüksek savcılardır. Kurulun temel görevleri; başsavcıya doktrin ve teknik açıdan destek sağlamak, yasal işlemler hususunda standart belirleme, yorum yapma, teşkilata bildirilen görüşleri hazırlama, hükümete sunulacak raporları hazırlamaktır.¹⁹⁴

Bölgesel Başsavcılar Kurulu, başsavcı tarafından yönetilir. Başkanı başsavcıdır. Diğer mensuplar Temyiz Mahkemesi başsavcı yardımcısı, üst savcılar ve başsavcı genel sekreteridir. Başsavcı genel sekreteri de savcı sınıfındadır. Bu Kurulun amacı savcılıkların ülke genelinde uygulama birliğini sağlamaktır.¹⁹⁵

Temyiz Mahkemesi nezdindeki savcılık, en yüksek mahkeme olan Temyiz Mahkemesi nezdinde görev yapar. Savcılık mahkemeye paralel bir görev dağılımına sahiptir (Ceza, hukuk, idari, askeri, sosyal). Buradaki savcılığın temel sorumluluğu, olağanüstü temyiz taleplerini ve yerel mahkemelerden gelen kararları incelemektir.¹⁹⁶

Anayasa Mahkemesi, ülkenin tamamında yargılama yetkisine sahiptir. Anayasaya aykırılık ve bireysel hak ihlalleri hususundaki başvuruları inceler. Savcılık makamı da bu sürecin bir parçası konumundadır.¹⁹⁷

Ulusal Mahkeme nezdindeki savcılık, bütün ülke çapında ceza yargılaması yetkisini sahip olan ulusal mahkemede görevlidir. Bahse konu mahkeme terör suçları, idari ve sosyal çekişmeler konusunda yetkilidir.¹⁹⁸

İhtisas savcılığı; uyuşturucu madde ticareti, kara para aklama, yolsuzluk ve organize suçluluk ile ilgili soruşturmaları yönetir. Bu konuda ülke genelinde koordinasyon görevini üstlenir ve böylece farklı savcılıklar arasındaki uyumu sağlar.¹⁹⁹

Denetim Mahkemeleri nezdindeki savcılık, anayasal bir kurum olan denetim mahkemesi yanında yer alır. Devletin hesap ve finansal yönetimini denetleyen en üst düzeydeki mahkemedir.²⁰⁰

194 Council of Europe, "Fourth Evaluation Round 'Corruption Prevention in respect of Members of Parliament, Judges and Prosecutors' Evaluation Report Spain", Strasbourg 2013, s. 34 vd.

195 Council of Europe, Fourth Evaluation Round 'Corruption Prevention in respect of Members of Parliament, Judges and Prosecutors' Evaluation Report Spain, 34 vd.

196 Council of Europe, Fourth Evaluation Round 'Corruption Prevention in respect of Members of Parliament, Judges and Prosecutors' Evaluation Report Spain, 34 vd.

197 Council of Europe, Fourth Evaluation Round 'Corruption Prevention in respect of Members of Parliament, Judges and Prosecutors' Evaluation Report Spain, 34 vd.

198 Council of Europe, Fourth Evaluation Round 'Corruption Prevention in respect of Members of Parliament, Judges and Prosecutors' Evaluation Report Spain, 34 vd..

199 Council of Europe, Fourth Evaluation Round 'Corruption Prevention in respect of Members of Parliament, Judges and Prosecutors' Evaluation Report Spain, 34 vd.

200 Council of Europe, Fourth Evaluation Round 'Corruption Prevention in respect of Members of Parliament, Judges and Prosecutors' Evaluation Report Spain, 34 vd.



Askeri savcılık, askeri yargılamanın bir neticesi olarak ortaya çıkmıştır. Anayasa'nın 117/5'inci maddesinde yargının birliğinden bahsedilmiş ancak bu temel ilkenin yanısıra askeri konular ile sınırlı kalmak kaydıyla askeri yargılama teşkilatına da izin vermiştir. Bu husus 1987 tarihli Askeri Yargılama ve Teşkilat Kanunu'nda da hüküm altına alınmıştır. Askeri savcılık görevi profesyonel savcılar tarafından yerine getirilmemektedir. Askeri savcılık teşkilatının başında askeri başsavcı, genel denetçi ve meslekten bir yüksek savcı bulunur. Merkezi Madrid'de bulunan askeri savcılık, ülke çapında yetkilidir.²⁰¹

Bölgesel savcılık ve *il savcılığı* kendi başsavcıları tarafından yönetilen, başsavcı yardımcısı ve yüksek savcısı bulunan savcılıklardır. Bölgesel teşkilatlarda istatistik, bilgi teknolojisi, tercüme, personel yönetimi gibi teknik destek birimleri de bulunur.²⁰²

2. Hukuki Statü ve Görevleri

Ülkedeki savcılık teşkilatının en tepesinde *başsavcı* vardır. Başsavcı, Yüksek Yargı Kurulunun onayı, hükümetin önerisi ile Kral tarafından dört yıl görev yapmak üzere atanır. Başsavcının asgari 15 yıllık bir çalışma tecrübesine sahip olması gerekir. Başsavcı bağımsızlık ve tarafsızlık içerisinde hareket eder. Hükümetten, idareden ve diğer yargı organlarından talimat almaz. Ancak hükümet kamu yararının korunması amacıyla başsavcıdan dava açmasını isteyebilir. Böyle bir talep halinde başsavcı Yüksek Savcılar Kurulundan görüş ister ve bu görüş doğrultusunda talebin haklılığı ve meşruiyeti hakkında karar verir. Başsavcı, görüşlerini teşkilata genelge, yönerge veya görüş şeklinde gönderir. Başsavcılıkta teftiş kurulu, sekreteryaya ve destek birimi bulunur. Başsavcılıkta yüksek ihtisas savcıları bulunur. Bunların görevleri alt konumdaki savcıları belli konularda yönlendirme ve denetlemektir. Söz konusu alanlar; kadına şiddet suçları, bölgesel planlamaya-tarihi mirasa-çevreye-orman yangınlarına ilişkin suçlar, çocukların korunması ve ıslahı, iş kazaları, yol güvenliği ve yabancılardır.²⁰³

201 Council of Europe, Fourth Evaluation Round 'Corruption Prevention in respect of Members of Parliament, Judges and Prosecutors' Evaluation Report Spain, 34 vd.

202 Council of Europe, Fourth Evaluation Round 'Corruption Prevention in respect of Members of Parliament, Judges and Prosecutors' Evaluation Report Spain, 34 vd.

203 Council of Europe-Consultative Council of European Prosecutors (CCPE), "Questionnaire with a view of the preparation of Opinion No. 7 on the management of the means of the prosecution services Replies from Spain", Strasbourg 2012, s. 2, https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Spanish_prosecution_Service_English.pdf?idFile=5bbbc6fc3-591f-47cf-9dc2-c13b3faf01ab (16.11.2015).



Savcıların ceza yargılamasındaki başlıca görevleri; ceza davaları ve bu davalar ile birlikte açılan tazminat davalarının bütün aşamalarına katılmak, mağdurların etkin şekilde korunmasını sağlamak, resmi şikâyetler ile ilgili soruşturma başlatıp duruma göre dava açmak veya erteleme kararı vermek, ceza infaz kurumlarını denetlemektir.²⁰⁴

Hukuk yargılamasındaki başlıca görevleri; fiziksel veya ruhsal bakımdan ehliyetsiz olanlar ile ilgili davalara katılmak, bu kişilerin kaldığı tedavi merkezlerini ziyaret etmek, evliliğin iptali davalarını açmak, bu davalara katılmak, ayrılık ya da boşanma davalarında ilgililerden birisi çocuk ya da engelli ise bu davalara katılmak, ebeveynliğin belirlenmesi davalarına katılmaktır. İdari davalardaki başlıca görevleri; görevsizlik ve yetkisizlik hususunda ilgili mahkeme huzurunda görüş bildirmek, kamu yararına itirazlarda bulunmak, temel hakların ihlali halinde, davaya katılmaktır.²⁰⁵

G. İsviçre

1. Teşkilatlanma

İsviçre 26 kantondan ibaret olup savcılık uygulamaları yönünden farklılıklar bulunmaktadır. Anayasa'nın 123'üncü maddesinde yapılan değişiklik ile ceza ve ceza muhakemesi hukukuna dair yasama yetkisi merkezi idare olan Konfederasyona verilmiştir. Böylelikle ülke çapında ortak bir uygulama yapılması amaçlanmaktadır. Her kantonda ayrı ceza muhakemesi kanunu bulunmaktadır. Federal düzeyde 3 ceza muhakemesi kanunu bulunmaktadır.²⁰⁶

204 The Spanish Public Prosecution Service, PPT, http://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/21502/2/The_Spanish_Public_Prosecution_Service.pdf, (04.03.2016).

205 The Spanish Public Prosecution Service, PPT, http://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/21502/2/The_Spanish_Public_Prosecution_Service.pdf, (04.03.2016).

206 İsviçre'de kantonlar bazında uygulanan 4 soruşturma yöntemi bulunmaktadır. Bunlardan ikisi sorgu hâkimliği temelinde diğer ikisi ise savcılık temelinde yürümetedir.

İlk sorgu hâkimliği sisteminde, soruşturma bağımsız sorgu hâkimi tarafından yürütülmektedir. Adli kolluk sorgu hâkiminin denetimi altındadır. Hâkim soruşturmaya kendi inisiyatifi ile başlar. Savcılık makamı sorgu hâkimine talimat veremez. Savcılık soruşturmanın tarafı konumundadır. Savcı soruşturmanın sonunda iddianame düzenleyip mahkemede iddia makamın temsil etmekle yükümlüdür.

İkinci sorgu hâkimliği sisteminde; sorgu hâkimi ve savcı soruşturmayı ortak yürütür. Sorgu hâkimliği savcılığın talepleri doğrultusunda hareket eder. Bazı kantonlarda sorgu hâkimine soruşturmayı sonlandırma ya da şüpheliyi itham etme yetkisi verilmiştir. Kimi yerlerde ise sadece sorgu yapma ve soruşturmayı sonlandırma yetkisi verilmiştir. Birçok kantonda itham ve duruşmaya katılma yetkisi sadece savcılık makamına tanınmıştır.

İlk savcılık sisteminde, savcının yanısıra sorgu hâkiminin müdahaleleri bulunmaktadır. Sorgudan önceki evre savcılık tarafından yönetilir. Sorgu safhasında ise savcı, sorgu



Savcılık teşkilatı kantonlarda hükümete tâbi olup başsavcı tarafından idare edilir. Başsavcı denetim, talimat yayımlama, astı konumundaki kişilerin yayımladığı talimatları kaldırma yetkisine sahiptir. Ceza ve ceza muhakemesi hukukunda ortak uygulamanın yerleşmesini sağlar. Başsavcı savcılar arasında işbölümü yapma, soruşturmaları denetleme ve ceza yargılamasında ortak uygulamanın oturmasını sağlama gibi görevlerini devredebilme yetkisine sahiptir. Başsavcılıkta ceza soruşturmaları bürosu, genel bölüm, ekonomik suçlar bölümü ve çocuk suçları bölümü bulunur. Her birimin başında sorumlu bir savcı bulunur.²⁰⁷

Soruşturma bürosunun temel görevi; gelen bildirimler ve raporlar doğrultusunda soruşturma başlatmak, gerekli tedbirleri almak, maddi gerçeği ortaya çıkarmak, delilleri toplamak ve failleri yakalamaktır. Şüpheli veya tanıkları dinler, gerekli hallerde şüpheliyi tutuklama istemiyle hâkime sevk eder, mahkeme heyetinin oluşumunu temin eder. Bilgi-işlem birimi, adli tıp laboratuvarı, uyuşturucu birimi yardımcı birimlerdir. Adli tıp yangın tahkikatları, yazı kıyaslama gibi hususlarda uzman görüşü sunar.

Genel bölümünün görevi soruşturma hakkında karar vermektir. Genel bölüm bazen ek soruşturma yapılmasını talep eder. Soruşturmanın tamamlandığına kanaat getirildiği takdirde; dava açma, düşme veya feragat şeklinde karar verilir. Kamu davasını açan birim genel bölümdür. Bu bölümde savcılar, savcı yardımcıları, akademik personel, soruşturma personeli, memurlar ve aday memurlar görev yapar.

Ekonomik suçlar bölümü; karmaşık nitelikteki ekonomik suçları soruşturur ve dava açılması halinde iddia makamını temsil eder. Bu bölümde savcılar, adli personel ve denetim birimi bulunur.

hâkimliğinden sorgu yapmasını ister. Sorgu esnasında savcının hâkime talimat verme yetkisi bulunmamaktadır. Sorgudan sonra hâkim dosyaları savcılık makamına devreder. Savcılık itham etme veya takipsizlik kararı vermeye yetkilidir.

İkinci savcılık sisteminde, sorgu hâkimliği yoktur. Savcı soruşturmanın efendisi konumundadır. İtham etme, soruşturma, kolluğa talimat verme yetkisine sahiptir. Bu modelin en büyük özelliği sorgu ve itham işlemlerini farklı kişilere yaptırmamasıdır. Böylelikle zaman, personel ve emek israfının önüne geçilmiş olmaktadır. Bkz. Gwladys Gilliéron ve Martin Killias, "The Prosecution Service Function within the Swiss Criminal Justice System", **European Journal on Criminal Policy and Research**, Vol. 14, Iss. 2, 2008, s. 333..

- 207 Akila Taleb ve Thomas Ahlstrand, "The Public Prosecutor, its Role, Duties and Powers in the Pre-Trial Stage of the Criminal Justice Process – A Comparative Study of the French and the Swedish Legal Systems", **International Review of Penal Law**, Vol. 82, 2011, s. 538, Gilliéron ve Killias, **The Prosecution Service Function within the Swiss Criminal Justice System**, s. 336 vd.



Çocuk suçları bölümü; çocuklar ve ergenler tarafından işlenen suçları soruşturur, kovuşturma evresinde iddia makamını temsil eder. Bu bölümde savcılar, adli tıp uzmanları, sosyal çalışmacılar ve kâtipler görev yapar.

2. Hukuki Statü ve Görevleri

Savcılık yürütme erki içerisindedir.²⁰⁸ Cezalandırma yetkisinin bir yürütme işlemi olduğu ve savcılığın da bu erk adına hareket ettiği kabul edilmektedir. Savcıların atanmaları yürütme tarafından gerçekleştirilmektedir. Savcılık teşkilatının hiyerarşik yapısı aynı zamanda talimat verme silsilesini de ortaya koymaktadır. Bu talimat genel olabileceği gibi somut bir olaya ilişkin de olabilir. Hatta takdir hakkının kullanılabilirdiği soruşturmalarda da geçerli olan bir uygulamadır. Kanton hükümeti savcılık teşkilatına bir soruşturmaya başlaması yönünde talimat verebilir. Ancak devam eden bir soruşturmanın sona erdirilmesi şeklinde bir talimat veremez. Hükümetin hukuk ve yasa ile sınırlandırıldığı kabul edilmektedir. Devam eden bütün soruşturmalar ile ilgili olarak aylık raporlar alınır. Bunun yanı sıra savcılar Nisan ve Ekim aylarında birikme (teraküm) hususunda rapor vermek zorundadır. Başsavcı Ekim ayında verilen rapor ışığında teftiş yapılmasını sağlar. Teftişin amacı dosya yığılmasını tespit ve tıkanıklığı çözücü müdahalenin yapılmasıdır. Kanton hükümeti adalet komisyonunun da onayı ile savcılık teşkilatının faaliyetlerini denetler. Savcılık ve adalet komisyonu hükümeti bilgilendirir.²⁰⁹

Savcı iddianame ile kamu davasını açar (Basel Ceza Muhakemesi Kanunu md. 111). Mahkeme iddianamede anlatılan fiil ve fail ile bağlıdır. İddianamede yer almayan bir eylemin yargılama konusu edilmesi söz konusu olamaz. *İtham ve değişmezlik* kuralı uyarınca iddianamede fiilin iyi anlatılması gerekir. Mahkeme, savcının vasıflandırması ile bağlı değildir. Ancak suç vasfının değişme ihtimali varsa mahkeme bu konuda gerekli hatırlatmayı yapıp sanığa ek savunma hakkı vermek zorundadır. Şüphelinin iddianameye itiraz etmesi şeklinde bir kanun yolu öngörülmemiştir.²¹⁰

208 CEPEJ, Report on "European Judicial Systems – Edition 2014 (2012 data): Efficiency and Quality of Justice", s. 292.

209 Yıllık bütçe ve hesaplar, özel davalara ilişkin raporlar (kamu görevlisi, noter veya herhangi bir yetkili hakkında yürütülen ceza soruşturması), dönemsel teraküm raporları, ziyaret raporları Adalet Bakanına sunulur. Daha fazla bilgi için bkz. Gilliéron ve Killias, *The Prosecution Service Function within the Swiss Criminal Justice System*, s. 339.

210 file:///C:/Users/ab107660/Downloads/Swiss_CPC_2007_am2015_en%20(1).pdf (04.03.2016).



Ceza yargılamasında, hâkim dava dosyasının okumadan duruşmaya çıkar. Hâkimin herhangi bir önyargı olmaksızın davayı değerlendirmesi amaçlanmaktadır. Dava ile ilgili sadece elde edilen delil listesi hâkime verilir. Bu liste savcıya, sanığa ve müdafisine de gönderilir. Savcılık duruşmada iddia makamını temsil eder ve taraf mahiyetindedir. Temyiz hakkına sahiptir. Savcı sanık lehine temyizde bulunmuş ise aleyhe bozma yapılamaz. Bireysel başvuru hakkı gerçek kişilere ve sınırlı durumlarda tüzel kişilere tanınmıştır. Hak ihlalinin bahisle savcının bireysel başvuru yoluna gitme hakkı yoktur. İsviçre ceza muhakemesi hukukunda kovuşturma mecburiyeti bulunmakla birlikte bazı durumlarda maslahata uygunluk ilkesi de kabul edilmektedir. Savcılık teşkilatı yeterli şüphenin oluşmadığı durumlarda dava açmaz. Bunun yanı sıra şüpheli tarafından işlenen suçun sonuçları önemsiz ise dava açmaktan kaçınılabılır (İsviçre Ceza Muhakemesi Kanunu md. 52). Yine şüpheli, suçtan kaynaklı zararı gidermiş ise dava açılmayabilir (md. 53). Bu kural bütün suçlar bakımından geçerli değildir. Kanun'un 42'inci maddesinde belirtilen şartları taşıyan suçlar bakımından uygulanacaktır. Şüpheli işlediği suçun sonuçlarından ciddi bir şekilde etkilenmiş ise dava açılmayabilir (md. 54). Soruşturma evresinin sevk ve idaresi savcıya aittir. Ancak bazı durumlarda hâkim kararı gerekmektedir. Örneğin tutuklama, takip ve izleme, gizli soruşturmacı görevlendirilmesi gibi tedbirlere karar verme yetkisi hâkime aittir. Hâkim bu kararları savcının talebi üzerine verir. Savcılık tarafından verilen takipsizlik kararlarına 10 gün içerisinde itiraz edilebilir. İtiraz mercii tarafından itirazın reddi halinde soruşturma nihayete ermiş olur. İtirazın kabulü durumunda, savcılık makamı dava açmak ya da soruşturmayı genişleterek yeniden karar vermek zorundadır.²¹¹

H. Portekiz

1. Teşkilatlanma

Savcılık teşkilatlanmasında 3'lü bir yapı bulunmaktadır: ülke başsavcılığı, bölge başsavcılığı ve il savcılığı. Teşkilatta başsavcı, başsavcıvekili, başsavcı yardımcıları, il savcıları, il savcı yardımcıları ve danışmanlar bulunmaktadır.²¹²

Başsavcıyı atama ve görevden alma yetkisi hükümetin önerisi ile Cumhurbaşkanına aittir (Any. md. 133). Başsavcının görev süresi 6 yıldır.

211 Gilliéron ve Killias, *The Prosecution Service Function within the Swiss Criminal Justice System*, s. 340 vd.

212 <http://ministerio-publico.pt/o-que-e/?lang=en> (04.03.2016).



Başsavcılıkta, yönetim kurulu, danışma kurulu, teftiş kurulu, teknik ve idari destek birimleri bulunur. Başsavcılık savcılarının atama, terfi, disiplin işlemlerini yerine getirir. Bütün savcılık teşkilatları üzerinde, talimat vermeyi de kapsayan bir hiyerarşik üstünlüğe sahiptir. Meclis veya hükümetin talebi üzerine tavsiye niteliğinde görüş hazırlar.²¹³

Başsavcının görevleri başsavcılık makamını temsil etmek, yasaların anayasaya aykırılığına ilişkin Anayasa Mahkemesine başvurmak, savcılara talimat vermek, denetlemek, devletin taraf olduğu sözleşmelere müdahalede bulunmaktır.²¹⁴

Her yargı çevresinde bir bölge başsavcılığı bulunur. Lisbon, Porto, Coimbra ve Évora'da bölge başsavcılığı vardır. Bölge başsavcılığının temel görevleri; demokratik düzeni korumak, bölgedeki savcılık teşkilatını koordine etmek, savcılık faaliyetlerinin yeknesaklaştırılması hususunda ülke başsavcısına teklifte bulunmak, ceza siyaseti organlarını koordine etmek, ceza ve güvenlik tedbirlerinin infazının hukuka uygunluğunu denetlemek, bu hususta gerektiğinde açıklama istemek ve teftiş talebinde bulunmak, doktrin ve içtihat hukukuna yönelik çalışmaları yerine getirmek, suçluluğun geleceği ile ilgili diğer ceza siyaseti organları ile koordineli bir çalışma yapmak, yıllık eylem ve ilerleme cetveli hazırlamak ve kanunda öngörülen diğer görevleri yerine getirmektir.²¹⁵ Bölge başsavcılığının başında bölge başsavcısı bulunur. Başsavcı, yokluğunda kimin vekil olarak görev yapacağını belirler. Eğer böyle bir belirleme yoksa en kıdemli savcı bu vazifeyi yerine getirir.²¹⁶

İllerdeki yargı çevresinde savcılık teşkilatı bulunur. 23 yerde il savcılığı bulunmaktadır. İlin büyüklüğüne göre bir veya birden fazla savcılık teşkilatı olabilir. Teşkilat, il savcısı tarafından temsil ve idare edilir. Savcılığın temel görevleri ilk derece mahkemelerinde savcılık makamını temsil etmek, sosyal bütünleşme ve ceza siyaseti organları ile eşgüdüm halinde çalışmak, muhakeme kanununda öngörülen kararları vermektir.²¹⁷

213 <http://www.adalet.gov.tr/duyurular/2011/eylul/anayasalar/ulkeana/pdf/13-PORTEK%C4%B0Z%20439-532.pdf> (04.03.2016).

214 <http://ministerio-publico.pt/o-que-e/?lang=en> (04.03.2016).

215 Council of Europe-Consultative Council of European Prosecutors (CCPE), "Questionnaire with a view of the preparation of Opinion No. 7 on the management of the means of the prosecution services Replies from Portugal", Strasbourg 2012, s. 2 vd.

216 <http://ministerio-publico.pt/o-que-e/?lang=en> (04.03.2016).

217 <http://ministerio-publico.pt/o-que-e/?lang=en> (04.03.2016).

2. Hukuki Statü ve Görevleri

Savcılık kurumu anayasal güvence altındadır (Any. md. 219-220),²¹⁸ Savcılık teşkilatı 1986 tarihli Savcılık Teşkilat Kanunu (PSTK)'nda düzenlenmiştir.²¹⁹ Savcı devleti temsil eder, kamu yararını korur, egemenlik organlarının belirlediği ceza siyasetinin uygulanmasında rol alır, kanunilik ilkesi uyarınca adli soruşturmaları yürütür, demokratik meşruiyeti korur (PSTK md. 1).²²⁰ Savcılık teşkilatının özerkliği; *yasallık ve meşruluk* kriterleri uyarınca ortaya çıkmaktadır. Hangi talimatlara karşı sorumlu oldukları PSTK'da hüküm altına alınmış ve sınırlı olarak düzenlenmiştir.

218 OECD Directorate for Financial and Enterprise Affairs, **Portugal: Phase 2 Follow-up Report on the Implementation of the Phase 2 Recommendations on the Applications of the Convention and the 1997 Revised Recommendation on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions**, Fransa 2009, s. 21.

Anayasa'nın, "Fonksiyonları, statüsü ve rolü " başlıklı 219'uncu maddesi;

"1. Cumhuriyet savcılığı, Devleti temsil etmek ve kanunun belirttiği çıkarları korumakla ve bir sonraki fıkradaki hükümlere dayanarak, egemenlik yetkilerini kullanan organların tanımladığı ceza politikasının uygulanmasına katılmaktan, kanunilik ilkesi uyarınca ceza davasının takibatını yapmaktan ve demokratik hukuk düzenini savunmaktan sorumludur.

2. Cumhuriyet savcılığı, kanunun belirttiği kendi statüsüne ve özerkliğe sahiptir.

3. Kanun, özellikle askeri suçlar içeren davalarda Cumhuriyet savcısına özel yardım biçimleri sağlar.

4. Cumhuriyet savcılığı memurları sorumlu adliye memurlarıdır, hiyerarşiye tabi ve onun bir parçasıdır ve kanunda belirtilen haller dışında nakledilemez, açığa alınamaz, emekli edilemez ve azledilemezler.

5. Cumhuriyet savcılıklarının atanma, görevlendirme, nakil ve terfileri ve kendilerine uygulanacak disiplin hükümleri Cumhuriyet Başsavcılığının sorumluluğundadır."

şeklinde,
220'inci maddesi;

"1.Cumhuriyet Başsavcılığı, Cumhuriyet savcılıklarının üst organıdır ve kanunla belirlenen yapı ve sorumlulukları vardır.

2. Cumhuriyet Başsavcılığına Başsavcı başkanlık eder ve Cumhuriyet Meclisince seçilen üyeler ve savcıların kendi aralarından seçtikleri üyelerden oluşan Cumhuriyet Savcılar Yüksek Kurulunu içinde barındırır.

3. 133'üncü maddenin m) bendi hükümleri saklı kalmak üzere, Cumhuriyet Başsavcısının görev süresi altı yıldır." şeklindedir.

<http://www.adalet.gov.tr/duyurular/2011/eyul/anayasalar/ulkeana/pdf/13-PORTEK%C4%B0Z%20439-532.pdf> (04.03.2016).

Portekiz Cumhuriyeti üniter bir devlet olup yönetim şekli Cumhuriyettir. Azor Adaları ve Madeira takımadaları kendi siyasi ve idari statüleriyle ve özyönetim kurumları ile özerk bölgelerdir. Egemenlik halk adına 4 kuvvet arasında taksim edilmiştir: Cumhurbaşkanı, meclis, hükümet ve mahkemeler (Anayasa md. 110). Bkz. <https://tr.wikipedia.org/wiki/Portekiz> (04.03.2016).

219 <http://www.gddc.pt/legislacao-lingua-estrangeira/english/8182-law-60-ing.html> (04.03.2016).

220 Kanunilik ilkesi kovuşturma mecburiyeti ile eş anlamlıdır. Bkz. Feridun Yenisey, "Ceza Muhakemesi Stijelerinin İradelerinin Ceza Muhakemesinin Yürüyüşüne Etkisi Sorunu", **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi (Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan)**, C. 19, S. 2(Özel Sayı), 2013, s. 454, Handan Yokuş Sevük, "Çocuk Yargılaması Hukukunda Hazırlık Soruşturması", **Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.8, S. 1-2, 2004, s. 225.



Savcılık teşkilatı adalet yönetimi içerisinde olmakla beraber yürütme erkine dâhildir. Savcılar bağımsızlık dışında, yargıçlara benzer bir konuma sahiptir. Her zaman tarafsız, adil ve hukuka uygun hareket etmek zorundadırlar. Savcılar mesleğe savcı yardımcısı olarak başlayıp sonrasında savcı ve başsavcı yardımcısı olur. Savcılığın temel amacı kanun önünde eşitliği, demokratik hukuk kurallarına uymayı sağlamaktır. Bu husus Anayasa'da ve kanunlarda hüküm altına alınan bir yükümlülüktür. Savcılık teşkilatı yerel, bölgesel ve merkezi idare bakımından; yasama, yürütme ve yargı erklerinden bağımsızdır. Savcılığın kendi içerisinde bir hiyerarşik yapısı bulunmaktadır. Teşkilat içerisinde savcılar özerktir. Meşruluk ve objektiflik kriterleri ile bağlı olup üstlerinden gelen hukuka uygun emir ve talimatlara riayet ederler. Savcılar verilen emrin yazılı halde verilmesini talep edebilirler. Eğer talimat somut bir dosyaya özgü ise her zaman yazılı olmak zorundadır. Savcı hukuka aykırı talimatları reddetmek zorundadır. Buna karar verirken kendi hukuk bilinci ile hareket eder.²²¹

Önemli suçlara dair soruşturmalar savcı tarafından yapılır. Daha hafif nitelikteki suç soruşturmaları ise kolluğa yaptırılabilir.²²² Soruşturma evresini yürüten savcı yeterli delile ulaşması halinde kamu davasını açar. Şüpheli sorguya alınmış ise iddianamenin en geç 10 gün içerisinde düzenlenmesi gerekir. İddianamede şüphelinin kimlik bilgileri, isnada konu eylem, istenen ceza, suçun işlendiği yer, zaman, sevk maddeleri, tanık listesi, bilirkişilerin isimleri, tarih-imza yer alır (Ceza Muhakemesi Kanunu md. 283).²²³

I. Polonya

1. Teşkilatlanma

Savcılık teşkilatı başsavcı, ulusal savcılık birimi, istinaf savcılıkları, il savcılıkları, ilçe savcılıkları ve ulusal hatırat savcılıklarından oluşmaktadır. Sivil savcılıklar dışında askeri savcılıklar da bulunmaktadır. Askeri savcılıklar genel bir başsavcı ile bölge ve garnizon savcılıklarından oluşmaktadır. Başsavcı ulusal savcılarının, sivil savcılık teşkilatlarının, askeri savcılık teşkilatlarının, ulusal hatırat savcılığının amiri konumundadır. Ulusal savcılık teşkilatının başındaki başsavcı savcılarının üstü konumundadır. Ulusal savcılık Adalet Bakanlığının bir parçasıdır. Başsavcı savcılar arasında görev taksimi yapar. Bu savcılığın temel görevleri, uluslararası ilişkilere dair ceza soruşturmaları, iade davaları,

221 <http://ministerio-publico.pt/ministerio-publico-e-o-estado/?lang=en> (15.12.2015).

222 United Nations, **Conference of the States Parties to the United Nations Convention against Corruption**, Panama 2013, s. 2.

223 http://www.gddc.pt/codigos/code_criminal_procedure.html (04.03.2016).



Avrupa tutuklama emirleri hususundadır. Ulusal savcılık teşkilatı, istinaf savcılıklarını kısmen denetler ve bazı soruşturmalarda talimat verme yetkisine sahiptir.²²⁴

İstinaf başsavcıları kendi teşkilatındaki savcılar, bölge savcıları ve ilçe savcıları üzerinde hiyerarşik yetkiye sahiptir. İlçe savcısı ilçedeki savcılık teşkilatını idare eder. Ulusal hatırat savcılıkları, komünist rejim döneminde işlenmiş suçları, Nazizm eseri suçları, barışa ve insanlığa karşı suçları soruşturmakla görevlidir. Hiyerarşide, alt kademedeki savcı yukarıdan gelen talimata uymak mecburiyetindedir. Talimat somut bir davayı ilgilendiriyorsa ya da usuli bir işleyişe etki ediyorsa, savcının talep etmesi halinde üst konumdaki savcı talimatını yazılı ve gerekçeli olarak vermek zorundadır. Söz konusu yazılı talimat dosyada muhafaza edilir. Savcının bir davayı açıp açmamasına sadece doğrudan tâbi olduğu başsavcı müdahale edebilir. Savcı, üstlerinden gelen talimatı yerine getirmek istemezse; değiştirilmesini veya görevden azlini talep edebilir. Bu konuda karar verme yetkisi başsavcıya aittir. Başsavcı, yetkilerinin bir kısmını yardımcısına devredebilir. Kanunda aksi belirtilmedikçe başsavcı, yardımcısının görevlerini bizzat yapabilir.²²⁵

2. Hukuki Statü ve Görevleri

Savcılık Anayasa'da düzenlenmemiştir.²²⁶ Savcılık kurumunun en tepesinde hiyerarşik bakımdan Adalet Bakanı bulunur ve başsavcı görevini icra eder. Bütün savcıların amiri olarak savcılık faaliyetlerini denetleme, talimatlar yayımlama, ceza infaz kurumlarını, noterleri, icra dairelerini denetleme yetkisine sahiptir. Ancak bu yetki savcının yaptığı işlemin içeriğine doğrudan bir müdahale ve yetki gaspı şeklinde olamaz. Ceza soruşturmalarının yapılması hususunda klavuz yayımlamak da yetkileri arasındadır. Savcılık kurumu yürütme erkine tâbidir. Adalet Bakanı savcıları atama ve görevden alma, savcılık birimi kurma ya da kaldırma, uluslararası soruşturma yapan savcılık biriminin iç düzenini belirleme, savcılıkların çalışma usullerini belirleme yetkisini sahiptir. Siyasi bir kişi olan Adalet Bakanının fiili bir savcılığı da beraberinde yürütmesi bazı kaygıları gündeme getirmiştir. Hükümet temsilcisi olan Bakanın, mensubu olduğu hükümet politikaları aleyhine bir tasarrufta

224 Julita Sobczyk, "The Public Prosecution Authority in Poland –Organization and Tasks in Combating Crime", <http://www.csd.bg/artShow.php?id=7166> (04.03.2016), s. 82.

225 Julita Sobczyk, "The Public Prosecution Authority in Poland –Organization and Tasks in Combating Crime", <http://www.csd.bg/artShow.php?id=7166> (04.03.2016), s. 85, Lech Paprzycki, "Polonya'da Savcılık Kurumunun Örgütlenme ve İşleyiş Biçimi, Değişim Perspektifleri", **Bir Adli Organ Olarak Savcılık Sempozyumu (Ankara 7-9 Temmuz 2006)**, Burak Çelik (Çev.), Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara 2006, s. 28 vd.

226 <http://www.adalet.gov.tr/duyurular/2011/eylul/anayasalar/ulkeana/pdf/12-POLONYA%20385-438.pdf> (04.03.2016).



bulunması veya başında bulunduğu savcılık teşkilatının hükümet aleyhine bir eylemde bulunması mümkün görünmemektedir. Elli yıl boyunca komünist rejim ve tek parti yönetimi tarafından idare edilen ülkede, bahse konu kaygı ciddi bir anlam ifade etmektedir. Önceki rejim döneminde otoriter idarenin adli sürece doğrudan müdahalesi bulunmaktaydı. Bu endişe Avrupa Komisyonu tarafından da ifade edilmiştir.²²⁷

Aynı birimdeki savcı karışık ve önemli bir soruşturma ile karşılaştığından bunu başsavcıya bildirmek zorundadır. Başsavcı, yardımcılarının iş yapma yeterliliğini izleme, savcıların soruşturma yönetimleri hakkında tavsiyede bulunma, tüm davalar hakkında bilgilendirilme, savcının duruşma hazırlıklarını inceleme yetkisine sahiptir. Savcılar ceza mahkemeleri nezdinde devleti temsilen bulunur. Savcılığın bölünmezliği prensibi uyarınca görev değişimi mümkündür. Savcılar bağımsızlığı kovuşturma mecburiyeti ilkesi ve hiyerarşik bağ ile kısıtlanmıştır. Savcı özellikle soruşturma görevini yerine getirirken, bir soruşturmaya başlarken herhangi bir izin alma mecburiyeti yoktur. Duruşmalarda özgürce beyanda bulunabilir. Ancak amirini bilgilendirmek zorundadır. Aksi halde disiplin yaptırımı ile karşılaşabilir. Polonya'da kovuşturma mecburiyeti ilkesi uygulanmaktadır. Herkese eşit muamelede bulunmayı öngören bir sistem olduğu kabul edilmektedir.²²⁸

İ. Avusturya

1. Teşkilatlanma

Anayasa'da savcılık ile ilgili başka bir hüküm bulunmamaktadır. Savcılık kurumu bağımsız olmayıp hiyerarşik bir yapıya sahiptir.²²⁹ Hiyerarşinin en tepesinde Adalet Bakanı sonrasında ise istinaf başsavcıları, yerel başsavcılıklar vardır. Adalet Bakanı talimat verme yetkisine sahiptir. Savcılar Adalet Bakanından gelen sözlü talimatın yazılı olmasını isteyebilir. Savcı, yazılı olarak verilen emri yerine getirmek zorundadır. Temyiz mahkemesi nezdindeki başsavcı hiyerarşide yer almaz ancak genel nitelikte tamimler yayımlayabilir.²³⁰

227 Teodor Bulenda ve Diğerleri, "The Prosecution Service Function within the Polish Criminal Justice System", Jörg- Martin Jehle (Ed.), Marianne Wade (Ed.), **Coping with Overloaded Criminal Justice Systems**, (257-284), Springer Yayınları, Göttingen/Germany 2006, s. 257 vd., Marguery, **Unity and Diversity of the Public Prosecution Services in Europe; A study of the Czech, Dutch, French and Polish systems**, s. 187.

228 Marguery, **Unity and Diversity of the Public Prosecution Services in Europe; A study of the Czech, Dutch, French and Polish systems**, s. 194.

229 Friedrich Hauptmann, "Avusturya'da Savcılık Yeni Tartışmalar ve Eski Sorunlar", **Bir Adli Organ Olarak Savcılık Sempozyumu (Ankara 7-9 Temmuz 2006)**, Burak Çelik (Çev.), Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara 2006, s. 58.

230 The Republic of Austria Federal Ministry of Justice, "**The Austrian Judicial System**", Viyana 2014, s. 13.



2. Hukuki Statü ve Görevleri

Davaların iddianame ile açılacağı Anayasa'da hüküm altına alınmıştır(md. 90/2).²³¹ Ceza soruşturmaları savcı tarafından başlatılır. Savcı devleti temsil eder. Şüphelinin hak ve özgürlüklerine müdahale oluşturan durumlarda hâkime başvurulur. Kovuşturma mecburiyet ilkesi uygulanmakta olup bütün suçların soruşturulması zorunludur. Alternatif bir yöntem olarak kamu davası açılmasının ertelenmesi mümkündür. Bu kararın verilebilmesi için belli bir miktar paranın ödenmesi, kamu hizmeti gibi şartlar öngörülebilir. Kolluk savcıya bağlı olmamakla birlikte soruşturmada savcının talimatlarını yerine getirmek ve rapor vermek zorundadır. Cezaların infazında savcının herhangi bir gözetim ve denetim vazifesi bulunmamaktadır. Sadece koşullu salıverilme ve erteleme gibi infaz işlemlerinde savcının da görüşü sorulur. Savcılar özel hukuk alanında evliliğin ya da soybağının iptali, ölüm kararı verilmesi gibi davalarda kamu yararı uyarınca müdahil olur. Bu tür müdahalelerde belirleyici kriter kamu yararadır.²³²

J. Litvanya

1. Teşkilatlanma

Savcılar devlet adına soruşturma yapmak ve kamu davasında yer almakla yükümlüdür (Any. md. 118).²³³ Savcılık kurumu 1994 tarih ve I-599 sayılı Litvanya Cumhuriyeti Savcılık Kanunu'nda (LCSK)²³⁴ düzenlenmiştir.²³⁵ En yetkili kişi başsavcıdır ve ülke çapında yetki sahibidir. Savcılıkların ihtisas birimleri, yerel savcılıklar nezdinde örgütlenmiştir (LCSK md. 6).

Başsavcılık tüzel bir kişiliktir. Banka hesabı, arması ve ayrıca *Litvanya Cumhuriyet Başsavcılığı* yazan bir kitabesi bulunmaktadır (LCSK md. 7/5). Hiyerarşik olarak en tepede bir başsavcılık kurumu olmakla birlikte, yerel ölçekte görev yapan savcılık birimleri bulunmaktadır. Yerel savcılıkların kuruluşu, mahkeme teşkilatının varlığına bağlıdır. Yerel savcılık belirtilen ilke doğrultusunda kurulur veya kaldırılır. Kurulma işlemi ülke başsavcısı tarafından gerçekleştirilir. Yereldeki savcılığın başında bir başsavcı veya onun yardımcısı bulunur (LCSK md. 9).

231 www.adalet.gov.tr (04.03.2016).

232 Hauptmann, *Avusturya'da Savcılık Yeni Tartışmalar ve Eski Sorunlar*, s. 61-65, Robert Kert ve Andrea Lehner, "Austria", Katalin Ligeti(Ed.), *Toward a Prosecutor for the European Union*, Vol. 1, Hart Publishing, Oxford and Portland- Oregon 2013, s. 10.

233 http://www.opbw.org/nat_imp/leg_reg/lithuania/constitution.pdf (30.04.2017).

234 Republic of Lithuania Law on the Prosecution Service.

235 Kanun'daki son değişiklik 17 Haziran 2014 yılında yapılmıştır. <http://www.prokuraturos.lt/lt> (13.10.2016).

2. Hukuki Statü ve Görevleri

Başsavcılığın görevleri; yerel savcılıkları yönlendirmek, eylemlerini denetlemek, soruşturmalarda ortak bir uygulama geliştirmek, savcıların yargılamadaki tutumlarını denetlemek, kamu davaları için ortak bir tutum geliştirmek, temyizde yer almak, gerekli görülen hallerde temyize başvurmak, önemli suçlarda devlet adına soruşturma yapmak, soruşturma aktörlerinin eylemlerini koordine etmek, kamu yararını savunmak ve bu konuda ortak tutum belirlemek, savcılara hizmet içi eğitim verilmesi ve metodolojik destek verilmesini organize etmek, uluslararası antlaşmalara ve iç mevzuata uygun olmak kaydıyla yabancı ülke otoriteleri ile irtibata geçmek, savcılık kurumu için finansal ve teknik destek sağlamak, savcılara sosyal fayda sunacak adımlar atmak, savcılık kurumun eylemlerini analiz etmek ve bu eylemlere dair verileri yönetmek, diğer kanun ve antlaşmalar ile kendilerine tevdi edilmiş bulunan görevleri yerine getirmektir (LCSK md. 8).

Yerel veya bölgesel savcılığın görevleri; soruşturmayı organize edip liderlik etmek, soruşturmayı bizzat yürütmek, soruşturmada görev alan yetkililerin eylemlerini kontrol etmek, ceza yargılamasında devlet adına yer almak, hükümlerin infazını sağlamak ve denetlemek, adli olayların soruşturulmasıyla ilgili organların uyum içerisinde çalışmalarını sağlamak, kamu yararını savunmak, mevcut antlaşma ve mevzuat doğrultusunda yabancı ülkelere hukuki yardım talebinde bulunmak, kanunla verilen diğer görevleri yerine getirmektir (LCSK md. 9).

Savcılar görevlerini yaparken Anayasa ve kanunlar ile bağlıdır. Diğer devlet kurumları, siyasi partiler, resmi ya da sivil kuruluşlar savcıya müdahale edemez. Görevini bağımsızlık içerisinde yerine getirir (LCSK md. 11/2). Savcının kararını etkilemeye yönelik hukuksuz bir politik, ekonomik, psikolojik ya da sosyal baskıya izin verilemez. Kanunda yer almayan bir görev savcıya yüklenemez (LCSK md. 11/3). Savcıyı hukuka aykırı bir karar vermek yönünden etkilemeye çalışan kişi kanun karşısında sorumlu olacaktır (LCSK md. 11/4). Savcılar suç önleme politikalarında da söz sahibidir. Ulusal veya uluslararası suç önleme programlarının hazırlanmasına dâhil olma, gerekli bilgileri verme, öneride bulunma yükümlülükleri vardır (LCSK md. 18).²³⁶

236 Başsavcı veya yerel savcılar cezai sorumluluktan bağımsız olmamakla birlikte birtakım güvencelere sahiptir. Örneğin ülke başsavcısı hakkında soruşturma başlaması; Meclis kararıyla görevden alınması ve soruşturmanın devlet başkanı tarafından başlatılması kaydıyla mümkündür. Bir savcının ikametinin, aracının aranması, eşyalarına el konulması; savcının rızası ya da söz konusu soruşturmanın ülke başsavcısı tarafından başlatılmış olması ile mümkündür. Suçüstü halinde bu kural uygulanmaz. Savcı kabahatlerden dolayı sorumludur (LCSK md. 12).



Savcılar, ülke başsavcısı ile bölge başsavcısının yayımladığı emir ve genelgelere uymak zorundadır. Savcılar bölge başsavcısının yayımladığı emrin hukuka aykırı olduğunu düşünüyorsa, bu düzenlemeye karşı ülke başsavcısı nezdinde itirazda bulunabilir. Ülke başsavcısı tarafından yayımlanan emir ve talimatlara karşı ise mevzuat çerçevesinde mahkeme nezdinde itirazda bulunulabilir (LCSK md. 14).²³⁷

Savcılar Litvanya Cumhuriyeti Devleti'ne ve anayasal düzene sadakat göstermek, insan haklarını ve özgürlükleri korumak, saygı göstermek, görevlerinde tarafsız olmak, görevlerini ifada ve atamada vakitlice hareket etmek, hukuksuz işlem ve atama taleplerini, olası kamusal ya da özel yarar çatışmalarını derhal kıdemli savcılara bildirmek, kendileri için öngörülen etik değerleri gözetmek, gizli bilgileri muhafaza etmek, mesleki kabiliyetlerini geliştirmek zorundadır (LCSK md. 20).²³⁸

Savcılık mesleğine başlamadan önce Anayasa'ya, yasalara sadakat, insan haklarına, özgürlüklere saygı ve sadakati içeren bir yemin metni savcıya tekrarlatılır. Savcı bu yemini ettikten sonra yemin metnini imzalar. İmzalı metin savcının özlük dosyasında muhafaza edilir. Yemin merasimi ülke başsavcısı tarafından yapılır ve yönetilir (LCSK md. 22).

Savcıların çalışma isteklerini yükseltmek amacıyla bir takım ödüller verilir. Bunlar takdirname, kişisel hediye, toplu para, onur nişanı ve seçkin erdeminden dolayı devlet ödülü/silahı almaya aday gösterilmez (LCSK md. 39). Disiplin cezaları ise; uyarı, kınama, kademe indirme, alt vazifeye indirme ve ihraçtır (LCSK md. 40).²³⁹

Savcı meşru savunmada, şüphelinin gözaltına alınmaya direnmesinde, yakalanan şahsın kaçmasında, bir hayvanın bir insana saldırması halinde silah kullanabilir. Bunlar dışında önemine kanaat getirdiği bir olayda savcı, silahı elinde atışa hazır vaziyette tutabilir veya acil bir durumun olduğunu bildirmek amacıyla havaya ateş edebilir (LCSK md. 56).

Savcı karar verirken sağduyuyu ile hareket eder. Bağımsız bir şekilde, insan hakları ve suçsuzluk karinesine saygılı; düşünce, ırk, mensubiyet, milliyet, inanç, eğitim durumu, statü gibi farklılıkları nazara almaksızın karar verir (LCSK md. 3).

237 LCSK md. 14.

238 Savcılar, profesyonel, kültürel ve sosyal ihtiyaçlarını tatmin için sendikalara veyahut derneklere üye olabilirler. Siyasi partilere üye olamazlar ve siyasi faaliyetlere katılamazlar. Grev ve gösteri yürüyüşü yapamazlar (LCSK md. 21).

239 Savcı ve ailesinin; görev nedeniyle bir tehdite maruz kalması halinde devlet gerekli korumayı sağlar. Ayrıca bu kapsamda oluşan hırsızlık veya mala zarar verme gibi mağduriyetlerde devlet zararı tazmin eder (LCSK md. 54).



Ülke başsavcılığı tarafından yayımlanan 30 Nisan 2004 tarihli genelge ile savcılar için birtakım etik hassasiyetler öngörülmüştür. Bunlar adalet, birlik, tarafsızlık, sağduyu, bağımsızlık, mahremiyet, dayanışma, yasalara uymak ve sorumluluktur.²⁴⁰

SONUÇ

Kara Avrupası Hukuk Sistemini benimseyen ülkelerde kovuşturma mecburiyeti ilkesini esnetildiği ve kısmen de olsa maslahata uygunluk ilkesine doğru bir eğilim sergilendiği görülmektedir. Nitekim kovuşturma mecburiyeti ilkesini en sert biçimde uygulandığı İtalya'da dahi bu yönde tartışmalar ve istekler gündeme gelmiş bulunmaktadır.

Savcılığın yer aldığı erkten ziyade temel tartışma ve öncelik, savcılık kurumunun bağımsızlığı ve özerkliği olmuştur. Bilhassa savcılığa talimat verme konusu güncelliğini korumaktadır. Temel tartışma, yürütme erki tarafından savcılara yöneltilen talimatlardır. Savcılığın adalete hizmet etmesi ve mahkemeler nezdinde belli bir özerlik ile hareket etmesi bakımından savcılık teminatı büyük bir öneme sahiptir.

Cezai uyuşmazlıkların soruşturma evresinde çözülmesi ceza adalet sisteminin genel arzusu ve eğilimidir. Savcının delil toplama konusundaki yetkilerinin yanısıra soruşturmayı bazı yaptırımlar ile nihayetlendirme konusunda güçlendirilmesi temel yaklaşım olmuştur. "*Hâkimden önceki hâkim*" perspektifi savcıyı önemli bir aktör haline getirmektedir.

Savcı ve başsavcı arasındaki hiyerarşi, farklılık gösteren bir diğer konudur. Savcının yerine getirdiği adli işlemler ve bunun yanısıra başsavcılık teşkilatının bir bütün halinde hareket etmesi belirli bir uzlaşma noktasında buluşmayı gerekli kılmaktadır. Kimi ülkelerde (Ör. Fransa) istinaf başsavcısının, yerel başsavcılıklardaki hiyerarşiye müdahil olduğu gözlemlenmektedir. Yine Adalet Bakanının başsavcılık teşkilatına ilişkin konumu da farklılık göstermektedir. Siyasi bir aktör olan Adalet Bakanının müdahalesi ve bunun boyutu savcılık teşkilatı lehine genişlemektedir.

Savcılık teşkilatının özerkliğinin yanısıra ögrütsel bağlılığı da gelişme gösteren bir diğer başlıktır. Müstakil eğitim mekanizmalarının geliştirilmesi, iç denetimin sistemli hale gelmesi, kimi ülkelerde tüzel bir kişilik halini alması, yemin metni düzenlemesi bu gelişmeye örnek bazı somut adımlardır.

²⁴⁰ <http://www.prokuraturos.lt/data/public/uploads/2015/12/etikos-kodeksas-en.pdf> (13.102.2016).



KISALTMALAR

AİHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
Any.	: Anayasa
AYM	: Anayasa Mahkemesi
bkz.	: Bakınız
BM	: Birleşmiş Milletler
böl.	: Bölüm
bs.	: Baskı, basım
C.	: Cilt
CCPE	: Consultative Council of European Prosecutors
C.D.	: Ceza Dairesi
CEPEJ	: Commission européenne pour l'efficacité de la justice (Avrupa Adaletin Etkinliği Komisyonu)
CMK	: Ceza Muhakemesi Kanunu
CMUK	: Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu
CPS	: Crown Prosecution Service
Çev.	: Çeviren
D.	: Daire
E.	: Esas
Ed.	: Editör
HSK	: Hâkimler ve Savcılar Kurulu/Hâkimler ve Savcılar Kanunu
Iss.	: Issue / Sayı
K.	: Karar
KHK	: Kanun Hükmünde Kararname
m./md.	: Madde
No.	: Numara
prg.	: paragraf
R.G.	: Resmi Gazete
s.	: Sayfa/sayılı
S.	: Sayı
StPO	: Alman Ceza Muhakemesi Kanunu
T.	: Tarih
TCK	: 5237 s. Türk Ceza Kanunu
UYAP	: Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi
Vol.	: Volume / Cilt
Y.C.G.K.	: Yargıtay Ceza Genel Kurulu
Y.H.G.K.	: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
Yön.	: Yönetmelik



KAYNAKLAR

AEBI, Marcelo F., Marc BALCELLS, “The Prosecution Service Function within the Spanish Criminal Justice System”, *European Journal on Criminal Policy and Research*, Vol. 14, Iss. 2, 2008, s. 311-331.

ARTUK, Mehmet Emin, Ahmet Caner YENİDÜNYA, “Batı ve Türk Hukuklarında Savcılığın Dünü ve Bugünü Üzerine Bir İnceleme”, *İstanbul Barosu Dergisi*, C. 76, S. 1-3, 2002, s. 3-21.

AYDIN, Murat, **Kamu Davasının Açılması ve İddianame**, Seçkin Yayınları, Ankara 2003.

BİLGE, Necip, “Son Anayasa Değişikliğine Göre Tabii Hâkim ve Savcı Teminatı”, *Hüseyin Cahit Oğuzoğlu’na Armağan*, Ankara Üniversitesi Yayınları, 1972, s. 571-585.

BİLGİN, Orhan, “Yargı-Yargıç Bağımsızlığı”, *Ankara Barosu Dergisi*, S. 1, 1998, s. 117-124.

BULENDA, Teodor, Beata GRUSZCZYNSKA, Andrzej KREMPLEWSKI ve Piotr SOBOTA, “The Prosecution Service Function within the Polish Criminal Justice System”, (Ed.): Jörg- Martin Jehle, (Ed.): Marianne Wade, **Coping with Overloaded Criminal Justice Systems**, Springer Yayınları, Göttingen/ Germany 2006, s. 257-285.

CAN, Osman, “Savcılık Kurumunu Tartışma Zamanı”, *Akşam Gazetesi*, (19.04.2014).

CANTEZ, M. Tahrir, **Tatbikatta C. Savcılarının Görevleri (Amme Davasının Hazırlanması) ve İnfaz Hukuku**, İskender Matbaası, İstanbul 1962.

CENTEL, Nur, “Adil Yargılanma Hakkı ve Savcının Tarafsızlığının Güvencelenmesi”, (Ed.):Nur Centel, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Güncel Konular**, Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Araştırma Konferansları Serisi-1, XII Levha Yayınları, İstanbul 2015, s. 87-113.

CEPEJ, **Report on “European Judicial Systems – Edition 2014 (2012 data): Efficiency and Quality of Justice”**, Strasbourg 2014.

COUNCIL OF EUROPE -Consultative Council of European Prosecutors(CCPE), **“Questionnaire with a view of the preparation of Opinion No. 7 on the management of the means of the prosecution services Replies from Spain”**, Strasbourg 2012.

COUNCIL OF EUROPE -Consultative Council of European Prosecutors(CCPE), **“Questionnaire with a view of the preparation of**



Opinion No. 7 on the management of the means of the prosecution services Replies from Portugal", Strasbourg 2012.

ÇALIŞIR, Kurtuluş Tayanç, **Savcılar Özerk ve Bağımsız Olmalıdır**, Adalet Yayınevi, Ankara 2013.

DE CAVRLAY, Bruno Aubusson, "The Prosecution Service Function within the French Criminal Justice System", Jörg- Martin Jehle (Ed.), Marianne Wade (Ed.), **Coping with Overloaded Criminal Justice Systems**, Springer Yayınları, Göttingen/Germany 2006, s. 185-205.

DEMİRBAŞ, Timur, **Soruşturma Evresinde Şüphelinin İfadesinin Alınması**, 4. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2015.

DI FEDERICO, Giuseppe, "Recruitment, Professional Evaluation, Career and Discipline of Judges and Prosecutors in Italy", (Ed.): Giuseppe Di Federico, **Recruitment, Professional Evaluation and Career of Judges And Prosecutors in Europe: Austria, France, Germany, Italy, The Netherlands and Spain**, Research Institute on Judicial Systems (IRSIG) National Research Council (CNR) Yayınları, Bologna/İtalya 2005, 127-158.

DİNÇ, Güney, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Göre Silahların Eşitliği", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S. 57, 2005, s. 283-306.

DURAN, Mustafa,, "Fransız Adli Yargı Sistemi, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu ve Ulusal Hâkimlik Okulu Hakkında Genel Bir İnceleme", **Adalet Dergisi**, S. 46, 2013, s. 1-16.

DURAN, Mustafa, "Fransız Adli Yargılama Sisteminde, Mahkeme Önünde Duruşmalı Yargılamaya, Savcılık Aşamasında Getirilen Alternatif Çözümler", **Adalet Dergisi**, S. 47, 2013, s. 1-12.

ELSNER, Beatrix, Julia PETERS, "The Prosecution Service Function within the German Criminal Justice System", (Ed.): Jörg- Martin Jehle, (Ed.): Marianne Wade(Ed.), **Coping with Overloaded Criminal Justice Systems**, Springer Yayınları, Göttingen/Germany 2006, s. 207-237.

ERGÜL, Teoman, "Teminat Açısından Cumhuriyet Savcılığı", **Ankara Barosu Dergisi**, S. 6, 1969, s. 1068-1074.

ERRERA, Roger, "The Recruitment, Training, Evaluation, Career and Accountability of Members of the Judiciary in France", (Ed.): Giuseppe Di Federico, **Recruitment, Professional Evaluation and Career of Judges And Prosecutors in Europe: Austria, France, Germany, Italy, The Netherlands and Spain**, Research Institute on Judicial Systems (IRSIG) National Research Council (CNR) Yayınları, Bologna/İtalya 2005, s. 43-68.

FREED, Doris Jonas, "Aspects of French Criminal Procedure", **Louisiana Law Review**, Vol. 17, Iss. 4, June 1957, s. 730-755.



GÖKCEN, Ahmet, Mehmet Emin ALŞAHİN, Kerim ÇAKIR, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, C. I, Adalet Yayınevi, Ankara 2017.

GÖZLER, Kemal, Gürsel KAPLAN, **İdare Hukuku Dersleri**, 19. Baskı, Ekin Kitabevi, Bursa 2017.

GÜLENER, Serdar, “Yargı Bağımsızlığını Güçlendirici Bir Mekanizma Olarak Yargısal Hesap Verebilirlik ve Türk Yargı Sistemi”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 15, S. 2, Y. 2011, s. 215-252.

HAUPTMANN, Friedrich, “Avusturya’da Savcılık Yeni Tartışmalar ve Eski Sorunlar”, **Bir Adli Organ Olarak Savcılık Sempozyumu(Ankara 7-9 Temmuz 2006)**, (Çev.): Burak Çelik, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara 2006, s. 58-68.

HODGSON, Jacqueline S, “The French Prosecutor in Question”, **Washington and Lee Law Review**, Vol. 67, Iss. 4, 2010, s. 1361-1411.

HODGSON, Jacqueline, “Guilty Pleas and the Changing Role of the Prosecutor in French Criminal Justice”, **Warwick School of Law Research Paper**, No.15, 2010, s. 1-18.

JOHNSON, David T., “Japan’s Prosecution System”, **Crime and Justice**, Vol. 41, Iss. 1, Ağustos 2012, s. 35-74

KATOĞLU, Tuğrul, “Savcılık Üzerine Düşünceler”, **Mülkiyeliler Birliği Dergisi**, C. 19, S. 177, 1995, s. 21-29.

KERT, Robert, Andrea LEHNER, “Austria”, (Ed.): Katalin Ligeti, **Toward a Prosecutor for the European Union**, Vol. 1, Hart Publishing, Oxford and Portland-Oregon 2013, s. 9-57.

KESSLER, Isabel, “A Comparative Analysis Of Prosecution in Germany and the United Kingdom Searching For Truth or Getting A Conviction?”, (Ed.): C. Ronald Huff, (Ed.): Martin Killias, **Wrongful Conviction International Perspectives on Miscarriages of Justice**, Temple University Press, Philadelphia 2008, s. 213-247.

KEYMAN, Selahattin, **Ceza Muhakemesinde (Asıl Ceza Muhakemesinde) Savcılık**, Sevinç Matbaası, Ankara 1970.

KILIÇOĞLU, Ahmet M., “Hâkimlerin Hukuki Sorumluluğu”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 30, S.1-4, 1973, s. 231-269.

KUNTER, Nurullah, Feridun YENİSEY, Ayşe NUHOĞLU, **Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku**, 16. Bası, Beta Yayınları, İstanbul 2007.



KYPRIANOU, Despina, “Comparative Analysis of Prosecution Systems (Part I): Origins, Constitutional position and Organization of Prosecution Services”, [\(http://www.law.gov.cy/\(11/07/2014\)\)](http://www.law.gov.cy/(11/07/2014)) (Part I).

MARGUERY, Tony Paul, “Unity and Diversity of the Public Prosecution Services in Europe; A study of the Czech, Dutch, French and Polish systems” , (PhD Thesis, Groningen University), Groningen 2008.

MIRABELLA, Julia Grace “Scales of Justice: Assessing Italian Criminal Procedure Through the Amanda Knox Trial”, **Boston University International Law Journal**, Vol. 30, No. 1, 2012, s. 229-260.

MUMCUOĞLU, Maksut, “Hukuk Devletinde Bağımsız Yargının Yeri ve Bağımsız Yargının Türkiye’de Gelişimi”, **Ankara Barosu Dergisi**, S. 2, 1989, s. 262-306.

OECD Directorate for Financial and Enterprise Affairs, **Portugal: Phase 2 Follow-up Report on the Implementation of the Phase 2 Recommendations on the Applications of the Convention and the 1997 Revised Recommendation on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions**, Fransa 2009.

OTACI, Cengiz, “Adli Yargı Hâkimlerinin Görevde Yükselme Şartlarının (Terfi Sisteminin) Yargı Bağımsızlığına Etkisi”, (Ed.): Hayrettin Ökçesiz, (Ed.): Gülriz Uygur, (Ed.):Saim Üye, **Hukuka Felsefi ve Sosyolojik Bakışlar V (Sempozyum 13-17 Eylül 2010)**, İstanbul Barosu Yayınları -HFSA Bildiriler 2, İstanbul 2012, s. 156-171.

ÖZBEK, Veli Özer, Koray DOĞAN, Pınar BACAĞSIZ ve İlker TEPE, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Gözden Geçirilmiş 9. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2017.

ÖZEK, Çetin, “Yargının İdari Denetimi”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. 45-47, S. 1-4, 1979-1981, s. 915-980.

ÖZER, Atilla, **Türkiye’de ve Çeşitli Ülkelerde Mahkemelerin Bağımsızlığı ve Hâkimlik Teminatı**, Turhan Kitabevi Yayınları, Ankara 2009.

ÖZTÜRK, Bahri, Durmuş TEZCAN, Mustafa Ruhan ERDEM, Özge SIRMA GEZER, Yasemin F. SAYGILAR KIRIT, Özdem ÖZAYDIN, Esra ALAN AKCAN ve Efser ERDEN TÛTÛNCÛ, **Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, Güncellenmiş 10.Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2016.

PAKSOY, Mustafa, “Cumhuriyet Savcısının Bağımsızlığı Meselesi”, **Erzincan Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi**, C.7, S. 1, 2014, s. 45-66.



PAPRZYCKI, Lech, “Polonya’da Savcılık Kurumunun Örgütlenme ve İşleyiş Biçimi, Değişim Perspektifleri”, **Bir Adli Organ Olarak Savcılık Sempozyumu(Ankara 7-9 Temmuz 2006)**, (Çev.): Burak Çelik, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara 2006, s. 27-31.

ROXIN, Claus, Bernd SCHUNEMANN, **Strafverfahrensrecht**, 26. Auflage, Reemers Publishing Services GmbH, München 2009.

ROXIN, Claus, “Zur Rechtstellung der Staatsanwaltschaft Damals und Heute”, **Deutsche Richterzeitung**, 1997, s.109 ve 113 (akt. Shawn Marie Boyne, “Uncertainty and the Search for Truth at Trial: Defining Prosecutorial “Objectivity” in German Sexual Assault Cases”, **Washington and Lee Law Review**, Vol. 67, Iss. 4, 2010.

SALDIRIM, Mustafa, **Özel Hukukta Cumhuriyet Savcısının Görevleri**, Turhan Kitabevi, Ankara 2005.

SCACCIANOCE, Caterina Scaccianoce, “The Principle of Mandatory Criminal Prosecution and the Independence of Public Prosecutors in the Italian Criminal Justice System”, **ReAIDP / e-RIAPL**, <http://www.penal.org/sites/default/files/files/CATERINA%20SCACCIANOCE%20formateado.pdf> (04.03.2016).

SEVER, Ömer, “**Hâkim Bağımsızlığı ve Savcılık Teminatı**”, (Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü), İstanbul 2007.

SIEGISMUND, Eberhard, “The Public Prosecution Office in Germany: Legal Status, Functions and Organization”, **Effective Administration of the Police and the Prosecution in Criminal Justice(Work Product of the 120th International Senior Seminar)**, United Nations Asia and Far East Institute Annual Report for 2001 and Resource Material Series No: 60, Fuchu Tokyo Japan, Şubat 2003, s. 59-74.

SMEDOVSKA, Rada, Francois FALLETTI, “Report on the Prosecution Service in France”, **Promoting Prosecutorial Accountability, Independence and Effectiveness**, Open Society Institute, Sofia 2008, s. 175-210.

SOBCZYK, Julita, “The Public Prosecution Authority in Poland – Organization and Tasks in Combating Crime”, <http://www.csd.bg/artShow.php?id=7166> (04.03.2016).

SOYASLAN, Doğan, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Güncelleştirilmiş 6. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2016.

SPICE(THE INFORMATION CENTER), **The Scottish Criminal Justice System: The Public Prosecution System**, İskoçya 2012.



ŞAHİN, Cumhur, “Polis Tarafından Yapılan Sanık Sorgusunun Mukayeseli Hukukta Düzenlenişi”, **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 4, S. 1-2, 1994, s. 61-90.

ŞAHİN, Cumhur, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, C. I, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 7. Bası, Seçkin Yayınları, Ankara 2016.

ŞAHINKAYA, Yalçın, “İspanya’da Hâkim ve Savcıların Eğitimi”, **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, S. 2, 2010.

TAK Peter J.P., “Hollandalı Savcı: Bir Soruşturan ve Ceza Veren Görevli”, **Küresel Bakış**, (Çev.): Mahmut Erdemli, S. 12, 2014, s. 41-67.

TEZCAN, Durmuş, “Fransa’da ve Belçika’da Savcılık”, **Bir Adli Organ Olarak Savcılık Sempozyumu(Ankara 7-9 Temmuz 2006)**, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara 2006, s. 33-43.

TEZİÇ, Erdoğan, **Anayasa Hukuku**, Beta Yayınları, İstanbul 1997.

THE FRENCH LEGAL SYSTEM, Training of Judges and Personnel in the Justice System, Ministry of Justice, November 2012.

THE ITALIAN JUDICIAL SYSTEM, <http://www.csm.it> (04.03.2016).

The Relation between the Public Prosecutor and the Minister of Justice, <http://www.euro-justice.com> (12.07.2014)

THE REPUBLIC OF AUSTRIA FEDERAL MINISTRY OF JUSTICE, “**The Austrian Judicial System**”, Viyana 2014.

The Secretariat of the Justice System Reform Council, **The Japanese Justice System**, July 1999, https://japan.kantei.go.jp/policy/sihou/singikai/990620_e.html (30.09.2019).

TOROSLU, Nevzat, Metin FEYZİOĞLU, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 16. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara 2016.

TOSUN, Öztekin, **Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri Muhakemenin Yürüyüşü**, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1973.

TURAN, Hüseyin, “Yargı Görevi ve Hizmeti”, **Adalet Dergisi**, S. 21, 2005, s. 102-116.

UNITED NATIONS, **Conference of the States Parties to the United Nations Convention against Corruption**, Panama 2013.

ÜNVER, Yener, Hakan HAKERİ, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 12. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2016.

WEIGEND, Thomas, “Prosecution: Comparative Aspects” **Encyclopedia of Crime and Justice**, 2002, <http://www.encyclopedia.com/doc/1G2-3403000208.html>(13.07.2014).



YAVUZ, Hakan A., “Hollanda Adalet Sistemi Üzerine Notlar”, **Adalet Dergisi**, S. 56, 2016, s. 23-54.

YENİSEY, Feridun, “Ceza Muhakemesi Süjelerinin İradelerinin Ceza Muhakemesinin Yürüyüşüne Etkisi Sorunu”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi (Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan)**, C. 19, S. 2(Özel Sayı), 2013, s. 453-469.

YOKUŞ SEVÜK, Handan, “Çocuk Yargılaması Hukunda Hazırlık Soruşturması”, **Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.8, S. 1-2, 2004, s. 199-232.

ZAFER, Hamide, “Türk Ceza Adalet Sisteminde Savcılığın Hukuki Statüsü”, (Ed.): Nur Centel, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Güncel Konular**, Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Araştırma Konferansları Serisi-1, XII Levha Yayınları, İstanbul 2015, s. 1-26.

ZANDER, Michael, “The English Prosecution System”, **Conference on the Prosecution System**, Rome 2008, s. 1-27.



MİLLETLERARASI TİCARİ TAHKİMDE ÜÇÜNCÜ DEVLETİN DOĞRUDAN UYGULANAN KURALLARININ TATBİKİ

(Application of Overriding Mandatory Rules of Third Country in International Commercial Arbitration)

Dr. Cemre TÜYSÜZ¹

ÖZ

Doğrudan uygulanan kurallar yasal düzenleme olarak hukuk sistemimize 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (MÖHUK) ile girmiştir. Doğrudan uygulanan kural MÖHUK'ta; hâkimin hukukundaki (*lex fori*) doğrudan uygulanan kurallar (m. 6) ve üçüncü devletin doğrudan uygulanan kuralları olarak (m. 31) olarak yer almaktadır. Milletlerarası ticari tahkim ise taraf iradelerine dayanan yargılama usulüdür. Milletlerarası ticari tahkimde taraflar arasındaki uyuşmazlığın çözümünde, uyuşmazlığın esasına tatbik edilmeyen üçüncü bir devletin hukukunda yer alan doğrudan uygulanan kuralların uygulanıp uygulanmayacağı, üçüncü devletin doğrudan uygulanan kurallarının özellikleri ile birlikte, çalışmamızda ele alınacaktır.

Anahtar kelimeler: Milletlerarası ticari tahkim, doğrudan uygulanan kural, üçüncü devletin doğrudan uygulanan kuralları, tahkim yeri, muhtemel tenfiz ülkesi

ABSTRACT

Overriding mandatory rules were adapted to our legal system with International Private and Procedural Law, No. 5718. Overriding mandatory rules are regulated in two types: overriding mandatory rules of *lex fori* (art. 6) and overriding mandatory rules of a third country (art. 31). On the other hand, international commercial arbitration is a proceeding based on party autonomy. Applicability of the third country's overriding mandatory rules in international commercial arbitration will be examined with this article, in accordance with their characteristics.

Keywords: International commercial arbitration, overriding mandatory rules, overriding mandatory rules of third country, seat of arbitration, probable enforcement country

1 Çukurova Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim dalı, cemretuysuz@yahoo.com, ORCID ID: 0000-0001-5889-0681

GİRİŞ

Doğrudan uygulanan kurallar devletlerin hukuklarında yabancı hukukun uygulanmasını engelleyici nitelikteki kurallardır. Doğrudan uygulanan kurallar hukukumuzda 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun²'da (MÖHUK) iki farklı yerde düzenlenmiştir. MÖHUK'un doğrudan uygulanan kural konusunda esas aldığı Akdi Borçlara İlişkin 1980 tarihli Roma Konvansiyonu ve onun yerine geçen Roma I Tüzüğü'nde de, doğrudan uygulanan kurallara ilişkin düzenlemeler bulunmaktadır.

Esasa uygulanan hukukun (*lex causae*) tatbikini ortadan kaldıran doğrudan uygulanan kurallar, genel itibariyle hâkimin hukukundaki (*lex fori*) ve üçüncü devletin doğrudan uygulanan kuralları olarak ikili ayrıma tâbi tutulmaktadır. Üçüncü devletin doğrudan uygulanan kurallarının uygulanmasının zorunlu olup olmadığı, konuya ilişkin MÖHUK düzenlemesinin ne şekilde yorumu müsait olduğu gibi konular incelenmesi gereken diğer hususlardır. Üçüncü devletin doğrudan uygulanan kurallarının uygulanmasını engelleyen durumların var olup olmadığının da ayrıca irdelenmesi gerekmektedir.

Milletlerarası ticari tahkim ise, aşağıda görüleceği üzere, taraf iradelerine dayanan kendine has bir yargılama usulüdür³. Bu nedenle de, milletlerarası ticari tahkimde hakemlerin devlet mahkemesinde olduğu gibi teknik anlamda, *lex fori*leri de bulunmamaktadır. Üçüncü devletin hukukundaki doğrudan uygulanan kuralların hakemlerce tatbik edilerek, esasa uygulanan hukukun tatbikinin engellenip engellenmeyeceğinin incelenmesi gerekmektedir.

Çalışmamızda ilk olarak üçüncü devletin doğrudan uygulanan kurallarının niteliği, sonrasında; devlet mahkemelerinde olduğu gibi herhangi bir devlete aidiyetin bulunmadığı milletlerarası ticari tahkim açısından bu kuralların oynadığı rol incelenecektir.

I. DOĞRUDAN UYGULANAN KURALLAR HAKKINDA GENEL BİLGİLER

A. Genel Olarak

Doğrudan uygulanan kuralların tanımı, bu kurallara ilişkin düzenlemeler içerisinde, genellikle yapılmamaktadır

2 Resmi Gazete, 12 Aralık 2007, Sayı: 26728.

3 ŞANLI Cemal, ESEN Emre, ATAMAN FİGANMEŞE İnci, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 6. Bası, İstanbul 2018, s. 586.



Doğrudan uygulanan kuralların bir hukukî düzenleme içerisinde (milletlerarası anlaşma, kanun vs.) tanımlanması, doğrudan uygulanan kuralların içeriği de göz önüne alındığında, çok çeşitli örnekleri ile karşılaşılabilecek bir milletlerarası özel hukuk meselesinin, sınırlarını daraltacaktır. Bu durum da doğrudan uygulanan kuralların niteliği ile bağdaşmayacaktır. Doğrudan uygulanan kuralların tanımlanmasından bilinçli olarak imtina edilmesi, milletlerarası özel hukuk açısından bakıldığında, isabetli bir tercih olarak kabul edilebilecektir.

B. Doğrudan Uygulanan Kurallar Hakkında Doktrinde Yer Alan Tanımlar

Kavram olarak doğrudan uygulanan kural, milletlerarası özel hukuk doktrinine Phocion Francescakis tarafından kazandırılmıştır. Yazar doğrudan uygulanan kuralları, *“Bir ülkenin sosyal, politik veya ekonomik yapılanmasının korunması için uyulması zorunlu kurallar”* olarak tanımlamıştır. Ek olarak, tanımda belirttiği *ülke yapılanması* kavramını *“... ne özel çıkarların, ne de özel çıkarların basit bir toplamı olarak ortak çıkarların değil, devlet yapılanması tarafından üstlenilmesini gerektirdiği ölçüde, bu çıkarların tamamının söz konusu olduğu durumlar”* olarak açıklamıştır⁴.

Tanım incelendiğinde temel alınan ve doğrudan uygulanan kurallar ile korunmak istenen unsurun devlet yapılanması olduğu, bunun yanında toplumsal menfaatlerin, işlem menfaatinin veya sözleşmenin güçsüz tarafının diğerine karşı korunmasının bu kurallarda gözetilmediği anlaşılmaktadır.

Doğrudan uygulanan kurallar; *“tarafarca hukuk seçimi yapılması ile aksi kararlaştırılmayan, sözleşme dışına çıkarılmayan, değiştirilemeyen ve sınırlandırılmayan, belirli politikaların bir meyvesi olarak ve bu politikaların büyük önem arz etmesi sonucunda taraf menfaatlerinin önüne geçen kurallar”* olarak tanımlanmıştır⁵.

Doğrudan uygulanan kurallar bir diğer yazar tarafından; *“devletlerin, ekonomik, sosyal veya siyasal alanda izlediği belirli politikaları, özel hukuk ilişkileri üzerinde etkili olacak şekilde yansıtan ve uygulama alanlarına giren tüm uyumsuzluklara uygulanmaları, bu politikaların yerine getirilmesi için zorunlu olan kurallar”* şeklinde de tanımlanmıştır⁶.

4 ÖZDEMİR KOCASAKAL Hatice, **Doğrudan Uygulanan Kurallar ve Sözleşme Üzerindeki Etkileri (Doğrudan Uygulanan Kurallar)**, (Yayınlanmış Doktora Tezi), İstanbul 2001, s. 8'den naklen.

5 WANG Lei, Mandatory Rules of the Rome I Regulation: Not “old Wine in New Bottles”, **Canadian Social Science**, Vol. 7 No. 2 2011, s. 167.

6 ÖZDEMİR KOCASAKAL Hatice, Sözleşmelere Uygulanacak Hukukun MÖHUK m. 24 Çerçevesinde Tespiti ve Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları (Sözleşmelere

Yukarıda belirttiğimiz tanımlara ek olarak, doğrudan uygulanan kurallar; “ülkenin sosyal ve ekonomik politikasına ait görevler yüklenmiş maddi hukuk kuralları”⁷, “bir kanunlar ihtilafı kuralına ihtiyaç olmadan yabancı unsurlu olay veya ilişkide uygulanabilen kurallar”⁸, genellikle sosyal ve ekonomik görevler verilerek, kamu menfaati ağırlıklı hale getirilen hukuk normları”⁹ olarak da doktrinde tanımlanmıştır¹⁰.

C. Doğrudan Uygulanan Kurallar – Kamu Düzeni Kuralları Arasındaki Fark

Yukarıda doğrudan uygulanan kurallar ile ilgili verilen tanımlar incelendiğinde bu kuralların devletin ekonomik, sosyal ve politik düzenine ilişkin kurallar olduğu ortaya çıkmaktadır. Doğrudan uygulanan kurallar ki, burada *lex forin*in doğrudan uygulanan kuralları belirtilmektedir, konusuna giren her türlü durumda istisnasız uygulanacaktır¹¹. Ancak ileride de görüleceği gibi, yabancı hukukun tatbikini engelleyen bir diğer hâl olan milletlerarası özel hukukta kamu düzeni müdahalesi ise istisnai nitelikte olan ve yabancı hukukun uygulanması sonucunda ortaya çıkan durumun açıkça aykırı olması halinde söz konusu olmaktadır¹².

II. ÜÇÜNCÜ DEVLETİN DOĞRUDAN UYGULANAN KURALLARI

A. Genel Olarak

Milletlerarası özel hukukta doğrudan uygulanan kurallar karşımıza üç farklı hukuk sisteminde ortaya çıkabilmektedir. Bunlar; hâkimin

Uygulanacak Hukukun Tespiti), **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni (MHB)**, Yıl 30, Sayı 1-2, 2010, ÇELİKEL Aysel, ERDEM B. Bahadır, **Milletlerarası Özel Hukuk**, 14. Bası, İstanbul, Mart 2016, s. 391.

7 NOMER Ergin, **Devletler Hususi Hukuku**, 22. Bası, İstanbul, Ekim 2017, s. 185.

8 TEKİNALP Gülören, UYANIK ÇAVUŞOĞLU Ayfer, **Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları**, 12. Bası, İstanbul 2016, 58.

9 ERDEM B. Bahadır, 5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’da Düzenlenen Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Olan Hukuk, **Avrupa’da Devletler Özel Hukuku ve Yeni Türk Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’un Akitler ve Ticaret Hukukuna İlişkin Hükümleri Sempozyumu**, Koç Üniversitesi, Hukuk Fakültesi Dr. Nüsret-Semahat Arsel Uluslararası Ticaret Hukuku Araştırma Merkezi Konferans Yayınları Serisi-2, İstanbul 2010, s. 102, aynı yönde bkz. ERKAN Mustafa, MÖHUK Madde 31 Bağlamında Türk Hukukunda Doğrudan Uygulanan Kurallara Bakış, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 15, Yıl 2011, S. 2, s. 84.

10 İçeriği keskin hatlarla çizilmiş doğrudan uygulanan kurallara ilişkin bağımsız bir kategori belirlemek pek mümkün görünmemektedir. İleride de belirtileceği üzere bu kurallar belirlenirken bu kuralların amacı ve içeriği göz önünde bulundurulmaktadır. Konuyla ilgili olarak bkz. TEKİNALP, UYANIK ÇAVUŞOĞLU, s. 59.

11 KÖSOĞLU Mehmet, Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanununun 31. Maddesi: Sözleşme ile Sıkı İlişkili Üçüncü Bir Devletin Doğrudan Uygulanan Kurallarına Etki Tanınması, **Milletlerarası Özel Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni (MHB)**, Yıl: 28 S.: 1-2 2008, s. 154.

12 NOMER, s. 162.



hukukundaki (*lex fori*), uyuşmazlığın esasına uygulanan hukuktaki (*lex causae*) ve son olarak da ne hâkimin hukukunda ne de esasa uygulanan hukukta yer alan, üçüncü devletin hukukundaki doğrudan uygulanan kurallardır.

İlk iki sistemdeki doğrudan uygulanan kuralların uygulanıp uygulanmayacağına sorun çıkmayacaktır. Hâkimin hukukundaki doğrudan uygulanan kurallar, yabancılık unsuru olup olmadığına bakılmaksızın, istisnasız olarak her durumda uygulanacaktır. Aynı şekilde uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukukta yer alan doğrudan uygulanan kurallar da, uygulanan hukukun bir parçası olduğu için herhangi bir karmaşık durum yaratmaksızın uyuşmazlığın çözümünde tatbik edilecektir. Çalışma konumuz kapsamına giren doğrudan uygulanan kurallar ise, hâkimin hukuku veya uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukukta yer almayan, o uyuşmazlığa normal şartlar altında tatbik edilmeyecek hukuktaki doğrudan uygulanan kurallardır. Dolayısıyla, bu şekildeki doğrudan uygulanan kuralların uyuşmazlığa uygulanıp uygulanmayacağı konusunda sorun çıkması muhtemeldir.

Üçüncü devletin doğrudan uygulanan kuralları ile ilgili, hukukî düzenlemelerin incelenmesi, bu kuralların her durumda uygulanıp uygulanmayacağı, hangi durumlarda göz önünde tutulacağı gibi konuların tespiti açısından önemlidir. Bu nedenle öncelikle MÖHUK'un 31. maddesindeki düzenleme, sonrasında da MÖHUK'a kaynak olan 1980 tarihli Akdi Borçlara İlişkin Roma Konvansiyonu ve bu Konvansiyon yerine geçen Roma I Tüzüğü'nün incelenmesi gerekmektedir.

B. Hukuki Düzenlemeler İçerisinde Yer Alan Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları

1. 5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un 31. Maddesi

Üçüncü devletin doğrudan uygulanan kurallarına ilişkin herhangi bir düzenleme 22.05.1982 tarihli ve 2675 sayılı, mülga Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'da¹³ yer almamaktaydı.

Üçüncü devletin doğrudan uygulanan kuralları, mevzuatımıza MÖHUK'un 31. maddesiyle girmiştir. Maddeye göre “Sözleşmeden doğan ilişkinin tâbi olduğu hukuk uygulanırken, sözleşmeyle sıkı ilişkili olduğu takdirde üçüncü bir devletin hukukunun doğrudan uygulanan kurallarına etki tanınabilir. Söz konusu kurallara etki tanımak ve uygulayıp uygulamamak konusunda bu kuralların amacı, niteliği, muhtevası ve sonuçları dikkate alınır.”

13 Resmi Gazete, 22 Mayıs 1982, Sayı: 17701.

Madde metni incelendiğinde “..... etki tanınabilir” ifadesi dikkat çekmektedir. Anlaşılacağı üzere etki tanınabilme, içerisinde bir ihtimal taşımaktadır. Madde düzenlemesinde üçüncü devletin doğrudan uygulanan kurallarına etki tanınır, şeklinde kesinlik arz edecek, yani yükümlülük yükleyecek bir ifade yer almamaktadır. Dolayısıyla bu hâliyle, üçüncü devletin doğrudan uygulanan kurallarına etki tanınması konusunda takdir yetkisi tanındığı söylenebilecektir¹⁴.

Ek olarak, madde ile ilgili dikkat çeken bir diğer husus ise, ilk cümlede etki tanıma fiilinin tercih edilmesidir. Üçüncü devletin doğrudan uygulanan kuralına etki tanınacağına belirtilmesi, kanaatimizce bilinçli bir tercihtir. Şöyle ki, etki tanınabilir tabiri yerine, Türk hukukundaki doğrudan uygulanan kuralların istisnasız her durumda uygulanacağını belirten MÖHUK’un 6. maddesindeki uygulanır ifadesinin tercih edildiği varsayılacak olursa, bu halde her durumda üçüncü devletin doğrudan uygulanan kurallarının tatbiki gerekecektir. Dolayısıyla üçüncü devletin doğrudan uygulanan kuralları bir yükümlülük olarak yüklenmekle birlikte, sadece işlemi geçersiz hale getiren düzenlemeler değil, değiştiren veya az da olsa farklılık yaratan bütün düzenlemelerin de uygulanması sonucuna ulaşılabilecektir. Bu durum ise, gerek MÖHUK 31. maddeye kaynak Roma Konvansiyonu’nda gerekse Roma I Tüzüğü’nde üçüncü devletin doğrudan uygulanan kurallarının dikkate alınmasında göz önünde tutulan konulara aykırı bir sonuca ulaşılmasını sağlayacaktır. Burada esasında etki tanıma ile kastedilenin, üçüncü devletin hukukundaki doğrudan uygulanan kurallarının yansımaya etkisi olduğu belirtilmektedir¹⁵.

Kanun maddesindeki tercihin bilinçli olduğu da kanun tasarısının gerekçesinde belirtilmektedir. Şöyle ki, kanun tasarısındaki gerekçede maddenin amacı; “*üçüncü devletin müdahaleci kurallarının uygulanmasını zorunlu kılmamakla birlikte, uygulanmamaları halinde ortaya çıkabilecek olumsuzlukların önlenmesi için bu kurallara etki tanımayı sağlayan, dikkate alınması gerekli bir imkân getirmektedir*” şeklinde belirtilmektedir¹⁶. Dolayısıyla tasarıda da üçüncü devlet hukukunda yer alan doğrudan uygulanan kuralların uygulanmasının zorunlu olmadığı, ancak uygulanmamaları halinde ise sorun çıkmasının muhtemel olduğu haklı olarak öngörülmüştür. Bu nedenle, muhtemel sorunların önüne geçilmek amacıyla üçüncü devletin doğrudan uygulanan kurallarının uygulanabilmesi bir imkân olarak düzenlenmiştir.

14 ÇELİKEL, ERDEM, s. 413.

15 NOMER, s. 340.

16 Kanun tasarısının gerekçesi için bkz. <https://www2.tbmm.gov.tr/d23/1/1-0337.pdf> erişim tarihi: 30.09.2019.



Bir hukuk kuralına etki tanıma; o hukuk kuralı ile birlikte başka hukuk kurallarının da uygulanabileceğini ifade ederken, bir hukuk kuralını uygulamak ise, o hukuk kuralının bütün unsurları ile birlikte bir uyumsuzluğun çözümünde tatbik etmek anlamını taşımaktadır¹⁷. Dolayısıyla madde içerisinde ilk cümledeki etki tanımak ifadesi ile ikinci cümledeki uygulamak ifadelerinin birbiri ile çelişki içerisinde olduğu düşünülebilecektir.

Üçüncü devletin doğrudan uygulanan kurallarına etki tanınması ile birlikte bir zorunluluk yüklenmemekte, bu kuralların uygulanmaması halinde ortaya çıkabilecek olumsuzlukların önüne geçilmesi amacıyla bu kuralları dikkate alma konusunda takdir yetkisi verilmekte olduğuna ilişkin bir görüş bulunmaktadır¹⁸. Ancak yabancı hukukun doğrudan uygulanan kurallarına etki tanınmasına ilişkin bu takdir yetkisi, kolayca bertaraf edilerek *lex causaeye* yönelmeye yol açmamalıdır. Kamu düzenine aykırılık veya aynı konuda *lex foride* doğrudan uygulanan kural bulunmaması ve hukukî işlemin sıkı irtibatlı olan başka bir ülke hukukuna göre geçersiz olması halinde, MÖHUK'un 31. maddesinin uygulanması gerekmektedir¹⁹.

Metin incelendiğinde 31. madde kapsamındaki uygulanacak olan yabancı hukukun doğrudan uygulanan kuralları ne *lex fori* ne de *lex causaenin* doğrudan uygulanan kurallarıdır. Burada kast edilen bunlardan başka ancak sözleşme ile sıkı ilişkisi bulunan üçüncü bir devletin doğrudan uygulanan kurallarıdır. Dolayısıyla MÖHUK uyarınca üçüncü devletin doğrudan uygulanan kurallarına etki tanınabilmesi, öncelikle uyumsuzluğun esasına uygulanacak hukukun belirlenmesi, *lex causae* belirlendikten sonra ise bu hukuktaki düzenlemelerin sözleşme ile sıkı ilişkide bulunan diğer bir devletin doğrudan uygulanan kurallarına aykırılık teşkil edip etmediğinin tespitidir. *Lex causaenin* sözleşme ile sıkı ilişkili olan diğer bir devletin doğrudan uygulanan kurallarına aykırı olması halinde *lex causae* yerine, diğer devletin doğrudan uygulanan kurallarına etki tanınması gerekmektedir²⁰.

2. Roma Konvansiyonu'na Göre Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları

MÖHUK'taki üçüncü devletin doğrudan uygulanan kurallarına ilişkin 31. madde düzenlemesi kaynağını 1980 tarihli Sözleşmeden Doğan Borç

17 ÖZDEMİR KOCASAKAL, *Sözleşmelere Uygulanacak Hukukun Tespiti*, s. 75.

18 ÇELİKEL, ERDEM, s. 413.

19 Aynı görüşte bkz. TEKİNALP, UYANIK ÇAVUŞOĞLU, s. 382.

20 EKŞİ Nuray, *Sözleşmeden Doğan Borçlara Uygulanacak Hukuk Hakkında Roma Konvansiyonu*, İstanbul 2004, s. 167, ERKAN, s. 86.

İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında Roma Konvansiyonu'ndan²¹ almaktadır. Bu nedenle Roma Konvansiyonu'nun üçüncü devletin doğrudan uygulanan kurallarına ilişkin hükümlerinin de incelenmesi gerekmektedir.

Roma Konvansiyonu'nda doğrudan uygulanan kurallar ile ilgili bir tanım verilmemiştir. Konvansiyonun Doğrudan Uygulanan Kural başlıklı 7/1. maddesine göre “*Bu Konvansiyon uyarınca belirli bir devletin hukuku uygulanırken, uyumsuzluk ile sıkı bağlantılara sahip olan diğer bir ülkenin, sözleşmeye uygulanması gereken hukuk ne olursa olsun uygulanacak nitelikteki emredici hükümlerine de etki tanınabilir. Bu emredici hükümlere etki tanınıp tanınmayacağıının belirlenmesinde onların niteliği, konusu ve uygulanması veya uygulanmamasının yol açacağı sonuçlar dikkate alınır.*”

Madde metni incelendiğinde, her ne kadar başlık olarak doğrudan uygulanan kural adı verilse de, metin içerisinde, MÖHUK'tan farklı olarak, emredici hükümler ifadesi geçmektedir. İlk bakışta doğrudan uygulanan kural yerine emredici hükümler ifadesi farklı olarak algılanabilse de, esasında burada emredici hükümlerden kastedilen doğrudan uygulanan kurallardır. Şöyle ki, Konvansiyondaki 3/3., 5/2. ve 6/1. maddelerde belirtilen müdahaleci kurallar ile 7. maddede belirtilen emredici kurallar birbirinden farklıdır. Bu maddelerde belirtilen kuralların kamu düzenine ilişkin olarak taraflarca aksini kararlaştıramayacakları, bunun yanında 7. maddedeki kuralların ise, uyumsuzluğun esasına uygulanacak hukuk ne olursa olsun tatbik edileceği belirtilmiştir²². Bu niteliği nedeniyle emredici kuralların, kamu düzenine ait kurallar yerine, doğrudan uygulanan kural olarak algılanması gerekmektedir.

Roma Konvansiyonu'nda MÖHUK'tan farklı olarak, *lex foride* ve sözleşmeye uygulanacak hukukta doğrudan uygulanan kural bulunması durumunda üçüncü devletin doğrudan uygulanan kurallarının herhangi bir etkisi olmayacağı da belirtilmiştir. Konvansiyondaki hiçbir kural, mahkemenin hukukunda yer alan ve sözleşmeye uygulanacak hukuka

21 **Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations.** Konvansiyonun Türkçe çevirisi için bkz. EKŞİ Nuray, *Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında Konvansiyon, MHB*, Yıl 17-18, 1997-1998, s. 163 vd. (163-181)

22 Konvansiyonun 7/1. maddesinin hakemler tarafından uygulanabilirliği konusunda bkz. SHORE Laurence, *Applying Mandatory Rules of Law in International Commercial Arbitration*, **The American Review of International Arbitration**, 2007, para 91 vd (18 Am. Rev. Int'l. Arb. 91).

23 ÖZDEMİR KOCASAKAL, *Sözleşmelere Uygulanacak Hukukun Tespiti*, s. 75, BONOMI Andrea, *Overriding Mandatory Provisions in the Rome I Regulation on the Law Applicable to Contracts*, **Yearbook of Private International Law**, Volume 10, 2008, s. 288, ERAUW Johan, *Observations About Mandatory Rules Imposed on Transatlantic Commercial Relations*, **Houston Journal of International Law**, Vol. 26, 2004, s. 267.



rağmen doğrudan uygulanan kural niteliğinde bulunan kuralların uygulanmasını sınırlayamaz (m. 7/2). Sonuç olarak, MÖHUK 'un 31. maddesinden farklı olarak Konvansiyonda gerek *lex foride* gerekse sözleşmeye uygulanacak hukukta doğrudan uygulanan kuralın bulunması halinde, Konvansiyonun 7. maddesinin 1. fıkrasında düzenlenen üçüncü devletin doğrudan uygulanan kurallarının uygulanmayacağı açıkça belirtilmiştir.

3. Roma I Tüzüğü'ne Göre Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları

Roma Konvansiyonu'nda, yukarıda da belirtildiği üzere doğrudan uygulanan kurallara ilişkin bir tanıma yer verilmese de, Roma Konvansiyonu yerine geçmek üzere düzenlenen Roma I Tüzüğü'nde ise doğrudan uygulanan kurallara ilişkin tanım yapılmıştır. Bu tanıma göre doğrudan uygulanan kurallar *"bir devletin, politik, sosyal veya ekonomik organizasyonu gibi kamusal çıkarlarının korunması için uyulması hayati önem taşıyan, bu nedenle uygulama alanına giren uyuşmazlıklara, bu Tüzüğe göre sözleşmeye uygulanması gereken hukuk ne olursa olsun, uygulanması zorunlu olan emredici kurallardır"* (m. 9/1).

Tanımdan da anlaşılacağı üzere, doğrudan uygulanan kurallar emredici kuralların alt grubunu oluşturmaktadır. Aynı zamanda bir kuralın doğrudan uygulanan kural olarak nitelendirilmesi, onun bazı şartları taşımasına bağlıdır. Bu şartlardan politik, sosyal veya ekonomik organizasyonu gibi kamusal çıkarların korunması ölçütü, doğrudan uygulanan kurallara sınır getirmektedir. Bu şartların bulunmaması halinde her emredici kuralın doğrudan uygulanan kural olarak nitelendirilerek uygulanması söz konusu olmayacaktır²⁴.

Tüzükte öngörülen kamusal çıkarların korunması koşulunun sağlanması için toplumun tamamına etkili kurallar olmayabileceği, toplumdaki belirli bir kesimin korunmasına yönelik düzenlemelerin de bu alanda değerlendirilebileceği belirtilmiştir. Yine bu görüşe göre; tüketicilerin veya işveren karşısında güçsüz durumda bulunan işçilerin korunmasına yönelik düzenlemeler, kamusal çıkarların genel olarak korunmasına yönelik olmamasına rağmen bir devletin politik, ekonomik ve sosyal organizasyonu açısından önemli olduğundan dolayı bunların doğrudan uygulanan kurallar kategorisi içerisinde değerlendirilmeleri

24 ÖZDEMİR KOCASAKAL, *Sözleşmelere Uygulanacak Hukukun Tespiti*, s. 80, konunun milletlerarası ticari tahkim açısından incelenmesi için bkz. KESSEDIAN Catherine, *Mandatory Rules of Law in International Arbitration: What are Mandatory Rules?*, *The American Review of International Arbitration*, 2007, para 147 vd. (18. *Am. Rev. Int'l Arb.* 147).

gerektiği belirtilmektedir²⁵. Ancak kanaatimizce tüketici veya işçiyi koruyan bu tarz kuralların doğrudan uygulanan kural olarak belirtilmesi, Roma I Tüzüğü düzenlemeleri ışığında mümkün görünmemektedir²⁶.

Doğrudan uygulanan kurallar, içerisinde yabancılik unsuru olup olmadığına bakılmaksızın her durumda uygulanan kurallardır. Ancak gerek Roma I. Tüzüğü'nde gerekse birçok kanunlar ihtilafı kurallarını ihtiva eden milli kanunlarda iş ve tüketici sözleşmelerine uygulanacak hukuku gösteren kanunlar ihtilafı kuralları bulunmaktadır. Yukarıda belirtilen konulardaki düzenlemelerin doğrudan uygulanan kural olarak kabul edilmesi halinde ise, söz konusu kanunlar ihtilafı kurallarının uygulanma ihtimali ortadan kalkacaktır. Çünkü doğrudan uygulanan kuralın mevcudiyeti halinde uygulanacak hukuk tespit edilmeye çalışılmayacak, konusu kapsamına giren işlerde doğrudan uygulanan kural tatbik edilecektir. Gerek Roma I Tüzüğü'nü hazırlayanların gerekse de ülkelerin iş ve tüketici gibi zayıf tarafı koruyan hükümlerinin doğrudan uygulanan kural yerine, yabancı hukukun uygulanmasını engelleyen milletlerarası hukuktaki kamu düzeninin müdahalesini sağlayacak nitelikte kurallar olarak kabul edilmesi, milletlerarası özel hukuk açısından uygun olacaktır.

Konuyla ilgili olarak buraya kadarki açıklamalarımız doğrudan uygulanan kuralların Roma I Tüzüğü'nde tanımlanmasına ilişkindir. Üçüncü bir devletin doğrudan uygulanan kurallarına ilişkin hüküm ise madde 9/3'te düzenlenmiştir. Maddeye göre *“Sözleşmeden kaynaklanan edimlerin ifa edildiği veya edilmesi gereken ülkenin doğrudan uygulanan kuralları sözleşmenin ifasını hukuka aykırı hale getiriyorsa bu kurallara da etki tanınabilir. Bu kurallara etki tanınıp tanınmayacağına karar verilirken konusu, niteliği, uygulanması veya uygulanmamasından kaynaklanacak sonuçlar dikkate alınır.”*

Madde metni incelendiğinde üçüncü bir devletin doğrudan uygulanan kurallarının uygulanabilmesi Roma Konvansiyonu'na göre sınırlandırılmıştır. Bu sınırlamalar iki ana başlıkta incelenebilecektir. İlk sınırlama sözleşmeden kaynaklanan edimlerin ifa edildiği veya edilmesi gereken bir ülkenin varlığıdır.

Yukarıda da belirtildiği üzere Konvansiyonda üçüncü devletin doğrudan uygulanan kurallarının olaya uygulanabilmesi için sözleşme ile *yakın bağlantı* ölçütü öngörülmüştür. Tüzükte ise yakın bağlantıdan daha sınırlı şekilde *“Sözleşmeden kaynaklanan edimlerin ifa edildiği veya edilmesi gereken ülke”* söz konusu olduğu takdirde, bu ülkenin doğrudan uygulanan kurallarına etki tanınabilecektir.

25 Aynı görüşte bkz. ÖZDEMİR KOCASAKAL, *Sözleşmelere Uygulanacak Hukukun Tespiti*, 81, BONOMI, s. 293.

26 Aynı sonuç MÖHUK düzenlemeleri açısından da geçerlidir.



Tüzükte doğrudan uygulanan kurallarına etki tanınacak ülkenin bu şekilde sınırlandırılmış olması, her durum için uygun sonuçlara ulaşılmasını sağlamayabilecektir. Sözleşmenin ifa edileceği yerden başka bir devlet hukukuna göre de ifa engelleri söz konusu olabilir. Tarafların sözleşmeyi ifa ettikleri yerden başka bir yerde işyerleri veya mutad meskenlerinin bulunması ve bu ülkenin düzenlemeleri uyarınca borçlu taraf için ifa engeli oluşmuş olması bu duruma örnektir. Böyle bir durumda bu ülkenin doğrudan uygulanan kurallarına etki tanınmaması hakkaniyete aykırı sonuç doğurabilecektir²⁷. Kaldı ki doğrudan uygulanan kurallar sadece ifa engeli ortaya koyan kurallar olmayabilir²⁸. İfa ile ilgili yasak veya sınırlama getiren kurallar dışındaki düzenlemelerin, doğrudan uygulanan kural olarak Tüzükte yer almaması doğrudan uygulanan kuralların uygulama alanını daraltmaktadır²⁹.

Konvansiyona göre sınırlandırılan bir diğer konu da üçüncü devletin doğrudan uygulanan kuralının sözleşmeye etkisi üzerinden yapılan ayırımdır. Şöyle ki, üçüncü devletin doğrudan uygulanan kuralına etki tanınabilmesi, ancak bu kuralın sözleşmenin ifasını hukuka aykırı hale getiren düzenlemeler açısından mümkün olacaktır. Roma I Tüzüğü bu düzenlemesiyle, Roma Konvansiyonu'ndaki doğrudan uygulanan kuralların tatbikini sınırlandırmıştır³⁰.

C. Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kurallarına Etki Tanınmasının Nedenleri

Doğrudan uygulanan kurallar doktrinde ilk defa tartışıldığında hukukçular tarafından bu kuralların *lex forin*in doğrudan uygulanan kuralları olduğu, dolayısıyla hâkimin hukukundaki doğrudan uygulanan kurallarının uyuşmazlık konusuyla ilgili kısmı uygulandıktan sonra, kanunlar ihtilafı kurallarına göre uyuşmazlığa uygulanacak hukukun tespit edileceği belirtilmekteydi³¹. Dolayısıyla doğrudan uygulanan kural kavramı ilk başlarda sadece *lex forin*in doğrudan uygulanan kurallarının tanınmasını sağlayacak nitelikte idi.

Sadece *lex forideki* doğrudan uygulanan kuralların kabulü halinde ise, devletlerin kendi iç hukuk düzenlerini ön planda tutarak uyuşmazlıklardaki uluslararası niteliği göz ardı etmesi nedeniyle, iç

27 ÖZDEMİR KOCASAKAL, *Sözleşmelere Uygulanacak Hukukun Tespiti*, s. 86.

28 İfa engeli içermeyen doğrudan uygulanan kurallar ile ilgili olarak bkz. ÖZDEMİR KOCASAKAL, *Doğrudan Uygulanan Kurallar*, s. 137 vd.

29 Konuyla ilgili aynı yönde eleştiri için bkz. ÖZDEMİR KOCASAKAL, *Sözleşmelere Uygulanacak Hukukun Tespiti*, s. 84-86.

30 Tüzükteki düzenlemelerin sınırlayıcı olduğuna ilişkin olarak bkz. ÖZDEMİR KOCASAKAL, *Sözleşmelere Uygulanacak Hukukun Tespiti*, s. 83, BONOMI, s. 296-297.

31 ÖZDEMİR KOCASAKAL, *Doğrudan Uygulanan Kurallar*, s. 49.

karar ahengi sağlanabilecektir. Ancak milletlerarası karar ahenginin sağlanmasında³² güçlüklerin çıkması mümkündür.

Gerekli görülen hallerde, üçüncü bir devletin doğrudan uygulanan kurallarına etki tanınarak uyuşmazlıkların çözülmesi, karışıklığın önlenmesi ve milletlerarası karar ahenginin sağlanması bakımından önemlidir³³.

Üçüncü bir devletin doğrudan uygulanan kurallarına etki tanınmasının bir diğer nedeni, uluslararası işbirliğinin sağlanmasıdır. Buradaki uluslararası işbirliği, yabancı bir devletin kendine has çıkarlarına hizmet eden kuralları ile ilgili işbirliğidir. Ancak bu durumun iki ihtimalde söz konusu olabileceği doktrinde tartışılmaktadır. İlk ihtimalde, üçüncü bir devletin ithalat-ihracat politikaları ve kambiyo mevzuatına ilişkin, sadece kendisine has doğrudan uygulanan kurallarına etki tanınması ile, dar anlamda uluslararası işbirliğinin sağlandığı kabul edilebilecektir. Bunun yanında ikinci ihtimalde ise, genel olarak hemen hemen bütün hukuk sistemlerinde belirli bir gruba, haiz oldukları özelliklerinden dolayı kendisinden daha güçlü tarafa karşı koruyan düzenlemeler (tüketici işlemlerine ve iş hukukundan doğan işlemlere ilişkin düzenlemeler gibi) bulunmaktadır. Bu tarz düzenlemeler ise birinci ihtimaldeki düzenlemelerden farklı olarak, devletlerin kendilerine has menfaatlerini düzenlemeyi öngörmemektedir. Bu nedenle, bu tarz düzenlemelerdeki işbirliği, esasında milletlerarası özel hukuk bağlamında bir işbirliğine ulaşıldığı anlamına gelmemektedir. Ancak, üçüncü bir devletin ikinci ihtimalde yer alan doğrudan uygulanan kuralları ile *lex forin* doğrudan uygulanan kurallarının aynı yönde olması, mevzuat açısından işbirliğinde bulunduğu sonucuna ulaşılmasını sağlamaktadır³⁴. Sonuç olarak, uluslararası işbirliğinden kastedilen ilk ihtimaldeki üçüncü devletin doğrudan uygulanan kurallarıdır³⁵.

Sadece *lex fori* ve uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuktaki doğrudan uygulanan kuralların uygulanabileceğinin kabulü, bunun dışında üçüncü devletin doğrudan uygulanan kurallarının tatbikinin kabul edilmemesi, devletler özel hukuku hakkaniyetine ulaşılmasını ve

32 Milletlerarası karar ahenginin sağlanması ile ilgili olarak bkz. ÇELİKEL, ERDEM, s. 37.

33 ÖZDEMİR KOCASAKAL, *Doğrudan Uygulanan Kurallar*, s. 51.

34 Konuyla ilgili açıklamalar için bkz. ÖZDEMİR KOCASAKAL, *Doğrudan Uygulanan Kurallar*, s. 50.

35 Uluslararası işbirliğinin sağlanmasının en etkili yollarından birisi de uluslararası anlaşmaların yapılmasıdır. Bu konuda 14.11.1970 tarihli Kültürel Varlıkların Mülkiyetinin Hukuka Aykırı Transferine, İhracatına ve İthalatına Engel Olmak İçin Alınacak Tedbirlere İlişkin UNESCO Konvansiyonu uyarınca, Konvansiyon'da düzenlenen işlemlere ilişkin verilecek kararlarda, üye devlet mahkemelerinin diğer devletin kurallarına riayet etme yükümlülüğü bulunmaktadır.



somut olay adaletinin sağlanmasını da zorlaştıracaktır. Şöyle ki, taraflarca hukuk seçimi yapılması, her zaman için tarafların özgür iradeleri ile seçim yaptıklarını göstermeyebilir. Ticari sözleşmeler açısından da sözleşmenin güçlü tarafındaki tacirin özel isteğiyle üçüncü bir devletin hukukunun seçilmesi mümkündür. Bu durumda görece güçsüz durumdaki tarafın haklarını koruyan hukuk sisteminden ziyade, güçlü tarafın menfaatlerini koruyan hukuk sistemi, güçlü tarafın isteğiyle seçilmiş olabilir. Dolayısıyla, sözleşmenin güçsüz tarafının haklarını koruyan, sözleşmeyle sıkı ilişkisi bulunan ve doğrudan uygulanan kurallara sahip hukuk sistemi uygulanmayacaktır. Bu durum ise, uluslararası işbirliği ve karışıklığın önlenmesi açısından sorun yaratabilecektir.

Üçüncü bir devletin doğrudan uygulanan kurallarının uygulanmasının bir diğer nedeni, bu kuralların uygulanması sonucunda verilen kararların, doğrudan uygulanan kuralların ait olduğu devlette tanınması ve tenfizindeki kolaylıktır. Yabancı bir devlette verilen bir mahkeme kararına konu uyuşmazlığın tenfiz ülkesinin doğrudan uygulanan kurallarının düzenlediği bir konuya ilişkin olması halinde tenfiz mahkemesinin, kendi ülkesindeki doğrudan uygulanan kuralların göz önünde tutulmadığını gerekçe göstererek tenfiz talebini reddetmesi mümkündür. Dolayısıyla verilen kararın ilgili yabancı ülkede tanınması ve tenfizi için, üçüncü devletin doğrudan uygulanan kurallarına etki tanınması ve bu kurallarının dikkate alınarak karar verilmesi, verilen kararın icra edilebilirliği açısından önemlidir³⁶.

Konu İsviçre hukukunda tartışılmış ve hakkında hukukî düzenlemede bulunulmuştur. İsviçre hukukunda üçüncü devletin doğrudan uygulanan kurallarının yarattığı sorunun, çıkarların hâkim tarafından tartışılmasından sonra yabancı hukukun emredici hükümlerini göz önüne alma imkânını tanıyan İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu'nun (IPRG³⁷) 19. maddesinin uygulanması ile çözüleceği İsviçre doktrininde belirtilmiştir³⁸. IPRG m. 19'a göre; İsviçre'de geçerli hukuk anlayışına göre haklı ve açıkça öncelikli çıkarlar gerektirdiğinde, yasayla belirlenen yetkili hukuktan farklı bir hukukun, eğer bu hukuk olayla sıkı bağlantı içindeyse dikkate alınabileceğini düzenlemiştir (IPRG m. 19/1). Aynı maddede ayrıca, bu tarz bir düzenlemenin dikkate alınıp alınmayacağına karar verebilmek için, hükmün güttüğü amaç ve hükmün uygulanmasının İsviçre hukuk

36 NOMER, s. 341, ÖZDEMİR KOCASAKAL, s. 51-52.

37 *Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht*

38 BÄR Rolf, *Das Internationale, Privatrecht (Kollisionsrecht) des Immaterialgüterrechts und des Wettbewerbsrechts*, in: **Schweizerisches Immaterialgüter-und Wettbewerbsrecht**, 1995, s. 120-121, NOVIER Mercedes, **La Propriété Intellectuelle en Droit International Prive Suisse**, Cenevre 1996, s. 226.

anlayışı dâhilinde hakkaniyete uygun bir karara varılması bakımından doğuracağı sonuçların göz önünde tutulması gerektiği belirtilmektedir³⁹. Böylelikle, IPRG'de yer alan bir hükmün kıyasen uygulanması ile üçüncü bir devletin doğrudan uygulanan kurallarına etki tanınması söz konusu olacaktır.

Tenziz mahkemesinin hukukundaki doğrudan uygulanan kuralların tatbik edilmemiş olması nedeniyle tenfiz talebinin reddi, yabancı mahkemenin karar verirken hukuku doğru uygulayıp uygulamadığının incelenmesini engelleyen revizyon yasağının⁴⁰ kabul edildiği veya edilmediği devletler açısından da mümkündür. Türk hukukunda revizyon yasağı kabul edilmiş olup, yabancı mahkeme kararlarının sadece kanunda belirtilen sebeplerin (MÖHUK m. 54) varlığı halinde tenfizinin reddedileceği belirtilmiştir. Kanundaki tenfiz şartlarında, Türk hukukundaki doğrudan uygulanan kuralların uygulanmaması, tenfiz engeli olarak kabul edilmemiştir. Ancak MÖHUK uyarınca “*hükmün kamu düzenine açıkça aykırı bulunmaması*” bir tenfiz şartı olarak kabul edilmiştir (m. 50/c). Hal böyle olunca, Türk hukuk sisteminde olduğu gibi, revizyon yasağının kabul edildiği, ancak kamu düzenine ihlalin tenfiz engeli olduğu devletlerde, yabancı mahkeme kararının sonuçlarının, mahkemenin hukukundaki doğrudan uygulanan kuralların uygulanmamış olması nedeniyle kamu düzenine aykırı olması gerekçesiyle tenfiz talebi reddedilebilecektir.

Yabancı mahkeme kararında tenfiz devletinin sosyal, ekonomik ve toplumsal politikalarına yön veren doğrudan uygulanan kurallarının uygulanmamış olması, kamu düzenine aykırılığın var olduğu sonucuna ulaşılmasını sağlayabilecektir. Kaldı ki, yabancı mahkeme kararlarının tenfizi için ağır şartlar ihtiva eden sistemlerdeki tenfiz mahkemelerinin bu sonuca ulaşması çok daha kolaydır. Bu nedenle mahkeme kararlarının yabancı devletlerde tanınması ve tenfizi konusunda kolaylık sağlanması için, uyumsuzluk ile sıkı ilişki bulunması ve hukukî işlemi geçersiz hale getirecek olması durumunda, yabancı devletin doğrudan uygulanan kurallarına etki tanınması uygun olacaktır.

Verilen kararların yabancı devlet mahkemelerinde tanınması ve tenfizinde kolaylık sağlanması için yabancı devletin doğrudan uygulanan kurallarının uygulanmasındaki bir diğer neden, revizyon yasağını kabul etmeyen hukuk sistemleri açısındandır. Revizyon yasağının

39 İlgili maddenin Türkçe çevirisi için bkz. ÇELİKEL, ERDEM, s. 384-385, Vahit DOĞAN, **Milletlerarası Özel Hukuk**, Ankara 2010, s. 191.

40 Revizyon yasağı ile ilgili detaylı bilgi için bkz. NOMER, 566-567, ÇELİKEL, ERDEM, s. 692 vd.



kabul edilmediği hukuk sistemlerinde yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizinde, tenfiz mahkemesi yabancı mahkeme kararının içeriğini inceleyecektir. Bu inceleme sonucunda ise, kendi hukukunda yer alan doğrudan uygulanan kuralların uyuşmazlığa konu mahkeme kararında yer almaması nedeniyle tenfiz isteminin reddi sonucu söz konusu olabilecektir. Üçüncü devletin doğrudan uygulanan kurallarına etki tanınması ile birlikte revizyon yasağının kabul edilmediği ülkelerde karşılaşıması muhtemel tenfiz engelinin bertaraf edilmesi sağlanacaktır.

Sonuç olarak, bir mahkeme kararının yabancı bir devlette tanınması ve tenfizinde kolaylık sağlanması, söz konusu kararda tenfiz devletin doğrudan uygulanan kurallarına etki tanınıp tanınmadığına bağlı olabilmektedir.

Üçüncü bir devletin doğrudan uygulanan kurallarının uygulanması için öne sürülen bir diğer neden; uyuşmazlıkla bağlantılı olan bir hukuk sistemi tarafından yasaklanan veya sınırlanan bir işlem hakkında, bu yasağa veya sınırlamaya aykırı bir şekilde karar verilmesi sonucunda, uyuşmazlık taraflarından biri üzerinde çelişkili sonuçlar doğurma ihtimalinin önlenmesidir⁴¹.

Sonuç olarak, üçüncü devletin doğrudan uygulanan kurallarının uygulanmasının nedenlerini, uluslararası işbirliği ve karışıklığın önlenmesi, verilen kararların yabancı bir devlette tanınması ve tenfizinde kolaylık sağlanması, uyuşmazlık taraflarından birisi üzerinde çelişkili yükümlülükler doğmasının önlenmesi, kararlar açısından uluslararası yeknesaklığın sağlanması olarak özetleyebiliriz.

D. Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kurallarının Tespiti

Üçüncü devletin doğrudan uygulanan kuralları tespit edilirken, öncelikle bu kuralların özellikleri ve nasıl uygulanacağı belirlenmelidir. Bu nedenle MÖHUK madde 31’de belirtilen üçüncü devletin doğrudan uygulanan kurallarının tespitinde izlenecek sistem aşağıda yer almaktadır.

1. Kural Emredici Nitelikte Olmalıdır

Üçüncü devlete ait bir kuralın doğrudan uygulanan kural niteliği taşıyıp taşımadığı, o hukuk sistemi içerisinde yapılacak inceleme ile söz konusu olacaktır. *Lex fori*ye ait olmayan bir hukuk kuralının emredici olup olmadığı da, o kuralın ait olduğu hukuk sistemi içerisinde değerlendiriliş şekline göre tespit edilecektir. Bilindiği üzere yabancı hukukun

41 Üçüncü devletin doğrudan uygulanan kurallarının uygulanma nedenleri ile ilgili olarak bkz. ÖZDEMİR KOCASAKAL, *Sözleşmelere Uygulanacak Hukukun Tespiti*, s. 72, BONOMI, 298-299.

uygulanmasında o hukuk içerisinde bulunan mevzuat, mahkeme kararları ve aynı zamanda doktrin de hesaba katılarak bir bütün olarak ele alınmalı ve o hukuk içerisinde ele alındığı ve uygulandığı biçimde tatbik edilmelidir⁴². Dolayısıyla yabancı hukuk sistemine ait bir kuralın doğrudan uygulanan kural niteliği de, kendi hukuk sisteminde yer alış şekline göre değerlendirilmelidir.

Ek olarak, MÖHUK'un 31. maddesinin son cümlesinde “*bu kuralların amacı, niteliği, muhtevası ve sonuçları dikkate alınır*” denmektedir. Doğrudan uygulanan kuralların amacının, niteliğinin ve muhtevasının dikkate alınmasında göz önünde bulundurulması gereken hukuk, o kuralın ait olduğu hukuktur. Yabancı bir hukuk sisteminde yer alan hukuk kuralının amacı, niteliği ve içeriğinin *lex fori*ye tabi olarak incelenmesi kanaatimizce pek uygun görülmemektedir⁴³.

2. Uyuşmazlık ile Doğrudan Uygulanan Kural Arasında Sıkı İlişki Olması Gerekmemektedir

MÖHUK madde 31'de “*sözleşmeyle sıkı ilişkili olduğu takdirde*” demek suretiyle üçüncü devletin doğrudan uygulanan kurallarının uygulanabilmesi için öncelikle bu kuralların uyumsuzluk ile arasında sıkı ilişkinin bulunması gerekmektedir⁴⁴. Ancak sıkı ilişkinin nasıl olacağı hakkında madde içerisinde herhangi bir hükme yer verilmemiştir. Ancak sıkı ilişki koşulu, üçüncü devletin doğrudan uygulanan kurallarına etki tanınması konusunda takdir yetkisini sınırlayan, her durumda üçüncü devletin doğrudan uygulanan kurallarının gözetilmesini sağlamayan bir şarttır⁴⁵. Fakat bu sınır keskin çizgilerle belirlenmediğinden, sınırın geniş olarak yorumlanması da mümkündür⁴⁶. Sıkı ilişkinin tespitinde ise bağlama noktaları esas alınacaktır. Malların bulunduğu yer, taraflardan birinin mutad meskeni, iş yerinin bulunduğu yer, sözleşme konusu işin görüldüğü yer ve bunun gibi bağlama noktaları sözleşme ile sıkı ilişkinin varlığının tespitinde yardımcı olacaktır⁴⁷.

Sıkı ilişkinin belirlenmesinde; üçüncü devletin doğrudan uygulanan kuralı ile taraflardan birinin korunmaya değer bir menfaatinin bulunması kıstasının da aranması gerektiği belirtilmektedir. Ancak korunmaya değer menfaatin tek başına yeterli olmadığı, üçüncü devletin doğrudan

42 ÇELİKEL, ERDEM, s. 171-172.

43 Yabancı kuralın *lex fori*ye göre de yorumlanmasının uygun olduğuna ilişkin görüş için bkz. KÖSOĞLU, s. 159.

44 EKŞİ, s. 161.

45 NOMER, s. 340.

46 ERKAN, s. 110.

47 ÖZDEMİR KOCASAKAL, *Sözleşmelere Uygulanacak Hukukun Tespiti*, s. 77, TEKİNALP, UYANIK ÇAVUŞOĞLU, s. 380, KÖSOĞLU, s. 160.



uygulanen kuralları ile sözleşmeye uygulanan hukuk arasında üzerinde durulması gereken bir değer ortaklığının veya aynı değerlerin paylaşımının bulunması gerektiği de belirtilmiştir⁴⁸. Sonuç itibarıyla, bütün bunlar göz önünde bulundurulsa dahi, üçüncü bir devletin doğrudan uygulanan kurallarının etkilerinin belirlenebilmesi kolay bir durum değildir⁴⁹. Bu zorluk dolayısıyla da 31. maddenin uygulamasının olmayacağı da ileri sürülmüştür⁵⁰.

3. Akdi İlişkiden Doğan Bir Uyuşmazlık Olmalıdır

MÖHUK madde 31 incelendiğinde “Sözleşmeden doğan ilişkinin tâbi olduğu hukuk uygulanırken, sözleşmeyle sıkı ilişkili olduğu takdirde...” şeklinde belirtmek suretiyle, üçüncü devletin doğrudan uygulanan kurallarının uyuşmazlığa uygulanabilmesi için uyuşmazlığın akdi bir ilişkiden doğmuş olması bir şart olarak belirtilmiştir. Haksız fiil ve sebepsiz zenginleşme gibi akit dışı ilişkiden doğan uyuşmazlıklarda, 31. maddenin uygulanamayacağı aşikârdır.

4. Kuralın Uygulanmasından Doğan Sonuçların Dikkate Alınması Gerekmiştir

Türk hâkimi tarafından yabancı bir hukuk sistemine ait herhangi bir kuralın uygulanabilmesi için bu kuralın uygulanmasından doğan sonuçların kamu düzenine aykırı olmaması gerekmektedir (MÖHUK m. 5). Dolayısıyla MÖHUK uyarınca üçüncü bir devletin doğrudan uygulanan kurallarının uygulanabilmesi için, söz konusu kuralın uygulandıktan sonra ortaya çıkan sonucun kamu düzenine açıkça aykırı olmaması gerekmektedir. Aksine bir durumun bulunması, bu kuralın uygulanmamasına neden olacaktır.

Üçüncü devletin doğrudan uygulanan kurallarının sonuçlarının dikkate alınacağına ilişkin yukarıda belirttiğimiz genel kuralın yanında, MÖHUK ‘ta bu durum “Söz konusu kurallara etki tanımak ve uygulayıp uygulamamak konusunda bu kuralların sonuçları dikkate alınır” şeklinde açıkça belirtilmiştir (m. 31).

Burada incelenmesi gereken bir diğer konu, üçüncü devletin doğrudan uygulanan kuralları ile *lex forin*in doğrudan uygulanan kurallarının aynı anda bulunması durumudur. MÖHUK’ta bu duruma ilişkin olarak açık bir hüküm yer almamaktadır. Bunun yanında 31. maddenin dayanağı

48 NOMER, s. 341

49 NOMER, s. 342, Aslı CANYAŞ, 5718 Sayılı Yeni MÖHUK Uyarınca Doğrudan Uygulanan Kurallar ve Özellikle Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları, **Haluk Konuralp Anısına Armağan**, C. 3, 2009, s. 161 vd.

50 NOMER, s. 342.

olan Roma Konvansiyonu'nda bu yönde bir düzenlemede bulunulmuştur. “Konvansiyondaki hiçbir kural, mahkemenin hukukunda yer alan ve sözleşmeye uygulanacak hukuka rağmen doğrudan uygulanan kural niteliğinde bulunan kuralların uygulanmasını sınırlayamaz.” Dolayısıyla Konvansiyona göre, *lex foride* doğrudan uygulanan kural niteliğinde bir düzenlemenin mevcudiyeti, üçüncü devletin konuyla ilgili doğrudan uygulanan kurallarının uyuşmazlığa uygulanmasını engelleyecektir⁵¹.

Konuyla ilgili ek olarak, MÖHUK'un 6. maddesi uyarınca “Yetkili yabancı hukukun uygulandığı durumlarda, düzenleme amacı ve uygulama alanı bakımından Türk hukukunun doğrudan uygulanan kurallarının kapsamına giren hâllerde o kural uygulanır.” Maddede genel olarak yabancı hukukun uygulandığı uyuşmazlıklarda, bu konuda Türk hukukunda herhangi bir doğrudan uygulanan kuralın mevcudiyeti halinde o kuralın uygulanacağı açıkça belirtildiğinden, aynı durum üçüncü devletin uyuşmazlık ile ilgili konuda düzenlediği doğrudan uygulanan kurallarının bulunması hali için de geçerlidir. Bu sebeple Türk hukukunda doğrudan uygulanan kuralın varlığı halinde söz konusu uyuşmazlıkla ilgili olarak 31. maddede belirtilen üçüncü devletin doğrudan uygulanan kuralı dikkate alınmayacaktır⁵².

E. Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kurallarının Uygulanmasını Engelleyen Sebepler

Üçüncü devletin doğrudan uygulanan kurallarına MÖHUK madde 31 doğrultusunda etki tanınması ve uygulanması mümkündür. Bazı hallerde üçüncü devletin doğrudan uygulanan kurallarına etki tanınması gerekirken, uygulanamaması da ihtimal dâhilindedir. Genel itibariyle burada yabancı hukukun uygulanmasını engelleyen bir durumun varlığı söz konusu olacaktır.

1. Kamu Düzeni

MÖHUK'un 5. maddesinde genel olarak kamu düzenine aykırılığın yabancı hukukun uygulanmasını engelleyeceği belirtilmiştir. Bu durum üçüncü devletin doğrudan uygulanan kuralları hakkında da uygulanacaktır.

Doktrinde kamu düzeni bir memlekette kamu hizmetlerinin düzenli yapılmasını, devletin emniyet ve asayişini ve fertler arasındaki ilişkilerde

51 KÖSOĞLU, s. 161. *Lex foride* de doğrudan uygulanan kural bulunması halinde uyuşmazlığa *lex forideki* doğrudan uygulanan kuralın uygulanacağına ilişkin olarak bkz. AUDIT Bernard, How Do Mandatory Rules of Law Function in International Civil Litigation, *The American Review of International Arbitration*, 2007, para 37 vd. (18 *Am. Rev. Int'l Arb.* 37).

52 ÇELİKEL, ERDEM, s. 411. Hatta yazarlar doğrudan uygulanan kurallara ilişkin herhangi bir düzenlemede bulunulmasaydı bile, bu kuralların nitelikleri gereği kapsamlarına giren olaylarda doğrudan uygulanacaklarını belirtmişlerdir. A.e., s. 155, 156.

huzur ve ahlak kaidelerine uygunluğu elde etmeye yarayan müessese ve kuralların tümünün oluşturduğu bir bütün olarak tanımlanmıştır⁵³. Yapılan genel tanımın yanında kamu düzeni kuralları da toplumun temel yapısını ve çıkarlarını koruyan düzenlemeler olarak belirtilebilir⁵⁴.

Milletlerarası özel hukukta kamu düzeninin müdahalesi yönünde iki görüş bulunmaktadır. Bu görüşlerden ilki, kamu düzenine ilişkin kuralların yetkili hukuk uygulanmaksızın uyuşmazlığa doğrudan uygulanacağını savunurken, diğer bir görüş ise bunun bir istisna olduğunu ve yetkili hukuk uygulandıktan sonra ortaya çıkan sonucun kamu düzenine aykırı sonuçlar vermesi halinde yabancı hukukun uygulanmayacağını savunmaktadır⁵⁵.

Türk hukukunda kamu düzeninin milletlerarası özel hukuk açısından müdahalesi MÖHUK m. 5'te düzenlenmiştir. Maddeye göre *"Yetkili yabancı hukukun belirli bir olaya uygulanan hükmünün Türk kamu düzenine açıkça aykırı olması hâlinde, bu hüküm uygulanmaz; gerekli görülen hâllerde, Türk hukuku uygulanır."* Madde metninden de anlaşılacağı üzere Türk hukuku, kamu düzeninin müdahalesi ile ilgili olarak yukarıda savunulan görüşlerden ikincisini kabul etmektedir. Dolayısıyla uyuşmazlığa uygulanan yabancı hukuk hükmünün sonuçlarının Türk kamu düzenine aykırı olması halinde yabancı hukukun uygulanmayacağı, bu uygulamanın istisnai nitelikte olduğu ve bu nedenle aslolanın yabancı olan hukukun uygulanması olduğu kabul edilmiştir⁵⁶.

Kanunda belirtilen bir diğer şart da, kamu düzeni müdahalesinin söz konusu olabilmesi için yabancı hukuk kuralındaki aykırılığın açık olmasıdır. Burada aykırılığın açık olmasından kastedilen yabancı kuralın sadece Türk hukukundan farklı olarak düzenlemede bulunması değil, kuralın uygulanması sonucunda oluşacak durumun kamu düzeni açısından tahammül edilemez sonuçlar doğurmasıdır⁵⁷.

Yukarıda MÖHUK ile ilgili yaptığımız açıklamalar doğrultusunda, kamu düzeninin müdahalesi, üçüncü devletin doğrudan uygulanan kuralları bakımından da söz konusu olacaktır. Şöyle ki, üçüncü devletin doğrudan uygulanan kurallarının uygulanması sonucunda ortaya çıkan sonuç, Türk kamu düzeni açısından tahammül edilemez ise, MÖHUK'un 5. maddesi devreye girerek, üçüncü devletin doğrudan uygulanan kuralları uygulanmayacaktır. Sonuç olarak kamu düzeni müdahalesinin istisnai

53 ÇELİKEL, ERDEM, s. 139.

54 ÇELİKEL, ERDEM, s. 139.

55 Konuyla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. ÇELİKEL, ERDEM, s. 140 vd.

56 ÇELİKEL, ERDEM, s. 149, NOMER, s. 158.

57 ÇELİKEL, ERDEM, s. 149, NOMER, s. 158-159.

niteliği üçüncü devletin doğrudan uygulanan kuralları bakımından da geçerlidir⁵⁸.

2. Normatif Yetki İlkelerine Aykırılık

Normatif Yetki, bir devletin, kendi yasama, yürütme veya yargı organları eliyle, genel veya bireysel nitelikte olacak şekilde kural/norm koyma yetkisi olarak ifade edilmektedir⁵⁹. Uluslararası hukukta her devletin kendi ülkesinde geçerli olmak üzere münhasıran kural koyma, düzenleme yapma yetkisi vardır. Örneğin her devlet kendi ülkesinin ithalat ihracat düzenlemeleri ve döviz giriş çıkışının düzenlenmesi konusunda münhasır yetkiye sahiptir. Hiçbir başka ülke kendi normatif yetkisini aşarak ve bu kurallar ile ilgili olarak başka bir devletin iç düzenine müdahale etmemelidir.

Uluslararası hukuk alanında her devlet, kendisinden başka bir devletin münhasır yetkisine giren bir konuda düzenleme yapma yetkisine saygı göstermek, bu yetkiye aykırı düzenlemede bulunmamak yükümlülüğü altındadır. Ancak başka devletin münhasır yetkisine giren bir konuda yapmış olduğu düzenlemelere uyup uymama konusunu da kendi milletlerarası özel hukuk kuralları ile düzenleyecektir⁶⁰.

Sonuç olarak, normatif yetki sınırlarının aşılarak başka bir devletin kendi iç düzenlemelerine müdahalesi doğrudan uygulanan kuralların uygulanmasını engelleyen bir diğer nedendir⁶¹.

Üçüncü devletin doğrudan uygulanan kuralları ile diğer doğrudan uygulanan kurallar (*lex fori* ve *lex causaenin* doğrudan uygulanan kuralları) uyumsuzluğa etkileri itibariyle birbirlerinden farklıdır. *Lex forideki* doğrudan uygulanan kurallar, her zaman için uygulama imkânı bulacaktır. Kaldı ki bu kuralların tatbiki, bir zorunluluktur. Ancak milletlerarası ticari tahkim açısından hakemlerin bir *lex forisi* bulunmadığından, Türk hâkimleri açısından *lex forinin* doğrudan uygulanan kuralını düzenleyen MÖHUK'un 6. maddesinin, milletlerarası ticari tahkimde uygulanma imkânı bulacağını söylemek güçtür.

Öte yandan *lex causae* içerisinde yer alan doğrudan uygulanan kuralların durumu ise farklıdır. Çünkü bu kurallar hakemlerce tatbik edilen uyumsuzluğun esasına uygulanacak hukukun içerisinde yer aldığından, bu hukukun bir parçası olarak milletlerarası ticari tahkimde tatbik imkânı bulacaktır.

58 ÖZDEMİR KOCASAKAL, *Doğrudan Uygulanan Kurallar*, s. 89-91.

59 ÖZDEMİR KOCASAKAL, *Doğrudan Uygulanan Kurallar*, s. 91.

60 ÖZDEMİR KOCASAKAL, *Doğrudan Uygulanan Kurallar*, s. 93.

61 Konuyla ilgili olarak bkz. ÖZDEMİR KOCASAKAL, *Doğrudan Uygulanan Kurallar*, s. 91 vd.



Üçüncü devletin doğrudan uygulanan kuralları ise, ne *lex foride* ne de *lex causaede* bulunan, ancak uyuşmazlıkla irtibatlı olan üçüncü bir devlet hukuku içerisinde yer alan kurallardır. Bu kurallara uygulama imkânı verilmesi, hukukî düzenlemelerde bir zorunluluk olarak belirtilmemektedir. Söz konusu düzenlemelerde genel itibariyle, üçüncü devletin doğrudan uygulanan kurallarına etki tanıma veya göz önünde bulundurma şeklinde düzenlemelerde bulunmaktadır.

Üçüncü devletin doğrudan uygulanan kurallarının tatbik edilmemesi durumunda, ister hakem kararı gerek yabancı devlet mahkemesi kararı olsun, uygulamada olumsuzluklarla karşılaşılması muhtemeldir. Bu nedenle muhtemel olumsuzlukların giderilebilmesi amacıyla kanunlar ihtilafına ilişkin düzenlemelerde, üçüncü devletin doğrudan uygulanan kurallarına da etki tanınabilmesine imkân veren düzenlemelere, hukukî ihtiyaçlara uygun bir şekilde yer verilmektedir. Genel itibariyle muhtemel olumsuzluklar milletlerarası ticari tahkimde, hakem kararının iptali veya tenfiz engeli şeklinde karşımıza çıkabilmektedir. Milletlerarası ticari tahkimde üçüncü devletin doğrudan uygulanan kurallarının tatbikinin tespitinin de bu çerçevede incelenmesi doğru olacaktır.

III. MİLLETLERARASI TİCARİ TAHKİMDE ÜÇÜNCÜ DEVLETİN DOĞRUDAN UYGULANAN KURALLARININ UYGULANMASI

A. Genel Olarak

Uyuşmazlığın çözümü açısından üçüncü bir devletin doğrudan uygulanan kurallarına etki tanınmasının, sadece devlet mahkemeleri uygulaması doğrultusunda değil, uyuşmazlık çözümüne ilişkin bir diğer yol olan tahkim açısından da incelenmesinde fayda bulunmaktadır.

Doğrudan uygulanan kuralların milletlerarası ticari tahkimdeki konumu ile ilgili birçok görüş ileri sürülmüştür. Konu Avrupa Adalet Divanı'nda görülen bir davada incelenmiştir. Divan, doğrudan uygulanan kuralların milletlerarası ticari tahkimde tatbik edilmesinin, tahkimin en önemli konulardan olan, tarafların esasa uygulanacak hukuku seçme konusundaki bağımsızlıklarını ortadan kaldıran bir durum olduğunu belirtmiştir⁶². Öte yandan, tahkimde tarafların uygulanacak hukuku seçme konusundaki bağımsızlıklarının doğrudan uygulanan kuralların tatbiki ile ortadan kalkmadığı, ancak tatbik edilecek doğrudan uygulanan kuralların da tahkim yerinin (*lex loci arbitri*) doğrudan uygulanan kuralları ile sınırlandırılması gerektiği de belirtilmiştir⁶³.

62 *Eco Swiss China Time Ltd v Benetton International NV*, C-126/97, 1999 E. C. R. I-3055. (Avrupa Adalet Divanı Kararı)

63 CORDERO-MOSS Guiditta, *Arbitral Tribunal's Power in respect of the Parties' Pleadings*

Avrupa Adalet Divanı bir diğer kararında⁶⁴ da, tarafların sözleşme özgürlüğünün sağlanabilmesi için, hukuk seçimi hakkını ortadan kaldıran doğrudan uygulanan kuralların çok dar yorumlanması gerektiğini ifade etmiştir. Adalet Divanı bu kararında Roma Konvansiyonu ve Roma I Tüzüğünde büyük öneme sahip taraf iradeleri ile doğrudan uygulanan kurallar arasındaki ilişkiye dikkat çekmiştir⁶⁵.

Doğrudan uygulanan kuralların tahkimde tatbik edilmesi ile tarafların seçmiş oldukları hukukun ihlal edilmesi veya uygulanmaması mümkündür⁶⁶. Bu halde devletin ekonomik ve sosyal politikalarını düzenleyen doğrudan uygulanan kurallar ile tarafların hukuk seçimi yapmak suretiyle kendi çıkarlarını korumak amacıyla tercih ettikleri kuralların çarpışması söz konusudur⁶⁷. Hakemlerin; tarafların seçmiş oldukları hukuk yerine başka bir hukuku uygulaması ise, hakemlerin yetkilerini aşması olarak kabul edilerek, hakem kararının tenfizinin engellenmesine veya iptaline yol açması mümkündür⁶⁸.

Milletlerarası ticari tahkim yargılamasında hakemlerin, devlet mahkemelerinden farklı olarak, bağlı buldukları bir devlet söz konusu olmaması nedeniyle, uygulanacak hukuk açısından daha serbest oldukları kabul edilmektedir⁶⁹. Aynı şekilde, hakemlerin *lex fori*leri olmamasından dolayı, tahkimde üçüncü devletin doğrudan uygulanan kurallarının da uyuşmazlığın esasına uygulanan hukuk dışındaki bir devletin doğrudan uygulanan kuralı olarak algılanması gerekmektedir⁷⁰.

as a Limit to Party Autonomy. On *Jura Novit Curia and Related Issues, Limits to Party Autonomy in International Commercial Arbitration*, Ed. Franco Ferrari, 2016, s. 312.

64 *Unamar v. Navigation Maritime Bulgare*, C-184/12, 2013, 663.

65 Laura Maria van Bochove, Overriding Mandatory Rules as a Vehicle for Weaker Party Protection in European Private International Law, *Erasmus Law Review*, Kasım 2014, s. 149.

66 HUYSAL Burak, Milletlerarası Ticari Tahkimde Hakemlerin Müdahaleci Kuralları Uygulama Yükümlülüğü, *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S. 1-2, Ocak 2011, s. 130.

67 KRAMER Xandra, *EU Overriding Mandatory Law and the Applicable Law on the Substance in International Commercial Arbitration, The Impact of EU Law on International Commercial Arbitration*, New York, Juris 2017, s. 294, BARRACLOUGH Andrew, WAINCYMER Jeff, *Mandatory Rules of Law in International Commercial Arbitration*, 6 *Melbourne Journal of International Law*, 2005, s. 205..

68 SILBERMAN Linda, FERRARI Franco, Getting to the Law Applicable to the Merits in International Arbitration and the Consequences of Getting it Wrong, *Conflict of Laws in International Commercial Arbitration*, Ed. Franco Ferrari, Stefan Kröll, 2011, s. 312.

69 BORN Gary B., *International Commercial Arbitration, Vol. II: International Arbitral Procedures*, 2. Ed., Bedfordshire 2014, s. 2710, KRAMER, s. 295, ŞANLI Cemal, *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları (Uluslararası Ticari Akitler)*, 7. Bs., İstanbul 2019, s. 292-293, Cemal ŞANLI, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk*, Ankara 1986, s. 61.

70 ALBAYRAK CEYLAN Nazlı, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Doğrudan Uygulanan Kuralların Etkisi*, Ankara 2016, s. 92.

Dolayısıyla tahkimde uyuşmazlığın esasına uygulanan hukuk dışında kalan üçüncü devletlerin doğrudan uygulanan kurallarına etki tanınıp tanınmayacağından baştan kabulü veya reddi uygun olmayabilecektir. Bu nedenle, tahkim yargılaması açısından üçüncü devletin hukuku olarak kabul edilenlerden, uygulanmasının/etki tanınmasının tartışılacağı “*yabancı*” hukukların kendi içerisinde değerlendirilmesi uygun olacaktır.

B. Tahkim Yeri Hukukundaki Doğrudan Uygulanan Kuralların Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları Kapsamında Değerlendirilmesi

Öncelikle hakemlerce uyuşmazlığın esasına uygulanan hukuktan başka, tahkim yargılaması ile irtibatlı birçok devlet hukuku söz konusu olabilecektir. Bunlar; tahkim yeri hukuku (*lex loci arbitri*), muhtemel tenfiz ülkesi hukuku, tarafların yerleşim yerlerinin, mutad meskenlerinin, muamele merkezlerinin bulunduğu devlet hukukları, sözleşmeden kaynaklanan edimlerin ifa edileceği yer hukuku olabilecektir.

Tahkim yeri hukuku ise, kısmen de olsa diğerlerinden farklıdır. Çünkü taraflarca esasa uygulanacak hukuk olarak başka devlet hukuku seçilse dahi, tahkim prosedürü sırasında⁷¹ ve hakem kararı verildikten sonra uygulanma ihtimali yüksek olan bir hukuktur⁷². Tahkim yeri hukukunun tahkim yargılaması sırasında uygulanması, genellikle, tahkim yerinin usule ilişkin kurallarının müdahalesi ile mümkün olacaktır.

Türkiye'nin de taraf olduğu Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizine İlişkin New York Konvansiyonu'nda⁷³ (*New York Konvansiyonu*) da belirtildiği üzere, tahkim usulüne taraflarca seçilen hukuk veya tahkim yerinin usul kuralları tatbik edilecektir (m. V). Dolayısıyla, taraflarca tahkim usulüne uygulanacak hukukun seçilmediği hallerde tahkim yerinin usul kurallarının uygulanması gerekmektedir⁷⁴.

71 Örneğin 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu'na (MTK) göre, tahkim yerinin Türkiye dışında olduğu tahkimlere dahi, MTK'nun 5 ve 6. maddelerinin uygulanacağı düzenlenmiştir (m. 2). Dolayısıyla tahkim yerinin Türkiye dışında olması nedeniyle MTK kapsamına girmeyen hakem yargılamasında bazı hallerde MTK hükümlerinin uygulanması söz konusu olacaktır.

72 MTK'nun uygulama alanı hakkında detaylı bilgi için bkz. ŞANLI, *Uluslararası Ticari Akitler*, s. 311 vd. Hakemlerin önemli konularda tahkim yeri hukukundaki mevzuat kapsamında hareket edecekleri konusunda bkz. BORN, s. 2710.

73 Resmi Gazete, 25 Eylül 1999, Sayı: 21002.

74 Türk hukukunda tahkim usulüne uygulanmak üzere düzenlenmiş kurallar; 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda yer almaktadır. Yabancılık unsuru taşıyan ve tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği veya MTK'nun hükümlerinin taraflar, hakem veya hakem kurulunca seçtiği uyuşmazlıklara MTK hükümleri tatbik edilecektir (MTK m. 1/II). MTK'nun tanımladığı anlamda yabancılık unsuru içermeyen ve tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği uyuşmazlıklar hakkında ise HMK'da yer alan kurallar uygulanacaktır (HMK m. 407).

Ek olarak, taraflar tahkim usulüne uygulanmak üzere kurumsal tahkim merkezlerinin düzenlediği tahkim kurallarını tercih edebilirler. Bu hallerde dahi, tahkim yeri usul kurallarının, tahkim merkezlerinin kurallarında düzenlenmeyen konularda veya bu kurallarda tahkim yerinin usul kurallarına atıf yapılan yerlerde devreye girecektir⁷⁵.

Tahkim yerinin usul kurallarının tahkime uygulanmasının önemi, hakem kararı verildikten sonraki aşamada ortaya çıkmaktadır. Tahkim yargılaması sona erdiğinde verilen hakem kararına karşı başvuru yolu, tahkim yeri kurallarına göre gerçekleştirilecektir. Örneğin Türk hukukunda MTK'nın 15. ve HMK'nın 439. maddelerinde hakem kararlarına karşı başvuru yolu olarak, iptal davası kabul edilmiştir. Hakem kararının iptal davasına konu olması her devletin kendi iç hukukundaki düzenlemelere tâbi olduğu gibi, hukukumuzdaki; kararın kamu düzenine aykırı olması ve tahkime elverişli olmayan bir konuda karar verilmesine ilişkin iptal sebepleri, üçüncü devletin doğrudan uygulanan kurallarının tatbiki ile irtibatlı konulardır.

Tahkim yeri hukukunun taraflarca veya hakem heyetince uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuk olarak tercih edilmemesi durumunda ise, tahkim yerinin maddi hukuk kuralları üçüncü bir devlet hukuku olacaktır. Dolayısıyla, hakem veya hakem heyeti tarafından tahkim yeri hukukundaki doğrudan uygulanan kuralların tatbik edilmesi, üçüncü devletin doğrudan uygulanan kurallarının tatbiki anlamına gelecektir.

Hakem veya hakem heyeti tarafından tahkim yeri hukukundaki doğrudan uygulanan kuralların üçüncü devlet olarak uygulanması, verilecek hakem kararının daha sonra tahkim yeri mahkemeleri tarafından iptal edilmesini önlemek amacıyla gerçekleştirilebilecektir. Kamu düzenine aykırılık veya tahkime elverişsiz bir konuda hakemlerce karar verilmesi, Türk hukukunda iptal sebebi olarak düzenlenmiştir. Bu sebeple hakem veya hakem heyetinin tahkim yerinin doğrudan uygulanan kurallarını; tahkim yerinin kamu düzenine aykırı olmayan bir karar verme veya uyuşmazlık konusunu tahkime elverişsiz hale getirecek şekilde düzenlenmiş doğrudan uygulanan kural niteliğindeki bir hükmün varlığı nedeniyle iptal edilecek bir karar vermemek amacıyla, dikkate alınması uygun olacaktır⁷⁶.

75 ŞANLI, *Uluslararası Ticari Akitler*, s. 454.

76 İsviçre'de cereyan eden bir tahkim yargılamasında, tarafların seçtiği hukuka yer almayan bir konunun tahkim yeri hukukundaki kamu düzenini ihlal ettiği gerekçesiyle, tahkim yeri hukukundaki kuralların uygulanması söz konusu olmuştur. Olayda hakemler; zarar karşılama amacını aşmış, karşı tarafa ceza verme amacını güden tazminatların, (esasa uygulanan hukuk olmamasına rağmen) tahkim yeri olan İsviçre kamu düzenine aykırı

Konuyla ilgili Dünyada milletlerarası ticari uyuşmazlıklarının tahkim yoluyla çözümünde sıklıkla başvurulmuş Milletlerarası Ticaret Odası (ICC) tahkim kurallarına baktığımızda, Milletlerarası Tahkim Divanı İç Tüzüğü'nde (Ek II madde 6) Divan'ın hakem kararlarını incelerken tahkim yeri devletinin emredici kurallarını, yapılabildiği ölçüde, dikkate alması gerektiği belirtilmektedir. Burada da hakem kararları tamamlanmadan önce Divan tarafından gerçekleştirilecek bu yöndeki incelemenin, tahkim yeri mahkemeleri tarafından hakem kararının iptal edilmesini engelleme amacıyla yapıldığı söylenebilecektir⁷⁷.

Hakemlerin; tahkim yargılaması sırasında tahkim yeri hukukundaki doğrudan uygulanacak kuralları üçüncü devlet hukuku olarak uygulamasını/etki tanınmasını ise; mutlaka her durumda yapılması gerektiği şeklinde düşünmemek gerekmektedir. Çünkü tahkim yargılaması, niteliği gereği taraf iradelerine dayanan özel bir yargılama usulü olarak kabul edilmektedir. Aynı şekilde, tahkim yeri, uygulamada genellikle taraflarla alakası olmayan ve o ülke mevzuatına göre tahkim yargılamasına pek müdahale edilmeyen bir ülke olarak tercih edilmektedir. Bu konu doktrinde güzel bir örnek belirtilmiştir⁷⁸. Örneğin A ve B ülkelerinde kurulu şirketler arasında akdedilen sözleşmede, uygulanacak hukuk olarak C ülkesinin hukuku, uyuşmazlık çıkması durumunda bu uyuşmazlığın, tek özelliği üçüncü bir ülke olmak olan, X ülkesinde yapılacak tahkim yargılamasında çözüleceği kararlaştırılmış olsun. Bu durumda esas itibarıyla X ülkesi hukuku uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuk açısından üçüncü bir ülke olması yanında, konunun esasıyla çok fazla irtibatı bulunmayan bir ülke hukukudur. Bu nedenle X ülkesi hukukunda yer alan, ancak C ülkesi hukukunda yer almayan doğrudan uygulanan kural niteliğindeki düzenlemeler, uyuşmazlığın esasının çözümünde tatbik edilecek midir? Soruya cevap bulabilmek için milletlerarası ticari tahkimde hakemlerin

olduğu, esasa uygulanan hukukta kabul edilse bile kamu düzenine aykırılığın hakemlerce dikkate alınması gerektiği sonucuna ulaşmıştır. ICC Case No. 5946 (1990), YCA XVI, 1991, s. 97 vd. Her ne kadar milletlerarası Özel Hukuk'ta kamu düzeni ve doğrudan uygulanan kuralları birbirinden farklı olsa dahi, kamu düzenine ilişkin ulaşılan bu sonucun, doğrudan uygulanan kuralları açısından da düşünülmesinde herhangi bir sorun olmadığı kanaatindeyiz.

77 ICC Tahkim Divanı'nın hakem kararını taslak aşamasındayken bu yönde incelemesi, hakemlerin bağımsızlığını tehlikeye düşürmeyecektir. ICC tahkim kurallarının 34. maddesi uyarınca ICC Tahkim Divanı, hakem karar taslağını inceleyerek gerekli gördüğü şekli değişiklikleri yapması için hakem mahkemesine tavsiyede bulunabilir veya karar verme özgürlüklerini etkilemeksizin, ihtilafın bazı noktaları üzerine hakemlerin dikkatini çekebilir. Dolayısıyla burada hakem kararının ICC Tahkim Divanı tarafından değiştirilmesi söz konusu değildir. ICC Tahkim Divanı'nın incelemesinin ICC kuralları doğrultusunda verilen hakem kararının şekil ve esas bakımından geçerliliğini ve etkinliğini sağlamaya yönelik olduğu belirtilmektedir. Şanlı, *Uluslararası Ticari Akitler*, s. 398-399.

78 BORN, s. 2711.

uygulanacak hukuk konusunda bağlı oldukları hususların göz önünde bulundurulması gerekmektedir.

Milletlerarası ticari tahkimde hakemlerin, milletlerarası ticaretin ihtiyaçları ile bağdaşmayan yerel hukukun emredici ve kamu düzeni kuralları dışına çıkabileceği, ihtilafın ait olduğu sektörde geçerli olan örf-âdet ve teamüller ile kuralları etkin bir şekilde uygulayabileceği kabul edilmektedir. Bu yönüyle de tahkim; devlet mahkemelerine nazaran, uluslararası ticaretin ihtiyaç ve niteliklerine, tarafların beklentilerine ve adalet ilkelerine uygun karar verdiği düşüncesiyle, taraflarca tercih edilmektedir⁷⁹.

Dolayısıyla tahkim yeri hukukundaki her doğrudan uygulanan kuralın, uygulanmaması durumunda hakem kararının iptal edileceği çekincesiyle hakemler tarafından mutlak bir şekilde uyuşmazlığa uygulanmasının, tahkimin niteliği ile bağdaşmayacağı söylenebilecektir. Bu nedenle, tahkim yeri hukukundaki doğrudan uygulanan kuralların; milletlerarası ticaretin niteliği ve mahiyeti ile bağdaşmaması, bu kuralın uygulanması ile adil bir hakem kararı verilmesinin mümkün olmaması durumunda, üçüncü devletin doğrudan uygulanan kuralı olarak hakemlerce tatbik edilmemesi hukuka uygun olacaktır⁸⁰.

Sonuç olarak, tahkim yeri hukukundaki doğrudan uygulanan kuralların tatbik edileceği veya edilmeyeceği yönündeki baştan bir kabulün, her duruma hukuka uygun bir çözüm getirmesi mümkün görünmemektedir. Sonuç itibariyle hukuka uygun çözüm yapılabilmesi için her bir olayın özellikleri ayrı ayrı incelenmeli (*case-by-case*) ve bütün hususlar bir arada değerlendirilerek bir sonuca ulaşılması uygun bir çözüm yolu olacaktır.

C. Muhtemel Tenfiz Ülkesi Hukukunda Yer Alan Doğrudan Uygulanan Kurallar

Yabancı bir hakem kararının hukukî bir sonuç doğurabilmesi için, tanınması veya tenfiz edilmesi gerekmektedir. Bir hakem kararının yabancı olabilmesi için ise, o devlet tarafından millî/yerli bir hakem kararı olarak kabul edilmemiş olması gerekmektedir. New York Konvansiyonu'nda da belirtildiği gibi, tenfizi talep edilen ülke dışında veya tahkim yeri tenfiz

79 ŞANLI, *Uluslararası Ticari Akitler*, s. 293. Aynı yönde bkz. BORN, s. 2712.

80 Bir hakem kararının tahkim yeri mahkemeleri tarafından iptal edilmiş olması, onun başka bir ülke mahkemesi tarafından tenfiz edilmesinde sorun çıkması muhtemel sonuçlara yol açsa bile, tenfiz edilmeme durumu da mutlak değildir. Uygulamada iptal edilmiş hakem kararlarının başka bir devlet mahkemesi tarafından tenfiz edileceği yönünde kararlar da bulunmaktadır. Konuyla ilgili detaylı bilgi için bkz. EKŞİ Nuray, *New York Konvansiyonuna Göre İptal Edilmiş Hakem Kararlarının Tenfizi*, Ankara 2009, s. 9 vd.



ülkesi olsa dahi, tahkime uygulanan usul kurallarının başka bir ülke hukuku olması durumunda yabancı hakem kararı söz konusudur^{81, 82}.

Tahkim yargılaması sırasında hakem kararın icra edilebilmesi amacıyla açılacak tenfiz davasının hangi ülkede ikame edilebileceği hakemlerce öngörülebilecektir. Örneğin, alacak davasında tarafların yerleşim yerlerinin veya daha önemlisi mallarının bulunduğu ülke, belirli bir mala ilişkin davalarda da malın bulunduğu ülke muhtemel tenfiz ülkesi olarak, daha yargılamanın başında öngörülebilecektir.

Muhtemel tenfiz ülkesi hukuk kurallarının esasa uygulanacak hukuk olarak tatbik edilmemesi halinde, o uyuşmazlık açısından bu hukuk, üçüncü bir devlet hukuku olacaktır. Dolayısıyla da muhtemel tenfiz ülkesi hukukundaki doğrudan uygulanan kurallar da, uyuşmazlık açısından üçüncü devletin doğrudan uygulanan kuralları olarak değerlendirilecektir.

Muhtemel tenfiz ülkesinin doğrudan uygulanan kurallarının hakemlerce tatbik edilmemesi durumunda, verilen hakem kararının tenfiz engeline maruz kalması ihtimal dâhilindedir. Ancak burada tenfiz engeli olabilmesi için, hakemlerce tatbik edilmeyen hükmün, tenfiz red sebebi teşkil edecek nitelikte olması da gerekmektedir.

Bilindiği üzere, yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizi ile ilgili olarak Türkiye'nin de taraf olduğu⁸³ 1958 tarihli Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizine İlişkin New York Konvansiyonu bulunmaktadır. Konvansiyon uluslararası ticaretin gelişmesini isteyen ülkeler tarafından kabul edildiği için, en geniş katılımlı uluslararası sözleşmelerden bir tanesidir⁸⁴. Bu nedenle New York Konvansiyonu,

81 Yargıtay tarafından verilen kararlarda, genel itibariyle yabancı bir kanun otoritesi altında verilmiş hakem kararı yabancı hakem kararı olarak kabul edilmiştir. Yargıtay HGK., 07.11.195 T., 1951/126 E., 1951/109. KORAL Rabi, Türk Hukukunda Yabancı Hakem Kararı Mevhumu ve Yargıtay Genel Kurulunun "Otorite Kanunu" Kriteri (Otorite Kanunu), *İHF*M., C.42, S. 1-4, İstanbul 1977, s. 44-46. Yargıtay başka bir kararında ise bu görüşünün aksine karar vermiş olmasına rağmen, ondan sonraki kararlarda da otorite kanun kriterini uygulamaya devam etmiştir. Aksi yöndeki karar için bkz. KORAL Rabi, Hakemliğin Milliyeti ve Yargıtay XV. Hukuk Dairesinin 1976 Tarihli Kararının Eleştirisi, *Hıfzı Timur'a Armağan*, İstanbul 1979, s. 419 vd.

82 Doktrinde de hakem kararının yabancılık vasfında bu kriter benimsenmiştir. Bkz. ŞANLI, *Uluslararası Ticari Akitler*, s. 393, ÖZTEKİN GELGEL Günseli, **1958 tarihli New York Sözleşmesinde Hakem Kararları – V(1) E Maddesi**, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Entitüsü, 1993, s. 19, Koral, *Otorite Kanunu*, s. 7 vd., KALPSÜZ Turgut, *Hakem Kararlarının Milliyeti*, *BATİDER*, C. IX, 1978, s. 601 vd.

83 Resmi Gazete, 25 Eylül 1991, Sayı: 21002.

84 2019 yılı Ocak ayı itibariyle Konvansiyona 159 ülke taraftır. Konvansiyona taraf ülkeler için bkz. https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsq_no=XXII-1&chapter=22&lang=en. Erişim tarihi 05.01.2019. Hakem kararlarının tenfizini kolaylaştırdığından dolayı, Konvansiyonun varlığının uluslararası ticaret uygulayıcıları tarafından tahkimin tercih nedeni olduğu yönünde de bkz. ŞANLI, *Uluslararası Ticari Akitler*, s. 293-294.

yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizi konusunda incelenmesi gereken başlıca hukukî düzenlemedir.

New York Konvansiyonu'nun V. maddesinde yabancı hakem kararlarının tenfiz edilmeyeceği haller belirtilmiştir. Maddede belirtilen hallerden birinin varlığı halinde, mahkeme yabancı hakem kararına ilişkin tenfiz talebini reddedecektir. V. maddede belirtilen durumlardan hiçbiri yok ise, mahkeme tarafından yabancı hakem kararının tenfizine karar verilmek zorundadır⁸⁵.

New York Konvansiyonu'nda tenfiz engeli olarak belirtilen haller incelendiğinde, tenfiz edilmek istenen devletin doğrudan uygulanan kurallarının hakemlerce uygulanmamasının, tenfize engel bir durum olarak düzenlenmediği sonucuna ulaşılabilecektir. Dolayısıyla, tenfiz mahkemesinin hukukunda yer alan herhangi bir doğrudan uygulanan kuralın hakemlerce uygulanmaması, tenfiz kararı verilmesine engel bir durum yaratmayacaktır. Ancak V. maddede yer alan; hakem kararının tenfiz devleti hukukuna göre tahkime elverişli olmayan bir konuda verilmiş olması (m. V/2-a) ve kararın tenfiz devleti hukukunun kamu düzenine aykırı olmaması (m. V/2-b) halleri önemlidir.

Tenfiz devleti hukukunda yer alan ve o devletin ekonomik açıdan izlediği belirli bir politika doğrultusunda bazı uyuşmazlık konularını tahkime elverişsiz hale getiren kuralları, doğrudan uygulanan kural olarak kabul edilebilecektir. Bu kural kapsamına giren konulara ilişkin karar verilmiş ise, yabancı hakem kararı tenfiz edilmeyecektir. Ancak belirtmek gerekir ki, hakemlerce tenfiz devletinin uyuşmazlık konusunu tahkime elverişsiz kabul eden bir düzenlemesinin olaya tatbik edilmesi halinde, davanın reddedilmesi sonucuna ulaşılabilecektir. Bu çözüm yolu ise, başka bir ülkede aynı hakem kararının tenfiz edilmesine de imkân vermeyecektir. Zira bu hâlde hakemlerin davayı, tahkime elverişsizlik nedeniyle reddetmeleri gerekmektedir. Hakem kararının sırf bir ülkede tenfiz edilemeyeceği ihtimalinden dolayı davanın tahkime elverişsizlik nedeniyle hakemlerce reddedilmesinin ise hukuken pek bir anlamı olmayacaktır.

New York Konvansiyonu'nda düzenlenen ve konumuzla bağlantılı ikinci hal ise yabancı hakem kararının tenfiz devleti hukukundaki kamu düzenine aykırı olmaması şartıdır. Yabancı hakem kararının kamu düzenine aykırı olduğu gerekçesiyle tenfizine engel olunması haliyle, milletlerarası özel hukuktaki yabancı hukukun tatbikini engelleyen

85 Madde V-1'de durum; "... aşağıdaki hususları ispat etmez ise, hakem kararının tanınması ve icrası talebi reddolunamaz" şeklinde düzenlenmiştir.



kamu düzeninin müdahalesi birbirlerinden farklıdır. Yine aynı şekilde hakemlerin devlet mahkemeleri gibi bağlı oldukları bir *lex forileri* de bulunmadığı için, karar verirken göz önünde bulundurmaları gereken kamu düzeni kavramı da devlet mahkemelerine nazaran farklıdır⁸⁶. Bu nedenle, yabancı hakem kararının tenfizini engelleyen; kararın tenfiz devletinin hukukundaki kamu düzenine aykırı olmaması şartı tahkimin niteliği, kapsamı ve amacı doğrultusunda yorumlanmalıdır⁸⁷.

New York Konvansiyonu'nda tenfiz engeli olarak düzenlenen kamu düzenine aykırılık konusunda açıklayıcı hüküm getirilmemiştir. Bu nedenle doktrinde, kamu düzenine aykırılığın iki durumda söz konusu olabileceği ileri sürülmüştür⁸⁸. Bunlardan ilki, tenfize konu kararın içeriğinde, tenfiz devletinin temel hukukî ve ahlâkî normlarına aykırılığın somut olarak görüldüğü hallerde, kamu düzenine aykırılıktan bahsedilebilecektir. Örneğin kararın içeriğinden ve hüküm fıkrasından bir kumar veya rüşvet alacağına, gümrük ve kambiyo mevzuatına karşı hile teşkil eden işlemlere dayanan edimlere, uyuşturucu ticareti gibi genel ahlâka aykırı sözleşmeden kaynaklanan edimlerin ifasına ilişkin karar verilmesi durumunda, bu yabancı hakem kararının kamu düzenine aykırılık içermesi nedeniyle tenfiz engeliyle karşılaşması gerektiği belirtilmiştir⁸⁹.

New York Konvansiyonu uygulamasındaki kamu düzenine aykırılık ile ilgili öne sürülen ikinci durum ise, hakem mahkemesinin statüsü ve teşkili itibariyle veya hakemler ile taraflar arasındaki manevî ilişkiler nedeniyle hakemlerin bağımsız olmamaları hâlidir. Bu duruma örnek olarak, davanın hakemlerinin veya üçüncü hakemin taraflardan birinin yönetim kurulu üyesi olduğu Ticaret ve Sanayi Odasının Yönetim Kurulu tarafından atanmış olması, tek hakemi veya hakemlerin tamamını taraflardan birinin atanmış olması verilmiştir⁹⁰.

Yukarıda belirtilen hallerden ilki, doğrudan uygulanan kuralların kapsamına girebilecek ihtimallerdendir. Örneğin gümrük ve kambiyo mevzuatına ilişkin düzenlemelerin birçoğu doğrudan uygulanan kural niteliğindedir⁹¹. Yine aynı şekilde uyuşturucu maddelerin

86 Tahkimde kamu düzeni ile ilgili detaylı bilgi için bkz. ŞANLI, *Uluslararası Ticari Akitler*, s. 475 vd., AKINCI Ziya, *Milletlerarası Ticari Tahkim*, 4. Bs., İstanbul 2016, s. 279, TÜYSÜZ Cemre, *Milletlerarası Ticari Tahkim Açısından İcra ve İflâs Hukukundaki Davalar*, İstanbul 2017, s. 117 vd.

87 AKINCI, s. 282.

88 ŞANLI, *Uluslararası Ticari Akitler*, s. 477 vd.

89 ŞANLI, *Uluslararası Ticari Akitler*, s. 477.

90 ŞANLI, *Uluslararası Ticari Akitler*, s. 480-481.

91 Bu konudaki örnek doğrudan uygulanan kurallara bkz. ŞANLI, ESEN, ATAMAN FİGANMEŞE, s. 8 vd.

satışına ilişkin düzenlemeler de doğrudan uygulanan kural olarak değerlendirilebilecektir. Bu nedenle, belirtilen konularda cereyan eden tahkim yargılamaları sonucunda verilecek olan kararlarda, üçüncü devlet konumunda olan tenfiz devletinin, doğrudan uygulanan kural niteliğinde düzenlenen kurallarının hakemlerce dikkate alınmaması halinde, hakem kararının tenfiz devleti hukukundaki kamu düzenine aykırı olduğu gerekçesiyle tenfiz edilmemesi mümkündür. Bu durum da gerek doktrinde gerekse de bazı tahkim kurallarında yer alan; hakemlerin icra edilebilir bir karar verme konusunda gayret sarf etmeleri yönünde bir yükümlülükleri olduğuna dair düzenlemelere ve görüşlere aykırılık teşkil etmektedir⁹².

Ek olarak bazı tahkim merkezlerinin tahkim kurallarında, örneğin İstanbul Tahkim Merkezi'nde (ISTAC) olduğu gibi (m. 25), hakemler tarafından uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuku gösteren kurallar olabilmektedir. Örneğin ISTAC kurallarına göre hakemler tarafların seçtikleri hukuka göre karar verecektir. Böyle bir seçim yapılmaması durumunda hakem mahkemesi uygun bulunduğu hukuku uygulayacaklardır⁹³. Tahkime uygulanan tahkim kurallarında böyle bir düzenleme olduğunda ancak üçüncü devletin doğrudan uygulanan kurallarının tatbikine ilişkin herhangi bir düzenleme yer almadığında, taraflarca hukuk seçimi yapılmış ise, üçüncü devletin doğrudan uygulanan kurallarının hakemlerce uygulanmaması söz konusu olabilecektir. Çünkü hakemlerin bağlı oldukları kanunlar ihtilafı kuralı, uyuşmazlığın sadece tarafların seçtiği hukuka göre karar verilmesini düzenlemektedir. Kaldı ki tarafların hukuk seçimi yapmak suretiyle, üçüncü devletin doğrudan uygulanan kurallarının uygulanmamasından kaynaklanan sonuçlara da katlanması gerektiği savunulabilecektir⁹⁴.

92 ICC tahkim kurallarının 41. maddesi ile İstanbul Tahkim Merkezi Tahkim Kurallarının 34. maddesinde hakemlerin icra edilebilir bir karar verme konusunda özen yükümlülüklerinin bulunduğu düzenlenmiştir. Hakemlerin özen yükümlülükleri bulunduğu konusunda bkz. FOUCHARD Philippe, GAILLARD Emmanuel, GOLDMAN Berthold, **International Arbitration**, Ed. Emmanuel Gaillard, John Savage, 1999, s. 330, LEW Julian D. M., MISTELIS Loukas A., KRÖLL Stefan, **Comperative International Commercial Arbitration**, 2003, s. 198, BÖCKSTIEGEL Karl-Heinz, Major Criteria for International Arbitrators in Shaping an Efficient Procedure, *Arbitration in the Next Decade – Special Supplement*, 1999, **ICC International Court of Arbitration Bulletin**, s. 51, HANOTIAU Bernard, What Law Governs the Issue of Arbitrability?, **Arbitration International**, Vol. 12, No. 4, 1996, s. 398.

93 Benzer düzenleme ICC tahkim kurallarının 21. maddesinde yer almaktadır. Ancak yukarıda da belirttiğimiz üzere ICC Ek II madde 6'da Tahkim Divanı'na, yapılabildiği ölçüde tahkim yeri hukukunun emredici kurallarını dikkate alması gerektiği düzenlenmiştir. Böyle bir düzenlemenin varlığı halinde ise, doğrudan uygulanan kuralların hiçbir şekilde tahkim kurallarında düzenlenmediği sonucuna ulaşılamayabilecektir.

94 Mayer, s. 289, Marc Blessing, **Mandatory Rules of Law Versus Party Autonomy in International Arbitration**, 1997, s. 30-31.



Özetleyecek olursak; muhtemel tenfiz ülkesi hukuku hakemlerce uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuk olarak tayin edilmediği takdirde; tahkim yargılaması açısından üçüncü devlet hukuku olacaktır. Üçüncü devlet hukukunda yer alan doğrudan uygulanan kural niteliğindeki düzenlemelerden bazılarını aykırı olarak karar verilmesi de, New York Konvansiyonu'nda tenfiz engeli olarak düzenlenen; hakem kararının kamu düzenine aykırı olmaması (m. V/2-b) şartının ihlâli anlamına gelebilecektir. Tenfiz ülkesi mahkemelerinin kendi hukuklarında yer alan bazı doğrudan uygulanan kural niteliğindeki kurallarına aykırı hükümler içeren hakem kararlarını, kamu düzenlerine aykırı bir durumun varlığı gerekçesiyle tenfiz etmemeleri öngörülebilecek bir durumdur. Bu durum ise, gerek doktrinde gerekse de bazı tahkim kurallarında hakemlere yüklenen icra edilebilir bir karar verme konusunda özen gösterme yükümlülüğünün, gereği gibi yerine getirilmediği sonucuna ulaşılmasını sağlayabilecektir. Bunun önüne geçilebilmesi için de bu kuralların dikkate alınması uygun olabilecektir.

Her ne kadar hakemlerin muhtemel tenfiz ülkesindeki doğrudan uygulanan kuralları dikkate almaları, onların özen gösterme yükümlülüğüne fayda sağlayabilecek bir konu olsa da, burada belirtilmesi gereken diğer önemli bir husus ise milletlerarası ticaretin ihtiyaçlarıdır. Milletlerarası ticari faaliyetlerden kaynaklanan uyuşmazlıkların tahkimde çözülmesi ile taraflar, elde edecekleri kararın milletlerarası ticaretin gereklerine ve milletlerarası kamu düzenine⁹⁵ uygun olmasını beklemektedir. Tenfiz devletinin yerel ihtiyaçları doğrultusunda çıkarmış olduğu kurallar, milletlerarası ticaretteki hâkim anlayışa, teamüle ve milletlerarası ticaretin ihtiyaçlarına uygun düşmediği takdirde, hakemlerce dikkate alınmaları da haklı olarak mümkün olmayabilecektir. Kaldı ki, milletlerarası ticaretteki hâkim anlayış ve teamüllere uygun hakem kararlarının, yerel ihtiyaçlar doğrultusunda çıkarılmış olan emredici nitelikteki kurallara aykırı düşse bile, tenfiz ülkesinde icralarına izin verildiği belirtilmektedir⁹⁶.

95 Devlet mahkemeleri ile hakem mahkemeleri arasındaki kamu düzeni anlayış farklılığı nedeniyle, milletlerarası ticari tahkimde mahallî kamu düzenlerinden ziyade uluslararası kamu düzenine aykırılık testinin olması gerektiği doktrinde belirtilmektedir. Şanlı, s. 338 vd., Şanlı, *Uluslararası Ticari Akitler*, s. 514, Dolinger Jacob, *World Public Policy: Real International Public Policy in the Conflict of Laws*, *Texas International Law Journal*, Vol. 17, s. 167 vd., Mahmut T. Birsnel, *Milletlerarası Ticari Tahkim ve Türkiye*, *DEÜHFD.*, Yıl: 1, S. 1, 1980, s. 109. Yerel kamu düzeni ve milletlerarası kamu düzeni arasındaki farklar için bkz. Chong Adeline, *Public Policy and Mandatoy Rules of Third Countries in International Contracts*, *Journal of Private International Law*, Vol: 2, Issue 1, 2006, s. 30 vd.

96 Şanlı, *Uluslararası Ticari Akitler*, s. 514. İngiliz yüksek yargısında konuyla ilgili bir örnek kararda, tenfiz ülkesinin (İngiltere) kamu düzenine aykırı olsa bile bir hakem kararının, uyuşmazlığın esasına uygulanan hukuka uygun olması halinde tenfiz edilebileceği belirtilmiştir. *Jugoimport-SDPR Holding Co Ltd*, (1999) 2 *Lloyd's Rep* 65.



Fakat belirtmek isteriz ki; burada da bir diğer sorunun çıkması muhtemeldir. Bu sorun da, söz konusu kuralların tahkim yeri hukukundaki kurallarla çatışmasıdır.

Tahkim yeri hukuku ile muhtemel tenfiz ülkesi hukukundaki kurallar arasında çatışma olduğunda ise ne yapılacağına cevap verebilmek için, bu çatışmaların sonuçlarının göz önünde tutulması gerekmektedir. Şöyle ki, eğer tahkim yeri hukukundaki kurallar göz ardı edilirse ve bu kurallar da iptal sebebi oluşturacak nitelikte ise, hakem kararı iptal edilecektir. Bunun karşısında muhtemel tenfiz ülkesi hukukundaki kurallar dikkate alınmaz ise de, hakem kararının tenfizi engellenebilecektir. Ancak bu durum ise diğerinden farklıdır. Çünkü hakem kararının tenfizi talep edilmeyebileceği gibi, farklı bir ülkede hakem kararı icra edilebileceği için, gerçekleşmeme ihtimali de olan bir durumdur. Bu nedenle de, iki durumdan birinin tercih edilmesi zorunlu olacaksa, sonuçları daha ağır olan iptalin önüne geçilmesi tahkim açısından daha doğru olabilecektir.

Sonuç olarak, tahkim yargılaması sırasında tenfiz edilmesi muhtemel ülkelerin belirlenebiliyor ve bu ülke hukukundaki doğrudan uygulanan kurallara aykırı bir karar verilmesi halinde kararın kamu düzenine aykırı olduğu gerekçesiyle tenfiz engeliyle karşılaşma ihtimali açık bir şekilde anlaşılabilir ise, muhtemel tenfiz devletin kurallarının hakemlerce dikkate alınması, özen yükümlülüğünün yerine getirilmesi açısından fayda sağlayacaktır.

Gerek tahkim yeri hukukundaki gerekse de muhtemel tenfiz ülkesindeki doğrudan uygulanan kuralların varlığı söz konusu olsun, bu kuralların herhangi birinin kesin olarak uygulanmasının baştan kabul edilmesi, tahkimin ve hakemlerin rolü ile bağdaşır bir konu değildir. Çünkü hakemlerin kamu düzeni koruyucusu niteliği ve ayrıca devletlerin doğrudan uygulanan kurallar da dâhil olmak üzere emredici kurallarını uygulama konusunda bir yükümlülüğü bulunmamaktadır. Onların tahkim kurumunun varlığını koruma konusunda bir özenleri bulunmaktadır⁹⁷. Kaldı ki, yukarıda da belirtildiği üzere⁹⁸ hukukî düzenlemelerde üçüncü devletin doğrudan uygulanan kurallarının tatbiki zorunluluk olarak yüklenmemiştir.

97 Mayer Pierre, *Mandatory Rules of Law in International Arbitration*, 1986, **Arbitration International**, s. 286.

98 Bkz. yukarıda s. 6 vd.

SONUÇ

Çalışmamızda gerek Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun gerekse de Akdi Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuka İlişkin Roma Konvansiyonu ve onun yerine geçen Roma I Tüzüğü'nde düzenlenmiş olan üçüncü devletin doğrudan uygulanan kuralları konusu incelenmeye çalışılmıştır. İnceleme yapılırken öncelikle doğrudan uygulanan kuralların tanımı ve konu üzerindeki görüşler anlatılmaya çalışılmış ve yukarıda belirtilen hukuki düzenlemelerde doğrudan uygulanan kuralların düzenlenme biçimi irdelenmiştir.

Üçüncü devletin doğrudan uygulanan kuralları birçok nedenden dolayı gerek uluslararası gerekse de MÖHUK gibi ulusal düzenlemelerde yer almıştır. Milletlerarası özel hukuk açısından üçüncü devletin doğrudan uygulanan kurallarına etki tanınması ve bu kuralların uyumsuzluğun esasına uygulanacak hukuk yerine uygulanması, milletlerarası hukukun bütünleşmesi açısından önemlidir.

Yabancı mahkeme kararlarının icra edilebilirliği açısından üçüncü devletin doğrudan uygulanan kurallarının mahkemelerce göz önünde tutulması ve bu durumun MÖHUK'ta yer alarak iç hukuk kuralı olarak mevzuatımızda yer alması, milletlerarası düzlemde uyumun sağlanması açısından önemli bir düzenlemedir.

Üçüncü devletin doğrudan uygulanan kuralları sadece mahkeme kararları arasında ahenk sağlanması amacıyla tatbik edilmesi açısından değil, tahkim uygulaması açısından da önem arz eden bir durumdur. Tahkimde hakemler devlet mahkemelerinde olduğu gibi, *lex fori*lerinin bulunmaması nedeniyle, uygulanacak hukukun tespiti ve tatbikinde devlet mahkemelerine nazaran daha serbesttirler. Ancak tahkim yeri hukukundaki hakem kararına karşı kanun yolları (iptal davası gibi) veya üçüncü bir ülkede hakem kararının icrasında tenfiz gibi durumlar açısından da hakemlerin bu serbestliği sınırlanabilecektir.

Uyumsuzluğun esasına uygulanacak hukuk taraflarca veya hakem veya hakem heyeti tarafından tayin edilebilecektir. Tahkim yargılamasında esasa uygulanacak hukuk olarak tahkim yeri veya muhtemel tenfiz ülkesi hukukları tatbik edilmediği takdirde, bu hukuklar tahkim açısından üçüncü devlet hukuku olacaktır.

Her ne kadar hakemlerce tatbik edilmeyecek olsalar da gerek tahkim yeri hukukunda, gerekse muhtemel tenfiz devleti hukukunda yer alan doğrudan uygulanan kural niteliğindeki bazı kurallar, hakem kararı verildikten sonra; yerine göre iptal davasında veya tenfiz davasında karşılaşılması muhtemel hukuk kuralları olabilir. Bu karşılaşmada



genellikle bu kuralların hakemlerce tatbik edilmemesi nedeniyle hakem kararının iptali veya tenfizinin engellenmesi devlet mahkemesinden talep edilebilecektir. Böylelikle de, hakem kararının icrasını etkileyen durumlar ortaya çıkabilecektir.

Hakemlerin icra edilebilir karar verme yükümlülükleri gerek doktrinde gerekse tahkim merkezlerinin kurallarında hakemlerin görevlerinden kaynaklanan özen yükümlülüğü içerisinde kabul edilen bir durumdur. Tahkim yeri veya muhtemel tenfiz ülkesi hukukundaki doğrudan uygulanan kuralların, hakem kararının icrasının engellenmesini sağlayacak derecede olması ve hakemlerin buna rağmen bu kuralları dikkate almamaları, özen yükümlülüklerine aykırı bir durum oluşturabilecektir. Bu nedenle de, hakemler verecekleri kararların icrasının engelleneceğini bilerek karar vermeleri, söz konusu özen yükümlülüğüne aykırı hareket edildiği sonucuna ulaşılmasını sağlayacaktır.

Hakem kararının iptal edilmesi veya tenfizinin engellenmesi ile taraflar aralarındaki uyuşmazlığı nihaî olarak çözemeyecektir. Ancak belirtmek gerekir ki, hakemlerin icra edilebilir bir karar verme yükümlülüğü, uyuşmazlığın esasına uygulanan hukukun her durumda bertaraf edilip, başlı başına üçüncü devletin doğrudan uygulanan kurallarının tatbik edilmesi sonucuna ulaşılmasını sağlamamalıdır. Kaldı ki hukukî düzenlemelerde dahi, üçüncü devletin doğrudan uygulanan kuralları muhakkak her durumda uygulanması bir zorunlu kurallar olarak belirtilmemiştir. Bu nedenle hakemlerin her bir olayın özelliklerine göre ve bütün unsurlarıyla bir arada değerlendirme yapmaları (*case-by-case*) ve sonrasında uyuşmazlığa tatbik etme veya etmeme konusunda karar vermeleri uygun çözüm yolu olacaktır. Bu değerlendirme yapılırken de milletlerarası ticari tahkimin niteliği göz önünde bulundurulmalıdır.

Milletlerarası ticari tahkimi tercih etmekle birlikte taraflar, aralarındaki uyuşmazlığı devlet yargılamasından çıkararak, uyuşmazlığın kendi iradelerine tâbi ve milletlerarası ticarete hâkim kurallara, teamüllere ve örf-âdete uygun bir şekilde çözülmesini istemektedirler. Dolayısıyla hakemlerin de tarafların bu istekleri doğrultusunda ve milletlerarası ticaretin nitelikleri ve gereklerine uygun bir karar vermeleri gerekmektedir. Hakemler üçüncü devletin doğrudan uygulanan kurallarını uyuşmazlığa tatbik edip etmeme konusunda tercih yaparken, bu mülahazalarla hareket etmeli ve üçüncü devlet hukukundaki mahallî nitelikte olan ancak milletlerarası ticaretin ihtiyaçlarını göz ardı eden kurallarını tatbik etmekten kaçınmalıdır.



KAYNAKLAR

ALBAYRAK CEYLAN Nazlı, **Milletlerarası Ticari Tahkimde Doğrudan Uygulanan Kuralların Etkisi**, Ankara 2016

AKINCI Ziya, **Milletlerarası Ticari Tahkim**, 4. Bs., İstanbul 2016

AUDIT Bernard, How Do Mandatory Rules of Law Function in International Civil Litigation, **The American Review of International Arbitration**, 2007.

BÄR Rolf, Das Internationale, Privatrecht (Kollisionsrecht) des Immaterialgüterrechts und des Wettbewerbsrechts, in: **Schweizerisches Immaterialgüter-und Wettbewerbsrecht**, 1995

BARRACLOUGH Andrew, WAINCYMER Jeff, Mandatory Rules of Law in International Commercial Arbitration, 6 **Melbourne Journal of International Law**, 2005

BİRSEL Mahmut T., Milletlerarası Ticari Tahkim ve Türkiye, **DEÜHFD.**, Yıl: 1, S. 1, 1980

BLESSING Marc, **Mandatory Rules of Law Versus Party Autonomy in International Arbitration**, 1997.

BONOMI Andrea, Overriding Mandatory Provisions in the Rome I Regulation on the Law Applicable to Contracts, **Yearbook of Private International Law**, Volume 10, 2008

BORN Gary B., **International Commercial Arbitration**, Vol. II: International Arbitral Procedures, 2. Ed., Bedfordshire 2014

BÖCKSTIEGEL Karl-Heinz, Major Criteria for International Arbitrators in Shaping an Efficient Procedure, Arbitration in the Next Decade – Special Supplement, 1999, **ICC International Court of Arbitration Bulletin**

CANYAŞ Aslı, 5718 Sayılı Yeni MÖHUK Uyarınca Doğrudan Uygulanan Kurallar ve Özellikle Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları, **Haluk Konuralp Anısına Armağan**, C. 3, 2009

CHONG Adeline, Public Policy and Mandatoy Rules of Third Countries in International Contracts, **Journal of Private International Law**, Vol: 2, Issue 1, 2006

CORDERO-MOSS Guiditta, Arbitral Tribunal's Power in respect of the Parties' Pleadings as a Limit to Party Autonomy. On **Jura Novit Curia and Related Issues, Limits to Party Autonomy in International Commercial Arbitration**, Ed. Franco Ferrari, 2016



ÇELİKEL Aysel, ERDEM B. Bahadır, **Milletlerarası Özel Hukuk**, 14. Bası, İstanbul, Mart 2016.

DOĞAN Vahit, **Milletlerarası Özel Hukuk**, Ankara 2010

Dolinger Jacob, World Public Policy: Real International Public Policy in the Conflict of Laws, **Texas International Law Journal**, Vol. 17

EKŞİ Nuray, **New York Konvansiyonuna Göre İptal Edilmiş Hakem Kararlarının Tenfizi**, Ankara 2009

EKŞİ Nuray, **Sözleşmeden Doğan Borçlara Uygulanacak Hukuk Hakkında Roma Konvansiyonu**, İstanbul 2004.

EKŞİ Nuray, Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında Konvansiyon, **MHB**. Yıl 17-18, 1997-1998

ERAUW Johan, Observations About Mandatory Rules Imposed on Transatlantic Commercial Relations, **Houston Journal of International Law**, Vol. 26, 2004.

ERDEM B. Bahadır, 5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'da Düzenlenen Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Olan Hukuk, **Koç Üniversitesi, Avrupa'da Devletler Özel Hukuku ve Yeni Türk Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un Akitler ve Ticaret Hukukuna İlişkin Hükümleri Sempozyumu**, Hukuk Fakültesi Dr. Nüsret-Semahat Arsel Uluslararası Ticaret Hukuku Araştırma Merkezi Konferans Yayınları Serisi-2, İstanbul 2010

ERKAN Mustafa, MÖHUK Madde 31 Bağlamında Türk Hukukunda Doğrudan Uygulanan Kurallara Bakış, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 15, Yıl 2011, S. 2.

FOUCHARD Phillippe, GAILLARD Emmanuel, GOLDMAN Berthold, **International Arbitration**, Ed. Emmanuel Gaillard, John Savage, 1999

HANOTIAU Bernard, What Law Governs the Issue of Arbitrability?, **Arbitration International**, Vol. 12, No. 4, 1996

HUYSAL Burak, Milletlerarası Ticari Tahkimde Hakemlerin Müdahaleci Kuralları Uygulama Yükümlülüğü, **Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, S. 1-2, Ocak 2011

KALPSÜZ Turgut, Hakem Kararlarının Milliyeti, **BATİDER**, C. IX, 1978

KESSEDJIAN Catherine, Mandatory Rules of Law in International Arbitration: What are Mandatory Rules?, **The American Review of International Arbitration**, 2007.



KORAL Rabi, Hakemliğin Milliyeti ve Yargıtay XV. Hukuk Dairesinin 1976 Tarihli Kararının Eleştirisi, **Hıfzı Timur'a Armağan**, İstanbul 1979

KORAL Rabi, Türk Hukukunda Yabancı Hakem Kararı Mevhumu ve Yargıtay Genel Kurulunun "Otorite Kanunu" Kriteri (Otorite Kanunu), **İHFM.**, C.42, S. 1-4, İstanbul 1977

KÖSOĞLU Mehmet, Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanununun 31. Maddesi: Sözleşme ile Sıkı İlişkili Üçüncü Bir Devletin Doğrudan Uygulanan Kurallarına Etki Tanınması, **Milletlerarası Özel Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, Yıl: 28 S.: 1-2 2008.

KRAMER Xandra, **EU Overriding Mandatory Law and the Applicable Law on the Substance in International Commercial Arbitration, The Impact of EU Law on International Commercial Arbitration**, New York, Juris 2017

LEW Julian D. M., MISTELIS Loukas A., KRÖLL Stefan, **Comperative International Commercial Arbitration**, 2003

MAYER Pierre, Mandatory Rules of Law in International Arbitration, 1986, **Arbitration International**

NOMER Ergin, **Devletler Hususi Hukuku**, 22. Bası, İstanbul, Ekim 2017

NOVIER Mercedes, **La Propriété Intellectuelle en Droit International Prive Suisse**, Cenevre 1996

ÖZDEMİR KOCASAKAL Hatice, **Doğrudan Uygulanan Kurallar ve Sözleşme Üzerindeki Etkileri**, Yayınlanmış Doktora Tezi, Kasım 2001.

ÖZDEMİR KOCASAKAL Hatice, Sözleşmelere Uygulanacak Hukukun MÖHUK m. 24 Çerçevesinde Tespiti ve Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, Yıl 30, Sayı 1-2, 2010.

ÖZTEKİN GELGEL Günseli, **1958 tarihli New York Sözleşmesinde Hakem Kararları – V(1) E Maddesi**, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Entitüsü, 1993

SHORE Laurence, Applying Mandatory Rules of Law in International Commercial Arbitration, **The American Review of International Arbitration**, 2007.

SILBERMAN Linda, FERRARI Franco, Getting to the Law Applicable to the Merits in International Arbitration and the Consequences of Getting it Wrong, **Conflict of Laws in International Commercial Arbitration**, Ed. Franco Ferrari, Stefan Kröll, 2011



ŞANLI Cemal, ESEN Emre, ATAMAN FİGANMEŞE İnci, **Milletlerarası Özel Hukuk**, 6. Bası, İstanbul 2018

ŞANLI Cemal, **Milletlerarası Ticari Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk**, Ankara 1986

ŞANLI Cemal, **Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları (Uluslararası Ticari Akitler)**, 7. Bs., İstanbul 2019

TEKİNALP Gülören, UYANIK ÇAVUŞOĞLU Ayfer, **Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları**, 11. Bası, İstanbul 2011.

TÜYSÜZ Cemre, **Milletlerarası Ticari Tahkim Açısından İcra ve İflâs Hukukundaki Davalar**, İstanbul 2017

van BOCHOVE Laura Maria, **Overriding Mandatory Rules as a Vehicle for Weaker Party Protection in European Private International Law**, **Erasmus Law Review**, Kasım 2014

WANG Lei, **Mandatory Rules of the Rome I Regulation: Not “Old Wine in New Bottles”**, **Canadian Social Science**, Vol. 7, No. 2, 2011.



KATILIM BANKACILIĞI VE SUKUK UYGULAMALARI

(Islamic Banking and Sukuk Practices in Turkish Banking System)

Ufuk ÜNLÜ¹

ÖZ

İslami bankacılık ya da faizsiz bankacılık olarak da adlandırılan katılım bankacılığı, özellikle son dönemde finans sektörünün ve bankacılık sisteminin hızla büyüyen ve gelişen bir parçası haline gelmiştir. Katılım bankacılığı, yatırım faaliyetleri alanında olagelen alacaklı borçlu ilişkisi yerine, varlığa dayalı işlem yapması ve daha çok risk paylaşımına yönelik ortaklık ruhunu gözetmesi nedeniyle, bankacılık sisteminin algısını olumlu yönde etkilemiştir. Her geçen gün pazar payını artıran katılım bankacılığı, müşterilerine çeşitli bankacılık enstrümanı alternatifleri sunmaktadır. Söz konusu faizsiz faaliyetlerden biri de sukuktur. Sukuk, gerçek bir varlık üzerinde mülkiyet hakkı sağlayarak bu varlıktan gelir elde edebilmeyi sağlayan yatırım aracı olarak bilinir.

Anahtar Kelimeler: Katılım Bankacılığı, Faiz, Sukuk, Fon, Menkul Kıymet, Yatırımcı.

Jel Sınıflandırması: G21, G24, P12

ABSTRACT

Islamic banking or interest-free banking has become a rapidly growing and developing part of the financial sector and banking system, especially recently. Islamic banking has a positive effect on the perception of the banking system because of its ability to trade based on assets rather than the creditor relationship in the field of investment activities and its ability to observe the partnership spirit for more risk sharing. Islamic banking, which increases its market share every day, offers various banking instrument alternatives to its customers. One of the interest-free activities in question is sukuk. Sukuk is known as an investment tool that allows you to generate income from this asset by providing property rights over a real asset.

Keywords: Islamic Banking, Interest, Sukuk, Fund, Securities, Investors.

1 Cumhurbaşkanlığı Külliyesi, Devlet Denetleme Kurumu, Müfettiş, ufuk1984@hotmail.com, ORCID ID: 0000-0003-2547-7609

JEL Classification: G21, G24, P12

GİRİŞ

Bankacılık sistemi içerisinde yakın bir geçmişe sahip olan katılım bankaları, diğer ticari bankalardan farklı olarak müşterilerine faizsiz bankacılık faaliyeti sunmaktadırlar. Uluslararası piyasalara entegrasyonunun bir gereği olarak bankacılık sistemini işletmek zorunda olan ancak faizli faaliyetleri de yasak kabul eden ülkeleri kullandığı bir yöntem olarak katılım bankacılığı, 1970'lerden sonra önemli bir gelişme göstermiş ve hatta bazı uluslararası faizli bankalar, katılım bankacılığı faaliyeti vermeye başlamıştır.

Katılım bankalarının sunduğu faizsiz finansal faaliyetlerin en önemlilerinden biri sukuktur. Bir çeşit yatırım sertifikası olarak kabul edilen sukuk, varlıklar üzerindeki haklara ve gelire sahipliği temsil eder. Bu çalışmamızda, katılım bankacılığı kavramı, kuruluş nedenleri, ülkemizdeki gelişimi, fon toplama ve kullanma yöntemleri hakkında bilgiler verildikten sonra, sukukun tanımı, özellikleri, sınıflandırması, çeşitleri ve ülke uygulamaları hakkında açıklamalar yapılacaktır.

I. KATILIM BANKACILIĞI

A. Katılım Bankacılığı Kavramı

Mudilerden fon toplayan, plasman imkanı sunan, para ve kredi politikalarının uygulanmasına destek veren, sanayi ve ticaret kuruluşlarına katkı sağlayan, kiralık kasalar aracılığıyla müşterilerinin menkul kıymetlerini koruyan, borsa işlemlerine aracılık eden ve ülkenin kalkınmasına yön veren kuruluşlara banka denir.² Katılım bankaları ise alternatif finansman çözümleri sunarak finans sektöründe faaliyet gösteren, bankacılık hizmetlerini gerçekleştiren ve sektörü de finanse eden kuruluşlardır. Bankacılık hizmetlerini gerçekleştirerek aynı zamanda da ortaklarından (cari hesap sahipleri) kâr/zarar ortaklığı ile toplanan fonları, faizsiz finansman çerçevesi içerisinde reel sektöre aktararak, ortaya çıkan kar veya zararı tasarruf sahipleri ile paylaşmaktadırlar.³

Fon transfer işlemlerinin faiz temelinden kaçınılarak yapıldığı bir bankacılık modeli olan katılım bankacılığında, banka müşterilerinden toplanan fonlar, işletilmek üzere ödünç alınarak, mevduat müşterisi

2 TAKAN, M. A. ve BOYACIOĞLU, M. (2011). *Bankacılık Teori, Uygulama ve Yöntem*, Nobel Yayınevi, 4. Baskı, Ankara, s.2.

3 ÖZULUCAN, A. ve DERAN, A. (2009). Katılım Bankacılığı İle Geleneksel Bankaların Bankacılık Hizmetleri Ve Muhasebe Uygulamaları Açısından Karşılaştırılması, *Mustafa Kemal Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, Sayı:11, s.86.

ile paranın işletilmesi üzerine kâr zarar ortaklığı kurulmaktadır.⁴ Bu kapsamda, özellikle Müslüman ülkelerde ve Müslümanlarda görülen refah düzeyinin yükselmesi ve faizden kaçınma isteği; geleneksel bankacılık sistemine alternatif arayışlarını hızlandırmış, tasarrufların İslami kurallar çerçevesinde değerlendirilebileceği hizmetleri sunan finansal kurumların ortaya çıkmasına zemin hazırlamıştır.⁵ Katılım bankacılığına literatürde, “İslami banka” veya “faizsiz banka” isimleri de verilmektedir.

Katılım bankacılığı sisteminin tam olarak uygulanabilmesi için, bir bütün olarak işlemlerin temel islami ilkeler ve uygulamalar doğrultusunda yapılması gerekir. Bu kapsamda İslam’ın koyduğu ve teyit ettiği ilkeler doğrultusunda, bankacılık ve yatırım faaliyetlerinin yürütülmesi işlemine faizsiz bankacılık denir. Bir başka deyişle, İslam’ın ruhuna, ahlakına ve değer sistemine uygun bir şekilde gerçekleştirilen, İslam Şeriatı tarafından belirlenen kurallara göre yönetilen bankacılık uygulamalarıdır.⁶

Katılım bankaları, klasik bankaların üstlenmiş oldukları fonksiyonların hepsinin yerine getirmeye çalıştıklarını belirtmek gerekir. Bu sebeple, faizsiz bankaları, bankaların çeşitli fonksiyon ve işlemleri, faiz durumu olmaksızın yapan kurum/kuruluşlar olarak ifade edilebilir. Faizsiz bankaların, fon toplamak ve tahsiste ortaklık şeklinde yerine getirmektedirler. Prensiplerinde ortaklık olduğundan, daha önceden miktarları belli olan sabit faizlerin aksine, faaliyetler sonucunda miktarları kesin olan zarar ya da kardan pay alırlar ya da verirler.⁷

Katılım bankacılığının tüm bu tanımlamaları ve özellikleri kapsamında söz konusu bankalarının esas aldığı ve onları diğer faiz temeli üzerine kurulu bankalardan ayıran belli başlı esasları aşağıdaki gibi sıralamak mümkündür:⁸

- Bu tür katılım bankalarının işlemleri İslam kuralları çerçevesinde yürütülmektedir.
- Katılım bankaları parayı bir mübadele aracı ve değer ölçütü olarak görmektedir.
- Diğer bankalardan farklı olarak faiz yerine kâr/zarar ortaklığı prensibini kabul etmektedir.

4 ERGEÇ, E.H. ve ASUTAY, M. (2018). Kar Payı ve Mevduat Faizi İlişkisinde Neden ve Sonuçlar, *İktisat Dergisi*, Yıl:1 No:1, s.70.

5 KINALI, F. (2012). *Faizsiz Sistemde Bankacılık Anlayışı*, Selçuk Üniversitesi Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Konya, s.5.

6 CANBAZ, M. (2016). *Katılım Bankacılığı*, Beta Yayınları, 1. Baskı, İstanbul, s.117.

7 UÇAR, M. (1992). *Türkiye’de-Dünya’da Faizsiz Bankacılık ve Hesap Sistemleri*, Fey Vakfı Yayınları, İstanbul, s.200.

8 ÖZSOY, İ. (2011). *Türkiye’de Katılım Bankacılığı*, Türkiye Katılım Bankaları Birliği Yayını, İstanbul, s.83.

- Üretimi desteklemekle kâr elde etme amacı taşımaktadır.
- Ekonomik kalkınmayı sosyal kalkınmaya bağlı kılmaktadırlar.

B. Katılım Bankacılığının Kuruluş Nedenleri

Küresel bazda yaşanan gelişmeler ve nihayetinde toplumsal ihtiyaçlar katılım bankacılığının ortaya çıkmasında etkili olmuştur. Katılım bankacılığının kuruluş nedenlerini dini, sosyal ve ekonomik nedenler halinde gruplamadan önce söz konusu nedenleri kabaca maddeler halinde sıralamak mümkündür;⁹

- 1- Faizin ticaretten çıkartılması/faizsiz ticaret isteği,
- 2- Sosyal-ekonomik adaleti gerçekleştirmek, sömürüyü ortadan kaldırmak,
- 3- Kazanç sağlamada emeği teşvik etmek,
- 4- Müslüman toplumlarda ekonomik hayat ile inanç/dini kurallar arasında ortaya çıkan çatışmayı engellemek ve ortadan kaldırmak,
- 5- Ekonomik kazanç için çalışma ve üretmeyi şart koşturmak,
- 6- İslami inanç esaslar etrafında birliği sağlamak,
- 7- Faizden elde edilen gelirin yerine iş/yatırım karşılığı kâr kazancını koymak,
- 8- Yeni iş alanları açmak ve çalışma ortamını geliştirerek düzenlemek,
- 9- Toplumda yardımlaşma, sevgi ve kardeşlik gibi değerleri yaygın hale getirmek, kin ve düşmanlığı ortadan kaldırmak,
- 10- Zekât dağıtarak fakirlik/yoksulluğa ve bu sebeple toplumda ortaya çıkan sosyal hastalıklara çare bulmak, fakirlik/yoksulluğu ortadan kaldırmak.

1. Dini Nedenler

İslam dünyasının faiz hassasiyeti nedeni ile atıl durumda kalan sermayenin ekonomiye kazandırılması, insanlık hizmetine sunulması düşüncesi ekonomik aktörleri harekete geçirmiştir. Atıl kalan bu kaynakların insanlığın hizmetine sunulması, bir katma değer oluşturulması, ekonomiye bir hareket katması katılım bankacılığının ortaya çıkmasına zemin oluşturmuştur.¹⁰

9 ÇOBAN, Y. (2016). *Türkiye’de Katılım Bankacılığı ve Finans Sektöründeki Yeri*, Marmara Üniversitesi Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, s.4-5.

10 ESKİCİ, M. M. (2007). *Türkiye’de Katılım Bankacılığı Uygulaması ve Katılım Bankalarının Müşteri Özellikleri*, Süleyman Demirel Üniversitesi Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Isparta, s.15.

İslam'ın temel ilkelerinden birisi de faiz yasağı ilkesidir. İslam Dini, herhangi bir zarar ve mağduriyete yol açmayan, insan ilişkilerine, düzgün bir çizgide seyreden, hukuki ve ticari hayata kural olarak müdahale etmemiş, sadece yanlış ve haksız uygulamalar konusunda insanları uyarmış ve bu yönde bazı sınırlama ve kısıtlamalar getirmiştir. Faiz yasağı da bu kısıtlamalardan birisidir.¹¹

2. Ekonomik Nedenler

Katılım bankacılığının gelişmesindeki en önemli ekonomik neden, 1970'lerden sonra Orta Doğu'ya akmaya başlayan petro dolarlardır.¹² Bu süreçte sermaye fazlalığı olan Müslüman ülkeleri ile sermaye açığı bulunan diğer İslam ülkeleri arasında oluşturulacak işbirliğinin her iki taraf içinde müspet sonuçlar doğuracağı fikri katılım bankalarının kurulmalarında önemli bir etken olarak kabul edilmektedir.

Böylelikle, hem faize karşı duyarlı olan İslam ülkeleri arasında ticaret ve mali piyasaların gelişmesi sağlanarak, gelişmekte olan İslam ülkelerinden az gelişmiş İslam ülkelerine sermaye hareketinin sağlanması amaçlanmıştır hem de ekonominin dışında kalmış ya da verimsiz alanlara yönelmiş sisteme, tasarrufların faizsiz bankacılık kurumları sayesinde ekonomik sisteme dâhil edilmesi gibi sebepler İslam bankacılığının doğuşunu hazırlamıştır.¹³

Müslümanların tasarruflarının ekonomiye kazandırılması ve kaynağa ihtiyaç duyan işletmelere aktarılması gerekmektedir. Bu düşünceyle ortaya çıkan faizsiz bankacılık, hem İslam ülkelerinde hem de diğer ülkelerde benimsenerek, günümüzde yaygın bir hale gelmiştir.¹⁴

3. Sosyal Nedenler

Bir toplumda gelir dağılımının dengeli olması sosyal barışın sağlanabilmesi için en önemli faktörlerden birisidir. Katılım Bankacılığı ile ekonomik sistem içerisinde yer alan farklı gelir grupları arasındaki dengesizliğin giderilmesi, faizden kaynaklanabilecek sebepsiz zenginleşme ve emek arz edenlerin aleyhinde gelişen sosyal adaletsizliklerin giderilmesi amaçlanmaktadır.¹⁵

-
- 11 KARAMAN, H. ve BARDAKOĞLU, A. (2000). **İlmihal-II İslam ve Toplum**, Divantaş Yayınları, 3. Baskı, İstanbul, s.411.
- 12 DİKKAYA, K. ve KUTVAL, Y., (2014). **Katılım Bankacılığı: Türkiye Örneği**, Savaş Yayınevi, 1. Baskı, Ankara, s.78.
- 13 ESKİCİ, a.g.t., s.28.
- 14 PEHLİVAN, P. (2016). Türkiye'de Katılım Bankacılığı ve Bankacılık Sektöründeki Önemi, Selçuk Üniversitesi, **Sosyal Ekonomik Araştırmalar Dergisi**, 16(31), s.300.
- 15 PEHLİVAN, a.g.m., s.300.

Toplumlardaki barış ve huzurun inşa edilmesi ve sürdürülmesinin yolu bu oluşan tabakalar arasındaki iletişimin sürdürülmesi, ilişkilerin kurulması ve bu tabakalar arasındaki ekonomik farkların en alt seviyelere çekilmesinden geçmektedir. Katılım bankacılığı, sermayenin reel ekonomi etrafında toplanmasına imkân vermekte, bunun sonucu olarak istihdam alanları oluşturmakta ve üretim faaliyetlerine kaynak oluşturmaktadır. Toplumsal barışın sağlanmasının yolu tam da buradan geçmektedir.¹⁶ Bu bakımdan, katılım bankalarının zengin ve fakir arasındaki toplumsal mutabakatın sağlanmasındaki etkisi, bu bankaların kurulmasındaki sosyal nedenler arasında sayılabilir.

II. ÜLKEMİZDE KATILIM BANKACILIĞININ GELİŞİMİ

Türkiye'nin de parçası olduğu İslami coğrafyada faizsiz bankacılık modelinin yaygınlaşmasıyla birlikte, İslam ülkelerinin bu bankalar aracılığıyla transfer ettiği yabancı sermayeden faydalanmak, faizin haram olduğunu kabul eden ve tasarruflarını yastık altında tutan tasarruf sahiplerini mali sistemle buluşturmak ve faizsiz bankacılığın anavatanı olan İslam ülkeleriyle ekonomik, kültürel ve siyasi ilişkileri geliştirmek, Türkiye'de katılım bankalarına gereksinim duyulmasının çeşitli nedenleri arasında sıralanabilir.¹⁷

Esasen faiz içermeyen bankacılık yöntemleri değişik tür ve nitelikte olmak üzere Osmanlı döneminde de yaygın olarak uygulanmıştır. Tarihte sosyal nitelikli olup dönemin şartlarına göre banka işlevi gören kuruluşlardan en önemlisi *para vakıfları*dır. Bu kurumlar her ne kadar Osmanlılar döneminde Hanefi fakihlerinden İmam Züfer'in para, yiyecek, ölçülen veya tartılan malların vakfının caiz olduğu hususundaki fetvasına dayanılarak kurulmuş ise de Buhari, paranın vakfedilebileceğine işaretle "hayvan, silah, eşya, altın ve gümüş" gibi paranın vakfına ilişkin başlık atmıştır. Bu tür vakıflara izin verilirken vakfın paralarının fıkhıta caiz görülen yöntemlerle çalıştırılıp hem sermaye sıkıntısı çekenlere yardımcı olmak hem de vakfa gelir sağlamak amaçlanmıştır. Osmanlı İmparatorluğu'nun finansal uygulamalarında para vakıflarının yanında, esnafını kurduğu esnaf sandıkları, yetimlerin mallarını şer'i ölçülere göre korumak ve değerlendirmek üzere kurulan eytâm sandıkları, yeniçeriler için kurulan orta sandıkları, belli bir mahalle veya köy için kurulan avârız vakıfları diğer bankacılık uygulamalarıdır.¹⁸

16 ESKİCİ, a.g.t., s.28.

17 KALAYCI, İ. (2013). Katılım Bankacılığı: Mali Kesimde Nasıl Bir Seçenek?, *Uluslararası Yönetim İktisat ve İşletme Dergisi*, 9(19), s.61.

18 DÖNDÜREN, H. (2008). Osmanlı Tarihinde Bazı Faizsiz Kredi Uygulamaları ve Modern Türkiye'de Faizsiz Bankacılık Tecrübesi. *Uludağ Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, 17(1), s.63.



Türkiye'nin bugünkü ismiyle katılım bankacılığı olarak ifade edilen bankacılık modeli ile tanışması, kapalı ekonomiden dışa açık piyasa ekonomisine geçişin yaşandığı 1980'li yıllarda, uluslararası piyasalara uyum sağlama sürecinde olmuştur. 1980'li yıllar Türk mali sistemine derinlik kazandırma, araç ve müesseseler bakımından zenginleşip çeşitlendirme çabalarının arttığı bir dönemdir. Katılım bankaları bu çabaların sonucu olarak, 1985 yılında Türk finansal sistemine katılan yeni bir finans ve/veya bankacılık modelidir.¹⁹ Bu kapsamda 1980'li yıllardan itibaren İslami finans koşullarını uygulamak üzere Özel Finans Kurumları kurulmuştur.

Özel Finans Kurumlarının ülkemizde hukuki alt yapısına ilişkin sürecin önemli ayaklarını aşağıdaki gibi sıralamak mümkündür:²⁰

- 16 Aralık 1983 tarihli ve 83/7506 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile yasal süreç başlamıştır.
- 19.12.1999 tarihinde yayınlanan, 4389 sayılı Bankalar Kanunu'nda değişiklik yapılmasına ilişkin 4491 sayılı Kanun ile 4389 Sayılı Bankalar Kanununa tabi tutulmuştur.
- 01.11.2005 tarihli 5411 sayılı Bankacılık Kanunu ile Özel Finans Kurumları katılım bankası adı altında, faizli bankalardan sadece çalışma prensipleri yönüyle ayrıışan bir banka türü olmuştur.

Ülkemizde katılım bankacılığı sektörünün gelişimi 2008 ekonomik krizinden sonra hız kazanmıştır. Katılım bankacılığı, yatırım faaliyetleri alanında olagelen alacaklı borçlu ilişkisi yerine, varlığa dayalı işlem yapması ve daha çok risk paylaşımına yönelik ortaklık ruhunu gözetmesi nedeniyle, sistemin algısı olumlu yönde etkilemiştir. Devletin de desteğini alan sektör 2008 yılından itibaren hızlı bir büyüme trendine girmiş ve çalışmalarını hızlandırmıştır. 2009 yılında banka aktiflerine göre %4,0 olan pazar payı 2014 sonunda %5,2'ye çıkmıştır ve 2009-2014 döneminde sektör aktiflerinin yıllık bileşik büyüme oranı %25 olmuştur.²¹

Elde edilen son veriler ışığında, ülkemizdeki katılım bankalarının konsolide olmayan toplam aktif büyüklüğü 2017 yılında %20,5 artışla 160.136 milyon TL'ye ulaşmıştır. Katılım bankalarının net dönem kârı,

19 BÜYÜKDENİZ, A. (2000), Faizsiz Finans Kurumlarının Mali Sistem İçindeki Yeri ve Çalışma Prensipleri, *Türkiye'de Özel Finans Kurumları-Teori ve Uygulama*, Albaraka Türk Yayınları, İstanbul, s.32.

20 ERGEÇ, K. D. (2018), *Türk Bankacılık Sisteminde Etkinlik ve 2008 Küresel Finansal Krizi: Katılım Bankacılığının Geleneksel Bankacılık İle Karşılaştırmalı Analizi*, Osmangazi Üniversitesi Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Eskişehir, s.14-15.

21 TTKB, *Türkiye Katılım Bankacılığı Strateji Belgesi 2015 – 2025*, Türkiye Katılım Bankacılığı Birliği Yayınları.

2016'da elde edilen 1.106 milyon TL'den %43 oranında artarak 2017 yılında 1.584 milyon TL'ye çıkmıştır. Özkaynak toplamı ise %18,7'lik artışla 13.645 milyon TL'ye yükselmiştir.

Son yıllarda mevduat bankacılığı yanında kamunun da katılım bankacılığına dâhil edilmesi ve katılım bankalarının desteklenmesi yönünde karar alınmıştır. Bu kapsamda İslami bankacılık sektöründe faaliyette bulunmak üzere iki kamu katılım bankası kurulmuştur.

III. KATILIM BANKACILIĞI FAALİYETLERİ

A. Fon Toplama Yöntemleri

Katılım bankaları, geleneksel bankalardan farklı olarak, “Katılımcılık” prensibine göre kar veya zarara ortak olmak suretiyle fon toplamaktadır. Katılım bankalarının kaynakları içerisinde en büyük pay, katılım hesaplarına aittir. 5411 sayılı Bankalar Kanunu'nun 3'üncü maddesinde “Katılım fonu; katılım bankaları nezdinde açtırılan gerçek ve tüzel kişilere ait özel cari hesap ve katılma hesaplarında yer alan parayı” ifade eder şeklinde tanımlanmıştır. Bu tanıma göre katılım fonu; özel cari hesap ve katılım hesaplarından oluşmaktadır.²²

1. Cari Hesaplar

5411 sayılı Bankacılık Kanununa göre özel cari hesabı, katılım bankalarında açılabilen ve istenildiğinde kısmen veya tamamen her an geri çekilebilme özelliği taşıyan ve karşılığında hesap sahibine herhangi bir getiri ödenmeyen fonların oluşturduğu hesapları ifade eder.

Cari hesapların döviz veya TL cinsinden açtırılması talep anlarında tamamen veya kısmen her zaman geri çekilebilme niteliği olan, karşılığında da herhangi bir kar veya faiz ödenmeyen tüzel ve gerçek kişilere ait fonlara verilen isimdir. Faizsiz Bankaların bu hesapta birikmiş olan fonların işletilmesinden kaynaklanan kar-zararı kendi hesaplarına aktarırlar. Cari hesaplarda kabul edilen fonlar azami miktarlarını “Merkez Bankası” tayin etmekte ve cari hesap mudilerinin, faizsiz bankalarda sermaye, aktif ve ihtiyatilerinin üzerinde imtiyazlı olarak alacaklı durumundadır.²³

Cari hesaplar hakkında iki ana görüş vardır; emanet ve karşılıksız borç vermek. Cari hesapları bir nevi emanet gibi ele alan görüşe göre banka, müşterinin izni olmadan bu mevduatı kullanamaz. Bu hesaplarını bankanın diğer faaliyetlerinde kullanılması istenildiğinde hesap sahibinden yetki almak gerekmektedir. Borç verme görüşünü savunanlar

22 BABUŞÇU, Ş. ve HAZAR, A. (2017), *Genel Bankacılık Bilgileri*, Ankara: Bankacılık Akademisi Yayınları, Ankara, s.179.

23 Bayındır, a.g.e., s.52.

ise; cari hesapları, mudilerin bankaya verdiği bir nevi faizsiz borç olarak görürler. Böylece banka, mudilerden izin almadan hesap bakiyelerini istediği gibi kullanır. Ancak mudilere anaparayı ödemekle yükümlüdür. Paranın kullanılması esnasında zararlar karşılaşırsa, hesap sahipleri zarardan etkilenmezler. Cari hesap sahiplerine çek karnesi verebildiği gibi, hesabın durumuna göre gerekirse ücret almadan çeşitli hizmetlerde sunulmaktadır.²⁴

2. Katılım Hesapları

Katılım Hesabı, katılım bankalarına yatırılan fonların bu kurumlarca kullanılarak sağlanacak kar veya zarara katılma sonucunu veren, karşılığında hesap sahibine önceden belirlenmiş herhangi bir getiri ödenmeyen ve anaparanın aynen geri ödenmesi garanti edilmeyen fonların oluşturduğu hesaptır.²⁵

5411 sayılı Bankacılık Kanununa göre katılım hesabı, katılım bankalarına yatırılan fonların bu kurumlarca kullanılarak sağlanacak kar veya zarara katılma sonucunu veren, karşılığında hesap sahibine önceden belirlenmiş herhangi bir getiri ödenmeyen ve anaparanın aynen geri ödenmesi garanti edilmeyen fonların oluşturduğu hesaplardır.

Katılım hesaplarının genel özellikleri şu şekilde ifade edilebilir:²⁶

- Katılım hesabını açan kimse, yatırımını bankanın işletmesi amacıyla bankaya vermekte ve taraflar arasında kar ve zarara katılım anlaşması yapılmaktadır. Bu anlaşma İslam hukukunda emek sermaye ortaklığı olarak bilinmektedir.
- Banka ile hesap sahibi, söz konusu ortaklığın vadesi süresinin ne zaman olacağı üzerinde anlaşılır. Vade süresinin dolmadan önce hesap sahibi tarafından ortaklık bitirilmek istenirse, hesap sahibine kar verilmeyeceği belirtilir. Vade süresinde banka zarar ederse, vade süresi dolmadan çekilen tutara zarar yansıtılmaktadır.
- Banka, katılım hesabı açan kimselere kar edeceği garantisini veremez. Bu sebepten dolayı ne kadar kar edeceği ve ne kadar kar paylaşımı yapacağını da açıklayamaz. Katılım bankalarında, katılım hesaplarına bağlı fonları uzman kişiler yönettiği ve bu kişilerin bu fonları kullanırken olabildiğince hassas davranmaları sebebiyle,

24 Şahin E. (2007). **Türkiye’de Düünden Bugüne Katılım Bankaları**, Kadir Has Üniversitesi Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, s.52.

25 Bayındır, a.g.e., s.236.

26 Buldum, G. (2016). **Katılım Bankacılığı ve Sukuk (Kıra Sertifikası): Bir Katılım Bankası Örneği Olarak Kuveyt Türk Katılım Bankası A.Ş.**, Marmara Üniversitesi Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, s.24-25.



söz konusu işlemde zarar etme olasılığı sıfıra yakındır. Bu durum, katılım bankacılığının faizli olduğunu göstermez. Sonuçta hiçbir ticari faaliyet, sonucunda zarar etmek için yapılmaz.²⁷

- Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu'nun yayımladığı bildiriye "Yurt dışında yaşayan yerli ya da yabancı gerçek kişilere ait yurt içi şubelerde bulunan tasarruf mevduatı hesaplarının anaparaları ile bu hesaplara ilişkin faiz reeskontları toplamı, katılma hesapları birim hesap değerleri ve özel cari hesapları 100 bin TL'ye kadar sigorta kapsamındadır" ibaresi bulunmaktadır. Katılım bankaları tarafından, söz konusu bu fona gelir sağlamak için üç ayda bir mevcut hesapların güvence kısmında olan bölümleri üzerinden risk durumuna göre belirlenen bir oranda prim yatırılmakta ve bu primler hesapların sahiplerine kar payına katılım oranında hesaplarına aktarılmaktadır.
- Katılım bankası, katılım hesaplarının sahiplerinden aldığı fonları para türü ve vade yapısına göre TL, Amerikan doları ve Avro katılım havuzlarına aktarır.
- Katılım havuzlarında biriken fon, faizsiz bankacılık ürünlerine kanalize edilerek değerlendirilmektedir. Bu ürünlerin başında peşin alım taksitli satım olarak bilinen murabaha yöntemi bulunmaktadır. Katılım hesaplarından alınan fonları faizsiz bankacılık ürünleri ile değerlendiren katılım bankası, işlem sonucunda ortaya çıkan kar veya zararı, para cinsi ve vade yapısına göre havuzlara aktarır. Kar veya zararın hesaplanması işlemi haftalık olarak yapılarak hafta başında duyurusu yapılmaktadır.

B. Fon Kullanma Yöntemleri

Faizsiz bankalar, fon toplama ve kullandırmayı ortaklık esasıyla yerine getirirler, ortaklık esasında dolayı miktarı önceden belirlenmiş sabit bir faiz yerine miktarı ancak yürütülen/ortaklık yapılan faaliyet sonucunda belirlenebilen kâr- zarardan pay alırlar ve ortaklarına dağıtırlar.²⁸

Katılım bankalarınca bir önceki başlıkta açıklanan iki hesap türü çatısı altında toplanan fonlar, fon ihtiyacı olan ekonomik birimlere birçok farklı yöntemle kullanılarak değerlendirilmektedir. Bu işlemler, bazen ihtiyaç duyulan metanın satışı ya da kiraya verilmesi yoluyla, bazen de ortaklık yoluyla gerçekleşmektedir. Fonların ihtiyaç sahiplerine

27 AKTEPE, İ.E. (2010), *İslam Hukuku Çerçevesinde Finansman ve Bankacılık*, 1. Baskı, İstanbul: Bilge Yayınları, s.72.

28 ÇOBAN, a.g.t., s.64.

kullandırılmasında uygulanan yöntemler, bu bankaların geleneksel bankacılıktan farklılaşmasına önemli bir temel oluşturmaktadır.²⁹

İslâmi finans kuruluşlarının günümüz itibarıyla genel olarak para kullandırma yöntemleri; Mudarabe, Murabaha, Müşareke, Selem, İstisna, İcara, Karz-ı Hasen, Tavarruk ve Sukuk olarak sıralanabilir.

Fon kullanma yöntemlerinden olan sukuk, makalemizin konusu kapsamında ayrıntılı olarak ele alınacaktır.

IV. KATILIM BANKACILIĞINDA FON KULLANMA YÖNTEMİ OLARAK SUKUK

A. Sukuk'un Tanımı

Sukuk, Arapça Sakk kökünden gelmekte olup, kelime anlamı olarak sertifika veya vesika anlamlarını da içermektedir. Arapça' da bono ve tahviller için Senet kelimesi kullanılırken, İslami tahvil olan sakk'lar için ise, sukuk kelimesi kullanılmaktadır. Bu çerçevede finansal sertifika anlamına gelen ve çok çeşitli çalışmalarda tahvilin İslami karşılığı olarak tanımlanarak "İslam Tahvili" adını alan sukuk, faizsiz olma özelliği ile İslami esaslara uygun bir menkul kıymet olarak kabul edilmektedir.³⁰ Faizsiz bankacılık sisteminin tahvil ve bonu gibi enstrümanlar ile borçlanarak kaynak yaratma imkanı da prensip olarak bulunmamaktadır. Bununla birlikte gelişen ve globalleşen piyasalarda risk ve likidite yönetiminin başarılı bir şekilde gerçekleştirilmesi rekabet edilebilirlik açısından önem arz etmektedir. Bu anlamda İslami Sermaye Piyasalarında likidite yönetimini kolaylaştırmak açısından sukuk ürünü geliştirilmiştir. Geleneksel bankacılık tarafından kullanılan tahvil/bono kadar işlevsel olmasa da sukuk temelde aynı mantığa dayanmaktadır.³¹

Bir ticari varlığın menkul kıymetleştirilerek satılma işleminde kullanılan bir finansal araç olan sukuk; bu sertifikayı elinde bulundur tasarruflulara, sertifikanın payı nispetinde ortaklık hakkını tanıyan ve bu ortaklık ilişkisi sebebiyle o ticari varlığın kârına da ortak olma imkânı sağlayan bir sertifika türüdür. İslami bono olarak da isimlendirilen Sukuku geleneksel finanstaki borç senetlerinden ayıran en temel özellik, faizden ziyade, ticari bir varlığa bağlı olmasıdır.³²

29 ERGEÇ, a.g.t., s.9.

30 GÜNGÖREN, M. (2013). **Bir Finansal Enstrüman Olarak Sukuk Katılım Bankalarına Uyum Modellemesi**, İstanbul Ticaret Odası Yayınları, İstanbul, s.97.

31 BİLEN, B. (2016), Sukuk ve Muhasebe Uygulamaları, **Finansal Araştırmalar ve Çalışmalar Dergisi**, 8(15), s.252.

32 ÖZSOY, a.g.e., s.7.

Sukuk'u diğer muadillerinden ayıran özelliği bir varlık karşılığında çıkarılmış olmasıdır. Yani sukuk ihraç edecek kişi ya da kuruluşun bir varlığa malik olması gerekir. Sukuk'un esas özelliği gerçek bir ticari veya yatırım faaliyeti olmasıdır. Katılım bankacılığında finansman türlerinin hepsinde bu realite vardır. Sukuk bir varlığa sahip olduğunun göstergesidir. Bu nedenle varlığa dayalı menkul kıymetler ve gelir ortaklığı senetleriyle benzerlik göstermektedir.³³

Sukuk çıkarmak için öncelikle sukuka esas teşkil eden varlık banka tarafından temellük edilir, ardından banka mevcut varlıklarından/ alacaklarından hangilerinin karşılığında sukuk çıkartmak istediğini ve bunun karşılığında ne fiyat talep edeceğini belirler, kimin garantör olacağı kararlaştırılır. Daha sonra söz konusu varlıklar (alacaklar), özel amaçlı şirkete devredilir. Şirket bu varlıkları kendisi bedelini ödeyerek satın alabilir veya belli bir miktara kadar satın alma garantisi vererek yatırımcılara satılmasında aracı olur. Ardından alacakların tahsilâtı ve işlemin tasfiyesi konusundaki diğer hususlar da karara bağlanır, eğer vade geldiğinde borçların ödenmesinde bir gecikme veya ödenmemelik yaşanırsa garantör taraf söz konusu meblağı ödemeye yükümlü olur.³⁴

B. Sukuk'un Özellikleri

Sukuk, İslami değerler gözetilerek, geleneksel tahvil ve bonolarla birlikte alternatif yatırım aracı yaratmak için geliştirilmiş bir üründür. Borç alan ve borç verenler, İslami prensiplere göre iş ortağı olarak görülmektedir. Yatırımın risk ve kazancı borç alan ve veren kimseler arasında paylaşılmalıdır. Sukuk, yapılandırılmış finansal ürün olması sebebiyle ticari bir işlemle ilişkili olması gerekmektedir. Bu ticari işlemler, sukuk işleminin türüne göre, vadeli olarak varlığın alım-satımı, varlığın kiralanması, ortak girişim kurulması olabilir.³⁵

Sukuk'un yapısal özellikleri ele alındığında üç taraflı bir ilişkinin var olduğu görülmektedir. Bu taraflar kaynak kuruluş, varlık kiralama şirketi ve yatırımcılar (kira sertifikası sahipleri) olarak sıralanabilmektedir. Kaynak kuruluş olarak adlandırılan katılım bankası aktifinde kayıtlı olan varlığı varlık kiralama şirketine satarak, mevcut varlığı geri kiralar. Varlık kiralama şirketi ihraç ettiği sertifikalarından elde edilen hasılatıyla satın alınan varlığın bedelini kaynak kuruluşa ödeme yapar. Kaynak kuruluş söz konusu varlığı, varlık kiralama şirketinden geri kiralar. Elde edilen

33 KILINÇ, Ö. F. (2014). *Türkiye'de Katılım Bankacılığı ve Müşteri Tercih Kriterleri Üzerine Bir Uygulama: Isparta İli Örneği*, Süleyman Demirel Üniversitesi Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Isparta, s.58.

34 ÇOBAN, a.g.t., s.76.

35 BULDUM, a.g.t., s.49-50.

kira gelirler ile kira sertifikası (sukuk) sahiplerinin kupon ödemeleri gerçekleştirilir. Kira sertifikalarının vade sonunda ise varlık kiralama şirketi varlığı tekrar kaynak kuruluşu satarak sertifikanın kapamasını gerçekleştirmiş olur.³⁶

Sukuk, hamiline veya nama şeklinde, İslami hukuk kurallarına uygun olarak çıkartılır. Yatırımcılar, sukuk çıkartılırken açıklanan paylaşım oranına göre kâra, ortaklık payına göre ise zarara katılırlar. Sukukta kâr garantisi verilemez. Yatırımcıya önceden belirlenmiş kâr elde etme garantisi taahhüt etmek yasaktır.³⁷

Sukuk'un diğer özellikleri aşağıdaki şekilde sıralanabilir:³⁸

- Faizin, İslam dininde yasak olması sebebiyle sukuk işleminin gelirleri faizli olmayıp, kira geliri ve kar payı şeklinde olmaktadır.
- Sukuk, ikincil piyasalarda da işlem görebilmekte olup, likit bir finansal araç olduğu söylenebilir.
- İslami finansman çerçevesince, sukuk işlemlerinde belirsizlik oranı yüksek olan işlemlerden uzak durulmaktadır.
- Sukuk, yatırımcısına hak ve yükümlülüklerini gösteren senetlerdir.
- Sukuk, dayanak olan ürün üzerinde müşterek mülkiyet hakkını temsil eder.

Sukuklar bir anlamda menkul kıymetleştirilmiş araçlardır. Sukukların bono (tahvil) ve hisse senetlerine hem benzer ve hem de onlardan farklılaşan özellikleri vardır. Aşağıdaki tabloda sukuk, bono (tahvil) ve hisse senedi kıyaslaması yapılmıştır.

Tablo 1: Sukuk, Bono (Tahvil) ve Hisse Senedi Kıyaslaması

İhracın Konusu	Sukuk	Bono (Tahvil)	Hisse Senedi
Varlığa Dayalı Olma Durumu	Borç senedi değildir. Belirlenmiş varlık ya da proje üzerinde bölünmemiş sahiplik hakkı söz konusudur.	İhraç edenin borcu söz konusudur.	Şirketin hissesinden sahiplik hakkı söz konusudur
	En az belirlenen oran nispetinde maddi varlık olmalıdır.(%51-sukuku icara için)	Genellikle gerekli değildir.	Gerekli değildir.

36 ALPASLAN, H.İ. (2014), Yeni Bir Finansman Aracı Olarak Sukuk (Kira Sözleşmesi) ve Muhasebeleştirilmesi, *Finansal Araştırmalar ve Çalışmalar Dergisi*, 6(11), s.16-17.

37 ÇOBAN, a.g.t., s.16-17.

38 YILMAZ, E. (2014). *Yeni Bir Finansal Araç Olarak Sukuk: Çeşitleri, Türkiye Uygulaması ve Vergilendirilmesi*, Muhasebe ve Finansman Dergisi Yayınları, Sayı:83, s.87-88.



İhracın Konusu	Sukuk	Bono (Tahvil)	Hisse Senedi
Elde Edilen Haklar	Belirlenmiş varlık ya da proje üzerinde sahiplik hakkı vardır.	Borçlanılan varlık ve bazı durumlarda rehinler üzerinde alacak hakkı vardır.	Şirket üzerinde sahiplik hakkı vardır
Teminat	Dayandığı varlıklar ya da proje üzerindeki sahiplik hakkı ile teminat sağlamaya ek olarak teminat artırımı ile de teminat sağlar.	İpotekli tahviller, teminatlı borç senetleri vb. dışında genellikle teminat içermezler.	Teminat içermezler.
Anapara ve Gelir	İhraççı tarafından garanti edilmemiştir.	İhraççı tarafından garanti edilmiştir.	Şirket tarafından garanti edilmemiştir.
Amaç	Sadece İslam hukukuna uygun amaçlar için ihraç edilebilir.	Her türlü amaç için ihraç edilebilir.	Her türlü amaca uygundur.
Senetlerin satılması	Belirlenmiş varlık ya da proje üzerindeki sermaye payının satışı söz konusudur	Bir borç senedinin satışı söz konusudur.	Şirketin hisselerinin satışı söz konusudur.
Senet hamillerinin sorumlulukları	İhraç edilen senetlere katılım oranında dayalı olduğu varlık/ teşebbüse bağlı olarak tanımlanmış bir sorumluluk söz konusudur.	Bono sahiplerinin ihraççının mali durumunu için herhangi bir sorumluluğu yoktur.	Sahip olunan şirket hisseleri oranında şirketin işlerinden sorumluluk söz konusudur.

* Adam, N.J. ve Thomas, A. (2004), *Islamic Bonds*, 1st Edition, London: Euromoney Books, aktara; Aslan, H. (2012), *Alternatif Bir Yatırım ve Finansman Aracı Olarak Sukuk: Yapısı, İşleyişi ve Türkiye Piyasası İçin Öneriler*, Marmara Üniversitesi Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, s.58.

Sukukun pek çok açıdan avantajlı ve dezavantajlı yönleri bulunmaktadır. Sukuk, faizsiz prensiplere uygun olarak çalıştığı için inançları sebebiyle yatırımdan uzaklaşan yatırımcıları finansal piyasalara kazandırmak açısından önem arz etmektedir. Ülkemizdeki katılım bankalarının likidite ihtiyacını gidermesi için faizsiz prensiplere uygun araçlara ihtiyaç vardır. Sukukun bu ihtiyacı karşılayacağı düşünülmektedir. Zira sukuk, yatırımcılar açısından ve finansman yöneticileri açısından portföylerini çeşitlendirebilmeleri için yeni bir alternatif sunmaktadır. Öte yandan, sukukla ilgili hukuki düzenlemelerin yeterli olmaması ve sukuk yapılarının oluşturulmasının diğer finansal araçlara nazaran daha komplike bir halde olması sukuk tercihini olumsuz etkileyen hususlardır.³⁹

39 ASLAN, a.g.t., s.112-113.

C. Kullanım Alanına Göre Sukukun Sınıflandırılması

1. Proje Endeksli Sukuk

Proje dayalı sukuk, mevcut bir projenin finansmanında kullanılmak üzere ihraç edilen sertifikalardır. Başka bir ifade ile herhangi bir projeye endeksli sukuk aracılığıyla fon elde edilmektedir. Bu konuda Türkiye’de ilk defa Ağaoğlu şirketi ve varlık kiralama şirketi olarak faaliyet gösteren Aktif Bank’ın ortaklığı ile Uluslararası İstanbul Finans Merkezi projesine endeksli kira sertifikaları ihraç edilmiştir. Finansman sağlama amaçlı bir yıl vadeli 100 milyon nominal değerli mudaraba sukuk ihracına uluslararası yatırımcılardan ihraç gününde 300 milyon TL değerinde talep gelmiştir.⁴⁰

2. Varlığa Endeksli Sukuk

Girişimcilerin mevcutta sahip oldukları varlıklardan elde edeceği getirilerin hakkının yatırımcılara satılması ile birlikte fon kaynağı yaratılması işlemidir. 2002 yılında Malezya Hükümeti tarafından icara sukuku yoluyla gerçekleştirilen 600 milyon USD tutarında ki sukuk ihracı varlığa endeksli sukuk işlemine örnektir.⁴¹

3. Bilanço Endeksli Sukuk

Bilançoya dayalı olarak da sukuk ihracı gerçekleştirilebilmektedir. Bu sukuk çeşidiyle birden fazla projenin finansmanı sağlanabilmektedir. Mesela bir banka, müşterilerinin çeşitli projelerini finanse etmek için sukuk ihraç ederek bu projelerin finansmanını uluslararası sermaye piyasalarından temin edebilmektedir. Bu tür sukuka İslam Kalkınma Bankası tarafından 2003 Ağustos’unda ihraç edilen sukuk örnek verilebilir.⁴²

D. Sukuk Çeşitleri

1. Muşaraka Sukuk

Bir veya birden fazla kişinin İslam hukukuna uygun her türlü ticari faaliyette bulunmak üzere bir araya geldiği muşaraka, kâr zarar ortaklığı şeklinde tanımlanmaktadır.⁴³

40 HALİSDEMİR, Ö. (2013), Türkiye’nin İlk Proje Finansmanı Sukukuna Büyük Talep, <http://www.agaoglu.com.tr/pressRoom/265/turkiyenin-ilk-proje-finansmanisukukuna-buyuk-talep-.html>, (Erişim Tarihi: 20.10.2018).

41 BULDUM, a.g.t., s.50.

42 TOK, A. (2009), İslami Finans Sistemi Çerçevesinde Sukuk (İslami Tahvil) Uygulamaları, Katılım Bankaları ve Türkiye Açısından Değerlendirmeler (Yeterlilik Etüdü), **SPK Hukuk İşleri Dairesi**, Ankara, s.18.

43 ERDOĞAN, M. (2013). **Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü**, 4. Baskı, Ensar Neşriyat, s.433.



Kar-zarar ortaklığını benimseyen müşareke, belirli bir projenin finansmanını sağlamak için çıkardığı tahvillerle farklı bir şirketi ortak olmaya çağırılmaktadır. İlgili işlemin finansmanı için fonları ile katkı sağlayan diğer şirket, ortaklığın varlıkları üzerinde kardan pay alma ve söz hakkı olmaktadır.⁴⁴

2. İcara Sukuku

İcara sukuku sahibine gayrimenkulün mülkiyet hakkını, kirasını almayı ve sukuku kiracının haklarını etkilemeyecek şekilde elden çıkarma (mesela alım-satımını yapmayı) hakkını vermektedir. İcara sukuku sahipleri, söz konusu gayrimenkulün bakım maliyetlerini üstlenirler. İcara sukuku; kira kontratı ile bağlanmış, mevcut ve bilinen varlıkların mülkiyet hakkını sahiplerine vermiş olur, kira bedeli de sukuk sahibine ödenir. İcara kiralari, kiracının intifa hakkını kullanma dönemi ile ilişkili olamayabilir, tarafların ortak verecekleri karar ile kiralama öncesinde, kiralananmış durumdayken veya kiralandıktan sonra da yapılabilir. Bu esneklik sayesinde çeşitli türde kontratlar geliştirilmekte ve sukukun çeşitli amaçlar için kullanılması sağlanmaktadır.⁴⁵

3. Mudaraba Sukuku

Ortak mülkiyet esas almakta olup mudaraba sahibi olan yatırımcılar, mudarabanın alanına giren projede pay sahip olmaktadırlar. Yapılan sözleşme; temin edilmiş olan sermayenin özellikleri, kâr dağıtım oranı ayrıca diğer maddelerinde İslama uygunluğunu kanıtlayan, bütün bilgilerin bulunduğu resmi özelliğe dayanmaktadır. Sukuk katılımcılarından fon toplayıcısı olan SPV kendi fonlarını da biriktirebilmekte ve onları da yatırabilmektedir. Böyle durumda SPV, elde edeceği kâr ek olarak katkı sağlamış olduğu sermayesi oranında kazanç sağlamaktadır. Mudaraba sukuk sahibi projenin zamanında tamamlanamayacağını öngörürse elindeki sertifikayı başkasına satabilir. Mudaraba sukukta kâr payı garantisi verilememektedir. Mudaraba sukuku, geleneksel finans sistemindeki kamu sektörü projelerinin fonlanması için ihraç edilen gelir ortaklığı senetlerine benzemekte olup, sukuk sahipleri, yalnızca proje gelirlerinden yararlanmaktadır.⁴⁶

4. Salam Sukuk

Salam (Selem) Sukuk, satıcının belirli bir ürünü ileride belirlenmiş bir vadede teslim edileceğini garanti etmekte ve söz konusu işlemin bedelini peşin olarak almaktır. Bu açıdan salam sukuk işleminin forward

44 YILMAZ, a.g.m., s.92.

45 GÜNGÖREN, a.g.e., s.106.

46 TOK, a.g.e., s.18.



uygulanmasına benzediği söylenebilir. Fakat forward ürünü belirsizlik içermesi ve belirsizliğinde İslam dininde faiz doğurması sebebiyle dinen yasaklanmıştır. Bu sebeplerden dolayı, sukuk işlemdeki ürünün tamamının önceden ödenmesi, ürünün vadesinin belirli olması ve ürünün vadesi gelmeden ikinci bir satışın yapılmayacak olması gibi nedenler belirtilerek belirsizliğin ortan kaldırılması amaçlanmıştır.⁴⁷

5. İstisna Sukuk

İstisna sukuku sipariş akdi, bir ürünü üretmek için imalatçı ile yapılan anlaşma olarak tanımlanabilir. İstisna'nın selem işleminden farkı, ürünün teslimatının yapılacağı tarihin belirli olmaması ve paranın peşin olarak verilme şartının olmamasıdır. Bu durumda imalatçı üreteceği ürün için ihtiyacı olan parayı alacağı gibi ürününün satılmasını da sağlamış olmaktadır. Ürünü alacak müşteri de gereksinim duyduğu ürünün siparişini vermiş olacaktır.⁴⁸

E. Türkiye'de Sukuk Uygulamaları

Sukuk ihraçları İslami finans sisteminde önemli yer tutmaktadır. Dünya'da ilk olarak Malezya, kendi yerel para birimi ile 1992 yılında sukuk ihracına başlamış, 2002 yılında da ilk defa para birimi dolar olan sukuk ihracını gerçekleştirmiştir. 2002 yılından sonra Birleşik Arap Emirlikleri, Suudi Arabistan, Katar, Endonezya ve Bahreyn ülkeleri sukuk ihracında öncü olmakla birlikte pek çok ülke sukuk ihraçları gerçekleştirmiştir. 2010 yılı ile birlikte Türkiye' de de kısmen de olsa sukuk ihraç edilmeye başlanmıştır.⁴⁹

Sukuk, Türk Sermaye Piyasasına 1 Nisan 2010 tarihinde Resmi Gazetede yayımlanan Seri III, No:43 sayılı "Kira Sertifikalarına ve Varlık Kiralama Şirketlerine İlişkin Esaslar Hakkında Tebliğ" ile girmiştir. Kira sertifikası, uygulamada icara sukuk olarak adlandırılan sermaye piyasası aracıdır. Tebliğde "Varlık kiralama şirketinin satın almak veya kiralamak suretiyle devraldığı varlıkların finansmanını sağlamak amacıyla düzenlediği ve sahiplerinin bu varlıklardan ede edilen gelirlerden payları oranında hak sahibi olmalarını sağlayan menkul kıymet, kira sukuku" olarak tanımlanmıştır.⁵⁰ 2013 yılı haziran ayında sukuk işlemleri için Sermaye Piyasası Kurulu tarafından yeni bir tebliğ çıkartılmıştır. Bu tebliğde kira sertifikası; "varlık kiralama şirketi tarafından, her türlü varlık ve hakkın finansmanını sağlamak adına ihracı yapılan ve kira sertifikasını elinde

47 BULDUM, a.g.t., s.53.

48 Nihat, O. Y. (2010). **Faizsiz Bankacılık İlkeleri ve Katılım Bankacılığı**, Türkiye Katılım Bankaları Birliği Yayınları, Antalya, 27-28 Şubat 2010, Eğitim No: 2009/2010-61, s.15.

49 BULDUM, a.g.t., s.55.

50 ALPASLAN, a.g.m., s.22.

bulunduran kişilerin bu varlık ve haktan kazanılan gelirleri payları oranında hak sahibi olmalarını sağlayan menkul kıymetlerdir” şeklinde tanımlanmıştır.

6111 sayılı “Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılması ve Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu ve Diğer Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnemelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun” ile kira sertifikalarına çeşitli vergisel kolaylıklar getirilmiş olup, ihraç edilen kira sertifikalarının teslimi KDV’den muaf tutulmuş, varlıkların varlık kiralama şirketlerine kiralanması ve devralınan kuruma devrinde katma değer vergisi istisnası getirilmiş ve damga vergisi ile harçlardan da muafiyetler sağlanmıştır.

29.06.2011 tarih ve 2011/1854 sayılı Bakanlar Kurulu kararı ile varlık kiralama şirketleri tarafından ihraç edilen kira sertifikalarından elde edilen gelirlere uygulanacak stopaj oranları belirlenmiş ve Türkiye’de ihraç edilen kira sertifikalarından elde edilen gelirler üzerinden %10 oranında stopaj yapılması kararlaştırılmıştır. Ayrıca tam mükellef varlık kiralama şirketleri tarafından yurt dışında ihraç edilen kira sertifikalarından alınacak vergi oranları:

- Vadesi 1 yıla kadar olanlara sağlanan gelirlerden % 10,
- Vadesi 1 yıl ile 3 yıl arası olanlara sağlanan gelirler için % 7,
- Vadesi 3 yıl ile 5 yıl arası olanlara sağlanan gelirler için % 3,
- Vadesi 5 yıl ve daha uzun olanlara sağlanan gelirler için de % 0 (sıfır)

Olarak belirlenmiştir.

Türkiye’nin en büyük sukuk/kira sertifikası ihracını ise 26 Eylül 2012’de Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti, Hazine Müsteşarlığı Varlık Kiralama Şirketi ile gerçekleştirmiştir. İhraç edilen sukuk/kira sertifikası miktarı 1,5 Milyar TL.’dir. Bu sukuk/kira sertifikaları İrlanda Borsasında %2,803 kar oranı ile listelenmiş ve Standard & Poor’s tarafından BB notu ile derecelendirilmiştir. Hazine Müsteşarlığı 10 Ekim 2013 tarihinde ise 5 yıl vadeli 1,25 milyar ABD doları ve kira oranı % ,557 olan diğer bir yüksek tutarlı sukuk/kira sertifikası ihracatını gerçekleştirmiştir. Söz konusu ihraca 330 yatırımcının, ihraç tutarının 6 katının üzerinde talep gösterdiği, suku/kira sertifikasının %27’sinin Orta Doğu, %19’unun Türkiye, % 19’unun İngiltere, %14’ünün Avrupa, %11’inin ABD ve %10’unun da Asya ve diğer bölgelerdeki yatırımcılara satıldığı bildirilmiştir.⁵¹

51 BİLEN, B. (2016), Sukuk ve Muhasebe Uygulamaları, *Finansal Araştırmalar ve Çalışmalar Dergisi*, 8(15), s.264.

2017 yılı itibari ile son yedi yılda sukuk ihraç seviyesinin ulaştığı tutar toplamı 44,4 milyar TL'dir. Bu tutarın %63'ü Hazine, %37'si bankalar ve şirketler tarafından ihraç edilmiştir. Global ölçekte ulusal para birimi bazında sukuk ihraçları, döviz bazındaki ihraçların 3 katıdır. Türkiye'de ise 2016 yılı baz alındığında döviz bazlı sukuk ihraçları lokal bazlı sukukların 2,6 katına ulaşmaktadır. Hazine Müsteşarlığı 2016 yılında altı adet sukuk ihracı gerçekleştirmiştir. Bunlardan bir tanesi 1 milyar dolar ihraç büyüklüğünde olup uluslararası niteliktedir, diğer beşi ise lokal bazlıdır. Toplam ihraç tutarı 9,2 milyar TL'dir. 2016 yılında Türkiye'de Hazine Müsteşarlığı tarafından ilk kez enflasyona dayalı sukuk ihracı gerçekleştirilmiştir. Özel sektör tarafından 2016 yılında gerçekleştirilen sukuk ihracı sayısı 33 iken toplam ihraç tutarı ise 59 milyar TL'ye ulaşmıştır.⁵² Türk Hazinesinin gerçekleştirdiği sukuk ihraçlarıyla kaynak açığı bulunan ülkemize Körfez bölgesinden önemli miktarda sermaye çekilmesi mümkün olabilmektedir. Bugüne kadar 59 milyar TL'nin üzerine çıkan sukuk ihraçları, Türkiye ekonomisine olumlu katkı sağlamıştır.

Türkiye'de sukuk ihracı ağırlıkla Hazine tarafından gerçekleştirilmektedir. Sukuk getirilerinin ise genellikle tahvil ihraçlarında gözlemlenen gösterge tahvil ek getirisine yakın seyrettiği görülmektedir. Bu noktada kira getirileri ile faizler arasındaki paralellik göze çarpmaktadır. Hem geleneksel bankalar hem de katılım bankaları farklı yöntemler kullansalar da sonuç olarak aynı ekonomik sektör içinde yer almaktadırlar. Metodolojik farklılıklara rağmen ürün ve hizmetlerin müşterilere cazip gelmesi için rekabet, yoğun bir şekilde yaşanmakta ve bu durum getirilerin birbirine yakınsamasına sebep olmaktadır.⁵³

SONUÇ

İslami bankacılık, faizsiz bankacılık veya katılım bankacılığı olarak adlandırılan bankacılık sisteminde yer alan kuruluşlar, alternatif finansman çözümleri sunarak finans sektöründe faaliyet gösteren, bankacılık hizmetlerini gerçekleştiren ve sektörü de finanse eden kuruluşlardır. Katılım bankacılığında İslam'ın ruhuna, ahlakına ve değer sistemine uygun bir şekilde faizsiz olarak bankacılık işlemleri gerçekleştirilir.

Dünya çapında 1970'li yılların ortalarında faizsiz bankacılık sistemine yönelik ilk adımlar atılmış; faizsiz prensiplere uygun olarak faaliyet gösteren bankalar sisteme dâhil olmaya ve Müslüman nüfusun ağırlıklı olduğu ülkelerde konvansiyonel bankalarla birlikte yer almaya

52 KASIMOĞLU M., YETGİN, F. ve KÜÇÜKÇOLAK, A. (2018). Kira Sertifikaları, Türkiye Tecrübesi ve Bir Vaka Çalışması, İstanbul Journal of Economics - İstanbul İktisat Dergisi Sayı:68, s.22-23.

53 BİLEN, a.g.m., s.265.

başlamıştır. Türkiye'nin katılım bankacılığı modeli ile tanışması, kapalı ekonomiden dışa açık piyasa ekonomisine geçişin yaşandığı 1980'li yıllarda, uluslararası piyasalara uyum sağlama sürecinde olmuştur. Anılan yıllarda özel finans kurumları kurulmuş ve katılım bankacılığının mevzuat altyapısı oluşturulmaya başlanmıştır.

Katılım bankacılığında fon kullandırma yöntemlerinden olan sukuk; bu sertifikayı elinde bulundur tasarruflulara, sertifikanın payı nispetinde ortaklık hakkını tanıyan ve bu ortaklık ilişkisi sebebiyle o ticari varlığın kârına da ortak olma imkânı sağlayan bir sertifika türüdür. Sukuk, hamiline veya nama şekilde çıkarılır ve yatırımcılar, sukuk çıkartılırken açıklanan paylaşım oranına göre kâra, ortaklık payına göre ise zarara katılırlar. Sukukların bono, tahvil ve hisse senetlerine hem benzer ve hem de onlardan farklılaşan özellikleri vardır.

Sukuk ihracından fayda sağlanabilmesi için sukuk ihraçlarına yönelik piyasa altyapısının güçlendirilmesi ihraçların hacminin artırılmasında kritik öneme sahiptir. Bu kapsamda ülkemizde sukuk ihraçları ile ilgili mevzuat düzenlemelerinin bir an evvel tamamlanması ve sukuk ihraçlarının artırılmasına yönelik adımların uygulamaya alınması gerekmektedir. Zira Türk Hazinesinin gerçekleştirdiği sukuk ihraçlarıyla kaynak açığı bulunan ülkemize Körfez bölgesinden önemli miktarda sermaye çekilmesi mümkün olabilmektedir. Bilindiği üzere daha önce sukuk ihracı yapmamış devletlerin önümüzdeki dönemde bu piyasaya girmesi beklenmektedir. İngiltere'nin 2019'da gerçekleşmesi beklenen Brexit'in ardından 1 milyar İngiliz sterline kadar çıkabilecek bir sukuk ihracı gerçekleştireceği konuşulmaktadır. Birçok ülkenin bu denli önem verdiği uluslararası sukuk piyasasında ülkemizin de kendine sağlam bir yer bulması olmazsa olmaz şartlardandır. Görülüyor ki sukuk, sadece Müslüman ülkelerin değil, geri kalan tüm ülkelerin de önemli tercih ettikleri finansal araçlar arasında yerini almıştır.

KAYNAKLAR

Adam, N.J. ve Thomas, A. (2004), **Islamic Bonds**, 1st Edition, London: Euromoney Books.

Aktepe, İ.E. (2010), **İslam Hukuku Çerçevesinde Finansman ve Bankacılık**, 1. Baskı, İstanbul: Bilge Yayınları.

Alpaslan, H.İ. (2014), “Yeni Bir Finansman Aracı Olarak Sukuk (Kira Sözleşmesi) ve Muhasebeleştirilmesi”, **Finansal Araştırmalar ve Çalışmalar Dergisi**, 6(11), 15-31.

Aslan, H. (2012), **Alternatif Bir Yatırım ve Finansman Aracı Olarak Sukuk: Yapısı, İşleyişi ve Türkiye Piyasası İçin Öneriler**, Marmara Üniversitesi Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul.

Babuşçu, Ş. ve Hazar, A. (2017), **Genel Bankacılık Bilgileri**, Ankara: Bankacılık Akademisi Yayınları, Ankara.

Bayındır, A. (2005), **Ticaret ve Faiz**, İstanbul: Süleymaniye Vakfı Yayınları.

Bilen, B. (2016), “Sukuk ve Muhasebe Uygulamaları”, **Finansal Araştırmalar ve Çalışmalar Dergisi**, 8(15), 249-279.

Buldum, G. (2016), **Katılım Bankacılığı ve Sukuk (Kira Sertifikası): Bir Katılım Bankası Örneği Olarak Kuveyt Türk Katılım Bankası A.Ş.**, Marmara Üniversitesi Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul.

Büyükdeniz, A. (2000), **Faizsiz Finans Kurumlarının Mali Sistem İçindeki Yeri ve Çalışma Prensipleri, Türkiye’de Özel Finans Kurumları-Teori ve Uygulama**, İstanbul: Albaraka Türk Yayınları.

Canbaz, M. (2016), **Katılım Bankacılığı**, 1. Baskı, İstanbul: Beta Yayınları.

Çoban, Y. (2016), **Türkiye’de Katılım Bankacılığı ve Finans Sektöründeki Yeri**, Marmara Üniversitesi Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul.

Dikkaya, K. ve Kutval, Y. (2014). **Katılım Bankacılığı: Türkiye Örneği**, 1. Baskı, Ankara: Savaş Yayınevi.

Döndüren, H. (2008), “Osmanlı Tarihinde Bazı Faizsiz Kredi Uygulamaları ve Modern Türkiye’de Faizsiz Bankacılık Tecrübesi”, **Uludağ Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi**, 17(1), 1-24.

Erdoğan, M. (2013), **Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü**, 4. Baskı, İstanbul: Ensar Neşriyat.

Ergeç, K.D. (2018), **Türk Bankacılık Sisteminde Etkinlik ve 2008 Küresel Finansal Krizi: Katılım Bankacılığının Geleneksel Bankacılık İle Karşılaştırmalı Analizi**, Osmangazi Üniversitesi Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Eskişehir.

Ergeç, E.H. ve Asutay, M. (2018), “Kar Payı ve Mevduat Faizi İlişkisinde Neden ve Sonuçlar”, **İktisat Dergisi**, 1(1), 70-86.

Eskici, M. M. (2007), **Türkiye’de Katılım Bankacılığı Uygulaması ve Katılım Bankalarının Müşteri Özellikleri**, Süleyman Demirel Üniversitesi Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Isparta.

Güngören, M. (2013), **Bir Finansal Enstrüman Olarak Sukuk Katılım Bankalarına Uyum Modellemesi**, İstanbul: İstanbul Ticaret Odası Yayınları.

Halisdemir, Ö. (2013), Türkiye’nin İlk Proje Finansmanı Sukukuna Büyük Talep, <http://www.agaoglu.com.tr/pressRoom/265/turkiyenin-ilk-proje-finansmanisukukuna-buyuk-talep-.html>, (Erişim Tarihi: 20.10.2018).

Kalaycı, İ. (2013), “Katılım Bankacılığı: Mali Kesimde Nasıl Bir Seçenek?”, **Uluslararası Yönetim İktisat ve İşletme Dergisi**, 9(19), 51-74.

Karaman, H. ve Bardakoğlu, A. (2000), **İlmihal-II İslam ve Toplum**, 3. Baskı, İstanbul: Divantaş Yayınları.

Kasımoğlu M., Yetgin, F. ve Küçükçolak, A. (2018), “Kira Sertifikaları, Türkiye Tecrübesi ve Bir Vaka Çalışması”, **İstanbul Journal of Economics - İstanbul İktisat Dergisi**, 68(1), 1-44.

Kılınç, Ö. F. (2014), **Türkiye’de Katılım Bankacılığı Ve Müşteri Tercih Kriterleri Üzerine Bir Uygulama: Isparta İli Örneği**, Süleyman Demirel Üniversitesi Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Isparta.

Kınalı, F. (2012), **Faizsiz Sistemde Bankacılık Anlayışı**, Selçuk Üniversitesi Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Konya.

Nihat, O. Y. (2010), **Faizsiz Bankacılık İlkeleri ve Katılım Bankacılığı**, 27-28 Şubat 2010, Eğitim No: 2009/2010-61, Antalya: Türkiye Katılım Bankaları Birliği Yayınları.

Özsoy, İ. (2011), **Türkiye’de Katılım Bankacılığı**, İstanbul: Türkiye Katılım Bankaları Birliği Yayını.

Özulucan, A. ve Deran, A. (2009), “Katılım Bankacılığı İle Geleneksel Bankaların Bankacılık Hizmetleri ve Muhasebe Uygulamaları Açısından Karşılaştırılması”, **Mustafa Kemal Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi**, 6(11), 85-108.



Pehlivan, P. (2016), "Türkiye'de Katılım Bankacılığı ve Bankacılık Sektöründeki Önemi", **Selçuk Üniversitesi Sosyal Ekonomik Araştırmalar Dergisi**, 16(31), 296-324.

Şahin E. (2007), **Türkiye'de Düünden Bugüne Katılım Bankaları**, Kadir Has Üniversitesi Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul.

TTKB, **Türkiye Katılım Bankacılığı Strateji Belgesi 2015 – 2025**, İstanbul: Türkiye Katılım Bankacılığı Birliği Yayınları.

Takan, M. A. ve Boyacıoğlu, M. (2011). **Bankacılık Teori, Uygulama ve Yöntem**, 4. Baskı, Ankara: Nobel Yayınevi.

Tok, A. (2009), **İslami Finans Sistemi Çerçevesinde Sukuk (İslami Tahvil) Uygulamaları**, Katılım Bankaları ve Türkiye Açısından Değerlendirmeler (Yeterlilik Etüdü), Ankara: SPK Hukuk İşleri Dairesi.

Uçar, M. (1992), **Türkiye'de-Dünya'da Faizsiz Bankacılık ve Hesap Sistemleri**, İstanbul: Fey Vakfı Yayınları.

Yılmaz, E. (2014), "Yeni Bir Finansal Araç Olarak Sukuk: Çeşitleri, Türkiye Uygulaması ve Vergilendirilmesi", **Muhasebe ve Finansman Dergisi**, 61, 81-100.



JUSTICIABILITY OF FOREIGN INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS IN THE UNITED KINGDOM - WITH A EUROPEAN PERSPECTIVE

(Yabancı Fikri Mülkiyet Haklarının İngiltere'de Yargılanabilirliği - Bir Avrupa Perspektifiyle)

Dr. Hasan Kadir YILMAZTEKİN¹

ABSTRACT

On what basis can courts adjudicate a case that involves an intellectual property (IP) right crossing national boundaries? The primary purpose of this article is to provide a brief answer to this question (the justiciability of foreign IP rights) under UK law within the wider context of the EU law. It concentrates on the justiciability of three main IP rights - copyrights, trade marks and patents. It further explains the current architecture of the legal framework applicable to UK courts and within the EU. It also explores recent jurisprudence on justiciability in the UK courts and in the Court of Justice of European Union (CJEU) in the context of claims related to IP rights with foreign elements. It provides a few conclusions to determine to what extent the current case law is consistent and whether solely accepting justiciability of a foreign IP right is enough to provide access to justice for IP holders.

Keywords: Intellectual property law, copyright, trade marks, patents, justiciability, jurisdiction, private international law, access to justice, Brussels Regulation.

ÖZ

Milli sınırları aşan fikri mülkiyet haklarını içeren bir dava mahkemelerce hangi temelde yargılama konusu olabilir? Bu makalenin ana amacı, bu soruya (yabancı fikri mülkiyet haklarının yargılanabilirliği) daha geniş Avrupa Birliği (AB) hukuku bağlamında ve İngiliz hukuku altında kısa bir cevap sunmaktır. Bu makale, üç ana fikri mülkiyet hakkının - telif hakları, ticari markalar ve patentler - yargılanabilirliğine odaklanmaktadır. Bu makale ayrıca, İngiliz Mahkemelerinde ve AB içinde uygulanabilir olan hukukî çerçevenin güncel mimarisini açıklamaktadır. Bunun yanında, yabancılık unsuru içeren fikri mülkiyet haklarıyla ilgili talepler bağlamında yargılanabilirlik üzerine yakın zamanda İngiliz Mahkemeleri ve Avrupa

1 Daire Başkanı (Hâkim), Türkiye Adalet Akademisi, hkytekin@gmail.com. ORCID ID: 0000-0003-1050-4272



Adalet Divanı tarafından verilen kararları incelemektedir. Güncel içtihat hukukunun ne dereceye kadar tutarlı olduğu ve yabancı bir fikri mülkiyet hakkının yargılanabilirliğini tek başına kabul etmenin fikri mülkiyet sahipleri bakımından adalete erişim sağlamaya yetip yetmeyeceğini belirleme ile ilgili birkaç sonuç sunulmaktadır.

Ahahtar Kelimeler: Fikri mülkiyet hukuku, telif hakları, ticari markalar, patentler, yargılanabilirlik, yetki, milletlerarası özel hukuku, adalete erişim, Brüksel Tüzüğü.

INTRODUCTION

In the past, there was a reluctance by courts in one jurisdiction to hear cases concerning an infringement which took place in another jurisdiction or, further, that a declaratory action to establish that an intellectual property (IP) right is not infringed pleaded that the intellectual property right is invalid or void and that there is also no infringement of that right for that reason. In the European Union (EU), this stems in part from the exclusive subject-matter jurisdiction (exclusive jurisdiction) rule, namely Article 16(4) of the 1968 Brussels Convention on Jurisdiction and the Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters (Brussels Convention), replaced in March 2002 by Article 22(4) of the Brussels I Regulation.² At times, these decisions were also grounded on a 'discretionary act of courts' self-restraint based on domestic rules of international procedural law',³ stemming from the case law, such as reasons of *comity to the courts* and on the *act of state doctrine*. The underpinning assumption of these principles was that since intellectual property rights relate to a state's sovereignty or national policies, intellectual property rights are granted through state's acts and are limited to the territory of the state that granted them.⁴

2 Convention concernant la competence judiciaire a l'execution des decisions en matiere civile et commerciale [Convention on Jurisdiction and the Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters] Article 16(4), 1968 OJ (L 299) 32, 35 (EC) [hereinafter Brussels Convention]; Council Regulation (EC) No 44/2001 of 22 December 2000 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters, OJ L 12, 1-23, Article 22(4) [hereinafter Brussels I Regulation]. The Brussels I Regulation is replaced as of 10 January 2015 by Regulation (EU) No 1215/2012 of the European Parliament and of the Council of 12 December 2012 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters (recast), OJ L 351, 1-32 [hereinafter Brussels I Regulation (recast)]. Article 22(4) of the Brussels I Regulation is now Article 24(4) of the Brussels I Regulation (recast). In the 1980s, the rules of the Brussels Convention were extended to the Member States of the European Free Trade Association (EFTA) by way of an international convention. This Convention, known as 'The Lugano Convention', was renegotiated once the Regulation Brussels I had been in force for a number of years and this gave rise to a revised Convention. Today, the new Lugano Convention II applies in proceedings between the EU member states and Iceland, Norway and Switzerland.

3 UBERTAZZI Benedetta, 'Intellectual Property Rights and Exclusive (Subject Matter) Jurisdiction: Between Private and Public International Law' **Marquette Intellectual Property Law Review**, 2011, Vol. 15(2), pp. 357-361.

4 UBERTAZZI, p. 361.



Therefore, where a case did arise before a court which concerned a foreign intellectual property right, the courts preferred to respect the other state and its sovereign decisions and remained silent. This was somewhat an outcome of the exclusive subject-matter jurisdiction, requiring not to interfere with the grant of the intellectual property right. The recent and prominent examples of these decisions are the judgements of the Court of Appeal of the United Kingdom (UK) in *Lucasfilm Entertainment Co v Ainsworth*,⁵ the Court of Appeal for the Federal Circuit of the US in *Voda v Cordis Corporation*⁶ and the Court of Justice of the European Union (CJEU) in *GAT v LuK*.⁷

Recently, there has been an important new understanding in the field of international private law and conflict of laws in the UK and in the EU: the growing recognition of justiciability of foreign intellectual property rights. In 2011 The Supreme Court of the UK, in the landmark case *Lucasfilm Ltd v Ainsworth*,⁸ ruled that the law had changed to the extent that there was now no bar to adjudicating cases for infringement of a foreign intellectual property right in English courts, where it has *in personam* jurisdiction in respect of the defendant under EU legislation. Likewise, in July 2012, the CJEU offered a new interpretation on the effects of the exclusive jurisdiction rule in *Solvay SA v Honeywell Fluorine Products Europe BV (Solvay)*.⁹ The CJEU, in this case, ruled that Article 22(4), by conferring exclusive jurisdiction on the validity of registered intellectual property rights, does not affect the application of Article 31 of the Brussels I Regulation. This meant that the Dutch court may make an assessment of patent validity during interim proceedings as to whether or not to grant a

5 *Lucasfilm Entm't Co v Ainsworth* [2009] EWCA (Civ) 1328 (Eng). See; TORREMANS Paul L C, 'Editorial: Lucasfilm v Ainsworth' **International Review of Intellectual Property and Competition Law**, 2010, Vol. 41(7), pp. 751-753; TORREMANS Paul L C, 'The Sense or Nonsense of Subject Matter Jurisdiction over Foreign Copyright' **European Intellectual Property Review**, 2011, Vol. 33(6), pp. 349-356; DICKINSON Andrew, 'The Force be with the EU? Infringements of US Copyright in the English Courts' **Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly**, 2010, Vol. 2, p. 181. On the Court of First Instance decision, see; AUSTIN Graeme, 'The Concept of "Justiciability" in Foreign Copyright Infringement Cases' **International Review of Intellectual Property and Competition Law**, 2009, Vol. 40(4), p. 393.

6 476 F3d 887 (Fed Cir 2007).

7 Case C-4/03 *Gesellschaft für Antriebstechnik mbH & Co KG (GAT) v Lamellen und Kupplungsbau Beteiligungs KG (LuK)* [2006] ECR I-6509. See; KUR Annette, 'A Farewell to Cross-Border Injunctions? The ECJ Decisions *GAT v. LuK* and *Roche Nederland v. Primus* and *Goldenberg*,' **International Review of Intellectual Property and Competition Law**, 2006, Vol. 37(7), pp. 844-855; JOSEPH Paul, 'The rise and fall of cross-border jurisdiction and remedies in IP disputes,' **Journal of Intellectual Property Law & Practice**, 2006, Vol. 1(13), pp. 850-857; TORREMANS Paul L C, 'The Widening Reach of Exclusive Jurisdiction: Where Can You Litigate IP Rights after GAT?' in Arnaud Nuyts and Jean-Sylvestre Bergé (eds), **International Litigation In Intellectual Property And Information Technology**, 2008, pp. 61-77.

8 *Lucasfilm Ltd v Ainsworth* [2011] UKSC 39 (SC).

9 Case C-616/10 *Solvay SA v Honeywell Fluorine Products Europe BV* [2012] ECR I-0000.

preliminary measure, even if the assessment concerns a foreign patent.¹⁰ Finally, the Court of Appeal in the UK followed this trend in *Actavis v Eli Lilly*¹¹, holding that English courts have jurisdiction to hear cases for declarations of non-infringement in relation to foreign designations of European patents where there is no challenge to validity.

The above-mentioned decisions regarding justiciability of foreign IP rights have remarkable doctrinal and practical importance for and beyond intellectual property rights. Nevertheless, they also raise difficult questions regarding the interface of substantive and procedural law and the distinction between them as well as the principles to be applied in determining remedies. One might find it understandable that courts have shown compassion to provide relief for the plight of the foreign intellectual property holding remedy seekers from an expansive point of view. Yet, the question still remains whether an all-encompassing extension of jurisdictional power of local courts so as to include all foreign intellectual property rights, as a matter of policy, can be an appropriate way to provide justice, that is, one that adequately protects the interests of intellectual property holders. A few questions arise here: when *should* courts enforce foreign intellectual property claims, now that it has been established that they *may*, and when *must* they? On what basis can courts adjudicate a case that involves an IP right crossing national boundaries?

This article concentrates on the justiciability of three main IP rights, copyrights, patents and trade marks, under UK law within the wider context of the EU – with an awareness at the time of writing of the uncertainty given the prospect of Brexit.¹² It endeavours to draw a line

10 Ibid paras 31-51.

11 *Actavis v Eli Lilly* [2013] EWCA Civ 517.

12 For the commentaries on the potential impact of Brexit on IP rights see: ROSATI Eleonora, 'Brexit and UK copyright: the story of a loss among all other losses' *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 2016, Vol. 11(8), pp. 563-564; COOK Trevor, "'Brexit" and Intellectual Property Protection in the UK and the EU' *Journal of Intellectual Property Rights*, 2016, Vol. 21(5), pp. 355-361; RAHMATIAN Andreas, 'Brief speculations about changes to IP law in the UK after Brexit' *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 2017, Vol. 12(6), pp. 510-515; UBERTAZZI Luigi Carlo, 'Brexit and the EU patent' *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 2017, Vol. 12(6), pp. 516-525; UBERTAZZI Luigi Carlo, 'Brexit and the EU Patent – Part II: What shall we do?' *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 2017, Vol. 12(11), pp. 937-953; RAMALHO Ana and GARCIA Maria C. Gomez, 'Copyright after Brexit' *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 2017, Vol. 12(8), pp. 669-672; FARRAND Benjamin, 'Bold and newly Independent, or Isolated and Cast Adrift? The Implications of Brexit for Intellectual Property Law and Policy' *Journal of Common Market Studies*, 2017, Vol. 7(2), pp. 1-16; MORCOM Christopher, 'The Implications of 'Brexit' for Trade Marks and for Practitioners in the UK: What Are the Likely Effects and What Needs to Happen Now?' *European Intellectual Property Review*, 2016, Vol. 38(11), pp. 657-660; ARNOLD Richard, BENTLY Lionel, DERCLAYE Estelle and DINWOODIE Graeme, 'IP Law post-BREXIT' *Judicature*, 2017, Vol. 101(2), pp. 65-71; MCDONAGH Luke, 'UK Patent Law and Copyright Law after Brexit Potential Consequences' *CIGI Brexit: The International Legal Implications Series*, Paper No 3 (November 2017); MIMLER



between the terms justiciability and jurisdiction by portraying a brief outline of the current architecture of the legal framework applicable to UK courts and within the EU law (Part I). It further explores recent jurisprudence on justiciability in the UK courts, as well as in the CJEU, in the context of claims related to copyrights (Part II), patents (Part III) and trade marks (Part IV) with foreign elements. The conclusion part questions to what extent the current case law is consistent and whether solely accepting justiciability of a foreign IP right is enough to provide access to justice for IP holders.

I. JUSTICIABILITY AND JURISDICTION

What does the concept of justiciability mean? How does it differ from the concept of jurisdiction? In a recent case, *Mohammed and Rahmatullah v Ministry of Defence*,¹³ Lord Sumption viewed ‘nonjusticiability’ as ‘a treacherous word’, because of its lack of definition, and because it is commonly used as a portmanteau term encompassing a number of different legal principles with different incidents. In *Shergill v Khaira*,¹⁴ the Supreme Court noted that:

There is a number of rules of English law which may result in an English court being unable to decide a disputed issue on its merits. Some of them, such as state immunity, confer immunity from jurisdiction. Some, such as the act of state doctrine, confer immunity from liability on certain persons in respect of certain acts. Some, such as the rule against the enforcement of foreign penal, revenue or public laws, or the much-criticised rule against the determination by an English court of title to foreign land (now circumscribed by statute and by the Brussels Regulation and the Lugano Convention) are probably best regarded as depending on the territorial limits of the competence of the English courts or of the competence which they will recognise in foreign states. Properly speaking, the term non-justiciability refers to something different. It refers to a case where an issue is said to be inherently unsuitable for judicial determination by reason only of its subject-matter. Such cases generally fall into one of two categories.

The two categories the Supreme Court identified are: (1) issues with no domestic law basis and (2) issues upon which a domestic court will refrain

Marc, ‘The Effect of Brexit on Trademarks, Designs and Other “Europeanized” Areas of Intellectual Property Law in the United Kingdom’ **CIGI Brexit: The International Legal Implications Series**, Paper No 7 (December 2017); FHIMA Ilanah, ‘Brexit: EU27 Position Paper on Intellectual Property’ **Journal of Intellectual Property Law & Practice**, 2018, Vol. 12(2), pp. 98–100; ALLAN Nick, Michael Browne and Anna Carboni, ‘Post-Brexit IP rights: what is agreed and yet to be agreed under the European Commission’s draft Withdrawal Agreement’ **Journal of Intellectual Property Law & Practice**, 2018, Vol. 13(8), pp. 608–610.

13 [2017] UKSC 1 para 79.

14 [2014] UKSC 33 para 41.



from adjudicating for reasons associated with the separation of powers and executive competence.¹⁵

In the language used by courts and commentators, it is often ambiguous whether the principle of justiciability is different from the principle of jurisdiction.¹⁶ Sometimes the terms jurisdiction and justiciability seem to be used interchangeably.¹⁷ In effect, justiciability can be rationalized from procedural, institutional or substantive perspectives or a mixture of them.¹⁸ “From a procedural perspective it can cover elements of jurisdiction, standing, mootness, ripeness, admissibility of evidence and even the appropriateness of remedies.”¹⁹ “From an institutional perspective it can cover components of democracy and of the separation of powers and relative institutional competence within a particular constitutional system.”²⁰ “From a substantive perspective it can cover the complex or polycentric legal, political or policy nature of the right, interest, decisions or questions at issue.”²¹ The term justiciability is in this sense broader, and to relatively encompasses, the term jurisdiction. Thus, in the context of private international law, a rule of jurisdiction is argued to some extent be not only a rule of jurisdiction.²² It is sometimes also one which goes to the justiciability of the claim.²³

The question of whether a UK court (as well as a court in the EU) has jurisdiction over case involving a foreign IP right is presently governed by the rules of the Brussels I Regulation (recast).²⁴

The general rule of the Brussels I Regulation (recast) is that a person domiciled in a member state should be sued at the courts of that state (Article 4(1)²⁵). The defendant’s domicile rule, also known as *actor sequitur forum rei*²⁶ or *forum domicilii*, may be highly practical where there is a single

15 Ibid para 42.

16 For example, see; *Lucasfilm v Ainsworth* (n 7) paras 50, 97 and 98; *Nokia Corporation v InterDigital Technology Corporation* [2006] EWHC 802 (Pat) para 20; *Arrow Generics Limited & Anor v Merck & Co, Inc* [2007] EWHC 1900 (Pat) para 59; BACON Gregory and ROOTH Katie, ‘Justiciability and litigation of foreign patents in the English courts’ **Journal of Intellectual Property Law & Practice**, 2017, Vol. 12(10), pp. 851–859; ENGLAND Paul, ‘Cross-border actions in the CJEU and English Patents Court: Ten years on from *GAT v LuK*’ **Journal of Intellectual Property Law & Practice**, 2017, Vol. 12(2), pp. 105-114.

17 For example, see; *Lucasfilm v Ainsworth* (n 7) 50, 97 and 98.

18 MCGOLDRICK Dominic, ‘The Boundaries of Justiciability’ **International and Comparative Law Quarterly**, 2010, Vol. 59, p. 985.

19 Ibid.

20 Ibid.

21 Ibid, p. 986.

22 Ibid, p. 983.

23 Ibid.

24 See footnote 1.

25 Article 2 of the Brussels I Regulation.

26 KONO Toshiyuki and JURCYS Paulius, ‘General Report’ in KONO Toshiyuki (ed),



copyright infringer. Conversely, it might be less favourable in cases where the defendant lives in a member state that is far away from the member state in which the rightholder is based, where the defendant does not perform any allegedly infringing activity in the forum or where there are multiple defendants.²⁷ In the first two circumstances, the court would have to apply foreign laws on an infringement occurred in other countries.²⁸ In case of existence of multiple defendants, it imposes an onerous (financial) burden on the rightholder, especially as Internet cases may often involve more than two jurisdictions.²⁹ There are certain alternatives to this general rule. The first category is special jurisdiction rules. These include *forum delicti* (Article 7(2)³⁰),³¹ establishment (Article 7(5)³²),³³ multiple defendants' (Article 8(1)³⁴) rules.

Intellectual Property and Private International Law: Comparative Perspectives, Hart Publishing, 2012, p. 24.

- 27 TORREMANS Paul L C, 'Copyright jurisdiction under EU private international law' in Paul L C Torremans (ed), *Research Handbook on Copyright Law* (Edward Elgar Publishing, 2nd edn, 2017) p. 559 ("Copyright jurisdiction"); TORREMANS Paul L C, 'Litigating cross-border intellectual property disputes' in the EU Private International Law Framework' in BEAUMONT Paul, DANOV Mihail, TRIMMINGS Katarina and YÜKSEL Burcu (eds), *Cross-Border Litigation in Europe*, Oxford, Hart Publishing, 2017, p. 657 ("Litigating cross-border IP disputes").
- 28 TORREMANS, Copyright jurisdiction, p. 559; TORREMANS, Litigating cross-border IP disputes, p. 57.
- 29 Torremans, Copyright jurisdiction, p. 559-560; Torremans, Litigating cross-border IP disputes, p. 657.
- 30 Article 5(3) of the Brussels I Regulation.
- 31 TORREMANS Paul L C, 'Jurisdiction for Cross-border Intellectual Property Infringement Cases in Europe' **Common Market Law Review**, 2016, Vol. 53(6), p. 1625 ("Jurisdiction for Cross-border IP Infringement Cases").
- 32 Article 5(5) of the Brussels I Regulation.
- 33 The establishment rule or branch rule, often disregarded in IP litigation, provides that a person domiciled in a member state may be sued in another member state concerning a dispute arising out of the operations of a branch, agency or other establishment, in the courts for the place where the branch, agency or other establishment is situated. It is a special jurisdiction rule and, similar to the *forum delicti* rule, supplements the defendant's domicile rule in Article 4. LARSEN Torsten Bjørn, 'Reverse use of Article 7(5) Brussels Regime in IP litigation: can you sue from the establishment?' **Journal of Intellectual Property Law & Practice**, 2018, Vol. 13(10), p. 776. The establishment rule applies when two cumulative requirements are met: Firstly, the defendant must have a branch, agency or other establishment in an EU/EFTA member state different from where he/she is domiciled (Ibid 777). While the terms 'branch' and 'agency' are examples of the term 'establishment', the latter is defined autonomously and requires, *inter alia*, that: (i) the establishment engages in external business activity; (ii) the establishment is subject to the direction and control of the parent; and (iii) the establishment acts on behalf of and binds the parent (FAWCETT James J and TORREMANS Paul L C, *Intellectual Property and Private International Law*, OUP, 2nd edn, 2011, paras 5.111-5.113). Secondly, the dispute must arise out of the operation of the establishment. In an IP context, distributing infringing products from an establishment meets this requirement (Ibid 5.112). Conversely, merely being the registered owner of an IP right does most likely not suffice to be sued, where there is no external business activity in any such situation (Ibid 5.113.).
- 34 Article 6(1) of the Brussels I Regulation.

The second category is exclusive jurisdiction rules. Where the action concerns the registration or validity of patents, trade marks, design or other similar rights required to be deposited or registered (*Article 24(4)*³⁵) or where the parties have selected a forum (*Article 25*³⁶), the jurisdiction is *exclusive* regardless of the domicile of the parties. This means that if a court in a member state is presented a claim that is principally related to a matter over which the courts of another state have exclusive jurisdiction, it ought to decline the jurisdiction.³⁷

The jurisdiction rule on the pending actions (the *lis pendens* rule) is another factor that needs to be taken into account in particular to avoid irreconcilable judgments in appropriate circumstances.³⁸

There are also special regimes of jurisdictional rules applicable to unitary IP rights. The first type of an IP right which has a unitary character is an EU trade mark. An EU trade mark refers to a trade mark for goods or services which is registered in accordance with the conditions included

35 Article 22(4) of the Brussels I Regulation.

36 Article 23 of the Brussels I Regulation.

37 VAN CALSTER Geert, **European Private International Law**, Hart Publishing, 2nd edn, 2016, p. 115. The 'exclusivity' of choice of forum clauses under Article 25 is weaker than that under Article 24(4). Thus, such clauses cannot override the impact of the exclusive jurisdiction rule under Article 24(4) (Ibid). The determination of whether the parties have a formal agreement governing the choice of jurisdiction is relatively easier than the determination of when the exclusive jurisdiction rule under Article 24(4) (BENTLY Lionel, SHERMAN Brad, GANGJEE Dev and JOHNSON Phillip, **Intellectual Property Law**, OUP, 5th edn, 2019, p. 1316.). Article 24(4) applies to the registration or validity of patents, trade marks, design or other similar rights required to be deposited or registered. The phrase 'other similar rights' refers to other registrable rights such as plant varieties, supplementary protection certificates and utility models. The IP rights that are unregistered, such as copyright, unregistered design right or passing off, does not fall into the scope of the Article 24(4). It applies only to proceedings of 'registration' and 'validity' of the IP rights that are registered (Ibid 1316.). A court seized with jurisdiction must divest itself as soon as a defendant pleads a defence of invalidity (BRIGGS Adrian, 'Jurisdiction over defences and connected claims' **Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly**, 2006, Vol. 4, pp. 450-451.). The rule must, as an exception to the defendant's domicile rule, be interpreted narrowly (FAWCETT and TORREMANS, para 7.30.).

38 The forum delicti and multiple defendants' rules may give rise to alternative jurisdictions other than the domicile of the defendants. The possibility of alternative jurisdictions leads to the problem that simultaneous proceedings might produce inconsistent judgements. To avoid this problem, the Brussels I Regulation (recast) contains a rule that deals with pending actions (*lis pendens* rule). The *lis pendens* rule essentially provides that where a later court is presented with the same cause of action between the same parties, that court must decline jurisdiction (*Article 29*- formerly Article 27 of the Brussels I Regulation). However, a later court has discretion to stay proceedings, where it is presented an action that is related to one that is already being heard in the courts of another state (*Article 30* – formerly Article 28 of the Brussels I Regulation.). This discretion arises only where the actions are 'related' - that is, where they are so closely connected that it is expedient to hear and determine them together to avoid the risk of irreconcilable judgments (BENTLY, SHERMAN, GANGJEE and JOHNSON, p. 1317.). In exercising the discretion, the court will take into consideration the domicile of the defendant, the applicable law and whether any UK-related action needed to be tried in any case (*Research in Motion (UK) Ltd v Visto Corp* [2008] FSR (20) 499.).



in the EU Trade Mark Regulation (EUTMR)³⁹ and in the manner therein provided.⁴⁰ An application for an EU trade mark shall be filed at the European Union Intellectual Property Office (EUIPO).⁴¹ The EU trade mark has an equal effect throughout the EU.⁴² The EU member states shall designate in their territories as limited a number as possible of national courts and tribunals of first and second instance (EU trade mark courts), which shall perform the functions assigned to them by the EUTMR.⁴³ The international jurisdiction rules applicable to an EU trade mark are found in two legal instruments. The first category exists in Title X of the EUTMR (the 'cascade' rules).⁴⁴ The second category exists in the Brussels I Regulation (recast).⁴⁵ The second category applies as 'fall back'.⁴⁶ The Lugano Convention complements them as 'fall back' in the EU and in full in the EFTA.⁴⁷

39 Regulation (EU) 2017/1001 of the European Parliament and of the Council of 14 June 2017 on the European Union trade mark (Text with EEA relevance) OJ L 154 16 June 2017 p. 1–99.

40 EUTMR Article 1(1).

41 EUTMR Article 30(1).

42 EUTMR Article 1(2).

43 EUTMR Article 123(1).

44 EUTMR Articles 124(a), 125(1)(2)(3) and (5).

45 For example, Brussels I Regulation (recast) Article 8(1).

46 These forum rules arise according to the type of the action in question. *Infringement actions* (EUTMR Article 124(a)) in relation to an EU trade mark may be brought before the designated EU trade mark courts: i) at the defendant's EU domicile (EUTMR Article 125(1)), ii) in the absence of a domicile, at the defendant's EU establishment (EUTMR Article 125(1)), or otherwise at the claimant's EU domicile or at the claimant's EU establishment (EUTMR Article 125(2)), or iii) if neither of the parties is domiciled or has a business establishment within the EU, at the place where the European Union Intellectual Property Office (EUIPO) has its seat (in Spain) (EUTMR Article 125(3)), or iv) at *forum delicti* (EUTMR Article 125(5)), v) or through following the multiple defendants' rule (EUTMR Article 122(2)(a) cf. Brussels I Regulation (recast) Article 8(1)) (seven options). The jurisdiction rules of Article 125 of the EUTMR are mandatory and applied in sequence. Bently, Sherman, Gangjee and Johnson, p. 1319. Although no precedent has not been set on the matter by the CJEU, it is possible to argue that the forum rules explained above would apply *mutatis mutandis* to *non-infringement actions*, except from the *forum delicti* rule (The actions for a declaration of non-infringement of an EU trade mark has been exempted from the implementation of the *forum delicti* rule. See; EUTMR Article 125(5)). The main purpose of this exception is that non-infringement actions as a principle must be brought at the home domicile or establishment of the rightholder (European Max Planck Group on Conflicts of Laws in Intellectual Property, **Conflict of Laws in Intellectual Property: The CLIP Principles and Commentary**, Oxford, OUP, 2013, p. 192 ("The CLIP Principles and Commentary")). Nevertheless, a non-infringement action taking place within the EFTA can be brought in the *forum delicti* (Lugano Convention Article 5(3)). As regards *invalidity claims*, the forum that it is raised and the case type that this court oversees becomes relevant. Where it is raised as a counterclaim before an EUTM court hearing an *infringement action*, this court has exclusive jurisdiction over the matter in question (EUTMR Article 124(d) and 128). Where it is put forward before an EUTM court hearing a *non-infringement action*, the EUIPO has exclusive jurisdiction over the matter (EUTMR Article 127(2) cf. Article 63).

47 Three more forums might be added to the seven options mentioned in footnote 44 in

At the present, the establishment of unitary patents (a single right which covers all contracting member states of the EU) and a Unified Patent Court is in progress based on a patent package. The patent package is composed of the Unitary Patent Regulation,⁴⁸ the Translation Regulation⁴⁹ and the Agreement on a Unified Patent Court (AUPC).⁵⁰ The Unitary Patent system is inextricably linked to the creation of the Unified Patent Court, which will have jurisdiction over Unitary Patents and ‘classic’ European patents.⁵¹ The international jurisdiction rules applicable to a unitary patent is governed by the Chapter VI AUPC.⁵²

relation to *infringement actions within the EFTA*: the defendant’s EFTA domicile (Lugano Convention Article 2), or the defendant’s EFTA establishment (Lugano Convention Article 5(5)), or at *forum delicti* (‘place of action’) in the EFTA (Lugano Convention Article 5(3)). A distinction must be made in relation to the implementation of the multiple defendants’ rule: while it applies with respect to infringement actions where the defendants are domiciled in the EFTA (Lugano Convention Article 6(1)), it is inapplicable where they are domiciled outside the EU/EFTA. To apply the multiple defendants’ rule, ‘a person must be domiciled in a Member State’. See; Brussels I Regulation (recast) Article 8(1). In addition, where *invalidity* is raised before an EFTA court but not before an EUTM court, then the EUIPO has exclusive jurisdiction over the matter regardless of whether it is an infringement or a noninfringement action (Article 22(4) of the Lugano Convention applies per analogy). See; LARSEN Torsten Bjørn, **Intellectual Property Jurisdiction Strategies: Where to Litigate Unitary Rights vs National Rights in the EU**, Edward Elgar Publishing, 2017, pp. 62-63 (“Intellectual Property Jurisdiction Strategies”).

48 Regulation (EU) No 1257/2012 of the European Parliament and of the Council of 17 December 2012 implementing enhanced cooperation in the area of the creation of unitary patent protection, OJL 361, 31 December 2012 p. 1.

49 Council Regulation (EU) No 1260/2012 of 17 December 2012 implementing enhanced cooperation in the area of the creation of unitary patent protection with regard to the applicable translation arrangements, OJL 361, 31 December 2012 p. 89.

50 Agreement on a Unified Patent Court, OJC 175, 20 June 2013, p. 1 [hereinafter AUPC].

51 AUPC Articles 1 and 3.

52 These forum rules arise according to the type of the action in question. Infringement actions (AUPC Article 32(1)(a)) in relation to a Unitary Patent may be brought before the local division hosted by the contracting member state: i) at *forum delicti* (AUPC Article 33(1)(a)), ii) at the defendant’s EU residence (AUPC Article 33(1)(b)). The AUPC uses the term ‘residence’ instead of the term ‘domicile’ as in the Brussels I Regulation (recast) and the EUTMR, iii) in the absence of a residence, at the defendant’s principal place of business or at the defendant’s place of business in a contracting member state, or otherwise the regional division in which that contracting member state participates (AUPC Article 33(1)(b)), or iv) through following the multiple defendants’ rule (AUPC Article 33(1)(b)) (four options). Where the defendant is not domiciled or does not have principal place of business or place of business in any contracting member state, an infringement action may be brought at *forum delicti* (AUPC Article 33(1) para 2) or at the central division in Paris, London or Munich depending on the subject matter (AUPC Article 33(1) para 3 cf. Annex II). As regards non-infringement (AUPC Article 32(1)(b)) and invalidity (AUPC Article 32(1)(d)) actions, where any infringement action is pending, the non-infringement action must be brought at the same forum (four options) (AUPC Article 33(4)). Where any such infringement action is not pending, the non-infringement action must be brought at the central division in Paris, London or Munich (AUPC Article 33(4) cf. Annex II). As regards invalidity counterclaims (AUPC Article 32(1)(e)) three options arise. The local or regional division may after having heard the parties: i)



The last category of jurisdiction rules relates to provisional measures. A court which has jurisdiction under any of the provisions of the Brussels I Regulation (recast) can order any provisional or protective measures it deems necessary, even if it has stayed its jurisdiction by the application of the *lis alibi pendens* rule.⁵³ An application can also be made to the courts of a member state for provisional measures (including protective measures that are available under the law of that state) even though the courts of another member state have jurisdiction over the substance of the matter under the Brussels I Regulation (recast) (*Article 35*⁵⁴).⁵⁵ In appropriate circumstances, claimants can initiate proceedings before a forum to get an interim injunction even though that court could not grant the final remedy.⁵⁶ Article 35 is therefore an additional, subsidiary rule of jurisdiction with reference to national law. The phrase ‘provisional, including protective, measures’ within the meaning of Article 35 must be understood as referring to provisional measures only: not measures taken in expedient procedures.⁵⁷ The existence of ‘a real connecting link’ between the subject-matter of the measures sought and the territorial jurisdiction of the court must be established for granting provisional or protective measures on the basis of Article 35 before which those measures are sought. A typical link is evident where there is a presence of assets in the member state concerned.⁵⁸

II. COPYRIGHT

A. UK Law

1. The *Moçambique* rule

Within the British legal tradition, the roots of the refusal of justiciability of foreign intellectual property rights can be found in the Australian case *Potter v Broken Hill*.⁵⁹ The High Court of Australia held in *Potter* that

decide both infringement and invalidity (AUPC Article 33(3)(a)), or ii) refer the invalidity to the central division while either suspend or proceed with the infringement (AUPC Article 33(3)(b)), or iii) send the both infringement and invalidity away to the central division with the agreement of the parties (AUPC Article 33(3)(c)). If these actions are brought in a third state invalidity is subject to the international forum rules of the third state. See; LARSEN, Intellectual Property Jurisdiction Strategies, p. 72.

53 VAN CALSTER, p. 185.

54 Article 31 of the Brussels I Regulation.

55 VAN CALSTER, p. 186.

56 *Solvay v Honeywell* (n 8) paras 49-50.

57 Case C-261/90 *Mario Reichert, Hans-Heinz Reichert and Ingeborg Kockler v Dresdner Bank AG* [1992]

ECR 2149 para 34.

58 VAN CALSTER, p. 186.

59 (1906) 3 CLR 479.



a Victorian court had no jurisdiction over an infringement of a patent registered in New South Wales where the defendant had denied the novelty and utility of the alleged invention in respect of which the patent had been granted.⁶⁰ The Australian Court extended the *Moçambique* rule to actions for infringement of patents by analogy.

The *Moçambique* rule was essentially the pronouncement of the public policy rule concerning jurisdiction, 'emphasising the connection between international comity concerns and the jurisdictional prohibition in cases involving foreign land rights'.⁶¹ The case of *British South Africa Co v Companhia de Moçambique*⁶² is the authoritative basis for the rule that the English court 'has no jurisdiction to entertain an action for (1) the determination of the title to, or the right to the possession of, any immovable situate out of England ... or (2) the recovery of damages for trespass to such immovable'.⁶³ This rule has two limbs. One is the 'the issue of title to immovable'⁶⁴ which is a close connection to the act of the state doctrine. This concerns disputes over registration matters. The *Moçambique* rule distinguished 'torts (delicits) occurring in foreign lands as local in the sense that they had a particular connection with the territory on which they occurred'.⁶⁵ The second aspect of the rule thus referred to the fact that the local court, where the trespass occurred, was the suitable forum to hear any action concerning this tort. In short, the essence of the *Moçambique* rule is that the English courts have no jurisdiction over matters that relate to title in foreign land, the right to possession of foreign land or trespass to foreign land.

For the Australian court in *Potter*, there was a clear analogy between patent rights and rights on land ownership, which are designed by 'territorially confined domestic statutes' and are granted by national authorities 'acting under the delegated authority of the (foreign) sovereign'.⁶⁶ This analogy led the Australian court to decline exerting jurisdiction where 'the substantial question sought to be raised by the defendant is the validity of the act of the governing power of New South

60 Ibid 493.

61 AUSTIN, p. 396.

62 [1893] AC 602 HL.

63 *Lucasfilm v Ainsworth*, para 54.

64 TORREMANS Paul L.C, 'Star Wars rids us of subject-matter jurisdiction: The Supreme Court does not like Kafka either when it comes to copyright' **European Intellectual Property Review**, 2011, Vol. 33(12), p. 815 ("Star Wars").

65 WAEDELDE Charlotte, BROWN Abbe, KHERIA Smita, and CORNWELL Jane, **Contemporary Intellectual Property: Law and Policy**, OUP, 4th edn, 2016, p. 998.

66 AUSTIN, p. 396-397.



Wales in granting the patent sued on'.⁶⁷ The case of *Potter*, therefore, arose over and was resolved by the act of the state doctrine.⁶⁸

The first genuine departure from the *Moçambique* rule in an IP case was in *Pearce v Ove Arup*.⁶⁹ In this case, the Court of Appeal accepted, though in interim proceedings, that English law empowers English courts to decide upon claims for infringement of foreign copyright where the defendant is domiciled in the UK but the infringing act has occurred in a foreign jurisdiction. The claimant was an architect who had alleged infringement of his UK and Dutch copyright in drawings and plans for a town hall in London as a result of the design of an art gallery in Rotterdam. In the course of the proceedings, only the main claim for infringement of the Dutch copyright was sustained, and the UK copyright claim was dropped because the latter was time barred. The Court of Appeal approved jurisdiction based on the Civil Jurisdiction and Judgments Act 1982. The Court particularly considered Section 30, which provides that the English courts have jurisdiction to entertain proceedings for trespass to land, wherever situated, unless the proceedings are principally concerned with a question of title or the right to possession. This national provision was subject to the Brussels Convention, according to which, if proceedings were not concerned with a question of title or the right to possession of immovable property, they could be adjudicated upon by the courts of other contracting states. The court thus held that, at least in relation to land situated within a Brussels Convention contracting state (and, by extension, to at least some forms of IP rights in those states), there was no longer any basis for the *Moçambique* rule and the English courts did not have to refuse to entertain a claim for infringement of Dutch copyright.

2. *Lucasfilm*

The justiciability of foreign copyright of a country that was not a signatory to the Brussels Convention (or the subsequent Lugano Convention or Brussels Regulation I) was later answered by the Supreme Court in the leading case of *Lucasfilm v Ainsworth*.⁷⁰ This case was related to the ownership of copyright in the helmets worn by the Imperial Stormtroopers in the *Star War* films and whether these helmets were sculptures under UK Law. In 2004, Mr Ainsworth, who made these helmets for Lucasfilm, subsequently started selling them to the public, advertising on his website. He was sued in California where Lucasfilm was awarded

67 *Potter v Broken Hill*, p. 500.

68 *Lucasfilm v Ainsworth*, para 68.

69 *Pearce v Ove Arup Partnership* [2000] Ch 403.

70 *Lucasfilm v Ainsworth*.



a judgement for US\$ 20 million. However, Lucasfilm was unsuccessful in seeking to enforce the US judgement, since Mr Ainsworth, together with his assets, was domiciled in the UK. In 2008, Lucasfilm then commenced proceedings against Mr Ainsworth in the UK, seeking to enforce the US judgement, and alternatively bringing claims for the infringement of its UK and, surprisingly, US copyright in helmets. While the Supreme Court found that no copyright existed in helmets because they were not sculptures within the meaning of the Copyright, Designs and Patents Act 1988 (CDPA), the questions turned into the justiciability of Lucasfilm's claim in England for the infringement of copyright in the US. Reversing the Court of Appeal's decision, the Supreme Court concluded that such a claim could be heard as long as the court has *in personam* jurisdiction.⁷¹

In reaching this conclusion, the Court found that the *Moçambique* rule⁷² had been largely eroded,⁷³ *Tyburn Productions*⁷⁴ wrongly decided, and that there is no public policy rule that could be asserted against the justiciability of copyright under similar circumstances. On this score, the case of *Lucasfilm* has undoubtedly brought a complete change to English Private International Law.

The Supreme Court opined that there is no basis for denying the justiciability of foreign intellectual property claims in the rules regarding immovable property rights (the *Moçambique* rule), as it has 'been fatally undermined' by subsequent legislation.⁷⁵ In its opinion, the argument that the grant of a national patent is 'an exercise of national sovereignty' is not valid, since in English law 'the foreign act of state doctrine has not been applied to any acts other than foreign legislation or governmental acts of officials such as requisition'.⁷⁶ Hence, the Supreme Court abstained from applying the foreign act of state doctrine to an action for infringement, since it is obvious that not every governmental act or ministerial activity can be classified as an act of state.

Paul Torremans argues that the court's approach is sensible because 'most copyright infringement cases will be mere *inter pares* litigation that does not call into question the validity of the right'.⁷⁷ For Torremans, the obtention of copyrights appears automatically, thus there is no act of state

71 Ibid, para 105.

72 *British South Africa Co v Companhia de Moçambique*.

73 *Lucasfilm v Ainsworth*, para 105.

74 Ibid, para 110.

75 Ibid, para 71.

76 Ibid, para 86.

77 TORREMANS, *Star Wars*, p. 815.



in granting them.⁷⁸ Torremans further extends this argument so as to cover intellectual property rights that require registration. For him, ‘in such cases a validity argument can be said to call into question the decision of a foreign official, but clearly this official intervention is of a radically different nature and importance and never reaches the legislative and extremely restrictive level that is required for the application of the foreign act of state doctrine’.⁷⁹

Torremans’ ‘no act of state’ argument regarding registered intellectual property rights was reflected in paragraph 86 of the judgement. The Supreme Court, whether on purpose or by mistake, concluded that the act of state ‘should not today be regarded as an impediment to an action for infringement of foreign intellectual property rights, even if validity of a grant is in issue, simply because the action calls into question the decision of a foreign official’.⁸⁰ At first glance, this creates confusion around the justiciability of cases regarding infringement of patents and trademarks as well as matters of validity or grant of these rights, if considered the clear conclusion of paragraph 106 of the judgement. By the linguistic use of ‘intellectual property rights’ in a catch-them-all manner, the Supreme Court under paragraph 86 refuses the application of the act of state doctrine to cases regarding infringement of all intellectual property rights as well as matters concerning validity of registered intellectual property rights. However, under paragraph 106 the Court still recognizes a narrow possibility of the application of the *Moçambique* rule, not the act of state doctrine, ‘at any rate where questions of validity are involved’, and sees the rule as a part of the rationale for article 22(4) of the Brussels I Regulation.⁸¹

The Supreme Court examined other policy considerations that might be argued against the justiciability of foreign intellectual property claims. Firstly, it held that the aspect of the *Moçambique* rule that deals with damages for trespass was abolished by Section 30(1) of the Civil Jurisdiction and Judgments Act 1982 and the scope of the rule has been reduced the first aspect of the rule where proceedings for infringement of rights in foreign land are ‘principally concerned with a question of the title to, or the right to possession of, that property’ and thus apply to patents where questions of validity are at stake.⁸² Further, the court confirmed that the rule regarding the choice of law in tort in *Phillips v Eyre*⁸³ was

78 Ibid.

79 Ibid.

80 *Lucasfilm v Ainsworth*, para 86.

81 Ibid, para 106.

82 Ibid, paras 72 and 106.

83 *Phillips v Eyre* (1870) LR 6 QB 1.

'first eroded by case-law and then abolished' by the statute in the Private International Law (Miscellaneous Provisions) Act 1995.⁸⁴ Likewise, the Act abolished the double actionability rule⁸⁵ (except for defamation cases⁸⁶) in *Phillips v Eyre* and in *Tyburn Productions Ltd v Conan Doyle*⁸⁷ (a case in which it was held that it was not possible to bring an action in England for a declaration of non-infringement of United States copyright).⁸⁸ Finally, the Supreme Court highlighted the EU framework in which the trend is towards the adjudicating of foreign intellectual property rights, noting that Article 22(4) of the Brussels I convention only allows exclusive jurisdiction in cases regarding registration or validity of rights.⁸⁹

B. EU Law

1. *Painer* – Multiple defendants' rule

The Brussels I Regulation (recast) provides that co-defendants might be sued in the country in which one of them is domiciled (*Article 8(1)*⁹⁰). The multiple defendants' rule (*forum connexitatis*) supplements the defendant's domicile rule in Article 4.⁹¹ It is in effect a special jurisdiction rule and shall not apply if its use deprives a defendant of the courts in his/her own domicile.⁹² This rule has the twofold rationale. The first is to avoid irreconcilable judgments.⁹³ The second is to create foreseeability as to where to be sued.⁹⁴

This rule is also related to the 'spider in the web' doctrine which was developed for the purposes of the Article 8(1) by Dutch courts.⁹⁵ In this

84 *Lucasfilm v Ainsworth*, paras 79-80.

85 Private International Law (Miscellaneous Provisions) Act 1995, s 10.

86 Private International Law (Miscellaneous Provisions) Act 1995, s 13.

87 *Tyburn Productions Ltd v Conan Doyle* [1991] Ch 75 CA.

88 *Lucasfilm v Ainsworth*, para 80.

89 *Ibid*, para 87-88.

90 Article 6(1) of the Brussels I Regulation.

91 Case C-281/02 *Andrew Owusu v N B Jackson, trading as 'Villa Holidays Bal-Inn Villas' and Others* [2005] ECR I-1383 paras 37-43; KUR Annette and DREIER Thomas, **European Intellectual Property Law: Text, Cases and Materials**, Edward Elgar Publishing, 2013, p. 488 et seq.

92 LARSEN, *Intellectual Property Jurisdiction Strategies*, p. 154.

93 Case C-189/87 *Athanasios Kalfelis v Bankhaus Schröder, Münchmeyer, Hengst and Co and Others* [1988] ECR 5565 para 11; Case C-51/97 *Réunion européenne SA and Others v Spliethoff's Bevrachtungskantoor BV and the Master of the vessel Alblasgracht V002* [1998] ECR I-06511 para 48; Case C-145/10 *Eva-Maria Painer v Standard Verlags GmbH and Others* (Third Chamber) [2011] ECDR 6 para 77; *Solvay v Honeywell*, para 19; The CLIP Principles and Commentary, p. 103.

94 Case C-539/03 *Roche Nederland BV and Others v Frederick Primus and Milton Goldenberg* [2006] ECR I-6535 paras 36-9; Case C-98/06 *Freeport plc v Olle Arnoldsson* [2007] ECR I-8319 para 36; *Painer v Standard Verlags*, para 75 and *Solvay v Honeywel*, para 20.

95 Court of Appeal of The Hague, *Expandable Grafts Partnership v Boston Scientific BV* [1999] FSR 352 (the Netherlands).



form of cross-border action, an injunction is granted by one court against defendants who are both based and infringing in member states other than those of the granting court. The infringing activities must be coordinated from an office domiciled in the country of the granting court. Thus, according to the spider in the web doctrine, the connection between them warrants a single action to avoid the irreconcilable judgments that might otherwise arise from parallel proceedings. However, a risk of irreconcilable judgments is the *conditio sine qua non* to apply the multiple defendants rule which constitutes a derogation to Article 4 and takes away one or more defendants from the forum of their domicile.⁹⁶ The multiple defendants' rule also allows the claimant to consolidate the actions, not only where the 'spider' defendant is domiciled (where the defendant coordinating the activities is based), but anywhere in the 'web' (where any one of the defendants are based).⁹⁷

It is the national court's task to consider whether the proceedings are 'so closely connected that it is expedient to hear and determine them together to avoid the risk of irreconcilable judgments resulting from separate proceedings.' For decisions to be regarded as contradictory, it is not sufficient that there be a divergence in the outcome of the dispute. Such divergence must also arise in the context of the same situation of law and fact.⁹⁸

For the multiple defendants' rule to apply, two conditions should be met. Firstly, all defendants must be domiciled in the EU/EFTA.⁹⁹ Where the defendants are domiciled outside the EU/EFTA, third states' own international forum rules apply.¹⁰⁰ Secondly, the claims must be closely connected to avoid the risk of irreconcilable judgments.¹⁰¹ To establish whether the claims are closely connected, the court where the action is brought must address 'all the elements of the case'¹⁰², namely whether the 'laws' are substantially identical and whether the 'facts' are the same.¹⁰³ These requirements are cumulative.¹⁰⁴

96 TORREMANS, *Litigating cross-border IP disputes*, p. 662.

97 FAWCETT AND TORREMANS, para 5.17; KUR Annette, 'Enforcement of unitary intellectual property rights: international jurisdiction and applicable law' **Journal of Intellectual Property Law & Practice**, 2015, Vol. 10(6), p. 475; The CLIP Principles and Commentary, p. 115 ("Enforcement of unitary intellectual property rights").

98 *Roche v Frederick Primus*, para 26; VAN CALSTER, p. 167.

99 Case C-645/11 *Land Berlin v Ellen Mirjam Sapir and Others* ECLI:EU:C:2013:228 para 55.

100 LARSEN, *Intellectual Property Jurisdiction Strategies*, p. 162.

101 *Ibid*, p. 155.

102 *Painer v Standard Verlags*, para 83; *Solvay v Honeywell*, para. 23; *Freeport plc v Olle Arnoldsson*, para 41.

103 TORREMANS, *Litigating cross-border IP disputes*, p. 662.

104 LARSEN, *Intellectual Property Jurisdiction Strategies*, p. 155.



A notable example of the applicability of the multiple defendants' rule in copyright context is the *Painer* case.¹⁰⁵ Ms Painer is a photographer and she takes pictures of children in schools. The case concerned the photographs of Natasha Kampusch at nursery school. The photographs were taken by Ms Painer, a freelance photographer. Ms Kampusch was abducted in 1998 aged 10 and held captive until she escaped in 2006. After the incident of the abduction, the Austrian police used the picture of Natascha Kampusch in their search and have therefore diffused the picture, which allowed a press photo agency to offer this picture to some newspapers. Following Ms Kampusch's escape and prior to her first public appearance, five newspaper publishers, four German and one Austrian, published those photographs in certain newspapers and known websites without, however, crediting any name as the photographer. Ms Painer claimed that the publication in the German and Austrian newspapers infringed her copyright. She sued both German and Austrian newspaper publishers before an Austrian court by relying on Article 6(1) of the Brussels I Regulation (now Article 8(1) Brussels I Regulation (recast)). It must be noted that some German publishers were not operating in the Austrian market, although all publishers performed the same conduct in relation to the picture, that is, the publication of the picture obtained by the agency.¹⁰⁶

In that case, the CJEU vigorously underlined that copyright law, which protects the picture at hand, has been harmonized by different European directives.¹⁰⁷ The CJEU then held that the fact that the complaints based on the violation of German and Austrian copyright laws did not have the same legal basis was only one of several relevant factors.¹⁰⁸ The uniform nature of the legal basis was not considered an indispensable requirement for the application of Article 8(1).¹⁰⁹ It was further noted that some minor divergences between national copyright laws (of Germany and Austria) did not constitute a hurdle in resorting to this jurisdiction rule, because an identical legal basis is no longer necessary.¹¹⁰ The CJEU hinted at an analysis based on a number of factors: (i) the 'substantially identical' nature of the laws,¹¹¹ (ii) whether the acts were 'substantially identical', and (iii) whether the co-defendants acted independently.¹¹² The CJEU said that it was for

105 *Painer v Standard Verlags*.

106 *Ibid*, paras 27-39.

107 *Ibid*, paras 11-25.

108 *Ibid*, para 80.

109 *Ibid*, para 80.

110 *Ibid*, para 81.

111 *Ibid*, para 82.

112 *Ibid*, para 83.



the referring Court to decide whether there was the risk of irreconcilable judgments in the light of these elements.¹¹³ Just because Austrian and German copyright law was not identical did not automatically mean that there should be coexisting proceedings in Germany and Austria.

Under the current legal position within the EU, similar to copyright law,¹¹⁴ the laws are considered substantially identical for registered national trade marks¹¹⁵ and for one same national part of the same European patent.¹¹⁶ By contrast, the laws are not considered substantially identical for unregistered national trade marks¹¹⁷ and designs,¹¹⁸ for different national parts of the same European patent¹¹⁹ and for purely national patents. The legal basis of the action brought before that court may be one indication, but it is certainly not necessary for that legal basis to be identical.¹²⁰ This requirement is interpreted rather flexibly. For instance, the multiple defendants' rule could be invoked where the claims brought against a number of defendants arguably had different legal bases, namely contract and tort.¹²¹ Equally, the application of that rule is not precluded simply because actions brought against several defendants for substantially identical IP infringements rest on national legal bases which vary according to the member states concerned.¹²² A sufficient juridical concordance is on this point sufficient since it is only a question of a risk of irreconcilable judgments.

Advocate General Trstenjak in *Painer* opined that the facts are considered the same where the defendants have acted in an identical or similar manner in accordance with a common policy elaborated by one

113 Ibid.

114 Ibid, paras 11-25.

115 Trade marks law is substantially harmonized within the EU. Particularly see; Articles 10, 14 and 15 of the Directive 2015/2436 (OJL 336/1) of the European Parliament and of the Council of 16 December 2015 to approximate the laws of the Member States relating to trade marks. Case C-16/03 *Peak Holding AB v Axolin-Elinor AB (formerly Handelskompaniet Factory Outlet i Löddeköpinge AB)* [2004] ECR I-11313 para 30; Case C-355/96 *Silhouette International Schmied GmbH & Co. KG v Hartlauer Handelsgesellschaft mbH*, [1998] ECR I-4799 paras 25 and 29 and Joined Cases C-414/99 to C-416/99 *Zino Davidoff SA v A & G Imports Ltd. And Levi Strauss & Co. and Others v Tesco Stores Ltd. and Others* [2001] ECR I-8691 para 39.

116 *Solvay v Honeywell*, para 30.

117 LARSEN, Intellectual Property Jurisdiction Strategies, p. 158.

118 Ibid, p. 158.

119 *Roche v Frederick Primus*, para 33.

120 *Freeport plc v Olle Arnoldsson*, para 41.

121 Ibid, para 47. The CJEU held that the fact that the claims against the defendants had different legal bases did not prevent the claimant from invoking Article 6(1) and, in arriving at this decision, it departed from its judgement in *Réunion Européenne (Case C-51/97)*. See; *Freeport plc v Olle Arnoldsson*, paras 44-46.

122 *Painer v Standard Verlags*, para 81.

of them.¹²³ The ‘in an identical or similar manner’ condition requires the infringement to relate to the same use of an IP right.¹²⁴ The ‘in accordance with a common policy’ condition requires the behaviours of the co-defendants to be linked to the behaviour of the anchor defendant (concerted behaviour) excluding parallel behaviour which have been consensually agreed by all the parties.¹²⁵ However, in copyright field the CJEU in *Painer* held that whether the defendants did not act in mutual agreement is a factor that national courts have to consider to determine if there is a risk of irreconcilable judgments.¹²⁶ Thus, when it comes to copyright infringement, the absence of a form of agreement or coordination is not sufficient to reject the application of Article 8(1), where there is a common form of action among the wholly unconnected defendants.¹²⁷

2. *Pinckney, Hi Hotel and Hejduk* – Tortious claims

The ubiquity of online copyright ‘piracy’ has led the efficient enforcement of copyright to be a challenging task for the courts.¹²⁸ The hurdle here is to decide which court has jurisdiction in copyright infringement cases online. The CJEU has provided answers to this contentious question in two recent cases. The guidance given in these cases was built on an interpretation of ‘place of the harmful event’.

In effect, an action involving tortious claims, as is the case in infringement cases, may be brought in the place in which ‘the harmful event’ occurred or may occur (*Article 7(2)*¹²⁹).¹³⁰ Since the most infringements of intellectual property are deemed as tortious, this rule might have a wide implementation in the field of intellectual property. The *forum delicti* rule¹³¹ is a special jurisdiction rule, supplementing the defendant’s domicile rule in Article 4. This means that the claimant may choose between the two along with, *inter alia*, the establishment rule in Article 7(5) and the multiple defendants rule in Article 8(1), without being restricted through the doctrine of *forum non-conveniens*.¹³² Compared to

123 Opinion of Advocate General Trstenjak in case 145/10, *Eva-Maria Painer*, para 87-94.

124 The CLIP Principles and Commentary, p. 106.

125 *Ibid*, p. 107-109.

126 *Painer v Standard Verlags*, para 83.

127 TORREMANS, *Litigating cross-border IP disputes*, p. 665.

128 MATULIONYTE Rita, ‘Enforcing Copyright Infringements Online: In Search of Balanced Private International Law Rules’ *Journal of Intellectual Property, Information Technology and E-Commerce Law (JIPITEC)*, 2015, Vol. 6, p. 132.

129 Article 5(3) of the Brussels I Regulation.

130 TORREMANS, *Jurisdiction for Cross-border IP Infringement Cases*, p. 1625.

131 LARSEN, *Intellectual Property Jurisdiction Strategies*, p. 174.

132 KUR and DREIER, p. 488 et seq.



Article 4, which favours the defendant, Article 7(2) attempts to strike a balance between the interests of the parties.¹³³

The key question whether to apply the *forum delicti* rule is determining where the harmful event occurred. It is recognized that this encompasses two different possibilities: the place where *the damage* occurs and the place of *the event* giving rise to it.¹³⁴ The venues are also referred to as places of ‘act’ and ‘effect’.¹³⁵ The claimant may select whichever they prefer.¹³⁶ There was initially no distinction in relation to the extent of judicial competence vested in those courts. The well-known *Shevill*¹³⁷ case changed this, in which it was held with regard to violations of rights of privacy that the courts in the country where the damage manifested itself (place of effect) merely had jurisdiction for the damage arising in that particular member state, whereas the courts in the country where the damage was caused (place of act) were entitled to impose sanctions relating to the infringement as a whole.¹³⁸ In the case of *eDate*,¹³⁹ the CJEU converted and adapted the *Shevill* case to personality rights which have been infringed on the Internet and held that the place where the damage occurred is where the content is placed online or has been made accessible.¹⁴⁰ In *eDate*, it was further concluded that, the place of ‘harmful event’ (place of act) also includes ‘the centre of claimant’s interest’ – that is, typically the place of the domicile of claimant, and that this court has likewise jurisdiction to hear, without territorial restrictions, on all the damage caused.¹⁴¹

133 LARSEN Torsten Bjørn, ‘Wintersteiger v Coty Prestige: The place of infringement under the forum delicti rule’ *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 2018, Vol. 13(3), p. 180 (“Wintersteiger v Coty Prestige”).

134 Established case law since Case C-21/76 *Bier v Mines de Potasse d’Alsace* [1976] ECR 1735.

135 KUR, p. 469. While the place of the harmful event in case of online copyright infringement is the place where copyright material is uploaded to the Internet without the authorization of the rightholder, damage arises wherever the material is downloaded or potentially even merely accessed. TORREMANS, *Litigating cross-border IP disputes*, p. 658.

136 *Bier v Mines de Potasse d’Alsace*, para 25.

137 Case C-68/93 *Shevill v Press Alliance* [1995] ECR I-415. In *Shevill*, the CJEU held that victims of defamation by means of newspapers could sue the publisher either for the whole harm suffered in the country where the publisher is established, or in countries where the newspaper was distributed, but only for compensation of the harm suffered in the relevant country.

138 It is a well-established practice that the harmful event occurs either in the place where the harmful act originated (the causal event took place) or in the place of the damage that resulted from this act (the ‘ubiquity theory’). The courts of the place of the harmful act have jurisdiction over the entire dispute, while the courts of the place of damage have jurisdiction limited to the territory of that state only. While establishing the place of the causal event in online infringement cases may be quite manageable, determining the ‘place of damage’ in an online environment has proven to be a difficult task. See; *Shevill v Presse Alliance SA*.

139 Joined Cases C-509/09 and C-161/10 *eDate Advertising GmbH v X and Olivier Martinez and Robert Martinez v Socie’te’ MGN Limited* [2011] ECR I-10269.

140 *Ibid*, para 51.

141 *Ibid*, para 40.

The question of jurisdiction based on the accessibility of a website selling copyrighted material was the centre of discussion in the *Pinckney* case.¹⁴² A reference for a preliminary ruling from France was made in the context of proceedings for alleged copyright infringement on the Internet. In *Pinckney*, the claimant (Pinckney), a musician residing in France, discovered that his 12 songs had been reproduced without his authority on a CD in Austria by Mediatech.¹⁴³ These CDs were marketed by the UK companies through various Internet sites accessible *inter alia* in France.¹⁴⁴ He brought an action against the Austrian company, namely Mediatech, before the court in his own domicile in France, seeking damages for the harm which he claimed to have suffered due to the infringement of his copyright.¹⁴⁵ The defendant's act was not selling and delivering the CDs, but manufacturing them on behalf of the distributor who was not present at the case. The manufacturer had not even acted in the jurisdiction where the case was brought. The CJEU found that, in online copyright infringement cases, the place of damage under Article 5(3) of Brussels I Regulation (now Article 7(2) Brussels I Regulation (recast)) is the place where the infringing content could be accessed.¹⁴⁶ Accordingly, the French court was granted jurisdiction. However, it was limited to the territory of France only.¹⁴⁷

The CJEU went on to see 'accessibility' as a valid ground to establish jurisdiction pursuant to Article 7(2) Brussels I recast in *Hi Hotel v Uwe Spoering*.¹⁴⁸ The reference in *Hi Hotel* for a preliminary ruling was made in a case between a photographer and a hotel chain by the BGH. The photographer was commissioned to produce a number of photographs of Hi Hotel rooms in Nice. He also granted Hi Hotel the right to use them in advertising brochures and on its website. Subsequently, he noticed in a bookshop in Cologne an illustrated book on interior architecture published by a German publisher, containing reproductions of some of

142 Case C-170/12 *Peter Pinckney v KDG Mediatech AG* EU:C:2013:635. For commentaries on the case see; SMITH Joel and LERICHE Alexandra, 'CJEU Ruling in Pinckney v Mediatech: Jurisdiction in Online Copyright Infringement Cases Depends on the Accessibility of Website Content' **European Intellectual Property Review**, 2014, Vol. 36(2), pp. 137-38; HUSOVEC Martin, 'European Union: comment on Pinckney' **International Review of Intellectual Property and Competition Law**, 2014, Vol. 45(3), pp. 372-373; HITSEVICH Nataliya, 'The accessibility of a website as a basis of jurisdiction in the case of IPR infringement over the internet' **Journal of Intellectual Property Law & Practice**, 2016, Vol. 11(11), pp. 846-855.

143 *Pinckney v Mediatech*, para 10.

144 *Ibid.*

145 *Ibid.*

146 *Ibid.*, para 47.

147 *Ibid.*

148 C-387/12 *Hi Hotel HCF SARL v Uwe Spoering*, EU:C:2014:215.



his photographs. He brought proceedings against Hi Hotel -established in France- for copyright infringement in Germany. Upon appeal, the BGH decided to stay the proceedings and seek guidance from the CJEU as to whether German courts could be competent to hear such action. The CJEU concluded that the casual event did not occur within the jurisdiction of the court seized. Therefore, it was held that the place giving rise to the damage within Article 5(3) of Brussels I Regulation cannot be considered as conferring jurisdiction to courts located in a Member State where the alleged infringer has not acted. The CJEU however ruled that the jurisdiction may be established on the basis that the damage occurred in Germany.¹⁴⁹

Although *Pinckney* was not a classical example of the internet-based copyright case, the same approach constructed upon ‘accessibility’ has been maintained by the CJEU in the recent *Hejduk* case.¹⁵⁰ A German company EnergieAgentur, without Ms Hejduk’s consent and without providing a statement of authorship, made her photographs of architectural buildings available on its website www.energieregion.nrw.de for viewing and downloading.¹⁵¹ Ms Hejduk brought a copyright infringement action before an Austrian court.¹⁵² The CJEU confirmed the *Pinckney* judgement and once again held that the court of the place where the infringing content can be accessed has jurisdiction to hear the case.¹⁵³ However, it stated that although copyright must be automatically protected in accordance with the relevant directives in all member states, it is still subject to the principle of territoriality. For the CJEU, where the alleged tort consisted in the online infringement of copyright, ‘the activation of the process for the technical display of the photographs on that website must be regarded as the causal event. The event giving rise to a possible infringement of copyright therefore lies in the actions of the owner of that site’.¹⁵⁴ The Advocate General’s suggestion to distinguish the *Pinckney* case and reject the access approach and establish jurisdiction only in the country ‘where the causal event took place’ was not embraced by the CJEU.¹⁵⁵ Instead, *Hejduk* confirmed the ruling of *Pinckney* and the subsequent decision

149 Ibid, para 40.

150 Case C-441/13 *Pez Hejduk v EnergieAgentur NRW GmbH*, EU:C:2015:28. For academic commentary on the case see; BERCIMUELLE-CHAMOT Kevin, ‘Accessibility is the relevant criterion to determine jurisdiction in online copyright infringement cases’ **Journal of Intellectual Property Law & Practice**, 2015, Vol. 10(6), pp. 406–407.

151 *Pez Hejduk v EnergieAgentur*, para 11.

152 Ibid, para 12.

153 Ibid, para 38.

154 Ibid, paras 24 and 38.

155 C-441/13 *Hejduk*, *Opinion of Advocate General Pedro Cruz Villalón*, delivered on 11 September 2014, para 44.



in *Hi Hotel*, that in online copyright infringement cases, accessibility — rather than targeting — is the criterion to employ to determine jurisdiction according to Article 5(3) of the Brussels I Regulation.

In short, for jurisdiction based on the mere accessibility of a website to arise, two conditions must be met: (i) the website is accessible in the court of the member state seized; (ii) the relevant IP rights are protected in the territory of the court seized. In particular, according to the principle of territoriality, an IP right infringement could only occur in the territory of the country under whose laws those rights are granted and exercised, and this territory would necessarily coincide with the place where the damage is felt. Another outcome of this approach is that copyright holders would still need to bring multiple actions in different courts in order to obtain redress in all the territories in which the infringing content may be accessible online.¹⁵⁶ The CJEU further embraces the principle that the jurisdiction analysis in relation to Article 7(2) should be based on a factual examination and should not involve elements of substantive law.¹⁵⁷

III. PATENTS

A. UK Law

The relatively recent trend in the English courts both to recognize and choose to exercise jurisdiction in relation to foreign IP rights is not only peculiar to copyright as embodied in *Lucas* but also to, in particular, foreign designations of European patents. A number of interesting judgements on cross-border actions in patent matters have emerged recently, though with some significant limitations.

The High Court of England and Wales considered the limits of extending jurisdiction over disputes involving foreign patents through the implementation of Articles 16 and 19 of the Brussels Convention (now Articles 24 and 27 of the Brussels I Regulation (recast)) in *Coin Controls Ltd v Suzo International (UK) Ltd*.¹⁵⁸ The case concerned a claim for the infringement of the UK, Spanish and German designations of a European Patent, while the defendant counterclaimed for invalidity. The Court held in *Coin Controls* that it is appropriate to exert jurisdiction over a claim for infringement of a foreign IP right based on domicile, but that as soon as an issue of validity is raised, the court must decline jurisdiction in favour of the court having exclusive jurisdiction.

156 TORREMANS, Copyright jurisdiction, p. 562; HITSEVICH, p. 852. Also see; The opinion of Advocate General Jaaskinen in *Coty Germany GmbH v First Note Perfumes NV* (C-360/12, EU:C:2013:764), para 61.

157 See Case C-228/11 *Melzer v MF Global UK Ltd* EU:C:2013:305 and *Pinckney v KDG Mediatech*.

158 [1999] Ch 33.



The reasoning in *Coin Controls*, that is, infringement and validity are two inseparable aspects of the same question: 'has the defendant infringed a valid claim?', has been subsequently endorsed by the Court of Appeal in *Fort Dodge Animal Health Limited v Akzo Nobel NV*.¹⁵⁹ In this case, *Fort Dodge* (five companies domiciled in the UK, Netherlands and Australia) filed an action for revocation of the UK designation of a European patent before a court in the UK, while Akzo filed an action before a Dutch court seeking preliminary and final injunctions against a group of companies for alleged acts of infringements of both the Dutch and the UK patent. An injunction to restrain the infringement proceedings in the Netherlands under the UK patent was also sought by the claimants. The Court of Appeal held that a clear distinction between validity and infringement could not always be made; where there was a bona fide challenge to the validity of a UK patent, any proceedings for infringement would be concerned with the validity of the patent.

In *Coin Controls* and *Fort Dodge*, the question of justiciability was examined at the arguably interconnected nexus between infringement and validity claims. In *Actavis Group HF v Eli Lilly and Company*,¹⁶⁰ however, Arnold J had to decide whether the English Patents Court has jurisdiction to hear an action for declarations of noninfringement in respect of not only of the UK designation of a European patent, but also of the German, Spanish, French and Italian designations. The case concerned Permetrexed, a cancer treatment patented by Eli Lilly. Actavis, a multinational supplier of generic pharmaceuticals, wanted to market a version of the drug by using slightly different chemical elements in the countries protected by these patents. Thus, Actavis did not challenge the validity of the European patent but sought declarations of non-infringement for each of the UK, French, German, Italian and Spanish designations. While Eli Lilly did not contest the English Court's jurisdiction in relation to the UK designation, but argued that the court does not have, or should not exercise, jurisdiction in respect of the foreign designations. Arnold J. ruled that Lilly had consented to service, and that it had a place of business within the jurisdiction and thus was validly served under rule 6.9 of the Civil Procedure Rules (CPR). Having held that service was validly made, the court went on to consider whether the Patents Court was nonetheless a *forum non conveniens* - that there is some other available forum, having competent jurisdiction, which is the appropriate forum for the trial of the action.

159 [1990] FSR 222.

160 [2012] EWHC 3316 (Pat).



Citing the Supreme Court's decision in *Lucasfilm*, Arnold J observed that the reasons for this decision applied equally to the case at hand. The defendant in *Lucasfilm* was domiciled in the UK. However, Arnold J did not think this prevented the application of the same reasoning to facts of the current one, in which the defendant is domiciled in a country that was not a signatory to the Brussels Regulation (recast) (or the Lugano Convention) but resident and validly served in England. In conclusion, Arnold J held that if claims for foreign copyright infringement were justiciable before the English Courts, then so should claims for foreign patents, as patents are no different to copyrights for the purpose of justiciability, therefore accepted jurisdiction over the claim in respect of both the UK and foreign designations.¹⁶¹

Most recently, the reasoning of *Coin Controls*, as well as *GAT v LuK*¹⁶² and *Solvay v Honeywell*¹⁶³ - which were handed down after *Coin Controls* by the CJEU, has been applied to *Rhodia v Molycorp*.¹⁶⁴ The case concerned a European that designated Belgium, France, Germany, Italy and the UK. The claimants commenced infringement proceedings in the English Patents Court, claiming infringement of the UK and German designations by Molycorp, a UK-domiciled company. In this case, Arnold J held that the English court had no jurisdiction to hear claims concerning infringement of a German designation of a patent when that patent was subjected to nullity proceedings in Germany.

While the above-mentioned decisions were the fairly standard situations of infringement, non-infringement or validity, another recent case arose in relation to claims for 'Arrow' declarations.¹⁶⁵ In essence, an Arrow declaration is a declaration where a product, process or particular use was not new or was obvious at a particular date. It therefore provides the potential infringer with a type of Gillette defence: that is, an alleged infringement solely remains within the scope of what is disclosed in the prior art or is an insubstantial variation and thus cannot infringe any valid patent regardless of the scope of that patent.¹⁶⁶ It is claimed to prevent a case of infringement on the basis that such a case would necessarily mean the invalidity of the patent being asserted.¹⁶⁷ The most notable case where

161 The Court of Appeal later upheld Arnold J's decision that the English court has jurisdiction to hear the actions in *Actavis Group v Eli Lilly*.

162 *GAT v LuK*. See infra part IV.B.1. *GAT – Invalidity claims*.

163 *Solvay v Honeywell*. See infra part IV.B.3. *Solvay – Interim injunctions*.

164 [2016] EWHC 1722 (Pat).

165 Named after the case of *Arrow Generics v Merck* [2007] EWHC 1900 (Pat), in which such a declaration was sought for the first time.

166 *Gillette Safety Razor v Anglo-American Trading* (1913) 30 RPC.

167 ENGLAND, p. 113.



the Arrow declarations were sought was *FKB v AbbVie*.¹⁶⁸ In this case, the Court of Appeal endorsed the jurisdiction of the English courts, as a matter of principle, to grant Arrow declarations in appropriate cases. The court made clear that any declaration would not impact in any way on the jurisdiction of the EPO to grant patents on the divisional applications, and that the form of Gillette defence that such a declaration would set up would not challenge the validity of any granted patent. However, the court noted that the circumstances in which such declarations would be justified are exceptional. While, on the basis of Article 24(4) of the Brussels I Regulation (recast), it would logically seem unlikely that the English courts would accept jurisdiction over a claim for an Arrow declaration in relation to a pending foreign patent application or an application for a European patent that did not designate the UK, an application for an Arrow declaration was allowed in such circumstances to proceed to trial, and at trial found that the declaration sought was still justified on the facts of that case.¹⁶⁹

B. EU Law

1. *GAT – Invalidity claims*

In exploring the trends concerning litigating foreign patent rights within the EU, it is first necessary to examine the case of *GAT v LuK*.¹⁷⁰ *GAT* brought a declaratory action before the German courts in respect of its supply of shock absorbers in France, arguing that its products did not infringe the rights under the French patents owned by LuK and, further, that those patents were either void or invalid.¹⁷¹ When *GAT* appealed, the appellate court made a referral to the CJEU on the interpretation of Article 16(4) Brussels Convention (now Article 22(4) Article of the Brussels Regulation (recast)). In *GAT*, the CJEU encountered the question of whether the exclusive jurisdiction provision concerned only actions for a declaration of invalidity of a patent or whether the provision was also applicable to circumstances where the issue of patent validity is put forward by a counterclaim or as a plea in defense by the defendant in a patent infringement case.¹⁷² The CJEU, in a relatively short judgement,

168 [2017] EWCA Civ 1. The cases overseen by the Court of Appeal were *Fujifilm Kyowa Kirin Biologics Co, Ltd ('FKB') v AbbVie Biotechnology Limited ('AbbVie Bermuda')* ('FKB 1') [2016] EWHC 425 (Pat) per Henry Carr J; and *Fujifilm Kyowa Kirin Biologics Co, Ltd ('FKB') v AbbVie Biotechnology Limited ('AbbVie Bermuda') and AbbVie Limited ('AbbVie UK')* [2016] EWHC 2204 (Pat) ('FKB2') per Arnold J.

169 *FKB v AbbVie* [2017] EWHC 395 (Pat) per Henry Carr J.

170 *GAT v LuK*.

171 *Ibid*, para 10.

172 *Ibid*, para 13.



held the Article must be construed in accordance with the objective it pursues that regardless of the way in which the issue of validity raised in court proceedings, a court may not exert its own jurisdiction on the validity of foreign patents.¹⁷³

In *GAT*, The CJEU strengthened the notion that only the courts and administrative bodies of the country in which a patent was granted may decide the validity of the patent.¹⁷⁴ For instance, the repercussions of the ruling thereafter resonated in the wording of the revised Convention on Jurisdiction and the Recognition and Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters (Lugano II Convention), which provides the rules of jurisdiction for courts in the European Economic Area.¹⁷⁵ The revised Lugano II Convention embraced the opinion in the judgement, which the exclusive jurisdiction applies 'irrespective of whether the issue [of patent validity] is raised by way of an action or as a defence.'¹⁷⁶ The same wording has also been inserted in the recast of the Brussels I Regulation.¹⁷⁷

The judgement in *GAT* attracted criticism for failing to eliminate the possibility of undesirable litigation practices (e.g. forum shopping) leaving the defendant uncertain as to which court they may be required to appear before, and for enabling fragmentation of litigation which could lead claimants need to bring cases in a number of different jurisdictions.¹⁷⁸

2. *Roche* – Multiple defendants' rule

On the same day as *GAT*, the CJEU announced its judgement in *Roche v Primus*,¹⁷⁹ where for the first time the potential application of Article 6(1) of the Brussels Convention (now Article 8(1) of the Brussels Regulation (recast)) concerning intellectual property rights was assessed. In this case, proceedings for infringement of a European patent had been brought before the District Court of the Hague. The defendants were Roche Nederland BV, a Dutch domiciled company, and its several

173 Ibid, para 25.

174 Ibid, para. 22.

175 Convention on Jurisdiction and the Recognition and Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters, June 10, 2009, 2009 OJ. (L 147) 1-44 [hereinafter Lugano II Convention].

176 Lugano II Convention 12.

177 Brussels I Regulation (recast) arts. 24(4) & 81.

178 FAWCETT and TORREMANS, paras 7.30-7.34; TRIMBLE Marketa, 'GAT, Solvay, and the Centralization of Patent Litigation in Europe' **Emory International Law Review**, 2012, Vol. 26, p. 520; TORREMANS Paul L C, 'Exclusive jurisdiction and cross-border IP (patent) infringement: suggestions for amendment of the Brussels I Regulation' **European Intellectual Property Review**, 2007, Vol. 29(5), pp. 195-203 ("Exclusive jurisdiction"); MARIO Franzosi, 'GAT and Roche – Idola Fori, Teatri, Specus: Regulation 864/2007 Makes Cross-Border Patent Litigation Possible' in TORREMANS Paul L C, **Intellectual Property and Private International Law**, Edward Elgar Publishing 2015, pp. 182-190; KUR footnote 6.

179 *Roche v Frederick Primus*.



affiliated companies based in different EU member states. It was argued that each of these companies, by marketing certain immuno-assay kits in those countries, infringed the relevant national part of the European patent for its country of domicile. As previously mentioned, consolidating the cases against these defendants in one case was also possible because Dutch courts had developed for the purposes of Article 8(1) the so-called ‘spider in the web’ doctrine.¹⁸⁰ The *Roche* seemed to be a typical case.¹⁸¹ On appeal, the Dutch Supreme Court referred for a preliminary ruling the question of whether the defendants were sufficiently closely connected for the purpose of the application of Article 8(1) Brussels Regulation (recast), such that the Dutch court could deal with all defendants in one action.

In *Roche*, the CJEU ruled that the condition of the ‘same factual situation’ was not met.¹⁸² According to the CJEU, since each branch operated in a separate country, the elements of the patent infringement were different in each country. The infringing act was also done in different countries by each defendant.¹⁸³ In this sense, since there was no joint act of infringement in a particular country, and thus there were no overlapping infringing activities or defendants. In addition, the CJEU opined that that this case was not even subject to the same law. Since the European patent consists of a number of national patents and each of these patents is subject to national patent law, they are independent from each other.¹⁸⁴

In short, the CJEU concluded that the Dutch court did not have jurisdiction to determine claims against non-Dutch co-defendants for infringements that took place outside the Netherlands, because the co-defendants were alleged to infringe different national laws, so that there could be no possibility of contradictory judgements. Similar to *GAT*, the ruling in *Roche* has been vigorously criticized. The most important of these criticisms is that *Roche* might lead to fragmented litigation,¹⁸⁵ and thus go against the aim to promote a common European area of justice in civil and commercial matters.¹⁸⁶ Another critique with the approach in *Roche* is that it construes territoriality too strictly and thus excludes consolidation where the national laws are different due to the *lex loci protectionis* principle.¹⁸⁷ Critics have also argued that the CJEU’s analysis holding that European patents are independent of each other was not correct due to Article 69 of

180 See supra part III.B.1. *Painer – Multiple defendants’ rule*.

181 TORREMANS, *Litigating cross-border IP disputes*, p. 661.

182 *Roche v Frederick Primus*, para 27.

183 *Ibid*.

184 *Ibid*, paras 29–31.

185 FAWCETT and TORREMANS, para 11.06

186 FAWCETT and TORREMANS, para 11.09; TORREMANS, *Exclusive jurisdiction*, p. 201.

187 *The CLIP Principles and Commentary*, p. 111.



the EPC.¹⁸⁸ Finally, *Roche* fails to provide cost-efficiency in cross-border litigation.¹⁸⁹

3. *Solvay* – Interim injunctions

The CJEU in *GAT* did not address one of the fundamental questions that concerns the potential impact of Article 22(4) on the jurisdiction of courts in granting provisional measures under Article 31 of the Brussels I Regulation. As previously mentioned,¹⁹⁰ Article 31 (now Article 35 of the Brussels Regulation (recast)) contains a special jurisdictional rule for provisional measures, allowing parties to apply for provisional measures in a court in any EU member state, despite the fact that the courts of another member state have jurisdiction as to the substance of the matter.¹⁹¹ *GAT* did not explain whether jurisdiction can be exerted for provisional measures during the proceedings concerning a patent, when patent validity needs to be scrutinized, and the court that is asked to grant provisional measures is not a court of the country where the patent was granted. Likewise, in *Roche*, the CJEU took a tremendously narrow approach to the question of jurisdiction in the context of a claim concerning to infringement of a series of national patents brought against multiple defendants from the same corporate group.¹⁹²

Departing from *GAT* and ameliorating the position in *Roche* in July 2012, the CJEU in *Solvay* held that the preliminary assessment of validity that the Dutch court must make in interim proceedings before deciding whether or not to grant a preliminary measure does fall within the provisional measure jurisdiction of Article 31, and that therefore the Dutch court may make an assessment of patent validity, even if the assessment concerns a foreign patent.¹⁹³

IV. TRADE MARKS

A. UK Law

There are a number of UK cases on trade mark infringement on the Internet relating to whether a UK court has jurisdiction. In *1-800 Flowers Inc v Phonenames Ltd*,¹⁹⁴ the Court of Appeal of England and Wales considered

188 KUR, p. 850; FAWCETT and TORREMANS, para 11.07

189 NORRGARD Marcus, 'A Spider Without a Web, Multiple Defendants in IP Litigation' in LIEBLE Stefan and OHLY Ansgar (eds), **Intellectual Property and Private International Law**, Mohr Siebeck, Heidelberg, 2009, p. 221.

190 For the special jurisdiction rule in relation to provisional measures see supra part II. JUSTICIABILITY AND JURISDICTION.

191 Brussels I Regulation Article 31.

192 BENTLY, SHERMAN, GANGJEE and JOHNSON, p. 1315.

193 *Solvay v Honeywell*, paras 31-51.

194 *1-800 Flowers Inc v Phonenames Ltd* [2001] EWCA Civ 721, 100.



whether the mere accessibility of a website in the UK is enough to indicate the use of a trade mark in the UK. 1-800 Flowers Inc ('Flowers') was a US company which operates an international floral telemarketing business. Flowers also operated a US based internet site accessible in the UK, with the address www.1800flowers.com. Flowers applied under section 17(1) of the Trade Marks Act 1938 to register the trade mark 800-FLOWERS as a 'service mark' in respect of services consisting of the receipt and transfer of orders for flowers and floral products. Phonenames Ltd opposed Flowers' registration. The High Court found the mark unregistrable. Upon appeal, the Court of Appeal opined that the mere fact that the web site be accessed from anywhere in the world, including in the UK, in itself did not constitute use of the service mark in the UK. Therefore, on the facts, the use of the mark on a US website was not use in the UK that established any goodwill and accordingly the applicant could not register its mark.¹⁹⁵

The High Court of England and Wales had another opportunity to consider the matter in *Euromarket Designs Inc v Peters*.¹⁹⁶ The claimant was an American company which had a chain of stores there under the name 'Crate and Barrel' which it had registered as a trade mark in the UK and as an EU trade mark. The defendant had a shop in Dublin also called Crate and Barrel and sold household items and furniture. The defendant used the Crate and Barrel name in an advertisement in a UK magazine (Home & Garden) and on its. The defendant had however never sold any goods in the UK. When the claimant sought summary judgement for infringement of the UK trademark, the High Court of England and Wales held that mere accessibility of a website in the UK did not lead to the conclusion of trade mark infringement in the UK.

The position in respect to validity and infringement of trade marks was considered by the Court of Appeal's judgment in *Prudential Assurance Co Ltd v Prudential Insurance Co of America*.¹⁹⁷ In this case, a claim was brought in the UK for infringement of both Community and UK registered trade marks. In this dispute, the validity of the defendants' trade marks had been litigated in the French proceedings. The Court of Appeal, in this case, held that pre-existing revocation proceedings in France for the French trade marks did not preclude or pre-empt an action for infringement of the corresponding Community trade marks in the UK. However, it underlined that, under Article 16(4) of the Brussels Convention, if validity is questioned in an action for infringement, a court must refuse jurisdiction if it is not the court of the state which has registered the trade mark.

195 Ibid.

196 *Euromarket Designs Inc v Peters* [2000] EWHC Ch 179 paras 12, 24.

197 [2003] EWCA Civ 327.



More recently, the Patents County Court hinted at circumstances where a UK court would have jurisdiction in online trade mark infringement cases in *Yell Ltd v Louis Giboin*.¹⁹⁸ The case concerned trade mark infringement and passing off of 'YELLOW PAGES' and the 'walking figures' marks. Yell was the registered proprietor of the YELLOW PAGES trade marks, one of which was a word mark and the other a device mark containing the words YELLOW PAGES. These marks were well-known. The defendants ran websites on which they used the words 'transport yellow pages' and a 'walking fingers' device in a truck motif in respect of an online directory of transport business and other services. Yell commenced proceedings for trade mark infringement and passing off. The defendants did not deny that they used Yell's trade marks but argued that their websites were not UK-based and were therefore outside the court's jurisdiction. They also argued that the marks were not distinctive.

Judge Birss QC found that amongst other things: (1) the websites depicted a British flag; (2) the default search county was that of the UK; (3) the businesses offered services that were linked to the UK; (4) the services could be purchased from the UK. These findings led the judge to come to the conclusion that use of the word mark 'TRANSPORT YELLOW PAGES' and the 'walking fingers' logo on a non-UK website infringed Yell's well-known registered trade marks in the UK. The passing off action was also succeeded.

As a principle, according to UK case law simply placing a sign on a website that can be and is accessed by persons in a particular jurisdiction is not sufficient, *per se*, to form the basis of a trade mark action. However, it is possible to conclude that depending on the particular circumstances of each case, UK courts might extend its jurisdiction to a non-UK-based use of a registered trade mark where use of a sign to infringe that trade mark is in the course of trade for the purposes of trade mark infringement and where there is actual sale of goods or supply of services to persons within the jurisdiction concerned.

B. EU Law

1. *Wintersteiger* – Online tortious claims

The more frequently used jurisdiction rule in European trade mark litigation is the *forum delicti* rule.¹⁹⁹ Relying on this rule, the judgment of the CJEU in *Wintersteiger AG v Products 4U Sondermaschinenbau*

198 [2011] EWPC 9.

199 LARSEN, *Wintersteiger v Coty Prestige*, p. 179.



three-dimensional EUTM for a perfume bottle.²⁰⁸ It marketed a women's perfume called Davidoff Cool Water Woman in a bottle reproducing its EUTM.²⁰⁹ The defendant was First Note, a perfume wholesaler established in Belgium.²¹⁰ In 2007, First Note sold a perfume called Blue Safe for Women to an individual, Stefan P. Subsequently, the allegedly infringing bottles of perfume were resold in Germany by Stefan P.²¹¹ Coty Germany brought an action against First Note in Germany for trade mark infringement.²¹² The case was dismissed at both first instance and on appeal. It was particularly held on appeal that German courts did not have jurisdiction to hear such action. Eventually, a reference for a preliminary ruling was made by the Bundesgerichtshof (BGH, the German Federal Court of Justice), seeking clarification as to whether there had been an infringement in Germany, which could justify jurisdiction under Article 125(5) EUTMR.

The CJEU held that the German court did not have jurisdiction to hear an infringement action against the original seller on the basis of the place where the event occurred if the seller did not act there (in Germany, where the country of the court seized of the matter).²¹³ However, jurisdiction could be established there on the basis of place of occurrence of damage if a person established in another member state is alleged to have committed an act which infringes national law (even the law of unfair competition) and causes (or may cause) damage within that jurisdiction.²¹⁴

According to the CJEU, the fact that claims for contributory liability regarding the infringement of an EUTM cannot be brought where the damage arises derives from the wording of Article 125(5) EUTMR. Since the said article refers to the act of infringement, the CJEU concluded that its scope is more limited than that of Article 7(2) Brussels I Regulation (recast). In support of its reasoning it pointed out that Article 125(5) EUTMR is *lex specialis vis-a-vis* Article 7(2) Brussels I Regulation (recast) so that both cannot be interpreted in the same way.²¹⁵ Annette Kur sees 'no pertinent reason' to make such a distinction, as 'based on the principle of territoriality the occurrence of the harmful event necessarily requires that the cause of that harmful event can be ascertained in the same country. Likewise, an act of use becomes legally relevant only if it results in an

208 *Coty Prestige v First Note*, para 18.

209 *Ibid*, para 19.

210 *Ibid*, para 20.

211 *Ibid*.

212 *Ibid*, para 21.

213 *Ibid*, para 38.

214 *Ibid*, paras 57-59.

215 *Ibid*, paras 27-32.



infringement in that same country.²¹⁶ Thus, this consideration leads her to argue that ‘it is logical that the terms ‘harmful event’ (corresponding to “infringement” in the parlance of intellectual property law) and “act of infringement” cannot have different meanings.’²¹⁷

CONCLUSIONS

A. Theorizing the Case Law?

Regarding online infringement cases, the CJEU has had the opportunity to determine the applicability of the multiple defendants’ rule in copyright field (*Painer*) and the concept of place of the event giving rise to the damage in respect of national trade marks (*Wintersteiger*) and copyright (*Pinckney* and *Hejduk*). *Painer* suggests that the high level of harmonization of copyright law in the EU creates a possibility for the use of Article 8(1) in copyright cases in an Internet context where there are several defendants. In *Wintersteiger*, the CJEU held that the place of harmful event would be the place of establishment of the advertiser (the place where the activation of the display process is decided). It must be recalled that the CJEU portrayed a different picture in *Wintersteiger* with regard to online trade mark infringement from the one in *Pinckney* and *Hejduk* with regard to online copyright infringement: while the accessibility was seen sufficient to establish jurisdiction in the latter cases, action can be brought at the place of action (the place where the advertiser is established usually coinciding with the defendant’s domicile) or at the place of effect (the place(s) where the trade mark is registered with no need for connecting factors) in the former case. The UK courts does not see the accessibility of a website as a sufficient factor to establish jurisdiction in trade mark cases. Although the principles of *Coins Control* were embodied within the trade mark context in *Prudential Assurance*, the UK courts in the cases of *1-800 Flowers*, *Euromarket Designs* and *Yell* have signalled to extend their jurisdiction to a non-UK-based infringement of a registered trade mark provided that the actual trade (sale of goods or supply of services) targets consumers within its jurisdiction.

Regarding offline infringement cases, the CJEU has maintained a similar line of reasoning in respect of EUTMs (*Coty*) and copyright (*Hi Hotel*). In *Coty* and *Hi Hotel*, for instance, it was held that jurisdiction can be established on the basis of the place of occurrence of damage where the disputed material is protected under the laws of that place. In the UK, the wording of the judgment in *Lucasfilm*, although it was only concerned

216 KUR, Enforcement of unitary intellectual property rights, pp. 471-472.

217 Ibid, p. 471.



with the justiciability of foreign copyright infringement claims, is quite an extensive one.²¹⁸ The Supreme Court clearly suggests that the ruling encompasses all intellectual property rights, as far as infringement is in question.

One might question whether it was appropriate, as a matter of policy, to use a tort analogy in establishing jurisdiction in cross-border IP cases. Is, in other words, the infringement of IP rights the same as a tort? Some scholars today highlight the inadequacies of the existing case law. Torremans, for example, argues that ‘the *Pinckney-Hejduk* approach in combination with the ubiquitous nature of the Internet and the automatic protection granted by copyright may create the option to sue an alleged defendant in places where success in the substantive case is unlikely.’²¹⁹ Similarly, Nataliya Hitsevich suggests that ‘a further future development of the jurisdictional rule based on mere accessibility of a website in the case of IPR infringements over the internet is required.’²²⁰ Within the trade mark context, Torsten Bjørn Larsen argues that ‘*Wintersteiger* can be criticized, inter alia, for the lack of proximity and for leading to forum shopping,’ and the ruling in *Coty* – that is the place of action, has ‘the unfortunate effect that inconsistency is created vis a’ vis art. 7(2) [Brussels Regulation I (recast)].’²²¹ To eliminate these undesirable results, the European Max Planck Group on Conflict of Laws in Intellectual Property (CLIP) group proposed to add a proviso to the jurisdiction rule to centralize litigation of online infringement cases.²²²

218 *Lucasfilm v Ainsworth*, para 106.

219 TORREMANS, *Litigating cross-border IP disputes*, p. 660.

220 HITSEVICH, p. 852.

221 LARSEN, *Wintersteiger v Coty Prestige*, p. 185 (Emphasis original, brackets added).

222 Article 2:202: Infringement

In disputes concerned with infringement of an intellectual property right, a person may be sued in the courts of the State where the alleged infringement occurs or may occur, unless the alleged infringer has not acted in that State to initiate or further the infringement and her/his activity cannot reasonably be seen as having been directed to that State. (The CLIP Principles and Commentary, p. 69.)

Article 2:203: Extent of jurisdiction over infringement claims

(1) Subject to paragraph 2, a court whose jurisdiction is based on Article 2:202 shall have jurisdiction in respect of infringements that occur or may occur within the territory of the State in which that court is situated.

(2) In disputes concerned with infringement carried out through ubiquitous media such as the Internet, the court whose jurisdiction is based on Article 2:202 shall also have jurisdiction in respect of infringements that occur or may occur within the territory of any other State, provided that the activities giving rise to the infringement have no substantial effect in the State, or any of the States, where the infringer is habitually resident and

(a) substantial activities in furtherance of the infringement in its entirety have been carried out within the territory of the State in which the court is situated, or

(b) the harm caused by the infringement in the State where the court is situated is substantial in relation to the infringement in its entirety. (The CLIP Principles and Commentary, p. 85).



Until such an amendment to the existing law is made, UK courts and the CJEU need to justify how the divergent principles of tort and IP laws will comparatively and mutually apply to each other, if they wish to invoke Article 7(2). As can be seen from the previous English case law, the (mis) analogising of real property to rights in intellectual creations and inventions has impeded the justiciability of the foreign intellectual property rights for more than a century. The property gloss over intellectual property rights, as Peter Yu points out, might have confused judges, notwithstanding the significant differences between attributes of real property and those of intellectual property.²²³ This brings us to another conclusion, as Peter Drahos writes: ‘We would not know who the real winners and losers are when states, legislatures and judges shift the boundaries of abstract objects and draw new enclosure lines in the intellectual commons.’²²⁴

All these points demonstrate that ‘reasoning by analogy is as dangerous as it is ubiquitous.’²²⁵ Mark Lemley vividly highlights the *sui generis* nature of intellectual property law in saying that: ‘The needs and characteristics of intellectual property are unique, and so are the laws that establish intellectual property rights.’ In order to depict the true character of intellectual property law, he finally reminds us of a few-decades-old decision of the Supreme Court of Canada:²²⁶

*Copyright law is neither tort law nor property law in classification, but is statutory law. It neither cuts across existing rights in property or conduct nor falls in between rights and obligations heretofore existing in the common law. Copyright legislation simply creates rights and obligations upon the terms and in the circumstances set out in the statute.*²²⁷

When it comes to the issues regarding registration and validity of patents, however, the exclusive jurisdiction rule in Article 24(4) of the Brussels I Regulation (recast) and the CJEU cases of *GAT*, *Roche* and *Solvay* shed light on the matters. The UK courts in *Coins Control*, *Fort Dodge* and *Rhodia* appear to go further, by taking the approach that an action for infringement implicitly raises validity. However, as was approved in *Solvay*, if the decisions on the validity of registered rights are binding

223 YU Peter K, ‘Reconceptualizing Intellectual Property Interests in a Human Rights Framework’ *U C Davis Law Review*, 2007, Vol. 40, pp. 1127-1128.

224 DRAHOS Peter, *A Philosophy of Intellectual Property*, 1996, 1st edn, Ashgate, p. 7-8.

225 STERK Stewart E, ‘Intellectualizing Property: The Tenuous Connections Between Land and Copyright’ *Wash U L Q*, 2005, Vol. 83, p. 420.

226 LEMLEY Mark A, ‘Property, Intellectual Property, and Free Riding’ *Texas Law Review*, 2005, Vol. 83, p. 1075.

227 *Compo Co Ltd v Blue Crest Music Inc* 45 CPR (2d) 1, 13 (Sup Ct Canada 1979) (Emphasis added).



only *inter pares*, eg binding only on the parties in the interim proceedings for provisional measures and the infringement litigation, and are only temporary until a final decision, then this assessment on a foreign registered right can be made by a competent body or court regardless of the way in which the validity raised.²²⁸ Therefore, it will be possible to extend *Solvay* for all types of the assessment of validity of the foreign registered rights, if this does not amount to finalising the matter. The Supreme Court clearly expunges the effects of the *Moçambique* rule for validity in the copyright sphere.²²⁹

In *Actavis*, jurisdiction has been extended over a cross-border declaration of non-infringement in respect of a non-EU defendant under UK law. This shows that jurisdiction can be accepted under Article 7(2) for a defendant domiciled in an EU country outside the UK. Obtaining a cross-border 'Arrow declaration' is also available under particular circumstances, but this should not apparently contravene with Article 24(4).

From the above it is apparent that UK courts, as well as the CJEU, have been in some instances quite progressive in providing flexibility for the cross border litigation of IP rights. These instances have been emerged as intermittent, and rather spontaneous, sparks of legal reasoning. However, the assessment of the case law of these courts reveals that the guidance provided by them has been inconsistent, unpredictable and ultimately incoherent in relation to such contentious matters.

B. Would Access to A Court Suffice to Attain Justice?

Benedetta Ubertazzi recently explored the problems associated with exclusive jurisdiction, concluding that:

[E]xclusive jurisdiction rules related to [intellectual property rights] cases are not only insufficiently supported by any of the arguments usually invoked in their favor, but actually are also contrary to the public international rules on the avoidance of a denial of justice and on the fundamental human right of access to a court.²³⁰

If followed, the analysis in *Lucasfilm* and *Solvay* will represent an important development, as Ubertazzi underlines, to enable access to justice in international intellectual property jurisprudence. However, would access to court suffice to attain justice? This question invites a

228 Also see *Actavis v Eli Lilly* (n 10).

229 TORREMANS, *Star Wars*, p. 817.

230 UBERTAZZI Benedetta, *Exclusive Jurisdiction in Intellectual Property*, Tübingen, Mohr Siebeck 2012, p. 295.



deeper and new examination of the ongoing relevance of the concept of justiciability in such cases.

Almost universally recognized, the so-called *lex fori regit processum* doctrine has provided for centuries that procedural matters shall be governed almost exclusively by the domestic law of the forum (*lex fori*).²³¹ Neither the Brussels I Regulation (recast) nor its predecessors (the Brussels Convention and the Brussels I Regulation) have really departed from the general position on the applicability of *lex fori* on procedural matters. The applicability of national procedural rules remains intact, since there are a limited number of specific procedural rules, like those in Articles 52-57 on common provisions on recognition and enforcement. For that reason, procedural diversity between the EU member states can have another type of forum shopping. Forum shopping is not a problem *per se*, to the extent that it offers litigants the possibility of choosing the most efficient and effective procedural system. However, forum shopping could potentially encourage intellectual property holders to transfer all disputes from their commercial activities to member states with the most favourable procedural regimes. This may breed a claim concentration in one jurisdiction which could ultimately lead to a competition of jurisdictions whereby the one with the lowest enforcement standards survives.²³² This situation is often described as the 'Delaware Effect', named after the competition among corporate laws of different US states leading to low quality corporate regulation in the state of Delaware.²³³ One may argue that this competition and centralization of the disputes can have beneficial effects in finding the best forum, the clogged docket record of the European Court of Human Rights and the longevity of the finalization of the cases might be a discouraging example, despite the court's success in the enhancement of human rights.

Will courts be required to award damages in accordance with the foreign jurisdiction within which the breach of intellectual property rights occurred? A recent report by the European Observatory on Counterfeiting and Piracy on the civil damages in intellectual property rights cases portrays the problems which are created by divergent applications in deciding civil damages among the member states. According the report, 'the rightholder often cannot recover in full the compensation

231 GARNETT Richard, *Substance and Procedure in Private International Law*, OUP, 2012, p. 1, 5-6.

232 SINN H, 'The Selection Principle and Market Failure in Systems Competition (MS)' *Journal of Public Economics*, 1997, Vol. 66, pp. 247-274.

233 CARY William L, 'Federalism and Corporate Law: Reflections upon Delaware' *Yale Law Journal*, 1974, Vol. 83(4), pp. 663-705.



appropriate to an infringement, or the full costs that the rightholder has borne to redress the infringement,²³⁴ despite the EU Directive on the Civil Enforcement of Intellectual Property Rights.²³⁵ Following the evaluation of Enforcement Directive, in November 2017 the European Commission adopted, as part of the IP package to modernize the IP framework, the Guidance Communication clarifying the provisions of the Directive where there have been differing interpretations in the EU countries.²³⁶ The guidance is based on ruling by the CJEU and best practice developed in EU countries. The Communication observed that ‘the measures, procedures and remedies set out in the Directive are not implemented and applied in a uniform manner among the Member States. This is because, since the Directive provides for minimum harmonisation ..., there is no uniform interpretation of the Directive’s provisions and there are differences in national civil law proceedings and judicial traditions.’²³⁷ This suggests that even if an intellectual property holder is accepted to a court, she might not get what she wishes. Indeed, Lucasfilm was given a permit to enter the courtroom, but did the expansion of the justiciability of its foreign copyright, enabling access to the court, (a question about which a rather agnostic view might be embraced until a concrete reform on procedural laws of the EU states and remedial aspects of their intellectual property laws) provide the damage that is equivalent to the damages in the US?

234 European Observatory on Counterfeiting and Piracy, **Damages in Intellectual Property Rights**, available online at <<https://euipo.europa.eu/ohimportal/documents/11370/80606/Damages+in+intellectual+property+rights/b0d70979-2af3-48cf-870b-9ed1139d917a>> last revisited 9 June 2019. See also European Observatory on Counterfeiting and Piracy, **Observatory update on Costs and Damages**, available online at <https://euipo.europa.eu/tunnel-web/secure/webdav/guest/document_library/observatory/documents/publications/Observatory+update+on+costs+and+damages.pdf> last revisited 9 June 2019.

235 Directive 2004/48/EC of the European Parliament and of the Council of 29 April 2004 on the enforcement of intellectual property rights.

236 Communication from the Commission to the Institutions on Guidance on certain aspects of Directive 2004/48/EC of the European Parliament and of the Council on the enforcement of intellectual property rights (Brussels, 29 November 2017).

237 Ibid 1.



BIBLIOGRAPHY

ALLAN Nick, Michael Browne and Anna Carboni, 'Post-Brexit IP rights: what is agreed and yet to be agreed under the European Commission's draft Withdrawal Agreement' **Journal of Intellectual Property Law & Practice**, 2018, Vol. 13(8), pp. 608–610.

ARNOLD Richard, BENTLY Lionel, DERCLAYE Estelle and DINWOODIE Graeme, 'IP Law post-BREXIT' **Judicature**, 2017, Vol. 101(2), pp. 65-71.

AUSTIN Graeme, 'The Concept of "Justiciability" in Foreign Copyright Infringement Cases' **International Review of Intellectual Property and Competition Law**, 2009, Vol. 40(4), pp. 393-412.

BACON Gregory and ROTH Katie, 'Justiciability and litigation of foreign patents in the English courts' **Journal of Intellectual Property Law & Practice**, 2017, Vol. 12(10), pp. 851–859.

BENTLY Lionel, SHERMAN Brad, GANGJEE Dev and JOHNSON Phillip, **Intellectual Property Law**, OUP, 5th edn., 2019.

BERCIMUELLE-CHAMOT Kevin, 'Accessibility is the relevant criterion to determine jurisdiction in online copyright infringement cases' **Journal of Intellectual Property Law & Practice**, 2015, Vol. 10(6), pp. 406–407.

BRIGGS Adrian, 'Jurisdiction over defences and connected claims' **Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly**, 2006, Vol. 4, pp. 450-451.

CARY William L, 'Federalism and Corporate Law: Reflections upon Delaware' **Yale Law Journal**, 1974, Vol. 83(4), pp. 663-705.

CLARK Birgit, 'Off Piste? ECJ Decides Austrian Supreme Court's "Adwords" Jurisdiction Question in Wintersteiger' **Journal of Intellectual Property Law & Practice**, 2012, Vol. 7(10), pp. 701–703.

Communication from the Commission to the Institutions on Guidance on certain aspects of Directive 2004/48/EC of the European Parliament and of the Council on the enforcement of intellectual property rights (Brussels, 29 November 2017).

COOK Trevor, "'Brexit" and Intellectual Property Protection in the UK and the EU' **Journal of Intellectual Property Rights**, 2016, Vol. 21(5), pp. 355-361.

DICKINSON Andrew, 'The Force be with the EU? Infringements of US Copyright in the English Courts' **Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly**, 2010, Vol. 2, p. 181.



DRAHOS Peter, **A Philosophy of Intellectual Property**, Ashgate, 1st edn, 1996.

ENGLAND Paul, 'Cross-border actions in the CJEU and English Patents Court: Ten years on from *GAT v LuK*' **Journal of Intellectual Property Law & Practice**, 2017, Vol. 12(2), pp. 105-114.

European Max Planck Group on Conflicts of Laws in Intellectual Property, **Conflict of Laws in Intellectual Property: The CLIP Principles and Commentary**, Oxford, OUP, 2013.

European Observatory on Counterfeiting and Piracy, **Damages in Intellectual Property Rights**, available online at <<https://euipo.europa.eu/ohimportal/documents/11370/80606/Damages+in+intellectual+property+rights/b0d70979-2af3-48cf-870b-9ed1139d917a>> last revisited 9 June 2019.

European Observatory on Counterfeiting and Piracy, **Observatory update on Costs and Damages**, available online at <https://euipo.europa.eu/tunnel-web/secure/webdav/guest/document_library/observatory/documents/publications/Observatory+update+on+costs+and+damages.pdf> last revisited 9 June 2019.

FARRAND Benjamin, 'Bold and newly Independent, or Isolated and Cast Adrift? The Implications of Brexit for Intellectual Property Law and Policy' **Journal of Common Market Studies**, 2017, Vol. 7(2), pp. 1-16.

FAWCETT James J and TORREMANS Paul L C, **Intellectual Property and Private International Law**, OUP, 2nd edn, 2011.

FHIMA Ilanah, 'Brexit: EU27 Position Paper on Intellectual Property' **Journal of Intellectual Property Law & Practice**, 2018, Vol. 12(2), pp. 98-100.

GARNETT Richard, **Substance and Procedure in Private International Law**, OUP, 2012.

HITSEVICH Nataliya, 'The accessibility of a website as a basis of jurisdiction in the case of IPR infringement over the internet' **Journal of Intellectual Property Law & Practice**, 2016, Vol. 11(11), pp. 846-855.

HUSOVEC Martin, 'European Union: comment on Pinckney' **International Review of Intellectual Property and Competition Law**, 2014, Vol. 45(3), pp. 372-373.

JOSEPH Paul, 'The rise and fall of cross-border jurisdiction and remedies in IP disputes,' **Journal of Intellectual Property Law & Practice**, 2006, Vol. 1(13), pp. 850-857.



KONO Toshiyuki and JURCYS Paulius, 'General Report' in KONO Toshiyuki (ed), **Intellectual Property and Private International Law: Comparative Perspectives**, Hart Publishing, 2012, pp. 6-216.

KUR Annette and DREIER Thomas, **European Intellectual Property Law: Text, Cases and Materials**, Edward Elgar Publishing, 2013.

KUR Annette, 'A Farewell to Cross-Border Injunctions? The ECJ Decisions GAT v. LuK and Roche Nederland v. Primus and Goldenberg,' **International Review of Intellectual Property and Competition Law**, 2006, Vol. 37(7), pp. 844-855.

KUR Annette, 'Enforcement of unitary intellectual property rights: international jurisdiction and applicable law' **Journal of Intellectual Property Law & Practice**, 2015, Vol. 10(6), p. 468-480.

LARSEN Torsten Bjørn, 'Reverse use of Article 7(5) Brussels Regime in IP litigation: can you sue from the establishment?' **Journal of Intellectual Property Law & Practice**, 2018, Vol. 13(10), pp. 776-781.

LARSEN Torsten Bjørn, 'Wintersteiger v Coty Prestige: The place of infringement under the forum delicti rule' **Journal of Intellectual Property Law & Practice**, 2018, Vol. 13(3), pp. 179-185 ("Wintersteiger v Coty Prestige").

LARSEN Torsten Bjørn, **Intellectual Property Jurisdiction Strategies: Where to Litigate Unitary Rights vs National Rights in the EU**, Edward Elgar Publishing, 2017, ("Intellectual Property Jurisdiction Strategies").

LEMLEY Mark A, 'Property, Intellectual Property, and Free Riding' **Texas Law Review**, 2005, Vol. 83, p. 1075.

MARIO Franzosi, 'GAT and Roche – Idola Fori, Teatri, Specus: Regulation 864/2007 Makes Cross-Border Patent Litigation Possible' in TORREMANS Paul L C, **Intellectual Property and Private International Law**, Edward Elgar Publishing 2015, pp. 182-190.

MATULIONYTE Rita, 'Enforcing Copyright Infringements Online: In Search of Balanced Private International Law Rules' **Journal of Intellectual Property, Information Technology and E-Commerce Law (JIPITEC)**, 2015, Vol. 6, pp. 132-145.

MCDONAGH Luke, 'UK Patent Law and Copyright Law after Brexit Potential Consequences' **CIGI Brexit: The International Legal Implications Series**, Paper No 3 (November 2017).

MCGOLDRICK Dominic, 'The Boundaries of Justiciability' **International and Comparative Law Quarterly**, 2010, Vol. 59(4), p. 981-1019.



MIMLER Marc, 'The Effect of Brexit on Trademarks, Designs and Other "Europeanized" Areas of Intellectual Property Law in the United Kingdom' **CIGI Brexit: The International Legal Implications Series**, Paper No 7 (December 2017).

MORCOM Christopher, 'The Implications of 'Brexit' for Trade Marks and for Practitioners in the UK: What Are the Likely Effects and What Needs to Happen Now?' **European Intellectual Property Review**, 2016, Vol. 38(11), pp. 657-660.

NORRGARD Marcus, 'A Spider Without a Web, Multiple Defendants in IP Litigation' in LIEBLE Stefan and OHLY Ansgar (eds), **Intellectual Property and Private International Law**, Mohr Siebeck, Heidelberg, 2009, p. 221.

RAHMATIAN Andreas, 'Brief speculations about changes to IP law in the UK after Brexit' **Journal of Intellectual Property Law & Practice**, 2017, Vol. 12(6), pp. 510-515.

RAMALHO Ana and GARCIA Maria C. Gomez, 'Copyright after Brexit' **Journal of Intellectual Property Law & Practice**, 2017, Vol. 12(8), pp. 669-672.

ROSATI Eleonora, 'Brexit and UK copyright: the story of a loss among all other losses' **Journal of Intellectual Property Law & Practice**, 2016, Vol. 11(8), pp. 563-564.

ROSATI Eleonora, 'International jurisdiction in online EU trade mark infringement cases: where is the place of infringement located?' **European Intellectual Property Review**, 2016, Vol. 38(8), pp. 482-491.

SINN H, 'The Selection Principle and Market Failure in Systems Competition (MS)' **Journal of Public Economics**, 1997, Vol. 66, pp. 247-274.

SMITH Joel and LERICHE Alexandra, 'CJEU Ruling in Pinckney v Mediatech: Jurisdiction in Online Copyright Infringement Cases Depends on the Accessibility of Website Content' **European Intellectual Property Review**, 2014, Vol. 36(2), pp. 137-38.

STERK Stewart E, 'Intellectualizing Property: The Tenuous Connections Between Land and Copyright' **Wash U L Q**, 2005, Vol. 83(2), pp. 417-470.

TORREMANS Paul L C, 'Copyright jurisdiction under EU private international law' in Paul L C Torremans (ed), *Research Handbook on Copyright Law* (Edward Elgar Publishing, 2nd edn, 2017) pp. 556-574 ("Copyright jurisdiction").



TORREMANS Paul L C, 'Editorial: Lucasfilm v Ainsworth' **International Review of Intellectual Property and Competition Law**, 2010, Vol. 41(7), pp. 751-753.

TORREMANS Paul L C, 'Exclusive jurisdiction and cross-border IP (patent) infringement: suggestions for amendment of the Brussels I Regulation' **European Intellectual Property Review**, 2007, Vol. 29(5), pp. 195-203 ("Exclusive jurisdiction").

TORREMANS Paul L C, 'Jurisdiction for Cross-border Intellectual Property Infringement Cases in Europe' **Common Market Law Review**, 2016, Vol. 53(6), pp. 1625-1645 ("Jurisdiction for Cross-border IP Infringement Cases").

TORREMANS Paul L C, 'Litigating cross-border intellectual property disputes' in the EU Private International Law Framework' in BEAUMONT Paul, DANOV Mihail, TRIMMINGS Katarina and YÜKSEL Burcu (eds), **Cross-Border Litigation in Europe**, Oxford, Hart Publishing, 2017, pp. 655-670 ("Litigating cross-border IP disputes").

TORREMANS Paul L C, 'Star Wars rids us of subject-matter jurisdiction: The Supreme Court does not like Kafka either when it comes to copyright' **European Intellectual Property Review**, 2011, Vol. 33(12), pp. 813-817 ("Star Wars").

TORREMANS Paul L C, 'The Sense or Nonsense of Subject Matter Jurisdiction over Foreign Copyright' **European Intellectual Property Review**, 2011, Vol. 33(6), pp. 349-356.

TORREMANS Paul L C, 'The Widening Reach of Exclusive Jurisdiction: Where Can You Litigate IP Rights after GAT?' in Arnaud Nuyts and Jean-Sylvestre Bergé (eds), **International Litigation In Intellectual Property And Information Technology**, 2008, pp. 61-77.

TRIMBLE Marketa, 'GAT, Solvay, and the Centralization of Patent Litigation in Europe' **Emory International Law Review**, 2012, Vol. 26, pp. 515-533.

UBERTAZZI Benedetta, 'Intellectual Property Rights and Exclusive (Subject Matter) Jurisdiction: Between Private and Public International Law' **Marquette Intellectual Property Law Review**, 2011, Vol. 15(2), pp. 357-361.

UBERTAZZI Benedetta, **Exclusive Jurisdiction in Intellectual Property**, Tübingen, Mohr Siebeck 2012.



UBERTAZZI Luigi Carlo, 'Brexit and the EU Patent – Part II: What shall we do?' **Journal of Intellectual Property Law & Practice**, 2017, Vol. 12(11), pp. 937–953.

UBERTAZZI Luigi Carlo, 'Brexit and the EU patent' **Journal of Intellectual Property Law & Practice**, 2017, Vol. 12(6), pp. 516–525.

VAN CALSTER Geert, **European Private International Law**, Hart Publishing, 2nd edn, 2016.

WAEDELDE Charlotte, BROWN Abbe, KHERIA Smita, and CORNWELL Jane, **Contemporary Intellectual Property: Law and Policy**, OUP, 4th edn, 2016.

YU Peter K, 'Reconceptualizing Intellectual Property Interests in a Human Rights Framework' **U C Davis Law Review**, 2007, Vol. 40, pp. 1127-1128.