

SELÇUK ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ
DERGİSİ

SELÇUK LAW REVIEW



Cilt (Volume): 27

Sayı (Number): 3

Yıl (Year): 2019

SELÇUK ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

SELÇUK LAW REVIEW

Cilt (Volume): 27 • Sayı (Number): 3 • Yıl (Year): 2019

ISSN: 1306 - 8075

E-ISSN: 2548 - 1177

Sahibi (Owner):

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Adına
Prof. Dr. Ümit Süleyman ÜSTÜN (Dekan)

Editörler (Editors) :

Dr. Öğr. Üyesi Mehmet AKÇAAL
Arş. Gör. Kemal ERDOĞAN
Arş. Gör. Özge PAŞAOĞLU
Arş. Gör. Beşir Abidin HAMARAT
Arş. Gör. Aydın Furkan KAYNAK

Yayın Kurulu (Editorial Board) :

Prof. Dr. Andreas Spickhoff	Faculty of Law, Ludwig-Maximilians-Universität Munich (Germany)
Prof. Dr. George A. Bermann	School of Law, Columbia University (USA)
Prof. Dr. Petra Butler	Faculty of Law, Victoria University of Wellington (New Zealand)
Prof. Dr. Venkata Rao	National Law School, India University (India)
Prof. Dr. Shobhalata Udupudi	Centre for Environment and Sustainable Development, Gujarat National Law University (India)
Prof. Dr. Sheela Rai	National Law School, University Odisha (India)
Prof. Dr. Furqan Ahmad	The Indian Law Institute (India)
Prof. Dr. Koos Malan	Faculty of Law, University of Pretoria (South Africa)
Prof. Dr. Maleka Femida Cassim	Faculty of Law, University of Pretoria (South Africa)
Prof. Dr. Charles Manga Fombad	Faculty of Law, University of Pretoria (South Africa)
Prof. Dr. Retselisitsoe Phooko	Faculty of Law, University of Johannesburg (South Africa)
Prof. Dr. Nataliya E. Tyurina	Faculty of Law, Kazan Federal University (Kazan)
Asst. Prof. Monika Tomaszewska	Faculty of Law and Administration, University of Opole (Poland)
Prof. Dr. Halûk Hâdi SÜMER	Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Berrin AKBULUT	Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Nezihe Binnur TULUKÇU	Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Ümit Süleyman ÜSTÜN	Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Danışmanlar Kurulu (Advisory Board) :

Prof. Dr. Ahmet Nizamettin AKTAY	Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Ramazan ARSLAN	Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Rıza AYHAN	Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Halûk BURCUOĞLU	İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Halil CİN	Ufuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Ali ERTEN	Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Fethi GEDİKLİ	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Aydın GÜLAN	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Arslan KAYA	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. İzzet ÖZGENÇ	Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Doğan SOYASLAN	Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Cumhuri ŞAHİN	Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Cemal ŞANLI	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. İlhan ULUSAN	İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Mehmet ÜNAL	Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ	Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Faruk BİLİR	Kişisel Verilerin Korunması Kurumu
Prof. Dr. M. Fatih UŞAN	Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Bahtiyar AKYILMAZ	Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Doğan ŞENYÜZ	Uludağ Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Hakan ÜZELTÜRK	Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. İbrahim ÖZBAY	Gaziosmanpaşa Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Murat ATALI	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Abdurrahman SAVAŞ	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Nuran KOYUNCU	Necmeddin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. A. Kürşat ERSÖZ	Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi

DERGİ HAKKINDA

AMAÇ

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi ile hukuk alanında özgün ve bilimsel makalelerin yayımlanması suretiyle ulusal ve uluslararası literatüre katkı sağlamak amaçlanmaktadır.

KAPSAM

Dergimiz Nisan, Temmuz ve Aralık aylarında olmak üzere yılda üç kez elektronik ortamda ve basılı olarak yayımlanan hukuk alanında makale kabul eden ve 27.06.2018 tarihli Resmî Gazete'de yayımlanan Akademik Teşvik Ödeneği Yönetmeliği bakımından *ULAKBİM TR Dizin tarafından taranan* hakemli bir uluslararası dergidir. Kamu hukuku ve özel hukuk alanlarındaki araştırma makalelerinin yanı sıra karar incelemeleri, mevzuat değerlendirmesi, kitap incelemesi ve çeviriler de dergide yer almaktadır. Derginin yayın dili, Türkçe veya diğer Avrupa dilleridir.

DEĞERLENDİRME SÜRECİ

Yılda üç sayı halinde yayımlanan Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi hakemli bir uluslararası dergidir. Dergimizde yayımlanan makaleler en az iki hakem tarafından incelenmektedir. Dergimizde yayımlanan her makale iThenticate programında tarandıktan sonra değerlendirilmeye alınmaktadır.

KISALTIMA

Dergiye yapılan atıflarda SÜHFD kısaltması kullanılmalıdır.

DERGİNİN TARANDIĞI İNDEKSLER



TR DİZİN Hukuk Veri Tabanı

Dergimiz ULAKBİM'in 16.06.2010 tarih ve 1799 sayılı yazısıyla TÜBİTAK ULAKBİM HUKUK VERİ TABANINA alınmıştır.



ASOS INDEX (Asos Academia Social Science Index)

Dergimiz 2016 yılından itibaren Asos Academia Social Science Index tarafından taranan dergiler arasındadır.



SOBIAD (Sosyal Bilimler Atıf Dizini)

Dergimiz 2017 yılından itibaren SOBIAD tarafından taranan dergiler arasındadır.



GOOGLE SCHOLAR

Dergimiz 2017 yılından itibaren Google Scholar tarafından taranan dergiler arasındadır.



HEINONLINE

Dergimiz 2017 yılından itibaren HeinOnline tarafından taranan dergiler arasındadır.



iThenticate

Makaleler 2019 yılından itibaren iThenticate programı tarafından taranmaktadır.

HABERLEŞME ADRESİ

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Alaaddin Keykubat Kampüsü 42079 KONYA

Tel : 0332 241 00 45

Fax : 0332 241 01 05

İnternet : <http://www.selcuk.edu.tr/hukuk/tr> • <http://dergipark.gov.tr/suhfd>

E-posta : hukukdergi@selcuk.edu.tr

ABOUT THE REVIEW

AIM

Selçuk Law Review aims to contribute to the national and international literature by publishing original and scientific articles in the field of law.

SCOPE

Our review is a peer-reviewed international review which is scanned by ULAKBİM TR Index in terms of the Academic Incentive Allowance Regulation published in the Legal Gazette dated 27.06.2018, which accepts articles in the field of law published in electronic media and printed three times a year in April, July and December. In addition to research articles in the fields of public and private law, decision-making, legislation review, book review and translations are also included in the review. The publication language of the review is Turkish or other European languages.

PEER REVIEW PROCESS

Published in three issues per year, Selçuk Law Review is a peer-reviewed international review. The articles published in our review are reviewed by at least two referees. Every article published in our review is evaluated after being scanned in iThenticate program.

ABBREVIATION

SLR abbreviations shall be used in reference to the review.

INDEXING



TR INDEX Law Database

Our review has been included in TUBITAK ULAKBİM LAW DATA BASE with the letter dated 17.06.2010 and numbered 1799 of ULAKBİM.



ASOS INDEX (Asos Academia Social Science Index)

Since 2016, our review has been among the reviews scanned by Asos Academia Social Science Index.



SOBIAD (Social Science Citation Index)

Since 2017, our review has been among the reviews scanned by SOBIAD.



GOOGLE SCHOLAR

Since 2017, our magazine has been among the magazines scanned by Google Scholar.



HEINONLINE

Since 2017, our magazine has been among the magazines scanned by HeinOnline.



iThenticate

Articles are being scanned by the iThenticate program since 2019.

COMMUNICATION ADDRESS

Selçuk University Law Faculty, Campus of Alaaddin Keykubat 42079 Selçuklu/KONYA

Tel: 0332 241 00 45

Fax: 0332 241 01 05

Websites: <http://www.selcuk.edu.tr/hukuk/tr> • <http://dergipark.gov.tr/suhfd>

E-mail: hukukdergi@selcuk.edu.tr

YAYIN ŞARTLARI

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, çift-kör hakem sürecini kullanmakta olan bir dergidir. Dergide yayımlanmak üzere gönderilecek makalelerde aşağıdaki hususlar dikkate alınacaktır.

Makalenin Hazırlanma Aşaması

1. Yazar adı, ana başlığın altına sağa dayalı olarak akademik unvanla beraber “Adı SOYADI” biçiminde yazılmalıdır. Eserlerini yayınlamak isteyen yazarlar, “ORCID” numarası alıp bunu kişisel bilgileri (Ad-Soyad, Akademik veya Mesleki Unvan, E-posta Adresi) ile birlikte * işareti kullanarak dipnotta vermelidir. “ORCID” numarası, <https://orcid.org/> adresinden alınabilir.

2. Gönderilen makalelerde hem Türkçe hem de yabancı dilde çalışmanın ismi, en fazla 100 kelimelik özeti ve beş adet anahtar kelime (Keywords) bulunmalıdır. Çalışmanın sonunda kaynaklara yer verilmelidir.

3. **Sayfa yapısı:** Üstten, alttan ve yanlardan 2’şer cm. olmalıdır. Bu şekilde hazırlanan yazılar kural olarak 35 sayfadan fazla olmamalıdır.

4. **Metin yazıları:** Calibri (Light) karakteri ile 10,5 punto tek satır aralığı, ilk satırı özel 1 cm değerinde paragraf, paragraf arası boşluklar öncesi ve sonrası 3 nk olmak üzere iki yandan hizalı yazılmalıdır. Başlık 1 biçemi sadece yazının ana başlığı için kullanılmalıdır.

5. **Dipnotlar:** Calibri (Light) yazı karakteri, 9 punto, tek satır aralığı, 0,7 asılı, paragraf sonrası 2 nk boşluk biçiminde yazılmalıdır. Yazılarda dipnotlar otomatik olarak ve her sayfa altında verilmeli, dipnotların yazımında genel olarak KİTAPLARDA; Yazar SOYADI Adı, (yayın yılı), Kitap Adı, (varsa) Baskı sayısı, (varsa) Çeviren (veya Editör) SOYADI Adı, Basım yeri, yılı ve sayfa; MAKALELERDE; Yazar SOYADI, Adı (yayın yılı), “Makale Adı” (tırnak içerisinde), Yayın Adı, Cilt, Sayı, yılı ve sayfa; aynı esere yapılan ikinci ve müteakip atıflarda Yazar soyadı (Yayın yılı) ve sayfa biçiminde kısa format kullanılabilir.

Makale Gönderme Aşaması

6. Hazırlanan çalışmalar, “DERGİPARK” üzerinden sisteme yüklemek suretiyle dergi editörlüğüne iletilmelidir. Hakem incelemesi dahil tüm aşamalar “DERGİPARK” sistemi üzerinden yürütülmektedir. Makale yüklemek için tıklayınız. (<https://dergipark.org.tr/suhfd>)

Eğer “DERGİPARK” üyeliğiniz mevcut değilse, talebiniz halinde bize iletteceğiniz (hukukdergi@selcuk.edu.tr) bir mail adresi doğrultusunda “DERGİPARK” üyeliğiniz başlatılıp size sistem desteği sunulacaktır.

7. Dergide yayımlanmak üzere gönderilen eserin, daha önce hiçbir yerde yayınlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olması gerekir.

8. Dergide yayınlanmak üzere gönderilen eser ile birlikte, telif hakkı devir formu da doldurularak gönderilmelidir. Bu çerçevede, yazarlara telif hakkı **ödenmeyecektir**. Yazarlar, yayınlanan eserler üzerinde, her türlü format dâhil olmak üzere tüm yayın haklarının ve mali hakların Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ne ait olduğunu kabul ederler.

Makale Ön İnceleme Aşaması

9. Dergide yayınlanmak üzere gönderilen tüm eserler, **"iThenticate"** intihal programında incelenir. Bu incelemenin sonucunda intihal/benzerlik oranı en fazla %30 olabilir. İntihal/benzerlik oranı %30'un üzerinde olan eserler, doğrudan editör kurulu tarafından reddedilir ve yayın sürecinden çıkarılır.

10. Dergide yayınlanmak üzere gönderilen eserler öncelikle yukarıda belirtilen şartlar bakımından editör kurulu tarafından ön değerlendirmeye tabi tutulur. Ön değerlendirme aşamasında, eser sahiplerinin editör kurulu tarafından talep edilen düzeltmeleri **15 gün** içinde tamamlaması gerekir. Aksi takdirde, editör kurulu eser sahibi ile iletişime geçmeksizin eseri reddetme hakkına sahiptir.

Hakem Değerlendirme Aşaması

11. Dergide yayınlanması talebiyle gönderilen eserler, gizli tutulan hakemlerin (iki hakem) olumlu görüşleri alınmaksızın ya da hakemler tarafından önerilen düzeltmeleri içeren yeni metin sağlanmaksızın yayınlanmaz. Hakemlerden biri olumlu diğeri olumsuz görüş bildirdiğinde eser üçüncü bir hakeme gönderilir.

12. Değerlendirme için hakemlere tanınan süre 1 ay olup bu süre zorunluluk halinde 1 ay daha uzatılabilir. Süresi içinde hakem değerlendirme raporunun gönderilmesi halinde, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Editörlüğü hakem ile iletişime geçmeksizin yeni bir hakem atayacaktır.

13. Her iki hakemin verdiği puanların toplamı 40 veya altında olduğu takdirde, her iki hakem eserin yayınlanabilir olduğu yönünde görüş bildirirse dahi Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Editörlüğü'nün eseri **yayınlamama** yetkisi vardır.

Makale Düzeltme Aşaması

14. Hakem tarafından gönderilen değerlendirme raporunda belirtilen düzeltmelerin tamamlanması için eser sahiplerine tanınan süre 1 aydır. Eser sahibinin 1 ay içinde düzeltmeleri tamamlamaması halinde, editör kurulu eser sahibi ile iletişime geçmeksizin eseri reddetme hakkına sahiptir.

Dergi Dizgi Aşaması

15. Her bir sayıda dizgi sırası bakımından yazar ünvanı ve soyadı esas alınmaktadır.

AUTHOR GUIDELINES

Selçuk Law Review uses the double-blind referee process. The articles that is sent for publication in the review shall take into consideration of the following issues.

Preparation Process of the Article

1. The name of the author should be written under the main title with the academic title as "SURNAME". The information about the author is located on the right side of the page. Authors who want to publish article should take the "ORCID" number and this should be pointing in the footnote with the * sign along with their personal information (Name-Surname, Academic or Profession Title, E-mail Address). The "ORCID" number can be obtained from <https://orcid.org/>.

2. The title of article in Turkish and foreign languages, abstracts of maximum 100 words in Turkish and foreign languages and five keywords should be added (belong to abstract) to the beginning of the submitted articles. Bibliography should be include at the end of the article.

3. **Page structure:** It should be 2 cm up and down and also each side. As a rule, articles prepared in this way should not exceed 35 pages.

4. **Manuscripts:** Characters should be Calibri (Light) font and written in 10.5 font size. The first line spacing should be 1 cm, but the following lines will be 1 cm. The spaces at the beginning and end of the paragraph should be 3 pt. The style 1 format should only be used for the main title of the article.

5. **Footnotes:** Footnote characters in the same font as the article, but It should be 9 pt. It should be given automatically and bottom the page. IN BOOKS; Author SURNAME - Name, (publication year), Book Name, (if any) Number of prints, (if any) Translator (or Editor) SURNAME Name, Place of publication, year and page; In ARTICLES; Author SURNAME, Name (year of publication), "Article Name" (in quotation marks), Title, Volume, Number, year and page; In the second and subsequent references to the same study, the author's surname (year of publication) and short format in the form of pages may be used.

Submission Process of the Article

6. Prepared studies should be submitted to the review editor by uploading to the system via "DERGİPARK". All stages, including the review of the referees, are carried out through the "DERGİPARK" system. Click here to submit the article. (<https://dergipark.org.tr/suhfd>).

7. The manuscript submitted for publication in the review should not have been published or submitted for publication.

8. The copyright transfer form must be filled out along with the work submitted for publication in the review. In this context, authors will not be paid copyright. The authors acknowledge that all publication rights and financial rights, including any format, on the published works belong to the Selçuk University Faculty of Law.

9. All works submitted for publication in the review are examined in the plagiarism program iThenticate. Plagiarism / similarity ratio can be maximum 30%. Works with a plagiarism rate of more than 30% are rejected directly by the editorial board and removed from the publication process.

10. The works submitted for publication in the review are firstly evaluated by the editorial board in terms of the above-mentioned conditions. At the preliminary evaluation stage, the authors are required to complete the corrections requested by the editorial board within **15 days**. Otherwise, the editorial board has the right to reject the work without contacting the author.

Process of the Referee Evaluation

11. The studies submitted for the publication in the review shall not be published without obtaining the positive opinions of the referees (two referees who are kept confidential) or providing new text containing the corrections proposed by the referees. If one of the referees gives a positive and the other a negative opinion, the article is sent to a third referee.

12. The period of evaluation given to the referee is 1 month and can be extended 1 month if necessary. If referee's report is not sent within the period, the Editorial Board of Selçuk Law Review will appoint a new referee without contacting the former referee.

13. If the total number of points given by both referees is 40 or less, the editor of Selçuk Law Review is authorized not to publish the study even if both referees reported that the study can be published.

Process of the Article Correction

14. The time allowed for the authors to complete the corrections stated in the evaluation report sent by the referee is 1 month. If the author does not complete the revisions within one month, the editorial board has the right to reject the work without contacting the author.

Process of the Review Typographic

15. The author's title and surname are taken into consideration in the sequence of each issue.

SELÇUK ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

SELÇUK LAW REVIEW

Cilt (Volume): 27 • Sayı (Number): 3 • Yıl (Year): 2019

İÇİNDEKİLER

CONTENTS

ARAŞTIRMA MAKALELERİ

RESEARCH ARTICLES

KAMU HUKUKU

PUBLIC LAW

TAŞINMAZ MÜLKİYETİ ÜZERİNDE İMAR PLANINDAN KAYNAKLI TEVHİT ŞARTI
KISITLAMASININ İNCELENMESİ.....411

Investigation of “Condition of Consolidation” Coming from Zoning Plan

Doç. Dr. (Assoc. Prof.) Yakup Emre ÇORUHLU

Prof. Dr. Bayram UZUN

Doç. Dr. (Assoc. Prof.) Okan YILDIZ

KAMU ÖZGÜRLÜKLERİNİN SINIRLANDIRILMASINDA KAMU GÜVENLİĞİ
GEREKÇESİNİN HUKUKİLİĞİ435

Legality of Public Security Justification in Limitation of Public Freedom

Doç. Dr. (Assoc. Prof.) Mehmet GÜNEŞ

CELAL NURİ’NİN AİLE HUKUKUNA DAİR GÖRÜŞLERİNİN HUKUK-I AİLE
KARARNAMESİ’NE YANSIMALARI459

*Reflections of Celal Nuri’s Views on Family Law to the Ottoman Decree of
Family Law*

Doç. Dr. (Assoc. Prof.) Nuran KOYUNCU

Arş. Gör. (Asst.) Yasin YILMAZ

KATMA DEĞER VERGİSİNDE HASILAT ESASLI VERGİLENDİRME USULÜ479

The Procedure of Revenue Based Taxation in Value Added Tax

Dr. Öğr. Üyesi (Asst. Prof.) Orçun AVCI

İDARE HUKUKU BOYUTUYLA İYİ YÖNETİŞİM İLKESİ: İYİ İDARE497

Principle of Good Governance in Terms of Administrative Law: Good Administration

Dr. Öğr. Üyesi (Asst. Prof.) Selman Sacit BOZ

Av. (Adv.) Cihat YURDAER

Hâkim (Judge) Dr. Yunus ERASLAN

BAŞKOMUTAN OLARAK ABD BAŞKANI533

The U.S. President as Commander in Chief

Dr. Öğr. Üyesi (Asst. Prof.) Aslan DELİCE

RÜŞVET SUÇUNDA GÖREVİN KAPSAMI551

The Scope of the Duty in Bribery

Dr. Öğr. Üyesi (Asst. Prof.) Recep KAHRAMAN

KAST UNSURU VE CEZALANDIRILABİLME ŞARTI EKSENİNDE HAKARET SUÇU
.....573

Evaluating the Crime of Insult in the Context of Criminal Intent and Conditions of Punishability

Dr. Öğr. Üyesi (Asst. Prof.) M. Emre TULAY (LL.M. Bochum)

MÜKELLEF VERİLERİNİN KORUNMASI VE VERGİ MAHREMİYETİ589

Protection of Taxpayers Data and Tax Privacy

Arş. Gör. (Asst.) Muhammet DURDU

KIRGIZİSTAN’DA TELEKOMÜNİKASYON AĞLARI ARACILIĞIYLA İNTİHAR OLAYLARI625
The Suicide Events in Kyrgyzstan Through Telecommunication Networks
Gulzhar AKHMATALIEVA

ÖZEL HUKUK

PRIVATE LAW

ALACAKLILARDAN MAL KAÇIRMAK İÇİN KURULAN YENİ ŞİRKETE MÜRACAAT İMKÂNI BAKIMINDAN; MUVAZAA, TÜZEL KİŞİLİK PERDESİNİN KALDIRILMASI İLE ORGANİK BAĞ KAVRAMLARININ ELVERİŞLİLİĞİ VE YARGITAY UYGULAMALARI651
In Accordance with the Claims Against the New Company Established for the Debt Evasion; the Availability of the Concepts of Simulation, Lifting the Corporate Veil and Organic Link and the Applications of the Court of Appeals
Prof. Dr. Şahin AKINCI

İŞ SÖZLEŞMESİNİN İŞÇİ TARAFINDAN FESHİ VE FESHİN HUKUKİ SONUÇLARI679
Termination of Labour Contract by Employee and the Legal Consequences of the Termination
Doç. Dr. (Assoc. Prof.) Mehmet Nusret BEDÜK

TÜRK TİCARET KANUNU İLE YORK ANVERS 2016 KURALLARI UYARINCA MÜŞTEREK AVARYAYA UYGULANACAK HÜKÜMLERİN DEĞERLENDİRİLMESİ VE ÖZELLİKLE “ZAMANAŞIMI” HUSUSU.....727
The Evaluation of the Turkish Commercial Code Articles Concerning General Average and the York Antwerp 2016 Rules and Particularly the “Time Bar” Issue
Doç. Dr. (Assoc. Prof.) Nil KULA

4857 SAYILI İŞ KANUNU KAPSAMINDA İŞ SÖZLEŞMESİNİ FESİH HAKKINI KULLANMA SÜRESİ749
Duration to Use Termination Right of a Labour Contract Under the Scope of Labor Law 4857

Doç. Dr. (Assoc. Prof.) Yusuf YİĞİT

İFLÂS DIŞI ADİ KONKORDATO MÜHLETİ İÇERİSİNDE BORÇLUNUN İFLÂSINA KARAR VERİLEBİLECEK DURUMLAR785
Circumstance Where Bankruptcy of Debtor Can Be Resolved During the Period for the Ordinary Concordat Outside of Bankruptcy Procedure

Dr. Öğr. Üyesi (Asst. Prof.) Orhan EROĞLU

HİZMET TESPİTİ DAVALARINDA İŞ SÖZLEŞMESİ İLE ADİ ORTAKLIK SÖZLEŞMESİNİN TESPİTİNE İLİŞKİN ÖLÇÜTLER809
Criteria for Determination of the Partnership Agreement with the Employment Agreement in Action for Fixing of Period of Service

Dr. Öğr. Üyesi (Asst. Prof.) Aslihan KAYIK AYDINALP

Dr. Öğr. Üyesi (Asst. Prof.) Baki Oğuz MÜLAYİM

6537 SAYILI KANUN İLE 5403 SAYILI TOPRAK KORUMA VE ARAZİ KULLANIMI KANUNU'NA GETİRİLEN DEĞİŞİKLİKLERİN MEDENÎ USÛL HUKUKU BAKIMINDAN İNCELENMESİ845
Examination of the Amendments Brought to Law No 5403 Soil Protection and Land Use Code by Law No 6537 in Terms of Civil Procedure Law

Arş. Gör. (Asst.) Bünyamin KARTAL

Araştırma Makaleleri

Kamu Hukuku

TAŞINMAZ MÜLKİYETİ ÜZERİNDE İMAR PLANINDAN KAYNAKLI TEVHİT ŞARTI KISITLAMASININ İNCELENMESİ*

Investigation of “Condition of Consolidation” Coming from Zoning Plan

Doç. Dr. Yakup Emre ÇORUHLU**

Prof. Dr. Bayram UZUN***

Doç. Dr. Okan YILDIZ****

ÖZ

İmar planları, kentsel alanların oluşturulması araçlarının başında yer almaktadır. İmar planları bazı özel durumlarda, parsellere yapılaşma izni vermeyi, diğer parselle birleştirilme şartına bağlayabilmektedir. Bu durum en çok minimum parsel boyutlarının sağlanması ve imar adası içinde artık parsel kalmaması nedeniyle ortaya çıkmaktadır. Bu çalışmada parsellerin tevhitine ilişkin yasal mevzuat ve yargı kararları somut örnekler ışığında incelenmiş ve sonucunda ortaya çıkan sorunların geleneksel çözüm yolları yanında seçenek çözüm önerilerine yönelik mekanizmalar tanıtılmıştır. Yeni önerilerin uygulamaya geçmesi halinde uyumsuzluklara neden olan ve çoğu kez yargıya intikal eden bu problemin daha kolay çözülebileceği öngörülmektedir. Öte yandan çalışmanın bir adım ötesinde bu konuya ilişkin yapılacak çalışmalarda bu makalede öngörülmüş olan iş akışı diyagramından esinlenerek, mevzuatın yeniden düzenlenmesinin yararlı olacağı önerilmektedir. Ayrıca konu ile ilgili araştırma yapacaklara, ombudsmanlık kurumunun tanımlanan iş akışında yerinin araştırılması önerilebilir.

ANAHTAR KELİMELEER: Arazi İdaresi, Tevhit, İmar Parseli, İmar Hukuku, Bedele Dönüştürme.

ABSTRACT

Implementary zoning plan is one of the tools in the name of creating urban areas. In some special cases, this plan may make it possible to allow the construction permit of the parcel to be consolidated with the other parcel. This is mostly due to the provision of minimum parcel square (both length and width) and no more parcels within the zoning block. In this study, the legislative and judicial decisions concerning the incorporation of parcels are examined in the light of real examples. In this study, besides the traditional solutions of emerging problems, mechanisms for suggesting alternative solutions are introduced. It is foreseen that if the proposals are put into practice with this study, these problems that cause conflict and often pass to the judiciary can be solved more easily. On the other hand, it is proposed that for the studies to be carried out one step beyond the study, it would be beneficial to reorganize the legal legislation inspired by the workflow diagram provided in this article. In addition, if they are to conduct research on the subject, it may be advisable to investigate the location of the ombudsman institution in the identified workflow.

KEY WORDS: Land Administration, Consolidation, Zoning Lot, Zoning Law, Cost Conversion.

* **Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih:** 11.04.2019

Kabul Edildiği Tarih: 09.12.2019

DOI Numarası: [10.15337/suhfd.552484](https://doi.org/10.15337/suhfd.552484)

** Karadeniz Teknik Üniversitesi Harita Mühendisliği ve FBE Taşınmaz Değerleme & Geliştirme ABD Öğretim Üyesi, Trabzon.

E-Mail Adresi: yecoruhlu@ktu.edu.tr

ORCID ID: [0000-0002-8673-603X](https://orcid.org/0000-0002-8673-603X)

*** Karadeniz Teknik Üniversitesi Harita Mühendisliği ve FBE Taşınmaz Değerleme & Geliştirme ABD Öğretim Üyesi, Trabzon.

E-mail Adresi: buzun@ktu.edu.tr

ORCID ID: [0000-0001-6492-6820](https://orcid.org/0000-0001-6492-6820)

**** Karadeniz Teknik Üniversitesi Harita Mühendisliği ve FBE Taşınmaz Değerleme & Geliştirme ABD Öğretim Üyesi, Trabzon.

E-Mail Adresi: okan.yildiz@ktu.edu.tr

ORCID-ID: [0000-0002-7664-5361](https://orcid.org/0000-0002-7664-5361)

GİRİŞ

Malik olunan eşyanın taşınabilme veya taşınamama özelliklerine göre mülkiyet taşınır ve taşınmaz mülkiyeti olarak ikiye ayrılır. Taşınmaz mülkiyetinin konusunu; arazi/arsa, tapu kütüğünde ayrı sayfaya kaydedilen bağımsız ve sürekli haklar ile kat mülkiyeti kütüğüne tescil edilen bağımsız bölümler oluşturmaktadır¹. Arazi; mülkiyeti, kullanılmasında yarar olduğu ölçüde², üstündeki hava hakkı, kat hakkı³ ve altındaki arz katmanlarını da kapsar⁴. Mülkiyet; taşınmaz sahibinin özelliğine göre özel ve kamu mülkiyeti olmak üzere de ikiye ayrılır⁵. Bu mülkiyetin kapsamına, tapu siciline tescilli yasal sınırlamalar ve yasal gizli kısıtlamalar⁶ saklı kalmak üzere, yapılar, köklü bitkiler ve kaynaklar da girer.

Mülkiyet hakkı hukuk düzeninin eşya üzerinde kurulmasına izin verdiği en geniş, en kapsamlı, en mutlak bir hâkimiyet hakkıdır⁷. Mülkiyet hakkı, uluslararası beyanname ve sözleşmelerle garanti altına alınmış bir haktır. 10 Aralık 1948’de Birleşmiş Milletler (BM) Genel Kurulu tarafından kabul ve ilan⁸ edilen İnsan Hakları Evrensel Beyanname’si (İHEB)’nin 17. maddesinde; kişilerin mülkiyet hakkını diledikleri gibi edinebilecekleri ifade edilmiştir⁹. Buna paralel olarak, insan haklarının ve temel özgürlüklerin korunmasına ilişkin 4 Kasım 1950’de Roma’da imzalanan¹⁰ ve ülkemizin de taraf olduğu Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS)’nin Ek 1. protokolünün 1. maddesinde mülkiyet hakkı, “Her gerçek veya tüzel kişi, mülkiyeti üzerinde barışçıl tasarrufta bulunma hakkına sahiptir. Hiç kimse, kamu yararı ve yasadaki öngörülen koşullar

¹ Resmi Gazete, (2001) Türk Medeni Kanunu, Başbakanlık Basımevi 24607, 8049-8210.

² Giritli İ., Akgüner T., (1987). İdare Hukuku Dersleri II, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1987, s. 63.

³ Çoruhlu Y.E., Demir O., Yıldız O., (2015) “3B Kadastro Nesnesi: Hava Hakkı ve Kat Mülkiyetine Yönelik Gelişim Süreci Analizi”, Ankara Barosu Dergisi, cilt.73, ss.397-420.

⁴ Dale, P. F. ve McLaughlin, J. D. (1999) “Land Administration”, Oxford University Press, New York, ISBN: 0-19-823390-6, 169 pages.

⁵ Bruce, J. W. (1998) “Tenure Brief, Review of Tenure Terminology, Land Tenure Center, An Institute for Research and Education on Social Structure”, Rural Institutions, Resource Use, and Development, University of Wisconsin, 8 pages, Madison.

⁶ Yıldız O., Çoruhlu, Y. E., Biyik C., (2018) “Registration of Agricultural Areas Towards the Development of a Future Turkish Cadastral System”, Land Use Policy, 78, pp.207-218.

⁷ Eren F., 2012. Mülkiyet Hukuku, Yetkin Yayınları, 2. Baskı, Sayfa.4, Ankara.

⁸ URL-1, (2017). Universal Declaration of Human Rights, All Human Rights for All, Fiftieth Anniversary of the Universal Declaration of Human Rights (1948-1998), <http://www.un.org/en/documents/udhr/index.shtml>, 11.04.2017.

⁹ Kalabalık, H., (2018) İnsan Hakları Hukukuna Giriş, Ağustos 2019 / 2. Baskı / 423 Syf.

¹⁰ URL-2, (2017). European Convention on Human Rights, http://www.echr.coe.int/documents/convention_tur.pdf, 11.04.2017.

ile uluslararası hukukun genel ilkeleri dışında, mülkiyet hakkından yoksun bırakılmaz.” düzenlemesiyle taahhüt altına alınmıştır¹¹.

Mülkiyet Hakkı, ülkemizde Anayasa ile güvence altına alınmıştır. Anayasanın 35. maddesine göre; herkes, mülkiyet ve miras haklarına sahiptir. Bu haklar, ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabilir. Mülkiyet hakkının kullanılması toplum yararına aykırı olamaz¹². 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu’nun 683. maddesinde ise; “Bir şeye malik olan kimse, hukuk düzeninin sınırları içinde, o şey üzerinde dilediği gibi kullanma, yararlanma ve tasarrufta bulunma yetkisine sahiptir.” hükmü yer almaktadır¹³. Kelsen tarafından ortaya atılarak ülkemizde de benimsenmiş olan normlar hiyerarşisi¹⁴, hukuk normlarının derece ve kuvvetini belirlemekte ve aynı zamanda bir hukuk düzeninde var olan normların çokluğu anlamına gelmektedir¹⁵. Bir başka deyişle, hukuk düzeni bir piramide benzetilecek olursa, bu piramitte anayasa, kanun, tüzük, yönetmelik ve adsız düzenleyici işlemlerden oluşan birden çok normun varlığını ifade etmektedir¹⁶.

Türkiye, 2010’dan itibaren Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru hakkını sağlamıştır. 1987’den itibaren ise AHİM’e bireysel başvuru hakkını vatandaşlarına tanımaktadır¹⁷. Zira yürütme organı temsilcilerinin (Merkezi İdareler, Belediye, Özel İdare vs.) faaliyetlerinde kuşkusuz hukuk kurallarına uygunluk ve kazanılmış haklara saygı esastır. Bu ilke, hukukun genel ilkeleri ve hukuk devleti kavramı içerisinde yer alır¹⁸. Bu düzenlemelerden sonra mülkiyet başlığı altında çok sayıda dava açılmış ve açılmaktadır. Verilen kararlar çoğu zaman Türk Yargı Sistemi içinde yerleşik içtihatları değiştirebilmektedir. Anlaşılabacağı üzere; gerek yerel mevzuat ve gerekse de uluslararası mevzuat bir akış düzeni içinde birbirine uygun olarak düzenlenmek zorundadır.

¹¹ Kalabalık, H., (2018) İnsan Hakları Hukukuna Giriş, Ağustos 2019 / 2. Baskı / 423 Syf.

¹² Resmi Gazete, (1982) Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, Başbakanlık Basımevi 17863, 129-182. http://www.tbmm.gov.tr/anayasa/anayasa_2011.pdf.

¹³ Resmi Gazete, (2001) Türk Medeni Kanunu, Başbakanlık Basımevi 24607, 8049-8210. <http://mevzuat.basbakanlik.gov.tr/Metin1.Asp?MevzuatKod=1.5.4721&MevzuatIliski=0&sourceXmlSearch=&Tur=1&Tertip=5&No=4721>.

¹⁴ Kelsen, Hans, “Saf Hukuk Kuramı: Devlet ve Hukuk Özdeşliği”, Devlet Kuramı içinde (Der. Cemal Bali Akal), Dost yy, Ankara, 2000.

¹⁵ Kuluçlu E., 2008. Türk Hukuk Sisteminde Normlar Hiyerarşisi ve Sayıştay Denetimine Etkileri, Sayıştay Dergisi, Sayı: 71 (Ekim-Aralık 2008), 3-22.

¹⁶ Kuluçlu E., (2008) “Türk Hukuk Sisteminde Normlar Hiyerarşisi ve Sayıştay Denetimine Etkileri”, Sayıştay Dergisi, Sayı: 71 (Ekim-Aralık 2008), 3-22.

¹⁷ Nalbant, A. (2015) “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasal Bireysel Başvuru”, Anayasa Yargısı 32, 423-442.

¹⁸ Başpınar V. (2009), Mülkiyet Hakkını İhlal Eden Müdahaleler, Syf 101.

Alt norm, üst norma uygun olmalı ve keyfiyet içermemeli, en önemlisi de kamu yararı¹⁹ ilkesi göz ardı edilmemelidir²⁰.

Kentlerin oluşumunda en temel faktörlerden birisi de imar planlarıdır, imar planları onaylanmalarından sonra tek başına kamu yararı²¹ sayılmaktadır. Ancak planın kamu yararını içermesi mülkiyetin tevhit şartı ile kısıtlanabileceği anlamına gelmemektedir. Kentleşmenin en önemli araçlarından olan imar planları mülkiyeti evirmekte ve bu sayede kamusal donatı alanları ve kentsel alanlar²² birlikte oluşmaktadır. İmar planlarının yürürlüğünden sonra uygulanması zorunlu ve gönüllü²³ yöntemlerle yürütülmektedir. Gönüllü, yani talebe bağlı değişiklik işlemleri; ifraz, tevhit ve bedelsiz terk (İmar Kanunu 15. ve 16. maddeleri) işlemleridir. Zorunlu işlemler ise, 3194 sayılı İmar Kanunu'nun 18.maddesinde ifade edilen Arsa ve Arazi Düzenlemesi (AAD) ve kamulaştırma olarak bilinmektedir.

Problemin Tanımı ve Çalışmanın Amacı

Kentlerin en kıymetli ve görsel lokasyonlarında yer alan parsel artıkları nedeniyle, şehircilik estetiğine uygun olmayan ve hiçbir şekilde kullanılamayan taşınmazlar ortaya çıkmaktadır. Bu durum ilgili taşınmaz maliklerini mağdur ederken, yerel yönetimler ve yargıyı da sıkça meşgul etmektedir. Bu çalışmada söz konusu problem örnek vaka takdimleri eşliğinde araştırılarak, İmar Kanunu'nda hükme bağlanmış kurallarının işletilmesinde karşılaşılan sorunlar ve bu sorunların daha verimli ve adil kullanımına olanak sağlayacak yöntemleri içeren, çözüm önerileri geliştirilmesi amaçlanmıştır.

¹⁹ Bkn. Tekin A. (1991) "Kamu Yararı Kavramı Üzerine Düşünceler", Amme İdaresi Dergisi, Cilt:24, S:2, 1991, s.11. Kamu yararının objektif bir tanımı bulunmamakta, anılan kavram "zamana ve yere göre farklılık" göstermektedir.

²⁰ Bkn. Gözler, K., İdare Hukuku, Cilt: II, 2. Baskı, Ekin Kitabevi, Bursa, 2009, 996s. "men'i müdahale kararı neticesinde, yolun trafiğe kapanması, köprü, viyadük, tünel yahut bir hizmet binasının yıktırılması gibi, kamu hizmetini kesintiye uğratacak ve milli servetin zarar görmesine yol açabilecek durumlar ortaya çıkacaktır. Mülkiyet hakkının korunması adına bunların görmezden gelinmesi doğru değildir

²¹ Bkn. Kamulaştırma Kanunu 6.madde: Onaylı imar planına veya ilgili bakanlıklarca onaylı özel plan ve projesine göre yapılacak hizmetler için ayrıca kamu yararı kararı alınmasına ve onaylanmasına gerek yoktur.

²² Doebele WA (1986). Conceptual models of land readjustment in: Minerbi L, Nakamura P, Nitz K, Yanai J (eds) Land readjustment: the Japanese system, Oelgescelager. Gunn & Hain / Lincoln Institute of Land Policy, Boston, pp 81–96.

²³ Uzun B., (2009) "Using Land Readjustment Method as an Effective Urban Land Development Tool in Turkey", Survey Review, vol.41, pp.57-70.

Materyal ve Yöntem

3194 sayılı İmar Kanununun 15. maddesinde “İmar planı bulunan alanlarda, uygulama imar planına uygun olarak öncelikle parselasyon planının yapılması esastır. İmar planı bulunan alanlarda, ifraz ve tevhit işlemleri, parselasyon planı tescil edilmiş alanlarda yapılabilir. Parselasyon planı tescil edilmiş yerlerde yapılacak ifraz veya tevhidin imar planlarına ve imar mevzuatına uygun olması şarttır. Mevcut hâliyle yapılaşmaya elverişli olmayan imar parsellerinde; maliklerden birinin talebi üzerine veya doğrudan, parsel maliklerine kendi aralarında anlaşmaları için yapacağı tebliğden itibaren üç ay içerisinde maliklerce anlaşma sağlanamaması hâlinde, resen tevhit ve fiilî duruma göre ifraz yoluyla işlem yapmaya ilgili idare yetkilidir. İmar planlarında parsel cepheleri tayin edilmeyen yerlerde yapılacak ifrazların, asgari cephe genişlikleri ve büyüklükleri yönetmelikte belirtilen esaslara göre tespit edilir. İmar planı dışında kalan alanlarda yönetmeliklerinde tayin edilecek miktarlardan küçük ifrazlara izin verilmez.” hükmü yer almaktadır. Bilindiği üzere 15.madde 7181 sayılı kanunun 8.maddesi ile 04.07.2019’da değiştirilmiştir. Bu tarihten sonra, uygulama imar planı bulunan alanlarda önce AAD yapılması, ardından ifraz ve tevhit işlemleri yapılabilmesi zorunlu hale getirilmiştir. İmar Kanunu’nun 16. maddesinde “Belediye ve mücavir alan hudutları içindeki gayrimenkullerin re’sen veya müracaat üzerine tevhit veya ifrazı, bunlar üzerinde irtifak hakkı tesisi veya bu hakların terkinin, bu Kanun ve yönetmelik hükümlerine uygunluğu belediye encümenleri veya il idare kurullarınca onaylanır.” 17.maddesinde “ Belediye veya valilik, kendi malı olan veya imar planlarının tatbiki sonucu kamulaştırmadan artan parçalarla, istikameti değiştirilen veya kapanan yol ve meydanlarda hasıl olan sahalardan müstakil inşaata elverişli olmayan parçaları, bitişigindeki arsa veya bina sahibine bedel takdiri suretiyle satmak, gayrimenkul sahiplerinin yola giden yerlerden dolayı tahakkuk eden istihkaklarını bedel takdiri suretiyle değiştirmek ve komşu gayrimenkul sahibi takdir edilen bedelle satın almaktan imtina ederse, şüylendirip (ortaklaştırılıp) satmak suretiyle imar planına uygunluğunu temin eder.” 18.maddesinde ise “İmar hududu içinde bulunan binalı veya binasız arsa ve arazileri malikleri veya diğer hak sahiplerinin muvafakati aranmaksızın, birbirleri ile, yol fazlaları ile, kamu kurumlarına veya belediyelere ait bulunan yerlerle birleştirmeye, bunları yeniden imar planına uygun ada veya parsellere ayırmaya, müstakil, hisseli veya kat mülkiyeti esaslarına göre hak sahiplerine dağıtmaya ve re’sen tescil işlemlerini yaptırmaya belediyeler yetkilidir. Sözü edilen yerler belediye ve mücavir alan dışında ise yukarıda belirtilen yetkiler valilikçe kullanılır.” hükmü bulunmaktadır²⁴.

²⁴ Resmi Gazete, (1985a), İmar Kanunu, Başbakanlık Basımevi, 18749, 6677-6679, <http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.3194.pdf>.

Mülkiyet hakkının, üst ölçekli planlara uygun şekilde²⁵ hazırlanan uygulama imar planı yoluyla kısıtlanması kavramı son zamanlarda sıkça karşılaşılan bir kavramdır. İmar planının, imar programına uygun şekilde 5 yıllık süre içinde uygulanmayışı hukuki el atma sebebi olarak değerlendirilmektedir²⁶. Bu husus sadece Türk yargı sistemi için değil aynı zamanda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesince²⁷²⁸ de benimsenmiş ve kural haline gelmiştir. Bu hali ile 1956 yılında Türk hukuk sistemine giren “kamu-laştırmaz el atma kavramı”, planlı alanlarda planının uygulanmayışı ile mülkiyet hakkının kısıtlanmasını dahi kapsamıştır²⁹. Benzer şekilde plan ile bazı mülkiyetlerin tevhit şartlı olarak bırakılması da hukuki el atmaya sebebiyet verebilecek niteliktedir. İmar planı onayından itibaren kamu yararını içerse dahi, bu plana dayanılarak başka bir taşınmaz malikinin mülkiyet hakkının kısıtlanması hukuki el atmaya işaret eder niteliktedir. Bu hali ile hukuki el atma sebepleri ile planlı alanlarda tevhit şartının çözüm önerisi içermeyen durumu benzerlik göstermektedir.

Çalışma kapsamında irdelenen vaka takdimleri aşağıda sunulmuştur.

Örnek Uygulamalar

Örnek Uygulama 1:

Aşağıda görülen 21 nolu parsel, imar planından kaynaklı imar haklarının kullanılması için “18 nolu parsel ile tevhit edilmesi akabinde imar haklarının kullanılabilceği” yönünde tevhit şartı ile kısıtlı parsel konumundadır. Taşınmaz müşterek mülkiyet olarak 725,22 m² miktarlı “arsa” vasfı ile tescilli olmasına rağmen kısıtlılık sebebiyle tarım arazisi olarak kullanıldığı görülmektedir (Şekil 1).

²⁵ Ersoy, M. 2007. İmar Mevzuatımızda Planlama Kademeleri ve Üst Ölçek Planlama Sorunu. Bölgesel Kalkınma ve Yönetişim Sempozyumu, TEPAV, ODTÜ Mimarlık Fakültesi Yayını ss. 215-231.

²⁶ Çoruhlu Y.E., Uzun B., Yıldız O., 2019. Kamulaştırmaz Hukuki El Atma Kavramının İncelenmesi ve Muhtemel Çözüm Yaklaşımlarının Geliştirilmesi, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, cilt.11, ss.1-27.

²⁷ European Court of Human Rights, 1982. Case of Sporrang and Lönnroth v. Sweden, Application no. 7151/75; 7152/75.

²⁸ European Court of Human Rights, 2005. Case of Broniowski V. Poland, Applications nos: 31443/96.

²⁹ Giritli İ., Akgüner T., 1987. İdare Hukuku Dersleri II, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1987, s. 63. Bkn.16.5.1956 tarihli ve 1956/1 E. 1956/6 K. sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme kararı.



Şekil 1. İnceleme konusu taşınmazın ve çevresinin çeşitli yönlerden görünüşleri

Ayrıca taşınmaz üzerinde, Türkiye Elektrik Kurumu lehine irtifak hakkı tesis edilmiştir. Şekil 2’de taşınmaza ait, Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü (TKGM) Mekânsal Gayrimenkul Sisteminden (MEGSİS) elde edilen, sayısal kadastro verisi ve uydu görüntüsü birlikte sunulmaktadır.



Şekil 2. İnceleme konusu taşınmazın ve çevresinin kadastro planı ve uydu görüntüsü

Şekil 2’de sunulan görsellerden anlaşılacağı üzere; taşınmaz dikdörtgen şeklinde ve yola cephesi bulunmaktadır. Taşınmazın komşu parselleri olan 18, 20 ve 22 nolu parsellerdir. Taşınmaz malikleri; tevhit şartının ortadan kaldırılması gerektiğini, ya da farklı bir yöntemle taşınmazın şartsız ve koşulsuz imar planında tahsis edilmiş imar fonksiyonlarının kendilerine kullanılması gerektiğini talep etmişlerdir. Bu yöndeki taleplerinin ilgili Belediye tarafından reddedilmesini hukuka aykırı bulduklarını ifade etmişlerdir. Bu tevhit şartının, İdarenin hukuka aykırı eylemi niteliğinde olduğunu ve bununda Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun E: 2015/5662 ve K: 2010/651 sayılı ilamı ile örtüştüğünü ileri sürmüşlerdir. Yine İdarenin işleminin haksız eylem niteliğinde olduğunu belirtmişlerdir. Bu durumun kişisel yarar ile kamu yararı arasındaki dengeyi bozduğunu, mülkiyet hakkını kullanılmaz hale getirdiğini, sınırlamayı aşan ve hakkın özüne dokunan bir niteliğe dönüştüğüne vurgu yapmışlardır. Yine bu durumun Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 1 nolu Ek Protokolünün 1.maddesinin 1.bendinde ifade edilen mülkiyet hakkı edinme özgürlüğü ve bunun kamu yararı harici kısıtlanmayacağı ilkesine de aykırı olduğu değerlendirilmiştir.

Söz konusu bölgede imar planı yapıldıktan sonra AAD ile re’sen 21 nolu parselin oluşturulduğu anlaşılmaktadır. 18 nolu parsel ise 13 nolu parselin, İmar Kanunu’nun 15.ve 16.madde uygulaması ile talebe bağlı olarak, ifrazından oluşturulduğu anlaşılmaktadır (Şekil 3).

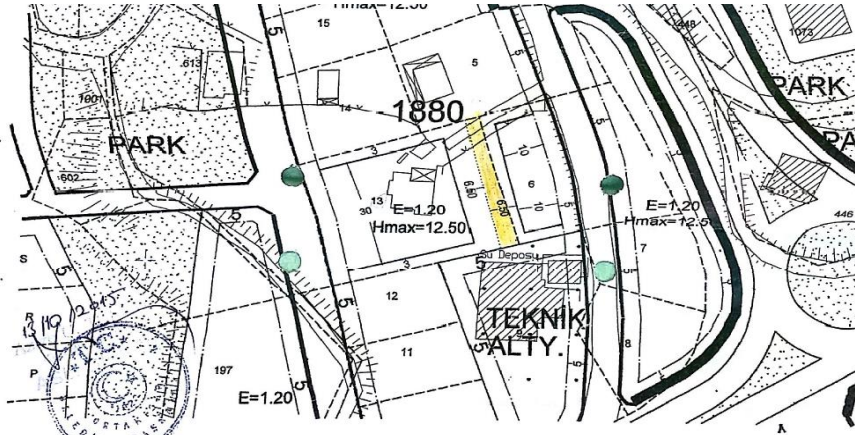


Şekil 3. Kadastro plan örneği

Diğer taraftan 13 nolu parsel ile ilgili düzenlenen imar durumunda, bu parselin inşaat izni alabilmesi Şekil 4'te sarı renkli bölgenin ifraz edilerek bitişik parselde birleştirilmesi gereği ilgili belediye tarafından koşul olarak ileri sürülmüştür. İmar planındaki yapılaşma şartlarına bakıldığında; emsal inşaat alanının hesaplanmasına esas E:1.20 olarak (KAKS) verilmiştir. Bu da imar parselinin 1.20 katı kadar toplam inşaat imalatının yapılabileceği anlamına gelmektedir. Yine imar durumundan toplam 4 kat imar izni, H en çok olarak 12,50 metre bina yüksekliğine karşılık gelmektedir. Ayrıca imar planında ayrıık nizam yapılaşma koşuluna göre ön bahçe mesafelerinde 5 m, yan bahçe mesafelerinde 3 m olması gerekmektedir. Yine 2006 tarihli imar durumunda incelemeye konu olan 18 nolu parsel üzerinde temsili bir yapı olduğu görülmektedir. Bu yapının inşa edilmesi için, Planlı Alanlar Tip İmar Yönetmeliği 17.maddesinde³⁰ belirtilen, arka bahçe mesafesi koşulu $12,50/2 = 6,25$ metrelik mesafenin sağlanması

³⁰ Örnek Uygulama 1, mülga imar yönetmeliği yürürlükte iken yapıldığından bu yönetmeliğe atıfta bulunulmuştur. Planlı Alanlar Tip İmar Yönetmeliği, yürürlükten kaldırılmış ve Planlı Alanlar İmar Yönetmeliği yürürlüğe konulmuş olup, mülga yönetmeliğin 17.maddesindeki hususlar, mer'i yönetmeliğin 6.maddesinde düzenlenmiştir. Bkz.: Resmi Gazete, 2017, Başbakanlık Basımevi, 30113, <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2017/07/20170703-8.htm>.

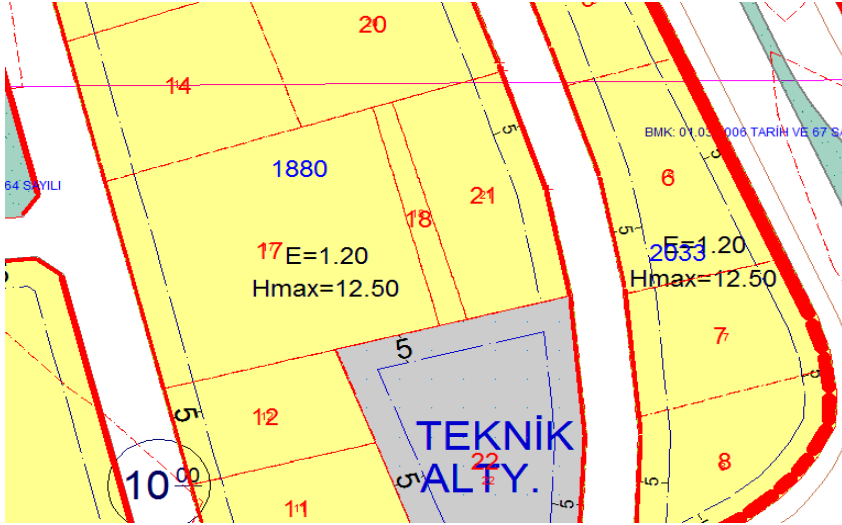
gerekmektedir. Bu koşulda ancak sarı renkle boyalı alanın ifraz edilerek incelemeye konu olan 18 nolu parsel ile birleştirilerek sağlanacağı anlaşılmaktadır. 18 nolu parselin 21 nolu parsel ile tevhit edilmeden, 21 nolu parsel ile yapılaşma izni verilmesi durumunda 18 nolu parsel artık bir parsel niteliğinde hiçbir durumda yapılaşma izni olmayan ve yola cephesi olmayan bir parsel olarak kalacaktır. Bu durum ne İmar Kanunu ne de Planlı Alanlar İmar Yönetmeliği³¹ ile örtüşmektedir. Benzer şekilde 21 nolu parsel imar paftasında yapı adası içinde kalıyor gibi gözükse dahi, bu parsel tek başına parsel derinliği olarak planın öngördüğü asgari derinlik şartı olan 6.25 metre şartını sağlamamaktadır.



- 13 Nolu parsel, boyalı kısımları 6 Nolu parsel ile bırakmak şartı ile ada içinde yazılan nizam ve aşağıdaki şartlarına izin verilir.

12.05.2006 tarihli ve 2006/2642 sayılı dosyada bulunan imar durum belgesi

³¹ Resmi Gazete, (1985b), Planlı Alanlar Tip İmar Yönetmeliği, Başbakanlık Basımevi, 18916 mükerrer, <http://www.mevzuat.gov.tr/Metin.Aspx?MevzuatKod=7.5.4877&MevzuatIliski=0>.



1/1000'lik revizyon imar planı (güncel)

Şekil 4. Taşınmazın 1/1000'lik uygulama imar (eski) ve revizyon imar planı (güncel)

Örnek Uygulama 2:

İkinci örnek uygulama kamulaştırma artığı parşel (22 ada 35 parşel) sebebiyle yapılaşamayan 22/30, 31, 32, 33 ve 34 nolu parşelleri kapsamaktadır (Şekil 4). Söz konusu parşeller plan kapsamında kalmakla birlikte, uzun yıllar imar uygulamasına tabi olmadıkları için vasıfları fındık bahçesi vb tarımsal nitelik taşıyan ham kadastro parşeli olarak kalmışlardır. Taşınmazların etrafındaki alanlarda ise talebe bağlı olarak yapılan imar faaliyetleri ile yapılaşma tamamlanmış, hatta kat mülkiyeti tesis edilmiştir. Kamulaştırma artığı 22 ada 35 nolu parşel tapu sicilinde müşterek/iştirak mülkiyette olup, yapılması gereken intikallerle birlikte yaklaşık 60 kişinin hissedar olacağı bir parşel niteliğindedir. Ayrıca bu parşel üzerinde çeşitli tarihlerde tesis edilmiş ve bir kısmı kamu alacağı niteliğinde olan hacizler bulunmaktadır. Bu niteliği sebebiyle bu taşınmazın talebe bağlı olarak ifraz, tevhit gibi işlemler ile tasarrufa konu edilmesi pek mümkün görülmemektedir. Nitekim kadastronun kesinleştiği 1988 yılından beri bahsi geçen işlemlerin yapılmadığı anlaşılmaktadır. Sonuç olarak uygulama imar planı 35 nolu parşeli (tarla vasıflı 171,44 m²), güneyinde bulunan 30, 31, 32, 33, 34 nolu parşellere tevhit şartlı olarak tanımlamıştır. Ayrıca, söz konusu bölgede tevhit şartlı olarak 22 ada 38 ve 57 nolu parşeller de dikkati çekmektedir (Şekil 5).

Konu ile ilgili olarak 3194 sayılı İmar Kanunu'nun 16.maddesi kapsamında 30, 31, 32, 33, 34 ve 35 nolu parşellerin hepsi birden tevhit ve ifraz edilerek imara uygun

parsel oluşturulabilir. Ancak, 35 nolu parselin çok hisseli ve üzerindeki tasarrufu kısıtlayıcı birçok şerh bulunması nedeniyle konunun bu şekilde çözümü pek mümkün ve hakkaniyetli olmayabilir.

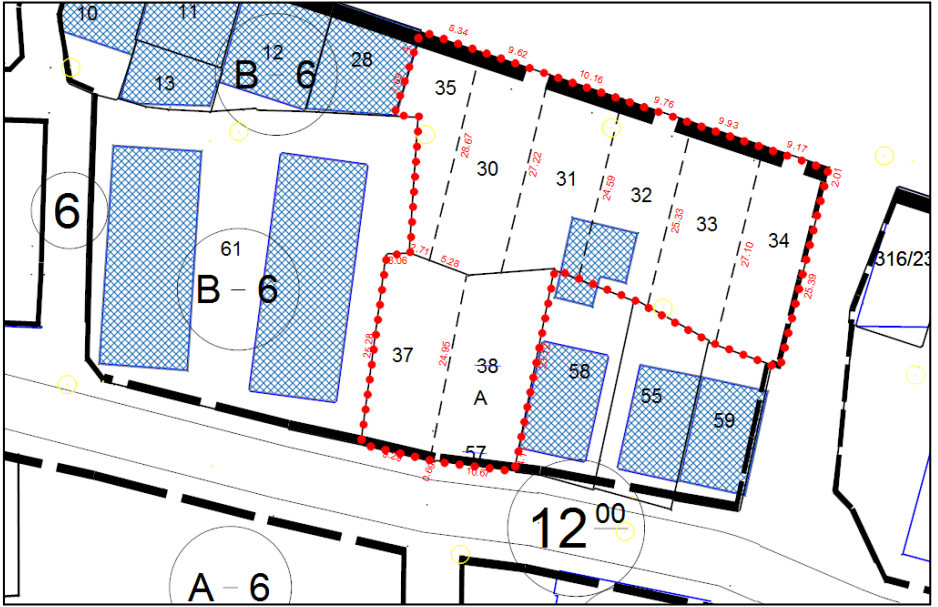
Bu parsellerde yapılması gereken, söz konusu parsellerin birlikte ele alınarak yeni bir düzenleme, yani re'sen imar uygulaması (AAD) yapılmasıdır. Bilindiği üzere bu tür imar uygulamaları en az imar adası büyüklüğünde alanlarda gerçekleştirilmektedir. Bu özelliği sebebiyle "Ada Tatbikatı" olarak tanımlanmaktadır. Ancak tevhit şartı sebebiyle ruhsat alamayan taşınmazların çevresinde bulunan taşınmazların talebe bağlı işlemlerle imar parseline dönüştükleri, hatta mülkiyetin son evresi olan kat mülkiyetine dönüştürülmüş oldukları görülmektedir. Bu nedenle bu parselleri içine alacak şekilde parselasyon haritası yapılması bu alanlarda yeni mülkiyet sorunlarına yol açacağı öngörülmelidir.



Şekil 5. İncelenen taşınmazların uydu görüntüsüne işlenmiş kadastral durumu ve yapılaşması

İmar Kanununun 18 İnci Maddesi Uyarınca Yapılacak Arazi ve Arsa Düzenlenmesi ile İlgili Esaslar Hakkında Yönetmeliğin düzenleme sahalarının tespitini düzenleyen 5nci maddesinde şu hüküm bulunmaktadır. "...Belirlenen düzenleme sahası bir müstakil imar adasından daha küçük olamaz. Ancak, imar adasının büyük bir kısmının

imar mevzuatına uygun bir şekilde teşekkül etmiş olması nedeniyle, yeniden düzenlenmesine ihtiyaç bulunmaması ve diğer kısmında birkaç taşınmaz malın tevhit ve ifraz yoluyla imar plânı ve imar mevzuatına uygun imar parsellerinin elde edilmesinin mümkün olduğu hallerde, adanın geri kalan kadastro parselleri müstakil bir imar düzenlenmesine konu teşkil edebilir.³² Bu hüküm sadece sorunlu bu tip alanlarda düzenleme yapılmasını sağlamaktadır. Buna göre yukarıda sunulan hüküm çerçevesinde Şekil 6'da sunulan ve imar adasını kısmen kapsayan parsel bazında düzenleme sahası belirlenmelidir. Böylece imar adasının bir bölümünde hakim olan tevhit şartlı parseller sorunu çözülürken, adanın kalan kısmında kat mülkiyeti kurulu parseller sürece dahil edilmeyecektir.



Şekil 6. Öneri parselasyon planı düzenleme sınırı

³² Resmi Gazete, (1985c), İmar Kanununun 18 İnci Maddesi Uyarınca Yapılacak Arazi ve Arsa Düzenlenmesi ile İlgili Esaslar Hakkında Yönetmelik, 18916, <http://www.mevzuat.gov.tr/Metin.Aspx?MevzuatKod=7.5.4878&MevzuatIliski=0&sourceXmlSearch>.

Örnek Emsal Yargı Kararları

Örnek Karar 1:

Danıştay Başkanlığı'nın konuya ilişkin kararlarından yapılan araştırmada, İstanbul 1. İdare Mahkemesi'nin 16.6.1999 günlü, E:1997/1434, K:1999/819 sayılı kararı dikkat çekmektedir. Bu kararın usul ve yasaya aykırı olduğu gerekçesiyle bozulması Danıştay 6. Dairesinden istenilmiştir. Bu isteme yönelik Danıştay 6. Dairesi'nin kararının genel çerçevesi özetlenerek aşağıda sunulmuştur:

*Konu:*1332 ada, 4 parsel sayılı davacılara ait taşınmazın komşu 12 nolu parsel ile tevhit edilmeden inşaat izni verilemeyeceği yolunda idare tarafından tesis edilen işleminin iptali istemiyle açılmıştır.

Temyiz Gerekçesi: Davacılara ait 330 m² büyüklüğündeki 4 nolu parsel imar planına göre yapılaşmaya uygun büyüklükte olmasına rağmen, 23 m² yüzölçümündeki komşu 12 nolu parsel tek başına inşaat yapılmasına uygun büyüklükte değildir. 12 nolu parselin diğer tarafına komşu durumda olan 11 nolu parselin yapılaşmış olması nedeniyle, bu parselin yapılaşması için tek seçeneğin davacıların parseli ile tevhit edilmesi gerektiği anlaşıldığından, işlemde hukuka aykırılık görülmediği gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş, bu karar davacılar tarafından temyiz edilmiştir.

Karar ve Gerekçesi: Dosyada kapsamından, davacılara ait 4 nolu parselin imar planında H en çok:12.50 m irtifalı blok nizam konut alanında kaldığı ve müstakil inşaat yapılmasına elverişli durumda olduğu, komşu 12 nolu parselin bloklar arası bahçe sahasında kaldığı ve 23 m² lik bu parselin inşaat yapılmasına uygun büyüklükte olmadığı, yörenin 1/5000 ölçekli nazım imar planı ve 1/500 ölçekli merkez imar planı lejantlarında tevhit koşulları ile ilgili kayda rastlanılmadığı, ayrıca, parsellerin bulunduğu bölgede AAD uyarınca parselasyon işlemi tesis edilmesi mümkün olmasına rağmen bu yolda bir çalışma yapılmadığı anlaşılmaktadır. Bu durumda, yapılaşmaya elverişli olan davacılara ait taşınmaz üzerine inşaat yapılması için izin verilmesi yolundaki istemin, komşu parselin konumundan bahisle ve imar planında tevhide ilişkin bir koşul öngörülmemiş olmasına rağmen tevhit şartı aranarak reddedilmesinde hukuka uyarlık bulunmadığından, idare mahkemesince davanın reddedilmesinde isabet görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle İstanbul 1. İdare Mahkemesinin 16.6.1999 günlü, E:1997/1434, K:1999/819 sayılı kararının bozulmasına, dosyanın adı geçen mahkemeye gönderilmesine 26.4.2000 gününde oybirliğiyle karar verildi³³.

³³ URL-3, (2017) Danıştay Başkanlığı Emsal Karar Sorgulama Servisi, <http://emsal.danistay.uyp.gov.tr/BilgiBankasiIstemciWeb/>, 20.04.2017.

Örnek Karar 2:

Danıştay Başkanlığı'nın konuya ilişkin diğer bir kararı İstanbul 1. İdare Mahkemesinin 31.3.1997 günlü, E:1996/306 K:1997/372 sayılı kararı üzerinde Danıştay 6. Dairesi tarafından kurulan hüküm özetlenerek ara başlıklar halinde aşağıda sunulmuştur:

Konu: Dava, davacının maliki olduğu 3 parsel ile 4 sayılı parsel için konulan tevhit şartının kaldırılması, bunun mümkün olmaması halinde 15-20 m² yüzölçümlü 4 nolu parselin kamulaştırılarak İmar Kanunu'nun 17. maddesi uyarınca kendisine satılması için yaptığı başvurunun reddine ilişkin 16.2.1996 günlü, 637 sayılı işlemin iptali istemine ilişkindir.

İdare Mahkemesinin Kararı ve Gerekçesi: İdare mahkemesince; davalı idarece 3194 sayılı Kanun'un 17. maddesi uyarınca yapılacak herhangi bir işlemin bulunmadığı belirtilerek davacının başvurusunun reddedildiği, 2981 sayılı Yasa ile getirilen ve ilgili yönetmelikte tanımlanan ıslah imar planlarının ve bu planların uygulanmasına yönelik işlemlerin amacının düzensiz ve sağlıksız biçimde oluşmuş yapı topluluklarının bulunduğu alanlarda ve yerleşme alanı olan veya olabilecek yerlerde dengeli, düzenli, sağlıklı gelişmenin yönlendirilmesini mevcut durumun da dikkate alınarak sağlanması olduğu, ıslah imar planında ve uygulanmasında ana ilke mevcudun korunması ve sağlıklı bir yerleşim temini olup bunun sağlanabilmesi için belediye ve valiliklerin gerekli düzenleme veya düzeltmeleri yapabileceklerinin tabii olduğu, ıslah imar planı ve uygulanması yapıldığında imar parseli oluşturmak idarenin görevi olup, 2981 sayılı yasa kapsamında uygulama ile çözüm üretmek gerekirken sadece tevhit şartı koyarak ihtilafların çözümünün parsel maliklerine bırakılarak çözümsüzlük üretecek şekilde işlem tesisinde anılan yasal düzenlemeler karşısında hukuka uyarlık bulunmadığı gerekçeyle işlemin iptaline karar verilmiş, karar davalı idare vekilince temyiz edilmiştir.

Karar ve Gerekçesi: 3194 sayılı Kanununun 17. maddesinde, belediye veya valilik kendi malı olan veya imar planlarının tatbiki sonucu kamulaştırmadan artan parçalarla, istikameti değiştirilen veya kapanan yol veya meydanlarda hasıl olan sahalardan müstakil inşaaata elverişli olmayan parçaların imar planına uygunluğunun sağlanması amacıyla bitişindeki arsa veya bina sahibine bedel takdiri suretiyle satışının yapılabileceği öngörülmüştür. Anılan maddede imar planına uygunluğun sağlanması amacıyla müstakil inşaaata elverişli olmayan belediyeye ait taşınmazların bitişindeki arsa veya bina sahibine bedel takdiri suretiyle satışının yapılabileceği hükme bağlanmıştır.

Uyuşmazlık konusu olayda, 3 parsel sayılı taşınmazın maliki olan davacı, kendi taşınmazı ile tevhit şartı konulan 4 sayılı parselin yukarıda anılan yasa hükmüne göre kendisine satışının yapılması için başvuruda bulunmuştur. Ancak, yoldan arta kalan 4 sayılı parselin özel mülk olması nedeniyle 3194 sayılı yasanın 17. maddesi uyarınca

işlem tesis edilme olanağı bulunmamaktadır. Ayrıca uyuşmazlık konusu taşınmazı da kapsayan alanda;

- İmar planı uyarınca parselasyon işlemi yapıp yapılmadığı,
 - İmar planı veya imar durum belgesi veya başka idari bir işlemle anılan taşınmaza tevhit şartı getirilip getirilmediği,
 - Tevhit şartı imar planı ile getirilmiş ise tevhit şartının kaldırılmasına ilişkin başvurunun imar planı değişikliği istemi olarak,
 - Tevhit şartı imar durum belgesi veya başka bir idari işlemle getirilmiş ise davacı isteminin bu işlemlerin iptali istemi olarak değerlendirilmesi gerektiğinden,
- bu hususların incelendikten sonra yeniden karar verilmesi gerektiğinden eksik incelemeye dayalı idare mahkemesi kararında isabet görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle İstanbul 1. İdare Mahkemesinin 31.3.1997 günlü E:1996/306, K:1997/372 sayılı kararının bozulmasına dosyanın adı geçen mahkemeye gönderilmesine 18.11.1998 gününde oybirliğiyle karar verildi.”³⁴.

TARTIŞMA

Yerel yönetimler tarafından plan uygulama yöntemleri olarak günümüze kadar, AAD’ne istinaden re’sen düzenlenen parselasyon haritaları yerine, talebe bağlı olarak aynı Kanun’un 15. ve 16. maddelerine göre düzenlenen parselasyon niteliğindeki haritalar (ifraz, tevhit, terk vb) sıkça tercih edilen yöntemlerden biriydi. Ancak, İmar Kanunu’nun 15.maddesi 7181 sayılı kanunun 8.maddesi ile 04.07.2019’da değiştirilmiştir. Buna göre, uygulama imar planı bulunan alanlarda önce AAD yapılması, ardından talebe bağlı değişiklik işlemlerinin yapılabileceği zorunlu hale gelmiştir. AAD, bütüncül yaklaşımla planın uygulandığı, plandaki nimet-külfet dengesinin nispeten adil bir şekilde paylaştırıldığı bir yöntemdir. Plan uygulama yöntemi olarak doğrudan İmar Kanunu’nun 15. ve 16. maddelerinin uygulanması, imar fonksiyonları itibarı ile yapılaşmaya uygun yerlere rastlayan mülkiyet sahiplerine planın nimet kısmını paylaştırırken, kamu alanlarına isabet eden taşınmaz maliklerine ise planın külfet tarafını yüklemektedir^{35,36}. Adaletli ve hakkaniyetli bir şekilde doğal eşiklerin dikkate alındığı ve uygulama etaplarının imar programı ile önceden belirlenerek zaman çizelgesine

³⁴ URL-3, (2017) Danıştay Başkanlığı Emsal Karar Sorgulama Servisi, <http://emsal.danistay.uyap.gov.tr/BilgiBankasiIstemciWeb/>, 20.04.2017.

³⁵ Uzun B., (2009) "Using Land Readjustment Method as an Effective Urban Land Development Tool in Turkey", Survey Review, vol.41, pp.57-70.

³⁶ Çoruhlu Y.E., Demir O., (2013) "Vakıf Taşınmazlarda Arsa ve Arazi Düzenlemesi Sürecinin İncelenmesi", Ankara Barosu Dergisi, cilt.71, ss.57-83.

bağlandığı imar uygulamaları ile yürütülen işlemlerde bu denge daha uygun bir şekilde sağlanabilmektedir. Aksi uygulamalar, imar planının uygulanmamasından kaynaklı hukuki el atma varlığıyla³⁷ eş anlama gelebilir.

Tevhit şartı ile kısıtlanan parseller yerel yönetimlerce göz ardı edilmiş taşınmazlar olarak değerlendirilebilir. Bunlar gerek AAD ile re'sen yapılan uygulamalar sonucu üretilen tevhit şartlı parseller olabileceği gibi kadastro parseli niteliği ile imar planından kaynaklanan fonksiyonlar ile kısmen veya tamamen tevhit şartlı olarak da karşımıza çıkabilir.

Uygulamada çok değişik tevhit şartlı parsellere, çok farklı yargı kararlarına ve çözüm yaklaşımlarına rastlanmaktadır. Çalışmada; örnek uygulamalar ve emsal kararlar birlikte incelenmiş, bir iş akış modeli geliştirilmesi amaçlanmıştır. Bunun gerçekleştirilmesi amacıyla yargı kararlarının hangi ifade ve araştırmalar ile hüküm kurduğu veya hüküm kurması gerektiğini alt derece mahkemelere ilettiğini ortaya koymak faydalı olacaktır. Buna uygun olarak yukarıda yargı kararları başta olmak üzere tablo 1 ile sunulan şu hususlara dikkat çekildiği değerlendirilmektedir.

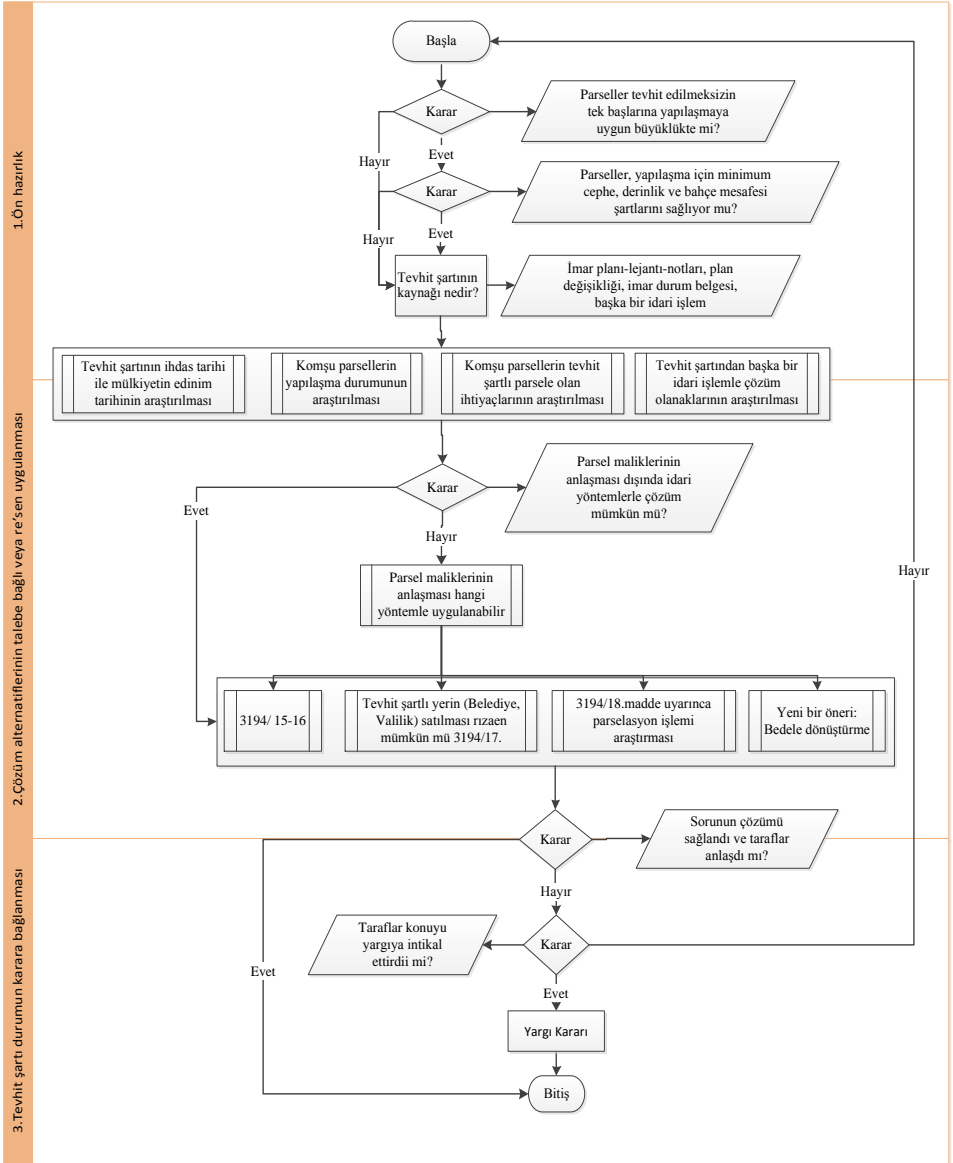
Tablo 1 Yargı kararlarında üzerinde durulan ifadeler

Parseller tevhit edilmeksizin tek başlarına yapılaşmaya uygun büyüklükte mi?
Parseller, yapılaşma için minimum cephe, derinlik ve bahçe mesafelerini sağlıyor mu?
Tevhit şartının kaynağı nedir? (<i>imar planı-lejanti-notları, plan değişikliği, imar durum belgesi, başka bir idari işlem</i>)
Tevhit şartının ihdas tarihi ile mülkiyetin edinim tarihinin araştırılması.
Komşu parsellerin yapılaşma durumunun araştırılması.
Komşu parsellerin tevhit şartlı parsel olan ihtiyaçlarının araştırılması.
Tevhit şartından başka bir idari işlemle çözüm olanağı varlığının araştırılması
Parsel maliklerinin talebi dışında idari yöntemlerle çözüm mümkün mü?
İdari çözüm için yerel yönetimi zorlayıcı kamu yararı var mı?

³⁷ Çoruhlu Y.E., Uzun B., Yıldız O., 2019. Kamulaştırmaz Hukuki El Atma Kavramının İncelenmesi ve Muhtemel Çözüm Yaklaşımlarının Geliştirilmesi, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, cilt.11, ss.1-27.

Yukarıdaki tüm veriler birlikte ele alınmış ve şekil 7 ile sunulan iş akış diyagramı geliştirilmiştir. İş akışında yeni bir çözüm olarak bedele dönüştürme hususu da ele alınmıştır. Bu yaklaşımda; tek başına yapılaşma izni olmayan büyük parselin, daha küçük olan parselde yükümlü bırakılmaması esastır. Bu gibi durumlarda küçük parselin Kamulaştırma Kanununa³⁸ göre bedele dönüştürülerek satılması önerilmektedir. Parsel maliklerinin anlaşması durumunda belirlenen bedel üzerinden satış işlemi gerçekleştirilecektir. Bu alım işlemi, imar planı ve tevhit şartını ortaya koyan Belediye tarafından yapıp ardından diğer parsel malikine satış yoluyla tamamlanabilir. Tarafların anlaşamaması durumunda ise mahkeme kararı ile tevhit şartı sorunu çözülebilecektir.

³⁸ Resmi Gazete, (1983) Kamulaştırma Kanunu, Başbakanlık Basımevi 18215, 6203-6218-6, <http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.2942.pdf>.



Şekil 7. Tevhit şartlı taşınmazlarda izlenmesi önerilen iş akışı

Şekilden de görüldüğü üzere iş akışı 3 temel atılıkla ele alınmıştır. Bunlardan birincisi olan ön hazırlık olarak nitelendirilen aşama şu şekilde tasnif edilir. Parseller tevhit edilmeksizin tek başlarına yapılaşmaya uygun büyüklükte mi? Parseller, yapılaşma için minimum cephe, derinlik ve bahçe mesafesi şartlarını sağlıyor mu? Tevhit şartının kaynağının ne olduğunun araştırılması, imar planı-lejanti-notları mı? Plan değişikliği mi? Parsel maliklerine verilen resmi imar durum belgesi mi? veya başka bir

idari işlem veya resmi belge mi? Bu bölüm daha çok uygulayıcı olan idareler tarafından ele alınması ve mutlak suretle tartışılması gereken bilgileri kapsamaktadır.

Ön hazırlık aşamasının diğer başlıkları ise “tevhit şartının ihdas tarihi ile mülkiyetin edinim tarihinin araştırılması”, “Komşu parsellerin yapılaşma durumunun araştırılması”, “Komşu parsellerin tevhit şartlı parsel olan ihtiyaçlarının araştırılması” ve “Tevhit şartından başka bir idari işlemle çözüm olanaklarının araştırılması” işlemleridir. Bu işlemler hem uygulayıcı olan idare ve hem de taşınmaz malikleri tarafından ele alınabilir.

İkinci aşama olarak tanımlanan çözüm alternatiflerinin talebe bağlı veya re’sen uygulanması başlığı ise şu şekilde ele alınmıştır. Parsel maliklerinin anlaşması durumunda veya sorunun idari yöntemlerle ele alınması durumunda izlenecek işlem adımları sıralanmıştır. Ancak bu sıralama parsel maliklerinin İmar Kanunu’nun 15-16. maddelerinin uygulamalarını yaptırmak üzere anlaşması dışında yine idari işlemlerle çözülecek niteliktedir. Şöyle ki; 17.madde ile ele alınan tevhit şartlı parselin satılması işlemi idari bir işlem olup idareyi hukuki olarak bu işleme yargı yolu olmaksızın zorunlu kılan bir düzenleme olmayıp idareye izleyebileceği yolu tarif eden bir yaklaşımdır. Ya da parsel maliklerinin AAD ile anlaşmaya varması da yine idareyi bu uygulamayı yapması yönünde bir zorlama veya yasal düzenleme olmadığından bağlamayabilir.

Son olarak tevhit şartı kısıtının karara bağlanması aşamasında ise yukarıda verilen iş akışındaki çözüm yaklaşımlarından herhangi bir tanesi ile anlaşma sağlanamaması durumunda tek çözüm yargı yoluna başvurulmasıdır. Her ne kadar iş akışının içinde yargı kararı ifade edilmiş olsa bile son zamanlarda kamuoyunda sıkça gündeme gelen ombudsmanlık yani arabuluculuk müessesesi bu aşamada tartışılmalıdır.

SONUÇ VE ÖNERİLER

Çalışma ile tevhit şartı konusunda gerek imar planı uygulaması ile gerekse talebe bağlı işlemlerle getirilen kısıtlılıklar ortaya konulmuştur. Bu kısıtlar hem re’sen ve hem de parsel maliklerinin rızai uygulamaları ile çözülebilmektedir. Ancak bu çözüm için teknik alternatifleri içinde barındıran hukuki altyapıya sahip bir yol haritası mevcut değildir. Bu çalışma ile tevhit şartı konusunda ortaya konulan iş akışı içinde önerilen bedele dönüştürme alternatifi birlikte ele alınarak değerlendirilmelidir. Ayrıca bu sürecin bir zaman çizelgesine bağlanması da düşünülmelidir. Bu sayede anayasal olarak güvence altına alınan mülkiyet hakkı ve imar planından gelen imar hakları birbiri ile eşgüdüm içinde kullanılabilir. Böylece, hukuki el atmaya varan sonuçlar doğurabilen imar planının uygulanmaması durumunda dahi çözüm alternatifleri sıralanabilir.

Öncelikli olarak imar programlarının mevzuata uygun şekilde hazırlanması ile AAD neticesinde tatbik edilmesi beklenmektedir. Zaten İmar Kanunu’nun 15.maddesi

7181 sayılı kanunun 8.maddesi ile 04.07.2019'da yapılan değişiklik de buna işaret etmektedir. Uygulama yaparken tevhit şartı olmayacak şekilde imar parseli üretilmesi esas alınmalıdır. AAD dışında, kamulaştırma veya talebe bağlı değişiklik işlemleri ile de planlar uygulanabilmektedir. Bazı durumlarda kamulaştırma artığı olarak kalan parseller nedeniyle veya uygulamadan önceki yapılaşmadan dolayı tevhit şartlı parsel üretmek zorunluluğu oluşabilmektedir. Bu tip tevhit şartlı parseller, talebe bağlı değişiklik işlemleri ile imar planının ihdası sırasında; imar durum belgesi verilmesi, imar planı lejantı veya plan notları ile yönetilmektedir. Ayrıca, bazı tevhit şartlarının tapu siciline bir kısıt/ takyidat olarak tescil edildiği de bilinmektedir. Çoğu zaman tevhit şartlı parsel malikleri ile bu taşınmazlardan etkilenen 3.kişilere konunun çözümü ile ilgili alternatif yaklaşımlar sunulmamaktadır. Bu durum uluslararası hukuk ve iç hukuk ile güvence altına alınan mülkiyet hakkı ve bu hakkın "herkese karşı ileri sürülebilecek olması ilkesi" ile örtüşmemektedir.

Bilindiği üzere uygulamada parsellerin tevhibi konusu genellikle kentin yerleşik alanlarında ve yapılaşmayı büyük oranda tamamlamış yapı adalarında ortaya çıkmaktadır. Fakat AAD ile üretilen parsellerin "tamamının hisseli veya müstakil olmasına bakılmaksızın doğrudan yapılaşmaya hazır olması gerekliliği" kuralı göz ardı edilerek bazı parsellere komşu parsellerle tevhit şartı getirildiği de yukarıda arz ve izah edilmiştir. AAD ile düzgün geometride, tüm şehircilik faaliyetlerinden istifade edebilecek, kısıtsız parseller üretilmesi beklenirken, tevhit şartlı parsel üretilmesi son derece yanlış ve mülkiyet hakkını kısıtlar niteliktedir. Bu nedenle yapılacak bir yasal düzenleme ile tevhit şartlı parsel üretilmesi yasaklanabilir.

Yukarıda sunulan iş akışı mutlaka zamansal anlamda da bir kurala bağlanarak yasal anlamda güvence altına alınan mülkiyet hakkının kullanılabilmesi için tevhit şartının bir ayak bağı olmaktan çıkartılması sonucunu da doğuracaktır. Yukarıda örnek uygulama 2 ile verilen AAD çözümü ayrıca ele alınmalıdır. Gerek tevhit şartlı parsellerdeki mülkiyet ve imar sorunlarının giderilmesi ve gerekse de uygulama ile ilgili olarak ortaya konulması gereken bazı hususlar bu tip sorunların çözmede etkili olabilir. AAD sonucunda üretilen parsellerin mevzuata uyarlı ve kısıtsız olarak ebatlandırılması için yetkin bir komisyon kurulması ve bu komisyonunun her bir parsel için "kadastro tutanağı" gibi bir rapor hazırlaması çok faydalı olacaktır. Şöyle ki AAD'nin subjektif bir işlem olması nedeniyle düzenlemeden etkilenen parsel maliklerine 7201 sayılı Tebligat Kanunu hükümlerine göre tebligat yapılmadığı sürece bu maliklerin zamansal olarak hak düşürücü süreye tabi olmadan dava açma hakları olması, imar haklarının her an bozulma tehdidi ile hukuki güvenceden yoksun kalmasına sebep olabilmektedir. Bunu önlemek amacıyla yukarıda önerilen komisyon kararının yargısal de-

netim aşamasında uyumsuzluğun çözümüne önemli katkı sağlayacağı düşünülmektedir. Bu bağlamda “AAD sonucu üretilen parselasyon haritası raporuyla bir bütündür.” ifadesinin bir hüküm olarak mevzuata getirilmesinin yararlı olacağı düşünülmektedir.

Özellikle ortaya konulan iş akışı modelinde ikinci aşama olarak tanımlanan çözüm alternatiflerinin talebe bağlı veya re’sen uygulanması başlığı mutlaka bir zaman çizelgesine bağlanarak yasallaştırılmalı. Tevhit şartına konu olay, taşınmazın niteliğine uygun meslek disiplini mensuplarınca raporlanmalı. Arından tarafların belirlenen süre içinde anlaşması beklenmeli. Anlaşma sağlanması durumunda tevhit şartı ortadan kaldırılacaktır. Anlaşma olmadığı durumda, idarenin yetkisi ile tevhit şartlı parsel satın alınmalı veya kamulaştırılmalı. Ardından tevhit şartı ile kısıtlanan diğer parsel maliki, idare tasarrufundaki taşınmazı satın almalıdır.

Tüm bu önerilerin yanında radikal bir çözüm olarak kentlerin ada bazında parselenmesi yerine ada içinde “tek ada tek parsel” yaklaşımı ile tevhit yolunun terk edilmesi önerilmektedir. Ancak böylesi bir yaklaşımla imar hukukunun parsel hapsedilmemesi sağlanabilir.

KAYNAKLAR

- BAŞPINAR V., (2009). Mülkiyet Hakkını İhlal Eden Müdahaleler, Syf 101.
- BRUCE, J. W. 1998. Tenure Brief, Review of Tenure Terminology, Land Tenure Center, An Institute for Research and Education on Social Structure, Rural Institutions, Resource Use, and Development, University of Wisconsin, 8 pages, Madison.
- ÇORUHLU Y.E., DEMİR O., 2013. Vakıf Taşınmazlarda Arsa ve Arazi Düzenlemesi Sürecinin İncelenmesi, Ankara Barosu Dergisi, c.71, ss.57-83.
- ÇORUHLU Y.E., DEMİR O., YILDIZ O., 2015. 3B Kadastro Nesnesi: Hava Hakkı ve Kat Mülkiyetine Yönelik Gelişim Süreci Analizi, Ankara Barosu Dergisi, c.73, ss.397-420.
- ÇORUHLU Y.E., UZUN B., YILDIZ O., (2019). Kamulaştırmaz Hukuki El Atma Kavramının İncelenmesi ve Muhtemel Çözüm Yaklaşımlarının Geliştirilmesi, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, cilt.11, ss.1-27.
- DALE, P. F. ve MCLAUGHLIN, J. D. 1999. Land Administration, Oxford University Press, New York, ISBN: 0-19-823390-6, 169 pages.
- DOEBELE WA (1986). Conceptual models of land readjustment in: Minerbi L, Nakamura P, Nitz K, Yanai J (eds) Land readjustment: the Japanese system, Oelgescelager. Gunn & Hain / Lincoln Institute of Land Policy, Boston, pp 81–96.
- EREN F., (2012). Mülkiyet Hukuku, Yetkin Yayınları, 2. Baskı, Sayfa.4, Ankara.
- ERSOY, M. (2007). İmar Mevzuatımızda Planlama Kademeleri ve Üst Ölçek Planlama Sorunu. Bölgesel Kalkınma ve Yönetişim Sempozyumu, TEPAV, ODTÜ Mimarlık Fakültesi Yayını ss. 215-231.
- GIRITLI İ., AKGÜNER T., (1987). İdare Hukuku Dersleri II, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1987, s. 63. Bkn.16.5.1956 tarihli ve 1956/1 E. 1956/6 K. sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme kararı.
- GÖZLER, K., (2009). İdare Hukuku, Cilt: II, 2. Baskı, Ekin Kitabevi, Bursa, 996s.
- KALABALIK, H., (2018) İnsan Hakları Hukukuna Giriş, Ağustos 2019 / 2. Baskı / 423 Syf.
- KELSEN, Hans, “Saf Hukuk Kuramı: Devlet ve Hukuk Özdeşliği”, Devlet Kuramı İçinde (Der. Cemal Bali Akal), Dost yy, Ankara, 2000.
- KULUÇLU E., 2008. “Türk Hukuk Sisteminde Normlar Hiyerarşisi ve Sayıştay Denetimine Etkileri”, Sayıştay Dergisi, Sayı: 71 (Ekim-Aralık 2008), 3-22.
- NALBANT, A. (2015). “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasal Bireysel Başvuru”, Anayasa Yargısı 32, 423-442.

- RESMİ GAZETE, 1982, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, Başbakanlık Basımevi 17863, 129-182. http://www.tbmm.gov.tr/anayasa/anayasa_2011.pdf.
- RESMİ GAZETE, 1983, Kamulaştırma Kanunu, Başbakanlık Basımevi 18215, 6203-6218-6, <http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.2942.pdf>.
- RESMİ GAZETE, 1985a, İmar Kanunu, Başbakanlık Basımevi, 18749, 6677-6679, <http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.3194.pdf>.
- RESMİ GAZETE, 1985b, Planlı Alanlar Tip İmar Yönetmeliği, Başbakanlık Basımevi, 18916 mükerrer, <http://www.mevzuat.gov.tr/Metin.Asp?MevzuatKod=7.5.4877&Mevzuatlliski=0>.
- RESMİ GAZETE, 1985c, İmar Kanununun 18 İnci Maddesi Uyarınca Yapılacak Arazi ve Arsa Düzenlenmesi ile İlgili Esaslar Hakkında Yönetmelik, 18916, <http://www.mevzuat.gov.tr/Metin.Asp?MevzuatKod=7.5.4878&Mevzuatlliski=0&sourceXmlSearch>.
- RESMİ GAZETE, 2001, Türk Medeni Kanunu, Başbakanlık Basımevi 24607, 8049-8210. <http://mevzuat.basbakanlik.gov.tr/Metin1.Asp?MevzuatKod=1.5.4721&Mevzuatlliski=0&sourceXmlSearch=&Tur=1&Ter-tip=5&No=4721>.
- TEKİN A. (1991) "Kamu Yararı Kavramı Üzerine Düşünceler", Amme İdaresi Dergisi, Cilt:24, S:2, 1991, s.11.
- URL-1, 2017. Universal Declaration of Human Rights, All Human Rights for All, Fiftieth Anniversary of the Universal Declaration of Human Rights (1948-1998), <http://www.un.org/en/documents/udhr/index.shtml>, 11.04.2017.
- URL-2, 2017. European Convention on Human Rights, http://www.echr.coe.int/documents/convention_tur.pdf, 11.04.2017.
- URL-3, 2017. Danıştay Başkanlığı Emsal Karar Sorgulama Servisi, <http://emsal.danistay.uyap.gov.tr/BilgiBankasiIstemciWeb/>, 20.04.2017.
- UZUN B., (2009). "Using Land Readjustment Method as an Effective Urban Land Development Tool in Turkey", Survey Review, vol.41, pp.57-70.
- YILDIZ O., Coruhlu, Y. E., Biyik C., (2018) "Registration of Agricultural Areas Towards the Development of a Future Turkish Cadastral System", Land Use Policy, 78, pp.207-218.

KAMU ÖZGÜRLÜKLERİNİN SINIRLANDIRILMASINDA KAMU GÜVENLİĞİ GEREKÇESİNİN HUKUKİLİĞİ*

Legality of Public Security Justification in Limitation of Public Freedom

Doç. Dr. Mehmet GÜNEŞ**

ÖZ

Temel hak ve özgürlükler ile kamu güvenliği arasındaki dengeyi nasıl sağlanacağı konusu, insanlığın toplum halinde yaşamaya başlamasından bu yana tartışılmaktadır. Temel hak ve özgürlüklerin, kamu güvenliğinin sağlanması için nereye kadar kısıtlanabileceğine yönelik çeşitli ilke ve yorumlar getirilmiş olsa da siyasi iktidarların kamu güvenliği anlayışı ve yaklaşımı daha çok önem kazanmaktadır. Kamu gücü kullanma tekeline sahip olan devletin, kamu güvenliğinden ilk derece sorumlu olması yanında, tedbir ve uygulamalar sonrası kamu özgürlükleri etkilendiğinde, “özgürlük-güvenlik gerilimi” hangi ilkesi ve yaklaşımlarla aşılabilecektir? Kamu güvenliği ilke veya ölçütü kapsamında, toplumun güvenliğini sağlamak için sürekli bir savaşta durumda olan ve bu sebeple toprakları üzerinde yaşayan bireyleri dost ve düşman olarak ayıran ve düşman olan bireylerle bir mücadele yürüten bir devlet modeli mi? Yoksa kamu güvenliğinin bozulması sonucu artan anarşik ortamın özgürlükleri kullanılmaz hale getirmesini izleyen ortada kalmış bir devlet modeli mi? sorusunun cevabını ararken kamu güvenliğini “hukukun bir parçası olarak” kabul etmekle başlamak gerekecektir.

Hukuka bağlı devlet anlayışı ne kadar esnetilir ve işlevsizleştirilirse, devlet; hukuku, her açıdan bir amaç değil kamusal bir araç diye görürse, hukuk üreten organlar; hukuka bağlılığı sağlamada öncü olmayı düşünmezlerse, aynı şekilde kamu güvenliği de kalıcı ve sürekli şekilde sağlanamayacağından hem özgürlüğünü ve hem de güvenliğini kaybeden bir topluma karşılığa ihtimali artacaktır.

Sözü edilen gerekçelerle şekillenen bu çalışma, kamu güvenliği sorunu ileri sürülerek, kamu özgürlüklerinde yapılacak kısıtlamaların, devletin ancak adil bir hukuk düzeni ile bütünleşmesi ve işlerlik kazanması halinde meşru hale geleceklere, bunun için de kamu güvenliği kavramı açısından “hukukiliğinin” ilk planda ele alınması gerektiği düşüncesini savlamaktadır. Çalışmada ayrıca kamu güvenliğinde hukukiliğin nasıl sağlanabileceğine yönelik uluslararası ve ulusal yöntem ve uygulama örnekleri verilmektedir.

ANAHTAR KELİMELER: Kamu Özgürlükleri, Kamu Güvenliği, Hakların Sınırlandırılması, İnsan Hakları, Genel Kamu Hukuku.

ABSTRACT

The issue of how to ensure the balance between fundamental rights and freedoms and public security continues to be discussed since the beginning of living in human society. Although various principles and interpretations have been introduced on how to restrict the fundamental rights and freedoms to ensure public security, public security understanding and approach of the political powers is becoming more important. What principles and approaches can the freedom security tension be overcome when the state is responsible for public security and he has the monopoly of public power, and when the public freedoms are affected after this kind of measures and practices? Is it a state model under the principle or criterion of public security that is in a state of constant warfare to ensure the safety of the community and therefore engages in combat with individuals who are enemies and hostile to individuals who live on their land as friends and foes? Or is it an obscure state model that follows an anarchic environment that has increased as a result of the deterioration of public security, making the freedoms ineffective? It will be necessary to start by accepting public safety as part of the law.

Shaped for these reasons, this study argues that the restrictions on public freedoms should be addressed by integrating with a just legal order. In this study, international and national methods and applications has been given about how law of public security can be ensured.

KEY WORDS: Public Freedoms, Public Security, Limitation of Rights, Human Rights, General Public Law.

* Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 02.09.2019

Kabul Edildiği Tarih: 30.09.2019

DOI Numarası: [10.15337/suhfd.600562](https://doi.org/10.15337/suhfd.600562)

** Ufuk Üniversitesi

E-Mail Adresi: dr.megunes@gmail.com

ORCID ID: [0000-0003-3285-3043](https://orcid.org/0000-0003-3285-3043)

GİRİŞ

Modern bir hukuk devletinde, hukukun geçerli olmadığı hiçbir alanın var olmadığı ve dolayısıyla hiçbir devlet işleminin hukuk dikkate alınmadan yapılamayacağı ve tüm işlemlerinin yargı denetiminin dışında kalamayacağı neredeyse tartışmasız olarak kabul edilmektedir.

Toplumlar; çeşitli dönemlerde savaş, silahlı kalkışma ayaklanma, tabii afet gibi olağanüstü şartlar ile karşı karşıya kalabilirler ve ulusal varlıklarını kaybetme tehlikesini yaşayabilirler. Benzeri şekilde yaşamın normal seyrini olumsuz yönde etkileyebilecek her türlü düzensizlik ve karışıklık bir ülke için ortaya çıktığında kamu dirliği ve esenliği¹ veya en basit seviyede artan güvenlik sorunları dışında bunlardan daha vahim kabul edilebilecek nitelikteki isyan, ihtilal, komplo, fesat çıkarma ve her türlü şiddet hali² ile kamu düzeni ve kamu huzuru birdenbire veya zaman içerisinde bozulma gösterebilir. Örneğin, yaşanan derin bir ekonomik kriz akabinde ortaya çıkan ayaklanma durumunda bir ülkenin hem milli güvenliği ve hem de kamu düzeninin derin şekilde bozulmasından söz edilebilir.

Bir ülkede bahsedilen seviyedeki bozuklukları kısa zamanda çözebilmenin veya en azından derinleşmelerini önlemenin çarelerinden biri olarak, yönetimi; sıra dışı bir kriz durumunda, sert ve etkileyici tedbir alabilmesi için yetkilendirilmesinin gerektiği düşünülebilir.

Düzensizliğe evrilen toplumsal sorunların çözümünde, beklenmeyen derecede kısıtlayıcı yetki kullanmayı içeren olağanüstü yönetim usullerine; genelde iç karışıklık, ayaklanma, savaş tehlikesinin baş göstermesi, savaş hali, doğal afet, ağır ekonomik bunalım ve bunlara benzer nedenlerle devletin ve toplumun güvenliğini büyük ölçüde sarsan durumlarla karşılaştığında başvurulur. Bahsedilen sıkıntılı durumların, devletin ve toplumun varlığı ve güvenliği bakımından büyük bir tehlike oluşturduğu kuşkusuzdur. Olağan yönetimlerin, bu tehlikelerin giderilmesinde yetersiz kalması nedeniyle, tüm hukuk sistemlerinde olağanüstü yönetim biçimleri ve bu yönetimlerde alınabilecek tedbirlerin gerekliliği zamanla ortaya çıkmıştır.³

Toplumda, huzursuzluk ve güvensizliğin giderilmesinin ne derece önemli bir ihtiyaç olduğu genel kabul görmüş bir gerçekliktir. Ancak sürekli bir gerginlik ve güvensizlik ortamının ve buna karşı verilen bir mücadelenin insanlığa refah ve emniyet getirmeyeceği, bundan daha öncelikli olarak başka tedbirlerin de topluma sunulması

¹ GÜNDAY, Metin, **İdare Hukuku**, İmaj Yayıncılık, Ankara, 2011, s.248.

² TANÖR, Bülent, **Siyasi Düşünce Hürriyeti ve 1961 Anayasası**, Öncü Kitabevi, İstanbul, 1969, s.138.

³ AYM., E. 1990/25, K. 1991/1, 10.1.1991, RG: 05.03.1992/21162.

gerektiği aşikardır. Nitekim Birleşmiş Milletler Kalkınma Birimi; insanın huzur, güvenlik ve refahının sağlanması için beş ölçüt saptamıştır.

Sözü edilen ölçütler; ekonomik refah, sağlık, eğitim, siyasal özgürlük ve demokrasinin varlığıdır.⁴ Bu ölçütler, kamu idareleri tarafından stratejik hedefler olarak her daim dikkate alınması gerekli ölçütlerdir. Bu sıralananlar, devlet iktidarının ister olağan isterse olağanüstü dönemlerdeki politikalarında öncelikli hedefleri olarak görülmesi ve yönetim tedbir ve uygulamalarında her defasında göz önünde tutulmalıdır. Bu ölçütlerin, başka neden ve ihtiyaçlara feda edilmeden dikkate alınmasını gerektiren en önemli gerekçe ise söz konusu hedeflerin veya amaçların kaybedildikleri takdirde tekrar elde edilmelerinin oldukça zor olmasıdır.

Bir iktidarın; yönetilenlere vadedebileceği en önemli imkân, onların serbest ve müreffeh bir hayata sahip olduklarının da bir göstergesi olan özgürlükleri çoğaltmaktır. Dolayısıyla meşruluğunu özgürlükler üzerine inşa edememiş hiçbir yönetim, ister istemez devamlı da olamayacaktır. Serbestçe düşünme ve inanma, güvenlik içinde yaşama, toplumda insanların birbirlerine karşı hissettikleri itimat ve güven, belirli dönemlerde öne çıkan sosyal huzursuzluk ve korkunun en keskin ilacı kabul edilmekte ve bu açıdan tüm toplumsal sıkıntıların aşılmasında özgürlüklerin çoğaltılmasının gereği vurgulanmaktadır. Bu gerçeğe rağmen dünyanın farklı coğrafyalarında insanlar için hayat alanları, her geçen gün güvensiz ve korkulan bir yer haline gelmeye devam etmektedir. Toplumlar güvensiz bir duruma sürüklendikçe de yönetimlerin; özgürlükleri askıya alma, hak ve özgürlüklere yeterince yer vermeme ve bu tür kazanımları bir pazarlık unsuru haline dönüştürme eğilimi de gelişmektedir.

Hak ve özgürlükleri, halklarına bir lütuf olarak sunan yönetimlerin çoğaldığı da gözlemlenmektedir. Aslında bu durum insanın varlık sebebi ve yaşam gayesi olan özgürlüklerin hakiki anlamda tüm toplumlarda derinlemesine yerleşmemesinden ve paylaşılmasından kaynaklanmaktadır. Birçok farklı toplumda ne yazık ki insanların özgürlüklere kavuşma ve onlara gerçekten yaklaşma mesafeleri aynı değildir. Adı ve kapsamı aynı isimle adlandırılmış olsa da tüm hak ve özgürlükler her toplumda aynı şekilde içselleştirilmemiştir. Örneğin; her gün yüzlerce insanın bombalanarak katledildiği Suriye'deki insanlar için ve uyuşturucu kartelleri ve çeteler arasındaki savaşın yaşandığı Meksika'dakiler ile Afrika'daki kabile savaşları neticesinde katledilenler için adı var ancak kendi yok olan bir yaşam hakkına ve onun koruyuculuğuna olan mesafeler aynı değildir.

⁴ ERGİL, Doğu, "Güvenlik ve Özgürlükler: Siyaset Felsefesi Açısından", **İnsan Hakları ve Güvenlik**, TBB. İnsan Hakları Araştırma ve Uygulama Merkezi Yayın, Ankara, 2001, s.119.

Böylesi durumlara ilişkin şöyle bir benzetme yapılabilir. Nasıl ki bir toplumda tüm ekonomik düzeni belirleyen ve yaşam standardını oluşturan sosyal gelirlerin eşit ve adil şekilde dağıtılması gerekli ise aynı şekilde tüm özgürlüklerin ve hakların da eşit ve adil olarak yararlanılabilecek şekilde dağıtılması gerekir. Aksi bir durum varsa yani herkesin bunlara erişimi aynı oranda ve gerçeklikte değilse ortada “özgürlük adaletsizliği” denilecek bir durumdan bahsetmek gerekecektir. Bu tür durumların genelleştiği ülkelerde çıkabilecek her türlü kaos ve güvensizliğin de kısa sürede çözümü beklenemeyecektir. Üstelik bu tür toplumlarda hak ve özgürlükleri bir pazarlık unsuru olarak gören ve kendi iktidarlarının sürekliliği için gerekirse tüm özgürlükleri geçersiz kılmaya ve yok etmeye hazır yönetimlerin varlığı halinde adalet, belki de hiçbir zaman oluşmayacaktır. Özellikle de kaos ve karışıklı yürüyen toplumlarda yönetimlerin elinde güvenliği sağlamak amacıyla ilan edilmiş olağanüstü durum ve dönemlerin bir fırsata dönüşmemesi gerekir.

Yukarıda değinilen güvenlik temelli yaklaşımlarla özgürlüklerin bir daha geri gelmeyecek derecede yok edilmesinin aslında toplumsal açıdan daha büyük güvenlik krizleri doğuracağını kabul etmek gerekir. Dolayısıyla bu çalışmada; sadece güvenliğe odaklanan toplumlarda ister olağan isterse olağanüstü olsun her türlü yönetim döneminde gerekli olan özgürlüklerin ilk olarak teminat ve yükümlülük olarak ne şekilde devletler tarafından üstlenildiği açıklanacaktır. Ayrıca çalışmada; kamu güvenliği veya milli güvenlik tehdit ve endişesi üzerinden çeşitli özgürlüklerin nereye kadar sınırlandırılıp yok edilebileceğine ve bunların hukuki sonuçlarına ilişkin çeşitli tartışmalara da değinilecektir. İlk olarak dünyada güvensizlik artıkça devletlerin asıl gaye ve hedeflerinin ne olduğu hakkında konuya girmek gerekir.

I. KAMUYA YÖNELEN TEHDİT VE TEHLİKE DÖNEMİNDE DEVLETİN ÖNCELİKLİ GÖREVİ VEYA NİHAİ AMACI

Ünlü güvenlik kuramcısı Waltz'a göre; “Devletin nihai amacı, güç uygulamak değil güvenliktir. Güç, devletin daha fazla güvenliğe sahip olmasının bir aracıdır”⁵ Her yönüyle bir mücadele sürdürürken; güvenliğe ilişkin bir tehdit ile karşı karşıya kaldıklarında devletler, tüm dikkatlerini bu konuya odaklarlar. Olağan zamanlarda; ekonomik, politik veya sosyal konular kadar önemli görülmeyen güvenlik konusu tehdit veya tehlike anında derhâl en önemli konu haline gelir.⁶ Güvenlik konusu sürekli şekilde öne çıkarılır ve toplumdan daha uzun yıllar sürecek şekilde güvenlikleri için fedakârlık yapması istenir. Ancak aradan çok zaman geçse de güvenliğin hiçbir zaman sağlanmadığı, bu şekilde mutlak güven döneminin hiç olmadığı görülür. Oysa toplumların

⁵ ARI, Tayyar, *Uluslararası İlişkiler Teorileri*, Alfa Yayınları, İstanbul, 2002, s.178.

⁶ KARABULUT, Bilal, *Küreselleşme Sürecinde Güvenliği Yeniden Düşünmek*, Barış Kitabevi, Ankara, 2011, s.17.

güvenlikleri; hiçbir zaman “eksiksiz”, “tam” veya “mutlak” değildir. Ayrıca güvenlik, içeriği itibarıyla sübjektif bir kavramdır ve özellikle kavramın şekillenmesinde bireylerin algılamaları hep ön plandadır. Bu nedenle yüzde yüz güvenliği sağlamak diye bir amaç, ulaşılabilecek mantıklı bir hedef değildir. Andre Compté-Sponville’e göre; “Güvenlik, ulaşılabilecek bir amaç değildir, her zaman yeniden başlayacak, sürekli devam edecek ve bitmeyen bir çabadır”⁷ Bu yüzden “devletin egemenliğinin özü, onun güç kullanma ya da yönetme tekeline sahip olmasında değil, karar verme tekeline elinde bulundurmasında yatmaktadır. Bu şekilde devlet tarafından alınan karar ise kendisini yasal ve normatif bağlardan soyutlayarak mutlak bir statüye kavuşmaktadır.⁸ Eğer devlet, sadece güç konumuna indirgenirse ve anarşiyi tehdit diye görerek güvenliği tek başına belirler ve bozarsa, o zaman Bakunin’in sözleri gerçek olmaya başlayacaktır: “...modern devlet, özü ve hedefleri bakımından ister istemez askeri bir devlettir ve askeri bir devlet, zorunlu olarak, saldırgan bir devlet haline gelir, fethetmezse fet-hedilir. Şu basit nedenden: bir yerde güç varsa, kesinlikle sergilenmeli ya da faaliyete geçirilmelidir”⁹

Diğer yandan güvenlik yanında; devletin bireylere sağlamayı üstlendiği görevler ve çeşitli özgürlükler vardır. Bu görevler ve özellikle de özgürlükler, bir tehdit ve tehlike anında hemen devre dışı kalacak mıdır? Kalacaksa buna kim hangi sebeple ve ne kadar süre ile karar verecektir? Örneğin; ABD Başkanı Donald Trump’ın, 2019 başında ABD Kongresinin Meksika sınırına yapılması düşünülen duvarın masrafını da içermesi nedeniyle Beyaz Saray’ın 2019 bütçesini onaylamaması karşısında, “Meksika sınırına duvar inşa edebilmek için gerekirse olağanüstü hâl ilan edebileceğini” açıklaması¹⁰ örneğinde olduğu gibi, yönetimler istediğini alamayınca özgürlük kısıtlamalarını gerektiğinde bir koz olarak kullanabilecek midir? Toplumun özgürlükleri, yöneticilerin elinde bir oyuncak mıdır? Olağanüstü duruma alıştırılan toplumun sürekli güvenlik kaygısı yaşaması nereye kadar sürdürülebilir? Çünkü bir ülkede kısa bir süreliğine denilerek başlatılan olağanüstü yönetimlerin devam ettirilerek sürdürüldüğü görülmektedir. Örneğin Türkiye’de 12 Eylül 1980’de ilan edilen sıkıyönetimden sonra yürürlüğe konulan “Olağanüstü Hal” uygulaması 2002 yılına kadar toplam 15 yıl boyunca, 46 kez Meclis kararıyla uzatılarak sürdürülmüştür. Benzer şekilde 15 Temmuz 2016 darbe girişimi sonrası üç ay için ilan edilen Olağanüstü hâl durumu, sekiz defa uzatılarak 2018 yılında sona erdirilmiştir.

⁷ BAL, Mehmet Ali, **Modern Devlet ve Güvenlik**, IQ Kültür Sanat Yayıncılık, İstanbul, 2003, s.21.

⁸ ASLAN, Zühtü, “Devletin Hukuku, Hukuk Devleti ve Özgürlük Sarkacı”, *Doğu-Batı*, Sayı.13 (2000-01), s.71.

⁹ BAKUNIN, Mihail, **Devlet ve Anarşi**, Agora Kitaplığı, Ankara, 1998, s.63.

¹⁰ **Anadolu Ajansı**, <https://www.aa.com.tr/tr/dunya/abd-baskani-trump-duvarda-istirar/1375841>, Erişim Tarihi:23.01.2019.

Türkiye'nin de dahil olduğu halen Avrupa Konseyi üyesi 47 devlet tarafından imzalanan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 1nci maddesi gereğince Sözleşmeci tarafların, sadece kendi vatandaşlarına değil yetki alanlarında bulunan herkese Sözleşme ve Ek Protokollerde yer alan hak ve özgürlükleri sağlama yükümlülükleri bulunmaktadır. Ancak, bu yükümlülükler yanında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde, olağanüstü hâl gibi durumlarda devletlerin temel hak ve özgürlüklerin kullanılmasını sağlama yükümlülüklerini tam olarak yerine getiremeyecekleri ve bu yükümlülükleri bazı haklar bakımından, belli ölçülerde azaltmaya gidebilecekleri 15nci maddede kabul edilmiştir.

Devletlere olağanüstü durumlar için özgürlükler aleyhine geçici olarak tanınan yükümlülük azaltma olanağının temel amacı; bizzat devletler tarafından, demokratik kurumların ve toplumların güvenliğinin tekrar sağlanması ve bir an önce özgür ortama geri dönülmesinin beklenmesidir. Ancak olağanüstü hâl durumlarında tanınan yetkilerin, bazı otoriter yönetimler tarafından, kötüye kullanılması mümkün olabileceği gibi aynı zamanda iktidarlarını korumak amacıyla muhalefeti susturma ve baskı altına almaları, insan haklarını sınırlama yoluna gitmeleri ve bu süreyi alabildiğince uzatmaları da mümkündür. Dolayısıyla AİHS'nde imzacı devletler 15nci maddeden faydalanmak için; ilk olarak bu maddenin 1nci fıkrasında düzenlenen derogasyon yani yükümlülük azaltma imkanının, vaat edilen hakkın sadece savaş veya ulusun varlığını tehdit eden başka bir genel tehlike durumlarında mümkün olabileceği, ikinci olarak savaş ve olağanüstü hâl durumlarında alınacak önlemlerin, durumun kesinlikle gerektirdiği ölçüde yani orantılı olması gerekeceği, üçüncü olarak ise alınacak tedbirlerin, devletin uluslararası hukuktan doğan başka yükümlülükleri ile ters düşmemesi gerekliliğidir. Özellikle alınacak tedbirlerin Birleşmiş Milletler Şartının 7nci bölümündeki haklar için gösterilen kurallara ters olmaması da gerekmektedir. Dördüncü olarak AİHS 15nci maddesinin 2nci fıkrasında belirtildiği üzere; bazı hakların mutlak olması ve derogasyona yani devletler tarafından yükümlülük azaltmaya kesinlikle konu olamamasıdır. Mesela "yaşam hakkını" düzenleyen 2nci madde, "kötü muamele yasağını" getiren 3ncü madde, "kölelik yasağını" getiren 4ncü madde ve "Ne bis in idem" yani "suçta ve cezada kanunilik" prensibini düzenleyen 7nci madde gibi ve 6ncı ve 13ncü Protokollerde düzenlenen ölüm cezasının her durumda uygulanamayacağını belirten kural-lar öncelikle dikkate alınmalıdır. Son olarak da 15nci maddenin 3ncü fıkrasına istinaden; imzacı devlet tarafından yükümlülük azaltmaya gidildiğinde, bu durum Avrupa Konseyi Genel Sekreteri'ne derhal resmi bir bildirimle iletilmesi gerekmektedir.¹¹

¹¹ BAKIRCI, Hasan, "Anayasa Mahkemelerinin Olağanüstü Hâllerde Temel Hakların Korunmasındaki Rolü", *Anayasa Yargısı Dergisi*, 34,2017, ss.91-95, s.93.

Güvenliğin bazı toplumlarda, özgürlüklerin alternatifi olarak gerektiğinde öne çıkarılabileceğine yönelik AİHS'nde yer alan ve bazı özgürlüklerin sadece olağanüstü durumlarda değil aynı zamanda normal dönemlerde de çeşitli kanunlarla kısıtlanabileceği belirtilmektedir. Bu haklar arasında örneğin; 8nci maddedeki "Özel ve aile hayatına saygı hakkı, dokuzuncu maddedeki "Düşünce, vicdan ve din özgürlüğü", onuncu maddedeki "İfade özgürlüğü"nın, özellikle "kamu güvenliği" gereğesi ileri sürülerek sınırlandırılabilirdiği belirtilmektedir. Aynı şekilde Türkiye'de, 1982 Anayasasının 20nci maddesinde yer alan "Özel hayatın gizliliği ve korunması" başlıklı hakkın, 21nci maddedeki "Konut dokunulmazlığı" hakkının, 22nci maddedeki "Haberleşme hürriyetinin", 26nci maddedeki "Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetinin", 33ncü maddedeki "Dernek kurma hürriyetinin", "Milli Güvenlik" veya kamu güvenliği gereğesi ile sınırlandırılabilirdiği düzenlenmiştir. Devlet yönetimine anayasada sayılan çok önemli seviyedeki temel hak ve hürriyetleri kısaca özgürlükleri vatandaş aleyhine hem normal ve hem de olağanüstü dönemde kanunla kısıtlama imkânı getiren "kamu güvenliği veya "milli güvenlik" kriterinin hangi bileşenlerden oluştuğu ile güvenlikle özgürlüğü karşı karşıya getiren ve devlete güvenlik konusunda özgürlüklere müdahale hakkı tanıyan bu durumun sonuçlarının neler olduğunun incelenmesi gerekecektir.

II. DEVLET İÇİN GÜVENLİĞİN DÖNÜŞÜMÜ VE ANLAM SINIRLARI

Geleneksel anlayışta güvenlik; devlete yönelik yaşamsal tehditlerin söz konusu olmasından hareketle, devletin bekasıyla ilgili olarak sürekli değerlendirilip algılanmıştır. Bu güvenlik anlayışı, tehdidin ortadan kaldırılması maksadıyla, kuvvet kullanımı da dâhil olmak üzere, olağanüstü birtakım önlemler alınmasını meşru kabul etmektedir.¹² Ancak güvenlik anlayışı devletler için her dönem aynı şekilde oluşmamıştır. Güvenliğin "küresel" ve "bölgesel" niteliğinden sonra bir ülkedeki yansıması olan ulusal veya milli güvenlik kavramı, zamanla dönüşüme uğramış; askeri boyutlarının yanı sıra politik, sosyal ve ekonomik güçler arasında yeni dengeler yaratmak suretiyle etki alanını ve kapsamını artırmış ve yakın zamanda devlet yönetiminde vazgeçilmez bir kounuma ulaşmıştır.¹³ Güvenliğin etki ve kapsamındaki genişlemenin sebebi, tehdit algı ve endişesinin bireysel alandan gittikçe uzaklaşarak toplumsal bir anlayışa yani kamusal bir niteliğe dönüşmesidir. Güvenliğin kendini ihtiyaç olarak hissettirdiği kamu alanı; halkın içinde yer aldığı ve kendisini açığa çıkardığı bir alanı ifade etmektedir. Bireysel alanların zıddı olarak kamusal alan (public sphere); sınırlamalardan ziyade özgürlüklerin esas alındığı, "bireylerin ve toplulukların kendi kimlikleriyle ve kendileri

¹² BUZAN, Barry, WAEVER, O. WILDE, J, **Security: A New Framework for Analysis**, Lynne Rienner Publishers, 1998, s.21.

¹³ YILMAZ, Sait, **21. Yüzyılda Güvenlik ve İstihbarat**, Alfa Yayınları, İstanbul, 2006, s.237.

olarak serbestçe katılacakları, kendilerini serbestçe ifade edebilecekleri ve başkalarıyla diyaloga girebilecekleri ortak alanları” ifade ettiğine göre; bu alanda oluşacak düzensizlik, kargaşalık ve huzursuzluk içinde gerçek özgürlüğün varlığından söz edilemeyecektir. Şu hâlde kamusal alanda ilk etapta kamu düzeninin sağlanmasında, hürriyetin varlığı için güvenliğin asgari bir şart, vazgeçilmez bir unsur olduğu söylenebilir.¹⁴ Klasik anlayışta, maddi ve dış düzen olarak görülen “kamu düzeni” kavramı; “kamu güvenliği”, “kamu huzuru” ve “kamu sağlığı” kavramlarından oluşan geleneksel üçlü ile tanımlanmaktadır.¹⁵ Bu düzende, bireylerin umumi veya umuma açık yerlerde; güvenlik, dirlik ve esenlik ve sağlık içinde yaşamlarını sürdürmelerinin sağlanması ile ancak kamu düzeninin korunacağı kabul edilir. Kamu düzeninin önemli bir parçası sayılan “güvenlik” ise bireylerin can ve mallarına zarar verebilecek tehdit ve tehlikelerin yokluğu anlamına gelir. Toplumsal hayattaki “dirlik ve esenlik”, yaşamın normal seyri olumsuz yönde etkileyebilecek her türlü düzensizlik ve karışıklığın yokluğudur. Toplumsal açıdan “kamu sağlığı” ise toplumun bulaşıcı ve yaygın hastalıklardan uzak tutulmasını, toplumun sağlık koşulları içinde yaşamını sürdürmesini ifade etmektedir.¹⁶

Kamu düzenin ana parçası olan güvenlik olgusunun temel unsurları birtakım kaynaklarda, “tehlikenin olmaması ve buna duyulan bireysel inanç ve huzur” şeklinde karşımıza çıkmaktadır.¹⁷ Bazen “asayiş”, bazı kaynaklarda ise “emniyet” olarak görülen güvenlik, “kişilerin kamusal ya da kamuya açık yerlerde, saldırıya, zorlamaya, itilip kakılmaya, kazaya ve engellemeye (durdurulma, bekletilme, alıkonma) uğramadan dolaşmaları veya bir arada bulunmaları, can ve malları için hiçbir zaman endişe duymamaları ve bu yönde inanç ve kanaat sahibi olmaları” anlamına gelmektedir.¹⁸ Bu anlamı ile “güvenlik” kavramı Latin kökenli dillerde “security, sécurité” kelimesi ile karşılanmakta ve aynı anlama gelecek şekilde kullanılan “emniyet” kavramı için kullanılan “safety, surété” kelimeleri ile birlikte kökeni Latince “sécúritas” kelimesine dayanmaktadır. Aynı kökten gelen bu kavramlar zamanla birbirinden farklılaşmıştır. “Safety” geniş bir kavram olmakla beraber daha çok kaza, doğal afetler, ilk yardım gibi konuları içermekte; “security” kavramı ise insan kaynaklı, insanın can ve mal güvenliğine yönelik konuları içermektedir.¹⁹ O halde “Public safety” kavramını “kamu emniyeti” olarak, “Public security” kavramını ise “kamu güvenliği” olarak kabul etmek

¹⁴ KAPANİ, Münci, **Kamu Hürriyetleri**, AÜHF Yayınları, Ankara, 1981, s.229.

¹⁵ GÖZLER, Kemal, **İdare Hukuku Dersleri**, Ekin Kitabevi, Bursa, 2002, s.466.

¹⁶ GÜNDAY, 2011, s.248.

¹⁷ BAL, 2003, s.17.

¹⁸ DURAN, Lütfü, **İdare Hukuku Ders Notları**, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1982, s.254.

¹⁹ UÇAR, Tayfun, UÇAR, Şenay, **Özel Güvenlik Metodolojisi**, Papatya Yayınları, İstanbul, 2005, s.

mümkündür. Güvenlik kavramı yerine de kullanılan “Emniyet” kelimesi ise genelde maddi olayları ve objektif hususları içerdiğinden dolayı, içerik olarak emniyetin sağlanmasının klasik tedbirlerle mümkün olabileceği ifade edilmektedir. “Emniyet” kavramından farklı olarak “Güvenlik” kavramı ise geniş bir alanda yani ülke genelinde uygulanacak tedbirleri ve politikaları içermektedir.²⁰ Güvenliği, asayiş şeklinde anlayanlara göre; kamu güvenliği, “bir ülkenin coğrafi sınırları içerisinde, her türlü tehdit ve tehlikeden uzak olarak başta vatandaşların güvenlik ve huzurunun sağlanması, daha sonra da sırasıyla, devlete ve özel kişilere ait binaların her türlü sabotaj ve tehlikelere karşı korunması”²¹ anlamına gelmektedir. Benzeri şekilde, bir ülkede toplumun can ve mal güvenliğinin sağlanması, suç işlenmesinin önlenerek kamu düzeninin korunması anlamına gelen “kamu güvenliği” kavramının içinde yer alan “kamu” kavramı ise ilk olarak toplum anlamına gelmesi itibarıyla vatandaşları ve sonra devlet anlamına gelmesi itibarıyla yönetim birimlerini ilgilendiren faaliyetlerin bütünü”²² ifade ettiği kabul edilmektedir. Özgürlükle ilişkili olarak; “Kamu güvenliği, hangi dine mensup olursa olsun, hangi ırka mensup olursa olsun, hukuk toplumunda yaşayan herkesin herhangi bir tehdide maruz kalmadan yaşama, varlığını sürdürme imkanının objektif olarak mevcudiyetinin yanı sıra; kişilerin toplum içinde bu imkana sahip oldukları hissini taşımalarını ifade etmektedir.”²³

Kavramsal içeriği dışında, “güvenlik”; kullanıldığı farklı alanlara göre tanımlanmaktadır. Buna göre; “Devlet açısından güvenlik”, üç genel başlık altında toplanmaktadır. Bunlar; anayasanın güvenliğini ve milli çıkarların devamını temin etmeyi amaçlayan “milli güvenlik”, bireylerin ve kamu düzeninin korunmasını ve kollanmasını hedefleyen yaşam güvenliği noktasındaki “kamu güvenliği” ve bireylerin günlük yaşamlarını sürdürdükleri alan ve zaman dilimleri içerisindeki emniyeti sağlayan “yaşam alanı güvenliği” yani “genel asayiş güvenliği” olarak sıralanmaktadır”²⁴ Bizim gibi ülkelerde, kamu yönetimlerince; “kamu güvenliği” kavramı, özellikle terör faaliyetlerinin yoğunlaşmasıyla birlikte terör örgütlerine karşı verilen mücadeleden dolayı, genellikle “iç güvenlik” kavramının karşılığında kullanılmaktadır.

²⁰ BAL, Mehmet Ali, “Özel Güvenlik Alanında Yeni Gelişmeler ve Yeni Vizyonlar”, *1.Ulusal Özel Güvenlik Sempozyumu Bildiri Kitabı*, Hıdır Akpınar (Ed.), Kocaeli Üniversitesi, Kocaeli, 2004, s.143.

²¹ SEÇKİN, Orhan, **Devlet Güvenliği ve Haber Alma**, Polis Akademisi Başkanlığı Yayınları, Ankara, 2001, s.20.

²² URHAL, Ömer, **Küreselleşen Dünyada Güvenlik**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2009, s.70.

²³ ÖZGENÇ, İzzet, “İnsan Haklarının Özüne Dönüş”, *Yeni Türkiye: İnsan Hakları Özel Sayısı*, I. Cilt, Yıl: 4, Sayı: 21, Mayıs – Haziran, 1998, s.113.

²⁴ AYHAN, Ufuk, Metropoliten **Alanlarda Kamu Güvenliği**, Kripto Yayınları, Ankara, 2008. s.130.

“Kamu güvenliği” kavramı kişi güvenliğini doğrudan desteklemekle birlikte, aralarında çeşitli çatışmalar yaşanabileceği de kabul edilmektedir. Özellikle “kişi özgürlükleri”, kamu güvenliği ileri sürülerek kolaylıkla kısıtlanıp tamamen ortadan kaldırılabilir. Diğer yandan kamu güvenliğinden sorumlu olan devlet de zamanında, doğru ve geçerli tedbirler almamasından dolayı veya uyguladığı siyasi gaye ve amaçların yerine gelmesi için ihmalkâr tutumu sebebi ile toplumdaki güvenlik düzenini doğrudan veya dolaylı şekilde sarsabilir. Çünkü “kamu düzeninin tesis edilmesi, sadece bireylerin değil, devletin de ihlal etmemesi gereken görevlerdendir. Bu nedenle devlet hem kendi ihlallerini önlemek hem de bireylerin ihlallerini önlemekle memurdur”²⁵ Aynı zamanda, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında kamu düzeninin aldığı rol, siyasal iktidara da mevcut düzenliliği koruma yetkisini, statükoyu koruma biçiminde kötüye kullanma olanağı verdiği için başta totaliter veya baskıcı rejimlerde olmak üzere, kamu yönetimleri tarafından kamu düzeni kavramı, özgürlükleri güvence altına almanın değil, onları bastırmak yoluyla mevcut düzeni korumanın hukuksal ve söylemsel aracını oluşturabilmektedir. Oysa bu tür rejimlerden farklı olarak, demokratik rejimlerde kamu düzeni, özgürlükler açısından aslında dayanılacak asli bir güvenceyi ifade etmektedir.²⁶ O halde, toplum için özgürlüklerin kullanımı gerçekten bozulduğunda, kamu güvenliği veya kamu düzeni açısından ilave tedbirler alınması gerekebilir. Burada adı geçen güvenlik (asayiş, emniyet) tedbirlerinin amacı; kişilerin kamusal ya da kamuya açık yerlerde saldırıya, zorlamaya, itilip kakılmaya, kazaya ve engellemeye (durdurulma, bekletilme, alıkonma) uğramadan dolaşmaları veya bir arada bulunmaları, can ve malları için hiçbir zaman endişe duymamaları ve bu yönde inanç ve kanaat sahibi olabilmeleridir.²⁷

III. ÖZGÜRLÜKLERİN SINIRLANDIRILMASINDA BİR GEREKÇE OLARAK “KAMU GÜVENLİĞİ”NİN POLİTİK KULLANIMI

Temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması için yasa koyuculara tanınan gerekçe arasında yer alan “kamu güvenliği” kavramının içeriğini netleştirmek tam olarak mümkün gözükmemektedir. Çünkü sosyal bilimlerde kavramları netleştirme çabası genellikle kavramların içeriklerinin objektif şekilde “pozitifleştirilmesi” veyahut “numerus clausus” (sınırlı sayı) haline getirilmesidir. Kamu güvenliği konusunda da herkesin üzerinde mutabık kalacağı şekilde bu kavramın tamamen pozitifleştirilmesi kolay gözükmemektedir. Özellikle kavramın daraltılmaya çalışılması, güvenliğin statik olmayan

²⁵ ODER, Bertil, *İdare Hukuku, Kolluk Hakkında Ders Notları*, Koç Üniversitesi, İstanbul, 2012, s.7-8.

²⁶ SUNAY, Reyhan, *İfade Hürriyetinin Muhtevası ve Sınırları*, Liberal Düşünce Topluluğu, Ankara, 2001, s.196.

²⁷ DURAN, 1982, s.254.

yapısına zarar verirken, geniş ölçüde muğlâk olarak bırakılması da bir anlamda “hukuki güvenlik” ilkesinin ne zaman gerekeceği sorusunun cevaplandırılmasını zorlaştır-maktadır. İşte bu dengesizliği aşmak adına; “güçlü devlet” ve onun “aşkın” yönetimine taraftar olanlar için, devletin en temel görevlerinden biri olan “güvenliği” tesis eder-ken yani güvenliği bir kamu hizmeti şeklinde sağlarken, kavramın içeriğinin her daim geniş yorumlanması istenecektir. Öte yandan devletin, özgürlüklerin ana koruyucusu olması sebebi ile temel hak ve hürriyetlerin sınırlanması söz konusu olduğunda özgür-lük taraftarları açısından bu kavramın mümkün olduğunca “dar” yorumlanması bek-lenecektir.

Bu konuda ayrımı belirginleştiren sihirli bir ölçü olmamakla birlikte konu, “özgürlük ve güvenlik ikilemi”nde gelip tıkanmaktadır. Sorun, bir toplumun ne kadar özgürlük ve ne kadar güvenlik gerekliliğine yönelik kabul edilmiş bir fikrinin olmama-sıdır. Eğer toplumun bu konuya yönelik bir fikri ve iradesi yoksa, idareciler; ellerindeki yönetimi daha uzun süreyle tutmak ve kendi açlarından sorumluluktan uzaklaşmak için özgürlükleri bir kenara bırakarak genellikle güvenliğe saplanıp kalacaktır. Özellikle demokratik bir hukuk devletinde, bu gibi durumlarda kamu otoritesini yönlendiren toplumsal düşünce, özgürlükle güvenlik arasında sözde bir denge kurmak çabası içinde olmamalıdır. Çünkü denge; ancak kabaca eşit ağırlıkta olan iki değer arasında kurulabilir. Oysa özgürlükle güvenlik, tarihte defalarca görüldüğü üzere eşit değerler olmayıp güvenlik özgürlüğü garanti etmenin araçlarından sadece biridir.²⁸ Aksi dü-şünce, özgürlükle güvenliğin rakip olduğu düşüncesini ortaya çıkaracak ve bu nedenle güvenliği sağlama yükümlülüğü, siyasi iktidarları ya da yönetimleri, sürekli özgürlük-leri kısıtlama güdüsüyle hareket etmeye itebilecek, nihayetinde de özgürlükler, gü-venlik uğruna feda edilebilir hale dönürecektir.²⁹

Devletler için geleneksel güvenlik anlayışının temelini, birçok ülke örneğinde görüleceği üzere “milli güvenlik” veya “ulusal güvenlik” kavramları oluşturmaktadır. Geleneksel güvenlik anlayışı içinde, doktrinin hemen hemen tamamında, güvenlik dendiği zaman ulusal güvenlik, ulusal güvenlik dendiği zaman da polis veya askeri temelli güvenlik anlaşılmakta ve yaklaşımlar bu algılayış perspektifinde şekillendirilmek-tedir.³⁰ Dolayısıyla bu yanlış kavrayıştan ötürü, hiçbir sosyal bilim kavramı aslında ulu-sal güvenlik kadar suiistimal edilmemiş ya da yanlış şekilde kullanılmamıştır. Kavramın dikkatsiz kullanımı ve suiistimali, kavramın içinin boşalmasına sebebiyet vermekte ve

²⁸ ERDOĞAN, Mustafa, “Anayasal-Demokratik Bir Rejimde Özgürlük ve Güvenlik”, *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, Yıl:12, Sayı:24, 2013, s.27.

²⁹ ARSLAN, Zühtü, “11 Eylül Sonrasında Yeni Güvenlik Anlayışı, İnsan Hakları ve Demokratik Kol-luk”, *Polis Bilimleri Dergisi*, Cilt 8(2), 2006, s.123.

³⁰ KARABULUT, 2011, s. 19.

kavramı rasyonel politika analizinde değersiz bir hale dönüştürmektedir.³¹ Devamlı şekilde gözlemlendiği üzere; “hangi tip devlette olursa olsun “ulusal güvenlik” kavramı, açıklanması gereken eylemleri ve politikaları, halkın gözünde meşrulaştırıp kabul edilmesinin sağlanması için bir nevi joker kartı gibi kullanılagelmıştır.”³² Dolayısıyla, “kamu güvenliği” kavramı objektif unsurlarla anlaşılacak yerine Türk Anayasa Mahkemesinin bir kararında da haklı şekilde belirtildiği üzere; “uygulayıcıların kişisel görüş ve anlayışlarına göre genişleyebilecek, öznel yorumlara elverişli, bu nedenle de keyfiliğe dek varabilecek çeşitli ve aşamalı uygulamalara yol açacak genel kavramlar”³³ arasında yer almaktadır.

Güvenliğin bu şekilde, kamu yönetimleri için hiç bitmeyen bir senfoniye dönüşmesinin ardındaki gerekçelerden biri, korku ve endişenin varlığının giderek artan toplumsal sorunlarda sürekli şekilde ana sebep olarak gösterilmesidir. Bu yüzden modern devlet yönetimlerinin son dönemlerde sıklıkla kullandığı ve sığındığı ana kavram, “güvenlikleştirme” kavramıdır. Booth’un tanımlaması ile güvenlikleştirme; “bir sorunun devletin güvenlik gündemine yerleştirildiği an, o soruna öncelik verilme zorunluluğu”nun doğması şeklinde formülize edilmiştir.³⁴

Güvenlikleştirilen veya güvenlik sorunu haline dönüştürülen toplumsal sorunlarla ilgili olağanüstü birtakım önlemlerin alınması, normal siyasetin kurallarının asıya alınması sürecini de beraberinde getirmektedir. Kamu yönetimi ve siyasetçilerin birlikte her geçen gün daha çok rağbet ettikleri böyle bir bu durumda, başarısızlığı örtmek ve politika geliştirememeye söz konusu olduğunda derhal o konu güvenlikleştirilerek topluma sunulmaktadır. Böylelikle normal siyasi süreçlerin sağlıklı sürdürülmemesi ile demokratik gelişmelerin yaşanmasının önüne set çekilmekte ve rutin demokrasi kurallarının işleme çeşitli gerekçelerle sürekli olarak ertelenmektedir.³⁵

İktidarı elinde bulunduranlar, kimi zaman “tehdit” tanımlamasını iç politik amaçları için kullanmak suretiyle, demokratik alanı daraltarak, kısıtlamalar ve kontroller için yeni hak ve yetkiler elde etme iddiasında bulunmaktadırlar. Hâlbuki siyasetin amacı, olağanüstü “özel tehditlerin” öne çıkarılmaksızın siyasal süreçlerin olağan/rutin şekilde devam etmesinin sağlanması olmalıdır.³⁶ Bu konuda hukuki olarak,

³¹ BALDWIN, D.A. (2003). “Güvenlik Kavramı”, *Avrasya Dosyası*, C. 9, S. 2, Ankara, 2003, s.27.

³² BUZAN, 1998, s. 11.

³³ AYM, E. 1973/41, K: 1974/13, 25.04.1974. RG: 14/9/1974/ 15006.

³⁴ BOOTH, Ken, “Güvenlik ve Özgürleş(tir)me”, Çev : Çiğdem ŞAHİN, *Avrasya Dosyası*, C. 9, S. 2, Ankara, 2003, s. 59.

³⁵ BUZAN, 1998, s.24.

³⁶ BUZAN, 1998, s.29.

neyin kamu yararına olduğunu, neyin kamu düzenini bozduğunu veya kamu güvenliğini neyin tehdit ettiğini genelde mevcut hukuk kurallarını koyan veya yürüten siyasal otorite belirlemektedir. Bu bağlamda iktidarı, toplum karşısında asıl egemen kılan, belki de yasa koyma ya da yasaları uygulama gücü değil, bunların hangi koşullarda nasıl algılanacağını belirleme, kavramlara yeni anlamlar yükleyebilme gücüdür. Bu konuda tarihi örnek Nazi Almanya'sının destekçisi hukukçu Schmitt'in sözlerinde görülebilir. Ona göre, "egemen, istisna konusunda karar verendir"³⁷ Yani hem toplumda güvenlik endişelerini tetikleyen ve hem de toplumun korunması gerektiğini ileri sürerek olağanüstüye karar veren gerçekte aynı egemendir. Ancak bu egemen, olağanüstüye karar verirken yönettiği toplumun güvenliğinin değil aslında kendi iktidarının güvenliğinin peşindedir.

Dolayısıyla yakın zamanda daha çok fark edileceği üzere tüm toplumsal meselelerin; devlet yöneticileri tarafından tek tek güvenlikleştirilince yani güvenlik sorununa dönüştürölünce; diğer toplumsal grup ve kişilere söz hakkı kalmamakta, siyasetçiler için her türlü mesele bu şekilde kendi politik hesaplarına alet edilmeye hazır hale getirilmektedir. Özellikle devletin üst düzey karar alma mekanizmalarınca; ortaya çıkan sorunları veya zamanında el atıp çözülmeyen problemleri, sağladıkları yüksek meşruiyetle, söylemsel olarak inşa ettikleri güvenlikleştirme kolaylığı çerçevesinde her yöntemi kullanma (ekstra kaynak transferi, özgürlüklerin kısıtlanması, şiddet içeren yöntemlerin meşrulaştırılması vb.) hakkını talep etme yoluna gidilebilmektedir.³⁸ Bu bağlamda risk olarak addedilen kimi sorunlar artık kamu yöneticilerince güvenlik sorunu şeklinde telaffuz edilmesiyle birlikte, normal birer sorun ya da senaryo olmaksızın çıkararak devlet ve haliyle tüm halk için üst düzey bir tehdit seviyesine yükselmekte ve artık ciddi bir güvenlik problemi olarak değerlendirilmektedir.³⁹

Bir ülkede abartılmış bir güvenlik vurgusu, devletleri kamusal güvenliği sağlamak adına özgürlükleri daraltmaya ve özgürlüklerin kullanılmasını imkânsız kılan yeni suç kategorileri oluşturmaya götürebilmektedir. Bunun birçok örneği olduğu gibi asıl nihai sonucu ise, devletin birey ve toplumdan soyutlanarak kutsal ve ulaşılmaz, hesap vermez bir varlık olarak algılanmasıdır. Kuşkusuz bu anlayış içerisinde devlet, bireyin hizmetinde bir araç olmaktan çıkarak başlı başına bir amaç haline getirilir ki; insan yaşamı için en büyük tehdit de bu şekilde oluşur.⁴⁰

³⁷ SCHMITT, Carl, **Siyasal İlahiyat: Egemenlik Kuramı Üzerine Dört Bölüm**, Çev. Emre Zeybekoğlu, Dost Kitabevi, Ankara, 2002, s.13.

³⁸ BİLGİN, Pınar, "Türkiye-AB ilişkilerinde Güvenlik Kültürünün Rolü", **Soğuk Savaş Sonrasında Avrupa ve Türkiye**, Ayraç Yayınevi, Ankara, 2010, s. 83.

³⁹ BİLGİN, 2010, s. 90.

⁴⁰ COŞKUN, Vahap, "Güvenliği Özgürlükte Aramak", *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Sayı:8, 2013, s.10.

Devletin amaçları ve sorumlulukları genellikle anayasalarında gösterilmiştir. Örneğin 1982 Anayasasının 5nci maddesi, “Devletin temel amaç ve görevleri” başlığı altında; “Devletin temel amaç ve görevleri” sıralanmıştır. Bunlar arasında “doğrudan bireyleri ilgilendirecek şekilde; “...kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak; kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırma” gösterilmiştir. O halde devlet için öncelikli görev; kişiye güvenlik ve gelecek kaygısı aşılıp çeşitli sebeplerle önüne engeller koymak değil, bilakis onun temel hak ve hürriyetlerini yani özgürlüklerini sınırlayan engelleri kaldırmak olmalıdır. Çünkü devletin varlık sebebi olan bireyler, ortada daha devlet denen yapılar olmadan, kendileri zaten özgür doğmuşlardı ve özgür olması gerektiği bilincine de sahiplerdi. Dolayısıyla otoritenin sahibi olsa da devletler; insanın elindeki hak ve özgürlüklerin bir nevi yaratıcısı veya sahibi değil, onların ancak ve ancak koruyucusudur. Aksi düşünce kişinin varlığını sadece devlet otoritesine bağlayan ve insanoğlunu yıkıma götüren bir nevi Faşist kavrayışa savuracak ve insanı devletin kulu haline getirecektir.

IV. DEMOKRATİK ÜLKELERDE ÖZGÜRLÜĞÜN GÜVENLİĞE FEDA EDİLMEMESİ

Genel anlamda toplumsal yaşamın içinde özgürlük; her türlü dış faktörlerden bağımsız olarak sadece kendi isteği doğrultusunda davranabilme kabiliyetidir.⁴¹ Bu kavrayış ile birlikte insanoğlu için öteden beri mücadelesi süregelen bir başka kavram da “özgürlük bilinci” kavramıdır. Yani özgürlük bir ülkede olmasa da ve bir yönetimde özgürlük tanınmasa dahi özgürlük bilinci ve anlayışının kaybolmamasıdır. O halde bu bilinç gereği özgürlük, herhangi bir yönetimin; bireylere bağışladığı bir lütfu değil, ancak bireyler karşısında meşruluğunun bir gereği olabilir.

Demokratik bir hukuk devletinde özgürlük-güvenlik bağlamında güvenlik lehinde alınacak önlemler, birey özgürlüklerinin özünü ortadan kaldıracak nitelikte olmamalı, aksine bunların korunmasını dikkate almalıdır. Zira demokratik bir hukuk devletinde özgürlük ana kural, güvenlik önlemleri ise ancak istisna olabilir.⁴² Özgürlüğü korumayan, onu gereği gibi yaşatmayan, özgürlüğe hizmet etmeyen bir güvenlik, amacından uzaklaşmış, temel hizmet parametresini kaybetmiş, kendini koruma refleksi ile bizzat kendisi en esaslı tehdide dönüşmüş bir silah kabul edilecektir.⁴³

⁴¹ ASHFORD, Nigel, **Özgür Toplumun İlkeleri**, Çev. C. Madenci, Liberte Yayınları, Ankara, 2011, s.53.

⁴² ÇELİK, Âdem, “Özgürlük ve Güvenlik Bağlamında İç Güvenlik Paketinde Yer Alan Bazı Maddelerin Değerlendirilmesi”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, 5 (5), ss.235-263, 2015, s.238.

⁴³ PINAR, Atilla, “Terörle Mücadelede Özgürlük ve Güvenlik Dengesi”, *Ankara Barosu Dergisi*, 2015/1, 2015, s.452.

Benjamin Franklin'in "Geçici bir güvenlik için temel özgürlüklerinden vazgeçenler, ikisinden de mahrum kalmaya mahkumdurlar" (*Those who would give up essential liberty to purchase a little temporary safety, deserve neither liberty nor safety*) sözünün gerçekliği, önceliğin özgürlüğe verilmesi gerektiğini bize göstermiştir. Quinnipiac University (ABD)nin yaptığı bir ankete göre; "Terörizm tehdidinden korunmak için (güvenlik için) özgürlüklerinizden feragat eder misiniz?" sorusuna 11 Eylül olaylarının hemen akabinde Kasım 2001'de yani olay daha yeni olmuş iken % 71 evet, Temmuz 2005'de % 64 evet, olaydan yaklaşık 12 yıl sonra yani Nisan 2013'de ise % 43 evet oyu çıkmıştır. Dolayısıyla terör ve endişe ile korkutulan toplumlar, derhal güvenliğe sarılırken, korkuları dindikçe ve zaman geçtikçe, özgürlüğü daha çok aramaya ve ona önem vermeye başladıkları görülmektedir. Bu durum güvenliğin kısa zamanda yitirile de yeniden tesis edilebileceğini ancak kaybedilmiş bir özgürlüğü tekrar kazanmanın zaman alacağını da bize göstermektedir.⁴⁴

Benzeri kabulü destekleyen başka bir çalışma olarak; "Heidelberg Üniversitesi tarafından her yıl yapılan "Dünya Çatışma Barometre" sine bakıldığında, 2014 yılında dünyada var olan irili ufaklı 424 çatışmanın çok büyük bir kısmı ve bunlardan yoğun şiddet içeren ve savaş olarak kabul edilen 46 çatışmanın tamamının özgür olmayan, demokratik olmayan devletlerde ve bölgelerde meydana geldiğidir. Diğer önemli bir istatistik de bahsedilen 46 savaşın yine tamamının, devletler arasında değil iç savaş denilen devlet içi çatışmaların oluşturmasıdır.

Buradan hareketle, şu tespitleri yapmak yanlış olmayacaktır: ilk olarak, dünyada yoğun şiddet içeren çatışmaların demokratik olmayan ve açık bir toplum inşa edemeyen bölgelerde meydana gelmesi, özgürlüğün olmadığı yerde güvenliğin olmayacağı görüşünü desteklemektedir. İkinci olarak, yine bu savaşların tamamının devlet içi nitelikte olması, devletler arasında veya ordular arasında olmaması sebebiyle, bir toplumda adalet ve dayanışma için gerekenin temel hak ve özgürlükler olduğu ve bunların kısıtlanması veya yok edilmesi halinde çatışmaların kaçınılmazlığına işarete etmektedir"⁴⁵

Kişilerin özgürlüğünü denildiğinde; "...kişiyi dilediği şekilde karar verip, bu olanı sağlayan kurumlaşmamış özgürlükler alanı sağlayan... Bir kimsenin, başkasına

⁴⁴ New York Times, The Quinnipiac Poll, <http://fivethirtyeight.blogs.nytimes.com/2013/07/10/publicopinion-shifts-on-security-liberty-balance/> (The New York Times, 2013, Erişim Tarihi: 23.01.2019.

⁴⁵ AKYEŞİLMEN, Nezir, "Özgürlük- Güvenlik Dengesi?" <http://ilksestgazetesi.com/yazilar/ozgurluk-guvenlik-dengesi-2411>, 09.11.2015, Erişim Tarihi: 23.01.2019.

zarar vermeden; istediği hareketi yapabilmesi, istediği gibi dolaşabilmesi, yemesi, içmesi, eğlenmesi...anlaşılmaktadır”⁴⁶ Kişilerin elindeki özgürlük doğal olarak mutlak ve sınırsız şekilde anlaşılabilir. Ancak bazı ülkelerde bu özgürlüklerin, devlet güvenliği ve rejim istikrarı kavramı ile karşılaştırıldığında daha geri plana atılabildiği görülmektedir. Örneğin 1982 Anayasasının 14ncü maddesine göre; *“Anayasada yer alan hak ve hürriyetlerden hiçbiri, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmayı ve insan haklarına dayanan demokratik ve lâik Cumhuriyeti ortadan kaldırmayı amaçlayan faaliyetler biçiminde kullanılamaz”* düzenlemesi özgürlüğün sınırlarını göstermektedir. Bu madde incelendiğinde; kişi hürriyetleri karşısında kurulan dengenin, devleti daha ön plana çekecek şekilde düzenlendiği, yani devlet karşısında bireyin özgürlüklerinin ikinci plana geçirdiği görülmektedir. Ayrıca, anayasanın 15nci maddesinde kamu özgürlüklerinin ne şekilde ve nasıl kısıtlanıp durdurulabileceği incelendiğinde: *“Savaş, seferberlik veya olağanüstü hallerde, milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükler ihlal edilmemek kaydıyla, durumun gerektirdiği ölçüde temel hak ve hürriyetlerin kullanılması kısmen veya tamamen durdurulabilir veya bunlar için Anayasada öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınabilir.*

Birinci fıkrada belirlenen durumlarda da savaş hukukuna uygun fiiller sonucu meydana gelen ölümler dışında, kişinin yaşama hakkına, maddi ve manevi varlığının bütünlüğüne dokunulamaz; kimse din, vicdan, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz ve bunlardan dolayı suçlanamaz; suç ve cezalar geçmişe yürütülemez, suçluluğu mahkeme kararı ile saptanıncaya kadar kimse suçlu sayılamaz”

Yukarıdaki düzenlemeye göre devletin alacağı OHAL dönemlerindeki özgürlükleri “durdurma” ve “anayasal güvenceleri kaldırma” önlemlerinin, bu ölçütlere uygun şekilde alınıp alınmadıklarının yargısal yönden herhangi bir denetleme imkânı da bulunmamaktadır. Oysa, kanunların anayasaya uygunluğunu denetleyebilen, yani egemenliğin doğrudan devredildiği yasamanın kararlarını denetleyebilen bir Anayasa Mahkemesinin, yürütmenin olağanüstü dönemdeki kararlarını kontrolsüz ve denetimsiz bırakmamalıdır. Çünkü adı geçen Mahkemenin bir kararında da vurgulandığı üzere; *“...demokratik ülkelerde olağanüstü yönetim usulleri, hukuku dışlayan keyfi bir yönetim anlamına gelmez”*⁴⁷ O halde keyfilik önlemek adına, özgürlüğün kamu güvenliği bahanesiyle yok edilmesine imkân tanınmaması gerekecek ve bunu önlemek için her türlü tedbirin de alınması gerekecektir.

Bu konuda, yani bir hukuk düzeninde özgürlüklerin sınırlandırılmasının veya durdurulmasının hukuki olduğu dolayısıyla hukuk tarafından adı konulmuş veya anayasada bizzat düzenlenmiş konuların tartışılmayacağı ileri sürülebilir. Oysa doğal hak

⁴⁶ AYM., E. 1985/8, K. 1986/27, 26.11.1986. RG:14.8.1987/19544.

⁴⁷ AYM., E. 1990/25, K. 1991/1, 10.1.1991, RG: 05.03.1992/21162.

kuramına göre bu konu yazılılık ilkesinin eskimiş yorumlarına terk edilemez. Bir hukuk kuralı niteliğinde olma anlamına gelen “hukukilik”, geçerlilik ve bağlayıcılık açısından bir kuralın diğer normlardan farklı olarak görülmesini doğurmaktadır. Hukuki olan veya öyle sayılan normlar aynı zamanda meşruluk açısından da kabul gören normlardır. O halde hukuki kabul edilen kurallar, üzerinde tartışma olmayan ve aynı zamanda hukuka uygun şekilde tanzim edildiği var sayılan normlar olarak ileri sürülebilir. Ancak hukukilik; sadece şeklen hukuka uygunluk şeklinde anlaşılırsa normların geçerlilik ve bağlayıcılığı zayıflayacak ve sonuçta meşruluğu da tartışmalı hale gelecektir. Nasıl ki takdir yetkisi; idarenin mutlak, sınırsız ve keyfi olarak kullanabileceği bir yetki değilse, kamu özgürlüklerini sınırlandırırken devletin organları, kamu güvenliğini tek taraflı ve geniş yorumlayarak kamu özgürlüklerin sınırlandırılmasının veya tamamen ortadan kaldırılmasının önünü açamayacaktır. Dolayısıyla, sadece yasalara uygunluk olarak görülecek bir hukukilik yaklaşımı yeterli değildir. Yasa üstü adalet hedefi için, hukukilik ayrıca adalete uygun olma ve bu sebeple itaat edilmeyi hak etme olarak da ele alınması gerekecektir.⁴⁸

Çoğu zaman kamu özgürlüklerinin adalet idealinin geçici süreyle de olsa askıya alınmasını mazur görecekte şekilde kısıtlanmasında “kamu güvenliği” gereğesinin tam karşılığı olmadan ve içi doldurulmadan hukuk dışı şekilde ele alındığı görülmektedir. Bu tür hukuk dışılıklara ilişkin çeşitli örnekleri incelemek gerekecektir.

V. KAMU GÜVENLİĞİNİN GEREĞESİ İLE ÖZGÜRLÜKLERİN KISITLANMASINDA HUKUK DİŞİLİKLER

Ülkelerin bazı dönemlerinde toplumun güvenlik algısı manipüle edilerek sürekli düşman ve karşıtlık üretilerek siyaset ve yönetim üzerinden kamuoyu bir şekilde tanzim edilebilir. Örneğin 2. Dünya Savaşı sonrasında ABD senatörü McCarthy, “komünist” diye çeşitli aydınları devlete ihbar ettiğinde, memleketine ve mevcut rejim hizmet ettiğini düşünüyordu. Ayrıca Orta Çağ’da cadı avına çıkanlar da ortamı “kötü ruhlardan” temizledikleri kanaatini taşıyordu. Özellikle halkları düşmanlaştırarak ayıran, insanlar arasında kin ve nefreti artıran ve bunları güvenliğe dayandıran siyasetçilere ve buna kararlarıyla destek veren mahkemelere tarihte hep rastlanılmıştır. Örneğin 1942 yılında, ABD Başkanı Franklin Delano Roosevelt, imzaladığı 9066 sayılı Kararname ile ülkesinin Japonya ile savaşa girilmesi sebebiyle, ABD’de yaşayan ve içlerinde ABD vatandaşı olanların da bulunduğu 120,000 Japon’un yerlerinden edilerek gözaltı kamplarına alınmasını emretmiştir. Japon asıllı Fred Korematsu adlı Kaliforniyalı ABD vatandaşı, bu emre rağmen evini terk etmeyi reddetmesi üzerine tutuklanmıştır. Ben-

⁴⁸ GÜNEŞ, Mehmet, “Kamu Güvenliği Yaklaşımı ve Hukukilik”, *13ncü Kamu Yönetimi Sempozyumu Bildiri Kitabı*, 2019, Gaziantep, s.7-8.

zeri durumdaki diğer iki kişi ile beraber Fred Korematsu, yasal usullere riayet edilmeksizin bu şekilde vatandaşların tutuklanmasının- onların hain ya da milli güvenliğe tehdit olduklarını hiçbir şekilde ispat edilmeden- Anayasaya aykırı şekilde, özgürlükten yoksun bırakıldıklarını ileri sürerek tutukluluklarına itiraz etmişlerdir. İtirazı inceleyen, o dönemki ABD Federal Mahkemesi, bu kişilerin vatan haini olup olmayacağını ispatı bir yana sadece devletin menfaati onu gerektirdiği için tutuklanmalarına ses çıkarmayıp buna ilişkin yapılan itirazı da reddetmiştir. Mahkeme üyeleri arasında, bu kişilerin vatan hainliği kanıtı ya da sadakati kanıtlama fırsatı olmaksızın, kanunlara uyduğu halde on binlerce vatandaşın tutukluluğunun yalnızca Japon olduklarından kaynaklandığını, bu durumun ise ırk ayrımcılığı olduğuna ilişkin karara itiraz edenler de bulunmaktaydı. Yıllar geçtikten sonra bu karar, ABD Federal Mahkemesinin tarihinde verdiği en kötü, en adaletsiz kararlardan biri olarak gösterilmiştir. Bu olaydan tam 44 yıl sonra, 1988 yılında, ABD Başkanı Reagan, o dönem evlerinden alınarak gözaltına alınan Japonların her birine tazminat olarak 20,000 \$ verilmesini içeren bir belge ve bir özür mektubunu imzalamak zorunda kalmıştır.

Benzeri bir durum 2001 yılı 11 Eylül'deki saldırılardan üç gün sonra, ABD Kongresi tarafından hızlıca çıkarılan "Askeri Güç Kullanma Yetkisi Yasası"nda da yaşanmıştır. Bu yasaya göre ABD vatandaşı olan Yaser Hamdi adlı bir kişi, Afganistan'da yakalanarak ABD'nin Guantanamo üssündeki kapalı cezaevine kapatılmıştır. Federal Mahkemeye başvuran bu kişinin ailesi, Başkan Bush'un itiraz etmesine rağmen, Mahkemenin dokuz hâkimden sekizinin kararı ile Yürütme Organının temel kanuni prosedür izlenmeksizin ve bir yargı denetimi yapılmaksızın süresiz olarak düşman veya hain ilan edilse dahi bir ABD vatandaşını tutuklama yetkisinin olmadığına, yürütmenin başındaki Başkanın kendi anlayışına göre ilan ettiği düşmanlarını, hiçbir yargılama yapılmadan tutuklama karar ve yetkisini mutlaka Kongreye onaylatması gerektiğine karar vermiştir. Aynı şekilde 2008'de ABD Yüksek Mahkemesi, Bosna Hersek vatandaşı olan ve Guantanamo'da tutulan Lakhdar Boumedienne davasına ilişkin olarak, o dönem çıkarılan yasada yer alan kişilerin "tutukluluğunun yasaya uygunluğuna ve aynı zamanda Guantanamo tutuklularının mahkemelere itiraz etme hakkını askıya alan" maddelerinin sadece ABD vatandaşları için değil Guantanamo'da bulunan ABD vatandaşı olmayan ve ABD'ye karşı terörist faaliyetlerde bulunan veya açıkça düşman ilan edilenleri de kapsadığına karar vermiştir.⁴⁹

Aynı şekilde kamu güvenliği ve kişi özgürlükleri arasında bir seçim yapmak zorunda kalan Almanya'da bir dönem çıkarılan "Hava Güvenliği Kanunu"nda; ülkedeki çeşitli hedeflere karşı saldırı düzenlemek isteyen veya bu şekilde davrandığı izlenen

⁴⁹ JUERGENS, Ann, "Anayasa Mahkemeleri ve Güvenlik ile Özgürlük Arasındaki Denge", *Anayasa Yargısı Dergisi*, 34 (2017), ss.25-32, 2017, s.29.

her türlü sivil uçakların, yere inmeden daha havadayken askeri birlikler tarafından vurulmasını mümkün kılan maddeler bulunmaktaydı. Almanya’da yaşayan sivil bir yolcu, bu kanuni düzenlemeye karşı anayasa şikâyeti yoluna başvurmuş ve Federal Anayasa Mahkemesi, tehdit altındaki insanları kurtarmak için – sayıca kurtarılacaklara göre daha az olsalar dahi – başka insanların kurban edilmesinin insan onurunu ihlal ettiğine, güvenlik kaygılarına dayanarak masum olabilecek insanların hayatlarına zarar verilemeyeceğine karar vermiş ve söz konusu kanun maddesini iptal etmiştir.⁵⁰

Yine Almanya’da, Alman Hükümeti’ni eleştiren konuşmalar yapmak için çeşitli zamanlarda yurtdışına çıkmak isteyen bir vatandaşa pasaport verilmemesine ilişkin yapılan bir başvuruda, yani devlet güvenliği ile kişisel özgürlüğün çatıştığı bir problemde, Alman Anayasa Mahkemesi; devletin bu kararı karşısında kişi özgürlüğü lehine karar verilmiştir. Kararında adı geçen Mahkeme, tarihe geçecek şekilde şu gerekçeyi ortaya koymuştur; “Ülkede suçluların ve Anayasa düşmanlarının dahi, anayasaya dayanma ve anayasadan güç alma hakkı vardır; onursuzca hareket eden biri, kendi onunun korunması hakkını kaybetmiş sayılmaz.”⁵¹

SONUÇ

Kamu özgürlüklerinin, kamu güvenliğine feda edilmeden kullanılması gerekir. Kamu özgürlükleri, dünyanın her yerinde gittikçe aşınmakta ve güvenliğin sınırsız anlamlarında hapsedilerek eritilmektedir. Dünya, her geçen gün korku ve endişelere teslim olunmuş bir yer haline gelerek güvenlik, devletler tarafından tek öncelik olarak görülmüş kişi özgürlükleri ikinci plana bırakılmıştır.

Bu çıkarımı destekleyen terör başta olmak üzere güvenlik sorunları her bölgede gittikçe ağırlaşmaktadır. Çünkü ülkeler; özgürlüğü ve serbestliği ya da hak ve hürriyeti değil, baskı ve zorbalığı hatırlatacak şekilde büyük bir mücadelenin içine girmiş durumdadırlar. Dünyanın en büyük arama motoru olan Google’da örneğin liberty (özgürlük) kavramı; 490 milyon sonuca denk gelirken, security (güvenlik) kavramı 4 milyar 160 milyon sonuçla aranmıştır. Bu sonuç, güvenliğin özgürlükten daha çok merak edilip kullanıldığına işaret etmektedir. Oysa özgürlük, ancak kaybedildiği zaman kıymeti daha iyi anlaşılan bir değerdir. Özgürlüğü, güvenlik kaygılarına kurban etmek için tarihsel olayları hatırlamak yeterlidir. İnsanlık; şu andaki seviyesine daha fazla güvenlikle değil daha çok özgürlüklere sahip olarak ilerleyebilmiştir.

Hukuki olarak addedilen yasalarla ne güvenlik ve ne de özgürlükler tam olarak artırılabilir. Yasaların sayısı ve çeşitliliği, güvenlik ve özgürlükler için aranan ihtiyacı bir

⁵⁰ KUNIG, Philip, “Özgürlük ve Güvenlik”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, 34,2017, ss.17-23, s.20.

⁵¹ KUNIG, Philip, “Individuelle Verfassungsbeschwerde: Erfahrungen in Deutschland”, İstinaf Kanun Yolu ve Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Konferansı, Türk Ceza Hukuku Bağlamında İstinaf ve Bireysel Başvuru Yuvarlak Masa Toplantısı, Editör: SÖZÜER, Âdem,2017, ss.7-10, s.5.

nebe karşılayabilir. Oysa adalet ve liyakat ile eşitlik esasına göre oluşturulan bir toplumsal mutabakat, bütün sorunların halledilmesi için esas çıkış noktası olmalıdır. Korutularak yönetilmek ve akabinde güvenlik histerisine kapılarak özgürlüğü ikinci plana atmak suretiyle; sadece bugünü değil tüm geleceği de kaybetme ihtimali doğacaktır. Kamu özgürlükleri güvenliğe endeksenerek ölçülür ve o şekilde anlaşılırsa, sadece sınırlı bir toplumsal hayat ve kısır bir düşünce iklimine razı olmaya hazır olmak gerekecektir.

KAYNAKLAR

- AKYEŞİLMEN, Nezir, “Özgürlük- Güvenlik Dengesi?” <http://ilksesgazetesi.com/yazilar/ozgurluk-guvenlik-dengesi-2411>, 09.11.2015., Erişim Tarihi:23.01.2019.
- ANADOLU Ajansı, <https://www.aa.com.tr/tr/dunya/abd-baskani-trump-duvarda-israrli/1375841>, Erişim Tarihi:23.01.2019.
- ARI, Tayyar, Uluslararası İlişkiler Teorileri, Alfa Yayınları, İstanbul, 2002.
- ARSLAN, Zühtü, “11 Eylül Sonrasında Yeni Güvenlik Anlayışı, İnsan Hakları ve Demokratik Kolluk”, Polis Bilimleri Dergisi, Cilt 8(2), 2006.
- ASHFORD, Nigel, Özgür Toplumun İlkeleri, Çev. C. Madenci, Liberte Yayınları, Ankara, 2011.
- ASLAN, Zühtü, “Devletin Hukuku, Hukuk Devleti ve Özgürlük Sarkacı”, Doğu-Batı, Sayı.13 (2000-01).
- AYHAN, Ufuk, Metropoliten Alanlarda Kamu Güvenliği, Kripto Yayınları, Ankara, 2008.
- BAKIRCI, Hasan, “Anayasa Mahkemelerinin Olağanüstü Hâllerde Temel Hakların Korunmasındaki Rolü”, Anayasa Yargısı Dergisi, 34,2017, ss.91-95.
- BAKUNIN, Mihail, Devlet ve Anarşi, Agora Kitaplığı, Ankara, 1998.
- BAL, Mehmet Ali, Modern Devlet ve Güvenlik, IQ Kültür Sanat Yayıncılık, İstanbul, 2003.
- BAL, Mehmet Ali, “Özel Güvenlik Alanında Yeni Gelişmeler ve Yeni Vizyonlar”, 1.Ulusal Özel Güvenlik Sempozyumu Bildiri Kitabı, Hıdır Akpınar (Ed.), Kocaeli Üniversitesi, Kocaeli, 2004.
- BALDWIN, D.A. (2003). “Güvenlik Kavramı”, Avrasya Dosyası, C. 9, S. 2, Ankara, 2003.
- BİLGİN, Pınar, “Türkiye-AB İlişkilerinde Güvenlik Kültürünün Rolü”, Soğuk Savaş Sonrasında Avrupa ve Türkiye, Ayraç Yayınevi, Ankara, 2010.
- BOOTH, Ken, “Güvenlik ve Özgürleş (tir)me”, Çev : Çiğdem ŞAHİN, Avrasya Dosyası, C. 9, S. 2, Ankara, 2003.
- BUZAN, Barry, WAEVER, O. WILDE, J, Security: A New Framework for Analysis, Lynne Rienner Publishers, 1998.
- COŞKUN, Vahap, “Güvenliği Özgürlükte Aramak”, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı:8, 2013.
- ÇELİK, Âdem, “Özgürlük ve Güvenlik Bağlamında İç Güvenlik Paketinde Yer Alan Bazı Maddelerinin Değerlendirilmesi”, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, 5 (5), ss.235-263, 2015.
- DURAN, Lütfü, İdare Hukuku Ders Notları, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1982.

- ERDOĞAN, Mustafa, “Anayasal-Demokratik Bir Rejimde Özgürlük ve Güvenlik”, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Yıl:12, Sayı:24, 2013.
- ERGİL, Doğu, “Güvenlik ve Özgürlükler: Siyaset Felsefesi Açısından”, İnsan Hakları ve Güvenlik, TBB. İnsan Hakları Araştırma ve Uygulama Merkezi Yayın, Ankara, 2001.
- GÖZLER, Kemal, İdare Hukuku Dersleri, Ekin Kitabevi, Bursa, 2002.
- GÜNDAY, Metin, İdare Hukuku, İmaj Yayıncılık, Ankara, 2011.
- GÜNEŞ, Mehmet, “Kamu Güvenliği Yaklaşımı ve Hukukilik”, 13ncü Kamu Yönetimi Sempozyumu, Gaziantep, 2019.
- JUERGENS, Ann, “Anayasa Mahkemeleri ve Güvenlik ile Özgürlük Arasındaki Denge”, Anayasa Yargısı Dergisi, 34 (2017), ss.25-32, 2017.
- KAPANİ, Münci, Kamu Hürriyetleri, AÜHF Yayınları, Ankara, 1981.
- KARABULUT, Bilal, Küreselleşme Sürecinde Güvenliği Yeniden Düşünmek, Barış Kitabevi, Ankara, 2011.
- KUNIG, Philip, “Özgürlük ve Güvenlik”, Anayasa Yargısı Dergisi, 34,2017, ss.17-23.
- KUNIG, Philip, “Individuelle Verfassungsbeschwerde: Erfahrungen in Deutschland”, İstinaf Kanun Yolu ve Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Konferansı, Türk Ceza Hukuku Bağlamında İstinaf ve Bireysel Başvuru Yuvarlak Masa Toplantısı, Editör: SÖZÜER, Âdem,2017, ss.7-10.
- NEW YORK TIMES, The Quinnipiac Poll, <http://fivetohirtyeight.blogs.nytimes.com/2013/07/10/publicopinion-shifts-on-security-liberty-balance/> (The New York Times, 2013, Erişim Tarihi:23.01.2019.
- ODER, Bertil, İdare Hukuku, Kolluk Hakkında Ders Notları, Koç Üniversitesi, İstanbul, 2012.
- ÖZGENÇ, İzzet, “İnsan Haklarının Özüne Dönüş”, Yeni Türkiye: İnsan Hakları Özel Sayısı, I. Cilt, Yıl: 4, Sayı: 21, Mayıs – Haziran, 1998.
- PINAR, Atilla, “Terörle Mücadelede Özgürlük ve Güvenlik Dengesi”, Ankara Barosu Dergisi, 2015/1, 2015.
- SCHMITT, Carl, Siyasal İlahiyat: Egemenlik Kuramı Üzerine Dört Bölüm, Çev. Emre Zeybekoğlu, Dost Kitabevi, Ankara, 2002.
- SEÇKİN, Orhan, Devlet Güvenliği ve Haber Alma, Polis Akademisi Başkanlığı Yayınları, Ankara, 2001.
- SUNAY, Reyhan, İfade Hürriyetinin Muhtevası ve Sınırları, Liberal Düşünce Topluluğu, Ankara, 2001.

TANÖR, Bülent, Siyasi Düşünce Hürriyeti ve 1961 Anayasası, Öncü Kitabevi, İstanbul, 1969.

UÇAR, Tayfun, UÇAR, Şenay, Özel Güvenlik Metodolojisi, Papatya Yayınları, İstanbul, 2005.

URHAL, Ömer, Küreselleşen Dünyada Güvenlik, Adalet Yayınevi, Ankara, 2009.

YILMAZ, Sait, 21. Yüzyılda Güvenlik ve İstihbarat, Alfa Yayınları, İstanbul, 2006.

ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARI

AYM., E. 1973/41, K: 1974/13, 25.04.1974. RG: 14/9/1974/ 15006.

AYM., E. 1985/8, K. 1986/27, 26.11.1986. RG:14.8.1987/19544.

AYM., E. 1990/25, K. 1991/1, 10.1.1991, RG: 05.03.1992/21162.

AYM., E. 1990/25, K. 1991/1, 10.1.1991, RG: 05.03.1992/21162.

CELAL NURİ'NİN AİLE HUKUKUNA DAİR GÖRÜŞLERİNİN HUKUK-I AİLE KARARNAMESİ'NE YANSIMALARI*

Reflections of Celal Nuri's Views on Family Law to the Ottoman Decree of Family Law

Doç. Dr. Nuran KOYUNCU**

Arş. Gör. Yasin YILMAZ***

ÖZ

Celal Nuri, Osmanlı son döneminde Batıcılık fikrinin önemli savunucularındandır. Bu fikir akımı içerisinde hukukçu kimliği ile ön plana çıkar. Dönemin hukuki meselelerine dair yayımladığı makale ve kitaplarla etkili olmuş bir isimdir. Hukuk-ı Aile Kararnamesi, Türk hukuk tarihi bakımından önemli bir yere sahiptir. Tanzimat'tan sonra çıkarılan kanun metinleri arasında dönemin fikir akımlarından etkilenmiş olması itibarıyla de dikkate değerdir. Bu makalede batıcı fikir akımının hukukçu temsilcisi olarak Celal Nuri'nin kararname üzerindeki etkisi tartışılmıştır. Onun aile hukukuna dair hukuki bir düzenleme yapılması talebinin karşılanmasının yanısıra; evlilik şekli, evlilik yaşı, çok evlilik ve boşanma konularındaki görüşleri ile kararname hükümleri paralellik arz etmektedir.

ANAHTAR KELİMELEER: *Celal Nuri, Batıcılık, Hukuk-ı Aile Kararnamesi, Aile Hukuku, Hukuk Düşüncesi.*

ABSTRACT

Celal Nuri is one of the most important advocates of Westernism in the last period of the Ottoman Empire. It comes to the forefront with the identity of a jurist in this current of ideas. He is an influential figure in his articles and books on the legal issues of the period. The Code of Family Law has an important place in the history of Turkish law. It is also noteworthy that it was influenced by the intellectual currents of the period among the texts of codes issued after the Tanzimat. In this article, the effect of Celal Nuri's ideas on the code was discussed. In addition to meeting his request for a legal regulation on family law; the views of the marriage style, age of marriage, multiple marriages and divorce are parallel with the provisions of the code.

KEYWORDS: *Celal Nuri, Westernism, Code of Family Law, Family Law, Legal Thought.*

* **Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih:** 13.11.2019

Kabul Edildiği Tarih: 16.12.2019

DOI Numarası: [10.15337/suhfd.646402](https://doi.org/10.15337/suhfd.646402)

Bu makale, Doç. Dr. Nuran Koyuncu danışmanlığında sunulan "Osmanlı Devleti'nde Batıcılık Fikri ve Hukuk Sistemine Etkileri" başlıklı yüksek lisans tezinin üçüncü bölümünün 2.2. ve dördüncü bölümünün 3.1. kısımlarının eklemelerle geliştirilmesi suretiyle oluşturulmuştur.

** Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Tarihi Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

E-Mail Adresi: nkoyuncu@erbakan.edu.tr **ORCID ID:** [0000-0002-6696-9733](https://orcid.org/0000-0002-6696-9733)

*** Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Tarihi Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi

E-mail Adresi: yasinyilmaz@erbakan.edu.tr **ORCID ID:** [0000-0002-3742-8743](https://orcid.org/0000-0002-3742-8743)

Giriş

Osmanlı Devleti, Tanzimat dönemi kanunlaştırma hareketleri ile hukuki açıdan yeni bir döneme girmiştir. Bu dönemde özellikle askeri yenilgiler sonrası devletin modernleşmesi gündeme gelmiş ve bu modernleşmenin önemli bir boyutunu da hukuk teşkil etmiştir. Hukukta kanunlaştırma fikrinin bizatihi kendisi o dönem için batıcı bir fikir olarak karşımıza çıkar. Bu fikrin tezahürü olarak iktibas edilen ve dahi yapılan kanunlar batıcı fikrin etkisi altında kalmıştır. Tanzimatla başlayan kanunlaştırma hareketinin son ve belki de milli olarak kabul edilen kanun metinleri arasında en dikkat çekici olanı Hukuk-ı Aile Kararnamesi'dir. Dikkat çekici olmasının sebeplerinden biri de dönemin fikir akımlarının görüşlerinin kanun maddelerine yansımalarıdır.

Batıcılık bir fikir akımı olarak II. Meşrutiyet sonrasında ortaya çıkmış, taraftarları çeşitli yayın organları vasıtasıyla düşüncelerini halk arasında yaymaya çalışmıştır. Abdullah Cevdet, Celal Nuri ve Kılıçzade Hakkı Bey'ler batıcılar arasında öne çıkan önemli üç isimdir. Celal Nuri hukuki konulara olan ilgisi sebebiyle diğer isimlerden ayrılır. Dönemin hukuk düşüncesinin kanunlara yansımaları bakımından Hukuk-ı Aile Kararnamesi incelenmeye en müsait metindir. Fikir akımları arasında sayılan İslamcılık ve Türkçülüğün yanında Batıcılığın da kararnamenin kabulüne ve içeriğine etkileri olmuştur. Bu bağlamda öncelikle batıcıların hukukçu fikir adamı olarak Celal Nuri tanıtılmış, onun aile hukukuna dair görüşlerine yer verilmiş, Hukuk-ı Aile Kararnamesi'nin hazırlanışından ve kabulünden bahsedildikten sonra kanun metninde Celal Nuri'nin görüşleriyle paralellik arz eden hususlar tespit edilmiştir.

1. Batıcıların Hukukçu Fikir Adamı Olarak Celal Nuri

Meşrutiyet'in tekrar ilanı ile matbuat ve buna bağlı olarak fikir hayatı canlanmış; yazar ve gazetecilerin kamuoyu oluşumundaki rolleri belirgin bir hal almaya başlamıştır. Osmanlı aydınları bu merhalede farklı fikrî muhitler etrafında bir araya gelmişlerdir. İnalıcık'a göre devlet idaresinde şeriata öncelik verme yanlısı olan "*Şariatçılık*", imparatorlukta yaşayan çeşitli milletten halkları batılı yeniliklerle bir ideoloji altında toplamak isteyen "*Osmanlıcılık*", daha çok Fransız fikir hayatının etkisinde gelişen "*Batıcılık*" ve Dünya Türklüğü'nün birliği ideolojisini benimseyen "*Türkçülük*" dönemi şekillendiren başlıca fikir akımlarıdır.¹

Tunaya dönemin fikir akımlarını Batıcılık, Türkçülük ve İslamcılık olmak üzere belirterek Osmanlı(cı)lık fikrinin bu akımların ortak amacını oluşturduğunu söyler.² Üçlü ve dörtlü olarak sınıflandırılabilen bu fikir akımları, Osmanlı tarihinde ilk defa

¹ Halil İnalıcık, *Devlet-i Aliyye*, Türkiye İş Bankası Kültür Yay., İstanbul, 2016, c. 4, s. 307-310.

² Tarık Zafer Tunaya, Amme Hukukumuz Bakımından İkinci Meşrutiyetin Siyasi Tefekküründe Garpcılık Cereyanı, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, c: 14, S: 3-4, 1948, s. 585-630.

hürriyet iklimi içinde siyasi ve hukuki konularla ilgili fikirlerin halktan da destek alarak genel kanaati belirleyebileceğini, bu sayede iktidara etki edebilecek düzeye erişebileceğini göstermiştir.³ Yine Tunaya'ya göre bu fikir akımlarının uğraşları Osmanlı Devleti'ni yaşatmaktan ziyade yeni bir devletin kurulması için yapılmış "laboratuar tecrübeleri"dir.⁴ Her ne kadar bu dönemin aydınları bunun farkında olmamış olsalar da sonraki tarihlerden bakılınca bu tespitin yerinde olduğu görülecektir.

Fikir akımları arasında Batıcıların önemli bir yeri vardır. II. Meşrutiyet öncesi batılılaşma hareketleri devlet yönetiminde, hukuk sisteminde, iktisadi düzende kısmi bir batılılaşma yapılması gerektiğinden bahsetmişlerdir. Ancak Batıcılar olarak incelediğimiz aydınlar batının her yönden bir model olarak alınması gerektiğini savunmuşlardır. Aydınlanma felsefesi ve Fransız kültürünün etkin olduğu bu fikir hareketi, geleceğin Cumhuriyetçi kadrolarının düşünce dünyasını belirlemiştir. İctihad mecmuası etrafında toplanan Batıcılar, ileride Türk siyaset ve fikir hayatına yön veren bir faaliyet merkezi durumuna erişmiştir.⁵ 1904 yılında Cenevre'de çıkmaya başlayan, on altı sayfası Türkçe on altı sayfası Fransızca olan "İctihad Mecmuası"⁶ Abdullah Cevdet'in ölümüne kadar yayınına devam etmiştir. Bu mecmuada Gustave Le Bon, Thomas Buckle, Ludwig Büchner, D'Holbach, De La Mettrie, Goethe gibi düşünürlerden çeviriler ve bu isimlerin etkisinde kaleme alınan yazılar yayımlanmıştır.⁷

Kültür, edebiyat ve diğer toplumsal meseleler üzerinde fikir üreten batıcılar, hukuki anlamda sistemli bir düşünce ortaya koyamamışlardır. Ancak İctihad'ta yayımlanan farklı yazılardan hareketle bazı sonuçlara ulaşılabılır. Öncelikle batıcıların, bütün kanun ve kurumların kaynağı olarak halkı ve halk ruhunu göstermeleri halka yani sosyolojik yapıya dayanan bir hukuk telakkilerinin olduğuna delildir.⁸ Yine batıcılar, yüzeysel bir biçimde de olsa, Osmanlı Devleti'nin hukuk sisteminin bozukluğunu ve yaşanan faciada en büyük müsebbibin mevcut kanunların yetersizliği olduğunu iddia etmektedirler.⁹ Batıcılık fikrinin hukuk alanındaki en önemli görünümü kanunlaştırma hareketleri bağlamında ortaya çıkar. İlerleyen bölümlerde görüleceği üzere Osmanlı

³ Tarık Zafer Tunaya, *Türkiye'nin Siyasi Hayatında Batılılaşma Hareketleri*, Yedigün Matbaası, İstanbul, 1960, s. 97.

⁴ Tunaya, s. 99.

⁵ İnalçık, Devlet-i Aliyye, c.4, s. 309.

⁶ Mecmua ile ilgili yapılmış bir araştırma için bkz. Yunus Emre Tansü, *Batıcı Düşüncenin Etkili Bir Sözcüsü Olarak İctihad Dergisi*, Yayımlanmamış Doktora Tezi, Ankara, 2002.

⁷ Bkz. Mehmet Akgün, *Materyalizmin Türkiye'ye Girişi ve İlk Etkileri*, Kültür ve Turizm Bakanlığı Yay. Ankara, 1988, s. 130; Cengiz Otacı, *Hukukun Laikleşme Serüveni*, Birey yay. İstanbul, 2004, s. 170.

⁸ Tunaya, s. 607.

⁹ Bkz. Cenap Şehabeddin, "Celal Nuri Beyefendiye", *İctihad*, c. IV, S. 53, ss. 1198-1202.

toplum yapısına uygun ve çağın gereksinimlerini gözetken kanunların yapılması isteği batıcılar tarafından sıkça dile getirilmiştir.

Batıcı aydınların aralarındaki farklı görüşlere rağmen bir bütün olarak batıcılık hareketi, Cumhuriyeti kuran kadroyu ve hatta bugünkü bazı tartışmaları anlamak için önem arz eder. Tıbbiye gibi laik ve batıcı birer irfan merkezi olan askeri mekteplerin yetiştirdiği kuşağın bir temsilcisi olan Mustafa Kemal, birçok fikrini bu hareketin temsilcilerinden edinmiş ve onları uygulama alanına koymaya çalışmıştır.¹⁰ Batıcılar düşüncelerini bir ideoloji haline getirememişlerdir, ancak Atatürk döneminde, bu fikirlerden bir çoğu Türkçü fikirlerle bağdaştırılarak bir ideoloji konusu olmuştur.¹¹

Batıcı fikir akımı arasında öne çıkan isimlerden birisi olan Celal Nuri, valilik dahil çeşitli devlet kademelerinde görev yaptıktan sonra 1908 yılında Meclis-i Ayan üyesi olan Mustafa Nuri Bey ile Mesnevi çevirisi ve şerhi olan Abidin Paşa'nın kızı Nefise Hanım'ın çocukları olarak Gelibolu'da doğmuştur.¹² İlköğrenimini mahalle mektebinde ve özel hocalardan aldığı eğitimle, ortaöğrenimini ise Galatasaray Mekteb-i Sultanî'sinde tamamlamıştır. Daha sonra Mekteb-i Hukuk'a¹³ başlayarak II. Meşrutiyet'in ilanından önce mezun olmuştur.¹⁴ II. Meşrutiyet'in ilanından sonra gazeteciliğe başlar ve farklı gazetelerle birlikte batıcıların yayın organı olarak görülen İctihad dergisinde yazıları yayımlanmıştır. 1914 yılında bu dergiden ayrıldıktan sonra "*İkdam*" ve kendi çıkardığı "*İleri*" gazetelerinde yazılar yazmıştır. 1919 yılında Gelibolu milletvekili seçilmiş¹⁵ ve son Osmanlı Meclis-i Mebusanı'nın Misak-ı Milli kararının müsvettesini kaleme almıştır. İstanbul'un işgalinden sonra Malta'ya sürüldükten sonra 1921 yılında yurda dönerek TBMM'de Gelibolu milletvekilliği görevini üstlenmiştir.

Celal Nuri, 1922 yılında hukukçu kimliğiyle Kanun-ı Esasi Encümeni başkanlığına getirilmiştir.¹⁶ Daha önce doktorasını¹⁷ yapmış uzman bir kamu hukukçusu, olaylara hakim tecrübeli bir gazeteci ve anayasal bir değişim içeren radikal programıyla

¹⁰ İnalçık, s. 20.

¹¹ İnalçık, s. 347.

¹² "*Mustafa Nuri Efendinin oğlu olan Celâl Nuri*" BOA, Sicil-i Ahval Defteri, No. II/334-335; Recep Duymaz, "*Celal Nuri İleri*", *DiA*, VII, s.242-245, Celal Nuri İleri, *Dil ve Edebiyat Yazıları*, Haz. Recep Duymaz, Kitabevi Yay., İstanbul, 1995, s. 11-36; Necmi Uyanık, *Siyasi Düşünce Tarihimizde Batıcı Bir Aydın Olarak Celal Nuri*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Konya, 2003, ss. 227-274.

¹³ Bkz. Nuran Koyuncu, "*Hukuk Mektebinin Doğuşu*", *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 16/3 (Temmuz 2012), ss. 163-186.

¹⁴ Giridi Ahmed Sakî, *Celâl Nuri Bey ve Cezrî Fikirleri*, Dersaadet, 1338-1335/1919, s. 4-6.

¹⁵ Gelibolu Mebusu Celal Nuri; BOA, DH.EUM.SSM. Dosya no: 49, Gömlek no: 11, Tarih: 07\08\1340.

¹⁶ Uyanık, s. 56.

¹⁷ Uyanık, s. 24.

beraber Celal Nuri¹⁸, bu komisyondaki çalışmaları ile Kanun-ı Esasi'yi Cumhuriyet'in ilanına hazır hale getiren değişiklikleri yapmıştır.¹⁹ İlerleyen yıllarda çeşitli gazete ve dergilerde fikrî faaliyetlerine devam etmiş ve 2 Kasım 1936'da İstanbul'da hayatı son bulmuştur.²⁰

Celal Nuri, hem Osmanlı son döneminde hem de Cumhuriyet'in ilk yıllarında tarih, edebiyat, din, seyahat, siyaset ve hukuk alanlarında çok sayıda makale ve kitap yayımlamıştır. Doğrudan hukuki meseleleri ele alan üç eseri mevcut olup bunlar "*Kendi Nokta-i Nazarımdan Hukuk-ı Düvel*", "*Havaic-i Kanuniyyemiz*"²¹ ve "*Kadınlarımız*"dır. İlk eseri devletler hukuku hakkındadır, ikincisi ise birçok hukuk alanına dair görüşlerini ve tekliflerini içerir. Üçüncü kitabında ise kadın hakları ve aile hukukundaki yeri ile ilgilenmiştir. Bu kitaplarının yanında bahsedilen gazete ve dergilerde birçok makalesi vardır.

Celal Nuri'nin batıcılık fikrinin en önemli savunucularından olduğunda şüphe yoktur.²² Bununla beraber batıcılar arasındaki sınıflandırmada kısmi batıcı olarak değerlendirilmektedir. Bunun sebebi, batı medeniyetine karşı husumet veya muhabbet duyma konusundaki tartışmadır. Celal Nuri, Balkan Savaşlarından sonra batılı devletlerin emperyalist politikalarına karşı düşman olunması taraftarıdır. Batı medeniyetinden ise milli ahlakımızı koruyarak yararlanılması gerektiğini savunur.²³

Celal Nuri, sinai ve hakiki olmak üzere iki tür medeniyetten bahseder. Batının sinai medeniyete sahip olduğunu yani sanayide geliştiğini, bu yönden örnek alınmasını, ancak ahlakla ilgili olan hakiki medeniyet hususunda kendi değerlerimizin ve kültürümüzün muhafaza edilmesi gerektiğini ifade eder.²⁴ Bu korumacı tutumu onu "*kısmi batıcı*" olarak nitelemeyi gerektirmiştir. Abdullah Cevdet'in "*gülüyle dikeniyile*"

¹⁸ Uyanık, s. 634.

¹⁹ Celal Nuri, son Osmanlı Meclisinde ve TBMM'de dört dönem milletvekilliği yaparak çok önemli hukuki kararların altına imzasını atmıştır. Türkiye Büyük Millet Meclisi Albümü 1920-1991, s. 20.

²⁰ Recep Duymaz, "Celal Nuri İleri" md. *DİA*, 1993, c. 7, s. 242-245; Hilmi Ziya Ülken, *Türkiye'de Çağdaş Düşünce Tarihi*, Ülken Yay. İstanbul, 1992, s. 399 vd.

²¹ 1913 yılından itibaren dönemin kanunlarını eleştiren, hukuk alanında ıslahat gerektiğinden bahseden bir yazı dizisi yayınlamaya başlar. Bu dizi aynı yıl İctihad Matbaasından basılır.

²² Cemil Meriç'in ifadesiyle Celal Nuri, "*o dönemin en uyanık, en şuurlu yazarlarından biri, iyi bir hukukçu ve ufku geniş bir toplumcu, tarihimizi iyi bilen bir batıcıdır.*" *Kültürden İrfana*, İnsan Yay., İstanbul, 1986, s. 110.

²³ Celal Nuri, *Tarih-i Tedenniyat-ı Osmaniye Mukadderat-ı Tarihiyye*, Yeni Osmanlı Matbaası, İstanbul, 1331, s. 68-69; Uyanık, s. 527.

²⁴ Celal Nuri, *İttihad-ı İslam -İslam'ın Mazisi Hali ve İstikbali-*, Yeni Osmanlı Matbaası, İstanbul, 1331, ss. 26, 30-38; Sami Erdem, *Tanzimat Sonrası Osmanlı Hukuk Düşüncesinde Fıkıh Usulü Kavramları ve Modern Yaklaşımlar*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2003, s. 111.

baticılık savunusunun toptancılığı ve şiddeti Celal Nuri'de görülmemektedir. O, Osmanlı'nın durumunu şöyle tasvir eder:

“Bizi bir taraftan Doğu bir taraftan Batı çekiyor. İki cami arasında bi-namaz gibi kalmışız. Bir elimizi gelecek çekmiş bırakmak istemiyor; diğer taraftan geçmiş olanca kuvvetiyle diğer elimizi tutmuş hareket etmemize mani oluyor. Hülasa ya kendi zamanımızdan uzak gelecekte yaşıyoruz veyahut da geçmişten, mezarlardan, harabattan ayrılamıyoruz, hali hazırda durumu, çağın gereklerini yaşayamıyoruz.”²⁵

Ona göre doğu milletlerinde serbest düşüncenin önü açılmadığı için kanunların değişmesi ve gelişmesi de mümkün olmamıştır. Osmanlı'da da Tanzimat'a kadar yüz-yıllar boyunca hukuk alanında hiçbir gelişme kaydedilememiştir. Bunun sebebi geleceğe ve muhafazakar alimler olarak görülür.²⁶ Celal Nuri, Osmanlı'daki gerileme ve çöküşten sorumlu tuttuğu alimleri uyararak şöyle demektedir:

“Ey muhterem alimler! Sizin aranızda muhafazakar bir grup [şu] açık hikmeti anlamıyor, İslam [da] bunun için Avrupa ve Hıristiyan dünyası karşısında eziliyor. Eğer hali hazırda sebat ve inat edersek, emin olunuz [ki] birkaç sene içinde, eski alimlerin ictihadlarını uygulayacak yer bulamazsınız. Düşmanlar memleketimizi alıyor, mahvolduruyoruz. Bu ağır uykudan uyanalım, İslam'ı daha iyi anlayalım, usullerimizi yenileyelim.”²⁷

İslam hukuku kişi ile Tanrı arasındaki ilişkiyi ifade eden *ibâdât* ve kişiler arasındaki ilişkileri ifade eden *muâmelât* kısımlarından oluşur. İslam'da yapılması önerilen yenilenmenin ikinci kısmı hedef aldığı, ibadetlerle alakalı hükümleri tartışma konusu yapmadığı unutulmamalıdır. Celal Nuri, ibadet ve inançla ilgili hükümlerin aksine muâmelât kısmında gerekli olan düzeltme ve yenilenmenin İslam hukukunda da muteber olduğunu düşünür.²⁸

Muamelat kısmının tamamen laikleştirilmesi ve ilahi kanunlardan uzaklaştırılması düşünülmemektedir. İslam dininin sadece vicdana hapsedilemeyeceği, hayatın her alanını düzenleme amacıyla olduğu, yalnız bir inançlar manzumesi değil kişileri ve toplumları idare eden bir “*düsturlar mecmuası*” teşkil ettiği kabul edilmektedir.²⁹

²⁵ Celal Nuri, *Havaic-i Kanuniyemiz*, Matbaa-i İctihad, İstanbul, 1331, s. 7. [Bu eser bundan sonraki dipnotlarda “Havaic” şeklinde kısaltılacaktır. Ayrıca bu eserden yapılan alıntılarda tarafımızdan -temel terminolojiyi korumak kaydıyla- sadeleştirmeler yapılmıştır.]

²⁶ Celal Nuri, *Türk İnkılabı*, haz. Recep Duymaz, Trakya Üniversitesi Rektörlüğü Yayınlan No: 24, Edirne, 2000, s. 303.

²⁷ Celal Nuri, *Havaic*, s. 110.

²⁸ Celal Nuri, “İslamda Vücut-i Teceddüd”, *İctihad*, Kanunusani 1327, c. 3, S. 39, ss. 970-973.

²⁹ Celal Nuri, *İttihad-ı İslam*, s. 58.

Bununla beraber Hz. Peygamber dönemindeki toplumsal ilişkilerle zamanımızdaki durum aynı olmadığı için hukuki hükümler bizi doğrudan değil dolaylı olarak bağlamaktadır.³⁰

Müslümanlar hangi hukuk düzeni, hangi kanunlar altında refah ve mutluluğa kavuşacaklarsa o sistemin ve kanunların İslami olduğu söylenebilir. Yüzyıllar önce dört fıkıh ekolünün zamanlarının şartlarını göz önünde bulundurarak ortaya koydukları hükümler bugün lazım olan İslam hukuku değildir.³¹ İslam'ın ruhu yenilenmeyi emrettiği için birçok kolaylık getirmiştir. Dolayısıyla hükümlerin değişmesini sadece cüz'i hükümlerle sınırlandırmak şeriata aykırıdır.³²

İslam hukukunun temeli olarak görülen fıkıh usulü, kaynaklar ve yorum metodolojisi olarak tanımlanabilir. Bu usulün de eskimiş olduğunu savunan Celal Nuri'ye göre fıkıh usulü Kur'an'ın tükenmeyen hazinesinden hayatın sorunlarına çözüm formülleri çıkarmaya yarayan bir alettir, ancak bu alet eskimiştir.³³ Ona göre fıkıh usulünü baştan ele almak, daha doğrusu ayıklamak gerekmektedir. Fakat Celal Nuri, usulde yenilenme konusunu daha fazla açmamış, detaylandırarak açıklamamıştır.

Şüphesiz ictihad yani ana kaynaklara dönerek yeni hükümler çıkarmak, İslam hukukunda öngörülen yenilenmenin en önemli enstrümanıdır. Celal Nuri ictihad alanını olabildiğince açmak için nesh teorisinden faydalanır. Nesh bir hükmün yürürlükten kaldırılması demektir. Klasik nesh teorisinde ayetin başka bir ayetle veya ayetin bir sünnetle neshedilmesi kabul görmüştür. Neshin uygulama alanını genişletilerek ayet ve hadislerden oluşan *nas*lar ümmetin icma ile yürürlükten kaldırılabilir. Celal Nuri'ye göre icma, meclisin çoğunluğunun kararı ve halifenin onayı demektir.³⁴

Celal Nuri, kanunların kısa zamanda dönüştürücü bir gücü olduğuna inanmaz. Ona göre sadece kanun ile bir ülkeyi düzeltme isteği tarihe, insan ve toplumun doğasına uygun değildir.³⁵ Kanunlar toplumsal değişimin bir neticesi olarak görülmelidir:

"[Osmanlı devlet adamları] Avrupa'nın terakkisini baz alarak ilerleyen milletlerin kanunlarının en mükemmel olduğu yanılığısına düşmüşler ve işleri biraz kopyacılıktan ibaret kalmıştır. Halbuki bu muhteremler toplumsal ilerlemeye, eğitim ve ekonomi perspektiflerinden bakıp ondan sonra bunların vaziyetine göre hukuku ıslah etseydiler

³⁰ Celal Nuri, İttihad-ı İslam, s. 4-7. Mehmed Said Hatiboğlu, *İslam'ın Aktüel Değeri Üzerine*, Otto yay. Ankara, 2012, s. 63.

³¹ Celal Nuri, Havaic, s. 110-111.

³² Celal Nuri, Havaic, s. 115.

³³ Celal Nuri, Havaic, s. 178-179.

³⁴ Celal Nuri, İttihad-ı İslam, s. 54. Celal Nuri, "İslamda Vücut-ı Teceddüd", s. 972; Erdem, s. 113.

³⁵ Celal Nuri, Havaic, s. 3.

daha tabii olurdu ve daha fazla semere alırlardı. Yani devlet adamları bizde bir öğretmen ve yol gösterici vazifesini ifa etmek suretiyle işe girişmeli, ondan sonra hasıl olacak kabiliyet üzerine hukuk vadisinde vatandaşları hürriyet ve eşitliğe kavuşturmalıydı. (...) Avrupada meşrutî kanunlar yapılmış da onun üzerine toplumsal ilerleme hasıl olmuş değildir; hasıl olan ilerleme daha özgürlükçü kanunların düzenlenmesine ihtiyaç doğurmuştur.”³⁶

Bunun yanında eskimiş usullere dayanan kanunlarımız da ilerlememize engel olmaktadır. Kanunlarımız tarihi ve hukuki bir anlayışla elden geçirilmeli; zamanımızın ihtiyaçlarına göre yeniden düzenlenmelidir.³⁷ Kanunlar toplumun ihtiyaçları, seviyesi, ruhu ve kabiliyetleri dikkate alınmaksızın yapılırsa yapmacık olurlar ve bunlardan fayda sağlanamaz. Ülkemizde kanun koyucular bu hususa önem vermedikleri için çıkarılan kanunlardan büyük faydalar elde edilememiştir. Bazı kanunlar bizim ihtiyaçlarımızı karşılamayacak kadar eskidir, ortaçağ için tedvin edilmiş kanunlar şimdiki işlerimize engel olmaktadır. Elektrik çağında olduğumuz halde köhne kanunlarımız, tozlanmış hukuki hükümlerimiz bizi zamanımızdan uzak bir dönemde yaşatmaktadır. Diğer bazı kanunlar da ihtiyaçlarımızın üzerinde, başka toplumların farklı hal ve şartlarında hazırlandıkları için bize fazla gelmekte ve uygulanamamaktadır.³⁸

Celal Nuri'nin kanun fikrinden esas maksadı geçici, yanlış, keyfi ve idare-i maslahat için tedvin edilmiş uygulamalar değildir, kanunların da kaynağı olan hukuk fikridir. Roma'ya sürülmeden önce yaptığı değerlendirmede hukuk zihniyetinin yerleşmediğini ve örf devrinin devam ettiğini belirten Celal Nuri, “*bir memlekette kanun zihniyeti, seciyelere, vicdanlara, kalplere işlemelidir ki o memleket bu asırda yaşama hakkına malik olabilsin*” demektedir.³⁹

Celal Nuri, Osmanlı Devletini ve toplumunu farklı ihtiyaçlar açısından, hukuki norm istekleriyle yenileştirme gayreti içerisinde olmuştur. O, hukuk anlayışının özgürlük ve adalet ilkeleri doğrultusunda güncellenmesinden, bu hususlardaki cehaletin kaldırılması için batılı yeni kanunların gerekliliğinden ve zamana göre değişmesi icap eden hukuki kuralların dinamliğinden konuyla ilgili hemen hemen her yazısında değinmiştir.⁴⁰ Ona göre hukuki yenileşme sürecinde Avrupa'dan, özellikle Fransa ve Almanya'dan iyi hukukçular getirilmeli ve bunların projeler hazırlamasına imkan sağlanmalıdır. Adil bir sistemin gecikmemesi için bu yenilikler derece derece değil toptan ve

³⁶ Celal Nuri, Tarih-i Tedenniyat, s. 106-111.

³⁷ Celal Nuri, Havaic, s. 6.

³⁸ Celal Nuri, Havaic, s. 7-9.

³⁹ Uyanık, s. 198; Celal Nuri, Havaic, s. 11-12.

⁴⁰ Uyanık, s. 498.

bir çırpıda yapılmalıdır.⁴¹

Celal Nuri açıkça batılı tarzda bir kanunlaştırma hareketini savunmakta, batıdan uzak yaşamının mümkün olmadığı bir çağda bu kadar noksan ve karma karışık bir hukuk anlayışı ile muntazam bir toplum halinde yaşamının imkansızlığını ifade etmektedir.⁴² Yapılacak kanunlaştırmalar milletin adetlerini, karakterini, alışkanlıklarını dikkate almalıdır.⁴³ Celal Nuri, Avrupa hukukunu kapısı açık bir hazine gibi görmüş⁴⁴, Avrupa'dan kanun iktibasını savunmuş, iktibas edilen kanunların yerelleştirilmesini, fıkha uydurulmasını istemiştir. Onun düşünce yapısına bakıldığında İslam hukukunu batıdan iktibas edilecek kanunlar için bir meşruiyet kaynağı olarak gördüğü ifade edilebilir.⁴⁵ İslam hukukunun halk nazarındaki itibarının devam ettiği göz önüne alındığında, tevil (yorumsama) yoluyla batı kanunlarının -içerikteki çelişkilere rağmen- İslam hukukuna uygun görülmesi ve gösterilmesinin yerinde olacağı düşünülmüştür. Genel olarak Celal Nuri'nin hukuk ve kanun anlayışına değinildikten sonra aile hukukuna dair görüşlerine geçilebilir.

2. Aile Hukukuna Dair Görüşleri

Celal Nuri, aile hukukuna dair görüşlerini ihtiva eden "*Kadınlarımız*" kitabını 1913 yılında yayımlanmıştır.⁴⁶ Celal Nuri'ye göre kadına toplumda hak ettiği değer verilmelidir. Çünkü toplumsal alanda bir gelişme kaydetmek için her şeyden evvel kadınlar iyi yetiştirilmelidir ki, onlar da çocukları, çocuklar da büyüdüklerinde devlet ve milleti yükseltsinler. Celal Nuri'nin ifadesiyle; "*bir bina yapılacağı vakit çatıdan başlanmaz, evvela temel kazılır, kadın mebna-yı beşerin rûkn-i rekinidir.*"⁴⁷ Kadınların eski asırlarda haklarının tanınmadığından bahsettikten sonra Napolyon kanunları ile İslam hukukunu mukayese eder:

"Code Napoleon kadının nâ-baliğ-i ebedi olduğu kaidesine riayeten onu daima vesayette bulunduruyor. (...) Bu itibar ile fıkıh-ı İslam ve Napolyon kanunları (ki bugün bir kısm-ı mühim beşerin hukuk-ı mevzuasıdır) mukayese edilecek olursa İslamiyet bu imtihandan muzafferan çıkar. Nazar-ı şer' de kadın nâ-baliğ-i daimi değildir. Erkek ile

⁴¹ Uyanık, s. 500.

⁴² Duymaz, s. 139.

⁴³ Tunaya, "Amme Hukukumuz Bakımından Garpçılık", s. 603.

⁴⁴ Celal Nuri, Havaic, s. 46.

⁴⁵ Otacı, s. 181.

⁴⁶ "*Umumiyeti itibariyle kadın meselesi ve tarihi, Müslüman ve Türk kadınları*" alt başlığını taşıyan eser, Matbaa-i İctihad'dan hicrî 1331 tarihinde İstanbul'da basılmıştır. Eserin yeni harflerle ilk neşri Prof. Dr. Özen Ozankaya tarafından yapılmış olup 1993 yılında Kültür Bakanlığı Yayınları'ndan çıkmıştır. Abdullah Musab Şahin ve Halit Erdem Oksaçan bu neşirdeki eksiklik ve hataları gidermek suretiyle eseri tekrar neşretmişlerdir. (Kaknüs Yayınları, İstanbul, 2017).

⁴⁷ Celal Nuri, Havaic, s. 39.

hukuku müsavidir, mükellefindendir.”⁴⁸

İslam hukukuna göre kadın; erkeği tamamlayan, yol arkadaşlığı eden ve şefkatiyle yanından ayrılmayan bir hususiyete sahiptir. Bu sebeple sorumluluklarında ve haklarında kadın ve erkek eşit sayılmıştır.⁴⁹ Bu eşitliğe aykırı yapılan hukuki düzenlemeler şeriata da aykırıdır. Bu meselede Celal Nuri çok eşlilik ve boşanma konularından örnekler verir.

İslam dini, ortaya çıkmasıyla önemli bir yenilik getirerek cahiliye dönemi evlenme usullerini kaldırmış ve esas itibariyle tek eşlilik uygulamasını getirmiştir. Ancak tek eşliliğin toplumda yerleşebilmesi için bir geçiş dönemine ihtiyaç olduğundan çok eşliliğe sınırlandırılarak izin vermek durumunda kalmıştır. Celal Nuri, zamanımıza geldiğinde bu izne gerek olmadığını, toplumun tek eşlilik uygulamasına geçmeye sosyolojik ve ekonomik olarak hazır olduğunu ifade eder. Bunun için halifenin bu husustaki yetkisini kullanarak yine kısa bir geçiş dönemini gözeterek çok eşliliği tedricen yasaklaması gerekmektedir:

“İslamiyet zu’m-ı umuminin hilafına olarak kemal-i katiyetle söyleriz ki, taaddüd-i zevcata manidir. Maatteessüf cühela-yı ulemamız bu ahkamı pek fena tefsir etmişlerdir. (...) Teessüf olunur ki şeriat-ı İslamiyye’nin ceyyid ve rasin ve istikbalde saadetimizi kâfil ahkamından asla istifade edememişiz. (...) İslamiyet, (...) esas itibariyle zevce-i münferide usulünü vaz etti. Fakat bu usulün esas-gir olması için bir istihale devresinin müruruna hacet vardı. (...) Sure-i Nisâ’nın üçüncü ayetinde (...) dört adedi gösteriliyor. Fakat, nass-ı kat’î adaleti emrediyor. Bu emirden sarahaten anlaşılıyor ki, muhafaza-i adl kabil olmadığından bir zevce ile iktifa memurun-bihdir. (...) Halife, zaten bu gibi evamir ve nevahinin ısdarına şer’an memur olduğundan, taaddüd-i zevcatı men hususunda haiz-i salahiyettir.”⁵⁰

Osmanlı’da uygulanan İslam hukukunda boşanma hakkının erkekte olması kadının haklarına uygun görülmemekle Batıcılar tarafından eleştirilmiştir. Boşanma hakkının erkek tarafından keyfi kullanılarak suistimal edildiği, bunun da Kur’an ve sünnete aykırı olduğu söylenmiştir. İslam, sebepsiz ve kayıtsız boşanmayı yasaklar. Aslında dinimizde boşanma yasak olup yalnız zorunlu haller onu mubah kılar:

“İslamiyet’te esasen talak memnudur. Yalnız zaruret onu mubah kılar. (...) Bir adam zevcesinden bizar ise Kur’an ona sabır emrediyor. Zevceyn beyninde nizâ zuhur

⁴⁸ Celal Nuri, Havaic, s. 71.

⁴⁹ Celal Nuri, Havaic, s. 36.

⁵⁰ Celal Nuri, Havaic, s. 128-131.

ederse sulh memurun-bihdir. (...) Bir adam hakimce kabul olunacak esbab-ı meşruadan maada hiçbir sebep-i keyfi ve örfi ile zevcesini boşayamamalıdır.”⁵¹

Taaddüd-i zevcat ve talak konularındaki fikirlerini serdettikten sonra Celal Nuri, sözü nikah usulüne getirerek mehir tayini ve evlilik yaşına dair eleştiri ve tekliflerini dile getirir:

“Nikah usulümüz de istibdadkârane, mürtecianedir. Nikah için şer’an caiz olan kuyûd ve şurût bizde örfen unutuluyor. Şart ile nikah bizde asla adete dahil olmamıştır. Halbuki bu nevi münakehat İmam-ı Azam kavline göre bile sahihtir. Mehir asla düşünlmeden takdir ediliyor. (...) Kezalik mehakim-i şer’iyede manzur-ı dide-i teessüfümüz olan keşmekeş, perişanlık, ittırad ve intizam-girizlik nikah, talak, iddet, hızone gibi hususatta milletin pek ziyade zararını mucib oluyor. Zannedirim ki, bu gibi usullere bir nihayet vermek güç bir şey değildir. Her Osmanlı, akd-i nikah edilen şehirde hâzır ise, bila-vekalet nüfus memuru huzurunda ve şuhud-ı resmiye muvacehesinde, mehirin ve şurûtun tayini ile resmen evlenmelidir ki, bu şer’in emrettiği tarz-ı izdivaçtır. (...) Bizde her neden ise gerek kızlar gerek erkekler sabî iken evlendiriliyorlar. (...) Her müterakki ve medeni memlekette olduğu gibi zevceyn için hadd-i asgari bir sinnin kanunen tayini [lazimedendir].”⁵²

Görüldüğü üzere Celal Nuri aile hukukuna dair sadece evlenme ve boşanma meselelerini ele almakla kalmamış, hidane⁵³ ve mahkemelerin yargılama usullerine kadar varan geniş bir çerçevede konuyu işlemiştir. Ancak her konuya dair ayrıntılı değerlendirmelerde bulunmamıştır.

3. Hukuk-ı Aile Kararnamesi'nin Hazırlanması ve Kabulü

Kanunlaştırma hareketleri içinde aile hukuku ile ilgili ilk düzenleme olması nedeniyle kararnamenin kabulü kadar doğuşunu sağlayan etkenler ve hazırlık süreci de oldukça önemlidir. Osmanlı topraklarında resmi olarak yaklaşık bir buçuk yıl yürürlükte kalmasına rağmen etkisi sadece bu coğrafyayla sınırlı kalmamış kaybedilen topraklarda da uzun süre tesiri devam etmiştir.

Aile hukukunun İslam hukukunda detaylı bir şekilde düzenlendiği, padişahların bu alanda düzenleme yapmaktan kaçındığı ve Osmanlı toplumunun statik bir yapıda olduğu göz önüne alındığında son döneme kadar neden yeni hukuki düzenlemelere ihtiyaç duyulmadığı anlaşılır.⁵⁴ Tanzimat dönemi kanunlaştırma hareketlerinde aile

⁵¹ Celal Nuri, Havaic, s. 136-139.

⁵² Celal Nuri, Havaic, s. 164-166.

⁵³ Hidane ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Samed Atasoy, *İslam ve Osmanlı Hukukunda Hidane*, Adalet Yay., Ankara, 2019, s. 12 vd.

⁵⁴ Aydın, “Osmanlılarda Aile Hukukunun Tarihi Tekamülü”, *İslam ve Osmanlı Hukuku Araştırmaları* (içinde), s. 158.

hukukunun istisna tutulması ve II. Meşrutiyet dönemine kadar bu alanda böyle bir çabanın olmaması; Osmanlı'da farklı din ve mezheplerin bir arada yaşaması dolayısıyla hepsini kapsayan bir kanunun hazırlanmasının zor olması, müslüman halktan gelecek itirazlardan çekinilmesi ve klasik aile yapısının sosyo-ekonomik değişiklikler karşısında köklü bir dönüşüme uğramamış olmasına bağlanabilir.⁵⁵ Kararnamenin hazırlanmasında elbette öncelikli sebep aile hukuku alanında yenilikler getirme gayesidir. İlâveten gelinen devrin bazı farklı hususiyetleri de kararnamenin doğumunda önemli rol oynamıştır. II. Meşrutiyet döneminde aile hukukunda düzenleme ihtiyacı hissedilmesinde Aydın'a göre dört etken sayılabilir. Bunlar hukuki, siyasi, ekonomik, sosyal ve kültürel etkenlerdir.⁵⁶ Hakimlerin yetersizlikleri, dava sayılarının gittikçe artması, aralarında Celal Nuri'nin de bulunduğu dönemin hukukçularının aile hukukunda kanunlaştırma yapılmasını gerekli görmeleri hukuki etkindir.⁵⁷

Örneğin hukuki sebeplerden biri Osmanlı Devleti'nde gayri müslimlerin aile hukuku alanında sahip oldukları muhtariyetin neden olduğu yargısal karmaşanın giderilmesi ve tek mercinin bu konuda yetkili kılınma arzusu olmuştur. Zira aynı topraklarda şer'îye mahkemelerinin yanında cemaat mahkemeleri gayrimüslimlerin kendi hukuklarının uygulanmasını temin etmekteydi. Ancak bu durum yargı birliğinin sağlanmasında büyük bir engel oluşturmaktaydı. Çözüm hükümlerin tek bir pozitif düzenlemeye nakşedilmesi ancak her kesimin kendine ait hükümlerinin ayrı ayrı uygulanmaya devam etmesi şeklinde bulundu. Kararnamenin eklektik özelliği hem din ve vicdan hürriyetinin teminini hem de yargı birliğini tesisini sağlayacaktı. Bunun yanında eklektik olması kararnamenin de en önemli özelliğini teşkil eden resmi mezhep olan Hanefi mezhebinin görüşleri dışına çıkılarak diğer mezheplerin görüşlerinden istifade edilmesinden kaynaklanmaktadır.

Bir diğer hususiyet ise Osmanlı klasik döneminin önemli kalelerinden biri olan eğitim sisteminin son dönemlere gelince iyiden iyiye bozulması ve medreselerin şer'îye mahkemelerinde görev ifa edecek nitelikli hakim ihtiyacını karşılayamamasıydı. Zira aile hukuku alanında yetkili mahkemeler şer'îye mahkemeleriydi. Burada görev ifa eden ancak artık yetersiz olduğu düşünülen hakimlere el kitabı mahiyetinde rehber olacak böyle bir düzenleme yapılması elzem hale gelmiştir.

⁵⁵ Ziyaeddin F. Fındıkoğlu, "Aile Hukukumuzun Tedvini Meselesi", *Ebul-Ula Mardin'e Armağan*, İstanbul, 1943, s. 687-738; Ahmet Yasin Küçüktiryaki, *Osmanlı Aile Hukuku -Gelenek ve Modern Arasında Hukuk-ı Aile Kararnamesi ve Sadreddin Efendi'nin Eleştirileri-*, İz Yay. İstanbul, 2017, s. 23.

⁵⁶ M. Akif Aydın, *İslam-Osmanlı Aile Hukuku*, Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Vakfı yay. No: 11, İstanbul, 1985, s. 154.

⁵⁷ Aydın, *Aile Hukuku*, s. 154-155. Fındıkoğlu, s. 698; Yine bkz. Celal Nuri, *Havaic-i Kanuniyemiz*, s. 51.

Nihayet aile yapısının değişmesi, kadının statüsünün değişmesi ve sosyal hayatta çözümleri artık bir kanayan yara haline dönüşen meselelerin artması aile hukuku alanındaki değişimi zaruri kılmış ve böyle bir kararnamenin doğuşunu sağlamıştır. Erkek nüfusunun savaşlar nedeniyle azalmasıyla kadının iş hayatına biraz da zaruri olarak atılması çalışan kadın, eğitim alanında yapılan yenilikler, kızlar için açılan okullar eğitilmiş kadın profilini doğurmuş, tüm bunlar kadının sosyal hayattaki statüsünü sorgulamasına sebep olmuştur.

Bu dönemde hakim olan fikir akımlarının kadının hukuki haklarını sorgulamasında elbette önemli bir rolünün olduğunu söyleyebiliriz. Özellikle batıcılık fikir akımı içinde sayılan isimlerin çok kadınla evliliğin sınırlanması ve kadına boşanma hakkı verilmesi noktasındaki yaklaşımları kayda değerdir. Aile hukuku alanındaki kanunlaştırma hareketinin geç tarihlere tekabül etmesi nedeniyle bu alandaki eksiklik devrin hukukçularınca sık sık gündeme alınan önemli bir eleştiri konusu olmuştur.

Yapılacak değişiklikler önemli tartışmalara gebe olduğundan kararnameyi hazırlamak üzere oluşturulan komisyonun üzerinde çalışıp olgunlaştırdığı tasarı 1876 Kanun-ı Esasi'nin 36. maddesine uygun olarak muvakkat kanun şeklinde çıkarılmıştır. Geçici kanun daha sonra meclise getirilse de bir türlü ekseriyeti sağlayamamış tartışmalar yaşanmış ve yeniden incelenmek üzere Adliye Encümeni'ne gönderilmiştir.

Tanzimat hareketinin bir sonucu olarak Osmanlı toplumunun sosyal, siyasi ve ekonomik yapısı klasik yapıdan ayrılarak batıya benzemeye çalışmıştır.⁵⁸ Değişen toplum yapısında kadınlar sosyal hayatta daha çok yer almaya başlamışlardır.⁵⁹ Batıcı aydınlardan Abdullah Cevdet de özellikle Balkan Savaşlarından sonra kadının sosyal faaliyetlerinde belirgin bir artış olduğunu, farklı dernek ve cemiyetlerde kadınların örgütlendiğini ifade etmektedir.⁶⁰ Cin ve Akgündüz bu etkenlere fikri sebebi de ekler:

"(...) Bu arada 'bir ikinci medeniyet yoktur; medeniyet Avrupa medeniyetidir' diyen Celal Nuri gibi batıcıların ısrarla batı tipi bir aile hukukunu istemeleri; Gökalp'in temsil ettiği Türkçü akımın hukukta laikleşmeye taraftar olmaları ve örf-adetlere şer'i hükümler kadar değer vermeleri; İzmirli ve Ahmed Naim gibi İslamcılarının ise bir reaksiyon olarak söz konusu iddialara cevap vermeleri ve diğer mezheplerin görüşleri de tetkik edilerek yeni bir aile kanununun hazırlanması zaruretine inanmaları, Hukuk-ı

⁵⁸ Halil Cin & Ahmet Akgündüz, *Türk Hukuk Tarihi*, Osmanlı Araştırmaları Vakfı yay. İstanbul, 2011, s. 490-491.

⁵⁹ Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, s. 449; Halil Cin & Gül Akyılmaz, *Türk Hukuk Tarihi*, Sayram Yay. Konya, 2011, s. 464.

⁶⁰ Abdullah Cevdet, "İstihlak-ı Milli Türk Kadınlar Cemiyeti", *İctihad*, Mayıs 1329, c. 4, S. 68, ss. 1477-1478.

Aile Kararnâmesinin fikri zeminde oturmasına sebep olmuştur."⁶¹

II. Meşrutiyet dönemi fikir akımları içinde yer alan gruplardan özellikle Batıcılar ve Türkçüler sosyal hayatta ve kadın anlayışındaki değişikliklere paralel olarak aile hukuku alanında yeni düzenlemeler yapılması gereğinden ısrarla bahsetmekteydiler.⁶² Bu fikir akımlarının da etkisiyle⁶³ Hukuk-ı Aile Kararnamesi hazırlanıp 1917 yılında kabul edilmiştir.⁶⁴ Batıcılar ve Türkçülerin kararnamede bazı maddelerin gündeme gelmesinde etkileri söz konusu ise de kararnamede İslam hukukuna aykırı hüküm bulunmaması sebebiyle hakim olan asıl fikir akımı İslamcılıktır.⁶⁵ Kararnameyi hazırlayan komisyonun başında da bir İslamcı olan Mahmud Esad Efendi'nin yer alması bu tezi destekler niteliktedir.⁶⁶ Fındıkoğlu ise kararname hazırlanırken dönemin üç hakim fikir akımına değişen oranlarda yer veren telifçi bir yol izlendiği görüşündedir.⁶⁷

4. Celal Nuri'nin Görüşlerinin Hukuk-ı Aile Kararnamesine Yansımaları

Batıcılar Osmanlı Devleti'nin geri kalışının sebebi olarak kadınların toplumda aşağı bir konumda oluşunu göstererek kadının hukuki durumunun düzeltilmesini istemişlerdir.⁶⁸ Aile hukuku düzenlenirken kadın haklarına riayet edilmesi öncelik verdikleri hususlarda biridir. Celal Nuri'nin aile hukukuna dair fikirlerinin Hukuk-ı Aile Kararnamesi üzerindeki etkisi hususunda onun "*Kadınlarımız*" kitabını neşreden Şahin ve Oksaçan şunları ifade etmiştir:

"Celal Nuri Bey'e göre, üzerinde durduğu hukuki meselelerin düzeltilmesi için aile hukukunda bir düzenleme yapılmalıydı. Hukuk-ı Aile Kararnamesine giden süreçte Batıcıların temsilcisi konumunda olan Celal Nuri Bey, bu kararnamenin oluşumuna giden süreçte bir hayli yazı yazmıştır. Yazılarında taleplerini daima İslami bir kaynağa dayandırmıştır. Onun fikirlerinin kararnameye ne kadar yansıdığı tartışmaya açık olsa da, Celal Nuri'nin, ortaya koyduğu fikirler bakımından önemli bir şahsiyet olduğu muhakkaktır. Bu anlamda, 1913 yılında yayımlanmış olan elinizdeki kitap, dönemin kamuoyunu meşgul eden 'kadın' sorununa yaklaşımı ve birkaç sene sonra Hukuk-ı Aile

⁶¹ Cin-Akgündüz, s. 490.

⁶² Aydın, İslam ve Osmanlı Hukuku Araştırmaları, s. 178.

⁶³ Ekrem Buğra Ekinci, *Osmanlı Hukuku*, Arı Sanat Yay. İstanbul, 2016, s. 562.

⁶⁴ BOA, HR.SFR.04.. Dosya no: 107, Gömlek no: 46, Tarih: 22\01\1917; bkz. Orhan Çeker, *Osmanlı Hukûk-ı Âile Kararnâmesi*, Mehir Vakfı Yay., Konya, 2016.

⁶⁵ Cin-Akgündüz, s. 490-491; M. Akif Aydın, "Hukuk-ı Aile Kararnamesi", *DİA*, c. 18, s. 314-318.

⁶⁶ Aydın, Aile Hukuku, s. 180; Cin-Akgündüz, s. 491.

⁶⁷ Ziyaeddin F. Fındıkoğlu, *İçtimaiyat*, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1947, s. 261.

⁶⁸ Batıcıların kadın meselesindeki bu görüşleri için bk. Celal Nuri, *Kadınlarımız*, s. 15 vd.; Rıza Tevfik, "Kadın Meselesi Etrafında", *İctihad*, Şubat 1329, c. 4, S. 94, s. 2097-2101; Selahattin Asım, "Te-settür ve Mahiyeti", *İctihad*, Nisan 1330, c. 4, S. 100, s. 2255-2258; Berkes, s. 435-436.

Kararnamesi'nin düzenlenmesine sebep olması itibariyle tarihimizde önemli bir eserdir."⁶⁹

Baticıların ve hukukçu olarak öne çıkan Celal Nuri'nin aile hukuku hakkındaki fikirlerinin Hukuk-ı Aile Kararnamesine yansımaları evlilik şekli, evlilik yaşı, çok evlilik ve boşanma olmak üzere dört konuda kendini göstermektedir. Baticılara göre evlilik nikah memuru huzurunda ve tarafların açık irade beyanları ile olmalıdır. Kararnamede de Hanefi mezhebinin dışına çıkılarak⁷⁰ akli dengesi yerinde olmayanların evlendirilmeyeceği (m. 9), nikah akdinin önceden ilan edilmesi zorunluluğu (m. 33), nikah akdinin sadece sarıh sözlerle olabileceği (m. 36), zorlama ile akdedilen nikah ve boşamanın geçersiz olacağı (m. 57 ve 105) hükümleri kabul edilmiştir.

Baticılar küçük çocukların evlendirilmesine şiddetle karşı çıkmışlar, bunun önüne geçmek için asgari evlik yaşının tespit edilmesi gerektiğini savunmuşlardır.⁷¹ Kararname dört mezhebin de dışına çıkarak asgari bülüğ yaşından önce kimsenin evlendirilemeyeceği (m.7) hükmünü getirmiştir. Bu hususta Esbab-ı Mucibe Layiha'sında "*on beş yaşını ikmâl etmiş olmak hasebiyle hükmen baliğ addederek sığara hakk-ı izdivaç bahşetmek nikâhı layık olduğu ehemmiyetle nazar-ı i'tibâra almamak demektir*"⁷² denilerek asgari bir evlilik yaşının tayin edilmesinin ailenin kurulması ve devam açısından önemli olduğu ifade edilmiştir.

Çok evlilik de baticıların karşı olduğu uygulamalardan biridir. Onlara göre bu aslında İslam'ın da benimsediği bir uygulama değildir. Dolayısıyla birden fazla eşle evlenme kanunla yasaklanabilir veya buna bir geçiş dönemi olarak zorlaştırmacı şartlar altında geçici olarak izin verilebilir.⁷³ Kararname heyeti de, yine Hanefi mezhebinin dışına çıkarak -bu talepleri kısmen de olsa karşılamak amacıyla- kadının evlenirken kocasının evlilik boyunca tek eşli kalması şartını koşabileceği hükmünü getirmişlerdir (m. 38). Kanun layihasında da geçtiği üzere "*ta'addüd-i zevcenin vacibâtan olmayıp umûr-ı caizeden olrnama ve umur-ı caizde veliyyü'l-emrin tasarrufa selahiyeti kâ'idesi müsellemttan bulunmasına binaen ta'addüd-i zevcenin men' edilmesi ve hiç*

⁶⁹ Celal Nuri, Kadınlarımız, s. 20.

⁷⁰ Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye de, Hanefi mezhebinden istifade edilerek oluşturulmuş olup ilerleyen süreçte Mecelle tadil komisyonlarında farklı mezheplerin görüşleri doğrultusunda değişiklikler yapılması savunulmuştur. Bkz. Ahmet Akman, *İslâm Hukukunda Akdî Mesuliyet ve Tazminat*, Adalet Yayınevi, 2019, s. 48, 49; Mustafa Ünal, *İslam Hukukunda Haksız Fiil Sorumluluğu*, Adalet Yayınevi, 2019, s. 128.

⁷¹ Celal Nuri, Kadınlarımız, s. 126-127; Gülnihal Bozkurt, *Batı Hukukunun Türkiye'de Benimsenmesi -Osmanlı Devleti'nden Türkiye Cumhuriyeti'ne Resepsiyon Süreci (1839-1939)-*, Ankara: T.T.K. Yay. 2010, s. 166.

⁷² Aydın, s. 270.

⁷³ Celal Nuri, Kadınlarımız, s. 143-145; Berkes, s. 435-442.

almazsa ilk zevcenin rızasının şart kılınması lüzumu vârid-i hatır olmuş⁷⁴ ancak bu hususta gayr-ı meşru ilişkilerin önüne geçmek ve nüfusun artması gibi faydalar görüldüğünden çok eşlilik tamamen yasaklanmamış, sınırlandırılmıştır.

Celal Nuri, sebepsiz boşanmalara son verilmesini, erkeklerin ancak hakimce kabul edilebilecek bir sebebe dayanarak eşlerini boşayabilmelerini, bu boşamalarda kadının bir kusuru yoksa sadece mehrin iadesi ile yetinilmeyip uygun bir tazminata da karar verilebileceğini, iki taraf boşanma için anlaşmış olsalar bile, küçük çocukları varsa onların durumlarını dikkate alarak boşanmaya imkan verilmemesini savunmuştur.⁷⁵ Ayrıca kadınlara boşanma için yargı yolunun açılması gerekmektedir.⁷⁶ Kararnamede sarhoşun boşamasının geçersiz olduğu (m. 104), aile içi anlaşmazlıkları halletmek için bir hakem heyeti oluşturulması (m. 140) ve kadınların mahkemeye başvurarak kazai (mahkeme aracılığıyla) boşanma yoluna gidebilecekleri (m. 121-123) hükümleri kabul edilmiştir. Yine kanun layihasında M. Akif Aydın'ın da belirttiği gibi Celal Nuri'nin aile hukukuna dair evlenme ve boşanma kayıtlarının düzene sokulması, çok eşliliğin sınırlandırılması, kadınlara yargı yoluyla boşanma hakkının tanınması gibi bazı görüşlerinin kararnameye aksettiği görülmektedir.⁷⁷ Bunun yanında Celal Nuri'nin kocanın boşanma hakkını sınırlayan ve kadına mehrin haricinde tazminat ödenmesini isteyen görüşleri İslam hukukuyla bağdaşmadığı için kararnameye yansımamıştır.⁷⁸

Hukuk-ı Aile Kararnamesi uzun süre uygulanma şansı bulamamış ve içten Hürriyet ve İtilaf Fırkası'nın⁷⁹ etkisi, dıştan işgal devletleri yüksek komiserliğinin müdahalesiyle 18 Haziran 1919 tarihinde yürürlükten kaldırılmıştır.⁸⁰ Kararnamenin getirmiş olduğu yenilikler gayrimüslimler ile muhafazakar hukukçuların tepkilerine neden olmuştur. Sadreddin Efendi, Eşref Edib, Mustafa Sabri gibi isimler şiddetli tepki göstermişler ve kararnamenin ilga edilmesinde gayrimüslimlere nazaran daha etkili olmuşlardır.⁸¹ Fikir akımlarının etkileri ile hazırlanan bu Kararname İslam ve Osmanlı hukuk

⁷⁴ Aydın, s. 276.

⁷⁵ Celal Nuri, Kadınlarımız, s. 154-156.

⁷⁶ Celal Nuri, Kadınlarımız, s. 136-137.

⁷⁷ Diğer fikir akımlarının kararnameye yansıyan görüşleri ve bu görüşlerin Esbab-ı Mucibe Layihası'ndaki görünümleri için bkz. Aydın, Aile Hukuku, s. 177 vd.; Esbab-ı Mucibe Layihası'nın tam metni aynı eser, s. 265-281.

⁷⁸ Aydın, Aile Hukuku, s. 177-178.

⁷⁹ Fırka hakkında bkz. Ali Birinci, Hürriyet ve İtilaf Fırkası, Dergah Yay., İstanbul, 2012.

⁸⁰ BOA, DH.İ.UM, Dosya no: 19, Gömlek no: 1, Tarih: 06\07\1337; Yine bkz. Halil Cin, *Eski Hukukumuzda Boşanma*, Selçuk Üniversitesi Yay., Konya, 1989, s. 125.

⁸¹ Küçüktiryaki, s. 41, 53; Bu dönemde Kararname'nin içeriğinin şeriata aykırı olmadığını muteber fıkıh kitaplarıyla ispat çabaları da görülür. Örneğin Mekteb-i Kudat müdürü Hasan Lütfi'nin yazdığı şerh bu kabildendir. Bkz. Hasan Lütfi, *Salahu'r-Reşad*, İstanbul, Kütübhaneye-i Cihan, 1336/1334.

tarihinde layık olduğu yeri tam olarak alma fırsatı bulamadan bir buçuk sene gibi kısa bir süre yürürlükte kaldıktan sonra ilga edilmiştir.⁸²

Sonuç

Batıcılık fikri hukuk sisteminin kanunlaştırmalar yoluyla romanize edilmesi yani Kara Avrupası hukuk sistemine dönüşmesinde rol oynamıştır. Bu dönüşüm sırasında neredeyse her hukuk alanına dair farklı görüşler ileri sürülmüş ve tartışılmış, bu da dönemin hukuk düşüncesinin gelişmesine imkan sağlamıştır. Özellikle II. Meşrutiyet sonrası Batıcı ve Türkçü aydınlar Cumhuriyet dönemi hukuk reformlarına fikri bir alt-yapı hazırlamışlardır.

Hukuk-ı Aile Kararnamesi, Tanzimat sonrası Osmanlı hukukunda kabul edilen önemli kanunlar arasındadır. Bu kararnamenin resmi mezhebin dışına çıkılması, uygulanma sahasının ve ömrünün hususiyeti gibi kendine has özelliklerinin yanında dönemin fikir akımlarının arasında geçen tartışmaların kanun metnine yansımış olması dolayısıyla da ayrı bir önemi haizdir. Bu araştırmada Batıcı fikir akımının ve onun hukukçu temsilcisi addedilen Celal Nuri'nin aile hukukuna dair görüşlerinin bu kararnameye yansımaları araştırılmıştır.

Aile hukuku anlamında evlilik şekli, evlilik yaşı, çok evlilik ve boşanma olmak üzere dört önemli konuda Celal Nuri'nin fikirlerine paralel hukuki düzenlemeler yapılmıştır. Ancak bunda batıcıların ve özelde Celal Nuri'nin doğrudan etkilerinden ziyade dönemin şartlarının kanunu hazırlayanları bu noktaya getirmesi başat rolü oynamıştır. Sonuç olarak batıcıların aile hukuku hakkındaki düşünceleri Hukuk-ı Aile Kararnamesi'ne, Türkçülerin katıldığı oranda ve resmi mezhep olarak Hanefi mezhebinin ve hatta kısmen dört mezhebi de aşan geniş yorumuyla da olsa İslam hukukunun müsaade ettiği ölçüde yansımıştır.

⁸² Aydın, "Osmanlılarda Aile Hukukunun Tarihi Tekamülü", *İslam ve Osmanlı Hukuku Araştırmaları* (içinde), s. 136.

KAYNAKLAR

- ABDULLAH CEVDET, "İstihlak-ı Milli Türk Kadınlar Cemiyeti", *İctihad*, Mayıs 1329, c. 4, S. 68, ss. 1477-1478.
- AKGÜN, Mehmet, *Materyalizmin Türkiye'ye Girişi ve İlk Etkileri*, Kültür ve Turizm Bakanlığı Yay. Ankara, 1988.
- AKMAN, Ahmet, *İslâm Hukukunda Akdî Mesuliyet ve Tazminat*, Adalet Yayınevi, 2019
- ATASOY, Samed, *İslam ve Osmanlı Hukukunda Hidane*, Adalet Yay., Ankara, 2019.
- AYDIN, Mehmet Akif, *İslam-Osmanlı Aile Hukuku*, Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Vakfı Yay. No: 11, İstanbul, 1985.
- _____, *İslam ve Osmanlı Hukuku Araştırmaları*, İz Yay. İstanbul, 1996.
- _____, *Türk Hukuk Tarihi*, Beta Yay. İstanbul, 2015.
- _____, "Batılılaşma (Hukuk)" md. *DİA*, 1992, c. 5, s. 162-167.
- _____, "Hukuk-ı Aile Kararnamesi", *DİA*, 1992, c. 18, s. 314-318.
- BİRİNCİ, Ali, *Hürriyet ve İtilaf Fırkası*, Dergah Yay., İstanbul, 2012.
- BOA, Sicil-i Ahval Defteri, No. II/334-335.
- BOA, DH.İ.UM, Dosya no: 19, Gömlek no: 1, Tarih: 06\07\1337
- BOA, DH.EUM.SSM. Dosya no: 49, Gömlek no: 11, Tarih: 07\08\1340.
- BOZKURT, Gülnihal, *Batı Hukukunun Türkiye'de Benimsenmesi -Osmanlı Devleti'nden Türkiye Cumhuriyeti'ne Resepsiyon Süreci (1839-1939)-*, Ankara: T.T.K. Yay. 2010.
- CELAL NURİ, *Havaic-i Kanuniyemiz*, Matbaa-i İctihad, İstanbul, 1331.
- _____, *İttihad-ı İslam -İslam'ın Mazisi Hali ve İstikbali-*, Yeni Osmanlı Matbaası, İstanbul, 1331.
- _____, *Dil ve Edebiyat Yazıları*, Haz. Recep Duymaz, Kitabevi Yay., İstanbul, 1995
- _____, *Kadınlarımız*, haz. Halit Erdem Oksaçan & Abdullah Musab Şahin, Kaknüs yay. İstanbul, 2017.
- _____, *Tarih-i Tedenniyat-ı Osmaniye Mukadderat-ı Tarihiyye*, Yeni Osmanlı Matbaası, İstanbul, 1331.
- _____, *Türk İnkılabı*, haz. Recep Duymaz, Trakya Üniversitesi Rektörlüğü Yayınlan No:24, Edirne, 2000.
- CENAP ŞEHABEDDİN, "Celal Nuri Beyefendiye", *İctihad*, c. IV, S. 53, ss. 1198-1202.
- CİN, Halil, *Eski Hukukumuzda Boşanma*, Selçuk Üniversitesi Yay., Konya, 1989
- CİN, Halil & AKGÜNDÜZ, *Türk Hukuk Tarihi*, Osmanlı Araştırmaları Vakfı yay. İstanbul,

2011.

CİN, Halil & AKYILMAZ, Gül, *Türk Hukuk Tarihi*, Sayram Yay. Konya, 2011.

DUYMAZ, Recep, "Celal Nuri İleri" md. *DİA*, 1993, c. 7, s. 242-245.

EKİNCİ, Ekrem Buğra, *Osmanlı Hukuku*, Arı Sanat Yay. İstanbul, 2016.

ERDEM, Sami, *Tanzimat Sonrası Osmanlı Hukuk Düşüncesinde Fıkıh Usulü Kavramları ve Modern Yaklaşımlar*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2003.

FINDIKOĞLU, Ziyaeddin Fahri, *İçtimaiyat*, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1947.

_____, "Aile Hukukumuzun Tedvini Meselesi", *Ebul-Ula Mar-din'e Armağan*, İstanbul, 1943, s. 687-738.

GİRİDÎ Ahmed Sakî, *Celâl Nuri Bey ve Cezrî Fikirleri*, Dersaadet, 1338-1335/1919.

Hasan Lütfi, *Salahu'r-Reşad*, İstanbul, Kütübhan-e-i Cihan, 1336/1334.

HATİBOĞLU, Mehmed Said, *İslam'ın Aktüel Değeri Üzerine (1-2)*, Otto yay. Ankara, 2012.

Hukuk-ı Aile Kararnamesi, Matbaa-i Amire, İstanbul, 1333.

İNALCIK, Halil, *Devlet-i Aliyye*, Türkiye İş Bankası Kültür Yay., İstanbul, 2016.

KOYUNCU, Nuran, "Hukuk Mektebinin Doğuşu", *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 16/3 (Temmuz 2012), ss. 163-186.

KÜÇÜKTİRYAKİ, Ahmet Yasin, *Osmanlı Aile Hukuku -Gelenek ve Modern Arasında Hukuk-ı Aile Kararnamesi ve Sadreddin Efendi'nin Eleştirileri-*, İz yay. İstanbul, 2017.

MERİÇ, Cemil, *Kültürden İrfana*, İnsan Yay., İstanbul, 1986.

OTACI, Cengiz, *Hukukun Laikleşme Serüveni*, Birey yay. İstanbul, 2004.

TANSÜ, Yunus Emre, *Batıcı Düşüncenin Etkili Bir Sözcüsü Olarak İctihad Dergisi*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara, 2002.

TUNAYA, Tarık Zafer, *Türkiye'nin Siyasi Hayatında Batılılaşma Hareketleri*, Yedigün Matbaası, İstanbul, 1960.

_____, "Amme Hukukumuz Bakımından İkinci Meşrutiyetin Siyasi Tefekküründe Garpçılık Cereyanı", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, c: 14, S: 3-4, 1948, s. 585-630.

UYANIK, Necmi, *Siyasi Düşünce Tarihimizde Batıcı Bir Aydın Olarak Celal Nuri*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Doktora, Konya, 2003.

ÜLKEN, Hilmi Ziya, *Türkiye'de Çağdaş Düşünce Tarihi*, Ülken Yay. İstanbul, 1992.

ÜNAL, Mustafa, *İslam Hukukunda Haksız Fiil Sorumluluğu*, Adalet Yay., Ankara, 2019.

KATMA DEĞER VERGİSİNDE HASILAT ESASLI VERGİLENDİRME USULÜ*

The Procedure of Revenue Based Taxation in Value Added Tax

Dr. Öğr. Üyesi Orçun AVCI**

ÖZ

Hasılat esaslı vergilendirme usulü, 7104 sayılı Kanun ile 3065 sayılı Katma Değer Vergisi (KDV) Kanunu'nun 38. maddesinde düzenlenmiştir. 07.02.2019 tarih ve 30679 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 06.02.2019 tarih ve 718 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararı'nda hasılat esaslı vergilendirme usulü uygulanacak sektör ve vergi oranı konusunda ilk düzenleme yapılarak 01.03.2019 tarihinden itibaren uygulanmak üzere, münhasıran şehir içi yolcu taşımacılığı faaliyeti ile iştiğal eden otobüs işletmelerinin münhasıran il sınırları içerisinde otobüsle yapmış oldukları toplu taşıma faaliyetleri hasılat esaslı vergilendirme usulü kapsamına alınmıştır. Hasılat esaslı vergilendirme sisteminde KDV hasılat bazlı olarak hesaplanarak, devlete ödenmekte ve gider olarak yazılmaktadır. Esas olarak bu usul ile, mükelleflerin vergiye gönüllü uyumu hedeflenmiştir. Ancak bu sistem, bazı avantaj ve dezavantajları içerisinde barındırmaktadır. Çalışmada, bu avantaj ve dezavantajlar birlikte değerlendirilerek, sisteme ilişkin yapılması gerekenler ele alınacaktır.

ANAHTAR KELİMELEER: *Katma Değer Vergisi, Hasılat Esaslı Vergilendirme, Vergi Oranı, Kayıtdışı Ekonomi, Vergiye Gönüllü Uyum.*

ABSTRACT

Revenue-based taxation procedure is regulated by the Law 7104 and the article 38 of the Value Added Tax (VAT) 3065 Law. No. 718 of 06.02.2019 of Presidential Decision which published in the Official Gazette dated 07.02.2019 and numbered 30679 has been issued for the first time on the sector and tax rate and it will be implemented from 01.03.2019, and the public transport activities carried out by bus companies exclusively engaged in domestic passenger transport activities by bus within the provincial boundaries are included in the revenue-based taxation procedure. In the revenue-based taxation system, VAT is calculated as revenue and paid to the government and recorded as expenditure. Essentially, this procedure aims at voluntary tax compliance. However, this system has some pros and cons. In this study, these pros and cons will be evaluated together and what to do about the system will be discussed.

KEY WORDS: *Value Added Tax, Revenue Based Taxation, Tax Rate, Informal Economy, Voluntary Tax Compliance.*

* Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 26.06.2019

Kabul Edildiği Tarih: 19.08.2019

DOI Numarası: [10.15337/suhfd.582869](https://doi.org/10.15337/suhfd.582869)

** Aksaray Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Maliye Bölümü Mali Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

E-mail Adresi: orcun.avci@outlook.com

ORCID ID: [0000-0002-7917-9802](https://orcid.org/0000-0002-7917-9802)

GİRİŞ

KDV, 1985 yılında gider vergilerinde yaşanan mevcut karmaşıklığı giderebilmek adına gelmiş önemli bir yayılı muamele vergisidir. Mal ve hizmetler üzerinden alınan KDV ile, gelir üzerinden alınan vergiler için de gerçek bir denetim sağlanmaktadır. KDV, özellikle belge sistemi üzerinde sağladığı güvenlik müessesesiyle önemli bir misyon kazanmış bir vergi türü olarak karşımıza çıkmaktadır. Uzun yıllardır uygulanmakta olan KDV sisteminde önemli bir değişiklik yapılmamıştır. Ancak 2018 yılında gündeme gelen değişiklik ile KDV’de hasılat esaslı vergilendirme usulü gündeme gelmiştir. Burada amaç küçük ve orta ölçekli işletmelerin vergiye uyumunu sağlayabilmek, finansman yükünü minimize edebilmektir. Nihai hedef, belirlenen mükellef grupları için daha kolay bir vergi hesaplama yöntemine geçilmesi ile birlikte mükelleflerin vergiye gönüllü uyumunun sağlanmasıdır. Ancak, bu usulün yürürlüğe konulması ile uygulanacak diğer sektör ve oranların halen netleşmemesi çeşitli eleştirileri gündeme getirmektedir.

Bu çalışmada, KDV’de hasılat esaslı vergilendirme usulü değerlendirilerek, sistemin temel esasları irdelenip, yapılması gerekenler tartışılacaktır. Bu kapsamda öncelikle KDV’nin karakteristik yapısı ele alınarak daha sonra yeni usulün tanımı ve kapsamının çerçevesi çizilecektir. Sonrasında hasılat esaslı vergilendirme usulünün beyanı ve uygulanması yer alacaktır. Son bölümde ise, avantaj ve dezavantajlarıyla KDV’de hasılat esaslı vergilendirme usulü değerlendirilecektir.

1. KDV’NİN KARAKTERİSTİK YAPISI

Birçok ülkede olduğu gibi, ülkemizde de vergileri sınıflandırma yollarından biri dolaylı ve dolaysız vergi ayırımıdır. Dolaysız vergiler, mükelleflerin gelir ve kazançları üzerinden vasitasız yani doğrudan herhangi bir aracı olmaksızın mükelleflerin gelir ve kazançları üzerinden tahsil edilmektedir. Dolaylı vergiler ise, mükelleflerin mal ve hizmet alım satım işlemleri esnasında alınmaktadır¹. Dolaylı vergiler içerisinde yer alan KDV, Türkiye’de vergi gelirleri açısından önemli bir yere sahiptir. Ancak KDV’de yükümlü kavramı, diğer dolaylı vergilerdeki gibi kanunda öngörülen mükellef kavramından farklılık göstermektedir. Bu vergide yükümlü, KDV’ye tabi mal veya hizmet tesliminde bulunan kişidir ve bu yükümlü verginin nihai yüklenicisi değildir. KDV sistemi

¹ AKDOĞAN Abdurrahman, *Vergi Hukuku ve Türk Vergi Sistemi*, Gazi Kitabevi, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 13. Baskı, Ankara, Kasım, 2017, s. 527; YÜCEDOĞRU Recep/ÖREN Gülcan, “Katma Değer Vergisi’nde Vergi Uyumunu ve Dünyada KDV Uyumunu Arttırmaya Yönelik Uygulamalar: Sistematik Bir Literatür Analizi”, *Uluslararası Yönetim İktisat ve İşletme Dergisi*, ICMEB17, Özel S., s. 940.

içerisinde nihai yüklenici (iktisadi veya asıl mükellef) nihai tüketici durumunda bulunan kişilerdir².

1950'li yıllardan günümüze dek pek çok ülke, mal ve hizmetler üzerinden alınan çeşitli vergileri kaldırıp yerine KDV'yi getirmiştir. Bu yönelim çeşitli nedenlerle vergi reformuna giden tüm ülkelerde görülmektedir. KDV'nin geniş tabanlı bir vergi olması, hukuki yapısı, uygulanma kolaylığı ve etkinliği artan kamu giderlerinin finansı, devletler açısından önemli bir konumdur. Dünya genelinde olağan bir vergi haline gelen KDV, yayılarak uygulanma alanını genişletmektedir. Ancak uygulanan KDV oranları, vergi idarelerinin kapasiteleri ve ülkelerin gelişmişlik düzeylerine göre farklılık arz etmektedir³.

KDV diğer harcama vergileri ile kıyaslandığında, önemli avantajlara sahiptir. Her şeyden önce bu vergi, vergi piramitleşmesine neden olmamaktadır. KDV, içerdiği indirim mekanizması sebebiyle mal ve hizmetin üretim aşamasından nihai tüketiciye kadar olan tüm aşamalarında vergi alınmakta ve her bir aşamada alınan vergiden bir önceki aşamada alınan vergi indirilmek suretiyle bakiye kalan vergi, hazineye intikal ettirilmektedir. Yani diğer muamele vergilerinde mevcut olmayan indirim mekanizması, KDV açısından vergi piramitleşmesini önlemektedir. Aynı zamanda KDV yapısı gereği, ekonomik kalkınmayı teşvik etmektedir. KDV'de sadece tüketim malları üzerinden vergi ödenmekte, yatırım mallarının mükerrer bir şekilde vergilendirilmesi söz konusu olmamaktadır. Neticede, KDV sisteminde yatırımlar teşvik edilmektedir. Tek aşamadan alınan satış vergilerinde vergi yükü sadece tek bir teşebbüs grubu üzerinde kalmaktadır. Fakat, KDV'de kapsamının genişliği sayesinde üretim-tüketim zincirindeki herkes vergi yükünü paylaşmaktadır⁴. Tüm bunlara rağmen, mükelleflerin KDV ile ilgili muhasebe işlemleri ileri bir teknik gerektirmektedir. Bu yüzden de faturalarda KDV'nin gösterilmesi, beyannamelerin düzenlenmesi gibi işlemlerde uzman yardımı almak gerekebilecektir⁵.

KDV, harcamalar üzerinden alınan vergilerin en gelişmiş ve modern türüdür. KDV, vergiyi ödeyenler açısından bir indirim hakkı doğurduğundan verginin kendi

² ERDEM Metin/ŞENYÜZ Doğan/TATLIOĞLU İsmail, *Kamu Maliyesi*, Ekin Yayınevi, Güncellenmiş 14. Baskı, Bursa, Eylül, 2017, s. 316-317.

³ YILMAZ Hacer, "Dünya Genelinde Katma Değer Vergisinin Popüler Hale Gelmesi, Uygulanan KDV Oranları ve Son Süreçte Katma Değer Vergisine Geçen Ülkeler", *Vergi Dünyası Dergisi*, S. 440, Nisan, 2018, s. 143.

⁴ ŞEN Hüseyin/SAĞBAŞ İsa, *Vergi Teorisi ve Politikası*, Kalkan Offset, Ankara, Eylül, 2015, s. 214-215.

⁵ EDİZDOĞAN Nihat/ÇETİNKAYA Özhan/GÜMÜŞ Erhan, *Kamu Maliyesi*, Ekin Yayınevi, 8. Baskı, Bursa, Ağustos, 2017, s. 317.

içinde bir otokontrol mekanizması doğurmasına sebep olmaktadır⁶. İlaveten, bu verginin çok sıkı bir kayıt düzeni gerektirmesi, gelir ve kurumlar vergisi açısından da bir otokontrol mekanizmasının ortaya çıkmasına yardımcı olmaktadır⁷. KDV; tüm üretim, dağıtım ve hizmet sektörlerini tüm safhalarda vergiye tabi tutmakla birlikte işletme girdileri için yüklenen vergi hesaplanan vergiden indirilerek yalnızca yaratılan katma değer vergilendirilmekte ve birbirini takip eden firmalar arasında düzenlenen belgeler vasıtasıyla sağlanan menfaat çelişkisi bulunmasından dolayı daha kolay ve etkin bir biçimde uygulanabilmekte olup, vergiye tabi işlemlerin her aşamasında belgelenme yükümlülüğü oluşturularak belge düzenleme zorunluluğunun meydana getirdiği güvenlik müessesesi sebebiyle de matrah aşındırılmasının önüne geçmeyi hedeflediği görülmektedir⁸.

2. HASILAT ESASLI VERGİLENDİRMEİNİN TANIMI VE KAPSAMI

KDV’de hasılat esaslı vergilendirme, İngiltere ve Güney Kore’de halihazırda uygulanmaktadır. Bu düz oranlı KDV sisteminde; yıllık satış hasılatı belirli rakamın altında olan mükellefler için her bir sektörde ayrı ayrı belirlenen oranlar dikkate alınmak suretiyle yıllık satış hasılatı üzerinden KDV hesaplanmaktadır. Hasılat esaslı KDV usulüne tabi mükellefler alımlarında yükledikleri KDV’yi indirim konusu yapamamaktadır⁹.

Ülkemizde, 7104 sayılı Kanun’un¹⁰ 12. maddesi ile mülga 38. madde de hasılat esaslı vergilendirme usulünden bahsedilmektedir. Hasılat esaslı vergilendirme usulünü de içeren kanun tasarısıyla yapılan değişiklikle, 1985 yılında yürürlüğe giren KDV Kanunu’nun 33 yıldır uygulanmakta olduğu, zaman içerisinde kanunda değişiklikler yapılmakla birlikte temel yapısının bugüne kadar çok büyük bir değişikliğe uğramadığı belirtilmiştir. KDV Kanunu’na ilişkin başlatılan kapsamlı çalışmalar çerçevesinde, Kanun’un uygulanmasına ilişkin sorunlar tespit edildiğini, diğer ülke örneklerinin analiz edildiğini, sivil toplum örgütleriyle toplantılar yapıldığını ve tüm yapılan çalışma so-

⁶ ÖNCEL Mualla/KUMRULU Ahmet/ÇAĞAN Nami, *Vergi Hukuku*, Turhan Kitabevi, Gözden Geçirilmiş, Değişiklikler İşlenmiş 26. Bası, Ankara, Eylül, 2017, s. 405.

⁷ TOSUNER Mehmet/ARIKAN Zeynep, *Türk Vergi Sistemi*, Kanyılmaz Matbaası, Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 24. Bası, İzmir, Şubat, 2019, s. 360.

⁸ KARATAŞ Cenk, “KDV’de Hasılat Esaslı Vergilendirme Sistemine Eleştirel Bir Bakış”, *Vergi Sorunları Dergisi*, S. 364, Ocak, 2019, s. 91.

⁹ AYKIN Hasan, “KDV’de Hasılat Esaslı Vergileme Usulü (Rejimi) Nedir?”, <https://vergidosyasi.com/2019/02/07/kdvde-hasilat-esasli-vergileme-usulu-rejimi-nedir/>, (E. t. 18.04.2019).

¹⁰ 7104 sayılı Katma Değer Vergisi Kanunu ve Bazı Kanunlar ile 178 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun 06.04.2018 tarih ve 30383 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır.

nuçlarının taraflarla tekrar paylaşıldıktan sonra bahse konu kanun tasarısının oluşturulduğunu ifade etmiştir¹¹. Bu usul, mükelleflerin belge düzenleme ve alma, defter tutma ve kayıt yükümlülüklerinde herhangi bir değişiklik getirmemekte, aynı zamanda ödenecek verginin hesaplanmasında genel bir tutar yerine hasılatı esas alması nedeniyle bu müessesenin götürü bir vergilendirme rejimi olarak adlandırılması mümkün değildir¹².

07.02.2019 tarih ve 30679 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan 718 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararı ile KDV Kanunu kapsamında hasılat esaslı vergilendirme usulü uygulanacak sektör ve vergi oranı belirlenmiştir. KDV Kanunu’nun “Hasılat esaslı vergilendirme” başlıklı 38. maddesinde¹³ içerik yer almaktadır. Bu maddeyle yeni uygulamanın genel çerçevesi çizilmiş ve uygulama ayrıntıları konusunda Cumhurbaşkanlığı’na ve Hazine ve Maliye Bakanlığı’na yetkiler verilmiştir. Maddenin metninde, uygulamanın genel çerçevesi ve ana özellikleri olarak şu hususlar göze çarpmaktadır¹⁴:

- Yeni uygulamanın hedef grubunun öncelikle, işletme hesabı esasına göre kazancını tespit eden tacirler ile gerçek usulde vergilendirilen serbest meslek erbaplarının olduğu anlaşılmaktadır.

¹¹ TBMM, Yasama Dönemi: 26, Yasama Yılı: 3, Sıra Sayısı: 535, KDV Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı ile Plan ve Bütçe Komisyonu Raporu, s. 17, <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem26/yil01/ss535.pdf>, (E. t. 30.07.2019); GÖKÇE Öznur, “7104 Sayılı Kanun Kapsamında 3065 Sayılı Katma Değer Vergisi Kanunu’nda Yapılan Değişiklikler”, *Vergi Dünyası Dergisi*, S. 441, Mayıs, 2018, s. 101.

¹² ÖZ Ferit, “Hasılat Esaslı KDV Sistemi Neler Getiriyor?”, <https://vergiagi.net/vergi/hasilat-esasli-kdv-sistemi-neler-getiriyor>, (E. t. 30.05.2019).

¹³ “Hasılat esaslı vergilendirme, ticari kazancı işletme hesabı esasına göre tespit edilenler ile mesleki kazancı serbest meslek kazanç defterine göre tespit edilenlerden Cumhurbaşkanlığı tarafından belirlenen sektör ve meslek grupları kapsamında yer alanlar, talep etmeleri halinde vergiye tabi işlemlerin karşılığını teşkil eden (katma değer vergisi dâhil) bedel üzerinden, bu Kanunun 28 inci maddesi uyarınca belirlenen en yüksek oranı geçmemek üzere, Cumhurbaşkanlığına ilgili sektör veya meslek grubu için belirlenen oran uygulanmak suretiyle hesapladıkları katma değer vergisini, indirilecek katma değer vergisi ile ilişkilendirmeksizin beyan ederek öderler. Birinci fıkra kapsamında hasılat esaslı vergilendirme usulüne göre vergilendirilen mükellefler, kazançlarının tespitinde kendilerine yapılan teslim ve hizmetler dolayısıyla alış vesikalarında gösterilen katma değer vergisi ile hasılat esaslı vergilendirme usulüne göre beyan ederek ödedikleri katma değer vergisini işlemin mahiyetine göre gider veya maliyet, yaptıkları teslim ve hizmetler dolayısıyla hesapladıkları katma değer vergisini gelir olarak dikkate alırlar. Hasılat esaslı vergilendirme usulüne geçen mükellefler, iki yıl geçmedikçe bu usulden çıkamazlar. Cumhurbaşkanlığı Vergi Usul Kanunu hükümleri uyarınca bilanço esasına göre defter tutan gelir ve kurumlar vergisi mükelleflerini, sektörler ve meslek grupları itibarıyla belirleyeceği yıllık iş hacimlerine göre hasılat esaslı vergilendirme usulü kapsamına almaya, Maliye Bakanlığı bu maddenin uygulanmasına ilişkin usul ve esasları belirlemeye yetkilidir.”

¹⁴ DEĞİRMENDERELİ Ali/AĞAYA Serap, “Türkiye İçin KDV ve Gelir Vergisinin İlişkilendirilmesi Denemesi: Hasılat Esaslı KDV Sistemi”, *Vergi Dünyası Dergisi*, S. 455, Temmuz, 2019, s. 15-16.

- Madde metninde “talep etmeleri halinde” ibaresi ile yeni uygulamadan yararlanmak, kapsam dahilindeki mükelleflerin tercihine bırakılmıştır. Dolayısıyla kanun değişmediği sürece hasılat esaslı vergilendirme uygulamasına tabi olmak bir zorunluluk değil bir tercihtir.
- Mükelleflerin yaptıkları işlemlerin karşılığında elde ettikleri hasılat, daha önce belirlenmiş en yüksek KDV oranı olan %18’i geçmemek üzere, Cumhurbaşkanınca kararlaştırılacak oran üzerinden ödenecek KDV hesaplanacaktır.
- Düzenlemeyle birlikte; ödenecek KDV’nin bulunmasında indirilecek KDV ile herhangi bir ilişki kurulmayacak, hesaplama yalnızca tahsil edilen hasılat ve onun KDV’si üzerinden yapılacaktır.
- Bu usulü seçen mükelleflerin iki yıl geçmedikçe bu usulden çıkamayacakları kuralı getirilmiştir. Ayrıca bilanço esasına göre defter tutan gelir ve kurumlar vergisi mükelleflerini sektör ve meslek bazında hasılat esaslı vergilendirme uygulamasının kapsamına alma konusunda Cumhurbaşkanı’na yetki verilmiştir.

KDV’de hasılat esaslı vergileme usulü, nispeten küçük boyutlu işletme ve serbest meslek kazancı elde eden belirli mükellef gruplarının ödeyecekleri KDV’nin, hesaplanan ve indirilecek KDV unsurları dikkate alınmaksızın, ilgili mükellefin hasılatına belirlenen sabit bir oranın uygulanması suretiyle bulunması ve ödenmesine ilişkin basitleştirilmiş bir KDV uygulama usulüdür¹⁵. Hasılat esaslı vergilendirme usulüne göre, beyannamelerini verecekleri dönemin belirlenmesinde bu usulden faydalanmak üzere vergi dairesine başvuran mükelleflerin başvuruda buldukları tarihten ziyade vergi dairesi tarafından yapılacak değerlendirme neticesinde şartları taşıdığı tespit edilen mükelleflere bu kapsamda vergilendirmenin uygun görüldüğüne dair yazı tebliğ edildiği tarih önemsenmektedir¹⁶.

KDV’nin genel uygulamasında mükellefler satışları sebebiyle hesapladıkları KDV’den mal ve hizmet alımları esnasında ödedikleri KDV’yi indirmekte, kalan kısım ödenecek KDV olarak ortaya çıkmakta veya fark negatif ise, izleyen dönemlere devretmektedir. Hasılat esaslı vergilendirmede ise, bu kapsama alınmayı talep eden mükellefler için KDV’nin normal işleyiş sürecinden bir vazgeçiş söz konusudur¹⁷.

¹⁵ AYKIN, <https://vergidosyasi.com/2019/02/07/kdvde-hasilat-esasli-vergileme-usulu-rejimi-nedir/>, (E. t. 18.04.2019).

¹⁶ KARATAŞ Cenk, “Şehir İçi Yolcu Taşımacılığında Yeni Dönem: Hasılat Esaslı Vergilendirme Usulü”, *Vergi Sorunları Dergisi*, S. 367, Nisan, 2019, s. 84.

¹⁷ SARAÇOĞLU Fatih, “KDV’de Hasılat Esaslı Vergilendirme”, *Vergi Dünyası Dergisi*, S. 454, Haziran, 2019, s. 42.

7104 sayılı Kanun'un genel gerekçesinde düzenlemeye ilişkin, "İşletme hesabı esasına göre defter tutan küçük işletmeler ile serbest meslek erbabının, satışları nedeniyle hesaplanan katma değer vergisi dâhil toplam hasılatlarına, sabit bir oran uygulayacakları "hasılat esaslı vergileme sistemi" getirilmek suretiyle, bu mükelleflerin vergiye gönüllü uyumunun sağlanması amaçlanmaktadır" ifadelerine yer verilmiştir. 7104 sayılı Kanunun tasarısı komisyon görüşmelerinde "hasılat esaslı vergileme sistemi" ile ilgili olarak "Fatura ve belge alma veya isteme zorunluluğunu ortadan kaldıracığı için kayıtlı ekonomi açısından sorunlar doğurabileceği" iddiasına karşılık yapılan açıklama şu şekildedir. "İşletme esasına göre defter tutan küçük işletmeler açısından götürü vergilendirmenin söz konusu olmadığı, hâsılat esaslı KDV sistemine geçilmesinin ihtiyari olacağı, bunun yanında getirilen düzenlemenin giderleri belgelemekte veya indirimine konu KDV'yi üretmekte zorlandığı için başka yerlerden sahte ve muhteviyat itibarıyla yanıltıcı belge temin etmekte olan ve çoğunlukla hizmet sektöründe faaliyet gösteren işletmelere yönelik olduğu, İşletme hesabı esasına göre defter tutan küçük işletmeler ile serbest meslek erbabının, satışları nedeniyle hesaplanan katma değer vergisi dâhil toplam hâsılatlarına, sabit bir oran uygulayacakları hâsılat esaslı vergileme sistemi getirilmek suretiyle, bu mükelleflerin vergiye gönüllü uyumunun sağlanması amaçlanmaktadır"¹⁸.

718 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararı ile hasılat esaslı vergilendirmeye ilişkin bazı otobüs işletmelerine hasılat esaslı vergilendirme kapsamına alınmıştır. Söz konusu "Cumhurbaşkanlığı Kararı ile 10.07.2004 tarihli ve 5216 sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanunu ile 03.07.2005 tarihli ve 5393 sayılı Belediye Kanunu kapsamında belediyeler tarafından ruhsat verilen, toplu taşıma hatlarını kiralayan, toplu taşıma hizmetinin hizmet satın alma yollarıyla yerine getirilmesi halinde bu hizmeti sunan ve gelirlerinin tamamını elektronik ücret toplama sistemleri aracılığıyla tahsil eden otobüs işletmelerinin (belediyelerin otobüs işletmeleri ile doğrudan veya dolaylı olarak sermayesinin %51 veya daha fazlası belediyelere ait şirketler hariç) münhasıran il sınırları içinde, otobüsle (sürücüsü dahil en az onsekiz oturma yeri olan) yapmış oldukları toplu taşıma faaliyetlerini" yapan mükellefler istemeleri halinde hasılat esaslı vergilendirme sisteminden yararlanabilirler. Söz konusu kararda bu uygulamadan yararlanılabilmesi için toplu taşıma hizmetine ilişkin bedellerin tamamının elektronik ücret toplama sistemi¹⁹ aracılığıyla tahsil edilmesi gerekmektedir. İlgili teb-

¹⁸ VEZİROĞLU Şakir, "KDV'de Hasılat Esaslı Vergileme Sisteminin, 1926 Yılı Değişikliği Işığında Değerlendirilmesi", *Vergi Raporu Dergisi*, S. 227, Ağustos, 2018, s. 13.

¹⁹ Elektronik ücret toplama sistemi, "bir elektronik bilet aracılığıyla yolculara ön ödeme ile seyahat hakları veren, geçiş ve satış noktalarında bu hakların işletilmesini gerçekleştiren güvenli, hızlı ve

liğde hasılat esaslı vergilendirme usulünü tercih edecek mükelleflerin, toplu taşımacılık faaliyetini sürücüsü dahil en az on sekiz oturma yeri olan otobüslerle yapmaları gerektiği belirtilmiştir. Halk otobüsü adı altında bu özellikleri taşımayan taşıtlarla (minibüs, dolmuş, taksi dolmuş vb.) toplu taşımacılık hizmeti sunan mükelleflerin bu usulden yararlanmaları mümkün olmadığı belirtilmiştir. Yine bu uygulamadan, yalnızca il sınırları içinde otobüs ile yolcu taşımacılığı faaliyetinde bulunan mükellefler yararlanabileceği; bir il sınırları içinde başlayıp, başka bir il sınırları içinde sona eren güzergâhlarda yolcu taşımacılığı faaliyetinde bulunan mükelleflerin bu uygulamadan yararlanamayacağı yer almaktadır²⁰.

3. HASILAT ESASLI VERGİLENDİRME USULÜNDE BEYAN VE UYGULANMASI

Hasılat esaslı vergilendirme usulünden yararlanmak isteyen mükelleflerin, bağlı oldukları vergi dairesine başvuru yapmaları gerekmektedir. Vergi dairesi yapılan başvuru üzerine mükellefin bu usule tabi olup olamayacağını inceleyecektir ve uygun görülmesi durumunda mükellefe, hasılat esaslı vergilendirmenin kapsamına alındığını yazı ile bildirir. Mükellefler, söz konusu bildirimden tebliğ edildiği tarihi içine alan vergilendirme dönemini takip eden dönemden itibaren bu esasa tabi olacaklardır. Dolayısıyla başvurulan mükelleflerin başvuru tarihi değil, yapılacak değerlendirme neticesinde şartları taşıdığı tespit edilen mükelleflere bu yöndeki yazının tebliğ edildiği tarihi esas alınacaktır. Ayrıca, yeni işe başlayanlardan bu esasa göre vergilendirilmeyi talep edenlerin, işe başlama bildirimini ile birlikte başvuru yapmalarının mümkün olduğu belirtilmiştir²¹.

Hasılat esaslı vergilendirme usulüne geçen mükellefler, vergiye tabi işlemlerin karşılığını teşkil eden bedeller üzerinden mal ve hizmetlere uygulanan KDV oranlarını belirleyen 2007/13033 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ekli listelerde belirlenen oranlara göre KDV hesaplar, fatura ve benzeri belgeler üzerinden bu KDV'yi gösterirler. Bu usule tabi mükelleflerin ödeyecekleri vergi, vergiye tabi işlemlerin bedeli ve buna ilişkin hesaplanan KDV tutarlarının toplamına ilgili Cumhurbaşkanı Kararında belirlenen oran uygulanmak suretiyle hesaplanır. Yani mükellefler, hizmet bedeli ve hizmet bedelinin tabi olduğu KDV oranını hesaplayarak ilgili faturayı düzenler. Fakat hasılat esaslı vergilendirme usulüne tabi mükellefler, bu usule göre hesapladıkları vergiyi

doğru işlem yapan bilgi yönetim sistemidir". <http://cozumtr.com/cozumlerimiz/elektronik-uc-ret-toplama-sistemi-kontrol-ve-denetleme-yazilimi>, (E. t. 30.07.2019).

²⁰ GÜNDÜZ Fatih, "Toplu Taşıma Faaliyetlerinde Hasılat Esaslı Vergilendirmenin Esasları", *Yaklaşım Dergisi*, S. 318, Haziran, 2019, <https://uye.yaklasim.com/MagazineContent.aspx?ID=33143>, (E. t. 31.05.2019).

²¹ DEĞİRMENDERELİ/AĞAYA, s. 17.

4 No.lu KDV Beyannamesi ile vergilendirme dönemini takip eden ayın 24. günü akşamına kadar beyan edip aynı 26. günü akşamına kadar ödemek zorundadırlar. İlgili Tebliğ'de konuya ilişkin "Örnek: (A) Özel Halk Otobüsü İşletmesi Nisan/2019 döneminde yapmış olduğu toplam 50.000 TL tutarındaki toplu taşıma hizmeti için 9.000 TL KDV hesaplamıştır. Mükellef bu dönemde akaryakıt, tamir bakım, personel vb. için 40.000 TL harcama yapmış ve 6.000 TL KDV ödemiştir. Bu durumda, mükellefin gerçek usulde vergilendirilmesi halinde ödemesi gereken KDV tutarı 3.000 TL (9.000-6.000) olarak hesaplanacaktır. Bu mükellefin hasılat esaslı vergilendirme usulüne geçmesi halinde ödemesi gereken KDV tutarı 6/2/2019 tarihli ve 718 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararına göre hasılat tutarına % 1,5 oran uygulanması suretiyle hesaplanacaktır. Buna göre mükellefin ödemesi gereken KDV tutarı 885 TL $[(50.000+9.000) \times 1,5]$ olacaktır. Hasılat esaslı vergilendirme usulüne geçmesi nedeniyle mükellefin bu dönem için kazancının tespitinde 10.000 TL (50.000-40.000) yerine, 12.115 TL $[(50.000+9.000) - (40.000+6.000+885)]$ dikkate alınacaktır²²" yer almaktadır. Söz konusu örnekten de anlaşılacağı üzere hasılat esaslı vergilendirmeye tabi mükelleflere mal ve hizmet alımlarında ödedikleri KDV'sini gider veya maliyet unsuru olarak dikkate almalıdırlar. Yine mal ve hizmet dolayısıyla hesapladıkları KDV'yi gelir olarak dikkate almak zorundadırlar²³.

Hasılat esaslı vergilendirilen mükellefler yapmış oldukları indirimli orana tabi işlemler ile istisnaya tabi işlemlerini de hasılatlarına dahil etmelidirler. Bu mükelleflerin indirim hakkı bulunmadığından iade hakkı doğuran işlemlere ilişkin iade talebinde bulunamayacakları ilgili tebliğde belirtilmiştir. Hasılat esaslı vergilendirme usulüne tabi olan mükelleflerin mal teslimi ve hizmet ifalarında alıcılar tarafından KDV tevkifatı yapmayacakları ve bu mükelleflerin tam ve kısmi tevkifata tabi mal ve hizmet alımlarında KDV tevkifatı uygulayacakları da ilgili tebliğde belirtilmiştir. Bu usule tabi olan mükelleflerin düzenleyecekleri belgelerde hesaplanan KDV tutarları, KDV mükellefi alıcılar tarafından genel esaslara göre indirim konusu yapılacaktır²⁴.

Şartları sağlamadığı halde KDV beyannamesini bu usule göre veren mükelleflerden, gerçek usulde vergilendirme kapsamında beyan edilmesi gereken vergi; vergi ziyai cezası ve gecikme faiziyle birlikte istenir. Bu durumda hasılat esaslı vergilendirme usulüne göre ödenen vergi, gerçek usulde vergilendirme kapsamında mahsup edilir²⁵.

²² Katma Değer Vergisi Genel Uygulama Tebliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğ (Seri No:25), 23.03.2019 tarih ve 30723 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır.

²³ GÜNDÜZ, <https://uye.yaklasim.com/MagazineContent.aspx?ID=33143> (E. t. 31.05.2019).

²⁴ GÜNDÜZ, <https://uye.yaklasim.com/MagazineContent.aspx?ID=33143> (E. t. 31.05.2019).

²⁵ DEĞİRMENDERELİ/AĞAYA, s. 17.

4. HASILAT ESASLI VERGİLENDİRME USULÜNÜN DEĞERLENDİRİLMESİ

Hasılat esaslı vergilendirme sistemi, fatura ve belge alma veya isteme zorunluğunu ortadan kaldıracığı için kayıtlı ekonomi açısından sorunlar karşımıza çıkabilecektir. Hasılat esaslı vergilendirme sistemi, mükellef açısından belge almanın avantajını kaldıracığından küçük mükelleflerin yükümlüğünü ağırlaştırırken, belge vermesi gerekenler açısından kayıtdışı çalışma imkanı doğabilecektir²⁶. Bu yüzden, yeni düzenlemenin belgesiz satış yapılmasına imkân olmayan sektörlerde uygulanması ya da uygulanacak sektörlerde elektronik ödeme şeklinin zorunlu tutulması uygulamayı daha verimli ve işler hale getirecektir²⁷.

KDV'nin en önemli özelliği içinde vergi indirimini barındıran bir sistem olmasıdır. KDV uygulamasında mal teslimi veya hizmet ifasının her aşamasında vergi hesaplanmaktadır. Hesaplanan verginin ödenmesi aşamasında indirim mekanizması devreye girmektedir. Ülkemizde ödenecek KDV çıkmaması amacıyla sahte belge kullanmak suretiyle indirilecek KDV'nin olması gerekenden daha yüksek tutulduğu sıklıkla karşılaşılan bir durumdur. Bunun sonucunda mükellef ya hiç KDV ödememekte ya da çok düşük miktarda KDV ödemektedir²⁸.

Hasılat esaslı vergilendirme usulünde mükellefler vergiye tabi işlemlerin karşılığını teşkil eden (KDV dahil) bedel üzerinden, Cumhurbaşkanı tarafından belirlenen oran uygulanmak suretiyle hesapladıkları KDV'yi, indirilecek KDV ile ilişkilendirmeksizin beyan ederek öderler. Bu usule göre alış belgelerinde gösterilen KDV indirim konusu yapılamayacağından mükelleflerin esas amacı indirilecek KDV'nin yüksek tutulması olan sahte belge kullanımının çok büyük oranda düşüş göstereceği de düşünülmektedir. Ancak bu usule göre indirilecek KDV'nin kazancın tespitinde gider olarak dikkate alınacağı göz önünde bulundurulduğunda sahte belge kullanımının bu usulden yararlanmak isteyenler açısından tamamen ortadan kalkmayacağı da önümüzde duran gerçekliklerden biridir. Yine de ifade ettiğimiz üzere sahte belge kullanımının temel amacı hesaplanan KDV'den indirim konusu yapılacak KDV'nin yüksek tutulması olduğundan bu amaçla kullanılacak sahte belge oranında düşüş olacağı düşünülmektedir²⁹.

²⁶ SARAÇOĞLU, s. 47.

²⁷ GÖKTAŞ Kazım, "Hasılat Esaslı Vergilendirme ve Sektör Belirlemesindeki İlk Uygulama", *Vergi Raporu Dergisi*, S. 235, Nisan, 2019, s. 136.

²⁸ AYTAÇ Muzaffer, "Vergiye Gönüllü Uyumun Sağlanması Bakımından Hasılat Esaslı Vergilendirme Usulü", *E-Yaklaşım Dergisi*, S. 309, Eylül, 2018, <https://uye.yaklasim.com/MagazineContent.aspx?ID=31446>, (E. t. 31.05.2019).

²⁹ AYTAÇ, <https://uye.yaklasim.com/MagazineContent.aspx?ID=31446>, (E. t. 31.05.2019).

Hasılat esaslı vergilendirme usulünde, sektörler veya meslek grupları için belirlenecek oran büyük önem arz etmektedir. Özellikle konuyla ilgili yurtdışı mevzuatından örnek vermek gerekirse, genel KDV oranının % 20 olduğu İngiltere’de faaliyet esasına göre detaylı olarak belirlenmiş oranlar bulunmaktadır. Örneğin; muhasebe ve defter tutma faaliyeti ile mimar, inşaat ve yapı mühendisleri % 14,5 uygularken, film, radyo, televizyon veya video prodüksiyonları ile kuaför veya diğer güzellik bakım hizmetlerinde % 13; emlak ajansları ve mülk yönetimcileri ile çamaşırhane ve kuru temizleme hizmetlerinde % 12; fotoğrafçılıkta % 11; kuryeler, navlun, taşınma ve taksiler de dahil olmak üzere taşıma veya depolamada % 10; genel yapı ve inşaat hizmetlerinde % 9,5; spor veya rekreasyonda % 8,5 oranı uygulanmaktadır. Ayrıca faaliyet alanına bakılmaksızın yıllık hasılatları belli bir limitte bulunan mükellefler % 16,5 oranını uygulayabilmektedir³⁰. Oran arttırıldığı takdirde mükelleflerin beyan edecekleri hasılat tutarları azalacağı halde beyan edecekleri KDV tutarları artacaktır. Ancak görüldüğü üzere, sektör sektör oranların ayrıntılı bir şekilde belirlenmiş olması mükellefler açısından kolaylık sağlamaktadır. Ayrıca, olası bir adetsizliği de minimize etmektedir. Çünkü, birçok sektör için belirlenen oranlar ile mükelleflerin kafasında herhangi bir soru işareti kalmamaktadır. Oysa ki, ülkemizde sadece bir sektör grubu için belirlenen oran haricinde bir açıklama yapılmamıştır.

KDV sistemi daha öncede bahsedildiği üzere indirim mekanizmasına sahip, nihai tüketicinin vergisini ödediği bir sistemdir. Aradaki mükellefler (üretici, toptancı, perakendeci vb.) yüklendikleri KDV’yi hesapladıkları KDV’den düşürerek vergi yükünden arınmaktadır ve ekonomik olarak son tüketicie kadar vergiyi yansıtmaktadır. Yeni usul ile, bu işlemlerin üstüne KDV dahil bedeller üzerinden yeniden KDV hesaplanması mükellefler üzerinde finansman sorununu gündeme getirebilecek ve KDV’nin temel işleyiş mantığı bozulabilecektir. Beraberinde kayıtdışılık hususunda bir artış meydana gelebilecektir. Diğer taraftan getirilen düzenleme, KDV Kanunu’nun 58. maddesi ile *“Mükellefin vergiye tabi işlemleri üzerinden hesaplanan Katma Değer Vergisi ile mükellefçe indirilebilecek Katma Değer Vergisi, Gelir ve Kurumlar Vergisi matrahlarının tespitinde gider olarak kabul edilmez”* hükmü ile çalışmaktadır. Dahası verginin gelir kabul edilecek olan hasılat esaslı KDV tutarı Tek Düzen Hesap Planı’nın işleyişine de uygun olmayabilir³¹. Genel hatlarıyla ele alınan avantajlar ve dezavantajlar konusunda Tablo 1’de detaylı karşılaştırma yer almaktadır.

³⁰ KARATAŞ, Ocak, 2019, s. 89; <https://www.gov.uk/vat-flat-rate-scheme/how-much-you-pay>, (E. t. 21.06.2019).

³¹ BİYAN Özgür, “KDV’de Hasılat Esaslı Vergilendirme Dönemi”, <http://www.ozgurbiyan.com/2018/05/kdvde-hasilat-esasli-vergilendirme-donemi/>, (E. t. 22.06.2019).

TABLO 1: AVANTAJ VE DEZAVANTAJLARIYLA KDV'DE HASILAT ESASLI VERGİLENDİRME USULÜ

Avantajları	Dezavantajları
Daha sade ve kolay uygulanabilmesi,	İlgili sektör veya meslek grupları doğru belirlenemeyebilir.
Sabit oranlı bir KDV olması yönüyle mükellefe kolaylık sağlanması,	Yüklenen KDV'si yüksek olan mükellefler için bu usul dezavantajlı olabilir.
Belirlenen oran dahilinde daha az KDV ödenebilecek olması,	Hasılat oranına uygulanacak olan oranın Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile yüksek belirlenmesi durumunda, eski sistem ile karşılaştırıldığında hasılat esaslı vergilendirme usulünde hesaplanan vergi daha yüksek çıkabilir.
Yüklediği KDV'yi arttırmak için sahte fatura kullanan mükelleflerin bu usulü seçmesi durumunda daha az vergi ödemesi gündeme gelebilecektir. Bu sebeple sahte fatura bulma yoluna gidilmesi de azalabilecektir.	Bu usulü seçen mükelleflerin hesapladıkları KDV düşük çıkabilecekken, gelir vergileri yüksek çıkabilir.
Daha az vergi ödeneğinden vergi kayıp ve kaçığı minimize edilebilecektir.	Hizmet sektöründe faaliyet gösteren mükelleflerin maliyetleri düşük olabilecekken mal alım-satımı yapan mükelleflerin maliyetleri yüksek olabilecektir. Bu yüzden ödeyecekleri KDV açısından hasılat esaslı KDV usulünü seçen hizmet sektöründeki mükellefler dezavantajlı olabilecekken mal alım-satımı yapan mükellefler avantajlı olabilir.
Hasılat esaslı vergilendirme usulünde tercihin mükellefe bırakılması.	Bölgelere göre aynı hizmet sektöründe faaliyet gösteren mükelleflerin hasılat tutarları farklılık gösterebilmektedir.

Kaynak: BİLGİN Hüseyin, "KDV'de Yeni Bir Vergilendirme Usulü: Hasılat Esaslı Vergileme", <https://www.verginame.com/genel/kdvde-yeni-bir-vergilendirme-usulu-hasilat-esasli-vergileme.html>, (E. t. 15.06.2019).

Uygulama ile, mükelleflerin vergiye gönüllü uyumunun sağlanması hedeflenirken, tüm ekonomik faaliyetler için tarafsız bir şekilde uygulanması istenilen KDV gibi yayılı muamele vergilerinde, mükelleflerin bir kısmının, istisnalar veya hasılat esaslı vergileme gibi düzenlemeler ile farklı uygulamalara tabi tutulması, KDV sistemini etkilemektedir. KDV'de yapılacak bir değişiklik sadece bu vergi ile sınırlı kalmayıp bir bütün olarak gelir ve kurumlar vergisini de etkileyebilecektir. Mükellefler, ödeyecekleri gelir ve kurumlar vergisini azaltabilmek için sahte belge alabileceklerdir. Yani hasılat esaslı vergilendirme sisteminin belge alma tercihlerini olumsuz etkileyebilecek olması, KDV'nin belge düzenine olumlu etkisini azaltabilecek, otokontrol görevini zayıflatabilecek ve bu taktirde gelir ve kurumlar vergisine de olumsuz yansıyabilecektir.

Mükellefler kendi hasılatlarını gizlerken, maliyetlerini olabildiğince arttırarak hem KDV hem de gelir veya kurumlar vergisi tutarlarını düşürme yoluna gidebileceklerdir³².

Esas itibariyle, hasılat esaslı vergilendirme sisteminden yararlanabilecek sektör ve meslek gruplarına ilişkin olarak belirlenecek vergi oranları yükseldiği takdirde mükelleflerin ödeyecekleri KDV artacak olsa da hasılat esaslı vergilendirme sistemi ihtiyari bir uygulama olduğundan mükelleflerin bu yöntemi tercih etme zorunlulukları bulunmamakla birlikte hasılat esaslı vergilendirme sistemini tercih eden mükelleflerin tercih tarihinden itibaren 2 yıl sonra sistemden ayrılabilmesi söz konusu olmaktadır³³. Sistemden 2 yıl boyunca çıkamamaları da hata yapan mükellefler adına olumsuz sonuçlar doğurabilecektir. Sistemin yapısına ilişkin bir örnek ele alacak olursak, giderleri toplamı 5.000 TL ve indirilecek KDV'si 800 TL, gelirleri toplamı 20.000 TL ve hesaplanan KDV'si 3.600 TL olan bir işletmenin hasılat esaslı vergilendirme sistemi öncesinde ödenecek KDV'si 2.800 TL ve kazancı 15.000 TL iken; hasılat esaslı vergilendirme sistemine geçmesi ve bu esasa göre vergi oranının da % 13 olarak belirlenmiş olması halinde ödenecek KDV'si 3.068 TL ve kazancı da 14.732 TL olmaktadır. Bu sebeple hasılat esaslı vergilendirme sistemine geçmesi nedeniyle kazancında bir düşüş hasıl olacaktır. Diğer taraftan hasılat esaslı vergi oranının % 10 olarak belirlenmesi durumunda ise, ödenecek KDV'si 2.360 TL ve kazancı 15.440 TL olmaktadır. Dolayısıyla, faaliyet türleri itibariyle elde edilebilecek gelir ve söz konusu olabilecek giderlerin de dikkate alınarak oranların belirlenmesi gereklidir. Yüksek oranlar belirlendiği takdirde mükelleflerin hasılat esaslı vergilendirme sistemine geçişine engel olabilecektir³⁴.

Esasen satışlarında farklı vergi oranları uygulayan veya faaliyet alanı net olarak belirlenemeyen mükellef gruplarının bu sisteme geçişi daha zor olacaktır. Bu bağlamda vergisel etki analizlerinin daha kolay yapılabilmesi ve faaliyet için izin, ruhsat alınması gereken sektörlerle öncelik verilerek aşamalı bir başlangıç yapıldığı takdirde mükelleflerin sisteme bakış açıları da olumlu olacaktır³⁵. Tüm bu anlatılanlar ışığında, açıklanan sektör ve KDV oranı düşünüldüğünde yeni usulü tercih eden mükellefler mevcut sisteme kıyasla daha düşük vergi ödeyebileceklerdir. Mükellefler için avantajlı olan bu durumdan ise, devlet bütçesi negatif bir biçimde etkilenebilecektir.

³² SARAÇOĞLU, s. 48.

³³ KARATAŞ, Ocak, 2019, s. 91.

³⁴ SARAÇOĞLU, s. 46.

³⁵ ÖZ, <https://vergiagi.net/vergi/hasilat-esasli-kdv-sistemi-neler-getiriyor>, (E. t. 30.05.2019).

SONUÇ

Hasılat esaslı vergilendirme usulü birtakım eksiklikleri giderebilmek adına geçtiğimiz yıl gündeme gelmiş ve oldukça tartışılmaya devam eden konulardan biridir. Vergi sisteminde yer alan herhangi bir vergi türünde değişiklik yapılmaya karar verildiği durumda, bunun çok iyi bir şekilde analiz edilmesi gerekmektedir. Çünkü, yapılacak değişiklik karşısında gerek idare gerekse de mükellefler adına ciddi sonuçlar doğacaktır. İstenmeyen olumsuz sonuçların etkisi neticesinde vergiye olan gönüllü uyum zedelenebilecektir. Bu takvim yılı içerisinde bazı detayları belli olan hasılat esaslı vergilendirme usulünden şimdilik toplu taşıma işi yapanların faydalanabilmesi mümkün kılınmıştır. Sadece bu faaliyet ile işgal eden ve elektronik ücret toplama sistemi ile tahsil yapan ve belediyeler tarafından ruhsatlandırılan, sürücü dahil en az on sekiz kişilik otobüsle il sınırlarında hizmet verilmesi durumunda mümkün olmaktadır. İhtiyari olan bu uygulama ile daha çok işletme hesabı esasına göre defter tutan küçük işletmeler ile serbest meslek erbabının vergiye gönüllü uyumunun sağlanmasının hedeflendiği görülmektedir.

Sabit bir oranın uygulanması suretiyle hesaplanan KDV'de yeni sistem ile mükellefler açısından hem avantajlı hem de dezavantajlı durumlar ortaya çıkabilmektedir. Küçük işletmeler adına kolaylık sağlayabilecek bu usul ile KDV'nin temel işleviş mantığına aykırılık arz eden yapı nedeniyle otokontrol mekanizması zarar görebilecektir. Mükellefler açısından belge almanın sağladığı avantaj ortadan kalkacak ve kayıt dışılık hususunda bir artış olabilecektir.

Hasılat esaslı vergilendirme sisteminde, vergiye tabi işlemlerin karşılığını teşkil eden KDV dahil bedel üzerinden KDV Kanunu'nun 28. maddesi uyarınca belirlenen en yüksek (%18) oranı geçmemek üzere, Cumhurbaşkanı tarafından ilgili sektör ve meslek grubu için belirlenen orana göre mükelleflerin beyan edip ödeyecekleri KDV tutarı değişecektir. Burada belirlenecek oran büyük önem arz etmektedir. Şimdiye kadar belirlenen sektör ve oran haricinde belirlenecek kritik sektörler ve oran oldukça önemlidir. Mükellefler açısından avantaj sağlanmadığı taktirde bu usule doğru bir yönelim söz konusu olmayacaktır. Ancak doğru karar verip bu usule geçen mükellefler ise, daha az vergi ödeyeceğinden vergi kayıp ve kaçığı olgusunun minimuma indirilebilmesi konusunda da fayda sağlanabilecektir.

Hasılat esaslı vergilendirmeyi seçen mükellefler için, hesapladıkları KDV düşük olabileceken, gelir vergisi yüksek çıkabilecektir. Bu sebeple mükellefler diğer sisteme kıyasla yeni usulde daha yüksek bir vergiyle karşı karşıya kalabilecektir. Ayrıca, bölgelere göre aynı hizmet sektöründe faaliyet gösteren mükelleflerin hasılat tutarları farklılık gösterebilecektir. Ancak her ne olursa olsun mükelleflerin bu yöntemi seçme zorunluluğu bulunmamaktadır. Bir diğer dezavantaj olarak sayılabilecek husus ise, mükelleflerin kendileri adına seçtikleri sistemin olumsuz olduğunu anlaması halinde de

2 yıl boyunca sistemde kalmaya mecbur olma durumlarının devam etmesi söylenebilir. Mükellefler zaten, doğası gereği sistemin kendilerine vergisel avantaj sağladığını görmeleri halinde bu usule devam edeceklerdir. Sistem konusunda dile getirilen eksikliklerin idare tarafından bir kez daha gözden geçirilmesinde fayda olduğu kanaatindeyiz. Çünkü bu dile getirilen eksiklikler geri dönüşü büyük olumsuz neticeler doğurabilecek hususları içerisinde barındırmaktadır. Sistem bir kez daha analiz edilirse ve bazı belirsiz olan sektörler ve oranlar konusundaki muğlaklık netleşirse daha sorunsuz bir KDV yapısı mümkün olabilecektir. Bu saydığımız hususlar hem idare hem de mükellef lehine olan konuları içermektedir.

KAYNAKLAR

- AKDOĞAN Abdurrahman, *Vergi Hukuku ve Türk Vergi Sistemi*, Gazi Kitabevi, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 13. Baskı, Ankara, Kasım, 2017.
- AYKIN Hasan, “KDV’de Hasılat Esaslı Vergileme Usulü (Rejimi) Nedir?”, <https://vergi-dosyasi.com/2019/02/07/kdvde-hasilat-esasli-vergileme-usulu-rejimi-nedir/>, (E. t. 18.04.2019).
- AYTAÇ Muzaffer, “Vergiye Gönüllü Uyumun Sağlanması Bakımından Hasılat Esaslı Vergilendirme Usulü”, *E-Yaklaşım Dergisi*, S. 309, Eylül, 2018, <https://uye.yaklasim.com/MagazineContent.aspx?ID=31446>, (E. t. 31.05.2019).
- BİLGİN Hüseyin, “KDV’de Yeni Bir Vergilendirme Usulü: Hasılat Esaslı Vergileme”, <https://www.verginame.com/genel/kdvde-yeni-bir-vergilendirme-usulu-hasilat-esasli-vergileme.html>, (E. t. 15.06.2019).
- BİYAN Özgür, “KDV’de Hasılat Esaslı Vergilendirme Dönemi”, <http://www.ozgurbiyan.com/2018/05/kdvde-hasilat-esasli-vergilendirme-donemi/>, (E. t. 22.06.2019).
- DEĞİRMENDERELİ Ali/AĞAYA Serap, “Türkiye İçin KDV ve Gelir Vergisinin İlişkilendirilmesi Denemesi: Hasılat Esaslı KDV Sistemi”, *Vergi Dünyası Dergisi*, S. 455, Temmuz, 2019, ss. 13-23.
- EDİZDOĞAN Nihat/ÇETİNKAYA Özhan/GÜMÜŞ Erhan, *Kamu Maliyesi*, Ekin Yayınevi, 8. Baskı, Bursa, Ağustos, 2017.
- ERDEM Metin/ŞENYÜZ Doğan/TATLIOĞLU İsmail, *Kamu Maliyesi*, Ekin Yayınevi, Güncellenmiş 14. Baskı, Bursa, Eylül, 2017.
- GÖKÇE Öznur, “7104 Sayılı Kanun Kapsamında 3065 Sayılı Katma Değer Vergisi Kanunu’nda Yapılan Değişiklikler”, *Vergi Dünyası Dergisi*, S. 441, Mayıs, 2018, ss. 94-102.
- GÖKTAŞ Kazım, “Hasılat Esaslı Vergilendirme ve Sektör Belirlemesindeki İlk Uygulama”, *Vergi Raporu Dergisi*, S. 235, Nisan, 2019, ss. 134-139.
- GÜNDÜZ Fatih, “Toplu Taşıma Faaliyetlerinde Hasılat Esaslı Vergilendirmenin Esasları”, *Yaklaşım Dergisi*, S. 318, Haziran, 2019, <https://uye.yaklasim.com/MagazineContent.aspx?ID=33143>, (E. t. 31.05.2019).
- KARATAŞ Cenk, “KDV’de Hasılat Esaslı Vergilendirme Sistemine Eleştirel Bir Bakış”, *Vergi Sorunları Dergisi*, S. 364, Ocak, 2019, ss. 87-92.
- KARATAŞ Cenk, “Şehir İçi Yolcu Taşımacılığında Yeni Dönem: Hasılat Esaslı Vergilendirme Usulü”, *Vergi Sorunları Dergisi*, S. 367, Nisan, 2019, ss. 83-91.

- ÖNCEL Mualla/KUMRULU Ahmet/ÇAĞAN Nami, *Vergi Hukuku*, Turhan Kitabevi, Gözden Geçirilmiş, Değişiklikler İşlenmiş 26. Bası, Ankara, Eylül, 2017.
- ÖZ Ferit, “Hasılat Esaslı KDV Sistemi Neler Getiriyor?”, <https://vergialgi.net/vergi/hasilat-esasli-kdv-sistemi-neler-getiriyor>, (E. t. 30.05.2019).
- SARAÇOĞLU Fatih, “KDV’de Hasılat Esaslı Vergilendirme”, *Vergi Dünyası Dergisi*, S. 454, Haziran, 2019, ss. 40-50.
- ŞEN Hüseyin/SAĞBAŞ İsa, *Vergi Teorisi ve Politikası*, Kalkan Offset, Ankara, Eylül, 2015.
- TBMM, Yasama Dönemi: 26, Yasama Yılı: 3, Sıra Sayısı: 535, KDV Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı ile Plan ve Bütçe Komisyonu Raporu, <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem26/yil01/ss535.pdf>, (E. t. 30.07.2019).
- TOSUNER Mehmet/ARIKAN Zeynep, *Türk Vergi Sistemi*, Kanyılmaz Matbaası, Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 24. Bası, İzmir, Şubat, 2019.
- VEZİROĞLU Şakir, “KDV’de Hasılat Esaslı Vergileme Sisteminin, 1926 Yılı Değişikliği Işığında Değerlendirilmesi”, *Vergi Raporu Dergisi*, S. 227, Ağustos, 2018, ss. 9-15.
- YILMAZ Hacer, “Dünya Genelinde Katma Değer Vergisinin Popüler Hale Gelmesi, Uygulanan KDV Oranları ve Son Süreçte Katma Değer Vergisine Geçen Ülkeler”, *Vergi Dünyası Dergisi*, S. 440, Nisan, 2018, ss. 136-143.
- YÜCEDOĞRU Recep/ÖREN Gülcan, “Katma Değer Vergisi’nde Vergi Uyumu ve Dünyada KDV Uyumunu Arttırmaya Yönelik Uygulamalar: Sistematik Bir Literatür Analizi”, *Uluslararası Yönetim İktisat ve İşletme Dergisi*, ICMEB17, Özel S., ss. 939-961.
- <https://www.gov.uk/vat-flat-rate-scheme/how-much-you-pay>, (E. t. 21.06.2019).
- <http://cozumtr.com/cozumlerimiz/elektronik-ucret-toplama-sistemi-kontrol-ve-denetleme-yazilimi>, (E. t. 30.07.2019).

İDARE HUKUKU BOYUTUYLA İYİ YÖNETİŞİM İLKESİ: İYİ İDARE*

Principle of Good Governance in Terms of Administrative Law: Good Administration

Dr. Öğr. Üyesi Selman Sacit BOZ**

Av. Cihat YURDAER***

Hâkim Dr. Yunus ERASLAN****

ÖZ

Bu çalışmada, temelde kamu yönetimi teorisine ilişkin olan iyi yönetim ilkesinin idare hukukundaki yansımaları incelenmiştir. İyi yönetim kavramının idare hukuku boyutuyla karşılığı, iyi idaredir. Avrupa Birliği Hukuku çerçevesinde iyi idare ise; açıklığın, katılımcılığın, etkinlik ve tutarlılığının tesis edildiği, tasarrufları ile ilgili olarak kendisinden hesap sorulabilen idaredir.

İyi idarenin unsurları, Kamu Yönetimi Temel Kanunu Tasarısı olarak gündeme gelen ancak kanunlaşamayan düzenlemeden faydalanılarak açıklanmaya çalışılmıştır. Böylece söz konusu kavramlara, kanun koyucunun nasıl bir anlam yüklediği/yükleyeceği ortaya konulmaya çalışılmıştır.

Çalışma kapsamında ulaştığımız sonuçlara göre; "hukuka uygun davranan", "ayrımcılık yapmayan", "usuli güvencelere uyan", "şeffaf, katılımcı, hesap veren, etkin, tutarlı olan" ve "nezaket, ahlak, dürüstlük, titizlik gibi etik ilkelere riayet eden" idare, iyi idaredir.

ANAHTAR KELİMELEER: İyi Yönetişim, İyi İdare, Hukuk Devleti, İyi Yönetim Beyaz Kitabı, Kamu Yönetimi Temel Kanunu Tasarısı.

ABSTRACT

In this study, the reflections of the principle of good governance, which is mainly related to the public administration theory, in administrative law has been examined. The concept of good governance with respect to administrative law is good administration. In the framework of European Union Law, good administration is the administration in which openness, participation, efficiency and consistency are established and can be held accountable for its dispositions.

The elements of good administration have been tried to be explained by making use of the regulation that came into the agenda as the Draft Law on Public Administration, which however was not adopted. Thus, it has been tried to put forward which meanings the legislator imposes / will impose on these concepts.

According to the conclusions of the study, the administration which "acts in accordance with the law", "does not discriminate", "complies with procedural safeguards", "is transparent, participatory, accountable, effective, consistent" and "respects ethical principles such as courtesy, morality, honesty and diligence", is a good administration.

KEY WORDS: Good Governance, Good Administration, Rule of Law, White Book of Good Governance, Draft Law on Public Administration.

* Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 09.12.2019

Kabul Edildiği Tarih: 13.12.2019

DOI Numarası: [10.15337/suhfd.657093](https://doi.org/10.15337/suhfd.657093)

** Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi

E-mail Adresi: selmansacitboz@gmail.com ORCID ID: [0000-0002-3033-0997](https://orcid.org/0000-0002-3033-0997)

*** Eskişehir Barosu

E-mail Adresi: av.cihadyurdaer@gmail.com ORCID ID: [0000-0002-1739-8612](https://orcid.org/0000-0002-1739-8612)

**** Konya Bölge İdare Mahkemesi

E-mail Adresi: yunus.eraslan@adalet.gov.tr ORCID ID: [0000-0002-9660-5519](https://orcid.org/0000-0002-9660-5519)

İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER	498
GİRİŞ	499
I. İYİ YÖNETİŞİM KAVRAMI, KAVRAMIN TARİHSEL GELİŞİMİ VE AVRUPA BİRLİĞİ DÜZENLEMELERİ	499
A. Kavramsal Bakış	499
1. Kavramın Tarihsel Gelişimi	500
2. Tanım: İdare (Yönetim) Kavramından Yönetişim Kavramına Geçiş	501
B. Avrupa Birliği Hukuku Kapsamında İyi Yönetişim	504
1. İyi Yönetim Beyaz Kitabı (Avrupa Yönetişimi Hakkında Beyaz Kitap)	505
2. Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı (ABTHŞ) ve İyi Yönetişim	506
3. Avrupa Doğru İdari Davranış Yasası	507
II. İYİ YÖNETİŞİM İLKESİNİN UNSURLARI VE TÜRK İDARESİNDEKİ YERİ	509
A. İyi Yönetişim İlkesinin Unsurları	509
1. Açıklık (Şeffaflık)	510
2. Katılımcılık	513
3. Hesap Verebilirlik	516
4. Etkinlik	517
5. Tutarlılık	519
B. Türk İdaresindeki İyi Yönetişim İlkesinin Görünümü	519
1. Hukuka Uygun Davranan İdare, İyi İdaredir.	519
2. Ayrımcılık Yapmayan ve Eşit Davranan İdare, İyi İdaredir.	520
3. Usuli Güvencelere Uyan İdare, İyi İdaredir.	521
4. Şeffaf, Katılımcı, Hesap Veren, Etkin ve Tutarlı İdare, İyi İdaredir.	522
5. Nezaket, Saygınlık, Güven, Ahlak, Dürüstlük, Tizlik Gibi Etik İlkelere Riayet Eden İdare, İyi İdaredir.	526
SONUÇ	528
KAYNAKLAR	530

GİRİŞ

Tarihin en eski çağlarından günümüze kadar değişmekte ve gelişmekte olan her şey gibi, idare (yönetim) kavramı da her dönem farklı şekillerde tanımlanmakta ve kavramsal içeriği doldurulmaya çalışılmaktadır.

Modern toplum yapısında, temel hak ve hürriyetlerin anayasal güvenceye sahip olması ve bu güvence kapsamında yapılan düzenlemeler temelinde hükmetme anlayışı, tek başına yeterli olmamaktadır. Günümüzde bireylerin devlete olan güvenlerini artırmak son derece hayati bir öneme sahiptir. Bireylerin devlet yönetimine olan güvenin artması, birey ile devlet arasındaki mesafenin yakınlaştırılmasına ve yönetim faaliyetine birey katılımının sağlanmasına bağlıdır. Bireylerin yönetime katılmaları ise, temsili demokrasinin üstünde etkili bir söz hakkının tanınmasına mümkündür.

Buyurgan modelli klasik yönetim anlayışından vatandaş odaklı yeni bir yönetim anlayışına geçiş, idare kavramının muhtevasında değişikliğe sebep olmaktadır. İdare kavramı günümüzde salt bir yönetimden ziyade kaliteli, verimli, katılımcı, sorgulanabilir bir yönetimi içerecek biçimde genişlemiştir. Bu açıdan iyi idare/yönetim/yönetişim kavramı ortaya çıkmıştır.

I. İYİ YÖNETİŞİM KAVRAMI, KAVRAMIN TARİHSEL GELİŞİMİ VE AVRUPA BİRLİĞİ DÜZENLEMELERİ

A. Kavramsal Bakış

Çeşitli sözlük anlamları bulunan idare kavramı¹ hukuki açıdan bazı kıstaslar kullanılarak açıklanmaktadır². İdare ve yönetim eş anlamlı kavramlardır. Yönetim kavramı genellikle kamu yönetimi alanında tercih edilmektedir. Ancak hukuk alanında da idare kavramı yerine yönetim kavramının kullanımına rastlamak mümkündür³. Literatürde

¹ Türk Dil Kurumu sözlüğüne göre idare kavramının "Yönetme, yönetim, çekip çevirme", "Ülke işlerinin yürütülmesi, kamuya ilişkin hizmetlerin bütünü", "Bir kurum veya kuruluşun yönetildiği yer veya makam" vb. anlamları bulunmaktadır, www.tdk.gov.tr.

² İdare kavramının bir faaliyetin yapıldığı yer, işin görüldüğü devlet dairesi, makam, mercii, kurum ve kuruluşu anlatmak amacıyla kullanıldığı durumlar için "organik (yapısal) anlamda idare" terimi kullanılır, **AKYILMAZ, Bahtiyar - SEZGİNER, Murat- KAYA, Cemil**, Türk İdare Hukuku, Yenilenmiş 10. Baskı, Ankara, 2019, s. 8; **YILDIRIM, Ramazan - ÇINARLI, Serkan**, Türk İdare Hukuku Dersleri, C. 1, Ankara, 2018, s. 28-29; İdare kavramının bir idari faaliyeti anlatmak amacıyla kullanıldığı durumlar için "fonksiyonel (işlevsel) anlamda idare" terimi kullanılır, **GÖZLER, Kemal - KAPLAN, Gürsel**, İdare Hukuku Dersleri, Güncellenmiş 20. Baskı, Bursa, 2019, s. 9-10; **YILDIRIM - ÇINARLI**, s. 30-31.

³ **GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref**, Yönetim Hukuku, 33. Bası, Ankara, 2015; **ÖZAY, İlhan**, Günışığında Yönetim, 3. Baskı, İstanbul, 2017.

uzun süredir "idare/yönetim" kavramlarına ek olarak "yönetişim" kavramının kullanıldığı gözlemlenmektedir. Özellikle kamu yönetimi alanında kullanılan yönetim kavramının Türk idare hukuku açısından da etkilerinin incelenmesi gerekir.

1. Kavramın Tarihsel Gelişimi

İyi bir yönetim arayışı çok eski dönemlere uzanmaktadır. İnsan topluluğunun olduğu her yerde mutlaka yöneticiler dolayısıyla bir yönetim olmuştur. İyi bir yönetimin nasıl olması gerektiğini Sokrates ve öğrencisi Eflatun incelemeye başlamış ve bu araştırma günümüze kadar süregelmiştir⁴.

M.Ö. 594 yılında yapılan Solon reformları ve M.Ö. 508-507 yıllarında yürürlüğe giren Cleisthenes reformları, Atina'da demokrasinin hâkim kılınmasında ve iyi yönetime dair bazı normların gelişip yerleşmesinde önemli bir yere sahiptir. Eşit vatandaşlık temelinde siyasi kurumlara katılma hakkının benimsenmesi, hukukun üstünlüğüne olan inanç, kamusal hayatta ilerlemenin liyakat esasına dayalı olması, hizmet kabiliyeti bulunan bireylerin ekonomik ya da sosyal durumuna bakılmaksızın başarılı olabilmesi Atina'daki iyi yönetim uygulamalarına örnek teşkil etmektedir⁵.

İyi yönetim kavramı, siyasi açıdan 1980'lerin sonlarına doğru ortaya çıkan ve esasen Sosyalizm'in bir devlet örgütlenmesi olarak dünya siyasetinden uzaklaşmasıyla üzerlerinden güvenlik baskısı gittikçe azalan Kapitalist devletlerin, bu açığı kendi milletlerinin toplumsal özgürlüğünü çoğaltmak amacıyla efektif olarak kullanmaları sonucunda ortaya çıkmıştır. 1970'lerdeki petrol krizinin sonrasında patlak veren durumun, devlet bütçelerinde hatırı sayılır açıkların ortaya çıkmasına ve klasik refah devleti anlayışının devamının imkânsızlaşmasına sebep olduğu fikri ise bu terimin ortaya çıkışındaki ekonomik nedendir⁶.

Toplumun parçasını oluşturan bireylerin, devlet karşısında korunması, çağımızın birçok devletinde benimsenir hale gelmiştir. Bu anlayışın getirdiği fikir, bireyler kabul etmese de kendilerinin zararına olacak olsa da dilediğini icra eden, toplumun iyiliğini toplumdaki daha iyi düşünen "devlet baba" anlayışının ortadan kalkmış olmaya başlaması düşüncesidir⁷.

⁴ **AKTAN, Coşkun Can**, "İdeal Devlet ve İyi Yönetim: Temel İlkeler, Kurallar ve Kurumlar", Hukuk ve İktisat Araştırmaları Dergisi, S. 1, C. 7, 2015, s. 51.

⁵ **KARAKUL, Selman**, "Hukuki ve İdari Denetim Ölçütü Olarak İyi Yönetim İlkeleri", Ombudsman Akademik Dergisi, S. 3, Temmuz-Aralık 2015, s. 64-65.

⁶ **İYİMAYA, Ahmet**, "Ortak Değer Olarak İyi Yönetim Yaklaşımı (Kavram, İlkeler ve KEİ Ülkeleri Açısından Bir Değerlendirme)", Ankara Barosu Dergisi, S. 1, 2005, s. 76.

⁷ **AKYILMAZ, Bahtiyar**, "İyi Yönetim ve Avrupa İyi Yönetim Yasası/Good Administration and Code of Good Administrative Behaviour", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. VII, Y. 2003, S. 1-2, Haziran-Aralık 2003, s. 144.

Yönetişim kavramı ilk defa 1989 yılında Dünya Bankası tarafından yayımlanan Afrika Sürdürülebilir Büyüme Raporunda kullanılmıştır. Raporda; özel sektör ve piyasa mekanizmaların önemli olduğu ancak iyi yönetişimin, verimli bir kamu hizmeti, güvenilir bir yargı sistemi ve kamuya karşı sorumlu bir idare ile birlikte bulunması gerektiği ifade edilmiştir. Ayrıca raporda; "Kalkınma için Yönetişim [*Governance for Development*]" başlığı altında yönetişim ile kastedilenin, politik gücün bir ulusun işlerine tatbik edilmesi fikri olduğu belirtilmiştir. Nitekim devlet yetkililerinin hesap verme korkusu olmadığı sürece kendi çıkarlarına hizmet edeceği belirtilmiştir⁸. Diğer taraftan yönetişim kavramıyla yeni bir devlet modeli kastedilmektedir. Bu modelde, devletin rolü "kürek çekmek değil, dümen tutmak" olduğu ifade edilmektedir. Yönetişimde devletin yeni vizyonu "üreten değil, üretimi düzenleyen ve denetleyen" bir regülatif devlet olmaktadır⁹.

2. Tanım: İdare (Yönetim) Kavramından Yönetişim Kavramına Geçiş

Yönetişim kavramı esasında yeni türeyen bir kavram değildir. Nitekim "yönetişim [*governance*]" kelimesinin tarihsel kökeni Antik Yunan'a kadar uzanmaktadır. Yönetişim kavramının "yönlendirmek [*steer*]", "rehberlik etmek [*guide*]" veya "hükmetmek/yönetmek [*govern*]" anlamlarına gelen Yunanca "kybernan", kural koymak ve yönetmek anlamındaki Latince "gubernare" sözcüklerinden türediği ifade edilmektedir¹⁰.

Yönetim kavramına isteşlik (karşılıklık) ekinin ilave edilmesiyle ortaya çıkan yönetişim kavramı, yönetim kavramının ifade ettiği gibi bir kişi veya grubun tek taraflı olarak idare etme biçimini değil, mevcut diğer aktörlerin de yönetme eylemine iştirak ederek, idare etme eyleminin bir parçası olmalarını ifade etmek üzere kullanılmaktadır¹¹. Başka bir ifadeyle yönetişim kavramı, tek taraflı karar alan ve uygulayan bir idare

⁸ **WORLD BANK**, Sub-Saharan Africa: From Crisis to Sustainable Growth, Washington DC, A Long-Term Perspective Study, 1989, s. xii, 60.

⁹ **TAN, Turgut**, Ekonomik Kamu Hukuku Dersleri, 2. Bası, Ankara, 2015, s. 7.

¹⁰ Kelimenin belki de daha yüksek bir ahlaki sosyal düzenin inşasını belirlemek üzere yapılması gereken yönetime dair bir görüş olan Arapça "al-hakimiya" anlamına geldiği ya da eski Fransızca "governer" kelimesinden türediği de ifade edilmektedir, **IQBAL, Zafar-LEWIS, Mervyn K.**, An Islamic Perspective on Governance, United Kingdom, 2009, s. 1-2; İyi yönetişim global idare hukuku sisteminin dört temel ayağından biri olarak gösterilmektedir, **GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref - TAN, Turgut**, İdare Hukuku Cilt 1 Genel Esaslar, Ankara, 2011, s. 10-11.

¹¹ **OKÇU, Murat**, "Değişen Dünyayı Anlamak İçin Önemli Bir Kavram: Yönetişim", in Yönetişim ve Yönetim Ekseninde Kamu Yönetimi, Ankara Kasım-Aralık 2011, s. 45; İyi yönetişim kavramının Türkçe'ye ilk kez Birleşmiş Milletler tarafından İstanbul'da düzenlenen Habitat toplantılarında girdiği ve kavramın "yönetim" ve "iletişim" kelimelerinin (yönet+işim) birleştirilmesinden türettiği ifade edilmektedir, **GÜLER, Birgül Ayman**, Türkiye'nin Yönetimi, Yapı, Ankara, 2013, s. 314; Yönetim kavramından farklı olarak etkileşim ve iletişim kavramlarını içeren yönetişim birlikte yönetme anlamını ihtiva eder, **SANCAKDAR, Oğuz - US, Eser - KASAPOĞLU TURHAN, Mine -**

etme biçiminden ziyade idare edilenlerin de yönetime katıldıkları bu açıdan yöneten ve yönetilenlerin birlikte karar aldıkları bir yönetim sistemini anlatmaktadır.

Diğer taraftan "yönetişim" kavramı, genelde tek başına kullanılan bir kavram olmayıp başına "iyi" kelimesini alarak kullanılan bir kalıba ve özel bir anlama sahiptir.

Birleşmiş Milletler Kalkınma Programı'nda iyi yönetişim, "*Bir ülkedeki ekonomik, siyasal ve idarî otoritenin her düzeydeki işlemleri yürütmesi anlamına gelmektedir. İyi yönetişim, vatandaşların ve toplumsal grupların kendi çıkarlarını korumak ve yasal haklarını kullanmak için gerekli mekanizmalara ve kurumlara sahip olmalarını gerektirir*" şeklinde tanımlanmıştır¹². İyi yönetişim kavramını en çok kullanan kurumlardan biri olan Dünya Bankası'nın tanımı ise şöyledir: "*İyi yönetişim, açık ve öngörülebilir bir karar alma sürecinin; profesyonel bir bürokratik yönetimin; eylem ve işlemlerinden sorumlu bir hükümetin; ve kamusal sürece aktif bir şekilde katılımında bulunan sivil toplum ve hukukun üstünlüğünün geçerli olduğu bir düzeni ifade eder*"¹³. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine göre, "*İyi yönetişim ilkesi, kamu yararı kapsamında bir konu söz konusu olduğunda, kamu otoritelerinin, uygun zamanda, uygun yöntemle ve her şeyden önce tutarlı olarak hareket etmelerini gerektirir*"¹⁴.

Buna karşılık literatürde "iyi yönetim" kavramı da bulunmaktadır. İyi yönetim "*bireyin, insan onuruna yakışır bir muameleye tâbi tutulduğu, makul ve haklı her türlü beklentisinin gerçekleştiği, her zaman yanında hissettiği, kendisine güven duyduğu şeffaf bir yönetimdir*" şeklinde tanımlanmaktadır¹⁵.

ÖNÜT, Lale Burcu - SEYHAN, Serkan, İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 7. Baskı, Ankara, 2018, s. 94.

¹² **HOLMES, M., - KNOCK, S., - MONNING, N., - MESSICK, R., - RINNE, J.**, "Governance and Poverty Reduction", in United Nations Development Programme, Poverty Sourcebook, S. 12, 2000, akt. **AKTAN, Coşkun Can**, "İdeal Devlet ve İyi Yönetim: Temel İlkeler, Kurallar ve Kurumlar", Hukuk ve İktisat Araştırmaları Dergisi, C. 7, S. 1, 2015, s. 55.

¹³ İyi yönetim kavramı 1990'lı yılların başından itibaren Dünya Bankası, Uluslararası Para Fonu (IMF), OECD gibi uluslararası kuruluşlar tarafından sıklıkla kullanılmaktadır. IMF, Dünya Bankası ve OECD'nin yönetişim yaklaşımına dair daha fazla bilgi için bkz. <http://dergipark.gov.tr/uploads/articlefiles/7353/96e6/f6e0/5a43806fe3d67.pdf>.

¹⁴ "78. Also, the principle of "good governance" requires that where an issue in the general interest is at stake it is incumbent on the public authorities to act in good time, in an appropriate manner and with the utmost consistency", Case of Krstić V. Serbia, hudoc.echr.coe.int.

¹⁵ **AKYILMAZ**, s. 144; Sorgulanabilir, katılımcı, sorumlu, eşitlikçi anlayışa ve insan hakları ile hukukun üstünlüğü ilkelerine dayanan iyi yönetim kavramı ayrıca bağımsız bir yargı sisteminin olmazsa olmaz unsuru olarak görülmektedir, **TAKÇI, Ahmet - TAKÇI, Tuğçe**, "Avrupa Birliği Hukukunda İyi Yönetim Hakkı ve Belgelere Erişim Hakkı", Adalet Dergisi, S. 42, 2012, s. 50.

"İyi yönetim (idare)" ile "iyi yönetim" kavramları ile kastedilen birbirinden farklı mıdır? Yönetişim teriminin sözlük anlamı ve kullanımı, kendisinin anlamını iktidar veya idareyle aynı gibi gösterse de, yönetime ilişkin çalışmalar ile bu terimin anlam ve kullanımı değişik yöne evrilmiştir. Yönetişim, yönetimin manasında bir varyasyonu ve gelişimi, daha önce var olmayan bir yönetim aşamasını, norm belirlemenin farklılaşan koşulunu veya bireylerin yönetildiği değişik bir yönetime dikkat çekmektedir. Yönetişim ile yönetimin kavramları arasındaki fark sonuçları bakımından değil, yöntem ve usûl açısından ortaya çıkmaktadır. Esasen yönetim, iktidarın emretme ve müeyyide araçlarına dayanmayan idari sistemlere odaklanmış olması halidir. Bu terim, dışarıdan dayatılarak değil, birden fazla idarecinin yekdiğeriyle etkileşimi ve birbirini manipüle etmesi neticesinde bir rejim oluşturulmasına dikkat çekmektedir. Yönetişimin önemi, örgütlenme çerçevesinde kendini göstermektedir¹⁶.

Yönetimin yönetime dönüşmesi, emir komuta halindeki bir devlet biçiminden, olumlu ve yapıcı olan devlet şekline doğru gerçekleşen bir dönüşümdür. Az önce de bahsettiğimiz gibi yönetim kavramı, toplumu yönetme biçimindeki değişmeyi ifade etmektedir. Jan Kooiman'a göre yönetim özetle; birbirleriyle etkileşim halinde olan bütün aktörlerin etki etme sürecinde sarf ettikleri çabaların ortak bir neticesi olarak sosyo-politik rejimlerde meydana gelen bir yapıdır. Bu düzen ortak bir emeğin sonucu olduğundan herhangi bir kişi ya da topluluğa bahsedilemez¹⁷.

Gerry Stoker ise, yönetişimin beş önemli özelliğine dikkat çekmektedir¹⁸:

- Yönetişim, yönetim teriminin kökeninden oluşan fakat ondan farklı olarak birtakım kurumlarla ilişkilidir. Yönetişimin kompleks hüküm verme süreciyle, iktidarı aydınlatıp haklı kılmak için kullanılan normatif kurallar birbirinden ayrılmaktadır.
- Yönetişim, sosyal ve ekonomik problemler çözmek için, meçhul olan sınır ve yükümlülükleri belirler. Sorumlulukların gayrimüayyen olması, suçsuzluğuna işaret etmeye neden olabilir.
- Yönetişim, toplu şekilde karar alma sürecinde olan birimler arasındaki bağlantılarda var olan gücün tabiiyetini ortaya koyar.

¹⁶ KARAKUL, s. 75-76.

¹⁷ JORDAN, Andrew, "The European Union: An Evolving System of Multi-Level Governance ... or Government?", Policy and Politics, Vol. 29, No. 2, 2001, s. 199'dan akt. KESİM, H. Kutay - PETEK, Ali, "Avrupa Komisyonu'nca Belirlenen İyi Yönetişimin İlkeleri Çerçevesinde Türk Kamu Yönetimi Reformunun Bir Eleştirisi", Amme İdaresi Dergisi, C. 38, S. 4, Aralık 2005, s. 41.

¹⁸ STOKER, Gerry, "Governance as Theory: Five Propositions", International Social Science Journal, C. 50, S. 155, 1998, s. 18-19'dan akt. KARAKUL, s. 76; KESİM - PETEK, s. 41.

- Yönetişim, kendi kendini yöneten özerk aktörlerin ağıyla ilişkilidir. Bu aktörlerin bağlantılarının gün yüzüne çıkması, yükümlülük alanında birtakım sorunlar meydana getirir.
- Yönetişim, iktidarın yetkin olmadığı alanlarda yetkilidir. Hükümetin yönetim için farklı yollar kullanmaya yetkili olduğunu kabul eder. Hükümetler toplu alınan kararların manipüle edilmesi konusunda esnek bir yol izlese de, yönetim bu aşamada başarılı olmayabilir.

Kanımızca iyi yönetim/idare ile iyi yönetim kavramları aynı özü içeren farklı alanlara ait kullanım tercihleridir. Hukuk alanında yapılan çalışmalarda yönetim (idare) kavramının, diğer alanlarda yapılan çalışmalarda ise yönetim kavramının kullanıldığı ifade edilebilir. Ayrıca kavram tanımları arasında bulunan küçük farklılıkların, çalışma yapılan alanların çeşitliliği ve bu alanlardaki çözüm aranan sorunsalın farklılığı olduğunu belirtebiliriz. Diğer taraftan iyi yönetim kavramı, <kârlılık esasının benimsendiği> "yönetim [*management*]" kavramından türetilmişken, makale kapsamında kullanılan iyi idare ile <etkinliği esas alan> "idare [*administration*]" kavramından türemektedir.

B. Avrupa Birliği Hukuku Kapsamında İyi Yönetişim

İyi yönetim hakkına ilişkin olarak, Roma Antlaşması'nın 253 ve 255. maddelerinde ve Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı (ABTHŞ)'nin 41. maddesinde düzenlemeler bulunmaktadır¹⁹. Bu düzenlemeler ile Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin 77/31 sayılı tavsiye kararı²⁰ Birliğin temel ilkeleri haline gelmiştir. Bu ilkeler aynı zamanda

¹⁹ Temel Haklar Şartını hazırlamak için 2000 yılında toplanan konvansiyona gözlemci olarak katılan Avrupa Ombudsmanının teklifi üzerine "İyi Yönetim Hakkı" 41. maddeye konulmuştur, **DIAMAN-DOUROS, P. Nikiforos**, "Reflections on the Future Role of the Ombudsman in a Changing Europe", The European Ombudsman Origins, Establishment, Evolution, Office for Official Publications of the European Communities, Luxembourg, 2005, s. 227'den akt. **EFE, Haydar**, "Avrupa Ombudsmanı'nın AB İçinde İyi Yönetim, Hukukun Üstünlüğü ve İnsan Haklarını Koruyucu Rolü", Avrupa Çalışmaları Dergisi, C. 19, No. 2, 2011, s. 17; Birleşmiş Milletler Kalkınma Programı sonucunda "İyi İdare Prensipleri" belirlenmiştir. Bu çerçevede "*Katılımcı ve uzlaşma eksenli yaklaşım, stratejik bakış açısı, etkin ve verimli idare, hesap verebilirlik ile eşit ve tarafsız hizmet sunma*" iyi idare prensipleridir, **KESKİN, Bayram -YEŞİL, Yaprak**, "İdare Hukukunda "İyi İdare" İlkelerinin Kapsamı ve Kamu Denetçiliği Kurumu (Ombudsmanlık)'nin Kararlarına Etkisi", Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 8, S. 2, Aralık 2018, s. 42.

²⁰ Tavsiye karar çevirisi için bkz. **AKYILMAZ, Bahtiyar**, "İyi Yönetim ve Avrupa İyi Yönetim Yasası/Good Administration and Code of Good Administrative Behaviour", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. VII, Y. 2003, S. 1-2, Haziran-Aralık 2003, s. 143-158; **KARAHANOGULLARI, Onur**, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin İyi İdare Konusunda Üye Devletlere CM/Rec (2007) 7 Sayılı Tavsiye Kararı, (İngilizce'den çeviri), Danıştay Dergisi, S. 116, 2007.

idare açısından iyi yönetme yükümlülüğü, bireyler için ise iyi yönetimi talep etme hakkını ihtiva etmektedir²¹. Günümüzde bireylerin devlete karşı sahip olduğu bir hak olan iyi yönetim, idarenin kamu gücünü, bireylerin hak ve özgürlüklerini kısıtlayıp ihlal etmeden, adil ve objektif bir biçimde kullanmasını isteme hakkıdır²². Bu hak, kamu gücü kullanıp kararlar alınırken bireylerin de bu süreçlere dâhil olabilmesi için nelerin yapılması gerektiğini düşünen, duyarlı ve sorumlu bir güç kullanımını ifade etmektedir²³.

10-11 Aralık 2000 Helsinki Zirvesi'nde, Türkiye'nin adaylık pozisyonunu kabul eden Avrupa Birliği'nde (AB) iyi yönetim alanında yürütülen faaliyetler AB'nin büyüme esaslarından birini oluşturmaktadır. AB'nin beş yıllık stratejik amaçlarını tayin eden Stratejik Hedefler 2000-2005, "Yeni Avrupa'yı Şekillendirirken" başlıklı metnin giriş bölümünde, "Avrupa'da iyi yönetimin geliştirilmesi için AB'nin tüm demokratik yapıları arasında yeni bir sinerji yaratmak istiyoruz. Komisyon'un ve diğer AB kurumlarının eylemleri, üye devletler ve sivil toplum arasında yeni bir denge oluşturmak gereklidir. Avrupa'yı, hizmet etmek için var olduğu halka daha fazla yaklaştırmak başlıca gayemizdir" şeklindedir. Ayrıca önümüzdeki beş yıl için belirlenen dört stratejik hedeften²⁴ ilkinin "iyi yönetimin AB'de uygulanmasının yeni yollarını önermek" olduğu belirtilmiştir²⁵.

1. İyi Yönetim Beyaz Kitabı (Avrupa Yönetişimi Hakkında Beyaz Kitap)

Hukuki bir bağlayıcılığı bulunmayan İyi Yönetim Beyaz Kitabı²⁶, AB'nin yönetim kavramını ele almasını açıklamaktadır. 25 Temmuz 2001 tarihli Avrupa Komisyonu tebliği ve onun ardından yapılan revizeler, iyi yönetişimin temelinde beş unsur olduğunu vurgulamaktadır. Avrupa Komisyonu'na göre iyi yönetişimin beş unsuru, "şeffaflık [*openness*]", "katılımcılık [*participation*]", "hesap verebilirlik [*accountability*]", "etkinlik [*effectiveness*]" ve "tutarlılık [*coherence*]"tır. Şeffaflık, karar alma sürecinde

²¹ ODYAKMAZ, Zehra - GÜZEL, Oğuzhan, "İdarenin Uygulamaları Bakımından İdare, Etik ve Ahlâk", Ankara Barosu Dergisi, C. 3, 2013, s. 25.

²² ABDİOĞLU, Hasan, "Yönetişim İlkelerinin Uygulanmasında Kamu Denetçiliği (Ombudsmanlık) Kurumu ve Avrupa Birliği Sürecinde Türkiye Açısından Önemi", İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, S. 11, s. 82-83.

²³ ABDİOĞLU, s. 93.

²⁴ Diğer hedefler Kıt'ada istikrarı sağlamak ve Avrupa'nın sesini dünyaya duyurmak, yeni bir ekonomik ve sosyal gündeme doğru, herkes için daha iyi bir yaşam kalitesi olarak belirlenmiştir.

²⁵ ORALALP ÇİÇEKOĞLU, Füsün, "İyi Yönetim ve Türkiye'nin Avrupa Birliği'ne Adaylığı", Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi, C. 1, S. 2, Bahar 2002, s. 126.

²⁶ Beyaz Kitap, yönetişimde karşılaşılan problemlere çözüm önerilerini getiren Avrupa Komisyonu tarafından 2001 yılında yayınlanan "Yönetişim Üzerine Beyaz Kitap [White Paper on European Governance, Commission of European Communities]" başlığını taşıyan ve COM (2001) 428 numaralı belgedir, DEMİR, Fatih, "Avrupa İdari Alanı İlkeleri Bağlamında Türkiye'nin Avrupa Birliği Adaylık Süreci", Amme İdaresi Dergisi, Aralık 2009, C. 42, S. 4, s. 81; KESİM - PETEK, s. 40.

saydamlığa ve iletişime olan önemin artmasını gerektirmektedir. Katılımcılık, politikaların hazırlanıp uygulanmasına bireylerin daha sistemli bir biçimde etkin olmasına gelir. Hesap verebilirlik, karar alma aşamasında bulunan tarafların görevinin belirginleştirilmesi ve süreç içerisindeki aktörlerin kendisine verilen rol doğrultusunda yükümlülüklerini yerine getirmesini zorunlu kılmaktadır. Etkinlik, kararların en doğru aşamada ve zamanda alınması ve gereksinimleri karşılaması anlamına gelir. Tutarlılık, AB gibi çeşitli faaliyet konularında karar alma durumunda olan kurumların tasarruflarında uyum, denge ve ahengi ön planda tutması gereğini ifade etmektedir. AB Komisyonu'nca iyi yönetim ilkelerinin uygulanabilmesi için AB'nin yönetim anlayışının dört esas konuda reforma gereksinim duyulduğunu belirtmektedir. Bu konular, bireylerin yüksek katılımının sağlanması, düzenlemelerin daha sıhhatli yapılması, küresel yönetime yardımcı olunması ve kurumların politik izlemlerinin bir daha belirlenmesi başlıkları altında toplanmaktadır²⁷.

Komisyon'un Beyaz Kitap'ta anahtar terim olarak "yönetişim" kavramını kullanması, yönetim hakkındaki muğlak tanımlardan farklı bir zemine oturtmakta ve bu kavram Kitap tarafından şöyle tanımlanmaktadır: "*Özellikle açıklık, katılımcılık, hesap verebilirlik, etkinlik ve tutarlılık açısından erkin Avrupa düzleminde kullanılma biçimini etkileyen kurallar, süreçler ve davranışlar*". Bu tanım açısından Komisyon, aynı Kitapta açıklanan ve yukarıda bahsettiğimiz iyi yönetim ilkeleri ile ilişkili olarak yönetim terimine yeni bir soluk getirmiştir²⁸.

2. Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı (ABTHŞ) ve İyi Yönetişim

13-14 Ekim'de Fransa'nın Biarritz şehrinde düzenlenen AB zirvesinde hükümet başkanlarına takdim edilen ve onaylanan Avrupa Temel Haklar Şartı, 7-8 Aralık'taki Nice Zirvesi'nde kabul edilerek resmiyet kazanmıştır. AB yurttaşlarının temel haklarını ve AB'nin, yurttaşlarına karşı yükümlülüklerini ele alan Temel Haklar Şartı'nın 41. maddesinde "*iyi yönetim isteme hakkı*" yer almaktadır²⁹:

²⁷ KARAKUL, s. 78.

²⁸ KESİM - PETEK, s. 42-43.

²⁹ <https://www.avrupa.info.tr/tr/avrupa-birligi-temel-haklar-bildirgesi-708>; Avrupa Birliği'nin Anayasası olarak nitelendirilen Temel Haklar Şartı, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin (77) 31 sayılı tavsiye kararı ile birlikte idare için "iyi yönetim yükümlülüğü" idare edilenler için ise "iyi yönetim hakkı" olarak çifte yükümlülük getirmiştir, AKYILMAZ, s. 146; ODYAKMAZ - GÜZEL, s. 25; İyi yönetim hakkı; "etkili ve entegre kamu hizmeti", "tarafsız, dürüst, zamanında adil yönetim", "hukuki dinlenilme hakkı", "dosyalara ulaşma hakkı", "gerekece zorunluluğu", "iletişim hakkı", "sorumluluk" gibi birçok alt ilkeden oluşmaktadır. Bu ilkelerin açıklaması için bkz. SANCAKDAR - US - KASAPOĞLU TURHAN, ÖNÜT - SEYHAN, s. 93.

"(1) Herkes, işlerinin Birliğin kurumları ve organları tarafından tarafsız ve adil bir şekilde ve makul bir süre içinde görülmesini isteme hakkına sahiptir.

(2) Bu hak, herkesin, kendisini olumsuz şekilde etkileyebilecek herhangi bir işlemin yapılmasından önce görüşlerinin dinlenmesini isteme hakkını; herkesin, kendi dosyasına erişme hakkını ve meşru gizlilik çıkarlarına ve mesleki ve ticari gizliliğe saygı gösterilmesini; idarenin, kararları konusunda gerekçe gösterme yükümlülüğünü içerir.

(3) Herkes, Birliğin kuruluşları veya görevlilerinin, görevlerinin ifası sırasında yol açtıkları her türlü zararı, Üye Devletlerin yasalarındaki ortak genel ilkelere göre Birliğe tazmin ettirme hakkına sahiptir.

(4) Herkes, Birliğin kuruluşlarına, Antlaşmaların lisanlarından birinde mektup gönderebilir ve kendisine aynı lisanda cevap verilmesi zorunludur."

ABTHŞ'nın 41. maddesinin birinci fıkrasında, gelen istemlere karşılık verme, el-verişli bir sürede muamelede bulunma ve bir istem hakkında yeterli bilgi kazanarak tetkik yapma gibi özen yükümlülüğüyle ilişkili iyi yönetim ilkelerine yer verilmemiş olsa da, madde geniş yorumlandığında bu unsurlar, 41. maddenin birinci fıkrasının koruma alanı içerisinde ele alınabilir. 41. maddenin ikinci fıkrasında güvenceye alınan haklar da sınırlı olarak sayılmamıştır. Dolayısıyla, 41. maddenin ikinci fıkrasında düzenlenen haklara yakın unsurların da madde içerisinde değerlendirilebileceğini işaret etmektedir. AB Hukukunda ve milli hukuklarda idare hukukunun süjesi idarenin etkin olmasının temin edilmesi ve yurttaşın devlete karşı korunması gerekliliği vurgulanmaktadır. AB Temel Haklar Şartı'nın amacı, bireyin temel haklarının korunmasının güçlendirilmesi olduğuna göre, 41. maddenin işlevi iyi yönetimi temel bir hak olarak güçlendirmektir³⁰.

3. Avrupa Doğru İdari Davranış Yasası

Avrupa Komisyonu 13 Eylül 2000 tarihinde bireylerin AB kurumlarından hangi idari standartları beklemeye hakları olduğu konusunda bilgi sahibi olmalarına yardımcı olmak ve AB kurumları çalışanları ile kamu arasındaki ilişkilerde rehber vazifesi görebilmesi amacıyla Avrupa Doğru İdari Davranış Yasası'nı kabul etmiştir. Avrupa Parlamentosu'nca 6 Eylül 2001 tarihinde onaylanan yasa, vatandaşların idareden beklentilerini ve kamu personelinin görevlerini hangi ilkeler bağlamında uygulaması gerektiğini belirlemektedir³¹.

³⁰ KARAKUL, s. 92-93.

³¹ AKYILMAZ, s. 149.

Avrupa Doğru İdari Davranış Yasası'na göre iyi bir idare; hukuka uygun davranmalı³², ayrımcılık yapmamalı³³, orantılılık ilkesine uymalı³⁴, yetkisini kötüye kullanmamalı³⁵, tarafsızlık ve bağımsız olmalı³⁶, nesnel olmalı³⁷, haklı beklentilere dikkat etmeli, tutarlılık olmalı ve bireyi bilgilendirmeli³⁸, adil olmalı³⁹, nezaketli olmalı⁴⁰, başvuruna anladığı dilde cevap vermeli⁴¹, kendisine yapılan başvurular hakkında kayıt tutmalı⁴², kendisinin yetkili olmadığı başvuruları yetkili makama iletmeli⁴³, bireye söz hakkı tanımalı⁴⁴, kararların makul bir süre içerisinde vermeli⁴⁵, kararlarını gerekçeli

-
- ³² Yasanın 4. maddesine göre; idare özellikle bireylerin hak ve menfaatlerini etkileyen kararlarda yasal bir hükme dayanmalı ve alınan kararın hukuka uygun olması gerekir.
- ³³ Yasanın 5. maddesine göre; idare tabiiyete, cinsiyete, ırka, renge, etnik ya da sosyal kökene, genetik özelliklere, dile, dine ya da inanca, siyasi ya da farklı bir görüşe, ulusal azınlık üyeliğine, varlığa, soya, maluliyete, yaşa ya da cinsel eğilimlere göre ayırım yapmadan herkese eşit muamelede bulunmalıdır.
- ³⁴ Yasanın 6. maddesine göre; idare karar alırken alınan önlemler ile amaçlanan arasında orantılıya dikkat etmeli ve adil bir dengenin sağlanamadığı durumlarda sınırlama veya yükümlülük getirmekten kaçınmalıdır.
- ³⁵ Yasanın 7. maddesine göre; idare ancak kanunda öngörülen yetkileri kanunun çizdiği sınırlar içinde kalarak ve kamu yararına uygun olarak kullanmalıdır.
- ³⁶ Yasanın 8. maddesine göre; idare yetkilerini kullanırken kişisel, ailevi, milli veya politik hiçbir baskı altında kalmadan kullanılmalı ve kendileri ya da yakınlarının maddi bir menfaatini ilgilendiren kararlara katılmamalıdır.
- ³⁷ Yasanın 9. maddesine göre; idare karar alırken konu ile ilgisi bulunmayan ögeleri göz ardı ederek objektif olmalıdır.
- ³⁸ Yasanın 10. maddesine göre; idare özel bir durum olmadıkça önceki istikrar kazanmış uygulamalarına dikkat ederek haklı beklentileri gözetmeli ve tutarlı davranmalıdır. Ayrıca bireylere mevcut bir konuya nasıl yaklaşılacağı ve nasıl bir çözüm getirileceği hakkında bilgi verilmelidir.
- ³⁹ Yasanın 11. maddesine göre; idare tarafsız, adil ve makul davranmalıdır.
- ⁴⁰ Yasanın 12. maddesine göre; idare bireylere karşı hizmetkâr, doğru, nazik ve ulaşılabilir şekilde davranmalı, bireylere cevap verirken yardımcı olmalı ve kendisine yöneltilen soruları eksiksiz ve doğru bir şekilde yanıtlamalıdır. Yapılan başvurunun kendi sorumluluğu dışında bulunması durumunda da başvuruyu yetkili idareye yönlendirmelidir. Ayrıca idare kendisinin hata yaptığının farkına varır varmaz ilgiliden özür dileyip hatasından dönmelidir.
- ⁴¹ Yasanın 13. maddesine göre; idare kendisine hangi dilde başvuru yapılmış ise başvurana aynı dilde cevap verilmelidir.
- ⁴² Yasanın 14. maddesine göre; idare istisnai durumlar haricinde başvuruda bulunanlara iki hafta içinde başvuruya ilişkin bilgileri içeren bir alındı bilgisi vererek cevap verilmelidir.
- ⁴³ Yasanın 15. maddesine göre; idare kendi bünyesi içinde yanlış birimi yapılan başvuruları ilgili birime göndermeli ve bu konuda başvurana bilgi verilmelidir.
- ⁴⁴ Yasanın 16. maddesine göre; idare bireylerin hak ve menfaatlerini ilgilendiren konularda ilgili kişiye savunma hakkı tanımalı ve onu yazılı ya da sözlü olarak dinlemelidir.
- ⁴⁵ Yasanın 17. maddesine göre; idare kendisine yapılan başvurulara makul bir süre içerisinde, gecikmeksizin ancak her halde talebin ya da şikâyetin kuruma ulaştığı tarihten itibaren en geç iki ay içerisinde cevap verilmelidir.

vermeli⁴⁶, karara karşı itiraz hakkı konusunda bireye bilgi vermeli⁴⁷, kararlarını ilgili-sine usulüne göre tebliğ etmeli⁴⁸, kişisel verileri korumalı⁴⁹, bilgi taleplerini karşıla-malı⁵⁰, belgeleri kamunun erişimine sunmalı⁵¹, kayıtları saklamalı⁵² ve kamuyu yasalar hakkında bilgilendirilmelidir⁵³.

II. İYİ YÖNETİŞİM İLKESİNİN UNSURLARI VE TÜRK İDARESİNDEKİ YERİ

A. İyi Yönetişim İlkesinin Unsurları

Avrupa Komisyonu tarafından hazırlanan "İyi Yönetim Beyaz Kitabı" iyi yöneti-şimin unsurlarını, açıklık/şeffaflık, katılımcılık, hesap verebilirlik, etkinlik ve tutarlılık olarak beş başlıkta açıklamaktadır⁵⁴.

Bu ilkeleri Kamu Yönetimi Temel Kanunu Tasarısı⁵⁵ olarak gündeme gelen an-cak kanunlaşamayan düzenlemeden faydalanarak açıklamaya çalışmak, Türk yasama organının bu kavramları nasıl yorumladığını anlamaya açısından önemlidir.

⁴⁶ Yasanın 18. maddesine göre; idare kişilerin hak ve menfaatlerini olumsuz şekilde etkileyebilecek her kararında, kararının hukuki dayanağını bildirerek ayrıntılı bir şekilde gerekçesini açıklamalıdır.

⁴⁷ Yasanın 19. maddesine göre; idare kişilerin hak ve menfaatlerini olumsuz şekilde etkileyebilecek her kararında, karara karşı başvuru yollarını, başvuru yollarının niteliğini, başvurunun hangi ma-kama hangi süre içinde yapılabileceğini belirtmelidir.

⁴⁸ Yasanın 20. maddesine göre; idare kişilerin hak ve menfaatlerini olumsuz şekilde etkileyebilecek her kararını ilgisine başka bir kaynağa bildirmeden önce yazılı olarak tebliğ etmelidir.

⁴⁹ Yasanın 21. maddesine göre; idare bireyin mahremiyetine ve kişilik haklarına saygı göstererek kişisel veri niteliğindeki bilgiyi meşru olmayan amaçlar için kullanmaktan ve bu verilerin yetkisiz kişilerin eline geçmesinden kaçınacaktır.

⁵⁰ Yasanın 22. maddesine göre; idare kendi görev alanında kalan bilgi istemlerine, bu konudaki mevzuata uygun olmak kaydıyla açık ve anlaşılır bir şekilde cevap vermeli, görev alanına girme-yen bilgi istem başvurularında ise ilgili birimin bilgilerini vererek başvuruları doğru makama yön-lendirmelidir.

⁵¹ Yasanın 23. maddesine göre; idare bu konudaki mevzuata uygun olarak belgelere erişim hakkı tanımalıdır.

⁵² Yasanın 24. maddesine göre, idare gelen ve giden tüm yazışmaların kaydını tutmalıdır.

⁵³ Yasanın 25. maddesine göre, idare bireyleri mevzuat hakkında bilgilendirmelidir.

⁵⁴ Maliye Bakanlığı tarafından hazırlanan raporda daha geniş bir yaklaşım sergilendiği ve iyi yöne-tişim ilkelerinin "şeffaflık", "hesap verebilirlik", "katılımcılık", "cevap verebilirlik", "hukukun üs-tünlüğü", "etkinlik", "eşitlik" ve "stratejik vizyon" olarak belirlendiği gözlemlenmektedir, **MALİYE BAKANLIĞI** (Avrupa Birliği ve Dış İlişkiler Daire Başkanlığı), İyi Yönetişimin Temel Unsurları, An-kara, 2003, s. VIII vd.

⁵⁵ Merkezi yönetim ile yerel yönetimler arasındaki görev, yetki ve sorumlulukları düzenleyen 2003 tarihli, "Kamu Yönetimi Temel Kanunu Tasarısı", federatif bir devlet modelinin öngörülmesi ge-rekçesiyle önce ismi "Kamu Yönetiminin Temel İlkeleri ve Yeniden Yapılandırılması Hakkında Kan-un Tasarısı" olarak değiştirilmiştir. 15.07.2004 tarih ve 5277 sayılı Kanun ile kabul edilen bu tasarı üniter devlet yapısına, idarenin bütünlüğüne, yetki genişliğine, idari vesayet ilkesine ve

1. Açıklık (Şeffaflık)

Beyaz Kitap, açıklık/şeffaflık⁵⁶ kavramını açıklamak yerine hangi davranışın bu unsura hizmet ettiğini ortaya koymaya çalışmıştır. Beyaz Kitap'a göre, üye devletlerin Avrupa Birliği ile yaptıkları ve aldığı kararlar hakkında aktif olarak iletişim kurmaları açıklık unsurunu sağlamaktadır. Ayrıca üye devletlerin tasarruflarında muhatapları arasında erişilebilir ve anlaşılabilir bir dil kullanmaları gerektiği belirtilmiştir⁵⁷.

Danıştay kararlarında açıklık (şeffaflık), "*devletin ekonomik, siyasî, idarî ve sosyal konularda aldığı kararlara ve yaptığı uygulamalara, bireyler tarafından zamanında ve güvenilir bir biçimde erişilebilmesi*" olarak tanımlanmaktadır⁵⁸. Açıklık; devletin karar alma ve kararın icrası oluşumlarıyla, bilgiye ulaşım ve bilgiyi paylaşma konusunda şeffaf olmasını, halkın bilgi ve belgelere erişiminin kolaylaştırılmasını gerekli kılmaktadır⁵⁹.

Kamu Yönetiminin Temel İlkeleri ve Yeniden Yapılandırılması Hakkında Kanun Tasarısında⁶⁰ açıklık (şeffaflık) unsuru "saydamlık" kavramı ile ifade edilmektedir. Tasarının 1. maddesinin gerekçesinde ise saydamlık kavramının, "*kamu yönetiminde görev, yetki ve sorumluluklar ile karar ve hizmet süreçlerinin önceden bilinebilir ve açık olmasını; üretilen karar, belge ve bilgilere ulaşılmasına fırsat verilmesini; faaliyet ve denetim raporlarının yayınlanmasını*" ifade etmek üzere kullanıldığı belirtilmektedir.

kamu yararına uygun olmadığı gerekçeleriyle Cumhurbaşkanı tarafından meclise iade edilmiş ve sonuç olarak kadük durumuna gelmiştir. Tasarı eleştirisi için bkz. **ATAY, Ender Ethem**, "Kamu Yönetimi Temel Kanunu Tasarısı'nın Eleştirisi", 2023 Dergisi, S. 34, s. 12-15; Kamu Yönetimi Temel Kanunu Tasarısında "idare [*administration*]" kavramı yerine "yönetim [*management*]" kavramının tercih edilmesinde sebep yeni kamu yönetimi anlayışının Türk hukukundaki yansıması olarak değerlendirilmektedir, **AL, Hamza**, "Kamu Yönetimi Temel Kanunu Tasarısı", Liberal Düşünce, 2004, s. 184.

⁵⁶ Türk hukukunda şeffaflık (açıklık/saydamlık) ilkesi kanuni düzenlemelerde yer alan bir ilkedir. Örneğin 4982 sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanunu, 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu, 5018 sayılı Kamu Malf Yönetimi Ve Kontrol Kanunu, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu.

⁵⁷ **COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES**, European Governance A White Paper, COM (2001), 428 final, Brussels, 25.07.2001, s. 10.

⁵⁸ D8D, T. 30.04.2015, E. 2014/8893, K. 2015/3715, www.uyap.gov.tr.

⁵⁹ **KARAKUL**, s. 90; Açıklık ve şeffaflık kavramlarının birbiri yerine kullanıldığı görülmekle birlikte aralarında küçük bir fark bulunmaktadır. Açıklık ilgililerin bilgi ve belgelere erişim hakkına ilişkin iken şeffaflık idare tarafından alınan kararların kim tarafından, nerede, ne zaman ve nasıl alındığının kolayca anlaşılabilmesine ilişkindir, **KESİM - PETEK**, s. 43.

⁶⁰ Klasik anlayışta "gizlilik kural, açıklık istisna" iken, yeni anlayış "açıklık kural, gizlilik istisnadır" yaklaşımı benimsenmektedir, **AL**, s. 185.

Açıklık (şeffaflık), idari faaliyetlerde eşitliğin ve tarafsızlığın güvencesini oluşturur⁶¹. Ayrıca bu unsur idareyi hukuk sınırları içinde kalmaya zorlamakta, demokratik idare uygulamalarına katkı sunmaktadır⁶².

Açıklık unsuru bilgi⁶³ edinme özgürlüğü ile yakından alakalıdır. Demokratik olma yolunda ve hukukun üstünlüğü konusunda yol kat etmeyi arzulayan devletlerde, idarenin bünyesindeki bilgi ve belgelere toplumdaki her bireyin ulaşması, kimi istisnalar ve şartlar dâhilinde serbest olup, devletin işlemlerinde şeffaflık esas, gizlilik ise istisnadır⁶⁴. Toplumların ileri demokrasiye ulaşmaları, şeffaf bir yönetimin ve gerektiğinde hesap verilebilir olmanın tesisi ile mümkündür. Bu hususların sağlanması ise ancak idarenin sahip olduğu bilgi ve belgelere bireylerin de ulaşması ile mümkün olur⁶⁵. Kamu idaresinin; adaletli, efektif ve ahlâk kurallarına uygun çalışmaları için bireylerin bu yönetimlerin işleyişleri ve icraatlarına dair bilgi sahibi olmaları zorunludur⁶⁶. Bu sebeple, iyi yönetim sağlanması için bilgi edinme hakkının da dikkate alınması şarttır. Bunun için de, bireylerin bilgi edinmelerinin ve bunun yanı sıra yargıya erişimin tam olarak tesis edilmesi gerekir⁶⁷. Bilgi edinme hakkı, bireyin dinlenilme hakkının tamamlayıcısıdır. Bireyin dinlenilme hakkını kullanabilmesi, hakkında tesis edilecek işlemle ilgili bilgi sahibi olmasına bağlıdır⁶⁸. Bireyin, hukuki durumunu etkileyecek işlemin tesisinden önce dinlenilme hakkını kullanabilmesi, özellikle idarenin

⁶¹ GÜRAN, Sait, "Yönetimde Açıklık", İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi, C. 3, S. 1-3, 1982, s. 105; Fransız düşünürü August Comte, yönetimde açıklıkla ilgili "*bir yönetim, cam bir ev gibi herkese açık ve herkesin gözü önünde olmalıdır. Yapılan işler, gösterilen gayretler ve sağlanan başarılar konusunda halkı aydınlatmak, yöneticilerin görevidir*" ifadelerini kullanmıştır, akt. AVCI, Mustafa, "Bilgi Edinme Hakkının Sınırları", Prof. Dr. Yavuz Alangoya için Armağan, İstanbul, 2017, s. 770.

⁶² KAYA, Cemil, İdare Hukukunda Bilgi Edinme Hakkı, 1. Baskı, Ankara, 2005, s. 33-43; Demokratik bir idareden bahsedilebilmesi için "olmazsa olmaz [*sine qua non*]" unsurlar arasında bireylerin yönetime katılması ve yönetiminde açıklığın sağlanması yer almaktadır, AVCI, s. 770.

⁶³ İyi yönetim ilkesinin en temel unsurlarından biri olan açıklığın tesisi için gerekli olan unsur ise bilgidir. Bilgi, bazı özelliklere sahip olmalıdır. İdarenin ürettiği bilgi, en başta daimi ve uyum halinde olmalıdır. Tutarsız ve kesintili bilgi akınının, iktidarın uygulamaları hakkında kamuoyunu yeteri kadar bilgilendirebilmesi olanaksızdır. Ayrıca verinin aleni, kesin, değerlendirilebilir ve erişimi kolay olması da çok önemlidir, AKTAN, Coşkun Can - ÇOBAN, Hilmi, "Kamu Sektöründe İyi Yönetim İlkeleri", in Kamu Mali Yönetiminde Stratejik Planlama ve Performans Esaslı Bütçeleme, Ankara, 2006, s. 17.

⁶⁴ İSHAKOĞLU, Erdoğan, "Vatandaşın Bilgi Edinme Hakkı", Adalet Dergisi, S. 14, 2003, s. 136.

⁶⁵ YAŞAMIŞ, Firuz D., "Anayasa Hukuku Açısından Bilgi Edinme Hakkı", Türk İdare Dergisi, Y. 76, S. 444, 2004, s. 13.

⁶⁶ YAŞAMIŞ, s. 3-4.

⁶⁷ YAŞAMIŞ, s. 31.

⁶⁸ AKILLIOĞLU, Tekin, "Bireyin Yönetimsel İşlemler Karşısından Korunması ve Yönetim Hukukumuz", Amme İdaresi Dergisi, C. 14, S. 3, s. 48.

takdir yetkisini kullanarak tesis ettiği işlemlerde önem taşımaktadır⁶⁹. İdarenin bireyden habersiz olarak tesis ettiği işlemlerine karşı bilgi edinme hakkı, idarenin şeffaflığının güvencesidir. Şeffaf idarede, idari faaliyetlerin yapılış sürecinin bireye açıklığı sağlanacak, "*böylece yönetimin gizlisi saklısı*" kalmayacaktır⁷⁰.

İyi yönetim ilkesi aynı zamanda savunma hakkı ve hak arama hürriyeti ile bağlantılıdır. Bireyin idari makamlar önünde savunma yapabilmesi ve hak arama özgürlüğünü etkin şekilde kullanabilmesi için idarenin iyi bir yönetim sergileyerek bireylerin gerekli bilgi ve belgelere erişiminde açıklık unsurunun sağlanması gerekir⁷¹. Bu açıdan idari işlemin yapılışını belli usullere bağlamak gerekir⁷². İdare, kamusal yetkilerini kullanırken, ilgilileri doğru ve gerekli şekilde bilgilendirmelidir⁷³. Böylece ilgililerin karar alma sürecine katılması ve denetim mekanizmalarını harekete geçirmesi mümkün olmaktadır.

Bireysel hakları etkileyen idari işlemlerin tesisinde, idare ilgiliye işlemin gerekçesini bildirmelidir⁷⁴. Danıştay, idari işlemin gerekçeli olarak tesis edilmesi konusunda, idareyi işlemleri tesis etmeye yönelten sebeplerin ilgilisi açısından inandırıcı olmasını sağlama işlevine değinmektedir⁷⁵. Çünkü gerekçe, bireyin işlemleri şüphelerini gidermekte, işlemin hukuka uygunluğunu incelemesine katkı sunmakta ve hak arama hürriyetini dava açmadan önceki aşamaya taşımaktadır⁷⁶. Gerekçe ile bireyin elde ettiği bilgi ile edinilen hissiyat, iyi yönetim unsuru olan açıklığa hizmet eder.

⁶⁹ **AKYILMAZ, Bahtiyar**, İdari Usul İlkeleri Işığında İdari İşlemin Yapılış Usulü, Ankara, 2000, s. 141; Takdir yetkisi iyi idarenin gerçekleştirilme araçları arasındadır, **KARAHANOGULLARI**, İdarenin Hukukla Kavranması, s. 536.

⁷⁰ **AKILLIOĞLU, Tekin**, "Yönetimde Açıklık - Gizlilik ve Bilgi Edinme Hakkı", Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, C. 46, S. 3, s. 2.

⁷¹ **AKILLIOĞLU**, Yönetimsel İşlemler, s. 42; **ODYAKMAZ - GÜZEL**, s. 5; D12D, T. 29.12.2008, E. 2006/6124, K. 2008/7315, www.uyap.gov.tr.

⁷² **AKYILMAZ**, İdari Usul, s. 88.

⁷³ **AKYILMAZ**, İyi Yönetim, s. 143-144; Danıştay, ÖSYM Yönetim Kurulu'nun sorulacak soruların %20'sinin yayımlanmasına ilişkin işlemin, idarenin açıklığı ve şeffaflığı ilkesine, hukuk devleti ilkesine ve hak arama özgürlüğüne aykırı olduğu gerekçesiyle iptaline karar vermiştir. Aynı kararda, idarenin açıklığı ve şeffaflığının, bireyin doğru bilgilendirilmesini sağlayan bilgi edinme hakkı ile ilişkili olduğu da belirtilmektedir. Karar için bkz. D8D, T. 30.04.2015, E. 2014/8893, K. 2015/3715, www.uyap.gov.tr.

⁷⁴ **ODYAKMAZ - GÜZEL**, s. 7.

⁷⁵ D12D, T. 29.09.2015 E. 2015/2324, K. 2015/4917: "*İdari işlemlerin gerekçeleri işleme muhatap olan bireyi işlemin hukukiliği konusunda da ikna edebilecek unsurları içermelidir*", www.uyap.gov.tr; Gerekçenin, bireyin işlem üzerindeki şüphelerini kaldırabilmesi ve ikna edici olabilmesi, işlemin yapılmasında etkili olan hususların açık ve anlaşılır şekilde ifade edilmesi gerekir. **AKYILMAZ**, İdari Usul, 208.

⁷⁶ D10D, T. 28.09.2010, E. 2010/4974, K. 2010/6948, www.uyap.gov.tr.

2. Katılımcılık

Beyaz Kitap'a göre iyi yönetişimin bir diğer unsuru katılımcılıktır⁷⁷. İyi yönetişimin beş ilkesinden biri olarak belirtilen katılım, Beyaz Kitap'ın büyük öneme sahip kavramlarından biridir. Katılımın, Avrupa yönetişiminin meşruiyetini ve kalitesini yükselteceği öngörülmektedir⁷⁸. Kamu Yönetiminin Temel İlkeleri ve Yeniden Yapılandırılması Hakkında Kanun Tasarısının 1. maddesinin gerekçesinde katılım, "*kamu hizmetleri ile ilgili kararların hazırlanması, olgunlaştırılması, alınması ve bu kararların uygulanması aşamalarından birine, birkaçına veya bütününe, o karardan doğrudan ya da dolaylı olarak etkileneceklerin katkıda bulunmaları*" şeklinde açıklanmaktadır.

Tasarının gerek madde gerekçelerinde gerekse genel gerekçesinde katılımcılık unsuruna özel bir vurgu yapılmaktadır. Tasarıda; katılımcılık ekseninde kamu yönetiminde kapsamlı bir yeniden yapılanma ihtiyaç duyulduğu, toplumun taleplerine karşı daha duyarlı, paylaşımcı ve katılımcılığa önem veren bir idari anlayışa geçilmesi gerekliliğine, katılımcılığın çağdaş yönetim zihniyeti ve yapısının bir sonucu olduğuna, katılımın gelişmesi için gerekli güven ortamı ve mekanizmalarının oluşturulması ve katılımı önleyen her türlü engelin kaldırılması gerektiğine vurgu yapılmaktadır.

Tasarıda katılımın halkın idareye olan güvenini tazeleyeceğine, katılımcılığın alınan kararlarının yerindeliliğini kuvvetlendireceğine, katılım ile birlikte kararların subjektif yargılardan uzak objektif bir biçimde alınacağına ve bunun da toplumsal ihtiyaç ve taleplere en uygun kararların alınmasını sağlayacağına işaret edilmektedir.

Katılımcı olmayan bir idarenin sorunların çözümlerinde yetersiz kalacağı, söz konusu avantajlardan dolayı kapalı ve tek taraflı bir yaklaşımdan, açık ve katılımcı bir yaklaşıma geçilmesi gerektiği ve bu sebeplerle hedeflenen etkili ve katılımcı bir devlet ve kamu yönetimini yerleştirmek olduğu değerlendirilmiştir.

Nitekim Tasarının 4. maddesinin gerekçesinde tasarı ile hedeflenen temel misyonun "*kamu yönetiminin hizmet sunduğu çevresine karşı daha duyarlı olması, sivil*

⁷⁷ Beyaz Kitap'a göre, AB politikalarının kalitesi, uygunluğu ve etkinliği, başlangıçtan uygulamaya kadar olan politika zinciri boyunca geniş katılımın sağlanmasına bağlıdır. Ayrıca daha katılımcı bir sürecin kurumlara duyulan güveni de arttıracak ifade edilmektedir, **COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES**, s. 10.

⁷⁸ **DEMİR**, s. 85.

toplumun gücünden daha çok yararlanması, bireylerin hak ve özgürlüklerini kullanmasının önündeki engelleri kaldırması ve sivil toplumla etkileşim içinde olması" olduğu ifade edilmektedir⁷⁹.

İyi yönetimin tesisi bakımından halkın yönetime aktif katılımının sağlanması büyük bir öneme sahiptir. Temsilin yanı sıra iştirak yani katılım kavramının da hayata geçirilmesini saik edinen "yarı doğrudan demokrasi", doğrudan demokrasiye daha benzer bir politik yönetim modeli olarak görülmektedir⁸⁰. Yarı doğrudan demokrasi temelinde iştirakçi bir idare etme biçimi yer almaktadır. Bu idari düzen içerisinde vatandaşların yönetime etkili iştirakini sağlayacak seçim ve oylama mekanizması, halk vetosu, referandum, halk danışma kurulları oluşturulması, bilgi edinme özgürlüğü, ombudsman gibi birçok vasıta bulunmaktadır. Bu vasıtalar, sivil toplumun⁸¹ siyasete doğrudan ve dolaylı iştirakiyle beraber hükümetin sınırlandırılmasına fayda sağlarken, iyi yönetişimin gerçekleşmesine olumlu katkı sağlayacaktır⁸².

Konuyu ülkemiz açısından ele alırsak; Türkiye demokratik bir hukuk devletidir. Demokrasi kelimesinin kökeninde halkın kendi kendini yönetimi söz konusu olup, kendisini yöneteceği kişileri yine kendi seçen toplum, demokrasi ile yönetilen toplum statüsündedir. Halkın yönetime doğrudan ve dolaylı katkısı ne kadar çok olursa o kadar iyi yönetilme arzusu içinde olduğunu gösterir⁸³. İktidarı da bu şekilde sınırlayacak ve yönetimde ben de varım olgusuyla hareket eden toplumun iyi yönetilme şansı artacaktır. Demokrasi araçlarının etkin bir şekilde kullanılması ve toplumu oluşturan bireylerin bu şekilde yönetime kendilerini dâhil etmeleri hem anayasal bir görev hem de iyi yönetişimin vazgeçilmez unsurlarının başında gelmektedir. Ancak sivil toplum kuruluşlarının karar alma sürecine katılımlarında adına katılımda buldukları kesimin

⁷⁹ Ayrıca Tasarının 27. maddesinde çalışma konularıyla ilgili bilim adamlarının, uzman kişilerin, kamu kurumu niteliğindeki meslek teşekküllerinin ve sivil toplum örgüt temsilcilerinin de katılımın sağlanacağı bakanlıklar nezdinde Strateji Geliştirme Kurullarının kurulması öngörülmektedir.

⁸⁰ Yeni idare etme anlayışı, bireylerin yönetime sadece siyasi temsilciler vasıtasıyla dolaylı bir biçimde değil doğrudan katılabilmelerini öngörmektedir, **AL**, s. 185.

⁸¹ Beyaz Kitap'a göre, sivil toplum sendikalar, işveren örgütleri, kar amacı gütmeyen kuruluşlar, meslek kuruluşları, dernekler, vakıflar ve başta kilise olmak üzere dini topluluklardır, **COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES**, s. 14 vd.

⁸² **AKTAN**, s. 20.

⁸³ Yerinden yönetim kuruluşları, iyi yönetimde katılımcılık unsurunu sağlaması açısından son derece önemlidir. Yerinden yönetim anlayışı, yurttaşa yakınlığı, etkili hizmetin oluşmasındaki en önemli dayanak olarak görmesi esastan yola çıkmaktadır. Böylece hizmetten faydalanan ile hizmeti yollayan arasındaki yakınlık, katılımcı anlayışın büyümesine ve iyi yönetişimin vuku bulmasına büyük yardım sağlar. Yerinden yönetimin iyi yönetişimin tesisi için sağlayacağı en önemli yarar, hizmetin takdim edilmesinde niteliğin fazlalaşması, açık ve hesap verebilir bir idarenin oluşması ve siyasi icraat sürecinin her alanında iştirakin sağlanmasıdır.

iradelerini yansıtmaları esastır. Nitekim iyi yönetişimin ilkeleri arasında yer alan katılımcılığın gerçek manada idarenin fikirlerini etkileyebilen ve idareyi adına irade açıklamasında buldukları kesimin menfaatleri doğrultusunda yönlendirebilen bir kabiliyete ve yetkinliğe sahip olmaları gerekir. Aksi davranış iyi yönetişimin ilkelerinden biri olan katılımcılığın gerçekleşmesine hizmet etmez⁸⁴. Diğer taraftan iyi bir yönetim aynı zamanda sorunların tespitini bir an evvel yapan ve hızlı bir şekilde kamu hizmetinin ifasını gerçekleştiren bir idaredir. Bu kapsamda katılımcılığın tesisine yönelik idari faaliyetlerde, katılım sağlayan tarafın amacı idarenin kararını daha yerinde olmasını sağlamakdan ziyade karar almasını güçleştirmeye dönük olması durumu da söz konusu olabilir. Böylesi bir durumda idarenin katılımcı tarafın fikrini alması ama karşı tarafı ikna ile uğraşmadan hızlı bir şekilde kamu hizmetini yürütmesi gerekmektedir.

İdari faaliyetin bireyin katılımı sağlanarak yürütülmesi, aynı zamanda bireyin etkili başvuru hakkına da katkı sağlamaktadır. Anayasanın 40. maddesinde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 13. maddesinde düzenlenen etkili başvuru hakkı, hukuk devleti ilkesi gereğidir. Bireyin temel hak ve özgürlüklerinin, idarenin hukuka aykırı işlem ve eylemleri karşısında korunması için bunlara karşı başvuru yollarının yasal düzenlemelerle belirlenmesi ve başvuru yolunun bireyin hak ihlalini giderecek etkiye sahip olması gerekmektedir. Teoride ve uygulamada bireyin temel hak ve özgürlüklerinin ihlal edilmemesi, ihlale karşı etkili başvuru yolunun bulunması zorunludur⁸⁵. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin "Bireyin İdari İşlemler Karşısında Korunması" başlıklı tavsiye kararında yer alan idari usul ilkelerinden biri olan başvuru yollarının gösterilmesi, Anayasanın 40. maddesine Devlet açısından zorunluluk olarak eklenmiş olup hukuk devleti için somut bir güvence teşkil etmektedir⁸⁶. Ayrıca Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin iyi yönetim konusunda aldığı tavsiye kararında da aynı ilke da yer almaktadır⁸⁷.

⁸⁴ www.msn.com/tr-tr/video/unluler/türk-iş-başkanı-mikrofonu-açık-unutunca/vp-AAFKLVp.

⁸⁵ AYM, T. 18.02.2016, BN. 2013/8810, www.anayasa.gov.tr.

⁸⁶ Avrupa Konseyi'nin (77) 31 sayılı Bireyin İdari İşlemler Karşısında Korunması başlıklı Bakanlar Komitesi Tavsiye Kararı, Çev. **KUNTBAY, İhsan**, "İdarenin İşlemleri Karşısında Bireyin Korunması Hakkında Karar", S.4, C.11, s.3-11; Tavsiye Kararında belirlenen ilkeler, dinlenme hakkı, bilgi edinme hakkı, katılma hakkı, idari işlemlerin sebebe bağlı ve gerekçeli olarak tesis edilmesi, başvuru yolları ve süresinin gösterilmesidir.

⁸⁷ Çev. **KARAHANOĞULLARI, Onur**, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin İyi İdare Konusunda Üye Devletlere CM/Rec (2007) 7 Sayılı Tavsiye Kararı, (İngilizce'den çeviri), Danıştay Dergisi, S. 116, 2007; **KARAKUL**, s. 88.

3. Hesap Verebilirlik

Hesap verilebilirlik, taraflardan her birinin karar alma aşamasında rolünün gün yüzüne çıkması ve süreç halindeki her oyuncunun şahsına bahşedilen rol çerçevesinde yükümlülük sahibi olmasını zorunlu kılmaktadır⁸⁸.

Kamu Yönetiminin Temel İlkeleri ve Yeniden Yapılandırılması Hakkında Kanun Tasarısının 1. maddesinin gerekçesinde hesap verilebilirlik kavramı, "*yetki ve kaynakların hukuka, verimlilik ve etkililik ilkelerine uygun kullanılmasına; belirlenmiş amaç ve hedeflere ulaşılmasına ilişkin sorumluluğu*" şeklinde ifade edilmekteydi. Tasarının "kamu yönetiminin kuruluş ve işleyişinin temel ilkeleri" başlıklı 5. maddesinde ise kamu hizmetlerinin yerine getirilmesinde hesap verilebilirliğin esas alınacağı hükme bağlanmıştı. Tasarının "denetim kapsamı ve türleri" başlıklı 39. maddesinde "*kamu kurum ve kuruluşlarının hesap verme sorumluluğu çerçevesinde bütün faaliyet, karar ve işlemlerinin, kurumsal amaç, hedef ve planlara ve kanunlara uygunluk yönünden incelenmesi ve sonuçlarının değerlendirilmesi*" şeklinde bir dış denetimin yapılması öngörülmekteydi. Yine tasarıda, kıt kaynaklarını millet yararına kullanmak zorunda olan bir devlet idaresinin; hesap verme sorumluluğuna ve kamuoyu denetimine açık olmayan bir yönetim anlayışının benimsenmesi halinde sorunları çözemeyeceği ifade edilmekteydi⁸⁹.

Tasarı hesap verilebilirlik kapsamında klasik sorumluluk anlayışından ziyade yeni bir kamusal sorumluluk anlayışı benimsenmiştir. Nitekim yeni anlayışta hesap verilebilirlik kavramı ile "genel sorumluluk [*responsibility*]" yerine, "hesap verme sorumluluğu [*accountability*]" kastedilmektedir⁹⁰.

Yönetişim bakımından hesap verme sorumluluğu, üstünde anlaşılan gayeler kapsamında belirli bir performansın gerçekleştirilmesine dair yükümlülüğün üstlenilmesi ve bunun açığa çıkarılmasına dayanan bir ilişkidir⁹¹. Kamu sektöründe hesap verme sorumluluğunun bazı amaçları vardır. Bunları kısaca şu şekilde açıklayabiliriz;

⁸⁸ KARAKUL, s. 78; Beyaz Kitap, yasama ve yürütme süreçlerinde üstlenilen rollerin daha açık ve net olması gerektiği belirtmekte ve AB kurumlarının yaptıkları eylemleri açıklayarak söz konusu eylemlerden kaynaklanan sorumluluğun ilgili birimlerce üstlenilmesi gerektiğini belirtmektedir, COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES, s. 10.

⁸⁹ Tasarının hesap verilebilirlik hükümleri yönünden eksikliklerinin bulunduğu ifade edilmektedir. 14 ve 15. maddede bakanlara ilişkin öngörülen sorumluluk için nasıl bir mekanizma öngörüldüğünün muğlak olduğu, 39. maddede öngörülen iç denetimin etkisizliği ve 40. maddede öngörülen dış denetimin özelleştirmeye yol açtığı, 43. maddede belirtilen sorumluluğun ("kim, kime, neyin hesabını, nasıl veriyor") anlaşılmadığı, gerekçeleriyle tasarının hesap verilebilirlik unsuru açısından yetersiz kaldığı ifade edilmektedir, KESİM - PETEK, s. 52-53.

⁹⁰ AL, s. 185.

⁹¹ ÖZEREN, Baran - TEMİZEL, Özlem, "Kamusal Yönetişim: Kamu Sektöründe Kurumsal Yönetişim, Niçin ve Nasıl?", Araştırma/Çeviri/İnceleme Dizisi, No. 36, Mart 2004, s. 8.

kamu yönetimine duyulan merakın giderilmesi, kamusal yetkilerin doğru kullanılmasının ve oluşabilecek kötüniyet algısının bertaraf edilmesi, kamu kaynaklarının hukuk çerçevesinde ve idari değerlere uygun olarak kullanılmasının koruma altına alınmasının sağlanmasıdır⁹².

İyi yönetişimin başlıca unsurlarından olan hesap verebilirlik ilkesi, idarenin kamu gücünü kullanırken bireylere karşı her zaman hesap verebilme sorumluluğunu omuzlarında taşımasıdır. Hâkim olduğu topluma hesap verebilen bir idarenin iyi yönetişim konusunda da yol kat ettiği apaçık bir gerçek olarak karşımıza çıkmaktadır.

Hesap verebilirlik unsurunun parçası olan ve Anayasanın 74. maddesinde düzenlenen bilgi edinme hakkı da iyi yönetişimi gerçekleştirme noktasında önem taşımaktadır⁹³. Bireyin erişiminin sınırlı olduğu idari tasarruflar idarenin denetimini güçleştirir. Hukuk devleti ilkesi gereğince idarenin kendi tasarruflarının yargısal denetimini engelleyecek işlem ya da eylemde bulunması da mümkün değildir⁹⁴. Bu nedenle idari faaliyetlerde açıklık, kamuoyu denetiminin sağlanması ve bu yönüyle hesap verebilirlik kıstasının gerçekleşebilmesi için önemlidir. Ayrıca idarenin sahip olduğu bilgi ve belgeyi, ilgisine aktarması, demokratik bir katılım sürecini desteklemektedir. Bu sayede, idarenin tasarruflarında gizlilik kalkmakta, bireyin idareye olan güveni artmakta ve idarenin denetimi de yaygınlaşmaktadır⁹⁵.

Avrupa Birliği Temel Haklar Bildirgesine göre, iyi idare hakkı bireyin hakkında tesis edilecek olumsuz işlemlerden önce dinlenilmesini, bireyin kendisi ile ilgili bilgi ve belgelere erişim hakkını, idari kararların gerekçeli olarak alma yükümlülüğünü kapsamaktadır⁹⁶.

4. Etkinlik

Beyaz Kitap'a göre etkinlik, belli hedefler temelinde gereksinim duyulan adımların, gelecekte ortaya çıkabilecek sonuçları ile geçmiş deneyimlerden hareketle etkin, zamanlı ve yerli yerince politikalarla belirlenmesidir. Bu açıdan etkinliğin aynı za-

⁹² BALCI, Asım - NOHUTÇU, Ahmet - ÖZTÜRK, Namık Kemal - COŞKUN, Bayram, Kamu Yönetiminde Çağdaş Yaklaşımlar, Ankara, 2003, s. 117.

⁹³ 4982 sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanunu-m.1: "Bu Kanunun amacı; demokratik ve şeffaf yönetimin gereği olan eşitlik, tarafsızlık ve açıklık ilkelerine uygun olarak kişilerin bilgi edinme hakkını kullanmalarına ilişkin esas ve usulleri düzenlemektir".

⁹⁴ D12D, T. 29.12.2008, E. 2006/6124, K. 2008/7315, www.uyap.gov.tr.

⁹⁵ Bilgi Edinme Hakkı Kanunu Tasarısı ile Avrupa Birliği Uyum ve Adalet Komisyonları Raporları, www.tbmm.gov.tr.

⁹⁶ Avrupa Birliği Temel Haklar Bildirgesi-m. 41: Genel İdari Usul Yasa Tasarısı- Dinlenilme Hakkı-m. 25.

manda AB politikalarının orantılı bir şekilde uygulanmasına ve en uygun düzeyde kararların alınmasına bağlı olduğu vurgulanmaktadır⁹⁷. Kamu Yönetiminin Temel İlkeleri ve Yeniden Yapılandırılması Hakkında Kanun Tasarısının 1. maddesinin gerekçesinde etkinlik unsuru etkililik kavramı ile ifade edilmekte ve bu kavramın "kamu hizmetlerinin sunulmasında esas alınacak kavramlardan" olduğu vurgusu bulunmaktadır. Tasarıda kavram, "*hedeflere ulaşma düzeyini ve bir faaliyetin planlanan sonucu ile gerçekleşen fiili durum arasındaki oran*" olarak ifade edilmektedir.

Etkililik⁹⁸ kavramına ek olarak tasarı gerekçesinde kamu hizmetlerinin sunulmasında esas alınacak kavram vurgusu ile "verimlilik" ve "performans" kavramları da açıklanmıştır. Buna göre verimlilik kavramı, "*mallar, hizmetler ve diğer sonuçlar (çıkartılar) ile bunların üretiminde kullanılan kaynaklar (girdiler) arasındaki ilişkiyi; aynı girdi ile en çok çıktının elde edilmesi veya aynı çıktının en az girdi ile uygun kalite dikkate alınarak sağlanmasını*"; performans kavramı ise, "*kamu kurum ve kuruluşlarının hizmet üretiminde ekonomiklik, verimlilik ve etkililik düzeyini*" ifade etmektedir. Tasarıdan hareketle iyi yönetişimin etkinlik unsuru, "etkililik", "verimlilik" ve "performans" olarak üç alt kategorinin birleşmesinden oluştuğunu ifade edebiliriz.

Merkezi idarenin zaman içerisinde birçok görev ve yetkiyi üstlenmek suretiyle aşırı bir şekilde buyurduğu ve buna bağlı olarak hantallaşmış etkililiğinin azaldığı gerekçesiyle iyi yönetişimin unsuru olan etkinliğin artırılması amacıyla yapılan düzenleme ile; mahalli idarelerin uygulama kapasiteleri artırılması ve diğer yandan ayrıntılardan kurtulmuş ve günlük uygulamalardan soyutlanmış merkezi idarenin, asli işlevlerine dönerek strateji geliştirme ve denetleme alanında yoğunlaşması amaçlandığı ifade edilmiştir⁹⁹.

Tasarı iyi yönetişimin bir unsuru olarak idarenin etkinleştirilmesini şu yöntemlerle sağlamayı öngörmekteydi. Bu kapsamda;

- Yönetimin bütün kademelerinde gerçekleştirilen faaliyet ve programların planlanması, uygulanması ve kontrolü aşamalarında ekonomikliğin, verimliliğin ve etkinliğin performans denetimi ile sağlanması (m. 39/c),
- Kamu kurum ve kuruluşları, insan gücü ve maddi kaynaklarını etkili ve verimli şekilde kullanması ve bu amaçla kendi aralarında işbirliği yapmaları gerektiği (m. 5/i),

⁹⁷ COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES, s. 10.

⁹⁸ "Etkililik, kararların uygun seviye ve zamanda alınması ve ihtiyacı karşılamasıdır", KARAKUL, s. 78.

⁹⁹ İdarenin bütünlüğü ilkesine aykırı olan bu düzenlemenin Anayasa aykırı olmakla birlikte üniter devlet yapısını da bozma tehlikesinin bulunduğu ifade edilmektedir, OK, Abdullah, "Küreselleşme, Devlet ve Kamu Yönetimi Temel Kanunu Tasarısı", 2023 Dergisi, S. 34, 2004, s. 18.

- Kamu hizmetlerinin daha etkili, verimli ve süratli şekilde görülmesi için, merkezi idare veya mahalli idarelere ait hizmetlerden kanunlarda öngörülenlerin gerektiğinde üniversitelere, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarına, hizmet birliklerine, özel sektöre ve alanında uzmanlaşmış sivil toplum örgütlerine gördürülebileceği (m. 11),
- Bakanlıklar ile bağlı ve ilgili kuruluşların teşkilatlanmasında etkili ve verimli bir yapı kurulması amacıyla, kurum ve kuruluşların görev, yetki ve sorumlulukları tanımlanacağı ve benzer nitelikteki hizmet ve görevlerin birden fazla kurum ve kuruluşa verilemeyeceği (m. 12/2), düzenleme altına alınmıştır.

5. Tutarlılık

Beaz Kitap'a göre tutarlılık, uygulanan politika ve alınan kararların uyumlu olmasını ve kolay anlaşılabilir olması anlamına gelmektedir¹⁰⁰.

Tutarlılık kavramı, Kamu Yönetiminin Temel İlkeleri ve Yeniden Yapılandırılması Hakkında Kanun Tasarısının sadece "denetim" başlıklı 38. maddesinde geçmektedir. Söz konusu maddede yapılacak denetimin amaçlarından birinin yönetim ve kontrol sistemlerinin geçerli, güvenilir ve tutarlı hale gelmesine rehberlik etmek olduğu ifade edilmektedir.

Beaz Kitap yukarıda yer alan 5 unsurun da ayrı ayrı öneme sahip olduğunu ifade ettikten sonra, iyi yönetimin tam manasıyla uygulanabilmesinin ancak beş unsurun da kümülatif birlikteliği ile mümkün olabileceğine vurgu yapmaktadır¹⁰¹.

B. Türk İdaresindeki İyi Yönetişim İlkesinin Görünümü¹⁰²

1. Hukuka Uygun Davranan İdare, İyi İdaredir.

Konuyu genel bir çerçevede ele alındığında yönetim, hukukun üstünlüğünün idarenin yardımıyla toplumsal düzene hâkim olmasıdır. Hukukun üstünlüğü ilkesi kavramı kamusal yaşama egemen olduğunda iyi yönetim ilkesi de kendine mutlaka yer bulur.

İyi yönetim, hukukun üstünlüğü anlayışının toplumsal hayata hâkim olmasıdır. Toplum, kişilerin üstünlüğünden ziyade hukukun üstünlüğüne olan inancın artma-

¹⁰⁰ COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES, s. 10.

¹⁰¹ COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES, s. 10.

¹⁰² İyi yönetimin temel özellik ve başlıca unsurları "*hukukun üstünlüğü, yönetimde açıklık, hesap verme, yönetim ahlaki, rekabete ve piyasa mekanizmalarına işlerlik kazandırma, toplumu güçlendirme (empowerment), dijital devrime uyum, etkin sivil toplum ve katılım, denetim, toplam kalite, kurallar ve sınırlamalar, yerinden yönetim (desantralizasyon)*" şeklinde başlıklandırılmaktadır, AKTAN, s. 57.

sıyla iyi yönetiliyor hale gelir. Modern devletler, başta anayasa olmak üzere düzenleyici işlemler vasıtasıyla konan yasaklayıcı, önleyici ve cezalandırıcı yaptırımlarla yönetilir. Ancak bunun aksine, yasama organının birer parçası olan meclis üyelerinin kanunları ve genel olarak hukuk kurallarını bertaraf etmeleri, yani yönetimde keyfilik olarak değerlendirilen bu anlayışa sahip olmaları, iyi yönetişimin yerle bir olmasına sebebiyet verir¹⁰³. Bu açıdan bir yönetimin iyi olup olmadığının tayin ve tespitinde, konulan kurallara bireylerin ne kadar riayet ettiğinden ziyade yöneticilerin söz konusu kurallara gösterdiği saygı son derece önemlidir. Yöneticilerin kurallara uyması aynı zamanda hukuk devletinin gereklilikleri arasındadır.

Nitekim hukuk devleti ilkesi iyi idareyi gerçekleştirmek amacıyla devletin kural tanımaksızın her türlü tasarrufta bulunabileceği polis devleti ilkesinin karşıtıdır¹⁰⁴.

Bir uyuşmazlıkta, davalı kurumun faaliyeti yerine getirirken hukuki güvenlik ve belirlilik ilkelerine ters düşmeyecek bir şekilde karar almasının iyi yönetim ilkesinin gereği olduğu vurgulanmıştır¹⁰⁵. Başka bir uyuşmazlıkta, denetim faaliyetlerinde objektifliğin ve öngörülebilirliğin sağlanması açısından kurumun kendi faaliyetlerine sınırlama getirmesi, iyi yönetim ilkesinin bir gereği olarak değerlendirilmiştir¹⁰⁶. Ayrıca hukuka uygun davranan idarelerin iyi idare ilkesi gereğince hatalı işlemlerinin neticelerini herhangi bir başvuru olmaksızın resen düzeltmeleri beklenir¹⁰⁷.

2. Ayrımcılık Yapmayan ve Eşit Davranan İdare, İyi İdaredir.

Anayasanın 10. maddesi, "Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir. Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınmaz. Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar" şeklindedir.

İdare hukuku alanında eşitlik, kamu hizmetinin genel ilkelerinden biridir. Bu kapsamda idare, kamu hizmetini dilediğine sunmakta özgür olmadığı gibi, benzer du-

¹⁰³ ORALALP ÇİÇEKOĞLU, s. 121.

¹⁰⁴ KARAHANOĞULLARI, İdarenin Hukukla Kavranması, s. 49.

¹⁰⁵ Ankara Bölge İdare Mahkemesi 8İDD, T. 29.05.2019, E. 2019/1464, K. 2019/1294 sayılı kararı, www.uyap.gov.tr.

¹⁰⁶ D13D, T. 07.03.2019, E. 2015/1473, K. 2019/703 sayılı kararı, www.uyap.gov.tr.

¹⁰⁷ AYM, T. 22.03.2018, E. 2014/7970 sayılı kararı, RGT. 12.04.2018, RGN. 30389; "İdari eylemi sonucunda kişilere verdiği zararı kendiliğinden tazmin etmeye yönelik dava konusu işlem "iyi idare" anlayışına uygun olduğu" yönünde, İstanbul 4. İdare Mahkemesi, T. 30.10.2017, E. 2016/2454, K. 2017/2124 sayılı kararı, www.uyap.gov.tr.

rumda bulunanlara aynı, farklı durumda bulunanlara da farklı şekilde sunulmalıdır. Ayrıca kamu hizmetinin tarafsızlığı ilkesi, "ayrımcılık yapmama" yükümlülüğünü de içermektedir.

İyi idare, hem eylemlerinde hem de işlemlerinde ayrımcılık yapmamalı ve eşit davranmalıdır. İyi idare, kamu hizmetinden yararlananlar arasında din, dil, ırk, mezhep, siyasi görüş, memleketi yönünden ayırım yapmaz. İyi idare partizanca hareket etmez.

Bazı durumlara özgü olarak Anayasa koyucu, ayrımcılık yasağını özel olarak düzenlemiştir. Örneğin, kamu hizmetlerine girme hakkının düzenlendiği Anayasanın 70. maddesinde, "Her Türk, kamu hizmetlerine girme hakkına sahiptir. Hizmete alınmada, görevin gerektirdiği niteliklerden başka hiçbir ayırım gözetilemez" hükmü yer almaktadır. Kamu hizmetine girme bakımından Anayasanın bu hükmü, önemli bir iyi idare ölçütüdür. İyi idare, kamu hizmetine girme yönünden yaptığı düzenleyici işlemlerde objektif kıstaslar belirler, ayrımcılık yapmaz. Özellikle mülakat uygulamasını sınırlar. Mülakat yapacak ise, mülakatlarda tarafsız davranır, adam kayırmaz. Aksi bir uygulama iyi idareden uzaklaşıldığının göstergesidir.

Danıştay, konuya ilişkin bir uyuşmazlıkta *"mezun olduğu en üst öğretim düzeyinden sınava giren adayların, mezun olduğu alt öğrenim düzey(ler)indeki kadrolara başvuru yapmasının engellenmesi, ... mezun olduğu lisans programı ile atanma imkanı bulamayıp, daha fazla istihdam imkanı bulunan önlisans programlarını bitiren ya da önlisans mezunu olup (kültür ve donanım seviyesini artırmak, yeteneklerini geliştirmek, zorunlu askerlik hizmetinin süresini kısaltmak ve benzeri sebeplerle) bir lisans programı okumak isteyen on binlerce adayın mağduriyetine neden olacağı gibi Anayasa'da yer alan, hizmete alınmada görevin gerektirdiği niteliklerden başka bir ayırım gözetilemeyeceği hükmüne ve eşitlik ilkesine aykırılık teşkil ettiğine"* karar vermiştir¹⁰⁸.

3. Usuli Güvencelere Uyan İdare, İyi İdaredir.

Kamusal ve sosyal hizmetleri iyileştirmek, halkın ekonomik ve sosyal refahını sağlamak için ilk olarak, idarelerin bireyleri etkileyen iş ve işlemlerinde önceden tespit ettiği usul ve kurallara uymalarının sağlanması dolayısıyla iyi yönetişimin tesisi gerekli ve zorunludur¹⁰⁹.

Usuli güvenceler, kişilerin haklarının teminat altına alınmasını sağlar. Adil yargılanma hakkı da usuli güvenceler kapsamında değerlendirilir ve bu hak sayesinde

¹⁰⁸ D12D, T. 26.06.2019, E. 2016/6599, K. 2019/5371 sayılı kararı; Aynı yönde D12D, T. 05.03.2019, E. 2016/10725, K. 2019/1528 sayılı kararı, www.uyap.gov.tr.

¹⁰⁹ ABDİOĞLU, s. 80.

yargılama hukuka uygun bir şekilde gerçekleştirilir. İyi bir idare, yönetişimin gereği olarak usuli güvenceler çerçevesinde bireyin hak kaybını önlemekle yükümlüdür.

Örneğin, disiplin hukuku yönünden mevzuatta yer alan başta savunma hakkının kullanılmasında, ithamın açıklanması, savunma yapabilmesi için gereken bilgi, belge ile yeterli süre verilmesi ve disiplin cezası verebilecek kişi ve kurulların açıkça gösterilmesi gibi güvencelere uygun davranan idare¹¹⁰ iyi yönetim gösterir.

4. Şeffaf, Katılımcı, Hesap Veren, Etkin ve Tutarlı İdare, İyi İdaredir.

İyi yönetim idarenin şeffaf olmasını gerektirir. Şeffaflık, devletin ekonomik, siyasi, idari ve sosyal konularda aldığı kararlara ve yaptığı uygulamalara, bireyler tarafından zamanında ve güvenilir bir biçimde erişilebilmesidir¹¹¹. Şeffaflık ilkesini tamamlayan haklardan en önemlisi de bilgi edinme hak ve özgürlüğüdür. Danıştay bir kararında; şeffaf idarenin, bireylerin kendileri veya faaliyet alanlarıyla ilgili konularda tarafsızlık ve açıklık ilkeleri temelinde bilgi edinme haklarını kullanmalarını gerektirdiğini belirtmiştir¹¹².

Danıştay başka bir kararında, sınavda sorulan soruların belli bir kısmının davalı idarece yayımlanmamasını hukuki güvenlik, açıklık ve şeffaflık ilkelerine aykırı görmüş ve sınavda sorulan sorular, cevapları ile cevap anahtarının kendisine verilmesi talebiyle yaptığı başvurunun reddini ise hukuk devletinin vazgeçilmez ilkelerinden olan "hak arama özgürlüğü", "adil yargılanma hakkı" ve "mahkemeye başvuru hakkı"nın engelleyici nitelikte bulmuştur¹¹³. Bu karardan da anlaşılacağı üzere, iyi yönetişimin gereği olan şeffaflık ilkesinin ihlali, hak arama özgürlüğü ve adil yargılanma hakkını da doğrudan etkilemektedir. Bu nedenle şeffaflığı gerektiren iyi yönetim, hukuk devletinde olmazsa olmazlardandır.

Başka bir uyuşmazlıkta, *"işlem tesisine muktedir davalı idarenin davacının şahsıyla ilgili ve hukuki durumunu etkileyen (yasayla korunmuş bir gizlilik durumu bulunmayan ve üçüncü bir kişiye ilişkin olmayan vb) işlemi (işlem içeriğinde, işlemin sebeplerini/ gerekçelerini, hangi kanun yolları ve mercilere başvurulacağını ve de sürelerini*

¹¹⁰ D5D, T. 20.12.2018, E. 2016/15813, K. 18644 sayılı kararı, www.uyap.gov.tr.

¹¹¹ D8D, T. 11.12.2015, E. 2015/857, K. 2015/11924 sayılı kararı, www.uyap.gov.tr.

¹¹² D12D, T. 27.6.2005, E. 2004/2237, K. 2005/2633 sayılı kararı, www.uyap.gov.tr.

¹¹³ D8D, T. 11.12.2015, E. 2015/857, K. 2015/11924 sayılı kararı; Aynı yönde D8D, T. 28.03.2017, E. 2016/14295, K. 2017/2053 sayılı kararı, D8D, T. 03.11.2016, E. 2015/15170, K. 2016/8431 sayılı kararı, www.uyap.gov.tr; Başka bir uyuşmazlıkta, disiplin cezası uygulama sürecini başlatan tutanak, ihbar, şikayet ve benzeri şekilde idarenin ceza tesis etmeden önceki öğrenme sürecinin de açık, anlaşılır, net ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde gelişim göstermiş olmasının, ilgililerin haksız ithamlarla disiplin soruşturması ve cezalandırma sürecine maruz bırakılmaması açısından önemli olduğuna karar verilmiştir, D5D, T. 20.12.2018, E. 2016/15813, K. 18644 sayılı kararı, www.uyap.gov.tr.

de içerecek şekilde) Anayasanın 40. maddesi hükümlerini, demokratik ve şeffaf yönetimin gereği olan eşitlik, tarafsızlık ve açıklık ilkelerine (ki bunlar iyi idare ilkeleridir) uygun olarak/dikkate alarak davacıya tebliğ etmesi gerekirken, bu hükümlere aykırı şekilde asıl işlemi bir üst yazıya bağlamak ve içerik bilgilendirmesi yapılmak suretiyle oluşturulan süreç hukuka aykırı görülmüştür"¹¹⁴.

Yönetişim/iyi yönetim kavramı Türk Hukukunda da kullanılmaya başlayan kavramlardandır. Türk Hukukunda yönetim kavramının kullanıldığı temel mevzuat 08.10.2006 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanan Kent Konseyi Yönetmeliğidir¹¹⁵. Bu yönetmeliğe göre yönetim ise, saydamlık, hesap verebilirlik, katılım, çalışma uyumu, yerindelik ve etkinlik gibi kriterlere dayanan, çok aktörlü ve toplumsal ortaklıklara dayalı yönetim anlayışını ifade etmektedir (m. 4/d). Kent Konseyi Yönetmeliği'nde öngörülen yönetim kriterleri, Avrupa Komisyonu tarafından hazırlanan İyi Yönetim Beyaz Kitabında öngörülen iyi yönetim unsurlarıyla birebir uyumlu olduğu görülmektedir. Kent Konseyi Yönetmeliği'nde öngörülen yönetim kriterleri kent konseyi için öngörülmüş ise de, etki ve kriterleri açısından tüm yönetim teşkilatı için emsal alınacak kapsam ve ağırlıktadır.

Merkezi yönetimi, yerel yönetimi, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarını ve sivil toplumu ortaklık anlayışı ile buluşturmak üzere oluşturulan kent konseyi; mahallin en büyük mülki idare amiri veya temsilcisi, belediye başkanı veya temsilcisi, kamu kurum ve kuruluşlarının temsilcileri, mahalle muhtarları, siyasi partilerin temsilcileri, üniversite temsilcisi, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının, sendikaların, noterlerin, baroların ve ilgili dernekler ile vakıfların temsilcilerinden oluşmaktadır (m. 8). Bu haliyle kent konseyinin ön plana çıkan tarafı katılımçılıktır. İyi yönetimin en önemli unsuru katılımçılıktır.

Anayasa Mahkemesi bir kararında, iptali istenen kuralın, "*Vakıflar Genel Müdürlüğünün en üst karar organı olarak görev yapan Vakıflar Meclisine, üzerinde tasar-*

¹¹⁴ İstanbul Bölge İdare Mahkemesi 7İDD, T. 10.07.2017, E. 2017/244, K. 2019/1102 sayılı kararı, www.uyap.gov.tr.

¹¹⁵ İyi idare kavramına yer verilen bazı düzenlemeler şunlardır: Kamu Denetçiliği Kurumu Kanununun Uygulanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik, Sayıştay Denetim Yönetmeliği, 2018/3 sayılı Yetiştiriciliği Yapılan Balıkların Refahına İlişkin Genelge, Aynı Yerleşke İçindeki Hastanelerin Müşterek Yönetimine ve İşleyişine Dair Yönerge, Bahçeşehir Üniversitesi Uluslararası Liderlik Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği; İyi yönetim kavramına yer verilen bazı düzenlemeler şunlardır: 4 numaralı Bakanlıklara Bağlı, İlgili, İlişkili Kurum ve Kuruluşlar ile Diğer Kurum ve Kuruluşların Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, 5 numaralı Devlet Denetleme Kurulu Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, 2004/27 sayılı Kamu Görevlileri Etik Kurulu Hakkında Başbakanlık Genelgesi, 656 sayılı Türk İşbirliği ve Koordinasyon Ajansı Başkanlığı ile İlgili Bazı Düzenlemeler Hakkında Kanun Hükmünde Kararname.

rufta bulunduğu vakıfların da üye seçebilmesine, bir başka ifadeyle "iyi yönetim" ilkelerinden birisi olan katılımcılık ilkesinin vakıflar yönetimine dâhil edilmesine olanak tanıdığı yönündeki gerekçesiyle¹¹⁶, hem yönetim kavramına hem de yönetim ilkesinin katılımcılık unsuruna vurgu yapmıştır.

Yönetişim kavramı ve yönetişimin unsurlarından olan katılımcılığın vurgulandığı başka bir uyuşmazlıkta Danıştay, "Kılavuz Kaptanların Yeterlikleri, Eğitimleri, Belgelendirilmeleri ve Çalışma Usulleri Hakkında Yönetmeliğin 21. maddesinin 1. fıkrasının (c) ve (ç) bentlerinin iptali istemiyle açılan davada, "Yönetmeliğin 21/1- (c) bendinde, teknik ve idari tahkikatı yapması öngörülen komisyonun yapısına idarenin yanı sıra, yetkili kılavuzluk teşkilatı, kılavuzluk mesleği ile ilgili dernek, oda ve benzer bağımsız meslek kuruluşunun da katılması sağlanarak, kaza veya araştırılıp incelenmesi gereken olayın araştırılmasında, kılavuz kaptanların üyesi oldukları ve haklarını savunan derneklere yer verilerek, "yönetişim" gerçekleştirilerek, kılavuz kaptan hakkında verilecek kararda objektifliği sağlamaya yönelik bir düzenleme getirildiği" yönünde karar vermiştir¹¹⁷.

Konuya ilişkin başka bir uyuşmazlıkta, "ilgililerin muvafakat taleplerinin değerlendirilmesinde kurumun atamaya yetkili amirinin bireysel takdir yetkisinin bulunmasına karşın, bu kişiselleştirilmiş yetkinin kurum paydaşlarının görüş ve önerileri de sürece dahil edilmek suretiyle kolektif bir irade ile "kamusal, hukuksal ve iyi yönetim anlayışına" dönüştürülmesi hukuken makbul bir durum olarak" değerlendirilmiştir¹¹⁸. Bu kararda, bireysel yetkinin kurum paydaşlarının görüş ve önerileri de sürece dahil edilmek suretiyle kolektif bir iradeye dönüştürülmesiyle, iyi idarenin katılımcılık ilkesine hizmet edildiği yaklaşımıyla, yönetim ilkesinin katılımcılık unsuruna farklı ve zengin bir bakış açısı getirildiği söylenebilir.

İyi yönetişimin diğer unsurlarında biri de etkinliktir. Danıştay bir uyuşmazlıkta, "kamu yönetim anlayışını değiştiren birçok hukuki düzenlemelerin son yıllarda yürürlüğe konulduğu, hiyerarşik bürokrasi ve otoriteye dayalı politika oluşturma ve uygulama sürecini içeren eski yönetim anlayışı yerini vatandaş taleplerine duyarlı yeni yönetim anlayışına terk ettiği, bu nedenle idari kadrolarda görev verilen yöneticilerin hem vatandaşın taleplerine duyarlı olması hem de değişen ve gelişen ihtiyaçları yönetebilecek ve bağlı bulunduğu idarede üst amirleri ile işbirliği ve koordinasyon içinde çalışabilme yetkinliğine sahip olması gerektiği, idarenin geniş takdir yetkisi kapsa-

¹¹⁶ AYM, T. 17.06.2010, E. 2008/22, K. 2010/82 sayılı kararı, RGT. 11.01.2011, RGN. 27812.

¹¹⁷ D10D, T. 20.1.2012, E. 2007/3725, K. 2012/75 sayılı kararı, www.uyap.gov.tr.

¹¹⁸ İstanbul Bölge İdare Mahkemesi 7İDD, T. 26.02.2019, E. 2018/1776, K. 2019/382 sayılı kararı, www.uyap.gov.tr.

mında atama yaptığı kadrolar genelde bu tür üst düzey idari kadrolar olup, bu kadrolarda ihtiyaç duyulduğunda değişimin sağlanması yeni yönetim anlayışının kaçınılmaz bir gereği olduğu, görevde yükselme sınavına tabi olmayan üst düzey kamu yöneticilerinin, kamu kurum ve kuruluşlarının geleceğe dönük planlarını ve politikalarını saptayan, bu plan ve politikalarındaki hedefleri gerçekleştirmek için gerekli kaynakları ve bu kaynakların kullanım yerlerini belirleyen ya da bu kişilerin emir ve direktifleri yönünde uygulamayı yapan veya onlara yardımcı olan kişiler oldukları; ayrıca, 657 sayılı Devlet Memurları Kanununda atama yapma ve görevden alma konusunda idareye tanınan takdir yetkisinin bu tür kadrolar için daha geniş olduğu, bu görevlerden (daire başkanlığı) başka görevlere atanmaya ilişkin işlemlerin kazanılmış hakları veya genel olarak hukuk güvenliği ilkesini ihlal eden bir yönü bulunmadığı" yönünde karar vermiştir¹¹⁹. Danıştay bu kararında, hiyerarşik bürokrasi ve otoriteye dayalı politika oluşturma ve uygulama sürecini içeren eski yönetim anlayışı yerini vatandaş taleplerine duyarlı yeni yönetim anlayışına terk ettiğini belirtmek suretiyle, yönetişimin hesap veren ve özellikle etkinlik unsurlarının ön plana çıkardığını söylemek mümkündür. Başka bir anlatımla Danıştay, idarenin etkin olabilmesi için üst düzey kamu yöneticilerinin atanmasında geniş takdir yetkisine sahip olduğunu kabul etmiştir.

Yönetişim kavramının ele alındığı diğer bir mevzuat ise 2006/3 sayılı Başbakanlık Genelgesidir. 20.01.2006 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanan 2006/3 sayılı Başbakanlık Genelgesi'yle yürürlüğe giren şimdiki adıyla CİMER (eski adıyla BİMER) uygulamasıyla ilgili olarak, söz konusu Genelgede; "günümüzde kamu yönetimi literatüründe "yönetişim" ve "yönetime katılma" kavramları ön plana çıkmıştır. Yönetim tekniği olduğu kadar bir değeri de ifade eden bu kavramların hayata geçirilebilmesi için yurttaşların yönetime ilişkin şikayet, talep, görüş ve önerilerini kolayca iletebilmelerine yönelik iyi işleyen, hızlı ve etkin bir sistemin kurulması, yönetimin başarısı için olduğu kadar, demokrasinin sağlıklı bir biçimde işlemesi açısından da vazgeçilmez bir gerekliliktir. Bu şikayet, talep, görüş ve önerilerin derhal işleme alınıp değerlendirilmesi, sonuçlandırılması ve ilgisine süratle cevap verilmesi de aynı derecede önem taşımaktadır. Bu düşünceler ışığında, kamu kurum ve kuruluşlarının halkla ilişkiler uygulamalarına ilişkin yeni bazı düzenlemelerin yapılması uygun görülmüştür" düzenlemesine yer verilmiştir. Söz konusu genelgede, yönetişim ilkesinin şeffaflık, katılımçılık ve hesap verme unsurlarının vurgulandığı görülmektedir. Bir uyuşmazlıkta, Devlet memurunun

¹¹⁹ D5D, T. 08.06.2017, E. 2016/26122, K. 2017/16354 sayılı kararı; Strateji Geliştirme Başkanlığı yürütenlerin ataması hakkında benzer yönde D5D, T. 19.06.2018, E. 2016/7425, K. 2017/15049 sayılı kararı, www.uyap.gov.tr.

göreviyle ilgili bir hususta doğrudan CİMER'e yaptığı şikâyet başvurusu, Kanunda ön-görülen silsile atlanıldığı için disiplin suçu kapsamında kabul edilmiştir¹²⁰. Memur olan ilgilinin göreviyle ilgili de olsa CİMER'e yaptığı şikâyet başvurusunu, yönetim ilkesi gereği hesap veren ve şeffaf idare kapsamında disiplin suçu kapsamında görülmemesi gerektiğini düşünmekteyiz. Bu nedenle aksi yöndeki karara katılmıyoruz.

İyi yönetim, idarenin tutarlı olmasını da gerektirir. Anayasa Mahkemesine göre iyi yönetim ilkesi, "*kamu yararı kapsamında bir konu söz konusu olduğunda kamu makamlarının uygun zamanda, uygun yöntemle ve her şeyden önce tutarlı olarak hareket etmelerini*" gerektirir¹²¹.

5. Nezaket, Saygınlık, Güven, Ahlak, Dürüstlük, Titizlik Gibi Etik İlkelere Riayet Eden İdare, İyi İdaredir.

İyi yönetim ilkesi kapsamında idare nezaket, saygınlık güven, dürüstlük, tarafsızlık, savurganlıktan kaçınma gibi etik ilkelere riayet etmelidir. İdare, işlem ve eylemlerini ajanları eliyle gerçekleştirir. Etik ilkelere riayet eden idareden maksat, idarenin ajanlarının sayılan etik kurallarına riayet etmesidir. Bu amaçla, 5176 sayılı Kamu Görevlileri Etik Kurulu Kurulması ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun kabul edilmiştir. Bu Kanuna göre dayanarak Kamu Görevlileri Etik Başvuru İlkeleri ile Başvuru Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik çıkarılmış ve 13.04.2005 tarihli Resmi Gazetede yayımlanmıştır. Bu yönetmeliğe göre, kamu görevlilerinin etik davranış ilkeleri; dürüstlük ve tarafsızlık, saygınlık ve güven, nezaket ve saygı, çıkar çatışmasından kaçınma, görev ve yetkilerin menfaat sağlamak amacıyla kullanılmaması, hediye alma ve menfaat sağlamama, savurganlıktan kaçınma, bilgi verme, saydamlık ve katılımcılık, mal bildiriminde bulunmadır (m. 5-22).

¹²⁰ Konuya ilişkin uyuşmazlıkta, "*Trafik Denetleme İstasyon Amirliği bünyesinde teknisyen yardımcısı olarak görev yapan davacı tarafından, hakkında yapılan kurum içi görevlendirmelere ve iş yerinde mevcut olduğunu ileri sürdüğü durumlara yönelik olarak CİMER'e yapılan şikâyet başvurusunun, ancak 657 sayılı Kanun'un yukarıda yer verilen 21. maddesi düzenlemelerine göre, söz veya yazı ile en yakın amirinden başlayarak silsile yoluyla şikâyet edilen amirler atlanarak yapılmasının gerektiği, davacının ise bu prosedüre uymayarak ve söz konusu prosedüre göre yapacağı bir başvuru süreci tamamlanmadan doğrudan 2006/3 Başbakanlık Genelgesi'yle yürürlüğe giren ve esasen bir halkla ilişkiler uygulaması olan CİMER'e başvuruda bulunduğu, dolayısıyla davacının 657 sayılı Kanun'un 21. maddesindeki düzenlemeye aykırı davranarak 682 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 8/2-b maddesindeki "Mevzuatta belirlenmiş usul ve kurallara riayet etmeden sözlü, yazılı veya elektronik olarak müracaat veya şikâyette bulunmak" fiilini işlediği sonucuna varılmıştır". İstanbul Bölge İdare Mahkemesi 2İDD, 26.04.2019, E. 2018/2565, K. 2019/859 sayılı kararı, www.uyap.gov.tr.*

¹²¹ AYM, T. 28.11.2018, E. 2015/18918 sayılı kararı, RGT. 17.01.2019, RGN. 30658; AYM, T. 25.02.2015, E. 2013/3457 sayılı kararı, RGT. 27.05.2015, RGN. 29368; AYM, T. 21.03.2019, E. 2015/13201 sayılı kararı (bireysel başvuru); Gaziantep BAM 10HD, T. 01.02.2017, E. 2017/44, K. 2017/109 sayılı kararı, www.uyap.gov.tr.

Kamu Görevlileri Etik Kurulu Kurulması Hakkında Kanunda ve bu kanuna dayanılarak çıkarılan yönetmelikte açık olarak iyi yönetim veya yönetişim kavramına yer verilmemiş ise de¹²², kamu görevlilerinin uyması gereken ve iyi yönetişim için gerekli olan ilkelere yer verildiği görülmektedir. Diğer bir ifadeyle yönetmelikte sayılan etik ilkeler, idarenin iyi yönetişim olması yolunda önemli bir baskı aracı ve çerçeve olduğu söylenebilir. Kamu görevlileri, görevlerini yürütürken bu Yönetmelikte belirtilen etik davranış ilkelerine uymakla yükümlüdürler (m. 23).

Kamu Görevlileri Etik Kurulu, başvuru üzerine veya resen kamu görevlisinin etik davranış ilkelerine aykırı işlem ve eylemi olduğunu tespit etmesi halinde bu durumu Kurul kararı olarak Resmî Gazete aracılığıyla kamuoyuna duyurur (m. 39). Bu işleme karşı idari yargı merciine başvurulabilir.

İdari yargıda davaya konu birçok uyuşmazlıkta, kamu görevlilerinin işlem ve eylemlerinin etik davranış ilkelerine aykırı olup olmadığı yönünde kararlar verilmektedir. Bir uyuşmazlıkta, *"kamu görevlilerinin, hukuka uygun işlem yapmalarının yanı sıra, etik mevzuat çerçevesinde kamu hizmetinde olması gereken saydamlık, katılımcılık, hesap verilebilirlik ve kamu hizmetinden yararlananlara açıklayıcı bilgi verme yükümlülüğü gibi ilkelere uygun davranmasının da gerektiği, belirtilen ilkelere uygun hareket etmediği anlaşılan davacı hakkında tesis edilen işlemde hukuka aykırılık görülmediği gerekçesiyle reddi yolundaki kararın onanmasına"* karar verilmiştir¹²³.

Başka bir uyuşmazlıkta, www.mem.....net adlı kamu haber internet sitesinin sahibi olan davacı tarafından, internet sitesinde haber görseli olarak fotoğrafına yer verilen Milli Eğitim Bakanlığı Müsteşarı bir TV ekranında sayın Müsteşar tarafından "yarın yayınlanacak" şeklindeki beyanına rağmen halen sözleşmeli öğretmen alım klavuzunun neden yayınlanmadığı hususunun gündeme getirilmesinden sonra adı geçen

¹²² 2004/27 sayılı Kamu Görevlileri Etik Kurulu Hakkında Başbakanlık Genelgesi: "Kamu yönetiminde etik davranış ilkelerine uygunluğun iyi yönetişimin temeli olduğu bilinciyle, kamu görevlilerinin uyması gereken etik davranış kuralları ve hediye alma yasağının kapsamı ile bu kuralların ihlali iddiasıyla yapılacak başvurularda izlenecek yönetime ilişkin yönetmelikler Kurul tarafından hazırlanacak ve kamuoyuna duyurulacaktır".

¹²³ D2D, 15.10.2019, E. 2019/1308, K. 2019/5074 sayılı kararı, www.uyap.gov.tr; Başka bir uyuşmazlıkta, *"somut olayda müdahilin BİMER başvurusundan kısa bir süre sonra 7640 aday arasından geçici görev yerleri arasındaki en uzak yerlerden birine gönderilmesinin Kamu Görevlileri Etik Davranış İlkeleri ile Başvuru Usul ve Esasları Hakkında Yönetmeliğin 9 uncu maddesinde yer alan "Dürüstlük ve Tarafsızlık" ilkesinin birinci ve ikinci fıkralarındaki "Kamu görevlileri; tüm eylem ve işlerinde yasallık, adalet, eşitlik...ilkeleri doğrultusunda hareket ederler" ve "Kamu görevlileri, takdir yetkilerini, kamu yararı ve hizmet gerekleri doğrultusunda, her türlü keyfilikten uzak, tarafsızlık ve eşitlik ilkelerine uygun olarak kullanırlar." hükmünü ihlal eder nitelikte olduğundan dava konusu işlemde hukuka aykırılık, aksi yöndeki mahkeme kararında yasal isabet görülmediği"* yönünde Ankara BİM 12İDD, 28.03.2019, E. 2019/360, K. 2019/551 sayılı kararı, www.uyap.gov.tr.

internet sitesine erişim yasağı getirilmesi üzerine Müsteşar etik ilkelerinin ihlalinde bulunduğu tespitine karar verilmesi istemiyle Kamu Görevlileri Etik Kuruluna yapılan başvurunun reddine ilişkin kararın iptali istemiyle açılan davada¹²⁴; "*anılan internet sitesinin kamu görevlilerini ilgilendiren haberler ile birlikte diğer ulusal haber sitelerinde de yayınlanan haberleri yayınladığı hususu dikkate alındığında diğer ulusal haber sitelerine (... ajansı gibi) belirli erişim kısıtlamalarına rağmen tamamına yönelik bir erişim kısıtlamasına gidilmeyerek bahse konu internet sitesine erişimin tamamıyla kısıtlanmasının Kamu Görevlileri Etik Davranış İlkeleri ile Başvuru, Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmeliğin 9'uncu maddesindeki gerçek veya tüzel kişilere öncelikli, ayrıcalıklı, taraflı ve eşitlik ilkesine aykırı muamele yapılamayacağı hükmüne aykırı bir tutum ve davranış içerdiği açık olup, davacının sahibi olduğu www.mem...net adlı sitenin yukarıda yapılan açıklamalar doğrultusunda diğer haber sitelerinden ayrı kategorize edilerek erişiminin tamamıyla kısıtlanmasının tarafsızlık ve eşitlik ilkesine aykırı bir davranış olduğu, dolayısıyla Milli Eğitim Bakanlığı Müsteşarı olan... 'in etik ilkeleri ihlalinde bulunduğu kanaatine varıldığından davacının başvurusunun reddine dair Kurul kararında mevzuat hükümlerine uygunluk görülmediği"* karar verilmiştir.

SONUÇ

İdarenin faaliyetlerinde şeffaf olması, kamu gücünü kullanırken keyfiyete kaçmaması, karar alma sürecinde işlemde etkilenecek kişilerin görüşlerini alması, alınan karardan dolayı gerektiğinde hesap verebilmesi, tasarruflarında tutarlı davranması ve etkinlik ilkesi gereğince hareket etmesi, iyi yönetim ilkesinin olmazsa olmaz unsurlarındandır. Ancak bu şekilde davranan idare iyi idare olarak telakki edilebilir.

İyi idare ve yönetim kavramları, Türk hukukunda da kullanılmaya başlayan kavramlardır. Kent Konseyi Yönetmeliği ve 2006/3 sayılı Başbakanlık Genelgesi'nde yönetim kavramına ve yönetim ilkelerine açık olarak yer verilmiştir. Kamu Görevlileri Etik Başvuru İlkeleri ile Başvuru Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelikte yönetim kavramına açık olarak yer verilmemekle birlikte, iyi yönetim için gerekli olan

¹²⁴ Milli Eğitim Bakanlığı Müsteşarı savunması özetle; "*bahse konu internet sitesinin... hakkında yayımladıkları haber nedeniyle kapatılmadığı, okullardaki internet erişiminin öğretmenlerin mesleki gelişimine ve öğrencilerin eğitim ve öğretimine katkı sağlama derecelerine göre erişime açıldığı, söz konusu sitenin o dönemdeki yayınlarının bu değerlendirmenin dışında olması nedeniyle erişimin bir süre için engellendiği, ayrıca bazı okulların internet erişim hızlarının düşük olduğu bu yüzden de doğrudan eğitimle ilgili olmayan internet sitelerine erişimine izin verilmediği, söz konusu sitenin menüsünde ilan, forum, kpss, video ve gazeteler başlıkları bulunduğu, sitede... ajansı web sitesinde de erişilebilen haberler ve ticari amaçlı reklamların bulunduğu, söz konusu diğer sitelerin kategorilerinin farklı olduğu, bir kısmının ulusal basın yayın siteleri olduğu, bu sitelerin de belirli kısımlarında erişim kısıtlamaları mevcut olmakla birlikte başvuruya konu internet sitesiyle kapsamlarının farklı bulunduğu"* şeklindedir.

etik ilkelere yer verilmiştir. Son yıllarda Anayasa Mahkemesi ve idari yargı kararı gerekçesinde, yönetim ve yönetimi gerektiren ilkeler esas alınmaya başlanmıştır.

Hukuk devletinde idarenin hukuka uygun davranması esastır. İyi yönetim gösteren idarenin hukuka uygun davranmasının yanında şeffaflık, katılımcılık, hesap verebilen ve etkinlik ilkelerini de ön plana çıkarması gerekmektedir. Bu haliyle iyi idare/iyi yönetim, demokratik hukuk devletine hizmet etmektedir. Bu nedenle çağdaş yönetim anlayışı olarak gelişen iyi idare/iyi yönetimin ve iyi yönetim ilkelerinin Türk hukukunda ön plana çıkarılması ve geliştirilmesi gerektiği açıktır.

Sonuç olarak; "hukuka uygun davranan", "ayrımcılık yapmayan", "usuli güvencelere uyan", "şeffaf, katılımcı, hesap veren, etkin, tutarlı olan" ve "nezaket, ahlak, dürüstlük, titizlik gibi etik ilkelere riayet eden" idare, iyi idaredir.

KAYNAKLAR

- ABDİOĞLU, Hasan**, "Yönetişim İlkelerinin Uygulanmasında Kamu Denetçiliği (Ombudsmanlık) Kurumu ve Avrupa Birliği Sürecinde Türkiye Açısından Önemi", İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, S. 11, s. 79-102.
- AKILLIOĞLU, Tekin**, "Bireyin Yönetimsel İşlemler Karşısından Korunması ve Yönetim Hukukumuz", Amme İdaresi Dergisi, C. 14, S. 3, s. 37-56.
- AKILLIOĞLU, Tekin**, "Yönetimde Açıklık-Gizlilik ve Bilgi Edinme Hakkı", Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, C. 46, S. 3, s. 1-12.
- AKTAN, Coşkun Can - ÇOBAN, Hilmi**, "Kamu Sektöründe İyi Yönetim İlkeleri", in Kamu Mali Yönetiminde Stratejik Planlama ve Performans Esaslı Bütçeleme, Ankara, 2006, s. 13-40.
- AKTAN, Coşkun Can**, "İdeal Devlet ve İyi Yönetim: Temel İlkeler, Kurallar ve Kurumlar", Hukuk ve İktisat Araştırmaları Dergisi, S. 1, C. 7, 2015, s. 50-60.
- AKYILMAZ, Bahtiyar - SEZGİNER, Murat- KAYA, Cemil**, Türk İdare Hukuku, Yenilenmiş 10. Baskı, Ankara, 2019.
- AKYILMAZ, Bahtiyar**, "İyi Yönetim ve Avrupa İyi Yönetim Yasası/Good Administration and Code of Good Administrative Behaviour", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. VII, Y. 2003, S. 1-2, Haziran-Aralık 2003, s. 143-158.
- AKYILMAZ, Bahtiyar**, İdari Usul İlkeleri Işığında İdari İşlemin Yapılış Usulü, Ankara, 2000.
- AL, Hamza**, "Kamu Yönetimi Temel Kanunu Tasarısı", Liberal Düşünce, 2004, s. 183-196.
- ATAY, Ender Ethem**, "Kamu Yönetimi Temel Kanunu Tasarısı'nın Eleştirisi", 2023 Dergisi, S. 34, s. 12-15.
- AVCI, Mustafa**, "Bilgi Edinme Hakkının Sınırları", Prof. Dr. Yavuz Alangoya İçin Armağan, İstanbul, 2017, s. 745-774.
- BALCI, Asım - NOHUTÇU, Ahmet - ÖZTÜRK, Namık Kemal - COŞKUN, Bayram**, Kamu Yönetiminde Çağdaş Yaklaşımlar, Ankara, 2003.
- COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES**, European Governance A White Paper, COM(2001), 428 final, Brussels.
- DEMİR, Fatih**, "Avrupa İdari Alanı İlkeleri Bağlamında Türkiye'nin Avrupa Birliği Adaylık Süreci", Amme İdaresi Dergisi, Aralık 2009, C. 42, S. 4, s. 79-100.
- DIAMANDOUROS, P. Nikiforos**, "Reflections on the Future Role of the Ombudsman in a Changing Europe", The European Ombudsman Origins, Establishment,

- Evolution, Office for Official Publications of the European Communities, Luxembourg, 2005.
- EFE, Haydar**, "Avrupa Ombudsmanı'nın AB İçinde İyi Yönetim, Hukukun Üstünlüğü ve İnsan Haklarını Koruyucu Rolü", Avrupa Çalışmaları Dergisi, C. 19, No. 2, 2011, s. 1-29.
- GÖZLER, Kemal - KAPLAN, Gürsel**, İdare Hukuku Dersleri, Güncellenmiş 20. Baskı, Bursa, 2019.
- GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref - TAN, Turgut**, İdare Hukuku Cilt 1 Genel Esaslar, Ankara, 2011.
- GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref**, Yönetim Hukuku, 33. Bası, Ankara, 2015.
- GÜLER, Birgül Ayman**, Türkiye'nin Yönetimi, Yapı, Ankara, 2013.
- GÜRAN, Sait**, "Yönetimde Açıklık", İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi, C. 3, S. 1-3, 1982, s. 101-112.
- HOLMES, M. - KNOCK, S. - MONNING, N. - MESSICK, R. - RINNE, J.**, "Governance and Poverty Reduction", in United Nations Development Programme, Poverty Sourcebook, S. 12, 2000.
- IQBAL, Zafar - LEWIS, Mervyn K.**, An Islamic Perspective on Governance, United Kingdom, 2009.
- İSHAKOĞLU, Erdoğan**, "Vatandaşın Bilgi Edinme Hakkı", Adalet Dergisi, S. 14, 2003, s. 136-138.
- İYİMAYA, Ahmet**, "Ortak Değer Olarak İyi Yönetim Yaklaşımı (Kavram, İlkeler ve KEİ Ülkeleri Açısından Bir Değerlendirme)", Ankara Barosu Dergisi, S. 1, 2005, s. 73-90.
- JORDAN, Andrew**, "The European Union: An Evolving System of Multi-Level Governance ...or Government?", Policy and Politics, Vol. 29, No. 2, 2001.
- KARAHANOĞULLARI, Onur**, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin İyi İdare Konusunda Üye Devletlere CM/Rec (2007) 7 Sayılı Tavsiye Kararı, (İngilizce'den çeviri), Danıştay Dergisi, S. 116, 2007.
- KARAHANOĞULLARI, Onur**, İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler (Yargı Kararlarına Dayalı Bir İnceleme), Güncellenmiş 3. Bası, Ankara, 2015.
- KARAKUL, Selman**, "Hukuki ve İdari Denetim Ölçütü Olarak İyi Yönetim İlkeleri", Ombudsman Akademik Dergisi, S. 3, Temmuz-Aralık 2015, s. 61-105.
- KAYA, Cemil**, İdare Hukukunda Bilgi Edinme Hakkı, 1. Baskı, Ankara, 2005.
- KESİM, H. Kutay - PETEK, Ali**, "Avrupa Komisyonu'nca Belirlenen İyi Yönetişimin İlkeleri Çerçevesinde Türk Kamu Yönetimi Reformunun Bir Eleştirisi", Amme İdaresi Dergisi, C. 38, S. 4, Aralık 2005, s. 39-58.

- KESKİN, Bayram - YEŞİL, Yaprak**, "İdare Hukukunda "İyi İdare" İlkelerinin Kapsamı ve Kamu Denetçiliği Kurumu (Ombudsmanlık)'nun Kararlarına Etkisi", Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 8, S. 2, Aralık 2018, s. 39-66.
- KUNTBAY, İhsan**, "İdarenin İşlemleri Karşısında Bireyin Korunması Hakkında Karar", S. 4, C. 11, s. 3-11.
- MALİYE BAKANLIĞI** (Avrupa Birliği ve Dış İlişkiler Daire Başkanlığı), İyi Yönetişimin Temel Unsurları, Ankara, 2003.
- ODYAKMAZ, Zehra - GÜZEL, Oğuzhan**, "İdarenin Uygulamaları Bakımından İdare, Etik ve Ahlâk", Ankara Barosu Dergisi, C. 3, 2013, s. 21-55.
- OK, Abdullah**, "Küreselleşme, Devlet ve Kamu Yönetimi Temel Kanunu Tasarısı", 2023 Dergisi, S. 34, 2004, s. 34-39.
- OKÇU, Murat**, "Değişen Dünyayı Anlamak İçin Önemli Bir Kavram: Yönetişim", in Yönetişim ve Yönetim Ekseninde Kamu Yönetimi, Ankara, Kasım-Aralık 2011.
- ORALALP ÇİÇEKOĞLU, Füsun**, "İyi Yönetim ve Türkiye'nin Avrupa Birliği'ne Adaylığı", Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi, C. 1, S. 2, Bahar 2002, s. 121-131.
- ÖZAY, İlhan**, Günışığında Yönetim, 3. Baskı, İstanbul, 2017.
- ÖZEREN, Baran - TEMİZEL, Özlem**, "Kamusal Yönetişim: Kamu Sektöründe Kurumsal Yönetişim, Niçin ve Nasıl?", Araştırma/Çeviri/İnceleme Dizisi, No. 36, Mart 2004.
- SANCAKDAR, Oğuz - US, Eser - KASAPOĞLU TURHAN, Mine - ÖNÜT, Lale Burcu - SEYHAN, Serkan**, İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 7. Baskı, Ankara, 2018.
- STOKER, Gerry**, "Governance as Theory: Five Propositions", International Social Science Journal, C. 50, S. 155, 1998.
- ŞİMŞEK, Oğuz**, "Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı'nda İyi Yönetim Hakkı", Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, C. 9, S. 3, 2007, s. 91-107.
- TAKÇI, Ahmet - TAKÇI, Tuğçe**, "Avrupa Birliği Hukukunda İyi Yönetim Hakkı ve Belgelere Erişim Hakkı", Adalet Dergisi, S. 42, 2012, s. 49-57.
- TAN, Turgut**, Ekonomik Kamu Hukuku Dersleri, 2. Baskı, Ankara, 2015.
- WORLD BANK**, Sub-Saharan Africa: From Crisis to Sustainable Growth, Washington DC, A Long-Term Perspective Study, 1989.
- YAŞAMIŞ, Firuz D.**, "Anayasa Hukuku Açısından Bilgi Edinme Hakkı", Türk İdare Dergisi, Y. 76, S. 444, 2004, s. 1-33.
- YILDIRIM, Ramazan - ÇINARLI, Serkan**, Türk İdare Hukuku Dersleri, C. 1, Ankara, 2018.

BAŞKOMUTAN OLARAK ABD BAŞKANI*

The U.S. President as Commander in Chief

Dr. Öğr. Üyesi Aslan DELİCE**

ÖZ

1787 tarihli ABD Anayasası geleneksel yaklaşımı benimseyerek egemenliğin kullanımıyla bağlantılı savaş ilan etme yetkisini yasama organına, başkomutanlık yetkisini hükümete verir. Tarihsel sürece göz atıldığında ülkenin II. Dünya Savaşından sonra resmen savaş ilan etmediği, çok sayıda silahlı çatışma ve askeri operasyonun üç kıta ve onlarca ülkede başkanlık kararnameleriyle yürütüldüğü görülür. Kararnamelerle sürdürülen savaşların anayasa hükümleriyle açık bir çelişki oluşturduğu sabit olduğuna göre Kongreye ait yetkinin başkanlar tarafından nasıl kullanılabildiği, bu durumun niçin engellenmediği veya Anayasayı ihlal eden başkanların neden azledilmediği merak edilebilir. Yüksek Mahkeme bu sorulara Başkanın, başkomutan sıfatıyla ulusun çıkarlarını korumak için ordu kullanmak dahil her türlü tedbiri alabileceği şeklinde cevap vermiştir. Uluslararası alanda terör örgütü olarak tanınan PKK'nın Suriye kolu niteliğindeki YPG adlı devlet dışı organize silahlı gruba ABD'nin destek politikası, ABD ile Türkiye arasında muhtemel bir silahlı çatışma riskini beraberinde getirdiği için, Amerikan Başkanının başkomutan sıfatıyla hangi kapsam ve sınırlar dahilinde hareket edebileceğinin ortaya konulması Türk akademisyenler ve politika yapıcılar için büyük önemi haizdir. Diğer yandan yetki paylaşımının sınırları belirlenirken yapılan dahili-harici, yurttaş-yabancı ayrımının yabancılar üzerinde doğurduğu yıkıcı etkiler düşünüldüğünde hukukun himaye dışı bıraktığı insanların en temel haklardan bile yararlanamadığı görülür.

ANAHTAR KELİMELER: Başkan, Başkomutan, Savaş, Olağanüstü Hal, Ulusal Güvenlik, Tedbir.

ABSTRACT

The U.S. Constitution of 1787 adopts the traditional approach and gives the authority to declare war, which is related to the use of sovereignty, to the legislature and the authority of supreme command to the government. Looking at the historical process, it is seen that the U.S. did not officially declare war after The Second World War, and that many armed conflicts and military operations in three continents and dozens of countries were conducted through presidential decrees. Since the wars pursued based on the decrees are a clear contradiction with the constitutional provisions, one can wonder how the Presidents could use the power of the Congress, and why this was not prevented or the presidents who violated the constitution were not dismissed. The Supreme Court replied to these questions that the President, in his capacity as Commander-in-Chief, could take any precaution, including the use of the army to protect the interests of the nation. As the U.S. policy of supporting the YPG, a non-State organized armed group which, in the eyes of Turkey, is the Syrian wing of internationally recognized terrorist organization of PKK, carries the risk of possible armed conflict between the U.S. and Turkey, determination of the scope and limits of manœuvre of the President acting as Commander-in-Chief is highly significant for Turkish academics and decision makers. On the other hand, considering the destructive effects on foreigners stemming from internal-external and citizen-foreigner distinctions while determining the limits of authority sharing, it can be seen that the people who are excluded from the protection of law cannot even benefit from the most fundamental rights.

KEY WORDS: President, Commander in Chief, War, State of Emergency, National Security, Precaution.

* **Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih:** 05.12.2019

Kabul Edildiği Tarih: 12.12.2019

DOI Numarası: [10.15337/suhfd.655685](https://doi.org/10.15337/suhfd.655685)

** **Fatih Sultan Mehmet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul**

E-Mail Adresi: adelice@fsm.edu.tr

ORCID ID: [0000-0002-3596-8420](https://orcid.org/0000-0002-3596-8420)

a) GİRİŞ

ABD Anayasası'nın II. madde 2. bölümünün ilk cümlesine göre Başkan, silahlı kuvvetler ile donanmanın başkomutanıdır.¹ Bu hüküm ülkenin kuruluşundan beri değişmeyen temel bir ilkeye işaret eder ve "savaş ve barışta askerlerin en önemli kararları demokratik usullerle seçilen sivil başkanlardan almasını"² gerektirir. Savaş ilan etmek egemenliğin kullanımını gerektiren bir yasama yetkisiyken, savaş idaresi hükümete aittir.³ Yasallıktan ziyade ahlaki ve siyasi yönü ağır basan,⁴ saldırıdan çok ülke savunmasına dönük olduğu kabul edilen bu yetkinin,⁵ gerekli tedbirlerin alınması için hükümetlere bırakıldığı görülmektedir.⁶

Anayasanın I. maddesi savaş ilan etme yetkisini Kongreye, II. maddesi başkomutanlık yetkilerini Başkana vererek dış ilişkileri düzenlemiş olsa da kimi noktalar açıklığa kavuşturulmayı beklemektedir. Onay yetkisi Senato'ya ait olan antlaşmaları kimin iptal edeceği ya da Kongre onayı olmaksızın Başkanın silahlı kuvvetleri kullanması halinde ne olacağı soruları Anayasa tarafından karanlıkta bırakılmıştır.⁷ Vietnam'da olduğu gibi Kongrenin savaş ilan etmediği ama başkanın geniş çapta askeri

¹ Michael A. Genovese-Robert J. Spitzer, *The Presidency and Constitution Cases and Contraversies*, Palgrave Macmillan, New York, 2005, s. 7; Edward S. Corwin, *The Constitution and What It Means Today*, Princeton University Press, Princeton, New Jersey, 1978, s.156; Donald P. Kommers- John E. Finn- Gary J. Jacopsohn, *American Constitutional Law, Governmental Powers and Democracy, Volume 1*, Rowman & Littlefield Publishers Inc., Lanham, 2010, s. 169.

² Bruce Ackerman, *The Decline And Fall Of American Republic*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 2010, s. 44.

³ Harvey C. Jr, Mansfield, *Taming the Prince/The Ambivalence of Modern Executive Power*, The Free Press, New York, 1989, s. 277.

⁴ J. Gregory Sidak, "To Declare War", *Duke Law Journal*, Vol. 41, No. 1 (Sep., 1991), pp. 27-121 <https://www.jstor.org/stable/1372700>, s. 114.

⁵ Corwin, s. 196.

⁶ Corwin, s. 196.

⁷ Kommers/ Finn/ Jacopsohn, s. 169.

güç kullandığı durumlarla,⁸ seçimi kaybeden ama resmi olarak görevi henüz devretmemiş başkanların orduyu ülke dışında silahlı hareketlerde kullanmaları⁹ ciddi tartışmaları beraberinde getirir. Anayasa'nın bu tür sorulara cevap vermediği bilinmektedir. Anayasa yapım çalışmalarına ilişkin tutanaklar da konuyu aydınlatamaz.¹⁰

Uygulamaya bakıldığında başkanlara bu konuda geniş bir takdir yetkisi verildiği, olağanüstü dönemlerde başkanların tek yanlı yetki kullanımının tarihinin çok eskilere uzandığı görülür. Başkan Lincoln iç savaş yıllarında (1861-1865) *Habeas Corpus*'u askıya alarak¹¹ ve kuşatılan limanlardaki gemilere el konulması emrini vererek bu akımın öncülüğünü yapmıştır.¹² Yaklaşık bir asır sonra ulusal güvenliği zayıflatan açık bir yasadışı¹³ olarak görülmesine rağmen Başkan Nixon Kamboçya'yı gizlice bombalamış,¹⁴ Truman da Kore'de "polis faaliyetleri" adı altında Kongre onayını almadan ülkeyi savaşa sokma yetkisi olduğunu iddia etmiştir.¹⁵

ABD Kongresi en son 8 Aralık 1941 tarihinde resmen savaş ilan ederek ülkeyi II. Dünya Savaşına sokmuştur. Kore'den (1950-1953) Vietnam'a (1957-1975), Irak'tan (1991-2003) Afganistan'a (1999-2019) kadar yüzbinlerce [masum] insanın¹⁶ ölümüne yol açan savaşlara yalnızca başkanlık kararlarıyla yürütülmüştür.¹⁷ Ülke tarihinin en uzun süreli savaşı olan Afganistan¹⁸ için bile durum değişmemiştir. Dış politikası

⁸ Alison M. Smith, "The Political Cost of Legalizing Executive Power", *Executive Power in Theory and Practice* Edited by Hugh Liebert- Gary L. McDowell-Terry L. Price, Palgrave Macmillan, New York, 2012, s. 189: Genovese/ Spitzer, s. 210.

⁹ Sanford Levinson, *Our Undemocratic Constitution: Where the Constitution Goes Wrong/And How We the People Can Correct it*, Oxford University Press, New York, 2016, s. 100. Başkan George H. W. Bush, seçimi kaybetmesine rağmen görevi resmen devretmeden önce Aralık 1992'de ABD silahlı kuvvetlerini Somali'ye yollamıştır.

¹⁰ William A. Galston, "The Madisonian Understanding of Executive Power: A Defense of Concurrent Powers", *Executive Power in Theory and Practice*, Edited by Hugh Liebert- Gary L. McDowell-Terry L. Price, Palgrave Macmillan, New York, 2012, s.161.

¹¹ Richard H. Fallon, Jr., *The Dynamic Constitution/An Introduction to American Constitutional Law*, Cambridge University Press, New York, 2004, s. 238: Kommers/ Finn/ Jacopsohn, s. 171.

¹² Ackerman, s. 71: Levinson, s. 103.

¹³ Richard A. Posner, *An Affair of State: The Investigation, Impeachment and Trial of President Clinton*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 2000, s.97.

¹⁴ Corwin, s.203. Başkan Nixon 1974 yılında, Demokrat Parti seçim merkezini FBI ajanlarına dinlettiği iddiaları nedeniyle itham Edilme (Impeachment) korkusuyla istifa ederken Kamboçya'nın savaş ilan edilmeden işgal emrini vermesi nedeniyle hiçbir yaptırıma tabi tutulmamıştır. Bkz. Alison M. Smith, s. 189.

¹⁵ Ackerman, s. 71.

¹⁶ Levinson, s. 108: Süha Atatüre, *Amerika Birleşik Devletleri'nin Siyasi Yapısı/On üç Koloniden Küresel Güce Amerika*, Beta Basım Yayım, İstanbul, 2017, s. 299.

¹⁷ Sidak, s. 73.

¹⁸ <https://www.cfr.org/timeline/us-war-afghanistan>.

sürekli askeri güç kullanma üzerine kurulu olan ülkede bu hususta Cumhuriyetçi ve Demokrat Parti arasında büyük farklar bulunmaz. Cumhuriyetçi Nixon ve Bush kadar Demokrat Bill Clinton ve Obama da Haiti'ye asker göndermekten Sırbistan'ın bombalanmasına¹⁹ Irak ve Afganistan'dan Suriye'ye kadar ordunun kullanılmasına onay vermişlerdir.

Son iki asırlık dönemde geçen her yılın hükümetlerin dış işlerine ilişkin yetkilerini daha da perçinlediği görülür.²⁰ 1798 yılından beri gerçekleşen 149 silahlı çatışma vakasını inceleyen Corwin, bu olguların silahlı kuvvetleri uluslararası arenada kullanma yetkisinin Başkana ait olduğunu tereddüde yer vermeyecek şekilde gösterdiğini ifade eder.²¹ Anayasa I. madde 8. bölüm 11. cümleyle göre savaş ilan etme yetkisi münhasıran Kongreye ait olmaya devam etse de ABD çıkarlarını ve vatandaşlarını ülke dışında korumak için silahlı kuvvetlerin kullanılması kararı Başkan tarafından alınır.²² Yargı kararlarıyla şekillenen uygulama da bu durumu teyit eder. Karar aşamasında Başkanın "Ulusal Güvenlik Kurulu (*National Security Council*), Savunma Bakanlığı (*The Defense Department*) ve Genelkurmay Başkanlığı'nın (*the Joint Chiefs of Staff*) desteğini alması beklenir."²³

Levinson'a göre başkanların silahlı kuvvetleri kullanma yetenekleri öylesine artmıştır ki Anayasayı yapanların mevcut şartları hayal etmesi bile imkansızdır.²⁴ Anayasal yapının dış ilişkilerde gücün Başkanın elinde yoğunlaşmasına zemin hazırladığı doğrudur.²⁵ Ama emperyal başkanlıkta temerküz eden güç yalnızca anayasa metninin verdiği yetkilere dayanmaz. Anayasada kullanılan kavramların esnekliği kadar modern savaş gereklilikleriyle teknolojinin baş döndüren hızı da dönüşümde etkilidir.²⁶ Tüm sınırların zorlanarak Kongreye ait yetkinin hükümetler tarafından kullanılması öylesine önemlidir ki bu durum sadece ve sadece "Anayasada resmi/biçimsel olmayan bir

¹⁹ Levinson, s. 109. Başkan Clinton'ın Beyaz Saray stajyeriyle ilişkisini saklayarak özel yetkili savcılara yalan söylediği için İtham Edildiğini (Impeachment) 12 Şubat 1999 tarihli Senato oylamasında Demokrat senatörlerin oylarıyla son anda azledilmekten kurtulduğunu hatırlamakta yarar var. Bkz. Genovese/Spitzer, s. 95: Richard J. Ellis, *Judgeing Executive Power/Sixteen Supreme Court Cases That Have Shaped American Presidency*, Rowman & Littlefield Publishers Inc., Lanham, 2009, s. 54.

²⁰ Kommers/Finn/Jacopsohn, s. 171.

²¹ Corwin, s. 196.

²² Corwin, s. 196-197.

²³ Samuel P. Huntington, "Military Policy", *International Encyclopedia of the Social Sciences Volume 8*, Editor David L. Sills, The Macmillan Company & The Free Press, 1968, USA, s. 323.

²⁴ Levinson, s. 81.

²⁵ Kommers/Finn/Jacopsohn, s. 280.

²⁶ Kommers/Finn/Jacopsohn, s. 170.

değişikliğın yapılmış olmasıyla” açıklanabilir.²⁷ Diğer bir deyişle, Anayasanın I. madde 8. bölüm 11. cümlesiyle Kongreye bahşedilen savaş ilan etme yetkisi, Yüksek Mahkeme kararlarıyla *de facto* şekilde hükümetlere aktarılmıştır.

b) SAVAŞ ve OLAĞANÜSTÜ HALLERE İLİŞKİN YARGI KARARLARI

Ulusal güvenlik ve başkanlık yetkileri Yüksek Mahkeme’nin önüne nadir olarak gelirken verilen kararlar da çoğunlukla müphemdir.²⁸ Olağanüstü dönemlerde Yüksek Mahkeme son derece ürkek davranmakta, savaş zamanlarında ise Başkan denetleme konusundaki yetersizlik daha belirgin hale gelmektedir.²⁹

Konumuzla ilgili ilk ve en önemli emsal Nisan 1861’de Başkan Lincoln’un, güney limanlarını kuşatma emri verip giriş çıkışları yasaklamasıdır. Limandaki gemi ve yüklerine savaş ganimeti olarak el konulmuştur.³⁰ Çok sayıda gemi sahibi kuşatmadan haberi olmadıklarını, kendilerine süre tanınmadığını ileri sürerek el konulan mallar için tazminat davası açmıştır. Kongre 13.07.1861’de “Başkan’ın tüm emir, talimat ve açıklamalarını onayladığını, Kongrenin icazetiyle yapılmış gibi eylemlerin yapıldığı andan itibaren geçerli” olduğuna dair kanun çıkarmıştır.³¹ Nihai karar mercii olarak Yüksek Mahkeme konuya ilişkin dava dosyasında şu soruların cevabını aramıştır: ABD devleti resmen savaş ilan etmeden limanları kuşatılabilir mi? Bir kanun, yürürlüğe girmesinden yaklaşık 5 ay önce icra edilen kuşatmayı yasal hale getirebilir mi?³² Bir savaş ilanı olmadan Başkan ulusu askeri eylemlere dahil edebilir mi? İlan edilmemiş bir savaş ABD Anayasası tarafından yaptırıma tabi tutulmuş mudur?³³

I- PRIZE DAVASI (*Prize 67 U.S. 635 1863*)³⁴

Yüksek Mahkemenin dörde karşı beş oyla verdiği kararın gerekçesi şu şekildedir:

Mahkeme ilk olarak Meksika Cumhuriyetiyle yapılan *Palo Alto ve Reseca De la Palma* Savaşları’na atıf yapmış, Kongrenin 13 Mayıs 1846 tarihinde resmen savaş ilan

²⁷ Levinson, s. 22.

²⁸ Ackerman, s. 103.

²⁹ Genovese/Spitzer, s. 17.

³⁰ Richard H. Fallon, Jr., s. 237.

³¹ Fallon, Jr., s. 238.

³² Ellis, s. 95-96.

³³ Genovese/Spitzer, s. 16-194; Kommers/Finn/Jacopsohn, s. 177.

³⁴ <https://cdn.loc.gov/service/ll/usrep/usrep067/usrep067635/usrep067635.pdf> (Erişim Tarihi:18.10.2019).

etmeden önce Başkanın saldırıya karşı aldığı tüm tedbirlerin Kongre tarafından onaylandığını ifade etmiştir.³⁵ Akabinde Başkanın, başkomutan sıfatıyla görevini icra ederken alınacak silahlı tedbirlerin derecesini tespit etme yetkisine sahip olduğunu belirtmiştir. Anayasanın yetkilendirdiği siyasal organların kararlarına uyacağını beyan eden Mahkemeye göre limanlara uygulanan kuşatma, savaşın varlığı ve alınan tedbirlerin meşruluğunu göstermesi açısından en kesin delil niteliği taşır.³⁶

Yüksek Mahkeme, davacıların Kongrenin 13 Temmuz 1861 tarihinde çıkardığı yasanın geriye etkili olamayacağı, dolayısıyla yok hükmünde olduğu itirazlarını ise yasanın geriye yürümezliği ilkesinin yalnızca ceza hukukunda dikkate alınabileceği gerekçesiyle reddetmiştir. Çoğunluk görüşüne göre çıkartılan yasa, Başkanın tüm işlem ve kararlarını yapıldığı andan itibaren yasal ve meşru hale getirir.³⁷

Sonuç olarak Mahkeme, Başkanın isyan eden eyaletlerdeki limanları kuşatmak için savaş hukuku hükümlerine dayanma yetkisinin olduğunu ve tarafsız olanların [gemi sahipleri] da bu durumu gözetmek zorunda olduğu kanaatine ulaşmıştır.³⁸

Hakim Başkan Taney, Hakim Catron, Hakim Clifford ve Hakim Nelson'un muhalefet şerhi özetle şu şekildedir:

Savaş hukukunun hayata geçirilmesi Anayasanın açık ifadesiyle yasama organına tahsis edilmiş bir yetki olduğu için hükümete devredilemeyeceği gibi teslim edilemez. Savaş şartlarının oluşup oluşmadığı ya da savaş ilan edilip edilmeyeceği hususunda Kongre tek başına yetkili olup 13 Temmuz 1861 günü çıkarılan kanuna kadar devletimizle eyaletler arasında bir savaş olmamış, isyancıların bastırılmasına yönelik müdahaleler yapılmıştır. Anayasaya göre Başkanın savaş ilan etme ya da uluslararası hukuka göre savaş olduğunu kabul etme yetkisi olmadığına göre eyalet limanlarının kuşatılması için emir verme yetkisi yoktur. 13 Temmuz 1861 tarihinden önce gemilere ve yüklere el koyma işlemi yasa dışı olup yok hükmündedir. Gemiler ve yükleri iade edilmelidir.³⁹

Yüksek Mahkeme, günümüze kadar emsal teşkil eden kararında, Başkan Lincoln'ün uyguladığı tedbirlerin Anayasaya uygun olduğuna karar vermiştir. Mahkeme, Başkanın savaş ilan etme yetkisi olmasa bile başkomutan olarak olağanüstü veya savaş şartlarının oluşup olmadığını takdir ederek durumun gerektirdiği tedbirleri alabileceğini kabul etmiştir. Başkan, özellikle devam eden dahili buhranlar nedeniyle ulusu

³⁵ PRIZE DAVASI 67 U.S. 635 (1863) s, 668.

³⁶ PRIZE 67 U.S. 635 (1863) s, 668.

³⁷ PRIZE 67 U.S. 635 (1863) s, 669.

³⁸ PRIZE 67 U.S. 635 (1863), s. 671; Fallon, Jr., s. 238; Genovese/Spitzer, s. 195-196; Komers/Finn/Jacopsohn, s. 177.

³⁹ PRIZE 67 U.S. 635 (1863) s. 698-699.

savunacak askeri eylemleri icra edebilecek, belirli koşullar altında en azından bir müdafaa savaşı yürütebilecektir. Genovese ve Spitzer'e göre, bu kararlar iç savaşa ilişkin uygun bir kuramın ana hatları ortaya çıkmıştır; ulus içindeki ayaklanma ve düşmanca tutumlar tıpkı iki bağımsız ulus arasındaki savaş hali gibi kabul edilecektir.⁴⁰

Başkanların başkomutan sıfatıyla silahlı kuvvetleri kullanmasına izin veren yargı kararlarında dönüm noktalarından diğeri de 1990 yılında Irak'ın Kuveyt'i işgal etmesiyle başlayan Körfez Savaşı nedeniyle verilmiştir. Kongre, bir "savaş ilanı" kararı almamasına rağmen, Başkan George H. W. Bush, Ortadoğu'da askeri yığınak yapılarak işgali sonlandırma talimatı vermiştir.⁴¹ Başkanın Kongre onayını almadan kendi savaşını başlatmasından [savaşın ülke içinde siyasi çıkar elde etmeye dönük kullanılması] çekinen 53 Temsilciler Meclisi üyesi ve 1 Senatör dava açarak mahkemeden bir tedbir kararıyla (*injunction*), Başkanın savaş başlatmasının engellenmesini talep etmişlerdir. Mahkeme, Kongre üyelerinin işlemde zarar görmedikleri ve henüz bir saldırı olmadığı için hazırlık niteliğinde olan işlemler için dava açılmayacağına karar vermiştir.⁴²

II- *DELLUMS v. BUSH 752 F. Supp 1141 (D.D.C. 1990)*⁴³

Birleşik Devletler Bölge Hakimi Harold H. Greene'in Kararının ana hatları şu şekildedir:

Adalet Bakanlığı, ülkenin savaşta olup olmadığı hususunu tespit etmek için yargının yeterli, somut ve uygulanabilir ölçütlere sahip olmaması nedeniyle, yalnızca siyasal erklerin ulusal güvenlikle dış işlerinin sürekli değişen şartlarına dayanarak bu kararı verebileceğini, Başkanın başkomutan sıfatıyla icra edebileceği silahlı müdahalelerin neler olduğunun mahkemelerce nesnel bir şekilde tespit edilemeyeceğini ileri sürmüştür.⁴⁴

Hakim Greene, Adalet Bakanlığı'nın iddialarını; Hükümet lehine ileri sürülen bu görüşlerin mahkemenin kabul edemeyeceği kadar geniş kapsamlı olduğu, ne kadar büyük olursa olsun bir eylemin savaş mı yoksa askeri bir hareket mi olduğunu belirleme yetkisinin yalnızca hükümetin takdirinde olması halinde Anayasanın Kongreye verdiği savaş ilan etme yetkisinin hükümetin merhametine terkedilmiş olacağı, bu tür yorumların Anayasanın açık dilinden bir sapma olması nedeniyle kabul edilemez olduğunu belirterek reddetmiştir.⁴⁵

⁴⁰ Genovese/Spitzer, s. 16.

⁴¹ Sidak, s. 29. <https://www.jstor.org/stable/1372700>.

⁴² Genovese/Spitzer, s. 212.

⁴³ law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/752/1141/1588277 (Erişim Tarihi 25.10.2019).

⁴⁴ *DELLUMS v. BUSH 752 F. Supp 1141 (D.D.C. 1990)*, s. 3.

⁴⁵ *DELLUMS v. BUSH 752 F. Supp 1141 (D.D.C. 1990)*, s. 3.

Keza Adalet Bakanlığı'nın dava konusunun yasal olmaktan çok siyasal olduğu, mahkemenin uyuşmazlığın halli için Anayasanın siyasal erklere bıraktığı dış işlerine ilişkin olguları zorunlu olarak davaya dahil edeceği iddialarını da Anayasanın dış işlerine ilişkin yetki ve sorumluluğu siyasal erklere bilhassa yürütmeye bahşetmiş olsa da bunun zorunlu olarak dış işlerine temas eden ihtilafların çözümü hususunda yargının dışlandığı anlamına gelmeyeceği, mahkemelerin dış işleri ve savunma alanına dokunan veya ciddi etkide bulunan vakalara birçok defa baktığı gerekçesiyle kabul etmemiştir.⁴⁶

Hakim Greene, Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi kararı doğrultusunda Irak Devletine karşı 380,000 askerle icra edilecek eylemin Anayasanın I. madde, 8. bölüm ve 11. cümlesi anlamında savaş olarak nitelendirilmesi noktasında hiç tereddüt yoksa da Mahkemenin, *Anayasanın 'savaş ilan etme' otoritesini, Kongreye ama yalnızca Kongreye bahşeden hükmünü yüksek sesle okumaya hazır olmadığını*⁴⁷ belirtmiş ve 13 Aralık 1990 tarihinde davayı reddetmiştir.⁴⁸ Böylece başkanların ilan edilmeyen savaşlarda orduyu kendi takdirleri doğrultusunda kullanabilmeleri önündeki yargı engeli ortadan kalkmıştır.

Kararı değerlendiren Sidak, hangi eylemlerin savaş olarak değerlendirilmesi gerektiğine ilişkin ölçütlerin yasal olmaktan çok siyasi niteliğe sahip olması nedeniyle Mahkemenin, Başkanın eylemlerini sınırlandıracak bir tedbir kararı vermediği değerlendirmesini yapmıştır.⁴⁹ Bu görüşün yanlış olduğuna kuşku yoktur. Kara, deniz ve hava unsurlarının yer aldığı "yaklaşık 400,000 askerle icra edilen ve 6 ay içinde 150,000 Irak askerinin ölümüyle sonuçlanan hareketin"⁵⁰ hangi ölçüt kullanılırsa kullanılsın savaş dışında bir kavramla adlandırılması imkansızdır. Irak'ta girişilen silahlı hareketin bir savaş olduğuna şüphe yoktur. Sorun, yasallıktan çok siyasi yönü ağır basan savaş kararını yetki gaspı olarak değerlendirip Başkanı durduracak adımı hangi organın atacağıdır. Yargı kararlarıyla şekillenen iki asırlık içtihat orduyu ülke dışında

⁴⁶ DELLUMS v. BUSH 752 F. Supp 1141 (D.D.C. 1990), s. 4-5.

⁴⁷ DELLUMS v. BUSH 752 F. Supp 1141 (D.D.C. 1990), s. 5. Vurgu yazara aittir.

⁴⁸ Genovese/Spitzer, s. 212-213. Genovese-Spitzer'e göre Yüksek Mahkeme, diğer erklerle ilgili sınırlayıcı bir karar vereceği zaman dava dosyasının tam tekemmül etmesi gerekir (the doctrine of ripeness). Her ne kadar bu davayı 51 yasama üyesi açmış ise de yasama organının veya hiç değilse üyelerinin çoğunluğunun bu konudaki tutumu bilinmemektedir. Şayet yasama organı üyelerinin çoğunluğu Anayasanın Kongreye tanıdığı savaş ilan etme yetkisinin ihlal edildiği için dava açmış olsaydı Mahkeme, başkanı sınırlayıcı bir emir yayınlayabilirdi. a.g.e. s. 214; Sidak, s. 113.

⁴⁹ Sidak, s. 114.

⁵⁰ Sidak, s. 63.

kullanma yetkisini fiilen hükümetlere bıraktığına göre bu kararların yargı eliyle denetlenmesi söz konusu olamaz. Biraz sonra değinilecek olan *Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer (1952)* kararında işaret edildiği gibi başkanların Kongreye ait bir yetkiyi kullanması halinde bunu engelleyecek organ sadece Kongredir. Federal Bölge Mahkeme kararını durumun itirafı olarak kabul etmek daha isabetlidir.

c) TEORİK ARKAPLAN ve TARTIŞMA

Silahlı kuvvetleri kullanma tekelini eline geçiren başkanların, asli yetkileri olan yasaların sadakatle icrası dışında nihai karar verme yetkisine sahip kişiler olarak adlandırılması pekala mümkündür. Hobbes, uygun gördüğü şekilde savaş ve barış yapma hakkını egemene tanır. Diğer yandan bir orduya komutanlık etmenin de başka hiçbir kuruluşa gerek olmaksızın komutanı egemen haline getireceğini ifade eder.⁵¹ ABD Anayasasını yapanlar üzerinde güçlü bir etki bıraktığı bilinen Locke da doğası gereği birden fazla iradeyi reddeden savaşın, krallık yetkilerinin [baş]komutana aktarılmasına⁵² hizmet ederek emredici yasalarla düzenlenemeyen alanlarda yürütmenin serbestçe tercihte bulunmasına imkan tanıdığını belirtir. “Önemli makamlardan vazgeçmek iktidarı kaybetmek anlamına geliyor”⁵³ ve tek bir alanda bile nihai karar verme yetkisi o kişinin egemen sıfatını alması için yeterli oluyorsa⁵⁴ orduyu kullanma kararı dış siyasette neyin kamu yararına hizmet ettiğini belirleme tekelini Başkana vererek onu gerçek iktidara ulaştırır.⁵⁵ Schmitt’in sözcükleriyle söylenecek olursa, olağanüstü halin olup olmadığına (istisnaya) ve bu durumun ortadan kaldırılması için yapılması gerekenlere karar veren kişi gerçek egemendir.⁵⁶ Latinlerin *princeps legibus solutus* vecizesiyle dile getirdiği ilkeye göre prens, sözleşme ya da yasal kısıtlamalarla bağlı olmaksızın siyasal varlığın devamı için zaruri tedbirleri alır.⁵⁷ Başkanı egemene

⁵¹ Thomas Hobbes, *Leviathan veya Bir Din ve Dünya Devletinin İçeriği Biçimi ve Kudreti*, Çev.: Semih Lim, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 1992, s. 135.

⁵² Kelsen’e göre ABD Anayasası başkanlık yetkilerini bilinçli bir şekilde İngiliz Kralını taklit ederek oluşturmuştur. Bkz. Hans Kelsen, *The Essence and Value of Democracy*, Ed. Nadia Urbinati ve Carlo Invernizzi Accetti Çev.: Brian Graf, Rowman & Littlefield Publishers, Inc. Maryland, 2013, s. 89; John Locke, *Yönetim Üzerine İkinci İnceleme/Sivil Yönetimin Gerçek Kökeni Boyutu ve Amacı Üzerine Bir Deneme*, Çev.: Fahri Bakırcı, Ebabel Yayınları, Ankara, 2012, s. 71,106-107.

⁵³ Charles Louis Montesquieu, *Kanunların Ruhu Üzerine*, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul, 2017, s. 834.

⁵⁴ Dieter Grimm, *Sovereignty: The Origin and Future of a Political and Legal Concept*, Çev.: Belinda Cooper, Columbia University Press, New York, 2015, s. 15.

⁵⁵ Alexander Passerin d’Entreves, *The Notion of The State: An Introduction the Political Theory*, Oxford University Press, London, 1967, s. 226.

⁵⁶ Carl Schmitt, *Political Theology: Four Chapters on the Concept of Sovereignty*, Çev.: George Schwab, The University of Chicago Press, Chicago, 2005, s. 5-7.

⁵⁷ Carl Schmitt, *Constitutional Theory*, Çev.: Jeffrey Seitzer, Duke University Press, London, 2008, s. 154.

dönüştüren bu yaklaşımın kökeni presin yasaya üstünlüğünü kabul eden Roma öğretisine kadar gerilere gider.⁵⁸

Gerçek hükümlanlığa (egemenliğe) giden yol savaştan geçiyorsa, ABD başkanlarının bu yolda yürümeyeceklerini düşünmek fazlasıyla iyimserlik olur. Savaş, silahlanma ve emperyal arzuları kışkırtma dışında şişirilmiş bir ulusal güvenlik kavramıyla sivil özgürlükler alanını daraltarak Başkanın güç ve iktidarını artıran bir etki doğurur.⁵⁹ Akabinde hükümdarlık yetkilerinin kullanılmasına zemin hazırlayan başkomutanlık sıfatı⁶⁰ siyasi gücü artırmak için kullanılan bir araca dönüşür.⁶¹ Başarılı savaşlar dışında iç karışıklıkların önlenmesi gibi olağanüstü koşullarda yürütmeye duyulan ihtiyacı artırarak devletin dahildeki gücünün pekiştirilmesine hizmet eder.⁶² Savaş gibi belirsiz durumlar kişisel farklılıkların ortaya konması için iyi bir fırsat sunmanın ötesinde⁶³ güçlü hükümet ihtiyacını artırarak başkanların aldığı kararlara desteği azamiye çıkarır.⁶⁴ Kamuoyu desteği sağlamanın ve mevcut siyasi konumu pekiştirmenin daima “savaş” mecazi kullanılarak yapılmasının sebebi budur. *Fakirlikle savaş, uyuşturucuyla savaş, suçlarla savaş, terörle savaş* söylemlerinin bıkmadan ürettiği savaşımı hallerin asla sona ermemesinin nedenleri de burada aranmalıdır.⁶⁵

Dellums v. Bush 752 f. Supp 1141 (d.d.c. 1990) kararının da gösterdiği gibi, ABD ordularının yüzbinlerce askerle Irak devletini işgal etmesi gibi bir fiil savaş eylemi olarak görülse de Anayasanın ihlali olarak kabul edilmemiştir. Bunun birçok sebebi vardır. İlk olarak Amerikan anayasal düzeninin dış ilişkiler ve savaş konularında hükümeti neredeyse yegane otorite gören yaklaşımıdır.⁶⁶ Yüksek Mahkeme kararlarına da yansıyan bu bakış açısına göre Başkan, uluslararası ilişkiler ve savaş gibi olağanüstü halde ulusun yegane temsilcisi ve karar merciidir. En açık ifadesini *United States v.*

⁵⁸ Alexander Passerin d’Entreves, *The Medieval Contribution to Political Thought/Thomas Aquinas-Marsilius of Padua-Richard Hooker*, The Humanities Press, New York, 1959, s.38.

⁵⁹ Jeffrey Leigh Sedgwick, “Constituting the Prince” *Executive Power in Theory and Practice Edited by Hugh Liebert- Gary L. McDowell-Terry L. Price*, Palgrave Macmillan, New York, 2012, s. 124: Kommers/Finn/Jacopsohn, s. 171.

⁶⁰ Sedgwick, s. 124.

⁶¹ Ackerman, s. 184.

⁶² G.W.F. Hegel, *Hukuk Felsefesinin Prensipleri*, Çev.: Cenap Karakaya, Sümer Yayıncılık, İstanbul, 2015, s. 309.

⁶³ Lawrence R. Jacobs-Robert J. Shapiro, “Conclusion: Presidential Power, Institutions and Democracy”, *Presidential Power/Forging the Presidency for the Twenty-first Century*, Editors Robert Y. Shapiro-Martha Joynt Kumar- Lawrence R. Jocops, Columbia University Press, New York, 2000, s. 500.

⁶⁴ Genovese/Spitzer, s. 12.

⁶⁵ Ackerman, s. 72.

⁶⁶ Kommers/Finn/Jacopsohn, s. 170.

Curtiss-Wright Export Corp. (1936) kararında bulan bu yaklaşıma göre hükümetlerin sahip olduğu yetkilerden içeriye dönük olanlarla dışarıya ilişkin olanların köken ve tabiatı tamamen farklıdır. İkinci alanda başkanların tek başına söz söyleme [yönetme] yetkisi bulunur.⁶⁷ Kongrenin savaş ilan etme konusundaki bilinçli gönülsüzlüğünün tam bu noktada işlevsel olduğu belirtilmelidir; uluslararası ilişkilerde münhasır yetkiye sahip başkanın ülke içindeki gücü, resmen savaş ilan edilmeyerek törpülenir.⁶⁸ Bununla bağlantılı ikinci nokta kimi anayasacıların tüm ısrarlarına rağmen buhran ve olağanüstü hallerde hükümet yetkilerini sınırlandırmanın mümkün olup olmadığı hususudur.⁶⁹ Olağanüstü hallerin öngörülemez ve tüketilemez doğaları yasal düzenlemelerin açık uçlu olmasını zorunlu kılarak⁷⁰ başkanların ulusu istediği şekilde yönlendirmesine hizmet eder.⁷¹ Anayasal sınırların ihlal edildiği ya da Kongre yetkilerine tecavüz edildiği iddialarıyla açılan davalarda ise Yüksek Mahkeme, *Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer (1952)* kararında olduğu gibi "...olağanüstü hallerde de yasama yetkisinin Kongrede olduğunu ve fakat yalnızca Kongrenin bu yetkinin avuçlarının arasından kayıp gitmesine mani olabileceğini" ifade ederek müdahaleden kaçınır.⁷²

Bitmeyen savaşımı hallerin bir diğer sebebi de II. Dünya Savaşından sonra daha belirgin hale gelen yüksek temsil kabiliyetiyle başkomutanlık sıfatını birleştiren başkanların dışarda yürütülen savaşlar yoluyla içerde siyasal çıkar elde etmeleridir. Koşulların manipüle edilerek, halkın savaşçı duygularının kısıktırılması Roosevelt gibi popüler başkanların bile kullanmaktan çekinmediği bir usûldür.⁷³ Hukuk müşavirleri (*OLC/Office of Law Counsel*) ve Beyaz Saray danışmanları sihirli bir değnek gibi kullandıkları *ulusal güvenlik* kavramını sömürerek sürece en büyük katkıyı yapar.⁷⁴ Biraz önce aktarılan kararlarda görüldüğü gibi mahkemelerin yetki gaspını engelleyecek erken müdahaleleri yapamaması da bu olumsuz süreci besler.⁷⁵ Denetim konusundaki

⁶⁷ Kommers/Finn/Jacopsohn, s. 177. 1919 tarihli Weimar Anayasası da doğrudan halkın oylarıyla seçilen başkana, yabancılar nezdinde ülkeyi temsil etmek (m.45), ordu başkomutanlığı (m.46) ve olağanüstü hallerde gerekli tedbirleri almak (m.48/2) yetkilerini vererek benzer bir çerçeveye sunar. Bkz. Carl Schmitt, *Constitutional Theory*, s. 316.

⁶⁸ Sidak, s. 94.

⁶⁹ Kommers/Finn/Jacopsohn, s. 172.

⁷⁰ Ernst- Wolfgang Böckenförde, *Constitutional and Political Theory*, Volume I, Edited by Mirjam Künkler-Tine Stein, Oxford University Press, Oxford, 2017, s. 119.

⁷¹ John Yoo, "The Modern Executive Takes Obama", *Executive Power in Theory and Practice Edited by Hugh Lieberty- Gary L. McDowell-Terry L. Price*, Palgrave Macmillan, New York, 2012, s.207.

⁷² Kommers/Finn/Jacopsohn, s. 178.

⁷³ Sidak, s. 76.

⁷⁴ Ackerman, s. 143.

⁷⁵ Ackerman, s. 143.

bariz yetersizlik önce başkanların “kendi savaşlarını” yürütmeleri, sonrada bunu seçimlerde kendi lehlerine kullanmalarıyla neticelenir.

Anayasa dışında temel hak ve özgürlüklere ilişkin kanunlar özellikle 11 Eylül 2001 saldırılarından sonra daha sık ihlal edilmeye başlanmıştır. İkiz kulelerin yıkılmasından sonra çıkartılan *Silahlı Kuvvetleri Kullanma Yetkisi/Authorization for the Use of Military Force (AUFM)*’ne ilişkin yasa özellikle Afganistan, Irak ve akabinde de Suriye’de silahlı güç kullanımının temelini oluşturmuş ve Başkana açık çek vermiştir.⁷⁶ Kanunun içeriğinden de kolayca anlaşılacağı gibi AUFM, Başkanı yalnızca 11 Eylül 2001 terörist saldırılarıyla ilgisi olan kişi, örgüt ve uluslara karşı gerekli ve uygun güç kullanımı konusunda yetkilendirmiştir. Yasanın kabulünden sonra göreve gelen başkanlarsa orduyu 11 Eylül saldırılarıyla hiçbir ilgisi olmayan Yemen, Somali, Suriye ve Libya’da kullanarak⁷⁷ yalnızca yasanın açık hükümlerini çiğnemekle kalmamış, aynı zamanda çok sayıda masum insanın katledilmesine de sebep olmuştur.

“Her şeyi yapabilme iktidarıyla vahşi bir kan dökme arasında bölünen hükümetlerin”⁷⁸ teröre karşı yürütülen savaşlarda temel anayasal hakları ihlal etmesi, *otokratik başkanlık tehlikesi* olarak eleştirilse de⁷⁹ Kongre, edilgen tavrını sürdürerek ne ilgilileri sorguya çekmiş, ne de bu tür suiistimalleri engelleyecek kanunlar yapmıştır.⁸⁰ İşkence tatbikatını tüm ABD yetkilileri için yasa dışı kabul eden, yargı kararı olmaksızın elektronik haberleşmenin takibini yasaklayan kanunlar bile Başkan George W. Bush’un hukuk müşavirlerince Anayasaya aykırı kabul edilerek⁸¹ hukuken görmezlikten gelinabileceği iddia edilmiştir.⁸² Olağanüstü hallerde elektronik postaların takibinden işkence yapılmasına, özel askeri mahkemelerin kurulmasından Guantanamo hapisanesindeki insanlık dışı uygulamalara kadar her türlü tatbikatı meşru gören bu yaklaşım, yalnızca anayasal kuvvetler ayrılığıyla denetim ve denge mekanizmalarını işlevsiz hale getirmekle kalmamış aynı zamanda temel insan haklarını imha etmesi nedeniyle ABD’nin bir hukuk devleti olup olmadığının sorgulanmasına da yol açmıştır.

⁷⁶ Leonard Cutler, *President Obama’s Counterterrorism Strategy in the War on Terror An Assessment*, Palgrave Macmillan, New York, 2017, s.127-128.

⁷⁷ Cutler, s. 162.

⁷⁸ Mansfield, s. 286.

⁷⁹ Levinson, s. 22.

⁸⁰ Ackerman, s. 121.

⁸¹ Levinson, s. 105.

⁸² Kommers/Finn/Jacopsohn, s. 183.

d) SONUÇ

Egemenlik yok edilmeden iktidar nasıl denetim altına alınabilir sorusuna modern anayasacılığın cevabı erkler ayrılığı ilkesi olmuştur.⁸³ Açıkça telaffuz etmeden ilkeye yer veren ABD Anayasası başkanları içeriye dönük işlemlerinde son derece katı bir şekilde sınırlandırılabilirken dışarıya dönük karar ve eylemlerinde geniş bir takdir yetkisiyle donatır. Bir yanda resmen ilan edilmeyen savaşlarda onlarca ülkenin işgal edilerek milyonlarca insanın ölümüne yol açan kararlar için hiçbir yaptırıma tabi tutulmayan başkanlar diğer yanda rakip partinin seçim merkezini FBI marifetiyle dinlettiği için istifaya zorlanan ya da özel yetkili savcıya stajyeriyle ilişkisi hakkında yalan söylediği için itham edilip yargılanan başkanlar bulunur. Her iki olgunun da aynı anayasal düzene ait olduğuna inanmak güçtür. İçeride azami sınırlandırmanın dışarıda azami yetkiye dönüşmesiyle belirginleşen görünüşteki bu çelişki sadece olağanüstü dönemlerde Başkanın iktidarını makul şekilde sınırlayacak anayasal tedbirlerin yokluğuyla izah edilemez.⁸⁴ Yalnızca buzdağının görünen kısmına işaret eden ve hukukun temel işleviyle ilgili bir şey söylemeyen bu bakış açısı son derece yüzeysel olup içeriyle dışarı, yurttaşla düşman arasında yapılan katı ayrılığın getirdiği vahşi sonuçlarla ilgili olarak hukukun daha derin, daha karanlık ve zimni işleviyle alakalı bir açıklama sunmaz. Asıl sorulması gereken soru hukuki himayeden kimlerin yararlanabileceğidir. Daha önceki bir çalışmada da işaret ettiğimiz gibi “siyasal bütünlüğün dışında kalanlar için hukukun koruma mekanizmaları ya çok zayıftır ya da yoktur.”⁸⁵ ABD Anayasası ve kurulu düzeninin (*establishment*) dışarıdakilerin/yabancıların ölümüne bu kadar ilgisiz kalması kısmen hukukun üstlendiği işlevin bu ikili karakteriyle alakalıdır.

Yüksek Mahkemece, Başkanın savaş gibi kırılma noktası olan bir sahada nihai karar mercii olduğunun kabulü esasen egemenin ana/yasayla kısıtlanmasının ya faydasız ya imkansız veyahut ölümcül zararlar doğurma potansiyelinin oldukça yüksek olduğunun bilinmesiyle de ilişkilendirilebilir.

Başkanlara dışarıda ilan edilmemiş savaş yürütme konusunda verilen açık çekin bir diğer gerekçesi de ordunun sahip olduğu yüksek teknoloji ve devasa askeri kapasitedir. Rakipsiz askeri donanım sayesinde ABD neredeyse 75 yıldır ciddi bir bedel ödmeden onlarca savaşı sürdürebilmiş ve herhangi bir tehdit ya da saldırıya maruz kalmamıştır. Tam tersine bütçeden askeri –sınai komplekse aktarılan devasa ödeneklerle sürdürülen savaşlar en azından silah şirketleri için kârlı bir yatırıma dönüşmüştür.

⁸³ Passerin d’Entreves, s. 114.

⁸⁴ Levinson, s. 107.

⁸⁵ Aslan Delice, Antropoloji Penceresinden Hukuk: Basit Toplumlarda Akralalık İktidar ve Çıkar İlişkileri, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013, s. VIII.

Diğer ülkeler gibi Türkiye'nin de ABD silahlı kuvvetleriyle yüzleşme tehlikesinin düşük bir ihtimal olmadığı şu günlerde, ABD başkanlarının başkomutan sıfatını kullanarak ülkeyi savaşa sürüklemelerinin bir yetki gaspı olarak değerlendirilip değerlendirilmeyeceği sorusu hayati önemdedir. ABD toprakları ve halkına ciddi zararlar veren bir misillemeyle karşılaşmadıkça Kongre ya da Yüksek Mahkemenin başkomutanın yürüttüğü savaşları anayasal bir mesele olarak görmeyeceğini söylemek bir kehanet olmayacaktır.

KAYNAKLAR

- ACKERMAN, Bruce; **The Decline And Fall Of American Republic**, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 2010.
- ATATÜRE, Süha; **Amerika Birleşik Devletleri'nin Siyasi Yapısı/Onüç Koloniden Küresel Güce Amerika**, Beta Basım Yayım, İstanbul, 2017.
- BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang; **Constitutional and Political Theory**, Volume I, Ed. Mirjam Künkler-Tine Stein, Oxford University Press, Oxford, 2017.
- CORWIN, Edward S.; **The Constitution and What It Means Today**, Revised by Harold W. Chase and Craig R. Ducat, Princeton University Press, Princeton, New Jersey, 1978.
- CUTLER, Leonard; **President Obama's Counterterrorism Strategy in the War on Terror An Assessment**, Palgrave Macmillan, New York, 2017.
- DELİCE, Aslan; **Antropoloji Penceresinden Hukuk: Basit Toplumlarda Akrabalık İktidar ve Çıkar İlişkileri**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013.
- ELLIS, Richard J; **Judgeing Executive Power/Sixteen Supreme Court Cases That Have Shaped American Presidency**, Rowman & Littlefield Publishers Inc., Lanham, 2009.
- FALLON, Richard H. Jr; **The Dynamic Constitution/An Introduction to American Constitutional Law**, Cambridge Univesity Press, New York, 2004.
- GALSTON, William A; "The Madisonian Understanding of Executive Power: A Defense of Concurrent Powers", Executive Power in Theory and Practice Ed. Hugh Liebert- Gary L. McDowell-Terry L. Price, Palgrave Macmillan, New York, 2012.
- GENOVESE, Michael A.- SPITZER, Robert J; **The Presidency and Constitution Cases and Contraversies**, Palgrave Macmillan, New York, 2005.
- GRIMM, Dieter; **Sovereignty/The Origin and Future of a Political and Legal Concept**, Çev.: Belinda Cooper, Columbia University Press, New York, 2015.
- HEGEL, G.W.F; **Hukuk Felsefesinin Prensipleri**, Çev.: Cenap Karakaya, Sümer Yayıncılık, İstanbul, 2015.
- HOBBS, Thomas; **Leviathan veya Bir Din ve Dünya Devletinin İçeriği Biçimi ve Kudreti**, Çev.: Semih Lim, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 1992.
- HUNTINGTON, Samuel P., **Military Policy**, International Encyclopedia of the Social Sciences Volume 8, Ed. David L. Sills, The Macmillan Company& The Free Press, 1968, USA.

- JACOPS, Lawrence R.- SHAPIRO Robert J.; **Conclusion: Presidential Power, Institutions and Democracy**, Presidential Power/Forging the Presidency for the Twenty-first Century, Ed. Robert Y. Shapiro-Martha Joynt Kumar- Lawrence R. Jocops, Colombia University Press, New York, 2000.
- KELSEN, Hans; **The Essence and Value of Democracy**, Ed. Nadia Urbinati ve Carlo Invernizzi Accetti Çev.: Brian Graf, Rowman & Littlefield Publishers, Inc. Maryland, 2013.
- KOMMERS, Donald P. – FINN John E. – JACOPSHON Gary J.; **American Constitutional Law**, Volume 1: Governmental Powers and Democracy, Rowman & Littlefield Publishers Inc., Lanham, 2010.
- LEVINSON, Sanford; **Our Undemocratic Constitution: Where the Constitution Goes Wrong/And How We the People Can Correct it**, Oxford University Press, New York, 2016.
- LOCKE, John; **Yönetim Üzerine İkinci İnceleme/Sivil Yönetimin Gerçek Kökeni Boyutu ve Amacı Üzerine Bir Deneme**, Çev.: Fahri Bakırcı, Eabil Yayınları, Ankara, 2012.
- MANSFIELD, Harvey C. Jr.; **Taming the Prince/The Ambivalence of Modern Executive Power**, The Free Press, New York, 1989.
- MONTESQUIEU, Charles Louis; **Kanunların Ruhu Üzerine**, Türkiye İşbankası Kültür Yayınları, İstanbul, 2017.
- PASSERIN-d'ENTREVES, Alexander; **The Medieval Contribution to Political Thought/Thomas Aquinas-Marsilius of Padua-Richard Hooker**, The Humanities Press, New York, 1959.
- PASSERIN-d'ENTREVES, Alexander; **The Notion of The State/An Introduction the Political Theory**, Oxford University Press, London, 1967.
- POSNER, Richard A; **An Affair of State: The Investigation, Impeachment and Trial of President Clinton**, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 2000.
- SCHMITT, Carl; **Political Theology/Four Chapters on the Concept of Sovereignty**, Çev.: George Schwab, The University of Chicago Press, Chicago, 2005.
- SCHMITT, Carl; **Constitutional Theory**, Çev.: ve Ed. Jeffrey Seitzer, Duke University Press, Durham and London, 2008.
- SEDGWICK, Jeffrey Leigh; **"Constituting the Prince"**, Executive Power in Theory and Practice Ed. Hugh Liebert- Gary L. McDowell-Terry L. Price, Palgrave Macmillan, New York, 2012.

SIDAK, J. Gregory; **“To Declare War”**, Duke Law Journal, Vol. 41, No. 1 (Sep., 1991), pp.27-121 <https://www.jstor.org/stable/1372700>

SMITH, Alison M; **“The Political Cost of Legalizing Executive Power”**, Executive Power in Theory and Practice *Edited by* Hugh Liebert- Gary L. McDowell-Terry L. Price, Palgrave Macmillan, New York, 2012.

YOO, John; **“The Modern Executive Tames Obama”**, Executive Power in Theory and Practice *Edited by* Hugh Liebert- Gary L. McDowell-Terry L. Price, Palgrave Macmillan, New York, 2012.

<https://www.cfr.org/timeline/us-war-afghanistan>

<https://cdn.loc.gov/service/ll/usrep/usrep067/usrep067635/usrep067635.pdf>

RÜŞVET SUÇUNDA GÖREVİN KAPSAMI*

The Scope of the Duty in Bribery

Dr. Öğr. Üyesi Recep KAHRAMAN**

ÖZ

Rüşvet suçu, kamu görevlisinin görevinin ifasıyla ilgili bir işi yapması veya yapmaması amacıyla, doğrudan veya aracılar vasıtasıyla, kendisine veya göstereceği bir başka kişiye menfaat temin etmesidir. Haksız menfaat sağlanmasının karşılığı olan iş ya da eylemin göreve dahil olması gerekir. Göreve dahil olmayan iş ya da eylemin karşılığında görevlinin çıkar elde etmesi rüşvet suçunu oluşturmaz. Bu nedenle suçun maddi unsuru olarak kabul edilen görevin kapsamı önceden belirlenmelidir. Görevin gereklerine aykırı ya da görevin gereklerine uygun hareketlerin her ikisi de rüşvet suçunun unsuru olarak kabul edilmektedir. Görev kapsamının dar veya geniş yorumlanması ceza sorumluluğunu etkilemektedir. Kamu görevlisinin ek uğraşı ile yerine getirilen ya da takdir yetkisini kullandığı iş ya da eylemin niteliği, ceza sorumluluğunun tespiti açısından önemlidir. Sağlanan haksız menfaat ile görevin ifasıyla ilgili iş ya da eylem arasında illiyet bağı rüşvet anlaşılmasında kurulmalıdır. Bu nedenle iş ya da eylemin önceden somutlaştırılmış olması gerekir.

ANAHTAR KELİMELER: Rüşvet, Görev, Haksız Menfaat, Rüşvet Anlaşması.

ABSTRACT

The bribery is committed when a public official, directly or through other persons, takes an advantage for himself or another person designated by him, in order for him to perform or not to perform a task with regard to his duty. The perform or action against the provision of unfair benefits to the public official should be within the scope of the public activity carried out by the public administration. It is not a bribery if the officer gains benefit in exchange for perform or action not included in the task. The scope of the duty considered as an element of the bribery must be determined in advance. Any act contrary to or in accordance with the requirements of the duty is considered an element of the bribery. Broad or narrow interpretation of the scope of duty affects criminal liability. The nature of the perform or action performed or exercised by the public official with special effort is important for the determination of criminal responsibility. The causal link between the unfair benefit provided and the perform or action related to the performance of the duty should be established in the bribery agreement. For this reason, the perform or action that needs to be fulfilled must be concretized in advance.

KEY WORDS: Bribery, Duty, Unfair Advantage, Bribery Agreement.

* Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 07.04.2019

Kabul Edildiği Tarih: 05.12.2019

DOI Numarası: [10.15337/suhfd.550480](https://doi.org/10.15337/suhfd.550480)

** Necmeddin Erbakan Üniversitesi SBF

E-Mail Adresi: rkahraman@erbakan.edu.tr ORCID ID: [0000-0002-0991-9692](https://orcid.org/0000-0002-0991-9692)

GİRİŞ

Kamu görevlisinin görevini kötüye kullanması olarak ifade edilen rüşvet suçunda, göreve dahil yetkili olunan konuda karşı tarafla serbest iradelerin ürünü olan, karşılıklı rızaya dayalı bir anlaşma sonucunda çıkar elde edilmektedir. Kamu idaresinin kamu görevlisine yüklediği “görevi yerine getirme” vazifesi nedeniyle rüşvet suçu yüklenen edimin ihlali olarak kabul edilir.¹

Kamu görevlisinin, sahip olduğu yetkiyi, genel idare esaslarına, kamusal yönetim biçimine uygun olarak kullanması gerekir.² Rüşvet suçunda kamu görevlisi haksız menfaat elde etmek suretiyle görevli olduğu konuda yetkisini kötüye kullanmaktadır.³ Görev bizzat kullanılabilir bir durum olmadığından bu durum sadece bir faaliyet veya hizmettir. Bu nedenle görev kamu görevlisine yasanın verdiği yetki, kamusal güç ile yerine getirilir. Yetkiyi kötüye kullanması görevi kötüye kullanma olarak ifade edilmektedir.⁴

Rüşvet suçunda kamu görevlisi olması gereken failin, özel yükümlülük altında olması, diğer ifadeyle özel faillik niteliğini taşıması yeterli olmaz, aynı zamanda fiil üzerinde de hakimiyet kurması gerekir. Bu açıdan bakıldığında rüşvet suçu hakimiyet ve yükümlülük suçu olarak ifade edilebilir.⁵ Failin yükümlü olduğu şey, görevin ifası olduğundan ifa edilecek görevin olmaması suçun oluşmasını engeller.⁶

Haksız menfaatin karşılığı olan iş ya da eylemin kamu görevlisinin görevine dahil olup olmadığına göre suçun niteliği belirlenmektedir. Görevinin ifasıyla ilgili bir işi yapması veya yapmaması için, doğrudan veya araçlar vasıtasıyla, bir kamu görevlisine

¹ SCHÖNKE Adolf-SCHRÖDER Horst, (2014), Strafgesetzbuch: Kommentar, Münih, s. 3091; Yargıtay’a göre rüşvet “ceza tatbikatında memur sayılan bir kimsenin görevine giren bir iş için kendi tarafından icbar, ikna veya iğfal şeklinde bir hareket olmaksızın kanunen yapmaya mecbur olduğu şeyi yapmak veya yapmamak, yapmamaya mecbur olduğu şeyi yapmamak veya yapmak için kanunen verilmesi gerekmeyen bir mal veya herhangi bir menfaat sağlaması yahut para veya menfaat hakkında taahhüt veya teminat kabul etmesidir. (CGK. 19.10.1987, 5-205/462).

² GÖZLER, Kemal, (2009), İdare Hukuku, Cilt I, Ekin Yayınevi, Bursa, s. 630; İdarenin işlevini yerine getirmek amacıyla kanun koyucunun belirlemiş olduğu düzen, genel idare esasları olarak ifade edilmektedir. Kamusal faaliyet, genel idare esaslarına göre, kamu görevlileri tarafından yürütülmelidir. GİRİTLİ, İsmet-BİLGİN, Pertev-AGÜNER, Tayfun, (2006), İdare Hukuku, Der Yayınları, İstanbul, s. 446.

³ GÜRELLİ Nevzat, (1954), İrtikâp ve Rüşvet Cürümleri (Yayınlanmamış Doktora Tezi), İstanbul, s. 66.

⁴ YAŞAR Osman-GÖKCAN Hasan Tahsin-ARTUÇ Mustafa, (2014), Yorumlu ve Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, Adalet Yayınevi, Ankara, s. 7763.

⁵ ÖZGENÇ İzzet, (2013), İrtikap, Rüşvet ve Görevi Kötüye Kullanma Suçları, Seçkin Yayınevi, Ankara, s. 76.

⁶ CARRARA Francesco, (1877), Programma dei Corso di Diritto Criminale, C.5, Lucca, s. 116.

veya göstereceği bir başka kişiye menfaat sağlanması halinde rüşvet suçu oluşmaktadır. Anlaşma konusu iş ya da eylemin göreve dahil olmaması halinde menfaat sağlayan birey açısından sorumluluk bulunmamasına karşın kamu görevlisinin disiplin sorumluluğu doğabilmektedir.⁷

1. Görevin Suç Genel Teorisindeki Yeri

Suç genel teorisinde suçun unsurları, maddi ve manevi unsurlar olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Rüşvet suçunun maddi unsurlarından fiil, görevin ifasıyla ilgili belli bir işin yapılması ya da yapılmaması amacıyla kamu görevlisinin veya göstereceği üçüncü kişinin menfaat sağlamasıdır.⁸

Çalışmanın konusu olan görevin, suçun maddi unsuru ya da suçun ön şartı olduğu konusunda doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır. Suçun maddi unsuru, eksikliği halinde suçun oluşmayacağı tipik eyleme ilişkin olan somut unsurlardır. Suçun ön şartı ise suçun maddi unsurundan önce dış alemde doğması gereken birtakım koşullardır.⁹ Doktrinde bir görüşe göre rüşvet suçunda cezalandırılması gereken hareket olan menfaatin sağlanması ile görev arasında doğrudan illiyet bağının kurulması gerekli olduğundan kamu görevlisinin, haksız menfaatin sebebi olan işin yapılması ya da yapılmaması konusunda görevli olması suçun maddi unsuruna dahildir.¹⁰ Diğer görüşe göre; failin kamu görevlisi olması ve fiilin göreve dahil olması suçun maddi unsuru olan menfaatin sağlanmasından önce gerçekleşmelidir. Bu nedenle rüşvet suçunda görevli olma hali maddi unsura dahil olmayıp suçun ön şartıdır.¹¹

Suçun ön şartı doğrudan suçun maddi unsuruna bağlı olduğundan evrensel ceza hukuku anlayışında suçun maddi unsuru - suçun ön şartı ayrımı bulunmamaktadır. Bu nedenle rüşvet suçunda kamu görevlisinin görevli olması hali suçun maddi unsuru olarak kabul edilmelidir.

⁷ MANZİNİ Vincenzo, (1986), Trattato di Diritto Penale Italiano: dei delitti contro la pubblica amministrazione e l'amministrazione della giustizia, Torino, s. 239; Benzer görüşü savunan Yargıtay'a göre göreve dâhil olmayan iş dolayısıyla rüşvet suçu işlenemez. "Rüşvet suçu bir kamu görevlisinin görevinin gereklerine aykırı olarak bir işi yapması veya yapmaması için kişiyle vardığı anlaşma çerçevesinde bir yarar sağlamasıyla oluşur. Burada önemli olan yapılan işin memurun görevine giren bir iş olması ve rüşvet sonucu yapılması istenilen belirli eylem ile sanığın görevi arasında mutlak bir bağın varlığıdır." (5. CD. 26.11.2007, 4413/9276).

⁸ GÜRELLİ, s. 93.

⁹ ALACAKAPTAN Uğur, (1975), Suçun Unsurları, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Sevinç Matbaası, Ankara, s. 6.

¹⁰ SCHÖNKE-SCHRÖDER, s. 3100.

¹¹ MANZİNİ, s. 194.

2. Görevin Kapsamı

2.1. Genel Açıklamalar

Rüşvet suçunda haksız menfaatin nedeni olan iş ya da eylemin görevle bağlantısı suçun kurucu unsuru olduğundan görevin kapsamından önce görevin nasıl oluştuğunun belirlenmesi ve daha sonra kapsamının tespiti gerekir.¹²

Kamu hizmetlerinin yürütülebilmesi için idarenin örgütlenmesi gerekir. İdari teşkilat içerisinde, kamusal faaliyetin yerine getirilmesinde, kamu idaresini temsil eden kişi olan kamu görevlisinin, faaliyetin yerine getirilmesinde görevli olması gerekir.¹³

Görev, kamu görevlisinin kamu idaresi tarafından yetkilendirildiği iş ya da eylemin yerine getirilmesidir. Toplumunu oluşturan bireyler adına yürütülen faaliyetlerin kamusal faaliyet olması bu faaliyetlerin kamu gücü adına yerine getirilmesiyle doğrudan bağlantılıdır. Rüşvet suçunda anlaşma konusu iş ya da eylemin gerçekleştirilmesi ile görev arasında illiyet bağının kurulması gerekir.¹⁴

2.2. Görevin Kapsamının Belirlenmesi

Görevin kapsamı, kamu görevlisinin cezai sorumluluğunun belirlenmesiyle doğrudan bağlantılıdır. Görev kapsamının geniş tutulması ceza sorumluluğunun alanını genişletirken, dar tutulması halinde ise sorumluluk alanı daraltılmış olur. Rüşvet suçunun düzenlendiği 5237 sayılı kanun md. 252’de görevin nasıl belirlendiği ve kapsamına ilişkin hüküm yer almamasına karşın rüşvet suçunun düzenlendiği 765 sayılı kanun md. 211/1’de “kanunen veya nizamen yapmaya veya yapmamaya mecbur olmayan şey” ifadesiyle görevin kapsamının mevzuata göre belirlenmesi gerektiği kanun koyucu tarafından düzenlenmişti.

Rüşvetin bir görev suçu olduğu konusu kati olmasına rağmen görevin ve kapsamının ne olduğu, nasıl belirlendiği konusunda doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır:

Birinci görüşe göre; kamu görevlisinin görev alanı işin niteliğine göre tespit edilmelidir.¹⁵ İkinci görüşe göre; kamu görevlisinin görev alanının tespiti sadece mevzuat hükümlerine bakılarak tespit edilebilir.¹⁶ Anayasal ilke olan idarenin kanuniliğinin

¹² TOROSLU Nevzat, (2018), Ceza Hukuku Özel Hükümler, Savaş Yayınevi, Ankara, s. 279.

¹³ GÜNDAY Metin, (2011), İdare Hukuku, İmaj Yayınevi, Ankara, s. 579.

¹⁴ ÖZGENÇ, s. 153.

¹⁵ ARTUK Mehmet Emin-GÖKCEN Ahmet-ALŞAHİN Mehmet Emin-ÇAKIR Kerim, (2018), Ceza Hukuku Özel Hükümler, Adalet Yayınevi, Ankara, s. 1072.

¹⁶ YAŞAR-GÖKCAN-ARTUÇ, s. 7638.

sonucu olarak, kamu görevlisinin işlem yapabilme kudreti, mevzuattan doğmalıdır.¹⁷ Benzer görüşü savunan Yargıtay'a göre görevlendirmenin dayanağı mevzuat hükümleri olmalıdır. *"Uzman Çavuş olarak görevli olup devriye görevini yerine getirirken sü- rücü belgesi olmayan bir kişinin maddi hasarlı trafik kazasına karıştığını öğrenen sa- nığın, 2803 sayılı ..., Teşkilatı Görev ve Yetkileri Kanununun 25. maddesi delaletiyle 2559 sayılı Polis Vazife ve Selahiyet Kanunu Ek 6.maddesinin 5. fıkrasında yer alan "Yapıla- cak araştırma sonunda edinilen bilginin bir kabahate ilişkin olduğu hallerde, konu araştırılarak gerekli yasal işlem yapılır veya yapılması sağlanır." Hükmü çerçevesinde durumu jandarma trafik görevlilerine bildiren işlem yapılmasını sağlama görevinin bu- lunduğu gözetilmelidir."*¹⁸ Görevin kapsamının sadece mevzuata bakılarak belirlen- mesi görüşü doktrinde eleştirilmektedir. Kapsamın sadece mevzuatla belirlenmesi suçla mücadele açısından yerinde değildir. Mevzuatta yer almayan ama kamu görev- lisinin görevine ilişkin faaliyetlerle ilişkili haksız menfaat elde edildiğinde kamu görev- lisinin sorumluluğuna gidilemez. Bu nedenle kamu görevlisinin idareyi temsil ederken icra ettiği tüm faaliyetleri görevin kapsamı kabul edilmelidir.¹⁹ Üçüncü görüşe göre; tespit yapılırken, kamu görevlisinin görev ve yetkilerini düzenleyen özel hükümlere, yapılması konusunda anlaşılan işin niteliğine ve kamu görevlisinin statüsüne bakılma- lıdır.²⁰

Rüşvet suçunda kamu görevlisinin cezalandırılmasının temel sebebi görevini kötüye kullanmasıdır. Görevli olmadığı konuda görevin ihlali mümkün olmadığından görevin kapsamının objektif olarak önceden belirlenmesi ceza sorumluluğunun tayini bakımından önemlidir. Kamu idaresinin temsilcisi olan kamu görevlisinin temsil yetki- sini kullanmasıyla birlikte yerine getirdiği iş ve eylemler bütünü görev olarak ifade edilmektedir. Temsil yetkisinin hangi alanlarda kullanılması gerektiği diğer ifadeyle görevin kapsamı, yerine getirilme biçim ve yöntemleri öncelikli olarak mevzuatta dü- zenlenmelidir. Kamu görevlisi kamu idaresine tabi olan süjedir ve idare hukuku rejii- minde görevlendirme mevzuatın yanında kurum içi talimatlarla da gerçekleştirilmek- tedir.

¹⁷ AKYILMAZ, Bahtiyar-SEZGİNER, Murat-KAYA, Cemil, (2019), Türk İdare Hukuku, Savaş Yayınevi, s. 353.

¹⁸ (5. CD. 09.05.2016, 4668/4798).

¹⁹ TEZCAN Durmuş-ERDEM Mustafa Ruhan-ÖNOK R. Murat, (2018), Teorik Ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Seçkin Yayınları, Ankara, s. 761.

²⁰ ERMAN Sahir-ÖZEK Çetin, (1992), Kamu İdaresine Karşı Suçlar, Alfa Basım Yayın Dağıtım, İstan- bul, s. 93.

2.3. Görevin Kapsamının Dar veya Geniş Yorumlanması

Rüşvet suçunda haksız menfaatin sağlanmasının sebebi olan iş ya da eylemin müstakil olarak kamu görevlisinin görevine dahil olup olmamasına göre görevin kapsamı dar veya geniş yorumlanabilmektedir.²¹

Rüşvet konusu iş ya da eylemin doğrudan kamu görevlisine ait olması gerektiği kabul edildiğinde görev kapsamı dar yorumlanmış olur. Bu görüşü savunanlara göre; görevin ifası ancak rüşvet alan kamu görevlisi bakımından mümkün olmalıdır.²² İdare hukukunda yetki kamu düzenindedir. Mevzuat hükümleriyle yetki kime verilmişse ancak o makam tarafından kullanılmalıdır.²³ Yargıtay'da benzer görüşü savunmaktadır. *"Sanıkların baş komiser olan katılanın odasına görüşmek amacıyla geldikleri, katılanın sorumluluğu dahilinde bulunan alan içerisinde mazot çıkaracaklarını, kendilerine yardımcı olmasını, yardımcı olursa kendisini memnun edeceklerini ve hakkını zarf içerisinde getireceklerini söyledikleri, katılanın üzerinde daha etkili olabilmek amacıyla üst mevkide bir emniyet görevlisi ile görüştüğü intibainı uyandırarak telefonu katılana vermek suretiyle sanıkların rüşvet vermeye teşebbüs ettiklerinin iddia ve kabul edildiği olayda, .katılanın suç tarihinde kaçak mazot çıkartılması ve naklini önleme, engelleme, akaryakıt istasyonunda arama yapma ve denetleme yetki ve sorumluluğu olup olmadığının araştırılması gerekir."*²⁴

Görev kapsamının geniş yorumlanması halinde rüşvet konusu iş ya da eylemin doğrudan kamu görevlisine ait olmayıp görev yaptığı dairenin yetkisine girmesi yeterlidir.²⁵ İş ya da eylemin dairenin yetkisinde olmasının doğal sonucu olarak kamu görevlisinin iş ya da eylem açısından özel olarak yetkilendirilmesi gerekli değildir.²⁶

Rüşvet suçunda anlaşma konusu işin yapılması ya da yapılmaması konusunda kamu görevlisinin görevli olmasının yanında yetkili de olması gerekir. Diğer ifadeyle fiilin kamu görevlisinin bağlı olduğu kurumun görevi kapsamında olması tek başına yeterli değildir.²⁷ Örneğin İçişleri bakanlığı personeli olan polis memurunun bağlı olduğu kurum, trafik denetimi konusunda görevlidir. Ankara sınırları içinde yetkilendi-

²¹ ERMAN-ÖZEK, s. 94.

²² ÖNDER Ayhan, (1987), Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, İstanbul, s. 162.

²³ AKYILMAZ-SEZGİNER-KAYA, s. 353.

²⁴ (5. CD. 21.04.2014, 509/4459).

²⁵ PAGLIARO Antonio, (1986), Principi di diritto penale: Parte speciale: delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione, Milano, s. 150.

²⁶ ÖZBEK Veli Özer-DOĞAN Koray-BACAKSIZ Pinar-TEPE İlker, (2017), Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Seçkin Yayınevi, Ankara, s. 1091.

²⁷ HAFIZOĞULLARI Zeki-ÖZEN Muharrem, (2016), Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Millete ve Devlete Karşı Suçlar, USA Yayıncılık, Ankara, s. 43.

rilmiş olan polis memuru Çankırı sınırları içinde yetkili olmamasına rağmen trafik denetimi yapmış ve kurallara aykırı davranan sürücüden ceza kesilmemesi karşılığında menfaat sağlamıştır. Aynı şekilde üniversitede amfide sınav görevi olan gözetmen, diğer amfiye arkadaşının yanına gider ve yetkili olmadığı amfide kopya çeken öğrenciden tutanak tutulmaması karşılığında menfaat elde eder. Verilen örneklerin tamamında kamu görevlisi, rüşvet anlaşmasının konusu olan iş ya da eylem bağlı olduğu kurumun görevine girmesine rağmen kendisi yetkili değildir. Bu nedenle sağlanan menfaat rüşvet suçunu oluşturmaz. Örneklerde görüldüğü gibi bağlı olduğu kurumu kamu idaresi olarak kabul ettiğimizde kamu görevlisi, bağlı olduğu idarenin temsilcisi olarak kamusal faaliyeti yerine getirmektedir. Kuruma bağlı olmasına rağmen temsil yetkisi bulunmadığında kamu görevlisinin iş ya da eylemin yerine getirilmesi konusunda görevli sayılması mümkün olmadığından görevin kapsamının dar yorumlanması gerekir.

2.4. Ek Uğraşın Gerekli Olduğu İşlerin Görevin Kapsamında Sayılması Sorunu

Kamu görevlisinin belli bir işin ifası karşılığında haksız menfaat elde etmesi rüşvet suçundan sorumlu tutulması için tek başına yeterli değildir. Kamu görevlisinin yetkilendirilmediği, yerine getirmesi konusunda yükümlü olmadığı bir hizmet olmasına rağmen görevlinin ek uğraşı ile icra edilen iş ya da eylemin görevin kapsamında sayılıp sayılmayacağı doktrinde tartışmalıdır.

Ek uğraşın görev kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini savunanlara göre icra edilen iş görevin parçasıdır. Görevli olunmasaydı bu işi yerine getirmesi ondan talep edilmezdi ve kamu görevlisi de yerine getirmezdi. Haksız menfaat, görevin kapsamında olan iş karşılığında elde edilmiş olduğundan rüşvet suçu oluşur.²⁸ Ek uğraş ile yapılacak işler kural olarak görevin kapsamında sayılır. İşin görev kapsamında sayılmaması için belli koşulların oluşması gerekir. İlk koşula göre kamu görevlisi iş ya da eylemi yerine getirmekle yükümlü olmamalıdır. İkinci koşula göre sağlanan menfaate bağlı olarak yerine getirilen iş ya da eylem görevlinin asli görevini icra etmesini engellememelidir. Üçüncü koşula göre sağlanan menfaate bağlı olarak yerine getirilen iş ya da eylem kamu görevlisinin itibarını hissedilebilir düzeyde sarsmamalıdır.²⁹ Ek uğraşın görev kapsamında değerlendirilmemesi gerektiğini savunanlara göre yükümlülüğün olmaması, uğraşın görev kapsamında değerlendirilmemesinin sebebidir. Örneğin mesai bitiminde veya tatil günü mahkeme kaleminden avukatın mahkemenin kararını

²⁸ SAVAŞ Vural-MOLLAMAHMUTOĞLU Sadık, (1995), Türk Ceza Kanunu Yorumu, Seçkin Yayınevi, Ankara, s. 2427.

²⁹ ANTOLİSEİ Francesco, (1986), Manuale di Diritto Penale, Parte Speciale II, Milano, s. 791.

istemesi halinde söz konusu iş ya da eylem yükümlülük dolayısıyla değil kamu görevlisinin ek uğraşı ile yerine getirilmektedir.³⁰

Yargıtay'a göre kamu görevlisinin ek uğraşının karşılığında iş ya da eylemin yerine getirilmesi halinde görevin dışına çıkılmamaktadır. *"Tapu Müdürlüğünde taşınmazlarla ilgili satış, ipotek, intikal, hibe gibi akitli ve akitsiz işlemleri yapmakla görevli sanığın, satın aldığı ev için banka lehine ipotek koydurmak maksadıyla müracaat eden müştekiye mesainin bitimine az kaldığını, işin bu sürede yetişmeyeceğini, öğleden sonraya kaldığını, ancak 100 lira verdiği takdirde öğle arası da çalışıp işlemleri tamamlayacağını belirttiği, bunun üzerine şikayetçinin Savcılığına müracaatını müteakip sanığın seri numaraları önceden tespit edilmiş paralarla birlikte yakalandığı ve olayda irtikabın icbar veya ikna unsurlarının da bulunmadığının anlaşılması karşısında; 5237 sayılı TCK'nın rüşveti tanımlayan 252/3. maddesinde "rüşvet, bir kamu görevlisinin, görevinin gereklerine aykırı olarak bir işi yapması veya yapmaması için kişiyle vardığı anlaşma çerçevesinde bir yarar sağlanmasıdır" denilerek sadece nitelikli rüşvete yer verildiği, yapması gereken iş için para alma eyleminin rüşvet sayılmadığı cihetle sabit görülen eylemin aynı yasanın 257. maddesinde düzenlenen görevinin gereklerine uygun davranmak için çıkar sağlamak suçunu oluşturacağı gözetilmeden suç vasfında yanılıya düşülerek yazılı şekilde hüküm kurulması yasaya aykırıdır."*³¹ Somut olayda eylemin rüşvet sayılmayıp görevi kötüye kullanma suçu sayılmasının sebebi 6352 sayılı kanun değişikliğinden önce görevin gereklerine uygun hareketin karşılığında sağlanan haksız menfaatin 5237 sayılı kanun md. 250'de rüşvet suçu olarak değil md. 257/3 gereğince görevi kötüye kullanma suçu kabul edilmesidir.

Kamu görevlisinin ek uğraşına bağlı olarak menfaat sağlaması, görevine dahil olmayan iş ya da eylemin yerine getirilmesi için menfaat sağlaması olarak kabul edilmelidir. Örneğin defterlerini onaylatmak için vergi dairesine giden tacir, işlemin tamamlanmasından sonra defterleri almaya gelemeyeceğinden kendisine kargoyla gönderilmesi halinde görevliye menfaat sağlama vaadinde bulunur. Görevli de menfaati elde ettikten sonra defterleri kargoyla tacire gönderir. Defterlerin tacire gönderilmesi kamu görevlisinin yükümlülüğü olarak görülemez. Sağlanan menfaat yerine getirilen görevin karşılığı olmadığından rüşvet suçu oluşmaz. Bu durumda görevlisinin disiplin sorumluluğu doğabilir.

³⁰ ERMAN-ÖZEK, s. 100.

³¹ (5. CD. 21.11.2006, 8116/9340).

2.5. Kamu Görevlisinin Takdir Yetkisini Kullandığı İş Ya Da Eylemin Görevin Kapsamında Sayılması Sorunu

İdarenin belli bir konuda karar alma ya da birden fazla karar arasında seçim yapabilme iktidarına takdir yetkisi denilmektedir. Takdir yetkisine sahip olan idare, hareket serbestine sahip olmaktadır.³² İdari faaliyetin sürekliliği ve değişebilirliğinin sonucu olarak kamusal faaliyetin yerine getirilmesinde bazı hallerde kamu görevlisinin takdir yetkisi bulunur.³³

Kamu görevlisinin takdir yetkisini kullandığı iş ya da eylemin kaynağının göreve dahil olan bir işlem olması gerekir. Kamu görevlisinin görevli olmadığı bir konuda takdir yetkisine sahip olması mümkün olmaz.³⁴

Görevin kapsamı mevzuatla belirlendiğine göre, idarenin takdir yetkisinin dayanağı da mevzuat hükümleridir. İdare, takdir yetkisini Anayasa ve kanunlara aykırı olmamak üzere kullanılmalıdır.³⁵ Danıştay da benzer görüşü savunmaktadır. *"İdarelere belli bir kararı alıp almamak veya kanunda öngörülen değişik çözümler arasında bir seçim yapmak konusunda tanınan serbestiye takdir yetkisi denir. Bu yetki, keyfi bir hareket yetkisi olmayıp, ancak mevzuatın belirlediği alan içerisinde hukuka uygun bir şekilde kullanılabilir."*³⁶ Kararda görüldüğü gibi kamu görevlisinin takdir yetkisi ile görevi arasında doğrudan illiyet bağı bulunmaktadır.

3. Göreve Dahil Olmayan İş Ya Da Eylemin Yerine Getirilmesi İçin Menfaat Temini

Rüşvet suçunun işlenmesi, kamu görevlisi açısından aynı zamanda görevi kötüye kullanma olduğundan menfaatin görev kapsamında sağlanması gerekir. İş ya da eylemi icra etmeye görevli olmayan kamu görevlisi rüşvet suçundan sorumlu tutulamaz.³⁷ Yargıtay da benzer görüşü savunmaktadır. *"Evlendirme Yönetmeliğinin, "Yetki sınırı" başlıklı 9. maddesinde köylerde ve kasabalarda evlenme işleri ile görevlendirilen muhtarlarının yetkilerinin o köy ve kasaba hudutları ile il sınırları olduğu öngörülmüş bulunması karşısında Akhisar İlçesi Topluca Köyü Muhtarı olduğu anlaşılan sanığın ilçe merkezinde nikah akdi yapmasının görevi cümlesinde bulunmadığı nazara alındığında sanıklara yüklenen rüşvet alıp verme eylemi rüşvet niteliğinde bulunmamaktadır."*³⁸

³² GÖZLER, s. 943.

³³ PAGLIARO, s. 175.

³⁴ ÖZEN, Mustafa, (2010), İrtikap ve Rüşvet Suçları, Adalet Yayınevi, Ankara, s. 171.

³⁵ GÜNDAY, s. 223.

³⁶ (8. D. 24.6.2011, 1214/3344).

³⁷ ARTUK-GÖKCEN-ALŞAHİN-ÇAKIR, s. 1072.

³⁸ (5. CD. 23.12.1998, 4208/5030).

Haksız menfaat karşılığında göreve dahil olmayan iş veya eylemin yapılması ya da yapılmaması halinde rüşvet suçu oluşmamasına karşın kamu görevlisinin sorumluluğuna ilişkin olarak doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır. Birinci görüşe göre; iş ya da eylemin göreve dahil olmaması halinde nüfuz ticareti ya da dolandırıcılık suçları oluşmaktadır. Haksız menfaati elde eden failin kendisi görevli olmamasına rağmen kamu görevlisi üzerindeki nüfuzunu kullanacağından bahsederek menfaat sağlarsa nüfuz ticareti suçu; gerçekte böyle bir nüfuzu olmadan nüfuzunu kullanacağından bahsederek menfaat sağlarsa dolandırıcılık suçu oluşur.³⁹ İkinci görüşe göre; haksız menfaatin karşılığı olan iş ya da eylem göreve dahil olmadığında rüşvet ve irtikap suçları oluşmadığından görevi kötüye kullanma suçu da oluşmamaktadır. Rüşvet konusu iş ya da eylem görev kapsamında icra edilmediğinde kamu görevlisinin sadece disiplin sorumluluğuna gidilmelidir.⁴⁰ Üçüncü görüşe göre; kamu görevinin usulsüz üstlenilmesi suçu ya da dolandırıcılık suçu oluşmaktadır.⁴¹

Yargıtay'a göre görevin kapsamında olmayan iş ya da eylemin karşılığında kamu görevlisinin haksız menfaat elde etmesi halinde görevi kötüye kullanma suçu ya da dolandırıcılık suçları değerlendirilmelidir. *"Yapılan işin kamu görevlisinin görevine giren bir iş olması ve rüşvet sonucu yapılması istenilen belirli eylem ile sanığın görevi arasında mutlak bir bağın varlığının mevcudiyetinin zorunlu bulunmasına göre, mahkemenin de kabulünde açıklandığı üzere sanayi ticaret il müdürlüğünde memur olan sanık Sinan'ın petrol istasyonlarını denetleme yetkisi bulunmadığından somut olayda rüşvet suçunun unsurları itibariyle oluşmayacağı gözetildiğinde, sanığın denetleme tarihlerine dair bilgi vermek için maddi menfaat talebinde bulunmaktan ibaret ve görevinin gereklerine aykırı davranmak biçimindeki eyleminin çıkar sağlayarak görevi kötüye kullanma suçunu oluşturduğunun tartışılmaması bozmayı gerektirmiştir."*⁴² Başka bir Yargıtay kararında ise görevli olduğu konusunda karşı tarafın aldatılması halinde dolandırıcılık suçundan hüküm kurulmuştur. *"Fakülte not elemanı olarak görev yapan sanığın müşteri öğrenci P'ye not ortalamasının tutmadığı ve sınıfta kalma durumu bulunduğu dair haber gönderip yanına çağırdığı, gerçekte ortalamasının üstünde başarı göstermiş olan P'nin ortalamasının tutmadığını sözle ve bilgisayardan göstermek suretiyle açıklayan sanığın, bu kaydı, ortalamanın tuttuğunu gösteren şekle getirmek üzere müşteri ile 75.000.000 liraya anlaştığı, daha sonra eve gidip ailesiyle konuşan müşterinin durumu ihbar ettiği anlaşılmış ve mahkemece de bu şekilde*

³⁹ ÖZGENÇ, s. 90.

⁴⁰ LEVİ Nino, (1935), Delitti contro la Pubblica Amministrazione, Milano, s. 275.

⁴¹ GÖZÜBÜYÜK A. Pulat, (1970), Türk Ceza Kanunu Açıklaması, Sevinç Matbaası, Ankara, s. 122.

⁴² (5. CD. 07.07.2011, 7022/9663). Benzer karar içi ayrıca bkz. (5. CD. 19.02.2013, 2880/1247).

kabul edilmiştir. Öğrencilerin notunu verme veya değiştirme gibi görev ve yetkisi bulunmayan sanığın açıklanan ve kabul edilen eyleminin dolandırıcılık suçuna teşebbüs niteliğinde olduğu gözetilmeksizin karar verilmesi kanuna aykırıdır.⁴³

Yükümlülük suçu olan rüşvet suçunda kamu görevlisi yükümlülüğünü ihlal etmektedir. Görevinin dışına çıkarak haksız menfaat elde etmesi görevinin veya yükümlülüğünün ihlali olarak konu edilmeyeceğinden rüşvet suçu oluşmamaktadır. Kamu görevlisinin görevli olmadığı iş ya da eylemi yerine getirmesinin karşılığında sağladığı haksız menfaate ilişkin olarak disiplin sorumluluğuna gidilebilir.

Nüfuz ticareti suçunda fail, kamu görevlisi üzerinde nüfuzunu kullanacağını açıkça beyan ederek haksız menfaat elde eder. Menfaat sağlayan birey, nüfuzunu kullanan failin anlaşma konusu iş ya da eylem konusunda görevli olmadığını bilmektedir. Bu nedenle görevli olmadığı konuda menfaat sağlayan kamu görevlisi, nüfuzunun karşılığında haksız menfaat elde etmediğinden nüfuz ticareti suçu oluşmaz. Kamu görevlisinin görevli olmamasına rağmen, aldatma kastı ile hareket ederek karşı tarafı görevli olduğuna inandırması halinde dolandırıcılık suçu oluşur. Görevli olduğu konusunda hata yapan kamu görevlisi ise aldatma kastı olmadığından dolandırıcılık suçundan sorumlu olmaz.

Görevi kötüye kullanma suçunda görevin gereklerine aykırı davranma veya görevini ihmal etme hallerinde, sağlanan haksız menfaat ile görev arasında illiyet bağı bulunmalıdır.⁴⁴ Bu nedenle haksız menfaati elde etmesi ile kamu görevlisi sıfatının yan yana gelmesi görevi kötüye kullanma suçunda yeterli olmaz. Aykırılığın ya da ihmalin sebebi görev olmalıdır. Görevli olunmayan konuda haksız menfaat elde edilmesinin sebebi, görevi gereklerine aykırılık ya da görevin ihmal olamayacağından, görevi kötüye kullanma suçu oluşmaz.

5237 sayılı kanun döneminde Yargıtay kararlarında, göreve dahil olmayan işin görülmesi karşılığında kamu görevlisinin haksız menfaat elde edilmesinin, görevi kötüye kullanma suçu olarak değerlendirilmesi hatalıdır. Yargıtay kararları dikkate alındığında, trafik polisinin çiftleri evlendirmesi karşılığında haksız menfaat elde etmesi halinde de görevi kötüye kullanma suçundan dolayı hüküm kurulmalıdır. Göreve dahil olmayan konuda menfaat elde edilmesinin görevi kötüye kullanma suçu sayılması görüldüğü gibi kanuni dayanaktan yoksundur. Görevi kötüye kullanma suçu her ne kadar kamu idaresine karşı işlenen suçlar içerisinde ikame suç olarak görülse de bu durum

⁴³ (5. CD. 02.07.2003, 3567/4271). Benzer karar için ayrıca bkz. (5. CD. 29.04.2002, 6745/2994).

⁴⁴ ÜNVER Yener, (2010), TCK'da Kamu İdaresine Karşı Suçlar, Alman-Türk Karşılaştırmalı Ceza Hukuku, C. III, İstanbul, s. 566.

suçların belirliliği ilkesini ihlal etmemelidir. Rüşvet suçunun yapısal unsurlarında eksiklik olan her durumda görevi kötüye kullanma suçundan dolayı hüküm kurulması kanunilik ilkesine aykırılık teşkil eder.

4. Görevin Gereklere Uygun Ya da Aykırı Hareket Edilmesinin Rüşvet Suçuna Etkisi

4.1. Genel Açıklamalar

6352 sayılı kanun değişikliğinden sonra rüşvet suçu görevin gereklere uygun veya aykırı iş ya da eylemlerin yerine getirilmesi amacıyla işlenebilmektedir. Görevin gereklere uygun iş için menfaat sağlanması halinde hukuka aykırı olan sadece menfaatin kabulü olmasına karşın, görevin gereklere aykırı iş için menfaat sağlanması halinde anlaşma konusu eylem ile birlikte menfaatin kabulü de hukuka aykırıdır.⁴⁵

4.2. Kamu Görevlisinin Görevinin Gereklere Uygun Ya Da Aykırı Hareket Etmesi

Görevin gereklere aykırılık, kamusal faaliyetin yerine getirilmesi için kendisine verilen yetkinin kötüye kullanılmasıdır. Görevi düzenleyen kurallardan farklı hareket edilmekte ya da talimatlara uygun hareket edilmemektedir. Kamu görevlisi yapılması gerekeni yapmamakta ya da yapılmaması gerekeni yapmaktadır.⁴⁶ Kamusal faaliyetin usule uygun şekilde yerine getirilmesi temel amaç olduğundan görevin gereklere aykırılık halinde idarenin amacı gerçekleşmez.⁴⁷

Görevin gereklere aykırılığı sadece mevzuata aykırılık olarak düşünmemek gerekir. Diğer ifadeyle görevlendirmenin düzenlendiği mevzuata uygun olsa bile kamu görevlisinin genel olarak yükümlülüklerine aykırı davranması da görevin gereklere aykırılık oluşturmaktadır. Örneğin görevini ifa eden kamu görevlisinin kamusal faaliyetin yerine getirilmesinde dürüst olmaması hali davranış normunun ihlalidir.

⁴⁵ KÜHL Kristian, HEGER Martin, (2014), Strafgesetzbuch: Kommentar, Münih, s. 1655.

⁴⁶ TOROSLU, s. 301.

⁴⁷ Görevin gereklere aykırılık oluşturan Yargıtay kararları için bkz. *“Oluş ve kabule göre infaz koruma memuru olan sanığın kendisine ait cep telefonu ile hükümlülerden T’yi ailesiyle görüştürmek suretiyle karşılığında para almak; yine hükümlüler tarafından sonradan cezaevine sokulan cep telefonunun mevcudiyetini öğrendikten sonra da durumu idare etmesi ve herhangi bir işlem yapmaması için vaad edilen parayı almak şeklindeki eylemleri TCK’nın 212/2. maddesinde yazılı nitelikli rüşvet suçunu oluşturmaktadır.”* (5. CD. 22.12.2004, 8850/8818); *“Sanığın kaçak olarak kişilerin ülkeye girişine göz yumulması karşılığında görevlilere para teklifinin, memurlarca kabul edilmemesi şeklindeki oluşu karşısında, taraflar arasında rüşvet anlaşmasının gerçekleşmemesi nedeniyle 5237 Sayılı Yasanın 252. maddesine göre rüşvete teşebbüs vasfında bulunduğu ve lehe olan yasanın belirlenmesinde buna göre değerlendirme yapılması gerektiği dikkate alınmalıdır.”* (5. CD. 23.03.2006, 1978/2266).

Görevin gereklerine uygunluk, menfaat konusu işin meşru olmasıdır. Kamu görevlisinin yerine getirdiği iş mevzuata ve talimatlara uygundur. Birey açısından da haklı bir işinin gördürülmesi söz konusudur. Kamu görevlisi yapılması gerekeni yapmakta yapılmaması gerekeni ise yapmamaktadır.⁴⁸

4.3. Görevin Gereklerine Uygunluk - Görevin Gereklerine Aykırılık Ayırımına Göre Suçların Tasnifi

5237 sayılı kanuna göre kamu idaresinin güvenilirliğine ve işleyişine karşı suçlar içerisinde yapısal unsurları açısından irtikap (md. 250), rüşvet (md. 252) ve görevi kötüye kullanma (md. 257) suçları benzerlik taşımaktadır. Görevli olan kamu görevlisinin suçun faili olması sayılan suçların ortak özelliğidir. Kamu görevlisinin görevinin gereklerine uygun veya aykırı davranmasının irtikap, rüşvet ve görevi kötüye kullanma suçlarının hangilerinde unsur olarak yer aldığı belirlenmesi gerekir.

İrtikap suçunda kamu görevlisi görevinin sağladığı nüfuzu kötüye kullanmak suretiyle bireyi icbar ederek menfaat sağlamak ya da vaatte bulundurmaktadır. Kamu görevlisi yapması gerekeni yapmak ya da yapmaması gerekeni yapmamak için bireyi baskı altına almak suretiyle haksız menfaat elde etmek istemektedir. Kamu görevlisinin iş ya da eylemi görevinin gereklerine aykırı değildir. Örneğin doktor yapmak zorunda olduğu ameliyatı yapmak için, öğretmen sınavı iyi geçmiş olan öğrenciyi iyi puan vermek için, tutukevi müdürü tahliye kararı verilmiş olan tutukluyu serbest bırakmak için, trafik polisi kontrollerde ekiği bulunmayan kişinin aracını bağlamamak için menfaat talep etmektedir. Kamu görevlisinin görevinin gereklerine uygun davranmasına karşın eyleminin irtikap suçunu oluşturmasının sebebi kamu görevlisi sıfatını baskı unsuru olarak kullanmasıdır. Bu baskı karşısında birey hakkı olanı alamama korkusunu yaşamaktadır.⁴⁹

⁴⁸ ANTOLİSEİ, s. 790; Görevin gereklerine uygunluk oluşturan Yargıtay kararları için bkz. "Sanığın görevi gereği yapması gereken ipotek tesisi işlemini yapma karşılığında bireyden 250 lira isteyip alma şeklindeki eylemi yapılması gereken iş için haksız menfaat sağlamadığı." (5. CD. 03.05.2007, 84/3195). "Tapu sicil müdürlüğünde veri hazırlama ve kontrol işletmeni olarak görev yapan sanığın, ipotek işlemlerini takip eden mağdurun elemanı olan kişiye patronunuz gelirken bir adet yeşillikle gelsin diyerek haber gönderdiği ve işlemin tamamlanmasından sonra parayı aldığı olayda haklı işin görülmesi karşılığında haksız menfaat elde edilmiştir." (5. CD. 17.10.2011, 2000/21995).

⁴⁹ YAŞAR-GÖKCAN-ARTUÇ, s. 7794; Yargıtay da benzer görüşü savunmaktadır. "İrtikap suçu ise kamu görevlisinin sıfat ve görevini kötüye kullanarak kişiyi tazyik etmesi ile başlayıp bu sıkıştırma karşısında mağdurun da memurun haksız işlemlerini önlemek zorunluluğunu duyarak ona menfaat temin ve vaat etmesi ile oluşur. Kamu görevlisi açıkladığı istekler yerine getirilmezse mağdurun işini yapmayacağını söylemek suretiyle onu manevi cebir altında bulundurmaktadır. Böyle haksız bir durumla karşılaşan ve haklı işinin kamu görevlisi tarafından yapılmayacağı veya geciktirileceği ya da haksız bir muameleye maruz kalacağı endişesine kapılan mağdur belli bir şiddete ulaşmış olan bu manevi cebirin etkisiyle ve hakkını elde etmek zorunluluğu karşısında haksız

İrtikap suçunun aksine rüşvet suçu kamu görevlisinin, görevinin gereklerine uygun veya aykırı davranmasıyla işlenmektedir. Bu açıdan bakıldığında rüşvet suçunun alanı irtikap suçuna nazaran geniştir. Görevin gereklerine uygun davranan kamu görevlisi ile birey irtikap suçundan farklı olarak meşru işin yerine getirilmesi amacıyla serbest iradeleriyle anlaşmaktadırlar.⁵⁰

765 sayılı kanunda görevin gereklerine uygun iş ya da eylemin karşılığında haksız menfaat sağlanması basit rüşvet olarak nitelendirilirken görevin gereklerine aykırı iş ya da eylemin karşılığında haksız menfaat sağlanması ise nitelikli rüşvet olarak kabul edilmekteydi.⁵¹ 6352 sayılı kanun değişikliğinden önce 5237 sayılı kanun md. 252'ye göre görevin gereklerine aykırı hareketin karşılığında sağlanan haksız menfaat rüşvet suçunu oluşturmaktaydı. Görevin gereklerine uygun hareketin karşılığında sağlanan haksız menfaat ise md. 250/1'e göre irtikap ya da md. 257/3'e göre görevi kötüye kullanma suçunu oluşturmaktaydı. İrtikap suçunun oluşması için haklı bir işin hiç veya gereği gördürülmeyeceğinden bahisle bireyin icbar edilmesi gerekirdi. Somut olayda icbar bulunmadığında ise genel ve tamamlayıcı suç tipi olan görevi kötüye kullanma suçunun koşullarının oluşup oluşmadığı araştırılırdı.⁵² 6352 sayılı kanun değişikliği ile birlikte rüşvet suçunun kapsamı genişletilmiştir. Haksız menfaatin karşılığı olan iş ya da eylemin görevin gereklerine uygun ya da aykırı olup olmadığına bakılmaksızın görevin ifası kapsamında yerine getirilen iş ya da eylem rüşvet suçunun konusunu oluşturmaktadır. Bununla birlikte görevi kötüye kullanma suçuna ilişkin md. 257/3 hükmü de kaldırılmıştır. Görevin gereklerine uygun davranması için menfaat sağlanması artık görevi kötüye kullanma suçunu oluşturmamaktadır. Görüldüğü gibi 6352 sayılı kanun değişikliğinden sonra rüşvet suçunun alanı oldukça genişletilmiş, görevi kötüye kullanma suçunun alanı ise daraltılmıştır. Diğer ifadeyle 6352 sayılı kanun değişikliği ile birlikte rüşvet suçu haklı ya da haksız bir işin görülmesi için çıkar sağlanması olarak kabul edilir. Kanun koyucu aykırı ya da uygun iş olup olmadığına bakılmaksızın tüm olasılıkları rüşvet suçu kabul ederek görev kapsamına vurgu yapmıştır.⁵³

Yukarıda açıklandığı üzere 6352 sayılı kanun değişikliğinden önce md. 257/1'e göre görevinin gereklerine aykırı hareketinin sonucunda kamu görevlisi kişilerin mağ-

olarak istendiğini bildiği parayı ve sair menfaatleri kamu görevlisine vermekte ya da vaat etmektedir. Burada mağdur meşru zeminde bulunmaktadır.” (CGK. 30/03/2010, 2009/5-167-2010/70).

⁵⁰ ARTZ Gunther-WEBER Ulrich-HEINRICH Bernd, (2009), Strafrecht Besonderer Teil Lehrbuch, Bielefeld, Rn. 17.

⁵¹ GÜRELLİ, s. 67.

⁵² ARTUK-GÖKCEN-ALŞAHİN-ÇAKIR, s. 1071.

⁵³ DONAY Süheyl, (2014), Türk Ceza Kanunu Şerhi, Beta Yayınları, İstanbul, s. 366.

duriyetine veya kamunun zararına neden olur ya da kişilere haksız bir menfaat sağlarsa; md. 257/2'ye göre görevini ihmal etmek suretiyle kamu görevlisi kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olur ya da kişilere haksız bir menfaat sağlarsa; md. 257/3'e göre görevinin gereklerine uygun davranması için veya bu nedenle kişilerden kendisine veya bir başkasına çıkar sağlarsa, görevi kötüye kullanma suçundan dolayı sorumlu tutulmaktaydı. 6352 sayılı değişiklikten sonra (md. 257) üçüncü fıkra kaldırılmıştır. Bu nedenle görevi kötüye kullanma suçu sadece görevin gereklerine aykırı davranarak ya da görevin ihmali suretiyle işlenebilmektedir.

Rüşvet, irtikâp ve görevi kötüye kullanma suçları karşılaştırıldığında rüşvet ile irtikâp suçunun ortak noktası görevin gereklerine uygun hareketin karşılığında haksız menfaat elde edilmesidir. Rüşvet ile görevi kötüye kullanma suçunun ortak noktası ise kamu görevlisinin görevinin gereklerine aykırı davranmasıdır. Rüşvet suçunun irtikâp ve görevi kötüye kullanma suçlarından farklı özelliği rüşvet anlaşmasının varlığıdır.⁵⁴ Rüşvet suçunda haksız menfaat rıza karşılığında sağlanmalı, anlaşma bireyin özgür iradesine dayalı olmalı, iradeler fesada uğratılmamalıdır.⁵⁵

5. Görev Kapsamındaki İş

5.1. Genel Açıklamalar

Rüşvet suçu kamu görevlisinin ya da göstereceği üçüncü kişinin sadece menfaat elde etmesine bağlı olarak işlenmemektedir. Menfaatin mutlaka karşılığı bulunmalıdır. Bu karşılık kamu görevlisinin görevine dahil olan belli bir işin yapılması ya da yapılmamasıdır. Söz konusu karşılık bireyin rüşvet vermesinin sebebi olmalıdır.⁵⁶ Rüş-

⁵⁴ ÖZBEK-DOĞAN-BACAĞIZ-TEPE, s. 1084; Yargıtay da benzer görüşü savunmaktadır. "Rüşvet suçunda, rüşvet alan da, rüşvet veren de gayrimeşru zemin içerisindedirler. Memurun, memuriyetine ait belirli işlerde, iş sahibi tarafından sağlanan veya sağlanması vaad edilen menfaat karşılığı, görevin ifası hususunda anlaşmaya varmalarıyla rüşvet suçu tüm öğeleriyle oluşmuş olur. Olayda sanık N. menfaat karşılığı görev dışı davranmak hususunda müştekiyle anlaşmaya varmış değildir. Aksine, mevzuat gereği veraset ilamı getirmediği takdirde işinin yapılmasına imkan olmadığını, müştekiye açıklıkla söylemiştir. Müteakip işlerin takibi için görevi gereği kendisine başvuran müştekiden menfaat sağlamaya çalışması görevi kötüye kullanmak niteliğinde olduğu ve sanık İ'nin kabulü ile yazılı şekilde hüküm tesisi yasaya aykırıdır." (CGK. 04.05.1987, 600/245).

⁵⁵ ERMAN-ÖZEK, s. 96.

⁵⁶ Yargıtay da benzer görüşü savunmaktadır. "Sanığın yönetimindeki öğrenci servisi otobüsü ile seyrederken, trafik denetimi yapan müşteki tarafından durdurularak, aracın koltuk sigortasının yaptırılmadığının tespiti ile kısa zamanda yaptırmasını söyleyip evrakları iade etmesine müteakip, sanığın müşteki jandarma görevlisine belli bir işin yapılması veya yapılmamasına yönelik istemi olmaksızın yemek yemeleri için 20 lira vermesi fiilinin rüşvet suçunu oluşturmaz." (5. CD. 07.12.2006, 270/9994).

vet suçu görevli olunan iş veya eylemin yapılması ya da yapılmaması amacını taşımaktadır. Görev kapsamındaki iş veya eylemin özelliklerinin belirlenmesi rüşvet suçunun unsurlarının belirlenmesine katkı sağlamaktadır.⁵⁷

Rüşvet suçunun oluşabilmesi için haksız menfaatin, hukuka uygun veya hukuka aykırı belli bir iş karşılığında sağlanması gerekir. Her ne kadar yasa metninde “görev kapsamında ifa edilen iş” ifadesi yer alsa da kamu görevlisinin eylemleri de rüşvet suçunun konusunu oluşturmaktadır. Kamu görevlisi kamusal faaliyeti sadece işlemlerle değil eylemlerle de yerine getirmektedir. Anlaşma konusu işlem ya da eylem icrai veya ihmali olabilmektedir.⁵⁸

5.2. İşin Belirli Olması

Rüşvet konusu iş ile haksız menfaat arasında karşılık ilişkisinin diğer ifadeyle nedensellik bağının kurulabilmesi için rüşvet konusu işin belli olması gerekir.⁵⁹ Rüşvet alan kamu görevlisi haksız menfaatin somut bir karşılığı olduğunu; aynı şekilde birey de verdiği rüşvetin amacının olduğunu bilmelidir.⁶⁰

Yargıtay’a göre; anlaşma konusu işin belirli olmaması halinde rüşvet suçu oluşmaz. Bu durumda sorumluluk çeşitli ihtimallere göre değerlendirilmektedir. Teklifin bireyden gelmesi halinde kamu görevlisine görevinden dolayı hakaret suçu oluşur. *“Ağın Sulh Ceza Mahkemesinin .., Sulh Hukuk Mahkemesinin ise dosyalarında taraf sıfatı bulunan sanığın, adliyede tek hakim olarak tüm mahkemelere müstemiren bakmakla görevli katılanın odasına girip duruşma gününü sorduktan sonra masanın üzerine içinde .. para bulunan sarı zarf bıraktığı, katılanın ne olduğunu sorması üzerine "bir şey değil yemek falan yersiniz dediği" somut olayda 5237 sayılı TCK'nın 6352 sayılı Kanunla değişiklik yapılmadan önceki 252/3. maddesinde rüşvetin bir kamu görevlisinin görevinin gereklerine aykırı olarak bir işi yapması veya yapmaması için kişiyle varılan anlaşma çerçevesinde bir yarar sağlaması olarak tanımlanmış olduğu da nazara alındığında, sanığın sözlerinin tarafı olduğu davaların lehine sonuçlanması amacına yönelik ve kamu görevlisinin görevinin gereklerine aykırı olarak bir işi yapmasını veya yapmamasını temin maksadıyla para teklifi boyutuna varmadığı, ancak sanığın söz ve*

⁵⁷ SCHÖNKE-SCHRÖDER, s. 3100.

⁵⁸ ERMAN-ÖZEK, s. 112.

⁵⁹ BAUMANN, Jürgen, (1961), Zur Problematik Der Bestechungstatbestände, Heidelberg, s. 23; Yargıtay da benzer görüşü savunmaktadır. *“Rüşvet suçunda önemli olan yapılan işin memurun görevine giren belirli bir iş olması, anlaşmanın işin yapılmasından veya yapılmamasından önce olması ve rüşvet sonucu yapılması istenen eylem ile sanığın görevi arasında mutlak bir bağın varlığıdır.”* (5. CD. 18.04.2002, 1153/2678).

⁶⁰ KÜHL-HEGER, s. 1649.

davranışlarının kamu görevlisinin şeref ve saygınlığına saldırı niteliğinde olması sebebiyle kamu görevlisine hakaret suçunu oluşturacağı gözetilmelidir.”⁶¹ Teklifin kamu görevlisinden gelmesi halinde ise görevi kötüye kullanma suçu oluşur. “Kamu görevlisinin görevinin gereklerine aykırı davrandığı belirlenmekte ama iş belirlenemediğinden diğer şartları da varsa görevi kötüye kullanma suçu oluşur.”⁶²

Kamu görevlisine sağlanan haksız menfaatin karşılığı olan işin belirli olmaması halinde rüşvet suçu oluşmaz.⁶³ İşin belirli olmamasına karşın kamu görevlisine menfaat sağlanması kamu görevlisini kendi yanına çekme amacını taşır.⁶⁴ Diğer ifadeyle ileride gördürülebilecek işler açısından zemin yaratmak amacıyla menfaat sağlanmaktadır. Sağlanan menfaatin rüşvet olarak kabul edilmemesinin iki ana nedeni bulunur. İlk nedene göre rüşvet suçu görevin ya da kamu görevliliği sıfatının satın alınması olmayıp görev kapsamındaki işin satın alınmasıdır. İşin belirli olmaması halinde sağlanan haksız menfaatin karşılığı bulunmadığından rüşvet suçu oluşmaz. Bugün için belirlenmemiş geleceğe yönelik beklentilerin karşılığı olarak sağlanan menfaat kamu görevlisi ile yakın ilişki kurma amacını taşır. İkinci nedene göre Türk, İtalyan ve Alman ceza kanunlarında yer alan ifadeler karşılaştırıldığında işin belirsizliğinin Türk ceza kanununa göre rüşvet suçunu oluşturmaması gerektiği görülmektedir. 5237 sayılı kanun md. 252’ye göre “görevin ifasıyla ilgili bir iş”; İtalyan ceza kanunu md. 318’e göre “görev ve yetkileri kullanmak için”; Alman ceza kanunu md. 331’e göre “görevi yerine getirmek için” rüşvet suçu işlenebilmektedir. Görüldüğü gibi İtalyan ve Alman kanun koyucunun aksine Türk kanun koyucu “görevin ifa edilmesinin karşılığında” sağlanan haksız menfaati rüşvet olarak kabul etmemiştir. Görevin ifasıyla ilgili “bir iş” ifadesiyle rüşvet anlaşmasının konusu olan işin belirli olmasını aramıştır. Ceza kanunlarının geniş yorumlanması mümkün olsa bile bunun kıyasa yol açmaması gerekir.⁶⁵ Kanun metnini yorumlayan hakim kanun koyucunun hükmü oluştururken kastettiği amacın ötesine geçmemesi gerekir. Bu nedenle kanunda yer alan “bir iş” ifadesinin belirsiz işleri de kapsama dahil edebilecek şekilde geniş yorumlanmaması hükmün oluşturulma amacına uygun olmaktadır.

Yargıtay’a göre yapılacak ya da yapılmayacak göreve dahil işin ve haksız menfaatin somutlaştırıldığı rüşvet anlaşması şartlı olarak yapılamaz. Şart gerçekleşmediği sürece anlaşma sonuç doğurmayacağından maddi unsur eksikliğinden rüşvet suçu oluşmaz. “Yargıtay Ceza Genel Kurulunun Dairemizce de benimsenen 04/05/1987 gün

⁶¹ (5. CD. 18.06.2015, 9757/12729).

⁶² (5. CD. 18.02.2008, 16829/935).

⁶³ ÖZBEK-DOĞAN-BACAĞIZ-TEPE, s. 1092.

⁶⁴ ARTZ-WEBER-HEINRICH, Rn. 17.

⁶⁵ AKBULUT Berrin, (2009), Ceza Hukuku Genel Hükümler, Adalet Yayınevi, Ankara, s. 89.

ve 600/245 sayılı Kararında vurgulandığı gibi, rüşvet suçunun konusu; işin yapılması veya yapılmaması olduğundan, şarta bağlı rüşvet sözleşmesinin yapılamayacağı, zira şart gerçekleşmediğinde rüşvet sözleşmesinin gereğinin yerine getirilmeyeceği, başka bir anlatımla anlaşma konusunun ortadan kalkacağı kabul edildiğinden rüşvet verme suçunun unsurlarının oluşmadığı, ancak eylemin kamu görevlisinin şeref ve saygınlığına saldırı niteliğinde, TCK'nın 125/3. maddesinde düzenlenen kamu görevlisine hakaret suçunu oluşturabilmektedir.⁶⁶ Şarta bağlı rüşvet anlaşmasının sonuç doğurmasının sebebi iradelerin uyuşmaması ya da haksız menfaatin belirsizliği olmayıp anlaşma konusu işin belirsizliğidir. Her ne kadar işin ne olduğu konuşulmuş olsa da koşula bağlanmış iş tarafları arasında belirlenmiş olarak kabul edilemez.

Yukarıda belirtildiği üzere geleceğe yönelik beklentiler için sağlanan haksız menfaat rüşvet değildir. İşin belirli olmaması halinde sağlanan haksız menfaat, görevin gereklerine aykırı iş henüz belirli olmadığından görevi kötüye kullanma suçunu da oluşturmamaktadır. Bu durumda sadece kamu görevlisinin disiplin sorumluluğuna gidilebilir.

5.3. İşin Yapılması Ya da Yapılmamasının Suçun Unsuru Olup Olmadığı Sorunu

Rüşvet suçunda kamu görevlisinin edimi olan işin yapılması ya da yapılmaması, sağlanan menfaatin sebebi olarak rüşvet anlaşmasının unsurudur.⁶⁷ Rüşvet anlaşmasında mutlaka belirlenmiş olmakla birlikte işin yapılması ya da yapılmaması rüşvet suçunun unsuru değildir. Bu nedenle kamu görevlisi haksız menfaati elde ettikten sonra anlaşma konusu işi anlaşmaya aykırı olarak yerine getirmese dahi rüşvet suçu tamamlanmış olur.⁶⁸

Rüşvet anlaşmasında haksız menfaatin hedefi olan iş ya da eylemin yerine getirilmesi her ne kadar suçun unsuru olmasa da iş ya da eylemin yerine getirilmesi ceza yasasında ayrıca suç olarak düzenlenmişse gerçek içtima kuralı gereği rüşvet ve ilgili suçtan sorumluluk doğar. Örneğin öğrendiği suçu yetkili makamlara bildirmemek amacıyla menfaat elde eden kamu görevlisi aynı zamanda işlenen suçu da bildirmezse gerçek içtima kuralı uygulanır.⁶⁹

Rüşvet suçu özünde rüşvet anlaşmasının yapılmasına bağlı olarak işlenmektedir. Rüşvet anlaşmasının da üç kurucu unsuru bulunur. Bunlar: 1) Haksız menfaatin

⁶⁶ (5. CD. 05.10.2017, (8415/4202).

⁶⁷ MAJNO, (1978), Ceza Kanunu Şerhi, Yargıtay Yayınları, Cilt II, Ankara, s. 175.

⁶⁸ KİNDHÄUSER, Urs, (2009), Strafrecht Besonderer Teil I, Baden-Baden, Rn. 42.

⁶⁹ ÖZGENÇ, s. 116.

belirlenmesi, 2) göreve dahil olan işin yapılması ya da yapılmaması, 3) iradelerin uyuşması. Rüşvet suçu haksız menfaatin elde edilmesiyle tamamlandığına göre kararlaştırılan işin yapılması ya da yapılmamasının rüşvet anlaşmasında belirlenmesi yeterlidir.

SONUÇ

Kamu idaresinin güvenilirliğine ve işleyişine karşı suçlar içerisinde yer alan rüşvet suçunda kamu görevlisi ile birey haksız menfaat karşılığında görevin ifası kapsamında yer alan belli bir işin yapılması ya da yapılmaması konusunda serbest iradeleriyle anlaşmaktadırlar. Rüşvet suçunun, korunan hukuki yarar ve suçun yapısı bakımından benzer suç tipleri olan irtikap ve görevi kötüye kullanma suçlarından ayrılan noktası taraf iradelerinin belli bir amacın gerçekleşmesi için uyuşmasıdır.

Kamusal faaliyeti kamu idaresi adına yerine getirme yükümlülüğü bulunan kamu görevlisi rüşvet suçunun işlenmesiyle birlikte yükümlülüğünü ihlal etmektedir. Yükümlülüğün kaynağı olan görevinin dışına çıkarak kamusal faaliyetin satılamaz-satın alınamaz olduğu konusunda toplumda var olan güvene zarar vermektedir. Bu nedenle rüşvet suçunda tarafların sadece anlaşması ceza sorumluluğunun belirlenmesi için yeterli olmaz. Anlaşmanın konusunun kamu görevlisi tarafından icra edilmesi gereken göreve dahil bir hareketi içermesi gerekir. Diğer ifadeyle rüşvet suçunda haksız menfaatin karşılığı olan kamu görevlisi tarafından yapılması ve yapılmaması gereken iş ya da eylemin mutlaka görevin kapsamında olması gerekir.

Suçun maddi unsurlarıyla yerine getirilecek görev arasında doğrudan illiyet bağı bulunduğu için rüşvet suçunda fail olan kamu görevlisinin görevi suçun maddi unsuru kabul edilmelidir. Kanunilik ilkesi gereğince görevin önceden objektif olarak belirlenebilir olması gerekir. Bu nedenle suçun işlenmesinden önce görevin kapsamının belirlenmiş olması gerekir. Görevin kapsamının belirlenmesi konusunda doktrinde farklı görüşler bulunmasına karşın genel olarak kapsam mevzuat ve talimatlarla belirlenmektedir. Esasen talimatların kaynağı da mevzuatlardır. Kamu görevlisinin görevli olmadığı iş ya da eylemin yerine getirilmesi için sağladığı haksız menfaat rüşvet suçunu oluşturmamaktadır. Bu durum kamu görevlisinin özel faaliyeti sayıldığından irtikap ya da görevi kötüye kullanma suçları da oluşmaz ve sadece disiplin sorumluluğuna gidilebilir.

Görevin kapsamı belirlendikten sonra kamu görevlisinin rüşvet konusu işin yapılması ya da yapılmaması konusunda müstakil olarak görevlendirilmesinin gerekli olup olmasına göre görevin kapsamı dar veya geniş yorumlanmaktadır. Kamu görevlisinin bağlı olduğu kurumun görevli olmasının yeterli olduğunu savunlar görevin kapsamını geniş yorumlamaktadır. Kamu görevlisinin bağlı olduğu kurumun görevli olmasının yanında görevlinin de görevlendirilmiş olmasını savunanlar ise görevin kapsamını dar yorumlamaktadırlar. Kamu idaresini temsil yetkisine sahip olmayan kamu

görevlisinin görevli sayılmaması gerektiğinden görevin kapsamının dar yorumlanması gerekir.

Kamu görevlisinin görevli olup olmadığının belirlenmesi için yapmak ya da yapmamak zorunda olduğu iş ya da eylem olup olmadığına bakılmalıdır. Kamu görevlisinin ek uğraşının gerekli olduğu işler kamusal faaliyetin yerine getirildiği işler olarak kabul edilmeyip özel faaliyet sayılmalıdır. Diğer ifadeyle ek uğraşa bağlı olarak yerine getirilen iş ya da eylem görevin kapsamında kabul edilmemelidir. Bu nedenle görevlinin bu faaliyetlerden dolayı elde ettiği menfaat rüşvet suçunu oluşturmamaktadır.

Rüşvet suçunda görevli olunan iş ya da eylem görevin gereklerine uygun veya aykırı olabilir. Görevin gereklerine uygunluk yapılması gerekeni yapmak veya yapılmaması gerekeni yapmamak olarak ifade edilebilirken görevin gereklerine aykırılık ise kamu görevlisinin mevzuat ve talimatlara aykırı davranması olup yapılması gerekeni yapmamak veya yapılmaması gerekeni yapmak olarak ifade edilmektedir. 6352 sayılı kanun değişikliğinden önce rüşvet suçunun konusu olan iş ya da eylemin görevin gereklerine aykırılık oluşturması gerekirdi. Diğer ifadeyle görevin gereklerine uygun hareketin karşılığında haksız menfaat elde edilmesi rüşvet suçu olarak kabul edilmemekteydi. Bu durumda haksız menfaatin elde edilmesine yönelik olarak birey icbar edilmişse irtikap suçu, icbar edilmemişse görevi kötüye kullanma suçu oluşurdu. 6352 sayılı değişiklikle birlikte rüşvet suçunun kapsamı genişletilmiştir. Görevin gereklerine uygun ya da aykırı hareketin karşılığında sağlanan haksız menfaat rüşvet suçu olarak kabul edilmektedir.

KAYNAKLAR

- AKBULUT, Berrin, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Adalet Yayınevi, Ankara, 2009.
- AKYILMAZ, Bahtiyar- SEZGİNER, Murat- KAYA, Cemil, Türk İdare Hukuku, Savaş Yayınevi, 2019.
- ALACAKAPTAN, Uğur, Suçun Unsurları, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Sevinç Matbaası, Ankara, 1975.
- ANTOLİSEİ, Francesco, Manuale di Diritto Penale, Parte Speciale II, Milano, 1986.
- ARTUK, Mehmet Emin-GÖKCEN, Ahmet-ALŞAHİN, Mehmet Emin-ÇAKIR, Kerim, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019.
- ARTZ, Gunther-WEBER, Ulrich-HEINRICH, Bernd, Strafrecht Besonderer Teil Lehrbuch, Bielefeld, 2009.
- BAUMANN, Jürgen, Zur Problematik Der Bestechungstatbestände, Heidelberg, 1961.
- CARRARA, Francesco, Programma dei Corso di Diritto Criminale, C.5, Lucca, 1877.
- DONAY, Süheyl, Türk Ceza Kanunu Şerhi, Beta Yayınları, İstanbul, 2014.
- ERMAN, Sahir - ÖZEK, Çetin, Kamu İdaresine Karşı Suçlar, Alfa Basım Yayın Dağıtım, İstanbul, 1992.
- GİRİTLİ, İsmet-BİLGEN, Pertev-AKGÜNER, Tayfun, İdare Hukuku, Der Yayınları, İstanbul, 2006.
- GÖZLER, Kemal, İdare Hukuku, Cilt I, Ekin Yayınevi, Bursa, 2009.
- GÖZÜBÜYÜK, A. Pulat, Türk Ceza Kanunu Açıklaması, Sevinç Matbaası, Ankara, 1970.
- GÜNDAY, Metin, İdare Hukuku, İmaj Yayınevi, Ankara, 2011.
- GÜRELLİ, Nevzat, İrtikâp Ve Rüşvet Cürümleri (Yayınlanmamış Doktora Tezi), İstanbul, 1954.
- HAFIZOĞULLARI, Zeki-ÖZEN, Muharrem, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Millete ve Devlete Karşı Suçlar, USA Yayıncılık, Ankara, 2016.
- KİNDHÄUSER, Urs, Strafrecht Besonderer Teil I, Baden-Baden, 2009.
- KÜHL, Kristian, HEGER, Martin, Strafgesetzbuch: Kommentar, Münih, 2014.
- LEVİ, Nino, Delitti contro la Pubblica Amministrazione, Milano, 1935.
- MANZİNİ, Vincenzo, Trattato di Diritto Penale Italiano: dei delitti contro la pubblica amministrazione e l'amministrazione della giustizia, Torino, 1986.
- MAJNO, Ceza Kanunu Şerhi, Yargıtay Yayınları, Cilt II, Ankara, 1978.
- ÖNDER, Ayhan, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, İstanbul, 1987.
- ÖZBEK, Veli Özer-DOĞAN, Koray-BACAĞSIZ, Pınar-TEPE, İlker, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2017.

- ÖZEN, Mustafa, İrtikap ve Rüşvet Suçları, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010.
- ÖZGENÇ, İzzet, İrtikap, Rüşvet ve Görevi Kötüye Kullanma Suçları, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2013.
- PAGLIARO, Antonio, Principi di diritto penale: Parte speciale: delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione, Milano, 1986.
- SAVAŞ, Vural - MOLLAMAHMUTOĞLU, Sadık, Türk Ceza Kanunu Yorumu, Seçkin Yayınevi, Ankara, 1995.
- SCHÖNKE, Adolf-SCHRÖDER, Horst, Strafgesetzbuch: Kommentar, 29. Baskı, Münih, 2014.
- TEZCAN, Durmuş - ERDEM, Mustafa Ruhan – ÖNOK, R. Murat, Teorik Ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Seçkin Yayınları, Ankara, 2018.
- TOROSLU, Nevzat, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Savaş Yayınevi, Ankara, 2018.
- ÜNVER, Yener, TCK'da Kamu İdaresine Karşı Suçlar, Alman-Türk Karşılaştırmalı Ceza Hukuku, C.III, İstanbul, 2010, s. 546 vd.
- YAŞAR, Osman - GÖKCAN, Hasan Tahsin - ARTUÇ, Mustafa, Yorumlu ve Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014.

KAST UNSURU VE CEZALANDIRILABİLME ŞARTI EKSENİNDE HAKARET SUÇU*

Evaluating the Crime of Insult in the Context of Criminal Intent and Conditions of Punishability

Dr. Öğr. Üyesi M. Emre TULAY (LL.M. Bochum)**

ÖZ

Türk Ceza Hukukunda hakaret suçu ile ilgili temel düzenleme TCK m. 125'te karşımıza çıkar. Kanunkoyucu, ilgili maddede hakaret suçunu tanımlarken huzurda ve gıyapta hakaretin aynı şekilde cezalandırılmasını öngörmüştür. Hakaret eyleminin işleniş şekillerinden olan gıyapta hakaret için gereken ihtilat şartının hukuki niteliği tartışmalıdır. İhtilat unsurunun kastın kapsamında görülmesi ile objektif cezalandırma şartı olarak mütalaa edilmesi arasında doğan fark failin cezalandırılabilirliğini doğrudan etkilemektedir. O halde ihtilatın hukuki niteliğinin isabetli şekilde ortaya konulması hukuki bir zorunluluktur. Ayrıca, doktrin ve Yargıtay uygulaması birlikte değerlendirildiğinde, mevcut yasal düzenlemenin yeniden ele alınması gerekliliği ile karşılaşılmaktadır. Bu konuda Alman Ceza Kanunu'nun 186. maddesi aydınlatıcıdır.

ANAHTAR KELİMELEER: Hakaret, Gıyapta Hakaret, İhtilat Şartı, Hakaret Suçunda Manevi Unsur, Objektif Cezalandırılma Şartı.

ABSTRACT

In Turkish Criminal Law, the main article about the crime of insult is the Article 125 of Turkish Penal Code. When defining the offense in the related article, the legislator stipulated that the insult in the presence of the victim and the insult in the absence of the victim should be punished in the same way. The legal characteristic of the required condition -which is the act should be committed in the presence of at least three further people- for being culpable for an insult made in the absence of the victim, is controversial. The difference between considering the required condition to be culpable for an insult made in the absence of the victim in the scope of the element of intention and considering it in the scope of objective conditions of punishability is directly affects the punishability of the perpetrator. In this case, it is a legal obligation that the legal characteristic of this required condition to be put forward accurately. Moreover, if the doctrine and the Court of Cassation decisions are evaluated together, this clearly shows that it is necessary to reconsider existing legal regulations. Article 186 of the German Penal Code is enlightening about this issue.

KEY WORDS: Crime of Insult, The Insult in the Absence of the Victim, The Condition of the Act Should Be Committed in the Presence of at Least Three Further People, The Moral Element of the Crime of Insult, Objective Conditions of Punishability.

* Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 25.09.2019

Kabul Edildiği Tarih: 14.11.2019

DOI Numarası: [10.15337/suhfd.624336](https://doi.org/10.15337/suhfd.624336)

** Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

E-mail Adresi: muhammedtulay@sdu.edu.tr

ORCID ID: [0000-0002-7828-8302](https://orcid.org/0000-0002-7828-8302)

A. GENEL OLARAK

Türk Ceza Hukukunda hakaret suçu temel olarak TCK m. 125'te düzenlenmiştir. Kanunkoyucu bu suçla ilişkin fiili sadece doğrudan hakaretle sınırlamamış, suçun giyapta da işlenebileceğini kabul etmiştir. Fakat Kanunkoyucu, giyapta hakaretin oluşabilmesini "ihtilat" şartına bağlamış, "ihtilat"tan ne anlaşılması gerektiğini de madde metninde belirtmiştir. Ancak Kanunkoyucunun bu açıklaması irdelenmeli, "ihtilat" şartının ne ifade ettiği doğru tespit edilmelidir. Esasen, giyapta hakaret eyleminin suç olarak öngörülmesi, başlı başına tartışmayı gerekli kılmaktadır.

Çalışmamızda öncelikle hakaret suçuna genel açıklamalarla değinilmiş, özelinde giyapta hakaret eylemi üzerinde durulmuştur. Giyapta hakaretin yasal şartı olan "ihtilat"ın hukuki niteliği tartışılmış, bu tartışma üzerinden failin durumu değerlendirilmiştir.

B. HAKARET SUÇUNUN OBJEKTİF UNSURLARI

I. Maddi Unsurlar

a. Suçun Konusu, Fail ve Mağdur

Kanunkoyucu, hakaret suçunu esas itibarıyla TCK m. 125'te, şerefe karşı suçlar başlığı altında düzenlemiştir. Madde metnindeki onur, şeref ve saygınlık ifadeleri de birlikte değerlendirildiğinde, bu suçla korunan hukuki yarar, kişinin hem içsel duygusu (iç şeref), hem de dış dünyadaki onurudur (dış şeref).¹

Suçun faili bakımından; TCK m. 125'te öngörülen hakaret suçunun faili herkes olabilir.² Tüzel kişiler fail olamayacağından, ancak gerçek kişiler fail sıfatını haizdir.³ Bu suçun basın yoluyla işlenmesi halinde; 5187 Sayılı Basın Kanunu m. 11'e göre, hakaret içeren eserin sahibi faildir. Süreli yayınlarda eser sahibinin belli olmaması veya

¹ Hafizoğulları/Özen, 236; Koca/Üzülmez, 470; Tezcan/Erdem/Önok, 587; Yenidünya/Alşahin, 45.

² Tezcan/Erdem/Önok, 588. 5187 Sayılı Basın Kanunu m. 11 gereğince, süreli yayınlarda yer alan hakaretimif ifadelerden eser sahibi sorumludur. Ancak eser sahibinin belli olmaması veya yayım sırasında ceza ehliyetine sahip olmaması ya da yurt dışında bulunması sebebiyle Türkiye'de yargılamaması veya verilecek cezanın eser sahibinin diğer bir suçtan dolayı kesin hükümle mahkum olduğu cezaya etki etmemesi hallerinde, sorumlu müdür ve yayın yönetmeni, genel yayın yönetmeni, editör, basın danışmanı gibi sorumlu müdürün bağlı olduğu yetkilinin karşı çıkmasına rağmen yayımlanması halinde, bundan doğan sorumluluk yayımlatana aittir. Süresiz yayınlarda ise; aynı koşullarda, basımcı sorumludur. Doktrinde haklı olarak, söz konusu hükmün ceza sorumluluğunun şahsiliğinin vurgulandığı Anayasa m. 38/7'ye aykırı olduğu ifade edilmektedir, bkz. Tezcan/Erdem/Önok, 588.

³ Tezcan/Erdem/Önok, 588. Hakaret eylemi, özel hukuk tüzel kişisinin organ ya da temsilcileriyle ve tüzel kişi yararına işlenmesi halinde, TCK m. 125 vd.'da tüzel kişilere özgü güvenlik tedbiri öngörülmediği için, herhangi bir cezai yaptırımın uygulanması söz konusu değildir (TCK m. 60/4), ayrıca bkz. Koca/Üzülmez, 470.

yayım sırasında ceza ehliyetinden yoksun olması veya yurtdışında bulunması sebebiyle Türkiye’de yargılanamaması ya da verilecek cezanın eser sahibinin diğer bir suçtan dolayı kesin hükümlü mahkum olduğu cezaya etki etmemesi hallerinde, sorumlu müdür ve yayın yönetmeni, genel yayın yönetmeni, editör, basın danışmanı gibi sorumlu müdürün bağlı olduğu yetkili ceza sorumluluğu altındadır. Ne var ki, bu şahısların açıkça yayıma karşı çıkmaları halinde sorumluluk yayımlatana aittir. Aynı koşulların süresiz yayınlarda tekemmülü halinde ise sorumluluk basımcıya aittir. Belirtelim ki, anılan kişilerin hakaret içeren yazının sahibi (eser sahibi) ile ortak bir suç işleme kararıyla hareket edip fiilin işlenmesinde birlikte rol alması ya da eser sahibini hakaret suçunu işlemeye azmettirmesi veya suça yardım etmesi hallerinde iştirak kuralları çerçevesinde cezai sorumluluk doğacaktır. Fakat Basın Kanunu m. 11’de yer alan düzenleme, ceza hukukunun temel ilkelerinden suç ve cezanın şahsiliği prensibiyle açıkça çelişmektedir (Anayasa m. 38/7; TCK m. 20/1).⁴

Mağdur bakımından ise, hakaret suçunun mağduru herkes olabilir.⁵ Hakaret suçunda korunan yarar şeref, sırf insan olunmasından kaynaklı olduğu için, eylemin gerçekten mağduru rencide etmesi aranmaz.⁶ Bu nedenle, kusur ehliyetini haiz olmayan kişi dahi bu suçun mağduru olabilir.⁷ Herhangi bir gerçek kişiyle aidiyet ilişkisi kularak tüzel kişiye karşı sarf edilen sözlerde ise, sözün yöneltildiği tüzel kişi suçtan zarar gören konumdadır.⁸

⁴ *Yenidünya/Alşahin*, 46. 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu’nun 6. maddesinin ilk üç fıkrası ile 7. maddenin ilk fıkrasında düzenlenen suçların basın ve yayın yoluyla işlenmesi halinde, basın ve yayın organlarının suçun işlenişine iştirak etmemiş olan sahiplerini de sorumlu tutarak cezalandıran (m. 6/4; m.7/2) hükmü Anayasa’nın 38. maddesindeki “Ceza sorumluluğu şahsidir” ilkesine aykırı bulunduğu gerekçesiyle Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiştir. İptal kararının gerekçesinde; “...Yayınları inceleme ve denetim ödevi yayın sorumlusuna aittir. Yasak eylemlerin basın yayın yoluyla işlenmesi halinde basın yayın organlarının sahiplerinin salt bu nitelikleri nedeniyle cezalandırılması ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesine aykırılık oluşturur” kanaati paylaşılmıştır (Any. Mhk., 18.6.2009, 2006/121 E., 2009/90 K., 26.11.2009 gün ve 27418 sayılı Resmi Gazete).

⁵ Hakaret edilen kişinin ölü olması durumunda artık TCK m. 130/1 (ölünün hatırasına hakaret) hükmü uygulanır; zira ölümle kişilik sona ermiştir, *Tezcan/Erdem/Önok*, 588.

⁶ *Koca/Üzülmez*, 471.

⁷ *Aydın*, 885; *Koca/Üzülmez*, 471; *Tezcan/Erdem/Önok*, 587; *Yenidünya/Alşahin*, 47.

⁸ Yargıtay 18. CD, 6.2.2017, 2017/1193; aynı yönde *Koca/Üzülmez*, 472. Aksi görüş *Tezcan/Erdem/Önok*, 591.

Hakaret suçunun mağduru her gerçek kişi olabilirken⁹, bazı sıfatlar suç bakımından ayrı bir değerlendirme gerektirir. Nitekim kamu görevlisine, görevinden dolayı hakaret edilmesi suçun nitelikli hali olarak düzenlenmiştir (TCK m. 125/3-a). Mağdurun cumhurbaşkanı olması halinde ise artık başka bir norm (TCK m. 299) uygulanır; ayrı bağımsız bir suç söz konusudur. Bu özel hüküm kapsamında değerlendirilen mağdur, suçun işlendiği anda görevde olan cumhurbaşkanıdır. Henüz Cumhurbaşkanlığı yemini etmeyen veya görev süresi sona eren kişiye karşı hakaret, genel hüküm olan TCK m. 125 çerçevesinde tahlil edilir.¹⁰

Hakaretin yöneltildiği mağdurun belirlenebilir olması gerekir.¹¹ Ama TCK m. 126'da belirtildiği üzere, mağdurun ismi açıkça zikredilmese de, eylemin niteliği ve kime yöneldiği noktasında duraksanmayacak bir durum varsa, hakaret suçu gerçekleşmiştir. Hakaret içeren sözlerin kime karşı söylendiği bilinmiyorsa, suçun olduğundan bahsedilemez. Bu bağlamda, hedef bireyin tespit edilemediği söylemler suç kapsamında değerlendirilmez. Mesela "*İcra mahkemelerinde rüşvet yeniliyor*" ithamı, tek başına TCK m. 125'te cezalandırılan bir söz değildir. Fakat muhatabına yönelik, "*Siz icra hakimiydiniz, değil mi? İcra hakimleri de bu işin içinde, hepsi hırsız*" sözü, artık belirlilik teşkil ettiğinden suç kapsamında değerlendirilecektir.¹² Doktrinde, belirlenebilir bir topluluğa karşı (mülakat için oluşturulan jüri heyeti gibi) hakaret edilmesi halinde tek bir suçun varlığından söz edileceği ifade edilmektedir.¹³ Oysa TCK m. 125/5 hükmüne göre, böyle bir durumda kurulu oluşturan her kişinin mağdur sayılacağı ve fakat zincirleme suç hükümlerinin uygulanacağı ifade edilmiştir.¹⁴ Kanunkoyucunun, bu durumu TCK m. 43/2'deki açık düzenlemeye rağmen özel hükümde ayrıca zikretmesinin özel bir anlamı yoktur. Öyleyse, kurul niteliğini haiz topluluğa hakaret halinde de, tek suç yoktur; ama TCK m. 43/2 uygulanacaktır. Aynı hareketle birden fazla kişiye karşı sövmeye veya olgu isnadı eyleminde ise, her bir kişi mağdurdur; ancak içtima hükümlerince faile tek ceza verilir (Aynı nev'iden fikri içtima- TCK m. 43/2).¹⁵

Bizzat muhatabına karşı olmadan, ama şeref ve haysiyeti zedeleyecek mahiyette söylemler (Muhatabına karşı ve fakat onun eşi aleyhine özer gibi), doktrin ve

⁹ *Soyaslan*, 299. Mağdurun ölü olması halinde TCK m. 130 değerlendirilecektir. Ancak Atatürk'ün hatırasına yönelik tahkir edici fiiller hakkında 5816 Sayılı Kanun (Atatürk Aleyhine İşlenen Suçlar Hakkında Kanun) dikkate alınacaktır, bkz. *Özbek/Doğan/Bacaksız*, 536.

¹⁰ *Tezcan/Erdem/Önok*, 588.

¹¹ *Koca/Üzülmez*, 472; *Tezcan/Erdem/Önok*, 587; *Yeni Dünya/Alşahin*, 48.

¹² Aynı yönde bkz. *Tezcan/Erdem/Önok*, 590.

¹³ *Tezcan/Erdem/Önok*, 590. "Aile", hakaret suçunda hedef alınmışsa, ailenin tüm bireylerinin mağdur olarak kabul edilmesi gerektiği ifade edilmektedir, bkz. *Centel/Zafer/Çakmut*, 235.

¹⁴ *Koca/Üzülmez*, 473.

¹⁵ Yargıtay CGK, 5.4.1987, 1987/253; *Koca/Üzülmez*, 473.

uygulamada “dolaylı/dolayısıyla hakaret” olarak kabul edilmekte ve böyle eylemlerde hem ithama maruz kalan, hem de dolaylı yoldan hakarete uğrayan kişi suçun mağduru olarak değerlendirilmektedir.¹⁶ Failin davranış biçimine göre TCK m. 43/2'nin uygulama ihtimali göz ardı edilmemelidir.¹⁷

b. Fiil

Kanunkoyucu, hakaret suçunu seçimlik hareketli bir suç olarak düzenlenmiştir.¹⁸ Suç, başkasının onur, şeref ve saygınlığını rencide edecek nitelikte somut olgu isnadı veya sövme şeklinde işlenebilir. Doktrinde haklı olarak, her ne kadar iki seçimlik eylem aynı suç kapsamında düzenlenmiş olsa da haksızlık içeriklerinin somut olayda yorumlanması ve ceza tayninde dikkate alınması gerektiği dile getirilmiştir.¹⁹ Yine TCK m. 125/1-son cümle ile birlikte, eylemin içeriğinin yanı sıra, muhataba ulaşma şekline göre de bir seçimlik hareket öngörülmüştür. Hakaret suçu doğrudan işlenebileceği gibi, aynı nitelikteki sözler gıyapta sarf edilmiş ve suça vücut vermiş olabilir.

aa. Onur, şeref ve saygınlığı rencide edecek nitelikte eylem

Onur, şeref ve saygınlık, korunması gereken temel insan hakları arasında yer alır. Bu hakların belli şekillerde ihlali halinde ceza yasaları devreye girecektir.

Fail tarafından sarf edilen sözlerin gerçekten rencide edecek nitelikte olup olmadığı noktasında yerel örf-adet de dikkate alınmalıdır. Gerçekten ülkemizin bir kesiminde normal kabul edilen söylemler, başka yöresinde aşağılayıcı nitelikte görülebilir. Hakim, somut olaya göre yorum yapıp karar verecektir. Mağdur gerçekten rencide edilmese bile, toplumun geçerli örf ve adet kurallarına göre hakaretamiz kabul edilen ifadeler bu suç kapsamında değerlendirilecektir.²⁰ Diğer yandan, toplum yargısına göre aşağılayıcı nitelikte olmayan söz ve davranışların mağdur nezdinde aşağılayıcı kabulü, suçun oluşmasına vücut vermez.²¹ Esasen aşağılayıcı olmamakla birlikte, mağdurun özel durumu nedeniyle onur kırıcı olan söz ve davranışlar ise uç kapsamındadır. Hülâsa, failin davranışının bıraktığı etkinin tespitinde ilk olarak toplumsal yargı dikkate alınacak; ama mağdurun durumu göz ardı edilmeyecektir.²²

¹⁶ Özbek/Doğan/Bacaksız, 507; Tezcan/Erdem/Önok, 592.

¹⁷ Aynı yönde Yenidünya/Alşahin, 49 vd. Ayrıca bkz. Centel/Zafer/Çakmut, 235.

¹⁸ Tezcan/Erdem/Önok, 593.

¹⁹ Koca/Üzülmez, 474. Kanuni düzenlemeye ilişkin eleştiri için bkz. Tezcan/Erdem/Önok, 598.

²⁰ Centel/Zafer/Çakmut, 237; Kayaçiçek, 69; Koca/Üzülmez, 475; Özbek/Doğan/Bacaksız, 510 vd.; Tezcan/Erdem/Önok, 593; Yenidünya/Alşahin, 55.

²¹ Koca/Üzülmez, 476; Yenidünya/Alşahin, 55.

²² Ayrıca bkz. Centel/Zafer/Çakmut, 237.

Eleştiri hakkının sınırları içinde kalındığı takdirde ise suç oluşmayacaktır; zira sınırları aşılmamış eleştiri hakkı bir hukuka uygunluk nedenidir.²³ Yargıtay, tek başına *ağır eleştiri ve rahatsız edici* mahiyetteki eylemlerin hakaret suçu için yeterli olmayacağı kanaatindedir.²⁴ Gerçekten, karşılaşılan bir olaya karşı sırf serzeniş veya sitem niteliğindeki söylemler hakaret kapsamında değerlendirilemez.²⁵

bb. Somut bir fiil veya olgu isnadı yahut sövme

Hakaret suçun seçimlik hareketli olarak düzenlenmiş bir suçtur. Fail; muhatabının onur, şeref ve saygınlığı rencide edecek şekilde somut bir olay veya olgu isnat etmekte ya da sövmektedir. Bu iki eylem arasındaki fark, sarf edilen sözlerin somut bir olgu olup olmamasıdır. Şayet ifade, gerçekleşmiş veya gerçekleşmesi beklenebilen somut bir olaya yönelik ise *“somut bir fiil veya olgu isnadı”* söz konusudur.²⁶

Olgu isnadının gerçek bir vaka olup olmaması, suçun gerçekleşmesi açısından önemsizdir.²⁷ Ancak faile açısından TCK m. 127 çerçevesinde bir ispat/dava hakkı doğabilir. Isnat edilen somut fiil ya da olgunun suç teşkil etmesi gerekmez.²⁸ Belirtelim ki, gerçekleşmesi mümkün olmayan olayın isnadı halinde hakaret suçundan bahsedilemez.²⁹

Sövme eylemi, onur, şeref ve saygınlığı zedeleyecek derecede, herhangi bir olgu isnadı olmaksızın olumsuz değer yargısında bulunmaktır.³⁰ Bu seçimli hareket, ancak icrai davranışla gerçekleştirilebilir.³¹ El-kol hareketi gibi fiziki davranışlarla da

²³ Tezcan/Erdem/Önok, 594.

²⁴ Yüksek Mahkeme’ye konu olan emsal olaylarda; karşılaşılan haksızlığa tepki olarak sarf edilen *“Babanızın uşağı yok!”*, *“Aldığınız para kefen parası olsun!”*, *“Haddini bilmez”*, *“Edepsiz!”* gibi ifadelerin rahatsız edici ve ağır eleştiri niteliğinde olduğu ve fakat onur kırıcı, saygınlığı rencide edici boyutta olmadığı görüşündedir, bkz. Yargıtay 18. CD, 16.5.2017, 2017/5842; 4. CD, 29.4.2014, 2014/14210; 5.2.2014, 2014/3588.

²⁵ Koca/Üzülmez, 475.

²⁶ Koca/Üzülmez, 476; Özbek/Doğan/Bacaksız, 510; Tezcan/Erdem/Önok, 598.

²⁷ Yenidünya/Alşahin, 50.

²⁸ Koca/Üzülmez, 478.

²⁹ Koca/Üzülmez, 477.

³⁰ Koca/Üzülmez, 478; Tezcan/Erdem/Önok, 596. Gündelik hayatta çok fazla karşılaşılan beddua sözlerinin soyut tahkir olması nedeniyle hakaret suçu kapsamında değerlendirilemeyeceği yönünde doktrin görüşü için bkz. Tezcan/Erdem/Önok, 596. Yargıtay da, beddua sözlerinin tek başına hakaret suçunun konusu olamayacağı kanaatindedir, bkz. Yargıtay 2. CD, 5.5.2008, 2008/8036; CGK 16.9.2014, 2014/2014/386; 4. CD, 21.1.2014, 2014/1337, aksi yönde karar Yargıtay 4. CD, 3.5.2006, 2006/1381.

³¹ Tezcan/Erdem/Önok, 596. Doktrinde, “uzattığı eli sıkmamak” örneği üzerinden, sövme eyleminin ihmali hareketle de işlenebileceği de ifade edilmiştir, bkz. Yenidünya/Alşahin, 52.

sövmede bulunulması mümkündür.³² Yargıtay, söz harici fiziki davranışla onur ve şerefine rencide edilmesini “*eylemli sövme*” olarak tanımlamaktadır.³³

Yargıtay; somut olayın fail tarafından haksız nitelikte görüldüğü ve bu haksızlığa tepki olarak rencide edici sözlerin sarf edildiği durumda, ilgili sözlerin rahatsız edici ve ağır eleştiri kapsamında görülebileceği kanaatindedir.³⁴ Emsal kararlar tahlil edildiğinde; soyut tahrikler ile mevcut bir vakaya tepkiyle sınırlı kaba sözleri eleştiri kapsamında değerlendirilerek, fail açısından son derece lehe bir tutum sergilenmektedir.

c. Hakaret fiilinin huzurda veya gıyapta gerçekleşmesi

Kanunkoyucu, TCK m. 125 kapsamında hakaret suçunu seçimlik hareketler şeklinde düzenlediği gibi, eylemin gerçekleşmesi şekline göre de bir ayrıma gitmiştir. Buna göre suç, huzurda işlenebileceği gibi, gıyapta da işlenebilir.³⁵ Bu sınıflandırmadan ne anlaşılması gerektiği doğru şekilde tahlil edilmelidir. Çünkü her ne kadar iki ayrı eylem türü için de aynı ceza miktarı öngörülmüşse de, her ikisinin oluşumu ayrı şartlara tabi kılınmıştır. Yine çalışmamızın odak noktası olacak şekilde, failin kastı her iki eylem için de belirleyicidir.

Huzurda hakaret suçunun işlenebilmesi için, failin hakeratimiz ifadeleri mağdura karşı sarf etmesi gerekir. Burada mağdurun doğrudan görünmesi beklenmekle birlikte, mağdurun mevcut ortamda olduğunun fail tarafından bilindiği ve failin bu durumu bilerek hareket ettiği eylemler de, huzurda hakaret gibi değerlendirilir.³⁶ Failin, mağdurun olay mahallinde olduğunu bilerek onur kırıcı sözler sarf etmesi ve fakat mağdurun kendinden kaynaklı sebeple hakeratamız ifadelere vakıf olamaması durumunda huzurda hakaret kabul edilecek midir? Gerek Yargıtay³⁷, gerek doktrin³⁸ bu ihtimalde huzurda hakaretin oluşacağı kanaatindedir. Ancak failin mağdura yönelik

³² Tezcan/Erdem/Önok, 596.

³³ Emsal olayda Yargıtay, polis memurunun yüzüne doğru çanta fırlatılmasını “*eylemli sövme*” olarak değerlendirmiştir, Yargıtay 4. CD, 23.1.1996, 1996/421; “*Ancak; saniğin yakınana ... sövmediğinin anlaşılması karşısında gerekçede açıklanan saniğin tavır ve davranışlarının neler olduğunun yakının ve tanıklardan sorulup açıklattırılarak, eylemli sövme olup olmadığının tartışılması gerektiği gözetilmeden eksik soruşturma ve yetersiz gerekçe ile hüküm kurulması...*” Yargıtay 4. CD, 16.4.2003, 2003/2421.

³⁴ Hakkında yürütülen davada hakim tavrına sinirlenerek “*Burada babanızın uşağı yok*”, haciz memuruna karşı “*Aile terbiyesi almadın mı?*” sözleri, somut olay kapsamında ağır eleştiri olarak nitelendirilip, sövme kapsamında değerlendirilmemiştir, Yargıtay CGK, 16.9.2014, 2014/386; 4. CD, 11.11.2014, 2014/32605.

³⁵ Bekar, 227.

³⁶ Koca/Üzülmez, 480.

³⁷ Yargıtay CGK, 4.3.2003, 4-37/35.

³⁸ Koca/Üzülmez, 480.

hakeratamız ifadeler sarf ederken, onun olay mahallinde olduğunu bilmemesi halinde gıyapta hakaret söz konusudur.³⁹ Yine TCK m. 125/2'ye göre, mağduru muhatap alan yazılı, sesli, görüntülü iletiyle suçun işlenmesi huzurda hakarettir. Ayrıca eylemli sövme de, niteliği itibariyle sadece huzurda hakaret halinde kabul edilmelidir.

Kanunkoyucu, hakaret suçunda, eylemin içeriğinin yanı sıra, hareketin gerçekleşme şekline göre de seçimlik bir durum öngörmüştür. Buna göre; sadece huzurda hakaret değil, gıyapta hakaretin de cezalandırılması mümkündür. Ama gıyapta hakaret açısından Kanun, somut olayda bazı şartların oluşmasını aramaktadır. “İhtilat şartı” denilen koşula göre; gıyapta hakaretin, en az üç kişiyle ihtilat edilerek gerçekleştirilmesi gerekir.⁴⁰ Öngörülen sayıya, “ihtilat”ın anlamı gereği fail, şerik ve mağdur dahil değildir.⁴¹ Bu hususta, sır saklama yükümlülüğü olan kişilerin de (müvekkil ile olan görüşme gibi) bu sayıya dahil edilmemesi gerektiği ifade edilmektedir.⁴² Ne var ki bu görüş, sır saklama yükümlülüğü bulunan kişi ile yapılan görüşmenin, ancak sır saklama yükümlülüğünü doğuran ilişkiyle nedenselliği bulunan açıklamalar yönüyle kabul edilebilir.⁴³

İhtilat edilen kişilerin aynı anda suç teşkil eden eylemi aynı anda öğrenmeleri şart değildir.⁴⁴ Keza bu kişilerin birbirlerinden haberdar olması aranmaz.⁴⁵ İhtilat edilen kişiler bakımından, vakıf oldukları ifadeler aynı içerikte olmayabilir. Mühim olan, aynı mağdur hakkında en az üç farklı kişiye hakeratamız ifadeler kullanılmış olmasıdır.⁴⁶

³⁹ Yargıtay CGK, 4.3.2003, 4-37/35. Ayrıca bkz. *Koca/Üzülmüş*, 480.

⁴⁰ *Soyaslan*'a göre, gıyapta hakarete bulunulan mağdurun kendini savunma imkanı yoktur ve çevresinde itibar kaybı yaşaması muhtemeldir. Diğer yandan, gıyapta hakaret suçunda iki kişi ile ihtilat düşünce özgürlüğü kapsamında değerlendirilirken, üç kişi ile yapılan ihtilat artık düşünce özgürlüğünün sınırları aşmakta ve mağdurun haysiyetinin korunmasının daha önemli olduğundan bahisle faili kötünietli sayılarak cezalandırılmaktadır, *Soyaslan*, 302.

⁴¹ *Kayanççek*, 102; *Sakarya*, 420; *Soyaslan*, 303.

⁴² *Sakarya*, 420.

⁴³ Varılan sonuç bakımından aynı yönde *Kayanççek*, 103.

⁴⁴ *Aydın*, 894; *Centel/Zafer/Çakmut*, 240; *Kayanççek*, 94; *Sakarya*, 419; *Tezcan/Erdem/Önok*, 601.

⁴⁵ *Aydın*, 894; *Sakarya*, 420.

⁴⁶ *Sakarya*, 421. Hakaret içeren sözlerin içeriğinin aynı veya en azından benzer olması gerektiği yönünde görüş için bkz. *Tezcan/Erdem/Önok*, 602.

Sarf edilen sözlerin doğrudan bilgi sahibi olunmamakla birlikte öğrenilme ihtimalinin bulunması, gıyapta hakaret bakımından önemsizdir.⁴⁷ Yine, fiili anlama ve idrak yeteneği olmayan kimse ihtilat için aranan sayıya dahil değildir.⁴⁸ Dilekçe, elektronik posta ya da kısa mesajla gerçekleştirilen gıyapta hakarete de en az üç kişinin dahili gerekir.⁴⁹

İfade edelim ki, Kanunkoyucunun TCK m. 125/4'te suçun nitelikli hali olarak düzenlediği aleniyet, ihtilattan farklıdır. Suç teşkil eden hakaretin çok sayıda kişi tarafından öğrenilmesi mümkün olacak şekilde icra edilmesi halinde aleniyet söz konusudur.⁵⁰ Bu bakımdan eylem, hem gıyapta, hem aleni olabilir.⁵¹

II. Manevi Unsur

a. Huzurda hakaret bakımından failin hareketi

Huzurda hakaret eylemini gerçekleştiren failin kastı konusunda, doktrinde "olası kast" yeterli görülmektedir. Buna göre; fail, sarf edecek olduğu sözlerin mağdurun onur ve haysiyetini zedeleyeceğini bilmelidir. Ayrıca mağdurun onur ve haysiyetinin zarar göreceğini "göze alma" seviyesinde de olsa istemesi gerekir.⁵² Ancak Yargıtay, hakaretin neticesi harekete bitişik suç olması, suç kastının varlığı için eylemin iradi olarak gerçekleştirilmesinin yeterli olması ve kanunda öngörülen neticenin hareketin gerçekleşmesi ile zorunlu olarak doğması nedeniyle, suçun olası kast ile işlenemeyeceği görüşündedir.⁵³

⁴⁷ "Somut olayda, sanığın, mağdur Cumhuriyet savcısına yönelik hakaret söylemini duyan tanıklar ... ve ... dışında kimsenin olmayışı karşısında; gıyapta hakaret suçu için öngörülen "en az üç kişiyle ihtilat" ögesinin oluşmamaacağı gözetilmeden, "diğer polis memurlarının ve şahısların da duyabileceği şekilde" gibi yerinde görülmemeyen gerekçeyle mahkumiyet kararı verilmesi..." Yargıtay 18. CD, 3.12.2018, 2018/16290. Ayrıca bkz. *Sakarya*, 419; *Tezcan/Erdem/Önok*, 601.

⁴⁸ Yargıtay 4. CD, 2.3.1968, 1968/1282. Ayrıca bkz. *Aydın*, 894; *Centel/Zafer/Çakmut*, 240; *Kocaoğlu*, s. 141; *Koca/Üzülmmez*, 482; *Tezcan/Erdem/Önok*, 602.

⁴⁹ "... Mahkeme hakimi hakkında hakarete bulunan sanığın dilekçesinin birkaç daireye havale edilmesinde ihtilat unsuru teşekkül etmiş sayılır" Yargıtay 4. CD, 8.4.1958, 1958/4977.

⁵⁰ *Tezcan/Erdem/Önok*, 601. *Hafizoğulları/Özen*'e göre, ihtilatta en az üç kişi şartı aranırken, aleniyet için iki ve fazlası kişinin şart koşulması isabetli değildir. Yine, aleniyet için "en az iki kişi" öngörüsü, aleniyetin niteliğiyle bağdaşmaz, zira "aleniyet" tabiri sayısı belirsiz kişileri karşılar, *Hafizoğulları/Özen*, 239.

⁵¹ Doktrinde *Hafizoğulları/Özen*, aleniyet ve ihtilatın farklı kurumlar olmasını vurgulamakla birlikte, aleniyetin oluştuğu hallerde evleviyetle ihtilatın olduğu kanaatindedirler, *Hafizoğulları/Özen*, 239. Yazarlar dile getirdiği görüş, alenen işlenen hakaret suçlarının gıyapta olduğunun kabulü olarak anlaşılabilir. Oysa gerek huzurda, gerekse gıyapta hakaretin alenen işlenmesi mümkündür.

⁵² *Centel/Zafer/Çakmut*, 251; *Koca/Üzülmmez*, 483; *Tezcan/Erdem/Önok*, 606; *Yenidünya/Alşahin*, 60.

⁵³ Yargıtay 2. CD, 8.2.2012, 2012/2455. Ayrıca bkz. *Aydın*, 896.

b. Gıyapta hakaret bakımından failin hareketi

aa. İhtilat Şartının Hukuki Niteliği Üzerine Görüşler

Gıyapta hakaret konusunda, ihtilat şartının hukuki niteliğine ilişkin doktrinde görüş ayrılıkları göze çarpmaktadır. Bazı yazarlar ihtilatı, suçun oluşmasına etki etmemekle birlikte, failin cezalandırılabilirliğine ilişkin bir şart olarak mütalaa etmektedirler.⁵⁴ Bu görüşe göre, ihtilat unsuru gerçekleşmese dahi suç teşkil eden haksızlık tamamlanmıştır. Fakat cezalandırma açısından Kanunkoyucu tarafından ek bir şart getirilmiştir. Bu şart, objektif cezalandırılma şartı olarak değerlendirilmelidir.⁵⁵ TCK m. 125 gerekçesinde yer alan açıklamalardan da, ihtilat şartının Kanunkoyucu tarafından objektif cezalandırılabilme şartı olarak görüldüğü sonucuna varılmaktadır.⁵⁶

Gıyapta hakarete yer alan ihtilat unsuruna ilişkin diğer görüş ise, bu şartın, esasen suçun niteliğine ilişkin olduğu yönündedir (ihtilat kastı).⁵⁷ Haksızlığın içinde mütalaa edilen ihtilatın gerçekleşmesiyle haksızlık tamamlanacağı için Kanunkoyucu, bu şartı suçun niteliğine ilişkin öngörmüştür.

Doktrinde iki ayrı görüş, failin kastı ve kastın kapsamına ilişkin değerlendirmeleri farklılaştırır. “İhtilat unsuru” suç açısından objektif cezalandırılma şartı olarak kabul edilirse, bu durumda failin kastının kapsamında olması gerekmez. Böylelikle failin, sarf ettiği sözlerin mağdurun onur ve haysiyetini zedeleyeceğini bilmesi ve istemesi yeterlidir. Ayrıca ihtilatın gerçekleşmesini istemesi aranmayacaktır. Çünkü objektif cezalandırılma şartı, failin kastı kapsamında olması gereken bir unsur değildir.

Doktrinde savunulan diğer görüş dikkate alındığında kastın, suçun unsurlarını, haliyle ihtilatı da kapsamı gerekir. Böylelikle fail, icra ettiği eylemde “ihtilat”ı da bilmeli ve istemelidir. Belirtelim ki Yargıtay, emsal olaylarda “ihtilat şartı”nı kastın kapsamında değerlendirmektedir.⁵⁸

⁵⁴ Artuk/Alşahin, 22; Demirbaş, 214; Ersoy, 226; Kangal, 161; Koca/Üzülmez, 481; Özgenç, 670.

⁵⁵ Demirbaş, 214; Ersoy, 226; Kocaoğlu, s. 132; Koca/Üzülmez, 481; Özgenç, 670.

⁵⁶ Doktrinde Hafizoğulları/Özen, ilgili madde metninde yer alan “cezalandırılabilmesi için” ifadesine rağmen, ihtilatın objektif cezalandırılabilme şartı olarak görülemeyeceği kanaatinde idirler, Hafizoğulları/Özen, 239.

⁵⁷ Arısoy, 168; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, 431; Aydın, 895; Centel/Zafer/Çakmut, 241; Hafizoğulları/Özen, 239; Kayaççiçek, 94; Özbek/Doğan/Bacaksız, 524; Sakarya, 413; Soyaslan, 304; Tezcan/Erdem/Önok, 602 vd.; Yenidünya/Alşahin, 60.

⁵⁸ “Hakaret suçu mağdurun olmadığı veya mağdurun doğrudan vakıf olamayacağı bir şekilde işlendiğinde gıyapta hakaret suçu oluşmaktadır. Ancak gıyapta hakaret suçunun cezalandırılması için, failin mağdur dışında toplu veya dağınık en az üç kişiyle ihtilat ederek bu suçu işlemesi gerekmektedir. Suçun faili ihtilatı bilerek ve isteyerek gerçekleştirmelidir” Yargıtay 18. CD, 10.12.2018, 2018/19753; aynı yönde bkz. Yargıtay 18. CD, 4.12.2018, 2018/16363.

bb. İhtilat unsurunun hukuki niteliğine bağlı sonuçlar

Dile getirilen ilk görüşlerdeki farklılık, failin içerdiği haksızlığa etki etmekte ve failin kastına bağlı ya da onun kastının ayrı şekilde cezalandırılmasına neden olmaktadır. Gerçekten; şayet ihtilat şartı suçun unsuru olarak görülürse, mutlaka failin kastının kapsamında yer alması gerekir. Bu durumda ayrıca; failin eyleminin yayılma durumunu “göze alma” seviyesinde isteyerek “olası kast” ile hareket etmesi halinde de cezai sorumluluğu kabul edilmelidir. Oysa ihtilat şartı, objektif cezalandırılabilme şartı şeklinde anlaşılırsa, failin kastının ihtilatı kapsamı aranmaz.⁵⁹ Başka deyişle fail, sarf ettiği söz veya sergilediği davranışın mağdurun onurunu zedeleyeceğini bilmeli ve istemelidir. Fakat gıyapta hakaret halinde, eyleminin en az üç kişiyle ihtilat edilerek gerçekleşmesi konusunda kastı olup olmadığı önemli değildir. Failin bu hususta kastı olmasa dahi, TCK m. 125 gereğince cezalandırma cihetine gidilir.⁶⁰

İhtilatın kastın kapsamında değerlendirilmesi halinde, suçun tamamlanma anı son (üçüncü) kişinin hakaretimiz ifadeleri öğrenme anıdır.⁶¹ Failin, onur kırıcı isnatta bulunması veya sövmesi halinde, eyleminin yayılma kastı varsa, üçüncü kişi öğrenene dek eylemin teşebbüs aşamasında kaldığını kabul etmek gerekir.⁶² Bu durum, bir bakıma posta yoluyla başkasına hakaret eden failin mektubunun, muhatabı tarafından henüz okunmadan alınması örneğine benzer. Ne var ki Yargıtay; ihtilatı kast kapsamında görmeye birlikte, teşebbüsü mümkün görmemektedir.⁶³ İhtilatın objektif cezalandırma şartı olarak mütalaa edilmesi halinde ise gıyapta hakarete teşebbüs mümkün değildir.

İhtilat şartının kast kapsamında kabulü halinde; failin, eyleminin yayılma ihtimali üzerine hataya düşmesi halinde TCK m. 30/1 kapsamında kastı kaldıran hatadan (unsur yanılışı) bahsetmek gerekir; çünkü bu halde ihtilat suçun unsuru olarak benimsenmiştir. Yargıtay, ihtilat unsurunu suçun unsuru olarak mütalaa etmekte iken, eski tarihli bir kararında huzurda hakarete ilişkin unsur yanılışına düşen sanığın, ihti-

⁵⁹ Üzülmöz/Akkaş, 74; Kangal, 161.

⁶⁰ Bekar, 225; Kangal, 161.

⁶¹ Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, 436; karşı. Özbek/Doğan/Bacaksız, 512.

⁶² Gıyapta hakaret suçuna teşebbüsün mümkün olmadığı yönünde görüş için bkz. Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, 436.

⁶³ Emsal olayda Yargıtay, halihazırda mağdur harici iki kişinin olaya vakıf olduğunu belirtmiş ve önceden verilen mahkumiyet hükmünü bozmuştur, bkz. Yargıtay 18. CD, 3.12.2018, 2018/16290.

lat şartı gerçekleşmesi halinde gıyapta hakarettten cezalandırılabilceği kanaatinde-
dir.⁶⁴ Oysa bu yorum, ihtilatı objektif cezalandırma şartı olarak kabul etmek anlamına
gelir.

cc. Değerlendirme ve Hukuki Önerimiz

Kanunkoyucu, suç politikası gereğince gıyapta hakaretin cezalandırılmasında
ihtilat şartı öngörmüştür. Bu şartın hukuki niteliği ise net olarak vasıflandırılmış değıl-
dir. Ancak madde metnindeki ifade, ihtilatın objektif cezalandırma şartı olarak müta-
laa edilmesini zorunlu kılar. Zira gıyapta onur, şeref ve saygınlığı rencide edecek olgu
isnadı veya sövme ile esasen haksızlık gerçekleşmiştir. Fakat cezalandırma için sarf
edilen sözlerin yayılması şart koşulmuştur. Ne var ki ihtilat unsuru objektif cezalan-
dırma şartı olarak kabul edilirse, Kanunkoyucunun cezalandırma alanını sınırlandırma
gayesinin karşısında – suçun niteliği gereği – failin, eylemin yayılmasını istemediğı
halde cezai sorumluluğı doğmaktadır. Bu noktada objektif cezalandırma şartının ce-
zalandırma alanını daraltması özelliğı ile TCK m. 125'te yer alan ihtilat şartının nitelik
bakımından uyuşmadığı görölmektedir.

TCK m. 125'te öngörülen ihtilat şartının hukuki niteliğı failin kastı ile doğrudan
ilişkili sonuçlar doğurmakta, bu durum hata hükümlerinin uygulanabilirliğini etkile-
mekte (TCK m. 30/1), yine teşebbüs bakımından ayrı değerlendirme gerektirmektedir.

Varılan sonuç, ihtilat şartına dair kanun değışikliğı yapılması zorunluluğunu or-
taya koymaktadır. Elbette kişilerin şeref ve haysiyeti, sadece onların varlığında değıl,
yokluklarında da korunmalarını gerektirir. Ancak mevcut düzenleme doktrin ve Yargı-
tay uygulanmasında ya yasa metniyle, ya da kurumların hukuki niteliğıyle tam olarak
uyuşmamaktadır.

Alman Ceza Kanunu 186. maddesi, “gıyapta hakaret” suçunun yeniden ele alın-
masında yol gösterici olabilir.⁶⁵ Alman Hukukunda, hakaret suçunda “ihtilat şartı” diye

⁶⁴ Yargıtay 4. CD, 7.10.1997, 1997/7997. Karar hakkında ayrıca bkz. Koca/Üzölmez, 480.

⁶⁵ § 186 StGB Üble Nachrede: *Wer in Beziehung auf einen anderen eine Tatsache behauptet oder verbreitet, welche denselben verächtlich zu machen oder in der öffentlichen Meinung herabzuwüchtigen geeignet ist, wird, wenn nicht diese Tatsache erweislich wahr ist, mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe und, wenn die Tat öffentlich oder durch Verbreiten von Schriften (§ 11 Abs. 3) begangen ist, mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft. Türkçe metin için bkz. Yenisey, Feridun/PlagemannGottfried: Alman Ceza Kanunu (Strafgesetzbuch), 2. Baskı, İstanbul 2015. “Her kim, diğeri bir kişi hakkında, onun onurunu, şerefini ve saygınlığını rencide edebilecek veya onu kamuoyunda aşağılayabilecek nitelikte bir olguyu isnat eder veya yayarsa ve bu olgu gerçekliğı kanıtlanmış bir olgu değılse, bir yıla kadar hapis cezası veya adli para cezası ile ve eğer fiil aleni olarak veya yazı ile (m. 11 fıkra 3) yayarak işlenirse, iki yıla kadar hapis cezası veya adli para cezası ile cezalandırılır.*

bir şart öngörülmemiştir. Ancak kişi, başkası hakkında ve onun yokluğunda onur, şeref ve saygınlığını zedeleyici, gerçek olmayan bir olgu isnat eder ya da yatarsa, “Kötüleme (Üble Nahrede)” suçunun faili olacaktır. Görüldüğü üzere, Alman Ceza Hukuku’nda mağdurun yokluğunda sarf edilen hakaratimiz ifadelerin cezalandırılmasına ayrı bir suç başlığı altında yer verilmiş, hakaret suçu içinde seçimlik hareket şeklinde düzenlenmemiştir.

Alman Ceza Kanunu’nun 186. maddesinde yer alan “yayıma”nın kaç kişiyle gerçekleştiğinin önemi yoktur.⁶⁶ Ayrıca, “yayıma” durumunun failin kastı kapsamında olması aranmamaktadır.⁶⁷ Failin başkası hakkında onur kırıcı sözler sarf ederken, sözlerle muttali olan kişiye eylemi yaymayacağı konusunda güvenmesi halinde dahi suç gerçekleşmiştir.⁶⁸ Ama bu husus, bir cezalandırma şartı ihtiva etmez; zira eylem hakaratimiz ifadelerin kullanılmasıyla tamamlanır.⁶⁹

Türk Ceza Hukuku’nda “ihtilat” unsurunun varlığıyla ortaya çıkan sorunlara çözüm olarak; gıyapta hakaretin TCK m. 125’te bir seçimlik hareket olarak değil, ayrı bir maddede, başlıca bir suç türü olarak düzenlenmesi isabetli olacaktır. Böylelikle gıyapta hakaretin ayrı bir “ihtilat şartı”na bağlı kılınması ihtiyacı da kendiliğinden kalkacak, şartın varlığıyla doğan tartışmalar sona bulacaktır.

⁶⁶ Schönke/Schröder/Eisele/Schittenhelm, § 186, Rn. 8.

⁶⁷ MüKoStGB/Regge/Pegel, § 186, Rn. 18.

⁶⁸ MüKoStGB/Regge/Pegel, § 186, Rn. 18; Zaczyk (Nomos Kommentar Kindhäuser/Neumann/Paeffgen), § 186 Rn. 10. Karşı görüşte Lackner/Kühl, § 186, Rn. 5.

⁶⁹ MüKoStGB/Regge/Pegel, § 186, Rn. 18; Schönke/Schröder/Eisele/Schittenhelm, § 186, Rn. 17.

KAYNAKLAR

- Arısoy, Mine*: “Hakaret”, TBBD 72/2007, S. 153–205
- Artuk, M. Emin/Gökçen, Ahmet/Alşahin, M. Emin/Çakır, Kerim*: Ceza Hukuku Özel Hükümler, 17. Baskı, Ankara 2018
- Artuk, M. Emin/Alşahin, M. Emin*: “Objektif Cezalandırılabilme Şartı ve Zamanaşımı”, MÜHF-HAD, Cilt: 19, Sayı: 2, 2013, Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan, S. 17–44
- Aydın, Devrim*: “Türk Ceza Kanununda Hakaret Suçu”, MÜHF-HAD, Cilt: 19, Sayı: 2, 2013, Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan, S. 879–918
- Bekar, Elif*: Objektif Cezalandırılabilme Koşulları ve Bu Koşullar Bağlamında Türk Ceza Kanunu’nda Yer Alan Suçlar, İstanbul 2017
- Centel, Nur/Zafer, Hamide/Çakmut, Özlem*: Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, Cilt: I, 3. Bası, İstanbul 2016
- Demirbaş, Timur*: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 13. Baskı, Ankara 2018
- Ersoy, Uğur*: Ceza Hukukunda Objektif Cezalandırılabilme Şartları, Ankara 2015
- Kayanççek, Murat*: Şerefe Karşı Suçlar, Ankara 2008
- Kocaoğlu, Serhat Sinan*: Uluslararası (AİHM) ve Ulusal Yargı İçtihatları Çerçevesinde Hakaret Suçu, Ankara 2019
- Koca, Mahmut/Üzülmez, İlhan*: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 11. Baskı, Ankara 2018
- Nomos Kommentar Strafgesetzbuch (Kindhäuser/Neumann/Paeffgen)*, 5. Aufl., Baden-Baden 2017
- Özgenç, İzzet*: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 13. Bası, Ankara 2017
- Özbek, Veli Özer/Doğan, Koray/Bacaksız, Pınar*: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 14. Baskı, Ankara 2019
- Hafizoğulları, Zeki/Özen, Muharrem*: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar, 5. Baskı, Ankara 2016
- Kangal, Zeynel*: “Cezalandırılabilirliğin Objektif Koşulları”, İÜHF, C. LXVIII, S.1-2, 2010, S. 151–168
- Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch (MüKoStGB/Regge/Pegel)*, 3. Aufl., München 2019
- Öztürk, Bahri/Erdem, Mustafa Ruhan*: Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, 16. Baskı, Ankara 2016
- Sakarya, Utku Coşkun*: “Gıyapta Hakaret Suçunda İhtilat Unsuru”, Ankara Barosu Dergisi, 2013/2, S. 411–424
- Strafgesetzbuch Kommentar (Schönke/Schröder/Eisele/Schittenhelm)*, 30. Aufl., München 2019
- Strafgesetzbuch Kommentar (Lackner/Kühl)*, 29. Aufl., München 2018

Soyaslan, Doğan: Ceza Hukuku Özel Hükümler, 11. Baskı, Ankara 2016

Tezcan, Durmuş/Erdem, Mustafa Ruhan/Önok, R. Murat: Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 16. Baskı, Ankara 2018

Üzölmez, İlhan/Akkaş, Ahmet Hulusi: “Suçun Yapısında Objektif Cezalandırılabilme Şartları”, EÜHFD C: II, S: 1-2, 2007, S. 71–87

Yenidünya, Ahmet Caner/Alışahin, Mehmet Ali: Bireyin Şerefine Karşı Suçlar, TBBD 68/2007, S. 43–93

Yenisey, Feridun/PlagemannGottfried: Alman Ceza Kanunu (Strafgesetzbuch), 2. Baskı, İstanbul 2015

MÜKELLEF VERİLERİNİN KORUNMASI VE VERGİ MAHREMİYETİ*

Protection of Taxpayers Data and Tax Privacy

Arş. Gör. Muhammet DURDU**

ÖZ

Vergi mahremiyeti hakkı 2010 yılında Anayasaya giren kişisel verilen korunması ile yakından ilişkilidir. Türk hukuk sisteminde önceki Vergi Usul Kanunu'ndan beri var olan vergi mahremiyeti, kişisel verilerin korunması hakkının hukuk sitemine dâhil olması ile yeni bir boyut kazanmıştır. Bu çalışmada vergi mahremiyeti hakkının kavramsal çerçevesi ortaya konulmuş ve kişisel bilgilerin korunması hakkı ile ilişkisi incelenmiştir. İlk bölümde vergi mahremiyeti hakkı literatür taraması yapılarak araştırılmış ve netice itibarıyla konulan istisnaların vergi mahremiyetini zedeler nitelikte olduğu sonucuna varılmıştır. Ayrıca mükelleflerin bilgilerini toplama konusunda defter tutma, beyanname verme ve belge düzenleme konusunda Hazine ve Maliye Bakanlığı'na verilen yetkilerin Anayasal korumaya sahip temel hakları ihlal ettiği sonucuna varılmıştır. İkinci bölümde mükellef bilgileri ile ilgili olarak kişisel verilerin korunması meselesi incelenmiş ve 6698 sayılı Kanun ile mükelleflere vergi mahremiyeti hususunda ek güvenceler sağlandığı tespiti yapılmıştır. Ancak bu Kanun'da yer alan istisnaların da azaltılması gerektiği sonucuna varılmıştır.

ANAHTAR KELİMELEER: Vergi Mahremiyeti, Kişisel Verilerin Korunması, Özel Hayatın Gizliliği, Mükellef Bilgileri, Yoklama.

ABSTRACT

The right to tax privacy is closely related to the protection of personel data which was entered into the Constitution in 2010. Tax privacy which is in the Turkish legal system since the previous Tax Procedure Code has gained a new dimension with the right to the protection of personal data in the legal system. In this study, the conceptual framework of the right to tax privacy is put forward and the relationship between the right to the protection of personal information has examined. In the first part, the right to tax privacy has been researched by making a literature review and consequently, the exceptions to be made are considered to be damaging to tax privacy. In addition, it was concluded that the powers given to the Ministry of Treasury and the Ministry of Finance in respect of keeping the taxpayers' information, making declarations and issuing documents are in violation of the fundamental rights of the Constitutional Protection. In the second chapter, the protection of personal data regarding taxpayer information is examined and with the Law No. 6698, taxpayers were provided with additional guarantees for tax privacy. However, it is concluded that the exceptions in this Law Code should be reduced.

KEY WORDS: Tax Privacy, Protection of Personal Data, Privacy, Taxpayer Information, Inspection.

* Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 14.06.2019

Kabul Edildiği Tarih: 11.10.2019

DOI Numarası: [10.15337/suhfd.578013](https://doi.org/10.15337/suhfd.578013)

** Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kamu Hukuku Bölümü Mali Hukuk Anabilim Dalı

E-mail Adresi: muhammetdurdu38@gmail.com

ORCID ID: [0000-0003-4912-4410](https://orcid.org/0000-0003-4912-4410)

GİRİŞ

Vergi mahremiyeti mükelleflerin önemli haklarından birisidir. Temel olarak 213 sayılı VUK m. 5 ve 6183 sayılı AATUHK m. 107’de düzenlenen bu hak birçok istisnayı da bünyesinde barındırmaktadır. 2010 yılında Anayasaya kişisel verilerin korunması hakkının girmesi, bunun üzerinde 2016 yılında 6669 sayılı Kanun’la 108 sayılı Avrupa Konseyi Sözleşmesi’nin kabul edilmesi ve 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu’nun çıkarılması vergi hukukunda dikkatleri vergi mahremiyeti mevzusuna çekmiştir. 6698 sayılı Kanun’un bir kısım hükümlerinden istisna tutulsa da genel olarak bu kanuna tabi olan mükellefler yeni koruma alanlarına kavuşmuştur.

Beyan usulüne dayanan vergi sistemlerinde mükellefler birçok şahsi bilgisini vergi idaresine vermektedir. Mükelleflerin bu bilgilerin korunacağına güvenmesi doğru beyanda bulunma ihtimallerini yükseltecektir. Tam aksine verdikleri bilgileri herhangi bir yerden önelerine konulacağını düşünmeleri ise doğru beyanda bulunmalarını engelleyecektir. Bu sebeple mükelleflerin vergi idaresine verdikleri bilgilerin korunması, başka bir ifadeyle vergi mahremiyeti çok önemli bir haktır. Bununla beraber kamu yararı amacıyla bu bilgilerin istisnai durumlarda açıklanması veya aktarılması da hukuka uygun kabul edilmektedir.

Çalışmada, öncelikle literatür ve mevzuat taraması yoluyla vergi mahremiyeti hakkı ortaya konmaya çalışılacaktır. Daha sonra 2010 yılında Anayasaya 2016 yılında kanuni düzenleme olarak hukuk sitemimize giren kişisel verilerin korunması hakkı üzerinde durulacak ve bu hakkın vergi mahremiyeti üzerinde yaptığı etki araştırılacaktır.

I. VERGİ MAHREMİYETİ

Vergi mahremiyeti, ilk vergi usul kanunu olan 1949 tarihli 5432 sayılı Vergi Usul Kanunu’nun beşinci maddesinde yer almış olup günümüzde hem 213 sayılı Vergi Usul Kanunu’nda (VUK) hem de 6138 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun’da (AATUHK) mevcudiyetini sürdürmektedir. Bazı çalışmalarda “*mükellefin bilgilerinin gizliliği hakkı*” olarak geçen vergi mahremiyeti, temel mükellef hakları arasındadır¹. Hukukumuzda ilk girdiğinde mutlak bir hak olarak kabul edilen vergi mahremiyeti ile ilgili zamanla bazı kısıtlamaların getirilerek mahremiyet kapsamındaki bazı mükellef bilgilerinin açığa çıkarılması veya üçüncü kişi yahut kurumlara verilmesi gündeme gelmiştir².

¹ **EGELİ Haluk/DAĞ Mehmet**, “Türk Vergi Hukuku Açısından Mükellef Haklarının Değerlendirilmesi”, *Maliye Dergisi*, S. 163, 2012, s. 134.

² İlk konulduğu zaman mükelleflerin kişisel yararını koruma amacı güdülmüş zamanla getirilen istisnalar vasıtasıyla kamu yararını koruma amacı ön plana alınmıştır. Bu konuda ayrıntılı değerlendirme için bkz: **OKTAR S. Ateş**, “Vergi Mahremiyeti Kuralının Bir İstisnasının Bazı Anayasal

Mahremiyet kelimesi Arapça kökenli olup Türkçe’de “gizlilik” anlamına gelmektedir³. Mahremiyet kelimesi, kişinin hayatının dış müdahale olmaksızın sürdürme isteği olup özel ve sosyal hayatını, fiziki ve manevi bütünlüğünü, onurunu ve şerefini, gereksiz ve utandırıcı şeylerden kaçınmayı, olduğundan farklı göstermekten kaçınmayı, özel fotoğraflarını, iletişimini ve bilgilerini kapsar⁴. Daha kısa ve öz bir tanıma göre kişinin başkaları tarafından bilinmesini istemediği hususlar mahremiyet alanını oluşturmaktadır⁵. Gizlilik kişilere yönelik olmayıp kişiye ait bilgilere yöneliktir. Bu noktada karşımızı “sır” kavramı da çikmaktadır⁶.

Vergi mahremiyeti kavramını, vergi idaresi tarafından öğrenilen mükellefe ait bilgilerin ifşa edilmemesi veya üçüncü kişilere verilmemesi şeklinde tanımlayabiliriz. Öğretide başka bir tanıma göre; “*vergi mahremiyeti; vergileme süreciyle ilgili olarak ortaya çıkan ve vergileme ilişkisi içinde öğrenilen bilgilerin, mükellefler ile bilgi sahibi kişiler arasında gizli kalması gerektiğini ve üçüncü şahıslarına açıklanmaması gerektiğini ifade etmektedir*”⁷. Gelir İdaresi Başkanlığı tarafından yapılan tanıma göre; “*Vergi ile ilgili gizlilik kavramı, vergi uygulamasında görev alan memurların görevlerini ifa ederlerken mükelleflerin şahısları, ailevi durumları, servetleri, faaliyetleri ve faaliyet alanları, gelir durumları, meslek sırları ve benzeri durumlarıyla ilgili olarak öğrendikleri*

İlkeler Karşısındaki Durumu”, *Mükellefin Dergisi*, s. 123, Mart 2003, s. 20-30; **EROL** Ali, *Vergi Hukukunda Bilgi Verme Ödevinin Sınırı Olarak Vergi Mahremiyeti İlkesi ve Sonuçları*, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Maliye Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2015, s. 89.

- 3 **TÜRK DİL KURUMU**, *Güncel Türkçe Sözlük*, http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5cd425543b6eb4.87371329, (ET: 09.05.2019).
- 4 **EROL** Ali, “Vergi Hukukunda Verilen Bilgilerin Gizli Kalma Zorunluluğu”, *Kırklareli Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, C. 7, S. 1, 2018, s. 90.
- 5 **AKMAN** İnci Solak, *Vergi Mahremiyetini İhlal*, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Doktora Tezi, Ankara 2012, s. 6, 7; Açıklayıcı bir tanıma göre; “*Mahremiyet otonomi hakkıdır ve yalnız bırakılma hakkını kapsar. Mahremiyet kendimiz hakkındaki bilgiyi -bu bilgiye girisi sınırlama hakkı dahil- kontrol hakkını içerir. Mahremiyet hakkı sırları gizli tutma hakkını ve onları ancak özel konuşmalarda paylaşmayı kapsar. En önemlisi, mahremiyet hakkı yalnızlık, samimiyet ve anonimliği yasama hakkı demektir*”. Bkz: **TAŞ** Fatma, *Vergi Mahremiyetini İhlal Suçu ve Değerlendirilmesi*, Uludağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Maliye Anabilim Dalı Mali Hukuk Bilim Dalı Doktora Tezi, Bursa 2007, s. 4.
- 6 Sır kavramının ayrıntılarına çalışmanın kapsamı münasebetiyle girilmemiştir. Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz: **GÜLERCİ** Burcu, *Türk Hukukunda Vergi Mahremiyetinin Sınırları*, On İki Levha Yayınılık: İstanbul, 2017, s. 6; Vergi sırrı kavramı için bkz: **AKMAN**, s. 52; **TAŞ**, s. 67-74; **TABANCA** Serhat, *Vergi Mahremiyeti İlkesi*, Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2018, s. 42, 43.
- 7 **TAŞ**, s. 41; başka bir tanıma göre; mükellefin sırlarının gizli tutulması gereğini ve kamu görevlilerince bu sırların açıklanması yasağını ifade eder. Bkz: **SONSUZOĞLU** Elif, “Çeşitli Yasalar Açısından Vergi Mahremiyetine İlişkin Düzenlemelerin Değerlendirilmesi”, *Vergi Sorunları*, 2000, S. 141, s. 119.

bilgilerin açıklanmaması ve kendileri ile üçüncü kişilerin kullanımına sunulmamasıdır”⁸.

Beyan usulüne dayanan vergi sistemlerinde gerçek gelire ulaşmak için denetimin yanında mükelleflerin vergi idaresine güvenmesi çok önemlidir. Hatta söylenebilir ki, geniş anlamıyla mükelleflerin vergi idaresine güvenmesi, kayıtdışı ekonominin önlenmesinde ve vergisel suçların işlenmesinin engellenmesinde, vergi denetimlerinden çok daha etkin bir unsurdur. Bu anlamda güvenmenin içerisine mükelleflerin vergi idaresine verdikleri bilgilerin korunmasına inanmalarının yanında⁹ vergi sisteminin adil olduğunu ve verdikleri vergilerin yerinde harcandığını düşünmeleri de girmektedir. Bu unsurların tam olarak sağlandığı bir vergi sisteminde denetimlere sadece marjinal durumlarda ihtiyaç kalacaktır. Vergi sisteminin toplarken ve/veya harcarken adil olmadığı, mükellef bilgilerinin korunmasına özen gösterilmeyen bir sistemde sadece denetim aracıyla mükelleflerin vergiye uyumunun sağlanmaya çalışılması kolay olmayacaktır¹⁰. Bunun yanında vergi mahremiyeti mükelleflerin ticari rekabet koşullarının korunması bakımından da önemlidir. Zira vergi mahremiyetine riayet edilmeden mükelleflerin bilgilerinin rakiplerinin ellerine geçmesi onların ticari olarak olumsuz etkileyecektir¹¹.

Mükellefler vergi idaresine bilgi verirken verdikleri bilgilerin korunacağını bilmeleri gerekir. Böyle olursa tam ve doğru bilgi verme konusunda daha istekli olacakları muhakkaktır¹². Vergi idaresi mükellef karşısında aldığı yetkilerle son derece güçlü bir şekilde durmaktadır. Buna karşılık olarak mükellefin haklarının korunması yoluyla vergi idaresine karşı güveninin sağlanması gerekir¹³. Nitekim Hazine ve Maliye Bakanlığı'nın da bu hususa önem verdiği belirtilmelidir. Bir kooperatifin, çiftçinin vergi borcunu öğrenmesini verdiği özelleyle vergi mahremiyetine aykırı bulan Bakanlık, Sanayi ve Ticaret İl Müdürlüğü'nün bir mükellefe ilişkin vergi inceleme raporunu istemesini de vergi mahremiyetine aykırı bulmuştur¹⁴. Danıştay kararlarından anlaşıldığı üzere,

⁸ **GELİR İDARESİ BAŞKANLIĞI**, *Mükellefin Hakları ve Ödevleri Rehberi*, Mükellef Hizmetleri Daire Başkanlığı Yayın No: 185, Ankara 2014, s. 9.

⁹ **SONSUZOĞLU**, s. 116.

¹⁰ Mükellef haklarının bir bütün olarak vergi bilincine olumlu etkisi hususunda bkz: **BUYRUKOĞLU Selçuk/ERASA İrem**, “Vergi Bilincinin Oluşmasında Mükellef Haklarının Yeri ve Önemi”, *Vergi Dünyası Dergisi*, S. 375, 2012, s. 116-127.

¹¹ **ÜNSAL Hilmi**, “Türk Vergi Hukukunda Vergi Mahremiyeti, Sağladığı Yararlar ve Uygulamada Karşılaşılan Güçlükler”, *Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, C. 8, S. 3, 2003, s. 37.

¹² **EROL**, *Vergi Hukukunda Bilgi Verme Ödevinin Sınırı*, s. 54; **AKMAN**, s. 6.

¹³ **EGELİ/DAĞ**, s. 131.

¹⁴ 28/08/2004 tarih B.07.0.GEL.0.28/2803-5-33 sayılı ve 29/04/1997 Tarih B.07.0.GEL.0.28/2803-5-746/16933 Sayılı Özelgeleri. Bkz: **VERGİ DANIŞMANLIK**, *Vergi Mahremiyeti ile İlgili Özelge*

bazı durumlarda vergi mahremiyeti gerekçesiyle mükellefin bilgileri şahsına dahi verilmemektedir. Bu ise dar ve amaca uygun olmayan bir yorum olup Danıştay tarafından hukuka aykırı bulunmaktadır¹⁵.

Bütün bu gerekliliğine rağmen vergi mahremiyetinin olumsuz etkilerinin de bulunduğu belirtilmektedir. Bir görüşe göre vergi mahremiyeti kayıtdışı ekonomiyi desteklemektedir. Bu görüşe göre vergi idaresi vergi mahremiyeti gerekçesiyle şahsi bilgilerin yanında istatistik verisi niteliğindeki global verileri de paylaşmamaktadır¹⁶. Başka bir eleştiriye göre vergi idaresinin transfer fiyatlandırmalarını tespit ederken gizli emsal uygulamasını vergi mahremiyetine dayandırarak inceleme yapılan mükellefe bildirmemesi mükellefler açısından mağduriyete yol açmaktadır. Mükellefler gizlenen emsal bedeli bilmedikleri için yapacakları işlemde nasıl bir emsal ücret olduğunu bilmeden hareket etmekte bu da aleyhlerine ceza olarak dönebilmektedir¹⁷. Bir başka eleştiri ise serbest muhasebeci ve mali müşavirlerle ilgili gelmiştir. Bu kimsele-

Özetleri, <https://vergidanismanlik.net/2017/12/06/vergi-mahremiyeti-ile-ilgili-ozelge-ozetleri/>, (ET: 11.05.2019).

- ¹⁵ “Yukarıda belirtildiği üzere kişilerin özel hayatlarıyla ilgili bilgilerin gizliliğinin korunması Anayasal temel hak ve özgürlükler kapsamında güvence altına alınmıştır. Vergilendirme işlemi sırasında da bu hakkın korunması için vergi hukukunda vergi mahremiyeti ilkesine yer verilmiştir. Vergi Usul Kanununun 5 inci maddesi ile vergi mahremiyetine uymak zorunda olan kişilerin, görevleri dolayısıyla mükellef veya mükellefle ilgili kişilerin şahıslarına ilişkin olarak elde ettikleri ve gizli kalması gereken bilgileri açıklamaları, kullanmaları ve üçüncü şahıslara kullandırmaları yasaklanmıştır. **Vergi mahremiyeti mükellefler açısından kendilerine ait gizli bilgileri güvenle vergi dairesine verebilmelerini sağlamaktadır. Bu nedenle mükellefler hakkında kendilerine ait bilgilerin verilmemesi bu madde kapsamına sokulamaz.**

Dosyanın incelenmesinden, davacı adına takdir komisyonu kararı uyarınca yapılan tarhiyatın dayanağı olan ve söz konusu takdir komisyonu kararında atıf yapılan, davacı adına düzenlenmiş bulunan 28.11.2011 tarihli ve 2011-603/22 numaralı vergi tekniği raporunun davacıya tebliğ edilmediği anlaşılmıştır. Bu durum karşısında, yukarıda yazılı nedenlerden dolayı davacının savunma hakkının engellendiği tartışmasız olup, sadece vergi ve ceza ihbarnamesi tebliğ edilmek suretiyle davacıya bildirilen tarhiyatın kaldırılması gerekirken aksi yönde verilen Mahkeme kararında yasaya uyarılık görülmemiştir”. **DANIŞTAY 4. D.**, 10.10.2013 tarih ve E. 2013/2702, K. 2013/6862.

- ¹⁶ Bu görüşe göre kayıtdışı ekonomi ile mücadele karşısında vergi mahremiyeti bir zırr görevi üstlenmektedir. Bkz: **YILMAZ** Binhan Elif/**ERDOĞDU** M. Mustafa/**USER** İnci, *Kayıtdışı Ekonomiyle Mücadele Karşısında “Vergi Mahremiyeti Zirri”*, Türk Sosyal Bilimler Derneği 13. Ulusal Sosyal Bilimler Kongresi, ODTÜ Ankara, 2013, s. 3, 4, 10.

- ¹⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz: **TAŞKIN** Yasemin, “Transfer Fiyatlandırmasında Gizli Emsalin Açıklanmamasının Vergi Mahremiyeti ile İlişkisi”, *Maliye Araştırma Merkezi Konferansları Serisi*, 59. Seri, 2017, s. 29-49.

rin mali işlemlerini yürüttükleri mükelleflerle ilgili kişilerin mali bilgilerine ulaşma hususunda vergi mahremiyeti sebebiyle sorunlar yaşadığı belirtilmektedir¹⁸. Ayrıca avukatlar açısından da benzer sorunlar olduğu belirtilmiştir¹⁹.

A. Vergi Mahremiyeti ile İlgili Düzenlemeler

Vergi mahremiyeti ile ilgili temel düzenleme VUK'un 5. maddesinde yapılmıştır:

“Madde 5 – Aşağıda yazılı kimseler görevleri dolayısıyla, mükellefin ve mükellefle ilgili kimselerin şahıslarına, muamele ve hesap durumlarına, işlerine, işletmelerine, servetlerine veya mesleklerine mütaallik olmak üzere öğrendikleri sırları veya gizli kalması لازم gelen diğer hususları ifşa edemezler ve kendilerinin veya üçüncü şahısların nef'ine kullanamazlar;

1. Vergi muameleleri ve incelemeleri ile uğraşan memurlar;
2. Vergi mahkemeleri, bölge idare mahkemeleri ve Danıştay'da görevli olanlar;
3. Vergi kanunlarına göre kurulan komisyonlara iştirak edenler;
4. Vergi işlerinde kullanılan bilirkişiler.

Bu yasak, yukarıda yazılı kimseler, bu görevlerinden ayrılırlar dahi devam eder”²⁰.

Maddenin bundan sonraki kısmında dönemseller ihtiyaçlar veya zaruretler sebebiyle bazı istisnalar eklenmiş, eklenen bazı istisnalar ise sonradan kaldırılmıştır. Ancak şunu vurgulamak gerekir ki 1961 yılındaki ilk halinde herhangi bir istisna düzenlemesi bulunmamaktadır.

Vergi hukuku ile ilgili başka bir temel kanun niteliğinde olan AATUHK'da da vergi mahremiyetine ilişkin düzenleme bulunmaktadır. Söz konusu Kanun'un 107. maddesine göre;

¹⁸ ALPASLAN Nazlı Gaye, *Vergi mahremiyeti nedir? Vergi mahremiyetinin yeniden düzenlenmesinin gerekliliği*, https://www.hurses.com.tr/arsiv/Haber-Vergi_mahremiyeti_nedir_Vergi_mahremiyetinin_yeniden_duzenlenmesinin_gerekliligi/haber-12184 (ET: 28.04.2019).

¹⁹ AĞAR'a göre vergi mahremiyeti sadece avukatlar için değil bilgi edinmek isteyen tüm vatandaşlar için aşılması zor bir duvardır. Bkz: AĞAR Serkan, “Vergi Mahremiyeti vs Bilgi Edinme Hakkı”, *Ankara Barosu Dergisi*, 2012/2, s. 365.

²⁰ Vergi mahremiyetine uymak mecburiyetinde olan kişiler hakkında geniş bilgi için bkz: ÜNSAL, s. 32, 33; KOCATEPE Metin, *Türk Vergi Hukukunda Mükellefin Vergi Mahremiyeti Hakkı*, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2019, s. 58-65; KARATAŞ DURMUŞ Neslihan, “Ticari Sırların ve Kişisel Verilerin Korunması Kap-samında Vergi Mahremiyeti”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Y. 8, S. 31, 2017, s. 380-382.

“Bu kanunun tatbikinde vazifeli bulunan kimseler, bu vazifeleri dolayısıyla amme borçlusunun ve onunla ilgili kimselerin şahıslarına, mesleklerine, işlerine, muamele ve hesap durumlarına ait öğrendikleri sırlarla, gizli kalması lazım gelen diğer hususları ifşa ettikleri takdirde Türk Ceza Kanununun 239 uncu maddesine göre cezalandırılır”.

Vergi mahremiyeti, VUK’a tabi olan vergiler hakkında²¹ tarh, tebliğ ve tahakkuk aşamasında VUK m. 5 kapsamında, tahsil aşamasında ise AATUHK m. 107 kapsamında korunmaktadır²². Ayrıca AATUHK’daki düzenleme sadece vergiler için değil tüm kamu borçlularına yönelik bir mahremiyet sağlamaktadır²³.

Öğretide VUK m. 5 kapsamında vergi mahremiyetine tabi bir veri olabilmesi için şu şartların varlığı şart koşulmuştur²⁴:

- Gizli kalması gereken bir bilgi,
- Bilginin mükellefe veya mükellefle ilgili bir kişiye ait olması,
- Bilgi bu kişilerin şahıslarına, muamele ve hesap durumlarına, işlerine, işletmelerine, servetlerine veya mesleklerine ilişkin olması,
- Bilginin görev icabı öğrenilmiş olması.

²¹ VUK’a tabi olan vergiler VUK m.1’de belirlenmiştir:

“Bu kanun hükümleri ikinci maddede yazılı olanlar dışında (gümrük vergileri), genel bütçeye giren vergi, resim ve harçlar ile il özel idarelerine ve belediyelere ait vergi, resim ve harçlar hakkında uygulanır.

Yukarıda yazılı vergi, resim ve harçlara bağlı olan vergi, resim ve zamlar da bu kanuna tabidir.

Bu kanunun hükümleri kaldırılan vergi, resim ve harçlar hakkında da uygulanır”.

Gümrük vergileri için Gümrük Kanunu’nun 12. maddesinde bir düzenleme getirilmiştir;

Madde 12 – 1. *Gümrük idareleri ve diğer yetkili kurumlar gizli nitelikteki veya gizlilik esasına göre elde edilen bütün bilgileri saklamak zorundadır. Bu bilgileri veren kişinin veya makamın açık izni olmaksızın söz konusu bilgiler açıklanamaz. Şu kadar ki, gümrük idareleri ve diğer yetkili kurumlar verilerin korunmasına ilişkin yasal hükümler veya yargı kararlarının gereği olarak söz konusu bilgileri ilgili mercilere verirler.*

2. Gümrük işlemleri nedeniyle elde edilen gizli nitelikteki bilgilerin toplanması, kullanılması, saklanması, saklanma süresi ve üçüncü kişilere verilmesine ilişkin hükümler yönetmelikle belirlenir”.

²² **SONSUZOĞLU**, s. 120.

²³ AATUHK m.1 Kanun’un kapsamını belirtmiştir:

“Devlete, vilayet hususi idarelerine ve belediyelere ait vergi, resim, harç, ceza tahkik ve takiplerine ait muhakeme masrafı, vergi cezası, para cezası gibi asli, gecikme zammı, faiz gibi fer’i amme alacakları ve aynı idarelerin akitten, haksız fiil ve haksız iktisaptan doğanlar dışında kalan ve amme hizmetleri tatbikatından mütevellit olan diğer alacakları ile; bunların takip masrafları hakkında bu kanun hükümleri tatbik olunur.

Türk Ceza Kanununun para cezalarının tahsil şekli ve hapse tahvili hakkındaki hükümleri mahfuzdur”.

²⁴ **GÜLERCI**, s. 57.

Bir bilginin vergi mahremiyetine tabi olması için bu şartların hep beraber bulunması gerekecektir.

Maddelerde sırlardan ve gizli kalması lazım gelen diğer bilgilerden bahsedilmiştir. Burada çok geniş kapsamlı ifadeler kullanılmıştır. Bu sebeple vergi mahremiyetinin kapsamı da geniş olmalıdır²⁵. Ayrıca kimlerin vergi mahremiyeti hakkına sahip olacağı belirlenmesi de önem arz etmektedir. Mükellef ve mükellef ile ilgili kişilerin vergi mahremiyetine sahip olacağı belirtildiği için mükellefin akrabaları ve iş ilişkisi içerisinde bulunduğu kişiler kapsama dâhil edilmelidir²⁶. Somut olayda yorum yapılırken akrabalar ve iş ilişkisinde bulunduğu kişiler geniş yorumlanmalıdır. Mükellef sıfatıyla vergi mahremiyeti hakkına sahip olacak olan kişiler; gerçek kişiler, tüzel kişiler ve tüzel kişiliğe haiz olmayan kuruluşlar olarak karşımıza çıkmaktadır. VUK m. 8'deki "Bu kanunun müteakip maddelerinde geçen "mükellef" tabiri vergi sorumlularına da şamildir" hükmü gereği vergi sorumlularının vergi mahremiyeti hakkından faydalanamayacağı düşünülebilir. Zira hükümde "müteakip" kelimesi geçmekte ve vergi mahremiyeti hakkı sekizinci maddeden önce beşinci maddede düzenlendiği görülmektedir. Ancak burada lafzi değil gaî yorum yapılarak vergi sorumlularının da vergi mahremiyeti hakkını haiz olduğu sonucuna varılmalıdır²⁷.

Vergi idaresi birçok yöntemle mükelleflere ilişkin bilgilere erişmektedir. Mükelleflerin verdikleri beyannameler, tuttukları defterler, düzenli veya istendiği zaman verdikleri bilgiler²⁸ ve idarenin denetimleri esnasında elde ettiği bilgiler vergi idaresi tarafından mükellefe ilişkin bilgilerin elde edildiği temel yöntemlerdir²⁹. Bunun yanında VUK mükerrer 257. maddenin 4. fıkrasında da Maliye Bakanlığı'na bilgi verme ödevine ilişkin yükümlülükleri düzenleme yetkisi verilmiştir. Bu yetki kapsamında Ha-

²⁵ AKMAN, s. 11, 12.

²⁶ Bu kavramın belirsiz olduğu yönünde bkz: ÜNSAL, s. 39; TABANCA, s. 30; Mükellef kavramının içerisine tüzel kişilerinde girdiği dolayısıyla onların da vergi mahremiyeti hakkı olduğu yönünde bkz: AKTAŞ Deniz, *Bilişim Alanındaki Gelişmeler Karşısında Vergi Mahremiyeti*, Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, Eskişehir 2015, s. 9.

²⁷ ÜNSAL, s. 31; Bu hususla ilgili olarak; vergi sorumlusunun VUK m. 8'deki "müteakip" ifadesi gereği vergi mahremiyeti kapsamına giremeyeceği buna mukabil mükellefle ilgili kişi olması hasebiyle vergi mahremiyeti kapsamına gireceği yönünde bkz: KOCATEPE, s. 43.

²⁸ Zorunlu bilgi vermenin ve defterleri ibraz etmenin susma hakkına aykırı olduğu yönünde bkz: EROL, *Vergi Hukukunda Bilgi Verme Ödevinin Sınırı*, s. 33; Vergi idaresinin VUK m. 257 nci maddesine dayanarak tebliğler aracılığıyla bilgi verme ödevine ilişkin düzenleme yapması, hem kişisel verilerin korunmasına hem de kanunilik ilkesine aykırı olduğu gerekçesiyle eleştirilmiştir. Bkz: KARAÇOBAN GÜNEŞ Tuğçe, "Vergi Ödevlilerinin Kişisel Verilerinin Korunması ve Kişisel Verilerin Korunması Kanun Tasarısı", *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 15, S. 1-2, 2016, s. 813-816.

²⁹ AKMAN, s. 40.

zine ve Maliye Bakanlığı genel tebliğler aracılığıyla bu yetkisini kullanmaktadır. İdarenin bu yetkilerini kullanırken mükellefin haklarını ihlal etme potansiyeli yüksektir³⁰. Zira bu yetkiler vergi ile ilgili mükellefin “özel hayatına” idarenin müdahale yetkisini içermektedir ve kanunla yapılması gerekmektedir. Nitekim AYM Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumunun elektronik haberleşme sektörüyle ilgili kişisel verilerin işlenmesi ve gizliliğinin korunmasına yönelik usul ve esasları belirlemeye yetkili olduğu yönündeki 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu'nun 51. maddesi hükmünü Anayasaya aykırı bularak iptal etmiştir³¹. Bu karardan yola çıkarak Maliye Bakanlığı'na VUK m.257/4 ile verilen yetkinin de Anayasaya aykırı olduğu sonucuna ulaşılabilecektir.

Vergi idaresinin bilgi edinme yöntemlerinden olan yoklamada, idareye mükellef haklarını ihlal eden yetkiler verildiği görülmektedir. Buna göre VUK m. 127/c hükmüne göre “kanuni defter ve belgeler dışında kalan ve vergi kaybının bulunduğu emare teşkil eden defter, belge ve delillerin tespit edilmesi halinde bunları almak” yetkisi Anayasanın 20. maddesinde yer alan elkoyma tedbirine ilişkin sınırlamalara aykırıdır. Anayasanın 20. maddesine göre elkoyma tedbiri hâkim kararı ile alınır. Ancak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde kanunla yetkili kılınmış merci 24 saat içerisinde hâkim onayına sunmak üzere elkoyma tedbirini uygulayabilir. Hâkim kararını elkoymadan itibaren 48 saat içinde açıklar, aksi durumda elkoyma kararı hükümsüz kalır. VUK m. 127/c hükmünde ise yoklama memurlarına hâkim onayına sunmaksızın

³⁰ **AKMAN**, s. 43; Bu yetkilerin geniş yetkiler olduğu öğretilerde düşünülmeyle birlikte AYM aynı görüşte değildir: “Aykırılık gerekçesinde ileri sürülen, “Vergi Usul Kanunu'nda yer alan usul hükümlerinin kişinin temel hak ve ödevleriyle yakından ilgili bulunduğu ve onu sınırladığı” yolundaki sav her çeşit genel hukuksal düzenlemeler için de geçerlidir. Çünkü düzenleme, sınırlamadan daha geniş ve farklı bir kavramdır. Hakkı sınırlayıcı düzenlemeler olabileceği gibi hakkı güçlendiren onu daha etkili bir kullanıma kavuşturan, hattâ ona, önceden sahip olmadığı belli bir içerik, kazandıran düzenlemeler de söz konusu olabilmektedir. İtiraz konusu kuralla Maliye ve Gümrük Bakanlığı'na verilen yetki, vergi kayıp ve kaçacağını önlemek amacıyla tutulmakta olan defter ve belgelere ilaveten tutulması ve düzenlenmesi uygun görülen defter ve belgelerin mahiyet, biçim ve içeriğini belirlemeye ve bunlarda değişiklik yapmaya ilişkindir. Konunun kişinin temel haklarıyla doğrudan ilgisi yoktur. Dolayısıyla, Anayasa'nın 13. maddesi ile bağlantı kurulamamıştır”. **AYM**, 15.10.1991 tarih ve E. 1990/29, K. 1991/37, RG: 05.02.1992-21133. Mahkeme bu kararı doğrudan VUK m. mük. 257/4 hakkında vermemiş olsa da bu değerlendirme o fıkradaki yetkiyi de kapsamaktadır. Bu görüşe katılmak mümkün değildir. Zira vergi mahremiyeti kapsamında korunan bilgiler anayasal temel haklar olan özel hayatın gizliliği veya kişisel verilerin korunması kapsamına girmektedir. Anayasal bir temel hak ise ancak kanunla sınırlanabilir. Aynı yöndeki görüş için bkz: **KOCABIÇAK Merve**, *Vergi Mahremiyeti Hakkı*, Başkent Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2016, s. 29, 30; Bu maddeye dayanılarak çıkarılan 413 sayılı VUK Genel Tebliği'nde getirilen yükümlülükler ile ölçülülük ilkesinin ihlal edildiği yönünde bkz: **ÖZDİLER KÜÇÜK Eda**, “Vergi Hukukunda Kişisel Veriler Bakımından Ölçülülük İlkesinin Uygulanması”, içinde *Vergi Hukukuna Genç Yaklaşımlar (Ed. Billur YALTI)*, 2013, On iki Levha Yayınları: İstanbul, s. 159.

³¹ **AYM**, 09.04.2014 tarih ve E. 2013/122, K. 2014/74, RG: 26.7.2014-29072.

elkoyma tedbiri uygulama yetkisi verilmiştir. Bu sebeple bu hükmün Anayasaya aykırı olduğu belirtilmektedir³². Yine aynı maddenin e bendi hükmüne göre “*Taşıma irsaliyesi, sevk irsaliyesi ve faturanın taşıtta bulunmaması, halinde bu belgelerin ibrazına kadar nakil vasıtalarını trafikten alıkoymak, taşınan malın sahibi belli değilse tespitine kadar malı bekletmek ve muhafaza altına almak*” yetkisi de yoklama memurlarına verilmiştir. Bu yetki içinde aynı değerlendirmeleri yapmak mümkündür.

Yoklama ile ilgili Anayasaya aykırılığı ileri sürülen bir diğer düzenleme VUK m. 131’dir. Bu düzenlemeye göre;

“Yoklama neticeleri tutanak mahiyetinde olan “yoklama fişine” geçirilir.

Bu fişler yoklama yerinde iki nüsha tanzim olunarak tarihlenir, bulunursa nezdinde yoklama yapılan veya yetkili adamına imza ettirilir; bunlar bulunmaz veya imzadan çekinirlerse keyfiyet fişe yazılır ve yoklama fişi polis, jandarma, muhtar veya ihtiyar meclisi üyelerinden birine imzalatılır”.

Son cümlede belirtilen “*polis, jandarma, muhtar veya ihtiyar meclisi üyelerinden biri*” VUK m. 5’te sayılan görevlilerden olmadığı için bu kişilerin vergi mahremiyeti hususunda bir sorumluluğu bulunmamaktadır. Ancak bunlarda yoklama fişinde yazan ve vergi mahremiyeti kapsamında bulunan bilgileri öğrenecekleri için bu hüküm Anayasanın 20. Maddesindeki özel hayatın gizliliği hakkını ihlal etmektedir³³.

Vergi mahremiyetinin Anayasanın 20. maddesinde yer alan özel hayatın gizliliği hakkına dayandırılabilmesi belirtilmektedir³⁴. Özel hayatın kapsamının belirlenmesi için üç alan teorisinden yararlanıldığı görülmektedir³⁵. Gerçekten kavramsal olarak vergi mahremiyeti özel hayatın gizliliğine dâhil olmakla beraber, özel hayatın gizliliği hakkı Anayasa maddesinin gerekçesine ve sınırlama sebeplerine bakıldığında daha çok ceza yargılamasında uygulanacak koruma tedbirlerine yönelik bir hak gibi düzenlendiği görülmektedir. Bu sebeple uygulamada vergi mahremiyeti ilkesi Anayasaya dayandırılmaktan çok mükellef ile vergi idaresi arasındaki güven ilişkisine dayandırılmaktadır. Söz konusu maddeye 2010 Anayasa değişikliği ile eklenen “*kişisel verilerin korunması*” hükmünün vergi mahremiyeti ile daha çok ilgili olduğu söylenebilir. Duruma vergi mahremiyetini korumakla mükellef kişiler açısından bakıldığında ise karşımıza Anayasanın 26. maddesi çıkmaktadır. Bu maddeye göre herkes düşüncesini açıklama ve yayma hürriyetine sahip olmakla beraber meslek sırlarının korunması ama-

³² GÜLERCİ, s. 79, 80; AKMAN, s. 37, 38; KOCABIÇAK, s. 29.

³³ GÜLERCİ, s. 83.

³⁴ AKMAN, s. 18.

³⁵ Bu teoriye göre kişinin yaşam alanı; kamuya açık, özel ve giz alan olarak üçe ayrılmaktadır. Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz: GÜLERCİ, s. 38, 39; KOCABIÇAK, s. 5-8.

cıyla bu hak sınırlanabilecektir. Buradaki meslek sırlarının içerisinde vergi ile ilgili bilgiler de girmektedir. Netice itibariyle vergi idaresi mükelleflerin verilerin işlemekte, bu sebeple özel hayatın gizliliğine riayet etme konusunda vergi mahremiyeti ilkesi karşımıza çıkmaktadır. Mükellefler hem kişisel veri olduğu için kişisel verilerin korunması kapsamında hem de vergi ile ilgili bilgileri özel hayatlarına ilişkin olduğu oranda özel hayatın gizliliği açısından anayasal korumaya sahiptir³⁶.

Hem VUK m. 5'teki düzenlemelere uymayanlar VUK m. 362 gereği hem de AATUHK m. 107 gereği vergi mahremiyetine riayet etmeyenler TCK m. 239'a göre tecziye edileceklerdir.

B. Vergi Mahremiyetinin İstisnaları

Vergi mahremiyeti, mükelleflerin temel kişisel haklarından özel hayatın gizliliği ve kişisel verilerin korunması ile ilişkilendirilmektedir. Buna mukabil bu veriler kamu yararı amacıyla açıklanabilmektedir³⁷. Ancak burada bu iki hukuki yarar arasında hassas bir denge bulunmaktadır ve bu denge Anayasadaki ölçülülük ilkesine müracaat edilerek kurulmalıdır³⁸. Vergi mahremiyetinin istisnaları hem VUK m. 5 ile AATUHK m. 107'de hem de diğer mevzuatta düzenlenmiştir. Bu bölümde evvela vergi mahremiyetinin temel düzenlemesi olan VUK m. 5'teki ve AATUHK m. 107'deki istisnalar incelenecek daha sonra diğer kanunlar ile vergi mahremiyetine getirilen istisnalar açıklanmaya çalışılacaktır. Kişisel Verilerin Korunması Kanunu ikinci bölümün konusu olduğu için burada değinilmeyecektir.

1. VUK m.5'ten ve AATUHK m. 107'den Kaynaklanan İstisnalar

a. Maliye Bakanlığı'nca Yapılacak İlanlar

VUK m. 5/3'e göre; *"Ancak, vergi güvenliğini sağlamak amacıyla Gelir Vergisi mükelleflerinin yıllık Gelir Vergisi, sermaye şirketlerinin Kurumlar Vergisi beyannamelerinde gösterdikleri matrahları (zarar dahil) ve beyanları üzerinden tarh olunan Gelir ve Kurumlar Vergileri ile mükelleflerin ad ve unvanları, bağlı oldukları vergi dairelerince beyannamelerin verildiği yıl içinde dairenin münasip yerlerine asılacak cetvellerle ilan olunur. Mükellefin bağlı bulunduğu teşekkül varsa, bu ilan orada da yapılır"*. Aynı maddenin dördüncü fıkrasında ise; *"Mükelleflerin vergi tarhına esas olan beyanları, kesinleşen vergi ve cezaları ile vadesi geçtiği halde ödenmemiş bulunan vergi ve ceza*

³⁶ Bu konuda vergi mahremiyeti ile özel hayatın gizliliğini daha çok bağdaştıran görüş için bkz: **KO-CABIÇAK**, s. 15, 16.

³⁷ Vergi mahremiyeti ile mükellefe güvence sağlanırken getirilen istisnalar ile devlerin menfaatleri korunmuştur. Bkz: **SONSUZOĞLU**, s. 117.

³⁸ **GÜLERCI**, s. 68.

miktarları Maliye Bakanlığınca açıklanabilir. Maliye Bakanlığı bu yetkisini mahalline devredebilir”.

Bu düzenlemelerdeki amaç mükellefleri psikolojik baskı altında bırakıp sosyal baskı unsurunu kullanarak vergiye gönüllü uyumun sağlanmasıdır³⁹. İlk düzenleme 1964 yılında eklenip 1980 yılında değiştirilmiş, ikinci düzenleme ise 1998 yılında düzenlenmiştir. Bu düzenlemelere bakıldığı zaman ikinci düzenlemenin yapılmasıyla ilk düzenlemenin anlamsız kaldığı görülmektedir. Zira ikinci düzenleme ilk düzenlemeye daha geniş yetkileri yürütme organına vermektedir. Nitekim ilk düzenlemede sadece gelir ve kurumlar vergisi kapsama alınmışken ikinci düzenlemede beyana dayanan tüm vergiler kapsama alınmıştır. İlk düzenlemede cezalardan ödenmemiş vergilerden bahsedilmezken ikinci düzenlemede bunların da açıklanabileceği düzenlenmiştir. Buna mukabil ilk düzenleme idareye takdir hakkı vermezken ikinci düzenleme takdir yetkisi vermiştir.

VUK m. 5 f. 3’deki düzenlemenin adil bir düzenleme olmadığı da belirtilmektedir. Zira sadece gelir ve kurumlar vergisi ile sınırlı tutulmuş, hiç beyanname veremeyenler ilan edilmezken beyanname verenlerin ilan edileceği düzenlenmiştir. Hâlbuki vergide ilan yoluyla aleniyetin sağlanmasındaki amaç gerçek gelir üzerinden vergilendirmeyi sağlamaktır. Bu düzenlemede ise gerçek gelirlerini beyan etmeyerek re’sen veya ikmalen vergi tarhına muhatap olan mükellefler ilan edilmemekte, beyanname-sini zamanında verenler ilan edilmektedirler⁴⁰.

Hazine ve Maliye Bakanlığı’na geniş yetkiler veren ikinci düzenlemeye istinaden çıkarılan 293 sayılı VUK Genel Tebliği’ne göre ikmalen, re’sen veya idarece tarh edilen vergiler ile bu tarhiyatlara ilişkin olarak kesilen cezalar, kesinleşmeleri halinde açıklanacaktır. Ödenmeyen kamu alacaklarından ise VUK hükümlerine tabi olup, sadece Bakanlık vergi dairelerince takip ve tahsil edilen vergi, resim, harç, fon payı, vergi cezaları, gecikme faizi ve gecikme zamları açıklamaya konu olacaktır. Yapılacak ilanların diğer hususlarına ilişkin olarak 293 sayılı VUK Genel Tebliği’nde ayrıntılı düzenlemeler yapılmıştır.

Uygulamada Gelir İdaresi Başkanlığı tarafından en çok borcu olan ve en çok vergi ödeyen şekilde açıklamalar yapıldığı görülmektedir. Kamuoyunda en çok vergi ödeyenlerin “vergi rekortmeni” en çok borcu olanların ise “vergi yüzüzü” olarak isimlendirildiği görülmektedir. Özellikle en çok vergi borcu olan mükelleflerin “vergi yüzüzü” olarak isimlendirilmesi kişilik haklarını zedeleyici niteliktedir. Sonuçta bu mükellefler kazançlarını beyan etmiş ve kendilerine vergi tarh edilmiştir. Kayıtdışılığın

³⁹ TABANCA, s. 61.

⁴⁰ AKMAN, s. 64.

yüksek olduğu Türkiye’de beyanda bulunan ve bir şekilde borcunu ödeyemeyen mükelleflerin “vergi yüzsüzü” ilan edilmesi hem adil değil hem de hakaret niteliği taşımaktadır. Bu ilanların vergi işlemlerinde toplumsal kontrolü sağlayarak vergiye uyumun artırılması amaçlandığı açık olmakla birlikte amaca ne kadar hizmet ettiği sorgulanmalıdır. Özellikle en çok borcu olanlar listesine dönük yapılan haberlerle ilgili gerekli hukuki tedbirlere başvurulması elzemdir. Zira VUK m. 5’e göre *açıklanan bu bilgiler ele alınarak mükelleflerin haysiyet, şeref ve haklarına tecavüz edilemez*. Bunun yanında bu listelerin kanuni bir düzenlemeye dayandırılmasının da zor olduğu belirtilmektedir. Zira VUK m. 5 f. 3 böyle bir sıralama yapılmaksızın tüm mükelleflerin beyanlarının açıklanması yetkisini vermektedir. Böyle bir sınırlama ayrı bir yetkiye dayanarak yapılabilir. Böyle bir yetki ise bulunmamaktadır⁴¹. Bu sebeple uygulamada rızası olmayan mükelleflerin bilgileri açıklanmamaktadır. Hukuka uygunluk alınan rızalar ile sağlanmaya çalışılmaktadır⁴².

b. Adli ve İdari Soruşturmalar Sebebiyle İstenen Bilgiler

VUK’un beşinci maddesini dördüncü fıkrasına göre; *“Ayrıca, kamu görevlilerince yapılan adlî ve idarî soruşturmalar ile ilgili olarak talep edilen bilgi ve belgeler ... verilebilir. Bu bilgilerin verilmesine ilişkin usul ve esaslar Maliye Bakanlığınca belirlenir”*. Bu istisna yerinde bir istisnadır. Mükelleflerin vergi mahremiyetinin korunması önemli bir şahsi hukukî yarar olmakla beraber suç veya disiplin soruşturmaları yoluyla kamu düzeninin korunması da önemli bir içtimaî hukukî yarardır.

c. Bankalara Tahsilat Amacıyla Verilen Bilgiler

VUK’un beşinci maddesinin dördüncü fıkrasına göre; *“... bankalara, yapacakları vergi tahsilatı yönelik bilgiler verilebilir. Bu bilgilerin verilmesine ilişkin usul ve esaslar Maliye Bakanlığınca belirlenir”*. AATUHK’un 107. Maddesinde bu yönde bir düzenleme varken VUK’ta da bankalara tahsilat için verilen bilgilerle ilgili düzenleme getirilmesi vergi sistematigi açısından yerinde olmamıştır. Nitekim VUK m. 107’ye göre;

“Bu Kanunun 41 inci maddesine göre amme alacağını tahsil yetkisi verilen kuruluşlara, yapacakları tahsile yönelik bilgilerin ve 22/A maddesine göre borcun olmadığına dair belgeyi arama zorunluluğu getirilen kurum ve kuruluşlara, ödeme ve işleme taraf olanlara ilişkin borç bilgilerinin verilmesi sırrın ifşası sayılmaz; bu kurum ve kuruluşlarda vazifeli bulunan kişiler edindikleri bilgileri ifşa ettikleri takdirde birinci

⁴¹ AĞAR, s. 372, 374; Bununla beraber VUK’un beşinci maddesinin dördüncü fıkrasında bu yetkinin var olduğu kabul edilebilir. Zira mezkûr hükümde idareye takdir yetkisi verilmektedir.

⁴² AKMAN, s. 67.

fıkra hükmüne göre cezalandırılırlar. Bu bilgilerin verilmesine ilişkin usul ve esaslar Maliye Bakanlığınca belirlenir”.

d. Sahte veya Muhteviyatı İtibariyle Yanıltıcı Belge Düzenledikleri veya Kullandıkları Şüphesi Olanlarla İlgili İstisna

VUK m.5 f. 4 gereğince; *“Sahte veya muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge düzenledikleri veya kullandıkları vergi inceleme raporuyla tespit olunanların, kanunla kurulmuş mesleki kuruluşlarına ve 3568 sayılı Kanunla kurulan birlik ve meslek odalarına bildirilmesi vergi mahremiyetini ihlal sayılmaz. Bu takdirde kendilerine bilgi verilen kişi ve kurumlar da bu maddede yazılı yasalara uymak zorundadırlar. Maliye Bakanlığının bilgilerin açıklanmasıyla ilgili usulleri belirlemeye yetkilidir”.*

Bu düzenleme öğretide eleştirilmiştir⁴³. Zira vergi kaçakçılığı suçunu işledikleri henüz mahkeme kararıyla kesinleşmemiş olan kişilerle ilgili meslek odalarına bildirim yapılması lekelenmeme hakkını ve Anayasanın 38. maddesindeki masumiyet karinesini ihlal etmektedir. Gerçekten ceza yargılamasında soruşturma aşaması gizli işlemede, kovuşturma aşaması aleni işlemedir. Kovuşturma aşamasındaki aleniliğin sebebi mahkeme tarafından yapılan yargılamanın herkes önünde yapılarak adaletin sağlandığı hususunda vicdanları tatmin etmektedir. Soruşturma aşamasındaki gizliliğin sebebi ise şüphelinin adının henüz şüphe aşamasındaki bir suçla lekelenmemesini sağlamaktır. Ne var ki bu düzenleme ile belki daha soruşturma aşamasında bile olmayan bir suç iddiası ile ilgili bir açığa çıkarma yapılmaktadır. Bu ise bu kişilerin haksız yere hem iş hayatlarında hem sosyal hayatlarında lekelenmelerine sebep olabilecektir.

e. Vergi Levhasına İlişkin İstisna

VUK'un beşinci maddesinin beşinci fıkrasına göre; *“Gelir Vergisi mükellefleri (Kazancı basit usulde tespit edilenler dahil) ile sermaye şirketleri her yıl Mayıs ayının son gününe kadar vergi tarihine esas olan kazanç tutarları ile bunlara isabet eden vergi miktarlarını gösteren levhayı almak zorundadırlar. İlan ve levhalara ilişkin diğer hususlar Maliye Bakanlığınca belli edilir”.*

2011 yılına kadar vergi levhasına işyerine asmak zorunlu iken 2011 yılında 6111 sayılı Kanunla yapılan değişiklik neticesinde vergi levhasına almak zorunluluk olmuş, işyerine asmak zorunluluk olmaktan çıkarılmıştır. Bu sayede vergi levhasında yer alan bilgilerin ilgisiz üçüncü kişiler tarafından öğrenilmesi engellenmiştir. Bu açıdan bu

⁴³ GÜLERCI, s. 74, 75; ÜNSAL, s. 35; AĞAR, s. 375; Bu düzenlemenin hukuk devleti ilkesine aykırı olduğu yönünde bkz: TABANCA, s. 67; KOCATEPE, s. 74; SONSUZOĞLU, s. 129.

hükümün vergi mahremiyetine bir istisna olma durumunun büyük ölçüde ortadan kalktığı belirtilmektedir⁴⁴. Bunun yerine teknolojinin getirdiği kolaylıklardan faydalanılarak vergi levhası sorgulama sistemi getirilmiştir. E-vergi levhası sorgulama vergi mahremiyetine bir istisna teşkil etmektedir. Ancak VUK'ta hüküm bulunmadan 408 no'lu VUK Genel Tebliği ile getirilmesi anayasal korumaya sahip vergi mahremiyeti ilkesinin idari işlemle sınırlanması anlamına gelmekte olup anayasaya aykırılık oluşturmaktadır⁴⁵.

f. Kamu Kurum ve Kuruluşlarının Görevleri ile İlgili Zorunlu Olarak İstedikleri Bilgiler

VUK'un beşinci maddesinin altıncı fıkrasına göre; *“Kamu kurum ve kuruluşları tarafından ilgili kanunları uyarınca mükelleflerden talep edilebilen, kurum ve kuruluşların görevleriyle doğrudan ilgili ve görevlerinin ifası için zorunluluk ve süreklilik arz eden bilgilerin, bu kurum ve kuruluşlara verilmesi vergi mahremiyetinin ihlali sayılmaz. Bu durumda, kendilerine bilgi verilenler, bu maddede yazılı yasaklara uymak zorunda olup, bu bilgilerin muhafazasını sağlamaya yönelik tedbirleri almakla yükümlüdürler. Maliye Bakanlığı, bu fıkra uyarınca verilecek bilgilerin kapsamı ile bilgi paylaşımına ilişkin usul ve esasları belirlemeye yetkilidir”*.

Bu düzenleme vergi idaresi karşısında zaten zayıf olan mükellefi daha da zayıflaştırdığı gerekçesiyle eleştirilmiştir. Bu düşünceye göre vergi idaresine karşı şeffaf bir yapı arz eden mükellef artık tüm idareye karşı şeffaf bir görüntü verecektir. Mükellefin verdiği bilgilerin vergilendirme amacı dışında kullanılmayacağına dönük güveni zedelenecektir. Ayrıca diğer kamu kurum ve kuruluşlarıyla paylaşılan bilgilerin takip edilmesi de imkânsız hale gelecektir⁴⁶.

Doktrinde TÜİK, MASAK gibi kurumlarında kanuni yetkilerine binaen bilgi isteyebilmelerine vergi mahremiyetinin istisnalarından sayıldığı görülmektedir⁴⁷. Ancak bu tür yetkilerin bu başlık altındaki yetkiyle uyumlu olduğu düşünüldüğünden ayrı bir başlık altında incelenmeyeceklerdir.

Bu düzenlemeden evvel 16.06.2004 tarihli 2004/1 sayılı Maliye Bakanlığı iç genelgesinde diğer kamu kurum ve kuruluşlarına vergi mahremiyeti gerekçesiyle sınırlı bilgi verilebileceği belirtilmiştir:

“Konuyla ilgili olarak Adalet Bakanlığı ile yapılan yazışmalar sonucunda alınan 23.02.2004 tarihli ve 04539 sayılı yazıda; icra müdürlüklerinin kamu hizmeti yaptıkları

⁴⁴ AKMAN, s. 78.

⁴⁵ KOCATEPE, s. 81; AKMAN, s. 78, 79.

⁴⁶ KOCATEPE, s. 81-84; Aksi yöndeki görüş için bkz: AĞAR, s. 375.

⁴⁷ KOCATEPE, s. 92, 94, 95.

belirtildiğinden, kamu hizmeti gören bu tür gerçek ve tüzel kişilerin istedikleri bilgilerin aşağıdaki çerçevede verilmesi mümkün bulunmaktadır.

Bu tür gerçek veya tüzel kişilere verilecek bilgiler; ayrı veya özel bir çalışma, araştırma, inceleme ya da analiz gerektirmeden mükellefin tarh dosyasından temin edilebilmeli ve Vergi Usul Kanununun mahremiyet hükümlerini ihlal edecek nitelikte olmamalıdır. Buna göre hakkında bilgi istenen mükellefin vergi levhasında bulunan bilgilerle ikametgah adresi ve halen mükellef olup olmadığı gibi hususların bildirilmesi mahremiyetin ihlali anlamına gelmeyeceğinden, bu bilgilerin icra müdürlüklerine verilmesinde bir sakınca bulunmamaktadır.

Öte yandan mahremiyet kapsamına giren bilgilerin verilmeyeceği de tabiidir”.

2. Diğer Kanuni Düzenlemelerden Kaynaklanan İstisnalar

Vergi mahremiyetinin istisnaları temel olarak VUK m. 5 ve AATUHK m. 107’de düzenlenmiştir. Bununla beraber bu kanunlarda veya başka kanunlarda vergi mahremiyetine ilişkin başka düzenlemelerde bulunmaktadır.

a. Elektronik Defter, Belge ve Kayıtlarla İlgili Özel Hukuk Kişilerine Verilen Yetki

VUK mük. m. 242’nin son fıkrasına göre; *“Maliye Bakanlığı; elektronik defter, belge ve kayıtların oluşturulması, kaydedilmesi, iletilmesi, muhafaza ve ibrazı ile defter ve belgelerin elektronik ortamda tutulması ve düzenlenmesi uygulamasına ilişkin usul ve esasları belirlemeye, elektronik ortamda tutulmasına ve düzenlenmesine izin verilen defter ve belgelerde yer alması gereken bilgileri internet de dahil olmak üzere her türlü elektronik bilgi iletişim araç ve ortamında Maliye Bakanlığına veya Maliye Bakanlığının gözetim ve denetimine tabi olup, kuruluşu, faaliyetleri, çalışma ve denetim esasları Cumhurbaşkanınca çıkarılacak bir yönetmelikle belirlenecek olan özel hukuk tüzel kişiliğini haiz bir şirkete aktarma zorunluluğu getirmeye, bilgi aktarımında uyulacak format ve standartlar ile uygulamaya ilişkin usul ve esasları tespit etmeye, bu Kanun kapsamına giren işlemlerde elektronik imza kullanım usul ve esaslarını düzenlemeye ve denetlemeye yetkilidir. Bu Kanunun vergi mahremiyetine ilişkin hükümleri, bu kapsamda kurulan şirketin ortak, yönetici ve çalışanları hakkında da uygulanır”.*

Bu düzenlemenin mükelleflerin kişisel verilerinin özel hukuk tüzel kişilerine aktarılması niteliği taşıdığı için anayasal korumaya sahip olan kişisel verilerin korunması hakkına aykırı olduğu belirtilmiştir. Zira tüm temel hak ve hürriyetlerde olduğu gibi kişisel verilerin korunması hakkının da Anayasanın 13. Maddesindeki ilkelere uygun

olarak sınırlanması gerekir. Burada ise vergiye ilişkin kişisel verilere ölçülü bir müdahalenin varlığından söz edilemez⁴⁸.

b. Naylon Fatura Düzenleyenler ile Vergi Kaçakçılığı Yapanların Duyurulması

VUK m. 153/A hükmüne göre; *“Birinci fıkrada sayılanlar ile sahte veya muhteviyatı itibarıyla yanıltıcı belge kullanılması hariç 359 uncu maddede sayılan fiilleri işleyenler Maliye Bakanlığınca belirlenen usul ve esaslara göre duyurulur. Bu kapsamda yapılan duyurular vergi mahremiyetinin ihlali sayılmaz. Fiil tüzel kişilik veya tüzel kişiliği olmayan teşekkül bünyesinde işlenmişse, bunlar da duyurulur”*.

Düzenlemeye göre sahte veya muhteviyatı itibarıyla yanıltıcı belge kullanılması hariç kaçakçılık suçunu işleyenler ile başkaca bir ticari, zirai ve mesleki faaliyeti olmadığı halde münhasıran sahte belge düzenlemek amacıyla mükellefiyet tesis ettirenlerin duyurulacağı belirtilmiştir. Konu ile ilgili çıkarılan 478 No’lu VUK Genel Tebliğine göre bu duyuruların yapılması için bu fillerin işlendiğinin hukuken sabit olması gerekmektedir. İlan Gelir İdaresi Başkanlığı internet sitesinden yapılacaktır. Yapılan bu düzenlemenin zaten cezalandırılan mükellefleri ikinci kez cezalandıracağı ve kişilik haklarına aykırı olduğu belirtilmektedir⁴⁹. Ancak diğer taraftan münhasıran sahte belge düzenlemek amacıyla mükellefiyet tesis ettirenlerin diğer mükelleflerce bilinmesi de suç işlemekten kaçınmalarının engellenmesi için elzemdir. Bu sebeple bu istisnanın yerinde bir istisna olduğu kanaatindeyiz.

c. Yargılamanın Aleniyeti Gereği Vergi Mahremiyetinin İhlal Edilmesi

Yargılamanın aleniyeti evrensel hukuk kurallarından birisidir. Bu ilke gereği yapılacak yargılamalarda şeffaflık sağlanarak hem toplum vicdanına adil bir yargılama yapıldığının gösterilmesi hem de toplum tarafından yargılamaların denetlenmesi sağlanabilmektedir. Ancak bazı durumlarda yargılamanın aleniliği ilkesi uygulanmayabilir. Mesela çocukların yargılanması esnasında çocuğun psikolojisi gerektiriyorsa gizli yargılama yapılabilecektir. Bu ilke önemine binaen Anayasanın 141. maddesinde de yerini almıştır.

Vergi hukukunda da vergi mahremiyetine ilişkin bilgilerin duruşma esnasında veya kararın ilanı ile üçüncü kişiler tarafından öğrenilmesi mümkündür. Bu sebeple yargı kararları açıklanırken isimlerin üzeri kapatılarak açıklanmalıdır. Ayrıca duruşma esnasında da vergi mahremiyeti ile duruşmanın aleniliği ilkesi arasında ölçülülük ilkesine göre denge sağlanmalıdır. Ancak Anayasanın 141. maddesine göre duruşmanın

⁴⁸ Bu görüşe göre özel şirket elemanları hakkında da vergi mahremiyeti yükümlülüğünün olması, kâr amacının güdüldüğü bir ortamda herhangi bir anlam ifade etmemektedir. Bkz: **ÖZDİLER KÜÇÜK**, s. 158, 159.

⁴⁹ **KOCATEPE**, s. 86.

aleniliği ilkesi ancak kamu güvenliği veya genel ahlakın korunması amacıyla kaldırılabilir. Bu anayasal düzenleme karşısında hâkimin vergi mahremiyetini gerekçe göstererek duruşmaları gizli yapması Anayasaya aykırı olacaktır⁵⁰.

d. Bilgi Edinme Hakkı Kapsamında İstenen Bilgiler

Türkiye’de *demokratik ve şeffaf yönetimin gereği olan eşitlik, tarafsızlık ve açıklık ilkelerine uygun olarak kişilerin bilgi edinme hakkını* düzenlemek için 2003 senesinde 4982 sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanunu çıkarılmıştır. Kanun’a göre herkes bilgi edinme hakkına sahiptir. Kamu kurum ve kuruluşları ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, Kanun’da sayılan istisnalar dışındaki *her türlü bilgi veya belgeyi başvuranların yararlanmasına sunmak ve bilgi edinme başvurularını etkin, süratli ve doğru sonuçlandırmak üzere, gerekli idarî ve teknik tedbirleri almakla yükümlüdürler*. Ayrıca Kanun’un beşinci maddesinin ikinci fıkrasına göre bu Kanun’a aykırı olan sınırlamalar yürürlükten kaldırılmıştır.

Vergi idaresi de kamu kurum ve kuruluşlarına dâhil olduğu için vergi mahremiyetine dâhil olan bilgiler istendiği zaman vermek zorunda kalacak mıdır? Kanun’un 23. maddesine göre; *“Kanunlarda ticarî sır olarak nitelenen bilgi veya belgeler ile, kurum ve kuruluşlar tarafından gerçek veya tüzel kişilerden gizli kalması kaydıyla sağlanan ticarî ve malî bilgiler, bu Kanun kapsamı dışındadır”*. Bu hükme göre vergi mahremiyetine ilişkin hükümler “mali bilgiler” içerisine gireceği için kapsam dışındadır⁵¹.

Vergi mahremiyetinin bilgi edinme hakkı ile çatışması öğretide eleştirilmiştir. Ağar’a göre; *“Türk vergi idaresinde vergi mahremiyeti, vergiyle ilgili bilgi ve belge talebinin, sanki Coca Cola’nın formülü istenmiş gibi, reddedilmesinin yasal gereğesidir. Bu hüküm, vergiyle ilgili her türlü bilgi ve belgeyi kapsayan “torba” bir düzenleme haline gelmiştir. Kavramdaki “mahremiyet” sözcüğü maalesef tam tersi bir uygulamaya imkân sağlamıştır. Dikkati çeken husus, bilgi edinme taleplerini reddederken vergi dairelerinin, 4982 sayılı Kanunu telaffuz etmeyip, doğrudan 213 sayılı VUK’nun 5. maddesine dayanmalarıdır. 4982 sayılı Kanunun vergi daireleri tarafından “fiilen” uygulanmadığı açıktır. Daha doğrusu; vergi daireleri için 4981 sayılı Kanun vardır, 4983 sayılı Kanun vardır, ancak bu ikisi arasındaki 4982 sayılı Kanun “yok”tur. 4982 sayılı Kanun, vergi dairelerinin kapısından giremeyen ender kanunlardan biri olarak mevzuattaki yerini halen korur”⁵²*. Her ne kadar uygulamadaki katı uygulama eleştirilebilse de 4982 sayılı Kanun’un 23. maddesine göre vergi idaresinin vergi mahremiyeti kapsamına giren bilgileri vermeyi reddetmesi hukuka uygundur.

⁵⁰ AKMAN, s. 272, 275.

⁵¹ Çalışmanın kapsamı icabı bilgi edinme hakkına ilişkin bu kadar açıklamayla yetinilecektir. Konuya ilişkin ayrıntılar için bkz: KOCABIÇAK, s. 80-90; TAŞ, s. 47-63; KOCATEPE, s. 97-101.

⁵² AĞAR, s. 369.

2007 yılında, Bergama'nın Ovacık köyünde altın aramaları sırasında siyanürle çalışmalar yapılması çevre halkının tepkisini çekmiş ve bu çalışmalar neticesinde devletin ne kadar vergi geliri elde ettiğinin Maliye Bakanlığı'na sorulması sonucu Bakanlık vergi mahremiyetini gerekçe göstererek bu talebi reddetmiştir. Red kararı üzerine Ankara İdare Mahkemesi'nde açılan dava sonucu Mahkeme; *"Kanunun kamu kurumlarına yüklediği yükümlülük göz ardı edilerek ve Vergi Usul Kanunu'nun 5. maddesindeki vergi mahremiyeti ilkesi gerekçe gösterilerek reddedilmesine yönelik davalı idare işleminde hukuka uyarlılık görülmemiştir"*⁵³. Mahkeme, Bakanlığın bu konuda vergi mahremiyetine sığınmasını hukuka aykırı bulmuştur.

e. TBMM Çalışmaları Esnasında İstenen Bilgiler

Anayasanın 98. Maddesine göre TBMM; Meclis araştırması, genel görüşme, Meclis soruşturması ve yazılı soru yollarıyla bilgi edinme ve denetleme yetkisini kullanır. Bu yetkilerini kullanırken vergi mahremiyetine ilişkin bilgileri isterse ne olacaktır? Öğretide bu durumlarda vergi mahremiyetinin uygulanmaması gerektiği vurgulanmaktadır⁵⁴. 2014 yılında bu tür bir olayda TBMM'de muhalefet partisine mensup bir milletvekili tarafından belli bir şahsın Türkiye'de kayıtlı bulunan şirketlerini, kurumlar vergisi tutarını, mal varlığını, ödediği kurumlar vergisi tutarını sorması üzerine dönemin Maliye Bakanı vergi mahremiyetini gerekçe göstererek cevap vermemiştir.

Günümüzde bu konuda 2018 yılında 7103 sayılı Kanun'la VUK'un beşinci maddesine eklenen fıkra göz önünde bulundurularak karar verilmelidir. Söz konusu hükme göre;

"Kamu kurum ve kuruluşları tarafından ilgili kanunları uyarınca mükelleflerden talep edilebilen, kurum ve kuruluşların görevleriyle doğrudan ilgili ve görevlerinin ifası için zorunluluk ve süreklilik arz eden bilgilerin, bu kurum ve kuruluşlara verilmesi vergi mahremiyetinin ihlali sayılmaz. Bu durumda, kendilerine bilgi verilenler, bu maddede yazılı yasaklara uymak zorunda olup, bu bilgilerin muhafazasını sağlamaya yönelik tedbirleri almakla yükümlüdürler. Maliye Bakanlığı, bu fıkra uyarınca verilecek bilgilerin kapsamı ile bilgi paylaşımına ilişkin usul ve esasları belirlemeye yetkilidir".

Bu hüküm gereği TBMM çalışmaları kapsamında istenen bilgilerin vergi mahremiyeti kapsamında olduğu söylenerek açıklanmasından sarfınazar edilememesi gerekir.

⁵³ <http://www.memurlar.net/haber/74506>; Geçmiş dönemde vergi idaresi ile SGK arasında vergi mahremiyeti hususunda çıkan uyumsuzluklar ve bu hususta İdare Mahkemelerinin verdiği çelişik kararlar için bkz: AĞAR, s. 388, 389.

⁵⁴ KOCABIÇAK, s. 95.

f. Kanunlarla Yasak Edilmesine Rağmen Vergiye Tabi İşlemlerin Durumu

VUK'un 9. maddesine göre vergiyi doğuran olayın kanunlarla yasak edilmiş olması mükellefiyeti ve vergi sorumluluğunu kaldırmayacaktır. Bu hükmün uygulama alanı bulunduğu durumlarda aynı anda vergi mahremiyeti hükümleri de uygulama alanı bulacak mıdır? Mesela gümrükten kaçak getirilmiş ürünlerin ticareti neticesinde elde edilen kazancın beyan edilmesi ve vergisinin ödenmesi neticesinde bu ürünlerin kaçakçılık suçunu oluşturduğunu öğrenen vergi idaresi vergi mahremiyeti kapsamında savcılığa suç duyurusunda bulunmaktan imtina edebilecek midir? VUK m. 5'teki istisnalardan olan adli ve idari soruşturmalarda bilgi verilmesi ve kamu kurum ve kuruluşlarına bilgi verilmesi, talep üzerine verilen bilgilerdir. Başka bir anlatımla adli veya idari soruşturma yapan mercilerin talep etmesi gerekir ki vergi idaresi bu bilgileri versin. Örneğimizde ise vergi idaresi bildirmedikten sonra adli veya idari soruşturma makamlarının vergi idaresi bildirmeden bu olayı öğrenmesi söz konusu değildir.

Hukuk kurallarını tek tek değil sistematik yorum gereği bir bütün olarak yorumlamak gerektiğinden vergi idaresinde görevli olanların böyle bir durumda suç duyurusunda bulunması gerekir⁵⁵. Zira TCK m. 279'a göre kamu görevlisinin suçu bildirmemesi de suçtur. Bu sebeple vergi idaresindeki amirleri durumu adli veya idari soruşturma makamlarına bildirmemesini emretse bile Anayasanın 137. maddesine göre konusu suç teşkil eden emir yerine getirilemeyeceği için görevli memurun durumu soruşturma makamlarına bildirmesi gerekir.

II. KİŞİSEL VERİLERİN KORUNMASI

Kişisel veriler son bir asırdır Dünya'da giderek yükselen bir ivmeyle dikkat çeken bir konu başlığıdır. Mesela Avrupa'da dünya savaşları öncesinde ve sonrasındaki süreçlerde siyasi olaylar sebebiyle kişilerin fişlenerek temel haklarının ihlal edilmesi neticesinde kişisel verilerin korunmasının önemi ortaya çıkmıştır⁵⁶. Bunun neticesinde AB, OECD⁵⁷ ve BM⁵⁸ yirminci yüzyılın ikinci yarısından itibaren kişisel verilerin korunmasına yönelik beyannameler yayınlamaya başlamıştır. Özellikle Avrupa Komisyonu'nun çıkardığı 1981 tarihli 108 No'lu Sözleşme ve AB'nin çıkardığı 1995/46 sayılı Direktif kişisel veriler için önem taşıyan metinlerdir. Zira bu metinler taraf devletler

⁵⁵ **ERGÜNEY** Halit Kaan, *Türk Vergi Hukukunda Vergi Mahremiyeti ve Banka Sırrı ile Karşılaştırılması*, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Mali Hukuk Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2014, s. 68, 69.

⁵⁶ **TEKİN** Nurullah, "Kişisel Verilerin Korunması İle İlgili Türkiye'deki Kanun Tasarısının Avrupa Birliği Veri Koruma Direktifi Işığında Değerlendirilmesi", *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, S. 4, 2014, s. 224; **KİLİNÇ** Doğan, "Anayasal Bir Hak Olarak Kişisel Verilerin Korunması", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 61, S. 3, 2012, s. 1117.

⁵⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz: **KİLİNÇ**, s. 1108-1111.

⁵⁸ **KİLİNÇ**, s. 1111, 1112.

açısından belli bir yükümlülük getirmektedir⁵⁹. Son dönemde ise dünya ölçeğinde Wikileaks olayında ve Türkiye’de çeşitli davalarda kişilerin verilerinin hukuka aykırı olarak ele geçirilmesi, kullanılması veya tahrif edilmesi kişisel verilerin korunmasının önemini bir kez daha ortaya koymuştur⁶⁰. Ayrıca bilgi ve iletişim teknolojilerinin gelişmesiyle beraber kişilerin verilerinin global olarak elde edilmesi ve bunların ticari amaçla satılması kişisel verilere dönük korumaları zorunlu hale getirmiştir⁶¹.

Kişisel verinin ne olduğu konusunda doktrinde ve hukuki metinlerde belli bir uzlaşma olduğu söylenebilir. Genellikle kişisel veri; belirli veya belirlenebilir bir kişiye ait tüm veriler şeklinde tanımlanmaktadır⁶². Bu tanım son derece kapsayıcı olduğu için kişilerin özel hayatının korunması bakımından olumludur⁶³.

Kişisel veriler genellikle özel hayatın gizliliği ile ilişkilendirilmektedir⁶⁴. Nitekim kişisel verilerin korunması ile ilgili düzenlemeler sayılırken İnsan Hakları Evrensel Beyanamesi ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ndeki özel hayatın gizliliğine ilişkin hükümlere de atıf yapılarak bu hükümlerin kişisel verileri de kapsadığı belirtilmektedir⁶⁵. Türkiye’de de 2010 yılında Anayasanın 20. maddesindeki özel hayatın gizliliği maddesine eklenen müstakil bir düzenleme ile kişisel verilerin korunmasına ilişkin düzen-

⁵⁹ KUTLU Önder / KAHRAMAN Selçuk, “Türkiye’de Kişisel Verilerin Korunması Politikasının Analizi”, *Siyaset, Ekonomi ve Yönetim Araştırmaları Dergisi*, C. 5, S. 4, 2017, s. 51; **TEKİN**, s. 226.

⁶⁰ KUTLU/KAHRAMAN, s. 46.

⁶¹ KARLIDAĞ Serpil, “Ekonomi Politik Açından Kişisel Verilerin Korunması”, *Amme İdaresi Dergisi*, C. 46, S. 1, 2013, s. 128; Türkiye’de gerçekleşen güncel başka bir olayda 2009 yerel seçimlerinde seçmen listelerinin ele geçirilerek kişilerin kimlik bilgilerine ve adreslerine ulaşılması söz konusu olmuştur. Daha sonra bu bilgilerin icra işleri konusunda avukatların işine yaradığı için onlara satıldığı yönünde soruşturmalar yürütülmüştür. Bkz: **T24**, *Zaman: Kimlik bilgileri skandalında köstebek CHP*, 08.04.2016, <https://t24.com.tr/haber/zaman-kimlik-bilgileri-skandalinda-kostebek-chp,335419>, (ET: 21.05.2019).

⁶² Kişisel verinin tüzel kişilere de ait olabileceği yönünde bkz: **KILINÇ**, s. 1095; 6698 sayılı Kanun’un üçüncü maddesine göre kişisel veri; “*Kimliği belirli veya belirlenebilir gerçek kişiye ilişkin her türlü bilgiyi*” ifade eder. Buna göre kanun kişisel veriyi gerçek kişilerin verileri ile sınırlı tutmuştur. Yalnızca ad, soyad ve diğer kimlik bilgileri değil kişinin fiziki özellikleri, aile bilgileri, sosyal ve ekonomik özellikleri gibi hususlar da kişisel veri statüsündedir. Bir kişinin belirlenebilir olması, mevcut verilerin herhangi bir şekilde bir kişiyle eşleştirilerek onun teşhis edilebilmesi durumunu ifade eder. Bkz: **KİŞİSEL VERİLERİ KORUMA KURUMU (KVKK)**, *Madde ve Gerekçesi ile Kişisel Verileri Koruma Kanunu (Bilgi Notu) ve Kişisel Bilgilerin Korunmasına İlişkin Terimler Sözlüğü*, 2019, KVKK Yayınları: Ankara, s. 9.

⁶³ Farklı fakat birbirine benzeyen tanımlar için bkz: **KILINÇ**, s. 1094.

⁶⁴ **TEKİN**, s. 223.

⁶⁵ KUTLU/KAHRAMAN, s. 52.

leme getirilmiştir. Netice itibariyle söylenebilir ki kişisel verilerin korunması özel hayatın gizliliği ile yakından ilişkilidir ve negatif statü haklarından⁶⁶. Hatta kişisel verilerin korunmasına yönelik ayrı bir hukuk kuralı olmasa bile özel hayatın gizliliğine istinaden kişisel verilerin yine de korunması gerekir.

1. Türkiye’de Kişisel Verilerin Korunması

Türkiye 1980’lerden beri kişisel verilerin korunması konusunda çalışmalar yapsa da kesin neticeye varması 2000’li yıllardan sonra gerçekleşmiştir. Nitekim Türkiye kişisel verilerin korunması ile ilgili uluslararası anlaşmalara imza atmış ancak bunları onaylamadığı için iç hukukta bağlayıcılığı olmamıştır⁶⁷. 2000’li yılların başından itibaren doğrudan kişisel verilerin korunması ile ilgili kanun tasarıları bir türlü kanunlaşmamasına rağmen gündemde olmuştur⁶⁸. Bu hususta çeşitli kanunlarda kişisel verilerin korunması ile ilgili muhtelif ve özel nitelikte birçok hüküm bulunmakla birlikte ilk olarak ceza hukukunda doğrudan kişisel verilerin korunması ile ilgili düzenlemeler yapılmıştır. Bu düzenlemelerin en önemlisi 2005 yılında yürürlüğe giren 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda doğrudan kişisel verilerin korunmasıyla ilgili düzenlemelerdir. Söz konusu hükümler 135-140 maddeleri arasında olup sırasıyla; *kişisel verilerin kaydedilmesi, verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme, nitelikli haller, verileri yok etmeme, şikayet ve tüzel kişiler hakkında güvenlik tedbiri* başlıklarını taşımaktadır. Bu hükümler ile kişilerin verilerini kaydederek veya kullanarak kişilik haklarını ihlal edenlerin tecziye edilmesi öngörülmüştür. Yine 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nun sekseninci maddesine göre genetik incelemesi sonucunda elde edilen bulgular kişisel veri niteliğinde kabul edilip hukuki koruma altına alınmıştır⁶⁹. Bundan sonra 2010 yılında 5982 sayılı Kanun’la yapılan Anayasa değişikliği neticesinde *özel hayatın gizliliği* başlığını taşıyan 20. maddeye, kişisel verilerin korunmasını açıkça düzenleme altına alan hüküm konmuştur. Söz konusu hükme göre:

“Herkes, kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sahiptir. Bu hak; kişinin kendisiyle ilgili kişisel veriler hakkında bilgilendirilme, bu verilere erişme, bunların düzeltilmesini veya silinmesini talep etme ve amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenmeyi de kapsar. Kişisel veriler, ancak kanunda öngörülen

⁶⁶ KILINÇ, s. 1099.

⁶⁷ Bunlardan en önemlisi, kişisel verilerin korunması alanında son derece önemli olan Avrupa Konseyi’nce hazırlanan 1981 tarihli 108 sayılı “Kişisel Nitelikteki Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karsısında Şahısların Korunmasına Dair Sözleşme”dir. Bu 1981’de imzalanmasına rağmen ancak 6669 sayılı Kanunla 2016 yılında Türkiye’de yürürlüğe girmiştir.

⁶⁸ KARLIDAĞ, s. 127, 128.

⁶⁹ Bunlar dışında farklı mevzuattaki kişisel verilere ilişkin hükümlerin ayrıntısı için bkz: KILINÇ, s. 1135-1143.

hallerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebilir. Kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usuller kanunla düzenlenir”.

Bu düzenlemenin özel hayatın gizliliğini düzenleyen madde içerisinde yapılması, kişisel verilerin Anayasa koyucu tarafından özel hayatın gizliliği kapsamında kabul edildiğini göstermektedir. Bu anayasal hükümden sonra ilgili kanunun çıkması için 6 sene daha beklenmesi gerekmiştir. Nihayet AB'nin baskılarının da etkisiyle⁷⁰ 24.03.2016 tarihli 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu çıkarılmıştır⁷¹. Bu kanun ile 2010 yılındaki anayasal düzenleme ile getirilen hukuki güvencenin yanında kişisel verilerin korunmasına ilişkin fiili güvencenin de getirildiği söylenebilir. Zira artık kişisel verileri ihlal edilen kişilerin nasıl davranacağı ve hakları, kişisel verileri tutan kişinin sorumlulukları, kişisel verilerin tutulma usulleri, kişisel verilerin korunmasına ilişkin aykırı davranışların tecziye usulleri ve Kişisel Verileri Koruma Kurumu/Kurulu ile ilgili düzenlemeler bu Kanun'da yer almıştır.

Kişisel verilerin işlenmesi ile kastedilen verilerin kayıt altına alınmasından silinmesine kadarki süreçteki tüm işlemleri kapsamaktadır⁷². Kanun'un ikinci maddesinde uygulanacak kişiler belirlenmiştir. Bu hükme göre Kanun, verileri işlenen gerçek kişiler ile *“bu verileri tamamen veya kısmen otomatik olan ya da herhangi bir veri kayıt sisteminin parçası olmak kaydıyla otomatik olmayan yollarla işleyen gerçek ve tüzel kişiler”* hakkında uygulanacağı düzenlemiştir. Buna göre kanun kapsamına alınması için işlenen verinin kısmen veya tamamen otomatik sistemlerle işlenmesi veya bir veri kayıt sisteminin parçası olması gerekmektedir. Başka bir ifadeyle otomatik yollarla işlenmeyip bir veri kayıt sisteminin parçası olmayan veriler Kanun kapsamında değildir. Bununla birlikte Türk Ceza Kanun'un ilgili hükümleri kapsamında bu tür verilerin işlenmesi de yaptırım kapsamındadır. Zira oradaki düzenlemelerde bu tür bir sınırlandırma getirilmemiştir. Ayrıca tüzel kişilere ilişkin veriler bu Kanun kapsamında değildir.

Veri işleyen kişiler Kanun'da ikiye ayrılmıştır. Bunlar; veri sorumlusu ve veri işleyendir. Veri sorumlusu, *“kişisel verilerin işleme amaçlarını ve vasıtalarını belirleyen,*

⁷⁰ KUTLU/KAHRAMAN, s. 46.

⁷¹ Bu Kanun'un çıkarılmasının Türkiye için elzem olduğu belirtilmiştir. Bkz: KARLIDAĞ, s. 147; TEKİN, s. 245.

⁷² TEKİN, s. 228, 229; KVKK, s. 9; 6698 sayılı Kanun'un üçüncü maddesindeki tanıma göre kişisel verilerin işlenmesi; *“Kişisel verilerin tamamen veya kısmen otomatik olan ya da herhangi bir veri kayıt sisteminin parçası olmak kaydıyla otomatik olmayan yollarla elde edilmesi, kaydedilmesi, depolanması, muhafaza edilmesi, değiştirilmesi, yeniden düzenlenmesi, açıklanması, aktarılması, devralınması, elde edilebilir hâle getirilmesi, sınıflandırılması ya da kullanılmasının engellenmesi gibi veriler üzerinde gerçekleştirilen her türlü işlemi”* ifade eder.

veri kayıt sisteminin kurulmasından ve yönetilmesinden sorumlu olan gerçek veya tüzel kişiyi” ifade eder. Veri işleyen ise “veri sorumlusunun verdiği yetkiye dayanarak onun adına kişisel verileri işleyen gerçek veya tüzel kişiyi” ifade eder. Hem veri sorumlusu hem de veri işleyen gerçek veya tüzel kişi olabilir⁷³.

Kanun’un 4. Maddesinde veri işlemenin genel ilkeleri belirlenmiştir. Bu ilkeler şunlardır;

a) Hukuka ve dürüstlük kurallarına uygun olma.

b) Doğru ve gerektiğinde güncel olma.

c) Belirli, açık ve meşru amaçlar için işlenme.

ç) İşlendikleri amaçla bağlantılı, sınırlı ve ölçülü olma.

d) İlgili mevzuatta öngörülen veya işlendikleri amaç için gerekli olan süre kadar muhafaza edilme”

Kanun’un beşinci ve altıncı maddelerinde genel nitelikli kişisel verilerin işleme şartları ile özel nitelikli verilerin işleme şartları belirlenmiştir. Kanunda sadece özel nitelikli verilere “özel” denmişken genel nitelikli verilere herhangi bir sıfat konmadan “*Kişisel verilerin işleme şartları*” başlığı ile verilmiştir. Ancak bir kısım kişisel verilere özel nitelikli dendiği zaman geriye kalanlara genel nitelikli denmesi yerinde olacaktır. Bu sebeple bu çalışmada özel nitelikli olanlar dışındaki kişisel verilere genel nitelikli kişisel veri denecektir.

Genel nitelikli kişisel veriler kural olarak ancak ilgili kişinin açık rızası ile işlenebilir. Açık rıza, “*belirli bir konuya ilişkin, bilgilendirilmeye dayanan ve özgür iradeyle açıklanan rızayı*” ifade eder⁷⁴. Bunun istisnaları beşinci maddenin ikinci fıkrasında düzenlenmiştir. Söz konusu hükme göre şu durumların varlığı halinde kişinin açık rızası olmasa da kişisel verileri işlenebilir:

a) Kanunlarda açıkça öngörülmesi.

b) Fiili imkânsızlık nedeniyle rızasını açıklayamayacak durumda bulunan veya rızasına hukuki geçerlilik tanınmayan kişinin kendisinin ya da bir başkasının hayatı veya beden bütünlüğünün korunması için zorunlu olması.

c) Bir sözleşmenin kurulması veya ifasıyla doğrudan doğruya ilgili olması kaydıyla, sözleşmenin taraflarına ait kişisel verilerin işlenmesinin gerekli olması.

ç) Veri sorumlusunun hukuki yükümlülüğünü yerine getirebilmesi için zorunlu olması.

⁷³ 6698 sayılı Kanun m. 3, Tanımlar başlıklı madde.

⁷⁴ 6698 sayılı Kanun m. 3, Tanımlar başlıklı madde.

d) İlgili kişinin kendisi tarafından alenileştirilmiş olması.

e) Bir hakkın tesisi, kullanılması veya korunması için veri işlemenin zorunlu olması.

f) İlgili kişinin temel hak ve özgürlüklerine zarar vermemek kaydıyla, veri sorumlusunun meşru menfaatleri için veri işlenmesinin zorunlu olması”

Burada son bentin üzerinde durulması gerekir. Zira buradaki meşru menfaatin dar yorumlanması gerekir. Veri işleyen kişiler diğer bentlere uyduramadıkları tüm durumları bu bente dâhil etme cihetine gitmemelidir. Uygulamada bu tür sui istimalleri Kişisel Verileri Koruma (KVK) Kurulu’nun engellemesi gerekir.

Kişisel verilerin korunması hakkının sınırlanması ile ilgili Anayasal düzenlemedeki sınırlama rejimine değinmek gerekmektedir. Anayasanın 13 üncü maddesine göre temel hak ve hürriyetler ancak Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere dayanılarak sınırlanabilir. Anayasanın 20 nci maddesinin 3 üncü fıkrasında kişisel verilerin ancak açık rıza ile veya kanunun öngördüğü durumlarda işlenebileceği belirtilmiştir. 20 nci maddenin ikinci fıkrasında özel hayatın gizliliği hakkının sınırlanması sebepleri olarak geçen “millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi....” sebepleri 3 üncü fıkrada yer alan kişisel verilerin korunması için de geçerli olacak mıdır? Bir görüşe göre kişisel verilerin korunması ile ilgili fıkrada sadece açık rıza ve kanun hükmünden bahsedildiği için diğer sebeplerle sınırlanması mümkün olmamalıdır. Her ne kadar AİHS daha geniş bir şekilde kişisel verilerin sınırlanmasını kabul etse de ve Türk hukukunun bir parçası olsa da, AİHS ülkeler için asgari kriterleri içerdiği için daha fazlasına engel olmamalıdır⁷⁵.

Kanun’un 6. maddesine göre özel nitelikli kişisel veri, “kişilerin ırkı, etnik kökeni, siyasi düşüncesi, felsefi inancı, dini, mezhebi veya diğer inançları, kılık ve kıyafeti, dernek, vakıf ya da sendika üyeliği, sağlığı, cinsel hayatı, ceza mahkûmiyeti ve güvenlik tedbirleriyle ilgili verileri ile biyometrik ve genetik verileri”nden mürekkeptir. Bu maddede özel nitelikli kişisel verilerin tahdidi olarak sayıldığı görülmektedir. Ancak bununla birlikte gaî yorum yapılarak özel nitelikli kişisel verilerin burada sayılanlardan ibaret olmadığı belirtilmelidir. Buna benzer nitelikte kişinin “hassas” nitelikteki verileri de özel nitelikli kişisel verilerin korunması kapsamına dâhil olmalıdır.

Özel nitelikli kişisel veriler genel nitelikli kişisel verilerde olduğu gibi ilgilinin açık rızası ile işlenebilir. Ancak burada ilgilinin açık rızası yoksa veri işlenmesi yasaklanarak bu tür verilerin korunmasına daha çok önem verildiği vurgulanmıştır. Bununla

⁷⁵ KARAÇOBAN GÜNEŞ, s. 806, 807; Bu konuda aksi görüş için bkz: ŞEN Ersan, “Kişisel Verilerin Toplanması mı, Korunması mı?”, HABER7, 09.02.2016, <http://www.haber7.com/yazarlar/prof-dr-ersan-sen/1786898-kisisel-verilerin-toplanmasi-mi-korunmasi-mi>, (ET:24.05.2019).

beraber özel nitelikli kişisel verilerin de istisnaen açık rıza dışında işlenmesi kabul edilmiştir. Kanun'un 6. maddesinin 3. fıkrasına göre *“sağlık ve cinsel hayat dışındaki kişisel veriler, kanunlarda öngörülen hâllerde ilgili kişinin açık rızası aranmaksızın işlenebilir. Sağlık ve cinsel hayata ilişkin kişisel veriler ise ancak kamu sağlığının korunması, koruyucu hekimlik, tıbbî teşhis, tedavi ve bakım hizmetlerinin yürütülmesi, sağlık hizmetleri ile finansmanının planlanması ve yönetimi amacıyla, sır saklama yükümlülüğü altında bulunan kişiler veya yetkili kurum ve kuruluşlar tarafından ilgilinin açık rızası aranmaksızın işlenebilir”*. Bunun yanında KVK Kurulu özel nitelikli kişisel verilerin işlenmesinde alınacak ek önlemleri belirleyecektir. Bu tür verilerin işlenmesinde bu kurallara da riayet şarttır.

Kanun'un 8. maddesine göre kişisel verilerin aktarılması da bir tür işleme sayıldığı için işleme kurallarına göre aktarma işlemi yapılmalıdır. Ancak kişisel verilerin yurtdışına aktarılabilmesi için aktarılacak ülkede yeterli korumanın bulunması veya bu yönde taahhüt verilmesi gerekmektedir. Yeterli korumanın bulunduğu ülkeler KVK Kurulu tarafından belirlenecektir. Ayrıca kişisel veriler, uluslararası sözleşme hükümleri saklı kalmak üzere, Türkiye'nin veya ilgili kişinin menfaatinin ciddi bir şekilde zarar göreceği durumlarda, ancak ilgili kamu kurum veya kuruluşunun görüşü alınarak KVK Kurulu'nun izniyle yurt dışına aktarılabilir.

İşlenmesini gerektiren sebeplerin ortadan kalkmasından sonra kişisel veriler re'sen veya ilgilinin talebi üzerine silinir veya yok edilir ya da anonim hale getirilir. Anonim hâle getirme, *“kişisel verilerin, başka verilerle eşleştirilerek dahi hiçbir surette kimliği belirli veya belirlenebilir bir gerçek kişiyle ilişkilendirilemeyecek hâle getirilmesini”* ifade eder⁷⁶.

Kanun'un 10. maddesinde veri sorumlusunun ilgili kişiyi aydınlatma yükümlülüğü, 11. maddesinde ilgili kişinin hakları, 12. maddesinde ise veri sorumlusunun eri güvenliğine ilişkin yükümlülükleri düzenlenmiştir⁷⁷. Kanun'un dördüncü bölümünde ilgili kişinin veri sorumlusuna ve KVK Kurulu'na başvuru hakkı düzenlenmiştir. Bu hükümlere göre kişi KVK Kurulu'na başvurmadan önce veri sorumlusuna başvurarak kişisel verileri ile ilgili talebini iletmesi gerekmektedir. Veri sorumlusunun başvuruyu reddetmesi veya yeterli açıklama yapmaması üzerine durumun ilgiliye tebliğinden itibaren 30 gün ve herhalde veri sorumlusuna başvurudan itibaren 60 gün içinde Kurula şikâyet yoluna gidilebilir. Kurul durumun kendisine intikalinden itibaren 60 gün içinde karar vermelidir. Aksi takdirde başvuruyu reddetmiş sayılır. Kurul inceleme yaparken veri sorumlusundan bilgi talep edebilir. Veri sorumlusu ancak devlet sırrı gerekçesiyle bilgi vermekten çekinebilir. KVK Kurulu'na yapılacak olan başvurular ihtiyaridir. Bunun

⁷⁶ 6698 sayılı Kanun m. 3, Tanımlar başlıklı madde.

⁷⁷ Çalışmanın kapsama alanını aştığı için bu hususlarda Kanun'a atıf yapmakla yetinilmiştir.

yanında ilgili kişilerin genel hükümlere göre tazminat hakkı da vardır. Bu hükümler Türk Medeni Kanunundaki kişilik haklarına ilişkin hükümlerdir. Netice itibarıyla verisi işlenen ilgili kişi kişisel verilerinin korunması ile ilgili başvurularında öncelikle veri sorumlusuna başvurmak zorundadır. Daha sonra dilerse KVK Kurulu'na başvurur ve sonucunu bekler sonucuna göre mahkemeye gider, dilerse doğrudan veri sorumlusunun sıfatına (kamu/özel) göre adli veya idari yargıya başvurur⁷⁸.

Kişisel verileri işleyenleri takibi kolaylaştırmak için Kanun'un 16. Maddesiyle veri sorumluları sicili kurulmuştur. Kişisel verileri işleyen gerçek ve tüzel kişiler, veri işlemeye başlamadan önce Veri Sorumluları Siciline kaydolmak zorundadır. Ancak, işlenen kişisel verinin niteliği, sayısı, veri işlemenin kanundan kaynaklanması veya üçüncü kişilere aktarılma durumu gibi Kurulca belirlenecek objektif kriterler göz önüne alınmak suretiyle, Kurul tarafından, Veri Sorumluları Siciline kayıt zorunluluğuna istisna getirilebilir.

6698 sayılı Kanun'un uygulanmasından kaynaklanan hukuki yaptırımlar Kanun'un 17. ve 18. maddelerinde düzenlenmiştir. Konusu ceza hukukunu oluşturan suçlar bakımından Türk Ceza Kanunu m. 135-140 arasındaki hükümlere atıf yapılmıştır. Buna mukabil 18. Maddede KVK Kurulu'nun uygulayacağı para cezaları düzenlenmiştir. Kurul bu cezaları gerçek kişiler ile özel hukuk tüzel kişilerine uygulayacaktır. Kamu kurumlarında işlenen kabahatlerin yaptırımına ilişkin olarak, Kurul'un ilgili kamu kurumuna veya kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşuna yapacağı bildirim üzerine disiplin hükümleri uygulanacaktır.

Kanun'un devam eden maddelerinde KVK Kurumu ve Kurulu'na ilişkin düzenlemeler yer almıştır⁷⁹. 28. maddede ise 6698 sayılı Kanun'un uygulanmayacağı durumlar belirtilmiştir. 1. fıkrada belirtilen durumlar Kanun'un tüm hükümlerinden muaf tutulmuşken 2. fıkrada belirtilen durumlar, veri sorumlusunun aydınlatma yükümlülüğünü düzenleyen 10 uncu, zararın giderilmesini talep etme hakkı hariç, ilgili kişinin haklarını düzenleyen 11 inci ve Veri Sorumluları Siciline kayıt yükümlülüğünü düzenleyen 16. maddelerinden muaf tutulmuştur. Buradaki istisnalar kural olarak 6698 sayılı Kanun'a tabi olmakla birlikte sadece bu maddelerden muaf olacaklardır. Bunlar arasında "*kişisel veri işlemenin bütçe, vergi ve mali konulara ilişkin olarak Devletin ekonomik ve mali çıkarlarının korunması için gerekli olması*" hali de sayılmıştır. Buna göre vergi mahremiyeti ve mükellef bilgilerinin işlenmesi bakımından vergi idaresinin aydınlatma yükümlülüğü yoktur. 6698 sayılı Kanun'un 11. maddesi uyarınca verilen haklar, oluşan zarar talep etme hariç vergi mükellefleri açısından uygulanmayacaktır. Yine vergi idaresinin mükellef verilerini işlemesi hasebiyle veri sorumluları

⁷⁸ KVKK, s. 56.

⁷⁹ Konumuzun kapsama alanında olmadığı için ayrıntısına girilmeyecektir.

siciline kayıt yaptırmayı gerektirecektir. 1. Fıkranın 4 bendinde ekonomik güvenliği ilgilendiren hususların da 6698 sayılı Kanun'da muaf olacağı düzenlenmiştir. Ekonomik güvenlik kavramının içerisinde vergisel işlemleri sokmak mümkün olmadığı için bu hükmün vergi mahremiyetini ilgilendirmediği kanaatindeyiz. Burada kastedilen ülkenin uluslararası veya stratejik ekonomik menfaatidir. Yoksa bir ülkenin büyük ölçüde kendi vatandaşlarından topladığı vergileri ekonomik güvenlik meselesi olarak değil hukuk meselesi olarak görmek gerekir⁸⁰.

Kanun'un 1. geçici maddesine göre; *"Bu Kanunun yayımı tarihinden önce işlenmiş olan kişisel veriler, yayımı tarihinden itibaren iki yıl içinde bu Kanun hükümlerine uygun hâle getirilir. Bu Kanun hükümlerine aykırı olduğu tespit edilen kişisel veriler derhâl silinir, yok edilir veya anonim hâle getirilir. Ancak bu Kanunun yayımı tarihinden önce hukuka uygun olarak alınmış rızalar, bir yıl içinde aksine bir irade beyanında bulunulmaması hâlinde, bu Kanuna uygun kabul edilir"*. Bu hükme göre vergi idaresinin 2016 öncesi topladığı mükelleflerin verilerini Kanun'un ilgili hükümlerine uygun hale getirmesi gerekmektedir.

2. Mükellefler Açısından Kişisel Verilerin Korunması

Vergi idaresinin çeşitli yönetmelerle elde ettiği mükelleflere ait bilgiler kişisel veri niteliğindedir⁸¹. Ancak belirtmek gerekir ki 6698 sayılı Kanun tüzel kişilerin verilerini koruma kapsamına almadığı için vergi hukukundaki tüzel kişi mükellefler ile tüzel kişiliği olmayan mükellefler 6698 sayılı Kanun kapsamında korumadan mahrumdur. Bununla beraber bu Kanun'un vergi mükellefleri için en önemli faydalarından biri, VUK m. 5'te sayılan kişilerden başka kişilerin vergi mahremiyetini ihlal etmesi durumunda devreye girerek hukuki korumayı sağlayacak olmasıdır⁸².

Yukarıda tespit edildiği üzere mükelleflerin bilgilerinin işlenmesi 6698 sayılı KVK Kanunu'na göre veri sorumlusunun aydınlatma yükümlülüğünü düzenleyen 10 uncu, zararın giderilmesini talep etme hakkı hariç, ilgili kişinin haklarını düzenleyen 11 inci ve Veri Sorumluları Siciline kayıt yükümlülüğünü düzenleyen 16. maddelerinden muaf tutulmuştur. Bununla beraber dördüncü maddede sıralanan genel ilkelerin getirdiği güvencelerden faydalanacağı belirtilebilir. Buradaki ilkelerin yeni bir güvence getirip getirmediği de tartışmalıdır. Zira burada hukuka ve dürüstlük kurallarına uygun olma, ölçülü olma, belirli olma gibi ilkelere yer verilmiştir. Bunlar esasında hukukun genel ilkesi niteliğindedir. Bu sebeple burada sayılmamış olsa bile bu güvencelerin var olduğu kabul edilmelidir.

⁸⁰ Farklı gerekçeyle aynı yöndeki görüş için bkz: **KOCATEPE**, s. 32.

⁸¹ **TABANCA**, s. 70; bu yöntemler için bkz: **I/A başlığı**; Vergi hukukunda kişisel verilerin yansıması olan "mali veri" terimi için bkz: **KARATAŞ DURMUŞ**, s. 393.

⁸² **KARATAŞ DURMUŞ**, s. 371.

6698 sayılı Kanun'un beşinci maddesine göre mükelleflerin kişisel verilerinin işlenmesi ikinci fıkranın a bendindeki "kanunlarda açıkça öngörülmesi", ç bendindeki "Veri sorumlusunun hukuki yükümlülüğünü yerine getirebilmesi için zorunlu olması" gerekçelerine dayandırılabilir. Buna göre, vergi mükelleflerinin verdikleri bilgiler kandan doğan görevleri sebebiyle olduğu için⁸³ veya vergi idaresinin hukuki görevi olan vergisel işlemlerin yapılabilmesi hususunda zorunlu olduğu için 6698 sayılı Kanun'a uygundur diyebiliriz. Ancak vergi mükellefinin vereceği bilgiler hassas bilgi niteliğinde olursa sadece kanun hükmünün varlığı halinde 6698 sayılı Kanun'a uygunluk sağlanabilecektir. Vergisel bilgilerin aktarılması konusunda da aynı kurallar geçerlidir. Ancak yurtdışına aktarma yapabilmek için aktarılacak ülkenin güvenli olması veya bu yönde taahhütte bulunması gerekmektedir.

Vergi hukukunda mükelleflerin verileri işlendikten sonra ne kadar süreyle tutulacaktır? 6698 sayılı Kanun'un 4. maddesinin d bendine göre "ilgili mevzuatta öngörülen veya işlendikleri amaç için gerekli olan süre kadar muhafaza edilme" kişisel verilerin işlenmesinin genel ilkelerindedir. Ayrıca aynı yedinci maddeye göre "kanun hükümlerine uygun olarak işlenmiş olmasına rağmen, işlenmesini gerektiren sebeplerin ortadan kalkması hâlinde kişisel veriler resen veya ilgili kişinin talebi üzerine veri sorumlusu tarafından silinir, yok edilir veya anonim hâle getirilir". Bu kurala vergi hukuku açısından bakarsak, verilerin tutum süresine ilişkin vergi kanunlarında bir süre bulunmamaktadır. Bununla beraber tarh zamanaşımı olan 5 yıllık sürenin var olduğunun kabul edilmesi yerinde olacaktır. Zira tarh zamanaşımı süresi geçtikten sonra vergi idaresi artık vergi tarh edemeyecektir. Bu süreden sonra vergi idaresinde bulunan mükellef verilerinin de silinmesi amaca uygun olacak ve mükellef haklarının yerine getirilmesine yardımcı olacaktır.

Mükelleflerin 6698 sayılı Kanun'un 12. maddesi gereğince vergi idaresinden veri güvenliğinin sağlanmasını isteme hakları vardır. Ayrıca veri sorumlusu olarak vergi idaresine başvurma ve Kurul'a şikâyet hakları vardır. Oluşan zararları konusunda ise tazminat hakları saklıdır.

Vergi idaresinin mükelleften elde ettiği bilgilerin nasıl kullanılacağına ilişkin esasların düzenlendiği mali istihbarat arşivi ile ilgili yönetmelik 2006 yılında kaldırılmış olup yerine yenisi getirilmemiştir⁸⁴. Şüphesiz günümüzde vergi idaresinin elektronik yöntemlerle daha çok mükellef bilgisine ulaştığı için vergi mahremiyetine özen göste-

⁸³ Burada VUK mükerrer 257. maddede Hazine ve Maliye Bakanlığı'na verilen düzenleme yetkisinin bir kez daha düşünülmesi gerekir. Zira mezkûr maddede Bakanlığa mükellef bilgilerini toplama hususunda önemli yetkiler verilmektedir.

⁸⁴ AKMAN, s. 46.

rilmesi gaye edinilerek bu tür düzenlemelerin doğrudan Kanun'la yapılması gerekmektedir. Zira burada kişisel verilerle ilgili düzenlemeler vardır ve kişisel verilerin korunması temel hak ve hürriyetlerden olduğu için Anayasanın 13 ve 20. maddeleri gereği ancak kanunla düzenlenmesi gerekir. Nitekim AYM Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumunun elektronik haberleşme sektörüyle ilgili kişisel verilerin işlenmesi ve gizliliğinin korunmasına yönelik usul ve esasları belirlemeye yetkili olduğu yönündeki Kanun hükmünü Anayasaya aykırı bularak iptal etmiştir. İptal gerekçesi konu ile ilgili olduğu için aynen vermeyi uygun gördük:

"Kişisel verilerin korunması hakkı, kişinin insan onurunun korunmasının ve kişiliğini serbestçe geliştirebilmesi hakkının özel bir biçimi olarak, bireyin hak ve özgürlüklerini kişisel verilerin işlenmesi sırasında korumayı amaçlamaktadır. Bilişim teknolojilerindeki gelişmeler sonucunda, geleneksel yöntemlerle mümkün olmayan çok sayıda verinin toplanabilmesi; daha önce birbirinden ilişkisiz şekilde tutulan pek çok verinin merkezi olarak bir araya getirilebilmesi; verilerin, veri eşleştirme ve veri madenciliği gibi ileri teknolojik imkânlarla analize tabi tutulmak suretiyle, veriden yeni veriler üretme kapasitesinin artması; verilere erişim ve veri transferinin kolaylaşması; kişisel verilerin ticari işletmeler için kıymetli bir varlık niteliği kazanması neticesinde, özel sektör unsurlarınca yaratılan risklerin daha yaygın ve önemli boyutlara ulaşması ve terör ve suç örgütlerinin kişisel verileri ele geçirme yönündeki faaliyetlerinin artması gibi etkenler, günümüzde kişisel verilerin en üst seviyede korunmasını zorunlu kılmaktadır. Bu bağlamda Anayasa'nın 20. maddesinin üçüncü fıkrasının son cümlesinde, "Kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usuller kanunla düzenlenir." hükmüne yer verilerek kişisel verilerin korunması hakkı anayasal güvenceye bağlanmış ve bu şekilde kamu makamlarının keyfi müdahalelerine karşı koruma altına alınmıştır.

Yasama yetkisinin devredilemezliği ilkesi gereğince, Anayasa'nın açıkça kanunla düzenlenmesini öngördüğü konularda yürütme organına doğrudan ve ilk elden düzenleyici işlem yapma yetkisi verilemez. Elektronik haberleşme sektörüyle ilgili kişisel verilerin işlenmesi ve gizliliğinin korunmasına yönelik usul ve esasları belirleme yetkisini Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumuna veren itiraz konusu kural, Anayasa'nın 20. maddesinde öngörülen kişisel verilerin korunmasına ilişkin usul ve esasların ancak kanunla düzenlenebileceğine ilişkin güvenceye aykırıdır"⁸⁵.

Bu karar ışığında VUK'un mükerrer 242 ve mükerrer 257. maddelerinde Maliye Bakanlığı'na elektronik ortamda defter, belge ve beyanname gibi kayıtların tutulmasına ilişkin düzenleme yapma yetkisi verilmesi de Anayasanın 20/3 hükmüne aykırıdır.

⁸⁵ AYM, 09.04.2014 tarih ve E. 2013/122, K. 2014/74, RG: 26.7.2014-29072.

Zira bu araçlarla verilen bilgiler kişisel veri olduğu için doğrudan Kanun'la düzenlenmesi gerekir.

SONUÇ

Vergi mahremiyeti mükelleflerin önemli haklarından biridir. Bu hak sayesinde mükellefler vergi idaresine güvenerek bilgilerini verebilmektedir. Bunun yanında bu bilgilerin vergi idaresi tarafından çeşitli amaçlarla açıklanması veya aktarılması kamu yararının gereğidir. Bu sebeple vergi mahremiyeti hakkının sınırsız olarak uygulanması toplumun genel yararına aykırı olacaktır. Başka bir ifadeyle vergi mahremiyetine ilişkin öngörülen bazı istisnalar yerindeyken bazıları hakkın özünü zedeler nitelikte veya mükelleflerin başka temel haklarını ihlal eder niteliktedir. Mesela vergi idaresinin vergi borcunu ödemeyenlerin listesini açıklaması ve bunların ülke basınında "vergi yüzüzleri" olarak afişe edilmesi bu kişilerin kişilik haklarını zedelemektedir. Yine kaçakçılık suçunu işlediğine dair sadece vergi inceleme raporuna istinaden mükellefin kendi mesleki kuruluşuna ve TÜRMOB'a bildirimde bulunulması masumiyet karinesini zedeler niteliktedir. Zira ortada henüz kesinleşmiş bir mahkeme kararı bulunmamaktadır.

2010 yılında kişisel verilerin korunması hakkının Anayasaya girmesiyle birlikte vergi mahremiyetine bakış açısı değişmiştir. Önceleri sadece özel hayatın gizliliği ve bu hakla bağlantılı temel haklarla ilişkilendirilmeye çalışılan vergi mahremiyeti hakkı 2010'dan sonra kendisine daha uygun bir anayasal dayanağa kavuşmuştur. Özellikle kişisel verilerin korunması hakkı ile ilgili düzenlemelerin ancak kanunla yapılabileceği kuralının getirilmesi vergi hukukunda mükelleflerin kişisel verilerinin korunması hakkına ne kadar riayet edildiği sorusunu akıllara getirmiştir. Maliye Bakanlığı'na mükelleflerin beyanname, defterler veya belgeler yoluyla verecekleri bilgileri düzenleme yetkisi veren VUK hükümlerinin 2010 anayasa değişikliği sonrasında yeniden gözden geçirilmesi şarttır. Zira yukarıda belirtildiği üzere AYM'ye göre kişisel verilerin işlenmesine ilişkin kurallar ancak kanunla düzenlenebilir.

2016 yılında kabul edilen 6669 sayılı Kanun'la yürürlüğe giren 108 No'lu Avrupa Konseyi anlaşması ve 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu ile Türkiye'de özel hayatın gizliliğinin korunması hususunda yeni bir düzleme girilmiştir. Her ne kadar 6698 sayılı Kanun birçok istisna hüküm barındırsa da Türkiye'de böyle bir hakkın varlığı konusunda oluşturduğu farkındalık bile önemli bir kazanımdır. Kanunda yer verilen istisna hükümlerinin azaltılması uzun vadede temel hak ve hürriyetlerin uygulanması bakımından önem arz etmektedir. Bu noktada bütçe, vergi ve mali konularında 6698 sayılı Kanun'un bazı hükümlerinin uygulanmayacağı kabul edilmiştir. Bu hususların tamamen kanun kapsamı dışında bırakılmaması vergi mahremiyeti hakkı bakımından önemlidir. Bundan sonraki süreçte hukuken vergi idaresi, mükelleflerin

verilerini kullanırken istisna tutulan hükümler hariç 6698 sayılı Kanunu da göz önünde tutmak mecburiyetinde kalacaktır.

KAYNAKLAR

- AĞAR** Serkan, “Vergi Mahremiyeti vs Bilgi Edinme Hakkı”, *Ankara Barosu Dergisi*, 2012/2, s. 363-392.
- AKMAN** İnci Solak, *Vergi Mahremiyetini İhlal*, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Doktora Tezi, Ankara 2012.
- AKTAŞ** Deniz, *Bilişim Alanındaki Gelişmeler Karşısında Vergi Mahremiyeti*, Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, Eskişehir 2015.
- ALPASLAN** Nazlı Gaye, *Vergi mahremiyeti nedir? Vergi mahremiyetinin yeniden düzenlenmesinin gerekliliği*, https://www.hurses.com.tr/arsiv/Haber-Vergi_mahremiyeti_nedir_Vergi_mahremiyetinin_yeniden_duzenlenmesinin_gerekliligi/haber-12184 (ET: 28.04.2019).
- BUYRUKOĞLU** Selçuk/**ERASA** İrem, “Vergi Bilincinin Oluşmasında Mükellef Haklarının Yeri ve Önemi”, *Vergi Dünyası Dergisi*, S. 375, 2012, s. 116-127.
- EGELİ** Haluk/**DAĞ** Mehmet, “Türk Vergi Hukuku Açısından Mükellef Haklarının Değerlendirilmesi”, *Maliye Dergisi*, S. 163, 2012.
- ERGÜNEY** Halit Kaan, *Türk Vergi Hukukunda Vergi Mahremiyeti ve Banka Sırrı ile Karşılaştırılması*, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Mali Hukuk Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2014.
- EROL** Ali, “Vergi Hukukunda Verilen Bilgilerin Gizli Kalma Zorunluluğu”, *Kırklareli Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, C. 7, S. 1, 2018, s. 87-94.
- EROL** Ali, *Vergi Hukukunda Bilgi Verme Ödevinin Sınırı Olarak Vergi Mahremiyeti İlkesi ve Sonuçları*, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Maliye Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2015 (*Vergi Hukukunda Bilgi Verme Ödevinin Sınırı*).
- GELİR İDARESİ BAŞKANLIĞI**, *Mükellefin Hakları ve Ödevleri Rehberi*, Mükellef Hizmetleri Daire Başkanlığı Yayın No: 185, Ankara 2014.
- GÜLERCİ** Burcu, *Türk Hukukunda Vergi Mahremiyetinin Sınırları*, On İki Levha Yayıncılık: İstanbul, 2017.
- KARAÇOBAN GÜNEŞ** Tuğçe, “Vergi Ödevlilerinin Kişisel Verilerinin Korunması ve Kişisel Verilerin Korunması Kanun Tasarısı”, *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 15, S. 1-2, 2016, s. 801-824.
- KARATAŞ DURMUŞ** Neslihan, “Ticari Sırların ve Kişisel Verilerin Korunması Kapsamında Vergi Mahremiyeti”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Y. 8, S. 31, 2017, s. 371-409.
- KARLIDAĞ** Serpil, “Ekonomi Politik Açısından Kişisel Verilerin Korunması”, *Amme İdaresi Dergisi*, C. 46, S. 1, 2013, s. 127-152.

- KILINÇ** Doğan, “Anayasal Bir Hak Olarak Kişisel Verilerin Korunması”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 61, S. 3, 2012, s. 1089-1169.
- KİŞİSEL VERİLERİ KORUMA KURUMU (KVKK)**, *Madde ve Gerekçesi ile Kişisel Verileri Koruma Kanunu (Bilgi Notu) ve Kişisel Bilgilerin Korunmasına İlişkin Terimler Sözlüğü*, 2019, KVKK Yayınları: Ankara.
- KOCABIÇAK Merve**, *Vergi Mahremiyeti Hakkı*, Başkent Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2016.
- KOCATEPE** Metin, *Türk Vergi Hukukunda Mükellefin Vergi Mahremiyeti Hakkı*, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2019.
- KUTLU Önder / KAHRAMAN Selçuk**, “Türkiye’de Kişisel Verilerin Korunması Politikasının Analizi”, *Siyaset, Ekonomi ve Yönetim Araştırmaları Dergisi*, C. 5, S. 4, 2017, s. 45-62.
- OKTAR S. Ateş**, “Vergi Mahremiyeti Kuralının Bir İstisnasının Bazı Anayasal İlkeler Karşısındaki Durumu”, *Mükellefin Dergisi*, s. 123, Mart 2003, s. 20-30.
- ÖZDİLER KÜÇÜK** Eda, “Vergi Hukukunda Kişisel Veriler Bakımından Ölçülülük İlkesinin Uygulanması”, içinde *Vergi Hukukuna Genç Yaklaşımlar (Ed. Billur YALTI)*, On iki Levha Yayınları: İstanbul, 2013, s. 143-165.
- SONSUZOĞLU** Elif, “Çeşitli Yasalar Açısından Vergi Mahremiyetine İlişkin Düzenlemelerin Değerlendirilmesi”, *Vergi Sorunları*, 2000, S. 141, s. 116-134.
- ŞEN** Ersan, “Kişisel Verilerin Toplanması mı, Korunması mı?”, *HABER7*, 09.02.2016, <http://www.haber7.com/yazarlar/prof-dr-ersan-sen/1786898-kisisel-verilerin-toplanmasi-mi-korunmasi-mi>, (ET:24.05.2019).
- T24**, *Zaman: Kimlik bilgileri skandalında köstebek CHP*, 08.04.2016, <https://t24.com.tr/haber/zaman-kimlik-bilgileri-skandalinda-kostebek-chp,335419>, (ET: 21.05.2019).
- TABANCA** Serhat, *Vergi Mahremiyeti İlkesi*, Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2018.
- TAŞ** Fatma, *Vergi Mahremiyetini İhlal Suçu ve Değerlendirilmesi*, Uludağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Maliye Anabilim Dalı Mali Hukuk Bilim Dalı Doktora Tezi, Bursa 2007.
- TAŞKIN** Yasemin, “Transfer Fiyatlandırmasında Gizli Emsalin Açıklanmamasının Vergi Mahremiyeti ile İlişkisi”, *Maliye Araştırma Merkezi Konferansları Serisi*, 59. Seri, 2017, s. 29-49.

- TEKİN** Nurullah, “Kişisel Verilerin Korunması İle İlgili Türkiye’deki Kanun Tasarısının Avrupa Birliği Veri Koruma Direktifi Işığında Değerlendirilmesi”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, S. 4, 2014, s. 222-262.
- TÜRK DİL KURUMU**, *Güncel Türkçe Sözlük*, http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5cd425543b6eb4.87371329, (ET: 09.05.2019).
- ÜNSAL** Hilmi, “Türk Vergi Hukukunda Vergi Mahremiyeti, Sağladığı Yararlar ve Uygulamada Karşılaşılan Güçlükler”, *Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, C. 8, S. 3, 2003, s. 27-48.
- VERGİ DANIŞMANLIK**, *Vergi Mahremiyeti İle İlgili Özelge Özetleri*, <https://vergidanismanlik.net/2017/12/06/vergi-mahremiyeti-ile-ilgili-ozelge-ozetleri/>, (ET: 11.05.2019).
- YILMAZ** Binhan Elif/**ERDOĞDU** M. Mustafa/**USER** İnci, *Kayıtdışı Ekonomiyle Mücadele Karşısında “Vergi Mahremiyeti Zırhı”*, Türk Sosyal Bilimler Derneği 13. Ulusal Sosyal Bilimler Kongresi, ODTÜ Ankara, 2013.

KIRGIZİSTAN’DA TELEKOMÜNİKASYON AĞLARI ARACILIĞIYLA İNTİHAR OLAYLARI*

The Suicide Events in Kyrgyzstan Through Telecommunication Networks

Gulzhar AKHMATALIEVA**

Öz

Son yıllarda telekomünikasyon ağlarının gelişmesiyle birlikte, bunlar aracılığıyla topluma ve insanlara karşı psikolojik terörizmin de geliştiği görülmüştür. Bu psikolojik terörizmin bir yöntemi ölüm oyunları veya diğer ifadeyle ölüm grupları olarak karşımıza çıkmaktadır. Ölüm oyunları, çocukların sosyal medya sitelerinde oynadıkları oyunlar vasıtasıyla onları intihara götürmeyi veya intihara tahrik etmeyi amaçlayan, internet üzerinden erişilen oyunlardır. Bu oyunlar Kırgızistan’da da birden fazla çocuk tarafından oynanmış ve ülkede çok yankı uyandırmıştır. 2015-2018 yılları arasında bu ölüm oyunları olağanüstü bir hale gelerek, Rusya’da, Ukrayna’da daha sonra Kazakistan ve Kırgızistan gibi ülkelerde yaşayan çocuklar tarafından oynanmış, çok sayıda aile ve çocuk mağdur olmuştur. Rusya’da ölüm oyunları aracılığıyla 130 çocuk intihar etmiştir. Kırgızistan’da ise bu oyunu oynayan 40 çocuk payı kurtarılmıştır.

Ölüm oyunları arasında en duyulan olan “Mavi balina”nın yanında, “Saat 04.20’de beni uyandır”, “Sessiz ev”, “Ben oyundayım”, “f57”, “Ölü canlar”, “Saman yolu” ve son günlerde duyulmaya başlayan “Momo”, “Arkadaşını yak”, “24 saat boyunca kaybol”, “Koş yada öl” isimli oyunlar da ölüm oyunu kategorisinde yer alan oyunlardır. Bu ölüm oyunlarının ve en popüler olan mavi balina oyununun Avrupa’da, Brezilya’da ve yakın dönemde Türkiye’de bile birçok çocuk tarafından oynandığı belirtilmiştir.

Bu nedenle, ülkemizde yaşanmış olan bu olayların önüne geçilmesi amacıyla ciddi kanuni tedbirlerin alınması için Kırgız Ceza Kanununda İntihara Götürmek (KCK m.136) ve İntihara Tahrik Etme (KCK m. 137) başlıklı maddelerin yeniden düzenlenmesi, özellikle “suçun kamuoyunda alenen etkinlik veya kitle iletişim aracılığıyla veya telekomünikasyon bilgi ağı (internet) vasıtasıyla gerçekleşmesi” gibi yeni düzenlemelerin eklenmesi gerekliliği söz konusu olmaktadır.

Bu araştırmada, son dönemlerde sosyal medya vasıtasıyla ortaya çıkan çocukları intihara götüren ölüm oyunlarının çocuklar üzerindeki kötü etkisi, çocukları korumaya yönelik tedbirler ve yeni kanuni düzenlemelerin oluşturulması gerektiğini anlatılması amaçlanmıştır.

ANAHTAR KELİMELER: Çocuklar, İntihar, İntihara Götürmek, İntihara Tahrik, Ölüm Oyunları.

ABSTRACT

With the development of telecommunication networks, in recent years it has been seen the psychological terrorism against to people and society. Especially the one of the method of psychological terrorism has been emerged as the “death games” or in other words the “death groups”. The death games are games that aimed to driving to suicide or provoking suicide the children by playing games in social media sites. These death games have been played by some children in our country and create a big “echo” in Kyrgyzstan. Between 2015-2018 years these death games have become an extraordinary and have taken place in Russia, Ukraine and later in that countries such as Kazakhstan and Kyrgyzstan as well. Consequently, many children and families were victims of these kind of games. In Russia about 130 children’s suicide were committed through death games and about 40 children were rescued from the death games in the Kyrgyz Republic.

As the most popular death games after the “blue whale” are: “wake me up at 04.20 am”, “quiet house”, “I am in the game”, “f57”, “dead souls”, “Milky Way”. And in recent days, as a newly added games are: “momo”, “burn your friend”, “disappear for 24 hours”, “run or die”. But most of them, the most popular “blue whale” game has been reported in Europe, Brazil, even in the nearest period in Turkey as well.

Therefore, due to such events that occurred in Kyrgyzstan and in order to take serious legal measures in the future, The Kyrgyz Criminal Code should rearrange some items such as Driving to suicide (article 136 of Kyrgyz Criminal Code) and Provoking suicide (article 137 of Kyrgyz Criminal Code). But particularly, it need to add a new regulations such as a “crime that take place by public activity” or “through mass communications” or by “telecommunication information networks (internet)”.

The aim of this research are: describe the bad effects of death games that driving children to suicide trough the social media sites, describe the measures to protect children of them and the necessity of creating a new legal regulations.

KEY-WORDS: Children, Suicide, Driving to Suicide, Provoking Suicide, Death Games.

* Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 22.05.2019

Kabul Edildiği Tarih: 04.11.2019

DOI Numarası: [10.15337/suhfd.568978](https://doi.org/10.15337/suhfd.568978)

** Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Doktora Öğrencisi.

E-mail Adresi: riasnet@mail.ru ORCID ID: [0000-0002-0217-3744](https://orcid.org/0000-0002-0217-3744)

GİRİŞ

Çağımızda teknolojinin hızla gelişmesi, internetin bir bilgi hazinesi haline gelmesi, doğru kullanıldığı takdirde birçok bilgiye ulaşabilen bir bilgi alanı olması ve hayatımızı kolaylaştırdığı tartışmasızdır. Ancak son zamanlarda telekomünikasyon ağları aracılığıyla topluma ve insanlara karşı psikolojik terörizmin de geliştiği görülmektedir. Bu psikolojik terörizmin bir yöntemi olarak “ölüm oyunları” veya diğer ifadeyle “ölüm grupları” ortaya çıkmıştır. Zihni daha genç ve masum olan çocukların sosyal medya sitelerindeki oyunlar vasıtasıyla intihara götürülmesi veya intihara özendirilmesi fiilleri son yıllarda gündemi meşgul etmeye başlamıştır. Bu tür olaylara Kırgızistan'da da rastlanılmış ve toplumda büyük yankı bulmuştur. 2015-2018 yılları arasında ölüm oyunları daha çok artış göstermiş, başta Rusya ve Ukrayna olmak üzere Kazakistan, Kırgızistan gibi ülkelerde de telekomünikasyon ağları aracılığıyla intihar olayları yaşanmıştır. Rusya'da ölüm oyunları aracılığıyla 130 çocuğun intihar ettiği, Kırgızistan'da ise bu tür oyunlar nedeniyle intihara kalkışan 40 çocuğun son anda kurtarıldığı bilinmektedir.

İntihar kelimesi “*herhangi bir durumun etkisi altında kendi hayatına son vermek*” anlamına gelir¹. Bilimsel terim olarak ilk kez 17.yüzyılda Tomas Braun adlı doktor ve filozof tarafından kullanılmaya başlanmıştır. Terimin Latincesi, “*sui caedere*” olup; bu terim kendisini (sui) öldürmek (caedere) anlamına gelmektedir².

Toplumda intihar olaylarını artıran nedenlere bakıldığında, bunun başta kişilerin sahip olduğu sağlık problemlerinden kaynaklandığı görülmektedir. Fizyolojik hastalıklar açısından merkezi sinir sistemi hastalıklarına, endokrin sistem hastalıklarına, mide-bağırsak sistemi hastalıklarına sahip kişilerin intihar etme oranlarının yüksek olduğu tespit edilmektedir. Psikiyatrik hastalıklar açısından belirleme yapıldığında, depresyon, şizofreni, alkolizm, kişilik bozukluklarına sahip kişilerde intihar etme riskinin fazla olduğu görülmektedir³.

Dünya Sağlık Örgütü'nün verilerine göre, intiharın 800 nedeni olduğu belirtilmektedir. Bunların;

- %41'inin nedeni belli değildir
- %19'u ceza öncesi korku
- %18'i zihinsel hastalık
- %18'i aile üzüntüleri (kederleri)
- %6'sı tutku

¹ Bekmagambetova V.P./ Revin V.P./ Revina V.V., Ugolovnoe pravo Respubliki Kazahstan, Osobennaya çast, g. Moskva 2017g. s. 30.

² <https://www.kazedu.kz/referat/9881315> (E.T. 05.03.2019).

³ Akduman, Gültekin/ Korkusuz, İrfan/ Hüseyinov, Afgan/ Aytaç, Önder/Barış, Akduman, Polis ve İntihar, Adli Psikiyatri Dergisi, Nisan 2006, Cilt:3, Sayı:2, s. 11-12.

- %3'ü para kaybı
- %1.4'ü hayata doygunluk (bıkmak)
- %1.2'si fiziksel hastalık⁴, olduğu belirtilmektedir

Dünya Sağlık Örgütünün verilerinde intihar eylemine sebep olan faktörlerde yaş açısından herhangi bir belirleme yer almamaktadır. Ancak intihar olgusunun henüz bedensel gelişmelerini tamamlamamış, kişilikleri gelişmemiş, hayatın tadını henüz almamış çocuklar arasında işlenme tehlikesinin çok daha yüksek olduğunun dile getirilmesi gerekmektedir. Çocuklar arasında intiharlara daha çok ailevi nedenlerin, başkasına yönelik öfkenin suçluluk ve utanç duygusuyla içselleştirilmesinin neden olduğu belirtilebilir⁵.

I. KIRGIZİSTAN'DA İNTİHAR OLAYLARININ SOSYO-PSİKOLOJİK DURUMU

Kırgızistan'da yapılan çalışmalarda intihara neden olan sebepler belirlenmeye çalışılmıştır. Buna göre intihara son zamanlarda, sosyo-psikolojik durumlar, aile sorunları⁶, kızların evlendirilmek için zorla kaçırılması⁷, askerlikte ordudaki tuhaf ve sert kuralların erkek çocuklar üzerindeki etkisi⁸, ekonomik açıdan kalkınmak amacıyla çocuklarını bırakıp giden ebeveynlerin yurtdışı göçü⁹, okullardaki çocuklar arasındaki “мектеп рекэти” (ing. *racketeering, extortion*)¹⁰, Türkçe ifadeyle “okul şantajı veya gaspı” gibi konuların neden olduğu ifade edilmektedir.

⁴ Tanya Tayson. Tsuitsid kak sotsialniy fenomen. <https://www.proza.ru/2009/12/31/909/> Statistika- samoubiystv <http://prognoz.org/article/statistika-samoubiystva/> Suitsid kak problema sovremennoyo obşestva. R.V. Petrunnikova. Minskiy institut upravleniya, g. Minsk, Respublika Belarus. str. 416. http://media.miu.by/files/store/items/uses/xvii/mim_uses_xvii_34024.pdf (E.T. 05.03.2019). Ancak raporda oranlar yüzde üzerinden verilmesine rağmen, toplandığında ve değerlendirildiğinde yüzün üzerinde bir rakamın ortaya çıktığı görülmektedir.

⁵ Alisananoğlu, Fatma/ Akduman, Gülümser Gültekin, Çocuk ve Ergenlerde İntihar, Adli Psikiyatri Dergisi, Temmuz-Ağustos 2006, Cilt:3, Sayı: 3-4, s. 8,10.

⁶ V Kırgızstane osnovnaya priçina detskogo suitsida-semeynie ssorı, oktyabr 2018 g., <https://rus.azattik.org>. (E.T.03.04.2019).

⁷ Kraja nevest v Kırgızstane: gendernaya duel. İslam v SNG. islamsng.com/kgz/report/4112., Grajdane Kırgızstana obyavili voynu traditsii kraji nevest. For.Kg. Novosti Kırgızstana. <https://for.kg/news-151315-ru.html>. (E.T. 03.04.2019).

⁸ Toktonazarova, Nurjan, “Desyatki kirgizskih soldat, pogibşih v mirnoe vremya”, aprel, 2016 g. <https://rus.azattyk.org/a/27657453>. “Kakie poteri neset armiya Kırgızstana v mirnoe vremya?”. 10 oktyabrya 2018 g., Fergana Ru. <https://yandex.ru/media/fergana/kakie-poteri-neset-armiia-kyrgyzstana-v-mirnoe-vremia-5bbe020324792200aa778db6>. (E.T. 03.04.2019).

⁹ “Desyat detei soversşili suitsid, do çego migratsiya dovodit kirgızstansev”, Sputnik Kırgızstan, 06.07.2018, <https://ru.sputnik.kg/society> (E.T.03.04.2019).

¹⁰ Rusça'da “рэкет”, İngilizce'de “racketeering”, “extortion” kelimeleri Türkçe'de “şantaj” ve “gasp” anlamına gelerek, okullarda üst sınıf öğrencilerin alt sınıf öğrencilere karşı tehdit ve şiddet vasıtasıyla şantaj veya gasp uygulamasıdır. Bkz. Kızalakova A./Turdubekova N./ Kokulova A./

Kırgızistan İçişleri Bakanlığı istatistik bilgilerine göre; 2016 yılında 95 çocuk, 2017 yılında 97 çocuk, 2018 yılında ise 88 çocuk intihar etmiştir¹¹.

II. TELEKOMÜNİKASYON ARACILIĞIYLA ÖLÜM OYUNLARI

A. ÖLÜM OYUNLARI

2015-2018 yılları arasında reşit olmayan çocukları ve hatta gençleri intihar ettirmek amacıyla, ölüm oyunları ortaya çıkmıştır. Bu ölüm oyunlarına daha çok Rusya, Kazakistan ve Kırgızistan gibi ülkelerde rastlanılmıştır. Bu yasak oyunlar, ilgili organlarca engellenmeye çalışılmasına rağmen, yerine yeni ölüm oyunlarının ortaya çıktığı ve bu yeni ölüm oyunların tıpkı bir virüs gibi yayıldığı görülmektedir. Ölüm oyunlarının psikolojik etkisi altında kalan çocukların oyuna bağlı kalarak intihar etmeleri adı geçen ülkeler arasında ilk önce Rusya'da ciddi bir soruna dönüşmüş 130 civarında çocuğun ölümüne neden olmuştur. Söz konusu oyunlar daha sonra, Kırgızistan'da da görülmüştür. Günümüzde de bu türden yeni oyunların ortaya çıktığı ve bu tehlikenin hala güncelliğini koruduğu tespit edilmektedir.

İnternetteki ölüm oyunlarının yaygınlaşması ve gereken tedbirlerin alınmaması sonucu çocuklar bu oyunların oynandığı sitelere kolayca üye olabilmekte, oyunları oynayabilmekte, oyunun belirli aşamalarından geçmekte ve sonuçta da bu oyunların yönlendirmesiyle intihar etmektedirler¹². Ölüm oyunları sadece belirtilen ülkelerde değil, Avrupa'daki ülkelerde ve Brezilya'da da görülmektedir¹³.

Ölüm oyunlarının arasında günümüzde en popüler olanı "Mavi balina"dır. Bunun yanında "Saat 04.20'de beni uyandır", "Sessiz ev", "Ben oyundayım"¹⁴, "f57", "Ölü canlar", "Samanyolu"¹⁵ oyunları da sayılabilir. Yeni eklenen, "Momo", "Arkadaşını yak", "24 saat boyunca kaybol", "Koş ya da öl" isimli oyunlar da ölüm oyunları olarak hala dünyanın bir yerlerinde bazı çocuklar tarafından oynanmaktadır.

Munduzbaev M./ Gavrilova E. "Profilaktika reketa v şkolah Kırgızstana". Metodičeskoe posobie po predotvraşeniyu reketa v obşebrazovatelnih učrejdeniyah. g. Bişkek 2011g. s.7.

¹¹ Bengard Anastasiya, "88 samoubiystv za god. Poçemu naşi deti uhodyat iz jizni?" 24kg, 11 fevralya 2019 g. https://24kg/obshestvo/109171_88samoubiystv_zagod_poc-hemu_nashi_deti_uhodyat_izjizni/ (E.T. 19.03.2019).

¹² Seralieva A.M./Baymagambetova Z.M., Problemy ugolovnoy otvetstvennosti za dovedenie samoubiystva, Kazahskiy natsionalnyy pedagogičeskij universitet imeni Abaya. Vestnik, №1(48)2017, s.146.

¹³ İgra "Siniy kit" poyavilas v sotsetyah Brazili. <https://www.izh.kp.ru/daily/26669/3691644/> (08.03.2019).

¹⁴ Gazeta Komsomolskya pravda, 11.01.2017, www.kp.ru/daily/26642.7 (E.T.08.03.2019).

¹⁵ Arhipova A./ Volkova M./ Kirzyuk A./ Malaya E./ Radçenko D./ Yugay E., "Gruppi smerti: ot igrı k moralnoi panike". İssledovatel'skaya gruppa Monitoring aktualnogo foklora, g. Moskva 2017g. s. 5.

İnternet bilgilerine göre, söz konusu oyunları Rusya, Kazakistan, Ukrayna gibi ülkelerde, reşit olmayan çocuklar oynamakta ve ölüm gruplarına üye olmaktadır. Bu oyunların yöneticilerinin tutuklamasına ve oyunların engellenmesine rağmen, günümüzde virüs gibi yeni ölüm oyunlarının ortaya çıktığı görülmektedir¹⁶. Ölüm oyunlarını oynayan kişilerin yaşları ise 12-19 arasında değişmektedir. Yani, oyuncular daha çok ortaokul, lise ve üniversite öğrencileridir¹⁷.

Yukarıda dile getirilen oyunlardan en yaygını olan “Mavi Balina”dan bahsedilmesi gerekir. Çünkü “balina” kelimesini içeren birçok ölüm oyununun “v kontakte” sosyal sitesinde yer aldığı görülmüştür. “V kontakte” sosyal ağı, Rusya ve eski Sovyetler Birliği ülkelerinde en popüler sosyal ağlardan birisidir. Çocuklar, günümüzde bu sosyal ağ vasıtasıyla ölüm gruplarına kaydolabilmektedirler. Bu sosyal ağda *balina* kelimesini içeren birden fazla ölüm grubu vardır. Bunlar, “Balinalar yukarıda yüzerler”, “Uzay balinası”, “Beyaz balina”, “Balina dergisi”, “Balina denizi”, “Balina okyanusu”, “Uçan balina”¹⁸, “Balinalar kıyıya atılır” gibi oyunlardır¹⁹. “Mavi balina” oyunu ise bunlar arasında en bilineni olup, 50 gün sürerek, en son günde çocuğun intihar etmesini sağlayan bir oyundur²⁰.

Yukarıda adı geçen oyunlar, çocukları etkileyerek onları değiştirmekte ve çocukların oyunu yöneten kişilere bağlı hale gelmelerine neden olmaktadır. Bu etkilerin çoğu video²¹ ve müzikler ile sayıların, resimlerin ve harflerin kombinasyonlarının kullanılmasıyla oluşmaktadır. Bu simgeler, normal çocuğun “kişiliğini” değiştirerek, sonuçta tamamiyle çocukları oyun kurucularının etkisi altında bırakmaktadır. Günümüzün terimi ile ifade edildiğinde bu etki çocukları adeta “zombiye dönüştürmektedir”²².

Oyunu oynadığı süreçte, çocuğun davranışlarında bir takım değişiklikler oluşmaya başlamaktadır. Çocuk kendi internet profiline, kendini yok etmeye yönelik resimleri koymaya, çoğunlukla kesici aletlerle kendini yaralamaya başlamaktadır. Çocuklar fazla miktarda kahve içmeye başlamakta ve uyku bozukluğu yaşamaktadırlar. Oyunlarda çocuklara görev kapsamında sembolik olarak yüksekte, çatılardan resim çektirilmekte, çok erken saatlerde kalkmaları, bilgisayar ve cep telefonu başında çok

¹⁶ Gazeta Komsomolskaya pravda, 11.01.2017, www.kp.ru/daily/26642.7 (E.T.08.03.2019).

¹⁷ Arhipova/Volkova/Kirzyuk /Malaya/Radçenko/Yugay, s. 5.

¹⁸ Gruppa smerti, Novaya gazeta, №51, 16.05.2016. s. 3. (E.T.10.03.2019).

¹⁹ ren.tv/novosti/2016-05-18/sledovately-polagayut-cto-igra-v-socseti-vynudila-11-letnyuyu-shkolnicu (E.T. 10.03.19).

²⁰ Radio svoboda, Kırım realii, 16 fevralya, 2017g., 17.00, krym.r.com/a/28312768html. (E.T.08.03.2019).

²¹ Vladimir Novikov, dotsent kafedri psihiatrii i psihoterapii. Tele programma Mujskoe/Jenskoe-“ostorojno Siniy kit”, Çast 2, vıpusk ot 03.03.2017. (E.T.08.03.2019).

²² Arhipova/Volkova/Kirzyuk/Malaya/Radçenko/Yugay, s. 15.

fazla zaman geçirmeleri sağlanmakta ve bu süreçlerde onlarla yazışmalar yapılmaktadır. Ayrıca çocuklardan ölümleri sembolize eden veya siyah giysiler giymeleri, kollarına gezegenlerin, scientia²³, mason²⁴ işaretlerini, çevrilmiş haçların, şeytan yıldızlarının ve çeşitli simgelerin resimlerini çizmeleri istenmektedir. Bu algı bozuklukları sonucu çocuklarda kendilerine dövme yaptırma hevesi oluşmakta ve çocuk martinizm²⁵, satanizm²⁶, hatta faşizmin²⁷ açık simgelerini (sembollerini) müzik sayfalarına kopyalamaya başlamaktadır. Çocuklar iç heyecanlarını ailesinden saklamakta ve söylememekte, açıkçası kendi içine kapanmaya başlamaktadır. Çocuklardan şiddet ve zulüm içeren mistisizm dizilerini tartışması ve izlemesi, bütün cihazlardaki saklı bilgilere parola koyması, giriş yapmak için grafik anahtarlarını kullanması, kullanılan bütün tarayıcıları ve çöp kutularını sürekli temizlemesi istenmektedir. Bu tür davranışlar, oyunu yönetenlerin çocuğa verdiği görevlerdir ve çocuk oyununun en son aşamasına veya finaline ulaşmak için bu görevleri yerine getirmektedir²⁸.

Bu görevlerden en tehlikelisi, sabahın çok erken saatlerinde çocuğa gönderilen ve onun psikolojisini etkileyecek videoların izlenmesi görevidir. Örneğin, çocukta sabah saat 04.20'de kendisine gönderilen bir videoyu izlenmesi istenmektedir. Videodaki özel frekans²⁹ çocuğu psikoz içine sokarak onu çok ciddi boyutta etkilemekte, sonuçta sabah saatlerinde onun intihar etmesine neden olmaktadır. Uzmanların görüşlerine göre, insanların bu saatlerde uyandırıldıkları takdirde etkilenmeye daha açık

²³ Terimin latincesi *scientia* olup "bilgi" anlamına gelmektedir. *Scientology* ise yalnız din değil, bir bilgiler sistemidir. "scio" latince'de "bilgi", "logos" yunanca'da "öğrenme" olup, bilgiler hakkında öğrenme terimini oluşturmaktadır. <https://vsezdorovocom/2018/12/saentologiya-çhto-eto-takoe> (E.T.07.04.2019).

²⁴ "mason" kelimesi İngilizce'deki *freemason* kelimesinden türemiştir ve "hür duvar işçisi" demektir. *Masonluk* kardeşlik duygusuna dayalı, federal bir yapıya sahip, inisiyatif, hayırsever, sembolik, felsefi, seçici, hiyerarşik, uluslararası humanist ve kurucu bir kurumdur. <https://tr.wikipedia.org/wiki/Masonluk>.

Masonluk, evrensel bir kardeşlik bilgidir. İnsanlar arasında sevginin, toleransın ve kardeşliğin hüküm sürmelerini, insanlığın hürriyet, barış, adalet ve huzur içinde gelişmesini hedefleyen Masonluk, ortak bir insanlık ülküsünü hedefler. www.mason.org.tr/web/ (E.T.07.04.2019).

²⁵ 18.yüzyılda Fransa'da *Louis-Claude de Saint-Martin* tarafından başlatılan mistik bir harekettir. <https://tr.wikipedia.org/wiki/Martinizm>. (E.T.07.04.2019).

²⁶ Şeytan'ı veya Şeytan simgesini yücelten ve bazı mezheplerde şeytana tapmayı emreden öğretidir. <https://tr.wikipedia.org/wiki/Satanizm>. (E.T.07.04.2019).

²⁷ İlk olarak İtalya'da Benito Mussolini tarafından oluşturulan otoriter devlet üzerine kurulu bir radikal milliyetçi siyasi ideolojidir. <https://tr.wikipedia.org/wiki/Faşizm>. (E.T.07.04.2019).

²⁸ Spasenie detei ot kibereprestupleniy. Sledstvenniy komitet RF. Ofitsialniy sayt. s. 3, irk.sledkom.ru/folder/107968/?pdf=1 (E.T. 11.03.2019).

²⁹ Periyodik yani eşit zaman aralıkları ile tekrarlanan hareketlerde, hareketin birim zamanındaki tekrar sayısına Frekans denmektedir. Frekansın birimi Hertz (Hz)dir. <https://www.sumak-pompa.com/tr> (E.T.07.04.2019).

oldukları ifade edilmektedir. Sabah saat 04.20’de, özellikle içeriği korkunç olan bir videonun izlenmesinin insanı “telaşa” sokacağı şüphesizdir. Bu tür manipülasyonların geleneksel kültür terimlerinde bir tür büyücülük olarak değerlendirildiği de belirtilmektedir³⁰.

Neden oyun balınaya ilişkindir? Bilimsel bilgilere göre, balinalar kendilerini denizden kıyıya atarak intihar eden hayvanlardır. Eskiden beri balinaların toplu olarak kendilerini denizden veya okyanustan kıyıya atarak, intihar ettikleri bilinmektedir. Balinaların bu şekilde intihar etmelerinin nedeni halen bir sırdır. Ancak bazı bilim adamları, balinaların intihar etmelerinin birkaç sebebinin olabileceğini öne sürmektedirler. Bu nedenlerden bazılarını sıralayacak olursak;

- Su ortamındaki (deniz, okyanus) gürültü; bu gürültüler askeri bilimsel uygulamalar, tekne gürültüleri olabilmektedir. Balinalar gürültüye maruz kalınca kendilerini kurtaramamakta ve ortama uyum sağlayamadıklarından kendilerini kıyıya atmaktadırlar.

- Toprağın manyetik alanı; bu etki balinaların sağlığına çok ciddi zarar verebilmektedir.

- Deniz veya okyanustaki çöp, çöplerin atılması, petrol ürünleri,
- Yunuslar gibi sosyal bir su hayvanları olan balinaların kendi sürülerindeki sürü liderinin yönelim bozukluğuna uğraması ve kendisiyle beraber diğer balinaları da çekmesi,

- İşitme organlarının enfeksiyon kapması,
- Yaşlandıklarında huzur için kıyıya gelmeleri,
- Heyecanlanmaya eğilimli olmaları³¹,
- İklim değişikliği,
- Hastalıklar, yani parazitler; parazitler balinanın vücuduna yerleşerek, organlarını yaralamaktadır.

- Karşılıklı yardım; balinalar her daim sürülerinde soydaşlarına karşılıklı yardım gösterirler. Balina hatalı yöne giderek kaybolduğunda, soydaşlarından yardım istemek için sinyal veya işaret vermektedir ve diğer balinalar yardım etmek için giriştiğinde, kendileri de kıyıya vurmaktadır.

Japon bilim adamlarının görüşüne göre, balina sürülerinin nüfusu çoğaldıkça kendilerini yok etmeye başlamaktadırlar. Ancak, ekoloji alanında çalışan bilim adamlarının çoğu, bu bilginin yanlış olduğunu açıklamaktadır³². Balinaların ölümüne neden

³⁰ Arhipova/Volkova/Kirzyuk/Malaya/Radçenko/Yugay, s. 16.

³¹ Tvarkovskaya Aleksandra, “Poçemu kiti vibrasivayutsya na bereg, legenda i versii”. <https://syl.ru/article/33065/pochemu-kiti-vibrasivayutsya-na-bereg-legenda-i-versii>. (E.T.11.03.2019).

³² Poçemu kiti vibrasivayutsya na bereg? www.meta.kz (E.T. 11.03.2019).

olan birkaç sebep dile getirilse bile, bugüne kadar bilimadamları tarafından bilimsel açıdan net bir sonuca ulaşılamamıştır. Bu sebeple balinaların intiharlarının sebebi tıpkı bir bulmaca gibi sır olarak kalmaktadır.

Bu oyunlarda kullanılan ikinci sembol olan kelebeklerin yaşam süresi de oldukça ilginçtir. Ömürleri yaşam koşullarına ve türlerine göre değişmekle birlikte, yaşam süreleri 3-4 gün olan kelebekler bulunduğu gibi, 20 ila 40 gün arasında değişen türleri de bulunmaktadır³³. Kelebeklerin en fazla ömre sahip türlerinin ise 1 yıla kadar yaşayabildiği ifade edilmektedir³⁴.

Balina ve kelebeğin, ölümü ve kısa ömrü ifade eden birer sembol olmaları nedeniyle ölüm oyunlarında bu sembollerin kullanıldığı sonucuna ulaşılmaktadır. Oyun yöneticileri bu tür sembollerini hem oyunun isminde hem de içeriğinde kullanarak, çocukların hayatlarına son vermeleri amacıyla intihar propagandası yapmaya çalışmaktadırlar.

B. OYUN KURALLARI

Telekomünikasyon aracılığıyla ölüm oyunlarını oynamak isteyen çocuklar, site-deki #f53, #f57, #f58, #d28, #balinalar denizi, #sessiz ev, #oyun oynamak istiyorum, #samyolu gibi etiketlere (ing.*hashtag*) girerek oyuna kayıt olmaktadır. Kayıttan sonra sitenin yöneticisi çocukla bağlantı kurarak, intiharın nedenini yani neden intihar etmek istediğini, bu kararından emin olup olmadığını sormaktadır. Sonra her çocuğa özel küratör atanmaktadır. Küratör çocuğa oyun için koyduğu kuralları yerine getirmesini emretmektedir. Her oyuncu çocuğun, oyunda mutlaka saat 04.20'de hazır bulunması ve oyundaki her türlü sesi duyması şarttır. Yukarıda belirtildiği gibi, daha sonra çocuklara bazı ödevler verilmektedir. İlk ödev, çocukların kollarına jilet kelebek veya daha çok balina resmi çizmeleridir. Eğer çocuk oyundan vazgeçtiğini bildirirse, oyunun yöneticisi çocuğu bulacağı, kendisini ve ailesini öldüreceği tehdidinde bulunmaktadır. Oyunun en son aşamasında, çocuklar kendini yüksek katlardan atma, köprüden atma, çatıdan atma, ilaç yutma, tren altına yatma, pencereye çıkma, kendini asma, damarları kesme fiilleriyle hayatlarına son vermektedir. Bu oyunun en son ödevidir³⁵. Ayrıca, intihar etmeye hazır olmayan ve intihardan korkan çocuklar için korkuyu aşmak için küratörler tavsiye ve talimatlar vermektedir³⁶.

³³ <https://22oa.ru/zhizn-babocek>. (E.T.11.03.2019).

³⁴ Baboçki prodolzhitelnost jizni.vetatlas.ru/articles/koshki/stati/baboçki-prodolzhitelnost-zhizni (E.T.11.03.2019).

³⁵ Siniy kit, mleçniy put, more kitov-suitsidialniye igrı dlya detei!!! Budte vniimatelni. <https://vadro.livejournal.com/1229256.html> (E.T. 10.03.2019).

³⁶ Kulikova Anna/ Polidi Anna, Problema zakonodatelnoi reglamentatsii otvetstvennosti za dovedenie do samoubiystva i sklonenie k samoubiystvu, nauçno-metodiçeskiy elektronniy jurnal Kontsept, İSSN 2304-120X, 2017, s.3.

Bu tür oyunların amaçlarının ne olduğu konusunda farklı görüşler ortaya atılmıştır. Bazı Rus kaynaklarına göre, ölüm oyununu kuranlar Ukraynalı milletçiler³⁷, oyunu genç kuşağı yok etmek amacıyla oluşturmuşlardır³⁸. Bazı devlet adamları, ölüm oyunlarını kuranların ülke dışı düşmanlar olduğunu belirtmiştir³⁹. Ulyanovsk bölgesi valisi de ölüm oyunlarını kuran örgütün her çocuğun ölümü için belli miktarda para ödediğini, bunun yanında yetenekli çocukların ölümü için iki kat para ayırdığını dile getirmiştir⁴⁰. 2016 yılının ortalarına kadar Rusya’da, bu oyun sebebiyle 130 civarında çocuğun intihar etmesi üzerine ülke ayağa kalkmış⁴¹ ve bu ölüm oyunlarının, İslami Terör Örgütünden daha korkunç olduğu belirtilmiştir⁴². Bu oyunlarda, nörolingüistik⁴³ programlama üzerinde gerçek psikologların çalıştığı açıklanmıştır⁴⁴. Bu anlatılanlar sonucunda, Rusya’da 14 yaşına kadar çocukların internet kullanımının yasaklanması gerektiği önerisinde bulunulmuştur⁴⁵.

Kırgızistan’da ise ölüm oyunları 2017 yılının Şubat ayında, sabah saat 4’te, bir 8.sınıf ortaokul öğrencisinin pencereden atlayıp ölmesiyle gündem olmaya başlamıştır⁴⁶. Ancak, Kırgızistan İçişleri Bakanlığı Reşit Olmayan Çocuklar İşleri Müdürü Azamat Abdrahmanov’un verdiği bilgilere göre, söz konusu olay ölüm oyunları nedeniyle gerçekleşmemiştir. Abdrahmanov, Kırgızistan’ın genelinde çocukların intihar ettiğine ilişkin herhangi bir bilginin olmadığını, intiharların çoğunun ailevi-sosyolojik şartlardan

³⁷ Menedjer “megafona” uliçil ukrainskih natsionalistov sozdanii “gruppi smerti”. Gazeta.ru 16.02.2017, <https://m.gazeta.ru/tech/news/2017/02/16/n-9697289shtml> (E.T.11.03.19).

³⁸ Pletneva predlagaet vvesti zvanie “obraztsovaya semya”. Parlamentskaya gazeta. 06.03.2017. <https://www.pnp.ru/politics/2017/03/06/plenyoa-predlagaet-westi-zvanie-obrazcovaya-semya.html> (E.T.11.03.2019).

³⁹ Arhipova/Volkova/Kirzyuk/Malaya/Radçenko/Yugay, s. 16.

⁴⁰ “Sinie kit” okazalis straşnee “İslamskogo gosudarstva”, gubernator Ulyanovskoi oblasti rasskazal o razgove protiv odarennih rosiyskikh detei. Gazeta kommertsant, 08.03.2017. <https://www.kommersant.ru/doc/3236648> (E.T.01.03.2019).

⁴¹ ren.tv/novosti/2016-05-18/sledovateli-polagayut-çhto-igra-v-socseti-vynudila-11-lenyyu-shkolnicu (E.T. 10.03.19).

⁴² “Sinie kit” okazalis straşnee “İslamskogo gosudarstva”, gubernator Ulyanovskoi oblasti rasskazal o razgove protiv odarennih rosiyskikh detei. Gazeta kommertsant, 08.03.2017. <https://www.kommersant.ru/doc/3236648> (E.T.01.03.2019).

⁴³ Nörolingüistik-kişisel gelişim anlamındadır. Nörolingüistik programlama –kişisel gelişim sistemidir. <https://eksisozluk.com/norolingüistik-programlama-215587> (E.T.07.04.2019).

⁴⁴ ren.tv/novosti/2016-05-18/sledovateli-polagayut-çhto-igra-v-socseti-vynudila-11-lenyyu-shkolnicu (E.T. 10.03.19).

⁴⁵ Detyam do 14 let hotyat zapretit sotseti. A ostalnih sobirayutsya puskat tolko pod nastoyaşim imenem po pasportu, “gazeta İzvestiya”. <https://iz.ru/news/676136> (E.T.11.03.2019).

⁴⁶ “Siniy kit. Eşe odna jertva”. Novosti 24 ala-too, g. Bişkek, 11 fevralya 2017. “Pervuyu jertvu gruppi siniy kit naşli v Bişkeke”. Novosti 24Mir, 8 fevralya, 2017g. (E.T.11.03.2019).

dolayı gerçekleştiğini belirtmiştir⁴⁷. Müdürün verdiği bilgilerde, Rusya ve Kazakistan İçişleri Bakanlığı organlarıyla bu konudaki tecrübelerinden faydalanmak için konuşmalar yürütüldüğü, söz konusu ülkelerin ölüm oyunlarını engellemede kendi yöntemlerini paylaştıkları ve Kırgızistan'a bu ölüm oyunlarının ciddi bir şekilde yansımadağı dile getirilmiştir. Müdür özellikle, önleyici tedbirler alındığını, gözlem yaptıklarını, okullarda çocuklarla ve onların ebeveynleriyle konuşmalar yürütüldüğünü dile getirmiştir. Ülke genelinde, reşit olmayan 40 çocuğun oyuna kayıt olduğunu, bunun açığa çıkarılarak vahim sonucun engellendiğini ifade etmiş, İçişleri Bakanlığı tarafından belirlenen prosedürün yardımıyla oyunların durdurulduğunu belirtmiştir⁴⁸. Ancak kanımızca, Kırgızistan İçişleri Bakanlığı Reşit Olmayan Çocuklar İşleri Müdürü'nün verdiği bilgiler ne kadar ispatlanabilir bir bilgi olsa da⁴⁹, toplumda panik ortamı yaratmamak amacıyla çoğu olayın gizlendiği görülmektedir.

Mavi balina oyunun 2017 yıllarında, Türkiye'ye de ulaştığı söylenmektedir. Oyuna maruz kalan⁵⁰ beşten fazla⁵¹ çocuğun hayatına son verdikleri bilinmektedir⁵². Ancak bazı bilgilere göre, Türkiye'de 142 çocuğun intiharı mavi balina oyunuyla bağlantılı olduğu iddia edilmektedir⁵³.

C. YENİ ÖLÜM OYUNLARI

Rusya, Kırgızistan ve Kazakistan, ölüm oyunlarını engellemesine ve durdurmasına rağmen, günümüzde onların yerine yeni ölüm oyunlarının ortaya çıktığı görülmektedir. Örneğin, 2018'de Özbekistan, Kırgızistan'ı whatsapp sosyal ağı vasıtasıyla "Momo" adlı yeni oyunun geleceğini ve oyunu ilgili organlarca kontrol altına alınması

⁴⁷ "V Kırgızstane ne bilo ni odnogo suitsida iz-za sinego kita". Novosti Kırgızstana. kloop.kg, 6 fevralya, 2017g. (E.T.11.03.2019).

⁴⁸ Smertelnaya igra v sotsetyah. Otkrovenniy razgovor. Telekanal NTS, 13 fevralya 2017g. (E.T. 20.03.2019).

⁴⁹ İrina Karamuşkina podnyala vopros o poyavlenii igrı "siniy kit". kaktus media. 12 aprelya 2018g., https://kaktus.media/doc/373014_irina_karamyshkina_podnyala_vopros_o_poiavlenii_igrı_siniy_kit_.html, "Rodnie vibrosivşisysya devoçki polagayut, çto suitsid svyazan s opasnimı igrami". 7 fevralya 2017, kaktus media., https://kaktus.media.doc.352138_rodnye_vybrosivsheisa_devoçki_polagayut_çto_sycid_sviazan_s_opasnymi_igrami.tml. (E.T.20.03.2019).

⁵⁰ Mavi balina oyunu nedir, nasıl öldürüyor? 28.01.2019. www.posta.com.tr, <https://www.takvim.com.tr/guncel/2019/01/28>, Bu oyunu oynayanlar kendini öldürüyor: mavi balina nedir? 21 Eylül 2017, www.birgun.net (E.T. 11.03.2019).

⁵¹ Mavi balina oyunu intihar Haberleri, Güncel Mavi balina oyunu intihar haberleri ve Mavi balina oyunu intihar gelişmeleri. <https://haberturk.com/haberleri/mavi-balina-oyunu-intihar#> (E.T.29.03.2019).

⁵² Mavi Balina oyunu nedir? İşte Mavi Balina hakkında merak edenler ve ayrıntılı analiz. www.sozcu.com.tr.(E.T.19.03.1-2019).

⁵³ Mavi balina yüzünden 142 kişi intihar etti! www.milliet.com.tr/Mavi-Balina-yuzunden-142-kisi-intihar-etti-molatik-707/ (E.T.29.03.2019).

gerektiği konusunda uyarmıştır⁵⁴. Bu oyuna kısaca değinirsek, tavuk pençeleri üzerinde çirkin kadın kafalı görünüşüyle insanı korkutan oyunun, mavi balinanın devamı olduğu, Meksika’da iyice yaygınlaştığı, daha sonra Rusya’ya ulaştığı belirtilmektedir⁵⁵. Diğer yeni ölüm oyunları da Ukrayna’da duyulmaya başlanmıştır. Bunlar, “Arkadaşını yak”, “24 saat boyunca kaybol”⁵⁶, “Koş yada öl” oyunlarıdır. “Koş yada öl” oyunun amacı, işleyen otoyoldan geçerek canlı kalmaktır⁵⁷. “24 saat boyunca kaybol” oyununda çocuk kimseye bildirmeden veya haber vermeden bir gün için ortadan kaybolmaktadır. Ertesi gün ise hiç bir şey olmamış gibi geri dönmektedir⁵⁸. Kırgızistan’da İçişleri Bakanlığı bilgilerine göre, 2019 yılının ilk başlarında ülke genelinde 99 reşit olmayan çocuk kaybolmuştur (53 erkek çocuk ve 46 kız çocuk). Bunlardan 91 tanesi bulunmuş, geri kalanından ise haber alınamamıştır. 76 çocuk, ailevi sebeplerden dolayı evlerini terk etmiş, 15 çocuk ise sadece kaybolduklarını bildirmişler. Bu oyunda çocuğa amacın herkesin onu araması gerektiği, oyun boyunca, çocuk aranırken, ona puanlar ekleneceği, ertesi gün geri geldiğinde nerede olduğunu söylememesi gerektiği ve oyunu yöneten kişiyle arasındaki yazışmaların hemen silinmesi gerektiği söylenmektedir⁵⁹.

Ölüm oyunlarından ilki olan “Mavi balina”nın küratörü Rusyalı İlya Sidorov’un⁶⁰ ve ölüm oyunlarının yöneticisi Rusyalı Filipp Budeykin’in tutuklanmasına ve oyunların engellenmesine rağmen⁶¹, bunların yerine yeni ölüm oyunları ortaya çıkmıştır.

⁵⁴ “Opasnaya igra dlya detei Momo, mojet poyavitsya v Kirgizstane”. MVD. 14.08.2018. <https://ru.sputnik.kg/society/20180814/1040628267/mvd-igra-momo-messenzher-profilaktika.html>. (E.T.11.03.2019).

⁵⁵ “Siniy kit 2: oçerednaya smertelnaya igra trevojit kirgizskiy segment”. For.kg/novosti Kirgizstana. www.for.kg. (E.T.11.03.2019).

⁵⁶ “Novaya smertelnaya igra-Podojgi druga”. Gazeta Komsomolskaya pravda, 7 fevralya 2019g., <https://www.rostov.kp.daily/26939.4/3989778> (E.T.18.03.2019).

⁵⁷ “U podrostkov poyavilas novaya opasnaya smertelnaya igra”. 11 fevralya 2019g., novosti bigmirnet. News.bigmirnet/ukraine /1886894-Y-podrostkov-poyavilas-novaya-smertelno-opasnaya-igra (E.T.18.03.2019).

⁵⁸ Prozorova Mariya./ Gavrilova Yuliya, “Opasniye igrı naşih detei”. 9 fevralya 2017g., KP v Ukraine. <https://kp.ua/incidents/566384-opasnye-yhry-nashykh-detei> (E.T. 18.03.2019).

⁵⁹ Bişkekские çinovniki vistupili protiv podrostkovoi igrı “işçezni na 48 çasov”, 28.02.2019. Fe.Fergana news. <https://fergana.agency/news/105572/> (E.T.18.03.2019).

⁶⁰ İlya Sidorov reşit olmayan çocukları internet sosyal bağı aracılığıyla intihara götürme (Rus Federasyonu Ceza Kanunu, 110. m) ve para gaspı suçuyla (Rus Federasyonu Ceza Kanunu, 163. m) 3 yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılmıştır. Bkz. “Kurator sinego kita prigovoren k trem godam kolonii-poseleniya”. 5 sentyabrya, 2018 g., www.rambler.ru. (E.T.19.03.2019).

⁶¹ “Topluma herhangi bir değeri yok veya topluma zarar veren insanları biyolojik atıklar” olarak tanımlayan Filipp Budeykin, reşit olmayan çocukları internet sosyal bağı aracılığıyla intihara götürme suçuyla (Rus Federasyonu Ceza Kanunu, 110. m), ve onun hesabında 15 çocuğun intihar

III. ÖLÜM OYUNLARININ CEZA HUKUKU BOYUTU

Kırgız Ceza Kanunu'nda, "İntihara Götürmek (KCK m.136)" ve "İntihara Tahrik Etme (KCK m. 137)" suçları yer almaktadır. Bu suçlar aşağıda belirtilecektir.

A. İNTİHARA GÖTÜRME SUÇU

"İntihara götürme" suçuna göre, insanın yaşam ve sağlığı için tehlikeli şiddet tehditinde bulunmak, acımasız muamele yapmak veya kişinin onur veya haysiyetini sistematik bir şekilde aşağılamak suretiyle dikkatsiz bir şekilde mağdurun intihar etmesine veya intihar girişiminde bulunmasına neden olan fail, KCK'nın "belli bir süreyle özgürlükten mahrumiyet" başlıklı 70. maddesinin II. kategorisindeki cezaya çarptırılmaktadır. Bu ceza kategorisine göre, reşit olmayan çocuklar için 1 yıl 6 ay'dan 2 yıl 6 aya kadar hapis cezası, diğer failler için 2 yıl 6 aydan -5 yıla kadar hapis cezası yaptırım uygulanmaktadır. Söz konusu fiillerin, faile maddi veya benzeri nedenlerle bağımlı olan mağdura ya da reşit olmayan çocuğa karşı işlenmesi halinde (KCK m.136/2), fail KCK'nın 70.maddesinin III. kategorisindeki cezayla cezalandırılmakla beraber, belli bir işte çalışmamak veya 3 yıla kadar belli bir mesleki uğraşından uzaklaştırılmaktadır veya sadece III. kategorideki cezayla cezalandırılmaktadır (KCK m. 136/2). KCK'nın 70. maddesinin III. kategorisindeki ceza hükmüne göre, reşit olmayan çocuklara 2 yıl 6 aydan-4 yıla kadar, diğer faillere ise 5 yıldan 7 yıl 6 aya kadar hapis cezası uygulanmaktadır. Eğer fail mağdurun intihar etmesini sağlamak amacıyla insanın yaşam ve sağlığı için tehlikeli şiddet tehditinde bulunur, acımasız muamele yapar veya kişinin onuru veya haysiyetini sistematik bir şekilde aşağılar ve bunun sonucunda intihar gerçekleşirse fail, 70. maddenin IV. kategorisindeki cezaya çarptırılmaktadır (KCK m.136/3). IV. ceza kategorisine göre, reşit olmayan çocuk failer 4 yıldan 6 yıla kadar, diğer failer 7 yıl 6 aydan 10 yıla kadar cezayla cezalandırılmaktadır⁶².

Kırgız Ceza Kanununun 136. maddesi 24 Ocak 2017 tarihinde 10 No'lu Kanun ile değiştirilmiş ve madde 1 Ocak 2019 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Maddede iki ayrı suç düzenlenmiştir. Biri taksirle intihara götürme suçu, diğeri kasten intiharı sağlamak suçu. Kasten intiharı sağlamak suçu için kanunda sayılan hareketlerin intiharı sağlamak amacıyla yapılması gerekir. Manevi unsur açısından amaca yer veren bir suç tipidir. Her iki suç tipi için de failin yaş küçüklüğü içinde olması halinde ceza daha az verilmektedir. Reşit olan faillerin cezası ise daha fazla olmaktadır.

Taksirle intihara götürme suçunda fail intihar etmesi kastıyla hareket etmektedir. Yaptığı davranışlar sonucunda kişinin intihar etmesini öngörmesi gerekirken öngörmemesi veya öngörmesine rağmen gerçekleşmeyeceğine güven duyması

ettiği iddiasıyla 3 yıl 4 aya kadar hapis cezasıyla cezalandırılmıştır. Bkz. Novaya gazeta, Galina Mursalieva, "Lis priznal svoyu vinu". 20 iyulya 2017 g. www.novayagazeta.ru (E.T.19.03.2019).

⁶² Ugolovniy kodeks Kırgızskoy Respubliki, ot 2 fevralya 2017 goda, №19.

söz konusudur. Yani kişinin intiharı veya intihara teşebbüsü açısından bilinçli veya bilinçsiz taksiri bulunmaktadır. 1 Ocak 2019 tarihinden önceki düzenlemede, metin içinde manevi unsura ilişkin belirleme bulunmamaktaydı. Dolayısıyla da intihara götürme suçunun manevi unsuru doktrinde tartışmalıydı. Sadece taksirle işlenebileceğini belirtenler olduğu gibi kasten de işlenebileceğini ifade edenler de bulunmaktadır. Kırgız yazarlardan, Kurmanov/ Sıdıkova/ Şarşenaliev/Kurmanov/Abdiev/Osmonaliev/Artsıbaşev/Bodobaev/Okenova, intihara götürme suçu niyetli veya dikkatsizlikle⁶³ gerçekleştirilebileceğini kabul etmektedirler. Niyetin ancak dolaylı niyet şeklinde olacağını, doğrudan niyetin bulunması durumunda fiilin intihara götürme değil, niyetle öldürme olacağını ifade etmektedirler⁶⁴. Kazak yazarlardan Seralieva ve Baymagambetova, intihara götürme suçunun manevi unsurunun dolaylı niyet olduğunu dile getirmektedirler. Yazarlara göre; eğer suç niyetle işlenmiş olursa, bu durumda failin fiilinin niyetle öldürme suçu olarak nitelendirilmesi gerekmektedir⁶⁵. Rus yazarlardan İnogamova-Hegay/Raroga/Çuçaeva, intihara götürme suçunun manevi unsurunu niyet veya dikkatsizlik olarak belirtmektedirler. Ancak suçun manevi unsurunun doktrinde tartışmalı olduğunu dile getirmektedirler. Yazarlara göre, failin niyeti varsa öldürme suçunun varlığı kabul edilmelidir. Yazarlara göre intihara götürme fiilinde niyetle öldürme fiili olmayıp, mağdur kendi hayatına son vermektedir. Bu nedenle intihara götürme fiilinde öldürme suçunun objektif tarafı (maddi unsuru) bulunmamaktadır⁶⁶. Rus yazarlarından Revin, intihara götürme suçunun manevi unsurunu dolaylı niyet ve düşüncesizlik olarak belirtmektedir⁶⁷. Rus yazarlarından Sundurova ve Talan, intihara götürme suçunun manevi unsuruyla ilgili doktrinde farklı görüşler bulunduğunu belirterek, dolaylı niyetle veya dikkatsizlikle işlenebileceğini ifade etmektedirler⁶⁸. Yazar Elmurzaev, “İntihara Götürmek için Cezai Sorumluluk” başlıklı Doktora Tezinde, İntihara götürme suçunun manevi unsurunu doktrinde tartışmalı olduğunu ve buna göre yazarların görüşlerini dört gruba ayırarak; Birinci grup yazarlara göre,

⁶³ Kırgız ceza hukukunda dikkatsizlik ile taksir ifade edilmektedir. Türk hukukundaki bilinçli taksir düşüncesizlik kavramıyla, bilinçsiz taksir ise ihmal terimiyle belirtilmektedir. Kırgız ceza hukukunda kast kavramı ise niyet kavramıyla ifade edilmektedir. Niyet, kendi içerisinde doğrudan niyet ve dolaylı niyet olarak ikiye ayrılmaktadır. Doğrudan niyet Türk hukukundaki doğrudan kastı ifade ederken, dolaylı niyet kavramı ise olası kastı ifade edecek şekilde kullanılır.

⁶⁴ Kurmanov K.Ş./ Sıdıkova L.Ç./ Şarşenaliev A.Ş./ Kurmanov Z.K./Abdiev K.M./Osmonaliev K.M./Artsıbaşev P.Ya./ Bodobaev K.A./ Okenova P.A. Ugolovnoe pravo, Osobennaya çast, g. Bişkek 2001g., s. 39.

⁶⁵ Seralieva/Baymagambetova, s.146.

⁶⁶ İnogamova-Hegay L.V./Raroga A.İ./ Çuçaeva A.İ. Ugolovnoe pravo Rossiyskoy Federatsii, Osobennaya çast, g. Moskva 2008g. s. 61.

⁶⁷ Revin V.P., Ugolovnoe pravo Osobennaya çast, Yustitsinform 2010g., s.23.

⁶⁸ Sundurova F.R./ Talan M.V., Ugolovnoe pravo Rossii, Osobennaya çast, g. Moskva 2012g. s. 48.

intihara götürme suçunun manevi unsurun herhangi bir türüyle gerçekleşebileceğini, ikinci grup yazarlara göre, suçun hem doğrudan niyet hem de dolaylı niyetle gerçekleşebileceğini, üçüncü grup yazarlara göre, hem dikkatsizlikle hem de dolaylı niyetle, dördüncü grup yazarlara göre, suçun doğrudan niyetle veya ihmali bir şekilde gerçekleşeceğini dile getirmektedir. Ancak Elmurzaev'in kendi fikrine göre, Ceza Kanununundaki intihara götürme suçunun çoğu durumlarda taksirle gerçekleşeceğiyle ilgili ifade asılsızdır⁶⁹.

Yürürlüğe giren 136. maddeye göre, fail kasten tehdit fiilini veya acımasızca muamele fiilini veya aşağılama fiilini gerçekleştirmekte ve bunun sonucunda mağdur içine düştüğü durum nedeniyle intihar eylemini gerçekleştirmektedir. Yapılan davranışların sonucunda kişi intihar etmektedir. Fiillerin faille maddi veya benzeri nedenlerle bağımlı olan mağdura ya da reşit olmayan çocuğa karşı işlenmesi halinde cezanın daha fazla verilmesi öngörülmüştür. Ayrıca faille ilgili hak yoksunluğunun uygulanacağı kabul edilmiştir.

Kırgız ceza hukukunda failin 16 yaşından küçük olması halinde ceza sorumluluğu bulunmamaktadır⁷⁰. Suçun mağduru tehdit, acımasız muamele ve onuru sistematik şekilde aşağılama sonucu intihar eden kişidir. Taksirle intihara götürme suçu açısından ayrıca intiharı gerçekleştiremeyen, teşebbüs eden kişi de mağdurdur⁷¹. İntihara götürme suçu kapsamında düzenlenen her iki suçun maddi unsurunu oluşturan hareket, yaşam ve sağlık için tehlikeli şiddet tehdidinde bulunmak, acımasız muamele yapmak ve onur veya haysiyeti sistematik bir şekilde aşağılamaktır⁷². Seçimlik hareketli suç niteliği taşımaktadır. Tehdidin herhangi bir şekilde yerine getirilmesi yeterli olmayıp, kişinin yaşam ve sağlığı için tehlikeli olacak şiddette bulunacağını belirtmek suretiyle tehditte bulunulması gerekir. 1 Ocak 2019 tarihinden önceki düzenlemede tehdidin gerçekleştiriliş şekliyle ilgili herhangi bir sınırlama getirilmemişti⁷³. Dolayısıyla, tehdidin her türlü davranışla gerçekleştirilebileceği kabul edilmekteydi. Fail, fiziksel şiddet uygulayacağını, hürriyetinden yoksun kılacağını⁷⁴, geçiminden yoksun

⁶⁹ Elmurzaev Doku İnaeviç, "Ugolovnaya otvetstvennost za dovedenie do samoubiystva". Aftoreferat dissertatsii na soiskanie uçenoy stepeni kandidata yuridiceskih nauk. Akademiya upravleniya MVD Rossii, Moskva 2004g., s. 23-24.

⁷⁰ Kurmanov / Sıdıkova/ Şarşenaliev / Kurmanov /Abdiev/ Osmonaliev/Artsıbaşev/ Bodobaev/ Okenova, s. 39.

⁷¹ Batıçko V.T., Ugolovnoe pravo, Obşaya i osobennaya çast, kurs lektzii. Taganrogskiy Gosudarstvenniy Radiotekhniceskiy Universitet, 2006g., s. 102.

⁷² İnogamova-Hegay/ Raroga/ Çuçaeva, s.60.

⁷³ Kurmanov / Sıdıkova/ Şarşenaliev / Kurmanov /Abdiev/ Osmonaliev/Artsıbaşev/ Bodobaev/ Okenova s. 38. Aynı görüş; Sundurova/Talan, s. 47.

⁷⁴ İnogamova-Hegay/ Raroga/ Çuçaeva, s. 60.

bırakacağını⁷⁵, utanç duyacağı bilgileri yayacağını, işten çıkaracağını veya benzeri fiilleri uygulayacağını belirterek tehdit fiili gerçekleştirebilecekti. Tehditte, fail mağdur üzerinde psikolojik bir baskı oluşturmaktadır⁷⁶.

Acımasız muamelede, mağdura dayak, işkence, bedensel eziyet, yeme-içmeden, ısıdan, konuttan, özgürlüğünden yoksun bırakma ve benzeri hareketler uygulanmaktadır⁷⁷. Fail mağdurun sağlığına zarar vermekte, tıbbi bakımdan yoksun bırakmakta, mağduru bir şeye bağlamakta⁷⁸ veya bir yere kapatmaktadır⁷⁹. Kesintisiz surette gerçekleştirilmesi söz konusudur. İnsan haysiyetini sistematik olarak aşağılama fiilinde ise fail, mağdura alaycı muamele yapmakta⁸⁰, kişisel haysiyetini aşağılamakta, mağdurun eksiklikleri üzerinde alay etmekte, mağdurun özel yaşam bilgilerini yaymakta ve bunun gibi benzeri fiilleri uygulamaktadır. Failin mağdura haksız eleştiri yaptığı⁸¹ ve onu kötülediği durumlarda da suç oluşmaktadır⁸². Söz konusu insan haysiyetini aşağılayıcı fiiller, bir defaya mahsus şekilde değil, sistematik olarak devam etmek zorundadır. İcrai veya ihmali olarak gerçekleştirilebilir⁸³.

Kırgız Ceza Kanununun 136. maddesinin 1. fıkrası için yalnızca hareketlerin yapılması yeterli olmayıp, bu hareketlerin sonucunda mağdurun intihar etmesi veya intihara teşebbüs etmesi gerekmektedir. Teşebbüs tamamlanmış suç gibi cezalandırılmaktadır. 136. maddenin 3. fıkrasında ise teşebbüse yer verilmemiş, intiharın gerçekleşmesi aranmıştır.

B. İNTİHARA TAHİRİK SUÇU

KCK'nın 137. maddesinde yer alan intihara tahrik hükmüne göre fail ikna, aldatma veya farklı bir şekilde mağduru intihara tahrik etmektedir. Mağdur, failin söz konusu fiilleri sonucunda intihar ettiğinde veya intihara teşebbüste (girişimde) bulunduğu fail KCK'nın 70. maddesinin II. kategorisiyle cezalandırılmaktadır (KCK, m. 137/1). II. kategoriye göre, reşit olmayan çocuk failer 1 yıl 6 aydan-2 yıl 6 aya kadar,

⁷⁵ Gladkih V.İ./ Kurçeev B.S., Ugolovnoe pravo Rossii, Obşaya i osobennaya çast, g. Novosibirsk 2015g. s.180.

⁷⁶ Galimov R.R., K voprosu ob ugolovnoi otvetstvennosti za dovedenie do samoubiystva, Vestnik VEGU №2(70) 2014. s.26.

⁷⁷ Kurmanov / Sıdkova/ Şarşenaliev / Kurmanov /Abдиеv/ Osmonaliev/Artsıbaşev/ Bodobaev/ Okenova, s. 38. Aynı görüş. İnogamova-Hegay/ Raroga/ Çuçaeva s. 60.

⁷⁸ Galimov, s.26.

⁷⁹ Sundurova / Talan, s. 47-48.

⁸⁰ İnogamova-Hegay/ Raroga/ Çuçaeva / s. 61.

⁸¹ Galimov, s.27.

⁸² Sundurova / Talan, s. 47-48.

⁸³ Kurmanov / Sıdkova/ Şarşenaliev / Kurmanov /Abдиеv/ Osmonaliev/Artsıbaşev/ Bodobaev/ Okenova, s. 38.

diğer failler ise 2 yıl 6 aydan-5 yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılmaktadırlar. Söz konusu fiillerin, faile maddi veya benzeri durumlarla bağımlı olan mağdura yada reşit olmayan çocuğa karşı işlenmesi halinde, fail KCK'nın 70. maddesinin III. kategorisindeki cezayla cezalandırılmakla beraber, belli bir işte çalışmamak veya 3 yıla kadar belli bir mesleki uğraşından uzaklaştırılmak yaptırımına maruz kalmaktadır veya sadece III. kategorideki cezayla cezalandırılmaktadır (KCK m. 137/2). KCK'nın 70. maddesinin III. kategorisindeki hükme göre, reşit olmayan çocuklara 2 yıl 6 aydan-4 yıla kadar, diğer faillere ise 5 yıldan 7 yıl 6 aya kadar hapis cezası uygulanmaktadır⁸⁴.

İntihara tahrik suçu hem doğrudan niyetle hem de dolaylı niyetle işlenebilmektedir⁸⁵.

İkna etmek kavramında, mağdurun intihar etmesi için fail tarafından inandırılması, öğüt verilmesi söz konusu iken aldatmada, failin mağduru intihar ettirmek amacıyla yanlış şekilde yönlendirilmesi gerçekleştirilmektedir⁸⁶. Bunların dışında herhangi bir şekilde de intihara tahrik gerçekleşebilir. Suçun, faile maddi veya benzeri durumlarla bağımlı olan mağdura ya da reşit olmayan çocuğa karşı işlenmesi halinde ceza daha fazla olmakta ve ayrıca hak yoksunluğu uygulanmaktadır. Failin çocuk olması halinde ise cezanın daha az verilmesi kabul edilmiştir.

Suçun oluşması için belirli kişinin intihara tahrik edilmesi gerekmektedir. Belirsiz sayıdaki kişilere karşı gerçekleştirilen fiillerde bu madde uygulanmayacaktır.

C. DEĞERLENDİRME

Yukarıda belirtilen suçlar, intihar olaylarının cezalandırılması açısından önemli hükümler olmakla beraber yeterli değildir. Günümüz teknolojisinin ortaya çıkardığı ve çocukların ölüme neden olan ölüm oyunlarının engellenebilmesi için mevzuatımıza hükümler eklenmesi ve ciddi önlemler alınması gerekmektedir. Suçların oluşması için mağdurun intihar etmesi veya intihara teşebbüs etmesi gerekmektedir.

Yapılacak düzenlemeler açısından Rus Ceza Kanunu'ndan yararlanılabilir. Rusya Federasyonu'nun, "çocukların telekomünikasyon veya internet aracılığıyla intihar ettirilmesine" yönelik, 31 Mayıs 2017 tarihinde Rus Ceza Kanununa getirmiş olduğu yeni düzenlemelerin Kırgız Ceza Kanunu'nda da kabul edilmesi gerekir. Buna göre⁸⁷, 110. maddesinin 2. fıkrasının (b) bendinde yer alan *intihara götürme* suçununun

⁸⁴ Ugolovniy kodeks Kırgızskoy Rsespubliki, ot 2 fevralya 2017 goda, №19.

⁸⁵ Kurmanov / Sıdkova/ Şarşenaliev / Kurmanov /Abdiev/ Osmonaliev/Artsıbaşev/ Bodobaev/ Okenova, s. 39.

⁸⁶ Kuznetsova M.Yu. "Dovedenie do samoubiystva: problemi i kvalifikatsii". III mejdunarodnaya nauçnaya konferentsiya, Pravo: istoriya, teoriya, praktika. Sankt-Peterburg 2015, İSBN 978-5-4386-0809-7. s. 124.

⁸⁷ Putin podpisal zakon o "gruppah smerti", rossiyskaya gazeta RG.RU, 07.06.2017. <https://rg.ru>. (E.T.20.03.2019)., Ugolovniy kodeks Rossiyskoi Federatsii, <https://minjust.ru> (E.T.20.03.2019).

hamile kadına karşı işlenmesi, (v) bendinde iki veya daha fazla kişiye karşı işlenmesi, (g) bendinde önceden anlaşmak suretiyle grup veya örgüt tarafından işlenmesi, (d) bendinde ifade edilen alenen, kitle iletişim aracılığıyla veya telekomünikasyon bilgi ağı ve internet vasıtasıyla gerçekleştirilmesi hükümlerinin eklenmesi gerekir. Yine Rus CK'nun 110.1 maddesinin 3. fıkrasının (b) bendinde yer alan, *intihara tahrik veya intihar işlenmesine yardım etmek* suçunun hamile kadına karşı işlenmesi, (v) bendinde iki veya daha fazla kişiye karşı işlenmesi, (g) bendinde önceden anlaşmak suretiyle grup veya örgüt tarafından işlenmesi, (d) bendinde alenen, kitle iletişim aracılığıyla veya telekomünikasyon bilgi ağı ve internet vasıtasıyla işlenmesi hükümlerinin Kırgız Ceza Kanununa ilave edilmesi şarttır. Ayrıca Rus CK'nun 110. 2 maddesinin 1. fıkrasında, *intihara teşvik* suçunun örgütün faaliyeti çerçevesinde, intihar işleme yöntemleriyle ilgili bilgileri yaymak veya intihar işlenmesine çağırarak hükmünün, 2. fıkrasında, söz konusu fiilin alenen, kitle iletişim aracılığıyla veya telekomünikasyon bilgi ağı ve internet vasıtasıyla gerçekleştirilmesi hükümlerinin⁸⁸ Kırgız Ceza Kanununa eklenmesi gerekir.

Bunların yanında, Kırgızistan'da da Rus Federasyonu'nun 18 Aralık 2018 tarihli, Bilgi, Bilgi Teknolojisi ve Bilgi Güvenliği Kanununda yer alan (m.15.1) "çocukları veya diğerlerini kötü etkileyecek sitelerin engellenmesi" ve "çocukların veya diğerlerinin sağlığına ve hayatına zarar verecek bilgilerden koruma" (5.bölümün 1.alt bölümü, "j" fıkrası)⁸⁹ hükümlerine benzer yeni düzenlemelerin yapılması gerekmektedir.

SONUÇ

Günümüzde telekomünikasyon bilgi ağı ve internet aracılığıyla çocukları intihara götüren veya tahrik eden ölüm oyunlarının ilgili organlarca engellenmesine rağmen, yerine yeni ölüm oyunlarının çıktığı görülmektedir. Gelişen teknoloji çağında, hayatımızı ve işimizi kolaylaştıracak telekomünikasyon ve internet vasıtasıyla her türlü bilgiye ulaşabileceğimiz çağda, sosyal medya aracılığıyla topluma zarar verecek, özellikle daha genç ve yeni kuşakları gizli yöntemlerle yok etmeye yönelik bu tür ölüm oyunlarının ileride tekrarlanmaması, oyunu kuranlar için sert bir ceza uygulanması için başta İçişleri Bakanlığı olmak üzere, ciddi tedbirlerin alınması, ayrıca Kırgız Ceza Kanunu'nda İntihara Götürmek ve İntihara Tahrik hükümlerinin yeniden düzenlenmesi gerekmektedir. Bu çerçevede hükümlere, alenen, kitle iletişim aracılığıyla veya

⁸⁸ Ugolovniy Kodeks RF, <https://minjst.ru/ru/press/news/ugolovnyy-kodeks-rossiyskoy-federacii-0> (E.T. 05.03.2019).

⁸⁹ Federalniy zakon ob informatsii, informatsionnih tehnologiy i o zaşite informatsii ot 27.07.2006 №149-F3 st.15.1 (redaktsiya 18.12.2018). <https://fzrf.su/zakon/ob-informacii-149-f3/st-15.1.php> (E.T.20.03.2018).

telekomünikasyon bilgi ağı ve internet vasıtasıyla işlenmesinin, iki veya daha fazla kişiye karşı gerçekleştirilmesinin, örgütlü olarak icra edilmesinin örgütün faaliyeti çerçevesinde, intihar işleme yöntemleriyle ilgili bilgileri yaymak veya intihar işlenmesine çağırarak hükmünün ilave edilmesi yararlı olacaktır.

Belirtilen düzenlemelerin dışında çocukların benzer ölüm oyunlarından uzak durmaları için internet kullanımının Rusya'da olduğu gibi 14 yaşa kadar sınırlanması, çocukların ebeveynlerinin her daim onların yanında olmaları, her konuda desteklemeleri, davranışlarında herhangi bir değişikliğin ortaya çıkması halinde hemen farketmeleri, ölüm oyunlarının kendisine ne kadar tehlikeli olacağını çocuklarına anlatmaları, sosyal hayatlarını sağlıklı yürütmeleri için çocuklarını gözlem altına almaları, okullarda İçişleri Bakanlığı Çocuklar İşleri Bölümü temsilcileri, psikologlar ve öğretmenler tarafından sürekli toplantıların düzenlenmesi gerekmektedir.

KAYNAKLAR

- Arhipova A./ Volkova M./ Kirzyuk A./ Malaya E./ Radçenko D./ Yugay E.: Gruppi smerti: ot igrı k moralnoi panike. İssledovatel'skaya gruppa Monitoring aktualnogo folklora, g. Moskva 2017g.
- Batiçko V.T.: Ugolovnoe pravo, Obşaya i osobennaya çast, kurs leksiy. Taganrogskiy Gosudarstvenniy Radiotekhniceskiy Üniversitet, 2006g.
- Bekmagambetova V.P./ Revin V.P./ Revina V.V./ Ugolovnoe pravo Respubliki Kazahstan, Osobennaya çast, g. Moskva 2017g.
- Bengard Anastasiya.: 88 samoubiystv za god. Poçemu naşı deti uhodyat iz jizni. 24kg, 11 fevralya 2019 g. https://24kg/obshestvo/109171_88samoubiystv_za_god_pochemu_nashi_deti_uhodyat_izjizni/ (E.T. 19.03.2019).
- Baboçki prodoljitelnost jizni., vetatlas.ru/articles/koshki/stati/babochki-prodolzhitelnost-zhizni (E.T.11.03.2019).
- Bişkekskie činovniki vistupili protiv podrostkovoı igrı "işçezni na 48 çasov", 28.02.2019. Fe.Fergana news. <https://fergana.agency/news/105572/> (E.T.18.03.2019).
- Vladimir Novikov, dotsent kafedrı psihiatrii i psihoterapii. Tele programma Mujskoe/Jenskoe-ostorojno "Siniy kit", Çast 2, vıpusk ot 03.03.2017. (E.T.08.03.2019).
- "V Kirgızstane ne bilo ni odnogo suitsida iz-za sinego kita". Novosti Kirgızstana. kloop.kg, 6 fevralya, 2017g. (E.T.11.03.2019).
- V Kirgızstane osnovnaya priçina detskogo suitsida-semeynie ssorı, oktyabr 2018 g., <https://rus.azattik.org>. (E.T.03.04.2019).
- Galimov R.R.: K voprosu ob ugolovnoi otvetstvennosti za dovedenie do samoubiystva, Vestnik VEGU №2(70) 2014g.
- Gladkih V.İ./ Kurçeev V.S.: Ugolovnoe pravo Rossii, Obşaya i osobennaya çast, g. Novosibirsk 2015g.
- Gazeta Komsomolskaya pravda, 11.01.2017, www.kp.ru/daily/26642.7 (E.T.08.03.2019).
- Gruppa smerti, Novaya gazeta, №51, 16.05.2016. (E.T.10.03.2019).
- Grajdane Kirgızstana obyavili voynu traditsii kraji nevest. For.Kg. Novosti Kirgızstana. <https://for.kg./news-151315-ru.html>. (E.T. 03.04.2019).
- "Desyat detei soverşili suitsid, do çego migratsiya dovodit kirgızstantsev", Sputnik Kirgızstan, 06.07.2018, <https://ru.sputnik.kg/society> (E.T.03.04.2019).
- Detyam do 14 let hotyat zapretit sotseti. A ostalnih sobirayutsya puskat tolko pod nastoyaşim imenem po pasportu, "gazeta izvestiya". <https://iz.ru/news/676136> (E.T.11.03.2019).

- İnogamova-Hegay L.V./ Raroga A.İ./ Çuçaeva A.İ.: Uголовное право Rossiyskoy Federatsii, Osobennaya çast, g. Moskva 2008g.
- İrina Karamuşkina podnyala vopros o poyavlenii igrı “siniy kit”. kaktus media. 12ap- relya, 2018g. https://kaktus.media/doc/373014_irina_karamyshkina_podnyala_vopros_o_poiavlenii_igrы_siniy_kit_.html. (E.T.20.03.2019).
- İgra “Siniy kit” poyavilas c sotsetyah Brazilii. <https://www.izh.kp.ru/daily/26669/3691644/> (08.03.2019).
- Kuznetsova M.Yu.: Dovedenie do samoubiystva: problema kvalifikatsii, III Mejdunarodnaya nauçnaya konferentsiya, Pravo: istoriya teoriya praktika, İSBN 978-5-4386-0809-7. g. Sankt-Peterburg 2015g.
- Kulikova Anna. /Polidi Anna.: Problema zakonodatelnoy reglamentatsii otvetstvennosti za dovedenie do samoubiystva i sklonenie k samoubiystvu, nauçno- metodičeskiy elektronniy jurnal Kontsept, İSSN 2304-120X, 2017r.
- Kurmanov K.Ş./ Sıdikova L.Ç./ Şarşenaliev A.Ş./ Kurmanov Z.K./ Abdiev K.M./ Osmo- naliev K.M./ Artsıbaşev P.Ya. / Bodobaev K.A./ Okenova R.A.: Uголовное право, Osobennaya çast, g. Bişkek 2001g.
- Kızalakova A./ Turdubekova N./ Kokulova A./ Munduzbaev M./ Gavrilova E.: “Profilaktika reketa v şkolah Kırgızstana”. Metodičeskoe posobie po pre- dotvraşeniyu reketa v obşebrazovatelnih uçrejdeniyah. g. Bişkek 2011g.
- Kurator sinego kita prigovoren k trem godam kolonii-poseleniya. 5 sentyabrya, 2018 g., www.rambler.ru. (E.T.19.03.2019).
- “Kakie poteri neset armiya Kırgızstana v mirnoe vremya”. 10 oktyabrya 2018 g., Fer- gana Ru. <https://yandex.ru/media/fergana/kakie-poteri-neset-armiia-kyrgyzstana-v-mirnoe-vremia—5bbe020324792200aa778db6>. (E.T. 03.04.2019).
- Kraja nevest v Kırgızstane: gendernaya duel. İslam v SNG. [islamsng.com/kgz/re- port/4112](http://islamsng.com/kgz/report/4112) (E.T.03.04.2019).
- Menedjer “megafona” uličil ukrainskih natsionalistov v sozdanii “gruppi smerti”. Ga- zeta.ru 16.02.2017 (<https://m.gazeta.ru/tech/news/2017/02/16/n-9697289shtml>) (E.T.11.03.19).
- “Novaya smertelnaya igra-Podojgi druga”. Gazeta Komsomolskaya pravda, 7 fevralya 2019, <https://www.rostov.kp.daily/26939.4/3989778> (E.T.18.03.2019).
- Novaya gazeta, Galina Mursalieva, Lis priznal svoyu vinu. 20 iyulya 2017 r. [www.no- vayagazeta.ru](http://www.novayagazeta.ru) (E.T.19.03.2019).
- “Opasnaya igra dlya detei Momo, mojet poyavitsya v Kırgızstane”. MVD. 14.08.2018. [https://ru.sputnik.kg/society/20180814/1040628267/mvd-igra-momo- messendzher-profilaktika.html](https://ru.sputnik.kg/society/20180814/1040628267/mvd-igra-momo-messendzher-profilaktika.html). (E.T.11.03.2019).

- Poçemu kitı vibrasivayutsya na bereg? www.meta.kz (E.T. 11.03.2019).
- Pletneva predlagaet vvesti zvanie “obraztsovaya semya”. Parlamentskaya gazeta. 06.03.2017. <https://www.pnp.ru/politics/2017/03/06/plenyova-predlagaet-westi-zvanie-obrazcovaya-semya.html> (E.T.11.03.2019).
- Prozorova Maria. / Gavrilova Yulia.: “Opasnie igrı naşih detei”. 9 fevralya 2017g., KP v Ukraine. <https://kp.ua/incidents/566384-opasnye-yhry-nashykh-detei> (E.T. 18.03.2019).
- Putin podpisal zakon o “gruppah smerti”, rossiyskaya gazeta RG.RU, 07.06.2017. <https://rg.ru>. (E.T.20.03.2019).
- Radio svoboda, Krım realii, 16 fevralya, 2017, 17.00, krym.r.com/a/28312768html. (E.T.08.03.2019).
- “Rodniye vibrosivşiyssya devoçki polagayut, çto suitsid svyazan s opasnimi igrami”. 7 fevralya 2017, kaktus media., <https://kaktus-media.doc.352138-rodnye-vybrosivsheisa-devochki-polagayut-çto-svi-cid-sviazan-s-opasnymi-igrami.tml>. (E.T.20.03.2019).
- Revin V.P.: Ugolovnoe pravo Osobennaya çast, Yustitsinform 2010g.
- Seralieva A.M./ Baymagambetova Z.M.: Problemy ugolovnoi otvetstvennosti za dovedenie samoubiystva, Kazahskiy natsionalnyy pedagogičeskyy universitet imeni Abaya, Vestnik, №1(48)2017.
- Sundurova F.R./ Talan M.V./ Ugolovnoe pravo Rossii, Osobennaya çast, g. Moskva 2012g.
- Suitsid kak problema sovremennogo obşestva. R.V. Petrunkova. Minskiy institut upravleniya, g. Minsk, Respublika Belarus. str.416. http://media.miu.by/files/store/items/uses/xvii/mim_uses_xvii_34024.pdf. (E.T. 05.03.2019).
- Spasenie detei ot kiberprestupleniy. Sledstvenniy komitet RF. Ofitsialnyy sayt. s.3, irk.sledkom.ru/folder/107968/?pdf=1 (E.T. 11.03.2019).
- Siniy kit, mleçnyy put, more kitov-suitsidialnie igrı dlya detei!!!Budte vniimatelny. <https://vadro.livejournal.com/1229256.html> (E.T. 10.03.2019).
- “Sinie kitı” okazalis straşnee “İslamskogo gosudarstva”, gubernator Ulyanovskoi oblasti rasskazal o razgove protiv odaryennih rossiyskih detei. Gazeta kommersant, 08.03.2017. <https://www.kommersant.ru/doc/3236648> (E.T.01.03.2019).
- “Siniy kit. Eşe odna jertva” Novosti 24 ala-too, g. Bişkek, 11 fevralya 2017. Pervuyu jertvu gruppy siniy kit naşli v Bişkeka. Novosti 24Mir, 8 fevralya, 2017. (E.T.11.03.2019).
- “Siniy kit 2: oçerednaya smertelnaya igra trevojit kirgizskiy segment”. For.kg/novosti Kirgizstana. www.for.kg. (E.T.11.03.2019).

- “Smertelnaya igra v sotsetyah”. Otkrovenniy razgovor. Telekanal NTS, 13 fevralya 2017g. (E.T.20.03.2019).
- Statistika- samoubiystv <http://prognoz.org/article/statistika-samoubiistva>. (E.T. 05.03.2019).
- Tanya Tayson. Suitsid kak sotsialnyy fenomen. <https://www.proza.ru/2009/12/31/909> (E.T. 05.03.2019).
- Tvarkovskaya Aleksandra, Poçemu kiti vibrasivayutsya na bereg, legenda i versii. <https://syl.ru/article/33065/pochemu-kityi-vybrasivayutsya-na-bereg-legenda-i-versii>. (E.T.11.03.2019).
- Toktonazarova, Nurjan.: “Desyatki kırgızskih soldat, pogibshih v mirnoe vemya”, aprel, 2016 g. <https://rus.azattyk.org/a/27657453>. (E.T. 03.04.2019).
- Ugolovnyy kodeks Kırgızskoy Respubliki, ot 2 fevralya 2017 goda, №19.
- “U podrostkov poyavilas novaya opasnaya smertelnaya igra”. 11 fevralya 2019g., novosti bigmirnet. News.bigmirnet/ukraine /1886894-Y-podrostkov-poyavilas-novaya-smertelno-opasnaya-igra (E.T.18.03.2019).
- Ugolovnyy Kodeks RF, <https://minjust.ru/ru/press/news/ugolovnyy-kodeks-rossiyskoy-federacii-0> (E.T. 05.03.2019).
- Ugolovnyy kodeks Rossiyskoy Federatsii, <https://minjust.ru> (E.T.20.03.2019).
- Elmurzaev Doku İnaeviç.: “Ugolovnaya otvetstvennost za dovedenie do samoubiystva”. Aftoreferat dissertatsii na soiskanie uçenoy stepeni kandidata yuridicheskih nauk. Akademiya upravleniya MVD Rossii, g. Moskva 2004g.
- Federalnyy zakon ob informatsii, informatsionnih tehnologiy i o zaşite informatsii ot 27.04.2006 №149-F3 st.15.1 (redaktsiya 18.12.2018). <https://fzrf.su/zakon/ob-informacii-149-f3/st-15.1.php> (E.T.20.03.2018).
- Akduman, Gültekin/ Korkusuz, İrfan/ Hüseyinov, Afgan/ Aytaç, Önder/Barış, Akduman: Polis ve İntihar, Adli Psikiyatri Dergisi, Nisan 2006, Cilt:3, Sayı:2.
- Alisinoanoğlu, Fatma/ Akduman, Gülümser Gültekin: Çocuk ve Ergenlerde İntihar, Adli Psikiyatri Dergisi, Temmuz-Ağustos 2006, Cilt:3, Sayı: 3-4.
- Mavi balina oyunu nedir, nasıl öldürüyor? 28.01.2019. www.posta.com.tr. (11.03.2019).
- Mavi Balina oyunu nedir? İşte Mavi Balina hakkında merak edenler ve ayrıntılı analiz. www.sozcu.com.tr.(E.T.19.03. 2019).
- Mavi balina oyunu intihar Haberleri, Güncel Mavi balina oyunu intihar haberleri ve Mavi balina oyunu intihar gelişmeleri. <https://haberturk.com/haberleri/mavi-balina-oyunu-intihar#> (E.T.29.03.2019).
- Mavi balina yüzünden 142 kişi intihar etti! www.milliet.com.tr/Mavi-Balina-yuzunden-142-kisi-intihar-etti-molatik-707/ (E.T.29.03.2019).
- <https://22oa.ru/zhizn-babocek>. (E.T.11.03.2019).

ren.tv/novosti/2016-05-18/sledovateli-polagayut-chto-igra-v-socseti-vynudila-11-
lenyuyu-shkolnicu (E.T. 10.03.19).

<https://www.takvim.com.tr/guncel/2019/01/28>, Bu oyunu oynayanlar kendini öldü-
rüyor: mavi balina nedir? 21 Eylül 2017, (E.T. 11.03.2019).

www.birgun.net (E.T. 11.03.2019).

<https://www.kazedu.kz/referat/9881315> (E.T. 05.03.2019).

ren.tv/novosti/2016-05-18/sledovateli-polagayut-chto-igra-v-socseti-vynudila-11-
letnyuyu-shkolnicu (E.T. 10.03.19).

www.mason.org.tr/web/ (E.T.07.04.2019).

<https://tr.wikipedia.org/wiki/Masonluk> .(E.T.07.04.2019).

<https://tr.wikipedia.org/wiki/Martinizm>. (E.T.07.04.2019).

<https://tr.wikipedia.org/wiki/Satanizm>. (E.T.07.04.2019).

<https://tr.wikipedia.org/wiki/Faşizm>. (E.T.07.04.2019).

<https://www.sumakpompa.com/tr> (E.T.07.04.2019).

<https://vsezdorovocom/2018/12/saentologiya-chto-eto-takoe> (E.T.07.04.2019).

<https://eksisozluk.com/norolinguistik-programlama-215587> (E.T.07.04.2019).

KISALTMALAR

Bkz.	: Bakınız
CK.	: Ceza Kanunu
f.	: fıkra
KCK.	: Kırgız Ceza Kanunu
m.	: madde
s.	: sayfa
İng.	: İngilizce

Araştırma Makaleleri

Özel Hukuk

**ALACAKLILARDAN MAL KAÇIRMAK İÇİN KURULAN YENİ
ŞİRKETE MÜRACAAT İMKÂNI BAKIMINDAN; MUVAZAA, TÜZEL
KİŞİLİK PERDESİNİN KALDIRILMASI İLE ORGANİK BAĞ
KAVRAMLARININ ELVERİŞLİLİĞİ VE YARGITAY
UYGULAMALARI***

*In Accordance with the Claims Against the New Company Established for the Debt
Evasion; the Availability of the Concepts of Simulation, Lifting the Corporate Veil
and Organic Link and the Applications of the Court of Appeals*

Prof. Dr. Şahin AKINCI**

ÖZ

Uygulamada sıklıkla borca batık şirketlerin alacaklıların takibinden kurtulabilmek amacıyla farklı bir şirket adı ve çatısı altında faaliyetlerini sürdürdükleri görülmektedir. Borca batık şirketlerin ortakları yeni bir şirket kurmakta, yeni şirket borca batık şirketle aynı iş kolunda faaliyetini sürdürmekte ve hatta aynı müşteri çevresi ile ticaret yapmaktadır. Borçlu şirketlerin alacaklıları ise takip başlattıklarında borca batık, içi boş bir şirketle karşılaşmaktadırlar. Aynı alacaklılar yeni şirket aleyhine yapılan takiplerde ise her iki şirketin ayrı tüzel kişiliklerinin olduğu, bir tüzel kişinin borçlarından dolayı başka bir tüzel kişinin sorumlu tutulamayacağı savunması ile karşılaşmaktadırlar.

Böyle durumlarda genellikle ilk akla gelen muvazaa olmakla birlikte muvazaanın şartları her olayda gerçekleşmemektedir. Bu nedenle pek çok olayda tüzel kişilik perdesinin kaldırılması veya organik bağ teorilerine ihtiyaç duyulmaktadır.

ANAHTAR KELİMELER: Muvazaa, Tüzel Kişilik, Perdenin Kaldırılması, Organik Bağ, Mal Kaçırma.

ABSTRACT

In commercial practice, it is often seen that the companies which are sunk in to debt, to carry out their activities under the name of a different company, in order to avoid the executive proceedings of creditors. For that purpose, the partners of the debtor companies establish a new company, the new company continues to operate in the same business line and also trade with even the same customer environment as the debtor company. When the creditors of the debtor companies start an executive proceeding, they encounter a company that has not any assets to attach and sink in debt. Furthermore, during the proceedings against the new company, creditors also face the defense that both companies have separate legal entities and that no other legal entity can be held responsible for the debts of one legal entity.

In such cases, simulation comes to mind first. However, the conditions of the simulation are not realized in all cases. For this reason, in many cases, "lifting the corporate veil" theory is needed to be discussed.

KEY WORDS: Simulation, Legal Entity, Theory of Lifting the Corporate Veil, Organic Link, Debt Evasion.

* Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 15.11.2019

Kabul Edildiği Tarih: 24.11.2019

DOI Numarası: [10.15337/suhfd.659984](https://doi.org/10.15337/suhfd.659984)

** Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Hukuk Anabilim Dalı Prof. Dr.

E-mail Adresi: sahin.akinci@hku.edu.tr

ORCID ID: [0000-0002-2894-3655](https://orcid.org/0000-0002-2894-3655)

I. GİRİŞ

Şirketler hukukunda geçerli olan ayrılık ilkesi¹ gereğince şirket ile onu oluşturan ortakların birbirinden ayrı kişilikleri ve malvarlıkları bulunmaktadır. Bunun kaçınılmaz bir sonucu olarak şirketin borçlarından dolayı ortakların sorumluluğu kural olarak düşünülemez². Aynı durum ortakların borçları için de geçerlidir. Ortakların borçlarından dolayı şirket sorumlu tutulamaz³. Bunun gibi, bir şirketin borçlarından dolayı başka bir şirketin sorumluluğu cihetine de gidilemez. Çünkü her iki şirketin farklı tüzel kişilikleri bulunmaktadır.

Borca batık bir şirket aleyhine icra takibi başlatıldığında genellikle karşılaşılan durum şudur: Borçlu şirketin adresinde yeterli malvarlığı yoktur. Gidilen adreste başka bir şirket faaliyet göstermektedir. Bu genellikle sonradan kurulmuş paravan bir şirkettir. Haciz yapıldığı takdirde üçüncü kişi konumundaki paravan şirketin istihkak iddiası ile karşılaşılmaktadır. Bazı hallerde borçlu şirketin malvarlığı paravan şirkete çoktan devredilmiştir. Bu durumda alacaklıların müracaat ettiği yollardan birincisi İİK. m. 277’de düzenlenen iptal davası⁴, ikinci yol ise muvazaadır. Genellikle iptal davası açılırken yapılan devrin muvazaalı olduğu da ileri sürülmektedir. Ancak pek çok olayda muvazaanın ve İİK.m. 277’de düzenlenen iptal davasının şartları gerçekleşmemektedir. Özellikle borçlu şirket ile paravan şirket arasında bir devir ilişkisinin bulunmadığı hallerde muvazaa sebebiyle devrin geçersizliğini ileri sürmek mümkün olmadığı gibi İİK m. 277’ye göre iptal davası da açılmamaktadır. Çünkü iptal edilebilecek veya geçersizliği ileri sürülebilecek bir tasarruf işlemi bulunmamaktadır. Böyle bir durumda

¹ Çamoğlu, E., Ticaret Ortaklıkları Bağlamında Perdenin Kaldırılması Kuramı ve Yargıtay Uygulaması, BATİDER, C. 32, S. 2, Haziran 2016, s. 14; Uyar, T., Tasarrufun İptali Davası ve “Muvazaa”, “Nam-ı Müstear”, “İşletmenin Devri”, “Kanuna Karşı Hile” ve “Perdeyi Kaldırma Teorisi”, ABD. Y. 74, S. 2016/2, s. 375; Yanlı V., Anonim Ortaklıklarda Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması ve Pay Sahiplerinin Ortaklık Alacaklılarına Karşı Sorumlu Kılınması, İstanbul 2000, s. 10 – 12.

² Uyar, s. 375; Yanlı, 10 – 12; Yıldırım, K., Maddi Hukuk İcra Hukuku İlişkisi ve İptal Davalarından Perdeyi Kaldırma Teorisine Hukuki Korunma Sağlayan Enstrümanlar, Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması, I. Uluslararası Ticaret Hukuku Sempozyumu, 02 Şubat 2008, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Sempozyum Kitabı, Editör Erol Ulusoy, İstanbul 2008, s. 183; Yüksel, K., Şirketler Hukukunda Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması Örtünün Aralanması LigitingtheCorporateVeil, Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması, I. Uluslararası Ticaret Hukuku Sempozyumu, 02 Şubat 2008, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Sempozyum Kitabı, Editör Erol Ulusoy, İstanbul 2008, s. 265.

³ Yanlı, s. 3; Yılmaz, L., Anonim Şirketlerde Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması Meselesi Hakkında İsviçre Federal Mahkemesi Kararları Işığında Düşünceler, Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması, I. Uluslararası Ticaret Hukuku Sempozyumu, 02 Şubat 2008, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Sempozyum Kitabı, Editör Erol Ulusoy, İstanbul 2008, s.238.

⁴ Yavaş, M., Tasarrufun İptali ve İstihkak Kurumlarında Perdenin Kaldırılması, Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması, I. Uluslararası Ticaret Hukuku Sempozyumu, 02 Şubat 2008, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Sempozyum Kitabı, Editör Erol Ulusoy, İstanbul 2008, s. 217.

paravan şirketin malvarlığına müracaat etmeyi sağlayacak farklı hukukî yollara ihtiyaç bulunmaktadır. İşte bu yollardan biri tüzel kişilik perdesinin kaldırılması, bir diğeri ise organik bağ olarak karşımıza çıkmaktadır.

Bu makalede, borca batık şirketlerin ortaklarının farklı (paravan) şirket çatısı altında faaliyetlerini sürdürmeleri halinde muvazaa yoluna müracaat edilip edilemeyeceği, muvazaa yolunun işletilememesi halinde hangi şartlar altında tüzel kişilik perdesi kaldırılarak veya organik bağ kavramına müracaat edilerek yeni şirketin malvarlığına el atılabileceği konuları üzerinde durulmuştur.

I. MUVAZAA YOLU

A) GENEL OLARAK

Muvazaa, Türk Borçlar Kanunu'nun 19. maddesinde “*Sözleşmelerin yorumu, muvazaalı işlemler*” başlığı altında düzenlenmiş ancak tanımı yapılmamıştır. Bizim de katıldığımız bir tanıma göre muvazaa, “*tarafaların üçüncü kişileri aldatmak gayesiyle, gerçek iradelerine uygun olmayan ve hukukî sonuç doğurmasını istemedikleri bir görünüş meydana getirmek hususunda anlaşmalarıdır*”⁵. Şu halde muvazaa, tarafların aralarında anlaşarak, gerçekte yapmak istemedikleri bir hukukî işlemi üçüncü kişileri aldatmak amacıyla yapıyormuş gibi görünmeleridir.

Muvazaa, irade ile beyan arasında bilerek, isteyerek meydana getirilen bir uygunsuzluktur ve bu uygunsuzluk iki taraflıdır. Muvazaadan söz edebilmek için hukukî işlemin her iki tarafının da iradesiyle beyanı arasında uygunsuzluk bulunmalıdır. Bu nedenle muvazaa, en az iki tarafın varlığını gerektirir ve genellikle sözleşmelerde karşımıza çıkar⁶.

Muvazaalı işlemin tarafları bazen herhangi bir sözleşme yapmak istemedikleri halde yapıyormuş gibi hareket ederler. Bazen de gerçekte başka bir sözleşme yaptıkları halde bunu, yapmış gibi gösterdikleri bir diğer sözleşmenin arkasına gizlerler⁷. Bunlardan birincisinde mutlak muvazaa, ikincisinde ise nispî muvazaa sözkonusudur⁸.

⁵ Eren, F., Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 24. Baskı, Ankara 2019, s. 394; Antalya, G. Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C. I, Temel Kavramlar, Sözleşmeden Doğan Borç İlişkileri, İstanbul, 2016, s. 280; İnan, A. N. / Yücel, Ö., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 4. Baskı, Ankara 2014, s. 274; Atamulu, İ., Türk Borçlar Hukukunda Muvazaa, Ankara 2017, s. 2, 23.

⁶ Atamulu, s. 3; Kılıçoğlu, A. M. Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Genişletilmiş 21. Bası, Ankara 2017, s. 232 – 233.

⁷ Oğuzman, M. K. / Öz, T., Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C. I, Gözden Geçirilmiş 16. Bası, İstanbul 2018, s. 128.

⁸ Kocayusufpaşaoğlu / Hatemi / Serozan / Arpacı, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Birinci Cilt, Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Hukukuna Giriş, Hukukî İşlem, Sözleşme, Yenilenmiş, Ge-

Mutlak muvazaada tarafların niyeti sözleşme yapmak değildir. Sadece üçüncü kişileri aldatmak amacıyla sözleşme yapıyormuş gibi hareket etmektedirler. Meselâ, mallarının haczedilmesinden korkan borçlunun, alacaklılardan mal kaçırmak için göstermelik bir satım sözleşmesi yapması halinde durum böyledir⁹. Mutlak muvazaada bir tane sözleşme vardır; o da görünürdeki sözleşmedir.

Nispî muvazaada ise iki tane sözleşme bulunmaktadır. Birincisi, tarafların gerçekte yapmak istedikleri fakat üçüncü kişilerden gizledikleri sözleşmedir ki buna gerçek işlem veya gizli işlem denir. İkincisi ise, üçüncü kişileri aldatmak maksadıyla, yapıyormuş gibi göründükleri sözleşmedir. Buna da görünürdeki işlem adı verilir. Nispî muvazaada gerçek işlem görünürdeki işlemin arkasına gizlenmiştir. Nispî muvazaa uygulamada çoğunlukla muris muvazaası şeklinde karşımıza çıkar. Önalım hakkı sahibinin bu hakkını kullanmasına engel olmak düşüncesiyle satışın bağış veya mal değişim sözleşmesi (trampa) gibi gösterilmesi halinde de nispî muvazaa sözkonusudur¹⁰.

Nispî muvazaa sözleşmenin niteliğinde¹¹, konusunda veya şartlarında¹² olabileceği gibi tarafların kimliğinde¹³ de olabilir. İnceleme konumuz açısından önem arz eden muvazaa türü tarafların kimliğinde (şahısta) muvazaadır.

Tarafların kimliğinde yapılan muvazaada gerçekte başka, görünürde başka kişiyle sözleşme yapılmaktadır. Meselâ bayan A, B'nin dairesini kiralamak istemektedir. Fakat gerek ayrıldığı eski kocasının kendisini rahatsız etmesinden gerekse alacaklıların icra takiplerinden kurtulabilmek için B ile anlaşarak evi kardeşi C'nin adına kiralamıştır. Görünürde kiracı C'dir. Ev eşyası da C'ye ait gibi görünmektedir. Fakat gerçekte sözleşmenin tarafı A'dır. Ortada muvazaalı bir işlem vardır ve bu işlemin A, B ve C

nişletilmiş Tamamlanmış 4 üncü Bası, İstanbul 2008, s. 346; Eren, s. 370; Atamulu, s. 3; "Muvazaa kısaca irade ve beyan arasında bilerek yaratılan uyumsuzluk şeklinde tanımlanabilir. Muvazaada taraflar üçüncü kişileri aldatmak amacıyla gerçek iradelerine uymayan, aralarında hüküm ve sonuç doğurmayan bir görünüş yaratmak için anlaşarak bazen aslında bir sözleşme yapma iradesi taşımadıkları halde görünüşte bir sözleşme yapmaktadırlar (mutlak muvazaa). Veya gerçek iradelerine uygun olarak yaptıkları sözleşmeyi iradelerine uymayan görünüşteki bir sözleşme ile gizlemektedirler (nisbi muvazaa)." (Y. 1. HD. 09.06.2015 T., 2013/22156 E., 2015/8545 K. – Y. 1. HD. 25.05.2015 T., 2014/7274 E., 2015/7540 K. www.kazanci.com).

⁹ İnan / Yücel, s. 276 – 277; Atamulu, s. 47 – 51. Bazen de muvazaalı olarak devralınan taşınmaz, iyiniyet ilkesinden yararlanabilmek amacıyla ikinci hatta üçüncü bir satış işlemine konu yapılabilir. Böyle durumlarda da mutlak muvazaa sözkonusudur.

¹⁰ Eren, s. 398; Atamulu, s. 51 – 54, 57.

¹¹ Kocayusufoğlu, s. 348; Eren, s. 398 – 399; Kılıçoğlu, s. 234; Antalya, Borçlar, s. 283; İnan / Yücel, s. 277 – 278; Atamulu, s. 55 – 57.

¹² Eren, s. 399 – 400; Antalya, Borçlar, s. 283; İnan / Yücel, s. 278; Atamulu, s. 57 – 58.

¹³ Eren, s. 400 – 401; Antalya, Borçlar, s. 284; İnan / Yücel, s. 278.

olmak üzere üç tarafı bulunmaktadır. Üç kişi bir muvazaâ anlaşması yaparak üçüncü kişileri aldatmaktadırlar¹⁴.

Konuyu aydınlatılabilmek için muvazaanın şartlarından da kısaca söz etmek gerekmektedir.

Muvazaanın dört şartı bulunmaktadır. Bunlar; 1) Görünürdeki işlem, 2) Gizli işlem, 3) Aldatma kastı ve 4) Muvazaâ anlaşmasıdır. Ancak gizli işlem sadece nispî muvazaada yer almakta olup mutlak muvazaanın bir unsuru değildir¹⁵.

Tarafların üçüncü kişileri aldatmak için yaptıkları işleme görünürdeki işlem denir. Tarafların niyeti böyle bir işlem yapmak değildir. Bu nedenle görünürdeki işlemin kendileri hakkında hüküm ve sonuç doğurmayacağı konusunda anlaşmışlardır¹⁶.

Nispî muvazaada tarafların aslında yapmak istedikleri, sonuçlarını arzu ettikleri işlem ise gizli işlemdir. Ancak asıl yaptıkları işlemin üçüncü kişiler tarafından bilinmesini arzu etmedikleri için bu işlemi görünürdeki işlemin arkasına gizlemektedirler¹⁷.

Muvazaanın üçüncü önemli unsuru aldatma kastıdır. Taraflar, iradeleriyle beyanları arasındaki uygunsuzluğu kasıtlı olarak meydana getirmektedirler. Muvazaadan söz edebilmek için tarafların, görünürdeki işlemi üçüncü kişileri aldatma kastıyla yapmış olmaları şarttır. Zihnî kayıttan farklı olarak muvazaada uygunsuzluk tek taraflı değil iki taraflıdır¹⁸. Şu halde, sözleşmenin her iki tarafının da iradesi ile beyanı arasında uygunsuzluk olmalı ve her iki taraf da üçüncü kişi ya da kişileri aldatma kastıyla bu uygunsuzluğu meydana getirmelidir.

Nihayet son unsur muvazaâ anlaşmasıdır. Sözleşmenin tarafları arasında bir muvazaâ anlaşması bulunmalıdır. Taraflar, görünürdeki işlemin hüküm ve sonuç doğurmayacağı hususu üzerinde anlaşmış olmalıdır¹⁹. Muvazaâ anlaşması aslında aldatma kastının zorunlu bir sonucudur.

¹⁴ Antalya, Borçlar, s. 284; Atamulu, s. 62 – 63.

¹⁵ Eren, s. 67 – 369; Antalya, Borçlar, 280 – 281. Atamulu, s. 25 vd. Atamulu'ya göre gizli işlem muvazaanın bir unsuru olarak değerlendirilemez (Atamulu, s. 25).

¹⁶ Eren, s. 395.

¹⁷ Kocayusufpaşaoğlu, s. 346.

¹⁸ Kocayusufpaşaoğlu, s. 346; Hatipoğlu, C. Y., Murisin Mirasçılar Aleyhine Yaptığı Sağlararası Muvazaalı Muamelelerin Hukuki Sonuçları, Ankara 2004, s. 35.

¹⁹ Kocayusufpaşaoğlu, s. 346.

B) ALACAKLILARDAN MAL KAÇIRMAK NİYETİYLE YENİ ŞİRKET KURULMASI HALİNDE MUVAZAA

Bu açıklamalardan sonra alacaklılardan mal kaçırarak amacıyla yeni bir şirket kurulması halinde muvazaanın zikredilen şartlarının oluşup oluşmadığını tartışmak gerekmektedir. Ancak öncelikle muvazaa iddiasının nasıl ispatlanacağı konusu üzerinde durmakta fayda görüyoruz.

Muvazaayı ispat yükü, bunu iddia eden tarafa aittir (TMK. m. 6). Muvazaa iddiasında bulunan kişi muvazaalı sözleşmenin taraflarından biri ise ve muvazaalı sözleşme yazılı veya resmî şekilde yapılmışsa, bu iddianın yazılı delille ispatlanması gerekir. Muvazaalı sözleşmenin yazılı olmadığı hallerde yazılı delil aranmaz²⁰.

Üçüncü kişiler ise muvazaayı her türlü delil ile ispat edebilirler. Bunlar muvazaalı sözleşmeye taraf olmadıkları için kendilerinden yazılı delil getirmeleri beklenebilir. Muvazaalı işlemin tarafı olan kişinin mirasçısı murisin halefi oldukları için üçüncü kişi sayılmazlar²¹. Alacaklılardan mal kaçırarak amacıyla yapılan işlemlerde alacaklılar üçüncü kişi oldukları için muvazaayı her türlü delil ile ispat edebilirler. Onlardan yazılı delil getirmeleri istenemez.

Uygulamada sıklıkla borca batık şirketlerinin ortaklarının yeni bir şirket kurarak ticarî faaliyetlerine devam ettikleri görülmektedir. Bazen de daha işin başında ikinci bir şirket kurulmakta ve tabiri caizse yedekte tutulmaktadır. İcra takibine girişen alacaklılar borca batık şirketin malvarlığı kalmadığı için hiçbir şey elde edememektedirler. Yeni şirket (veya önceden kurulmuş yedek şirket) aleyhine takip yapıldığında ise bu şirketin farklı bir tüzel kişilik olduğu savunması ile karşı karşıya kalmaktadırlar. Böyle bir durumda alacaklılar tarafından çoğu zaman muvazaa iddiasına dayanılmak-

²⁰ Eren, s. 410; Kılıçoğlu, s. 237 – 238; Antalya, Borçlar, s. 290 – 291; Atamulu, s. 202 vd.

²¹ Oğuzman / Öz, C. I, s. 130; Eren, s. 409; Kılıçoğlu, 238; Antalya, Borçlar, s. 290; Atamulu, s. 202 vd. “Öte yandan, muvazaanın varlığını iddia eden taraf veya bunların ardılı (halefi) sıfatı ile hareket eden, başka bir anlatımla sözleşmenin yanlarından birine teb'an dava açan kişi Medeni Kanunun 6. maddesi gereğince bu iddiasını ispat etmek zorundadır. Senede bağlı bir sözleşmeye karşı muvazaa iddiası, 6100 s. Hukuk Muhakemeleri Kanununun (HMK) 200 ve 201. (1086 s. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun (HUMK) 288 ve 290.) maddelerinde belirtildiği üzere ancak yazılı delille kanıtlanabilir. Sözleşme aynı kanunun 203. (HUMK'nun 293.) maddesinde sözü edilen yakın akrabalar arasında yapılmış olsa dahi, muvazaanın yazılı delille ispat edilmesi gerekir. Böyle bir sözleşmenin resmi şekilde yapılması halinde bile olayın özelliği itibarıyla adi yazılı delilin yeterli olacağı öğretide ve kararlılık kazanmış yargısal içtihatlarda ortaklaşa kabul edilmiştir. İşte bu görüşten hareketle, 5.2.1947 tarih 20/6 sayılı İçtihatları Birleştirme Kararında alacaklılar tarafından muvazaa ve takma ad (nami-müstear) davalarında iddianın ancak yazılı delille kanıtlanabileceği kabul edilmiştir” Y. 1. HD. 09.06.2015 T. 2013/22156 E.; 2015/8545 K. – Y, 1. HD. 25.05.2015 T., 2014/7274 E., 2015/7540 K. www.kazanci.com).

tadır. Yeni (veya yedek) şirketin malvarlığının aslında borçlu şirkete ait olduğu, edinilen malların muvazaalı olarak yeni şirketin üzerine kaydedildiği, faturaların yeni şirketten kesildiği, taşınmazların ve araçların mülkiyetinin de aynı şekilde muvazaalı olarak yeni şirketin üzerine alındığı iddia edilmektedir.

Böyle bir durumda iki ihtimali birbirinden ayırt etmek gerekmektedir:

Birinci ihtimal: Borçlu şirketin malvarlığı yeni şirkete devredilmiş olabilir. Bu ihtimalde devrin, alacaklılardan mal kaçırma amacıyla yapılan muvazaalı bir işlem olduğunu ileri sürmek mümkündür. Meselâ borçlu şirketin üzerine kayıtlı araçlar ve taşınmazlar iki şirket arasında yapılan göstermelik bir satış sözleşmesi ile yeni şirkete devredilmiştir. Uygulamada özellikle taşınmazların, muvazaayı gizleyebilmek için eski şirket tarafından önce üçüncü kişilere devredildiği, taşınmaz birkaç defa el değiştirdikten sonra yeni şirkete devir yapıldığı görülmektedir.

Bu ihtimalde muvazaanın iddiasının ispat edilebilmesi gerekir. Bununla beraber bu tür devirlerde muvazaayı ispat etmek, dolayısıyla bu yoldan sonuç almak çok zor değildir. Zira muvazaayı ileri süren kişiler üçüncü kişi konumundaki alacaklılardır. Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere üçüncü kişiler muvazaayı her türlü delil ile ispat edebilirler. Meselâ tüm malvarlığının yeni şirkete devredilmesi, yeni şirketin ortakları ile eski şirketin ortaklarının tamamen veya kısmen aynı olması yahut aralarında akrabalık ilişkisinin bulunması, yeni şirketin eski şirketin mali durumunun kötüleşmeye başlamasından sonra kurulması, aynı işyerini kullanması, aynı müşteri çevresine hitap etmesi, satıştan elde ettiği paraların hangi alacaklılara dağıtıldığının belli olmaması veya bu kişilerin gerçekten alacaklı olduklarının ispat edilememesi, bir taşınmazın kısa sürede birkaç defa el değiştirmesi gibi hususlar muvazaanın delili olabilir.

Bazen de borçlu şirket borçlarını ödeyebilmek amacıyla malvarlığını devretmiş ve elde ettiği paraları alacaklılarına dağıtmış olabilir. Bu durumda gerçek bir devir vardır ve işlem muvazaalı değildir. Fakat bu ihtimalde de çoğu zaman muvazaanın iddiası gündeme gelebilmektedir.

Borca batık şirketin malvarlığını veya bazı taşınır yahut taşınmazlarını paravan şirkete devretmesi halinde İİK. m. 277'ye göre bir iptal davası açmak da mümkündür. İptal davasının şartları gerçekleşmişse bu yol muvazaanın iddiasına göre daha tercihe şayan bir yol olabilmektedir. Zira iptal davasının kapsamı daha geniş olduğu gibi muvazaaya göre ispat da çok daha kolaydır.

İkinci ihtimal: Borçlu şirketin ortakları yeni bir şirket kurarak ticarî faaliyetlerine devam ederler. Bu ihtimalde faaliyet konuları eski şirketin faaliyet konusu ile genellikle aynıdır veya çok az farklılık gösterir. Müşteri çevresi önemli ölçüde aynıdır. Hatta bazen iki şirket arasında isim benzerliği bile vardır. Eski şirketin adının önüne “öz”,

“has”, “hakiki” gibi takılar ilave ederek, küçük bir isim değişikliği ile faaliyetlerini sürdürürler. Yeni şirketin ortaklık yapısı da eski şirket ile benzerlik arz eder. Eski şirketin ortaklarının tamamı veya bir kısmı yahut onların yakınları (genellikle eşleri, çocukları, kardeşleri) yeni şirketin ortağıdır. Bazen göstermelik olarak farklı ortakların alındığı da görülür. Fakat yönetim eski şirketin ortaklarındadır.

Bazı olaylarda eski şirket ile yeni şirketin işyerlerinin de aynı olduğu, eski şirkete ait eşyanın (araçlar, bilgisayarlar, mobilya vs.) yeni şirket tarafından kullanıldığı da görülmektedir. Hatta çalışanlar bile aynı olabilmekte, yapılan tespitlerde eski şirketin ticarî defterleri, faturaları, eski şirkete gelen tebligatlar vs. yeni şirketin işyerinde bulunabilmektedir. Böyle durumlarda genellikle muvazaa iddiası gündeme gelmekte ve yeni şirketin malvarlığının aslında eski şirkete ait olduğu ileri sürülerek haciz işlemi yapılmak istenmektedir. Fakat bu ihtimalde çoğu zaman muvazaanın şartları gerçekleşmemektedir²². Zira yukarıda sözünü ettiğimiz birinci ihtimalde olduğu gibi eski şirketin malvarlığı yeni şirkete devredilmiş değildir. Eski şirketin içi boşaltılarak yeni bir şirket kurulmuştur. Yeni şirketin malvarlığı, üçüncü kişiler ile yaptığı ticarî faaliyetlerin sonunda elde edilmiştir. Şayet birinci ihtimalde olduğu gibi eski şirketin malvarlığı meselâ araçlar vs. devredilmiş olsaydı hiç şüphesiz bu devrin muvazaalı olduğu ileri sürülebilecek ve sözkonusu devirlerin geçersiz olduğu iddia edilebilecekti. Eski şirket ile yenisi arasında devir ilişkisi yoksa muvazaaya dayanmak pek çok olayda mümkün olmayacaktır. Bunun sebepleri şunlardır:

Yukarıda da açıklandığı üzere muvazaadan söz edebilmek için sözleşmenin her iki tarafının da iradesi ile beyanı arasında uygunsuzluk bulunmalı ve taraflar üçüncü kişileri aldatmak kastıyla hareket etmelidir. Taraflardan birinin üçüncü kişileri (alacaklıları) aldatma kastıyla hareket etmesi muvazaa için yeterli değildir. Bilindiği üzere şirketler, iştigal alanları ile ilgili olarak pek çok mal, para veya hakkı ellerinde bulundurlar. Sahip oldukları mal, para yahut hakları çoğunlukla üçüncü kişilerden devir yolu ile elde ederler. Bu üçüncü kişiler de genellikle karşılıklı olarak ticaret yaptıkları kişilerdir. Daha açık bir şekilde ifade etmek gerekirse, alacaklılardan mal kaçırma düşüncesiyle kurulan yeni şirket malvarlığını üçüncü kişiler ile kurduğu sözleşmeler sonu-

²² Gerçi böyle bir durumda borçlu şirketin ticarî ikametgâhında bulunan malların mülkiyetinin bu şirkete ait olduğu kabul edilmektedir. Çünkü zilyetlik mülkiyete karine teşkil eder. Bu karinenin aksini istihkak iddiasında bulunan üçüncü kişi konumundaki şirketin ispat etmesi gerekir. Yargıtay da karineyi borçlu şirket lehine işletmek suretiyle istihkak taleplerini çoğu zaman reddetmektedir. Dolayısıyla muvazaa olup olmadığını araştırmaya dahi gerek kalmamaktadır. Bununla beraber istihkak iddiasında bulunan şirketin bu iddiasını fatura vb. belgeler ile ispat etmesi mümkündür. Öte yandan paravan şirketin eski şirket ile aynı işyerini kullanmaması halinde yeni (paravan) şirketin işyerinde haciz yapabilmek için tüzel kişilik perdesinin aralanmasından veya organik bağ kavramına müracaat etmekten başka yol kalmamaktadır.

cunda elde etmiştir. Yeni şirketin elde ettiği malvarlığının aslında eski şirkete ait olduğunu söyleyebilmek için yeni şirket ile eski şirket ve üçüncü kişiler arasında bir muvazaa anlaşmasının bulunması gerekir. Bu muvazaa, yukarıda örneklendirerek açıklamış olduğumuz şahısta (tarafların kimliğinde) muvazaadır. Bu tür bir muvazaanın varlığından söz edebilmek için, yeni şirket, eski şirket ve üçüncü kişinin, hem kurulan sözleşmenin gerçek tarafının hem de üçüncü kişi tarafından devredilen malvarlığı, para yahut hakkın gerçek sahibinin eski şirket olduğu konusunda anlaşmış olmaları icap eder. Böyle bir anlaşma yapılmışsa işlemin asıl tarafı eski şirket, görünürdeki tarafı ise yeni şirkettir. Bu ihtimalde iki şirket ve üçüncü kişi arasındaki muvazaa anlaşmasının varlığı ispat edilebilirse yeni şirketin malvarlığı haczedilebilir. Ancak böyle durumlarda üçüncü kişiler ile bir muvazaa anlaşmasının yapıldığını iddia ve ispat etmek oldukça güçtür. Yüzlerce kişi ile ticaret yapan bir kimsenin her ticaret yaptığı kişi ile muvazaa anlaşması yapması da hayatın olağan akışına aykırıdır. Nitekim çoğu zaman taraflar arasında böyle bir anlaşma yoktur.

Bu tür olaylarda üçüncü kişi konumundaki kişi veya şirketin bir eski şirketin varlığından haberdar olmama ihtimali dahi oldukça yüksektir. Eski şirketin varlığı bilinse bile bunun borca batık olduğu ve alacaklılardan mal kaçırmak niyetiyle yeni şirketin kurulduğu üçüncü kişiler tarafından bilinmeyebilir. Nitekim ticarî hayatta aynı kişinin çeşitli sebeplerle birden fazla şirket kurarak faaliyetini sürdürmesi az rastlanır bir olay değildir. Hatta bazen üçüncü kişi ile sözleşme yapan şirketin (yedek şirket) borca batık şirketten daha önce veya aynı tarihlerde kurulmuş olması dahi mümkündür. X şirketi ile ticarî faaliyetini sürdüren A, bu şirket borçlarını ödeyemez hale gelince daha önceden kurduğu ancak faal olmayan Y şirketi ile yoluna devam edebilmekte ve üçüncü kişi ile sözleşmeyi Y şirketi yapabilmektedir. Böyle bir durumda da Y şirketi ile sözleşme yapan üçüncü kişilerin muvazaa kastının olduğunu iddia ve ispat etmek oldukça güçtür. Özellikle iki şirketin ticarî ikametgâhının farklı olması durumunda bu güçlük bir kat daha artmaktadır.

Üçüncü kişilerin her olayda eski şirket ile alacaklılar arasında bir alacak – borç ilişkisinin bulunduğunu bilmesi de çoğu zaman mümkün değildir. Özellikle araç ve taşınmaz satışlarında satıcı kişi veya şirketler, parayı veren kişi kimin adına tescil talebinde bulunurlarsa onun adına tescili yaparlar. İşlemin gerçekte kimin adına yapılmak istendiği ile ilgilenmezler. Bu durumda onlarla bir muvazaa anlaşması yapmaya gerek bile yoktur.

Açıkladığımız nedenlerden ötürü yeni şirketin malvarlığını üçüncü kişiler ile yaptığı sözleşmeler sonucunda elde ettiği durumlarda, muvazaaya dayanarak, sözkonusu malvarlığının aslında borçlu şirkete ait olduğunu söylemek, çok istisnai haller dışında mümkün değildir. Bu ihtimalde İİK. m. 277'nin şartları da gerçekleşmemektedir.

II. TÜZEL KİŞİLİK PERDESİNİN KALDIRILMASI YOLU

Tüzel kişilik perdesinin kaldırılması konusu son zamanlarda gerek Türk doktrininde gerekse yabancı doktrinde yoğun olarak tartışılan konulardan bir tanesidir. Ancak bu konu salt teorik bir konu olmayıp, Yargıtay kararlarına da girmeye başlamıştır. Özellikle son yıllarda Yargıtay'ın tüzel kişilik perdesinin kaldırılması (aralanması) ve bu perdenin arkasındaki gerçek veya tüzel kişinin sorumluluğuna hükmedilmesi gerektiği yönünde çok önemli kararları bulunmaktadır.

Bu terim Türk Hukukuna ilk defa 1963 yılında girmiş, bazı yazarlar tarafından tülü kaldırma, bazıları tarafından tüzel kişilik perdesinin aralanması bazıları tarafından da ışıldak ilkesi olarak ifade edilmiştir²³. Yargıtay daha çok, “tüzel kişilik perdesinin aralanması” kavramını tercih etmiştir.

Sorumluluktan kurtulmak için tüzel kişilik perdesinin arkasına saklanmak uygulamada sık karşılaşılan hallerden biridir. Ancak böyle bir davranışın dürüstlük kuralına aykırı düşeceği de aşikârdır. İşte borçlulardan ve sorumluluktan kurtulabilmek amacıyla tüzel kişiliğin bir araç olarak kullanıldığı hallerde bunun önüne geçilebilmesi için perdeyi kaldırma teorisi ortaya atılmıştır. Teorinin şartları oluştuğunda tüzel kişilik adeta yok sayılmakta ve perdenin arkasındaki gerçek borçlunun sorumluluğu cihetine gidilebilmektedir²⁴. Bir diğer ifadeyle tüzel kişiliğin hukuken ayrı bir kişiliğinin olduğu göz ardı edilmekte, üyeler ile tüzel kişi arasındaki ayrılık ilkesi bir kenara bırakılmaktadır²⁵. Bu uygulamanın kanunî dayanağını ise bizim hukukumuzda TMK. m. 2 oluşturmaktadır. Buna göre, şirket tüzel kişiliğinin arkasına saklanmak hakkın kötüye kullanılması olarak kabul edilmektedir²⁶.

Bir tüzel kişinin borcu için bir başka tüzel kişi veya gerçek kişinin sorumlu tutulması kural olarak, sorumluluk hukukumuzun, şirketler hukukumuzun, icra ve iflas hukukumuzun temel ilkelerine aykırıdır. Ancak öyle bazı durumlar olabilir ki bu kuralın katı bir biçimde uygulanması hakkaniyet ve dürüstlük kuralı ile bağdaşmayabilir. İşte

²³ Yanlı, s. 13 – 14; Antalya, G., Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması Teorisi, Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması, I. Uluslararası Ticaret Hukuku Sempozyumu, 02 Şubat 2008, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Sempozyum Kitabı, Editör Erol Ulusoy, İstanbul 2008, s. 144 vd.

²⁴ Uyar, s. 374; Ulusoy, E., Şirketler ve Bankacılık Hukukunda Kapsama Alma ve Sorumlu Kılma Amacıyla Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması, Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması, I. Uluslararası Ticaret Hukuku Sempozyumu, 02 Şubat 2008, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Sempozyum Kitabı, Editör Erol Ulusoy, İstanbul 2008, s. 354 – 355.

²⁵ Yanlı, s. 17 – 18.

²⁶ Kaplan, İ., Tüzel Kişiliğe Sahip Ticaret Ortaklıklarında Perdenin Kaldırılması Talepli Hukukî Sorumluluk Davaları, BATİDER, C.XXV, S. 4., s. 41; Çamoğlu, s. 15; Uyar, s. 376; Yıldırım, s. 184; Yılmaz, s. 253.

böyle durumlarda tüzel kişilik perdesi kaldırılarak, perdenin arkasındaki gerçek veya tüzel kişinin sorumluluğu cihetine gidilebilir²⁷.

İlk çıkış noktasına baktığımız zaman perdeyi kaldırma teorisinin, tüzel kişilerin iyiniyet kurallarına aykırı şekilde yaptıkları fiillerden dolayı ortakların ve yöneticilerin sorumluluktan kaçınmalarına engel olmak için Anglosakson ve Kara Avrupası hukuklarında geliştirilmiş olduğunu görüyoruz. Teorinin geliştirilmesindeki temel amaç, kendini oluşturan kişilerden ayrı ve bağımsız bir varlığı olan tüzel kişilerin kuruluş amaçlarının dışına çıkarak hukuken yasaklanmış bir amacı gerçekleştirebilmek için faaliyetlerde bulunmalarının önüne geçmektir. Şüphesiz ki bu tür faaliyetler hem TMK. m. 2'ye aykırıdır hem de kanuna karşı hile teşkil etmektedir²⁸.

Tüzel kişilik perdesinin kaldırılması her olayda müracaat edilebilecek bir yol değildir. Çünkü perdenin kaldırılması, tüzel kişilerin borçlarından dolayı başkalarının sorumlu tutulamayacağı ilkesinin, özellikle şirketlerin sadece sermayeleri ile sorumlu olacakları ve tüzel kişilerin borçlarından dolayı ortakların sorumlu tutulamayacağı kuralının önemli bir istisnasını teşkil etmektedir²⁹. Bilindiği üzere istisnalar dar yorumlanmak zorundadır³⁰.

Bu nedenle, teoriyi savunan yazarlar tarafından teorinin uygulama alanı sınırlandırılmaya çalışılmıştır. Bizim de katıldığımız bir görüşe göre, tüzel kişilik perdesinin kaldırılması sonucunu doğuracak hallerden en önemlisi tüzel kişilik yapısının kötüye kullanılmasıdır. Tüzel kişilik yapısı, kanun dolanılarak veya üçüncü kişiler zarara uğratarak kötüye kullanılabilir. Bu durumda hâkim, tüzel kişilik yapısı ve tüzel kişi ile ortaklar arasındaki ayrılık ilkesini gözetmekten ve uygulamaktan kaçınabilir. Böylece tüzel kişinin sadece kanun tarafından imkân verilen amaçlar doğrultusunda faaliyet göstermesi sağlanır. Zira sadece bu amaçlar çerçevesinde

²⁷ Bazı hallerde kanun koyucu tüzel kişinin borçlarından dolayı ortakların malvarlığına el atılabileceğini düzenlemiştir (Bu konuda ayrıntılı bilgi için bak. Ulusoy, s. 357 vd.). Meselâ Amme Alacaklarının Tahsili Hakkında Kanun hükümlerine göre limited şirketin borçlarından dolayı ortakların Devlete karşı sorumlu tutulması halinde olduğu gibi. Böyle durumlarda tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisine müracaat etmeye gerek yoktur. Şu halde teori bir kanun hükmüne dayanarak ortakların veya başka bir tüzel kişiliğin malvarlığına el atmanın mümkün olmadığı halde uygulanabilecek bir teoridir (Çamoğlu, s. 12; Öztekin / Memiş, s. 201).

²⁸ Ertürk, A., Soygunu Görmek İçin Perdenin Arkasına Bakalım, Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması, I. Uluslararası Ticaret Hukuku Sempozyumu, 02 Şubat 2008, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Sempozyum Kitabı, Editör Erol Ulusoy, İstanbul 2008, s. 137 – 138; Yanlı, s. 111 vd.

²⁹ Öztekin, S. / Memiş, T., Şirketler Hukuku ve İcra İflas Hukuku İlkeleri Karşısında Borçlu Şirketin Alacaklarının Hakim Ortağa Karşı Korunması, Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması, I. Uluslararası Ticaret Hukuku Sempozyumu, 02 Şubat 2008, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Sempozyum Kitabı, Editör Erol Ulusoy, İstanbul 2008, s. 195 – 196; Sağlam, s. 154; Çamoğlu, s. 12.

³⁰ Çamoğlu, s. 12.

kaldığı sürece tüzel kişi meşrudur. Hukuka aykırı amaçlar elde etmek için kurulmuş tüzel kişiyi kanun himaye etmez. Ancak hangi hallerde tüzel kişilik perdesinin kaldırılabilceğine ilişkin kıstaslar geliştirmek zordur. Hâkim her somut olayı kendi başına değerlendirmeli ve tüzel kişiliği düzenleyen normların amacı dışında kullanılıp kullanılmadığına bakmalıdır. Bu teori uyarınca tüzel kişiliğe ve ayrılık ilkesine dayanmanın hukuk düzenine aykırı düştüğü her durumda tüzel kişilik perdesi kaldırılmalıdır. Daha açık bir ifade ile yükümlülük ve borçlardan kurtulmak için tüzel kişilik araç olarak kullanılıyorsa araç ortadan kaldırılmalıdır³¹.

Bu konuda Yargıtay, her somut olay için farklı değerlendirmeler yapma yoluna gitmiştir³². Doktrinde ise bazı kıstaslar geliştirilmiştir. Hâkim görüşe göre tüzel kişilik perdesinin kaldırılabilceği üç hal olabilir³³:

Birincisi şirket ortaklarının şahsî malvarlığı ile şirket malvarlığının özdeş hale gelmesi, birbirine karışmasıdır³⁴. Malvarlıklarının birbirine karışması değişik şekillerde karşımıza çıkabilmektedir. İlk olarak bir kısım malların şirkete mi ortağa mı ait olduğu tutulan defterlerden anlaşılammamaktadır. İkinci karışma hali tek şahıs şirketlerinde görülmektedir. Bu tür şirketlerde ortak, şirket malvarlığından kendisine alıntılar yapmaktadır. Üçüncü bir karışma hali ise tek ortağın kendisine ait malvarlığını sürekli olarak şirkete sunması ve dışa karşı şirketin kredi itibarının olduğu yönünde bir görüntü oluşturmasıdır. Ve nihayet dördüncü olarak ortağın ve şirketin faaliyet alanları karışabilmektedir Bu ihtimalde diğer taraf açısından ortakla mı şirketle mi sözleşme yapıldığı anlaşılammamaktadır³⁵.

Tüzel kişilik perdesinin kaldırılabilceği ikinci hal yabancı yönetimdir. Bu durumda şirketin faaliyetleri şirket çıkarları yerine başka çıkarlar gözetilerek yönetilmektedir. Böylece yönetici hâkim ortağın çıkarları korunurken diğer ortaklar ve alacaklılar zarar görmektedir³⁶.

³¹ Yılmaz, s. 68 – 69, 73, 242.

³² Ulusoy, s. 367.

³³ Benzer kıstaslar için bak. Yavaş, s. 220 – 221.

³⁴ Yanlı, s. 237; Ulusoy, s. 376 vd.; Seven, V. / Göksoy, Y. C., Ticaret Şirketlerinde Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması (Bir Kararın Değerlendirilmesi), İstanbul Barosu Dergisi, C. 80, S. 6, Yıl 2006, s. 2466 – 2468; Sağlam, İ., Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması Kavramına Genel Bir Bakış, Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması, I. Uluslararası Ticaret Hukuku Sempozyumu, 02 Şubat 2008, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Sempozyum Kitabı, Editör Erol Ulusoy, İstanbul s. 2008 s. 157 vd.; Yüksel, s. 272 – 275; Öztekin / Memiş, s. 205 vd.

³⁵ Yanlı, s. 238.

³⁶ Geniş bilgi için bak. Yanlı, s. 119 vd.; Sağlam'a göre tüzel kişi üzerinde belirli bir grubun hâkimiyet kurması da tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasını gerektiren bir başka sebeptir (Bak. Sağlam, s. 157).

Nihayet üçüncü hal ise özkaynak yetersizliğidir³⁷. Ortaklar şirketin özkaynak yetersizliğini bildikleri halde bunu üçüncü kişilerden gizlemişlerse tüzel kişilik perdesinin kaldırılabilceği kabul edilmektedir³⁸.

Tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisi aslında tek ortaklı şirketler ile hâkim ortağın bulunduğu şirketler için ortaya atılmış olan ve tek ya da hâkim ortağın tüzel kişiliğın arkasına saklanarak sorumluluktan kurtulmasını engellemeyi amaçlayan bir teordir³⁹. Ancak kavram giderek genişlemiştir. Gelinek noktada doktrinde, tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasının üç değişik şekilde mümkün olabileceği ifade edilmektedir: Birincisi, borçlu şirketin yanında hâkim veya tek ortağın da sorumlu tutulmasıdır ki buna perdenin düz ya da doğrudan doğruya kaldırılması denilmektedir. İkinci hal, borçlu hâkim ortağın yanında şirketin de sorumlu tutulmasıdır ki buna da perdenin ters çevrilmiş kaldırılması adı verilmektedir. Üçüncü hal ise perdenin yatay ya da çapraz kaldırılmasıdır⁴⁰.

İnceleme konumuz açısından önemli olan perdenin çapraz kaldırılmasıdır.

Perdenin çapraz kaldırılması kardeş şirketler arasında olmaktadır. Gerçi kardeşlik gerçek kişilere has bir kavramdır. Tüzel kişiler arasında hısımlık ilişkisi bulunmaz. Bununla beraber doktrinde ve Yargıtay⁴¹ kararlarında iki şirket arasındaki bağlantıdan hareketle şirketlerin kardeş şirketler olabileceği kabul edilmektedir⁴².

Çapraz kaldırmada, aynı ana (hâkim) şirkete bağlı yavru (bağlı) şirketler arasındaki perdenin kaldırılması sözkonusudur. Önce yavru şirketlerden biri ile ana şirket arasındaki perde kaldırılarak ana şirkete ulaşılmakta, daha sonra ana şirket ile diğer yavru şirket arasındaki perde kaldırılmaktadır⁴³. Böylece aynı ana şirkete ait iki yavru şirketten birinin borcu için diğerinin malvarlığına el atılabilmesi mümkün hale gelmektedir.

³⁷ Özkaynak kavramı ve bu konudaki farklı görüşler için bak. Yanlı, s. 86 vd.

³⁸ Ulusoy, s. 376 vd.; Seven, V. / Göksoy, Y. C., Ticaret Şirketlerinde Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması (Bir Kararın Değerlendirilmesi), İstanbul Barosu Dergisi, C. 80, S. 6, Yıl 2006, s. 2466 – 2468; Sağlam, İ., Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması Kavramına Genel Bir Bakış, Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması, I. Uluslararası Ticaret Hukuku Sempozyumu, 02 Şubat 2008, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Sempozyum Kitabı, Editör Erol Ulusoy, İstanbul s. 2008 s. 157 vd.; Yüksel, s. 272 – 275; Öztekin / Memiş, s. 205 vd.

³⁹ Çamoğlu, s. 11. Bununla beraber hâkim ortak veya tek ortak olmak tüzel kişilik perdesinin kaldırılması için her zaman yeterli değildir. Bunun yanı sıra ayrılık ilkesinin kötüye kullanılmış olması da gerekir (Ulusoy, s. 69).

⁴⁰ Yanlı, s. 37 vd.; Öztekin / Memiş, s. 199; Kaplan, s. 41; Çamoğlu, s. 11; Yüksel, s. 267.

⁴¹ Y.15. HD. 23.01.2001 T., 2000/5126 E., 2001/399 K. (www.kazanci.com).

⁴² Yavaş, s. 228.

⁴³ Yanlı, s. 40.

Yargıtay da kardeş şirketler arasında perdenin çapraz olarak kaldırılabilmesine hükmetmeye başlamıştır⁴⁴. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi⁴⁵, ilk derece mahkemesinin, “...davacının, dava dışı J. İ. M. And. T. 10/06/2015AG şirketi ile kar payı ortaklık sözleşmesi yaptığı ve sessiz ortak olduğu, 10.000,00 DM ödemede bulunduğu sunulan ortaklık sözleşmesi ve tahsilat makbuzu asıllarına göre sabit olduğu, ortaklık sertifikası aslını düzenleyen dava dışı J.-Pa AG ile davalı şirketlerin Jet-Pa Şirketler topluluğuna dahil şirketler olduğu, tüzel kişilik perdesinin aralanması kuralı gereği davalıların sorumluluğunun söz konusu olduğu gerekçesiyle davanın kabulü ile 10.000,00 DM'nin dava tarihindeki karşılığı 12.015,00 TL'nin dava tarihinden itibaren işleyecek yasal faizi ile birlikte davalılardan müteselsilen tahsiline karar verilmiştir.” şeklindeki kararını kanuna uygun bularak onamıştır⁴⁶.

Yargıtay, off-shore bankacılığının yapıldığı hallerde de tüzel kişilik perdesini çapraz olarak kaldırmak suretiyle bir bankanın borcundan dolayı başka bir bankanın sorumluluğuna hükmetmiştir⁴⁷.

Bir başka kararında ise Yargıtay⁴⁸ tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasından söz etmiş, bazı davalılar hakkında perdeyi kaldırmanın şartları oluşmadığı için ret kararı verirken, aynı gruba dâhil olan davalılardan Falez İplik bakımından, farklı bir tüzel kişilik olmasına rağmen davayı kabul ederek, davalı (asıl borçlu) Örsa A.Ş. yanında Falez İplik'i de sorumlu tutmuştur.

⁴⁴ Yavaş, s. 221, dn. 12.

⁴⁵ Y. 11. HD. 10.6.2015 T., 2015/2783 E., 2015/8018 K. (www.kazanci.com).

⁴⁶ Türk Ticaret Kanunu'nun 209. maddesine göre “Hâkim şirket, topluluk itibarının, topluma veya tüketiciye güven veren bir düzeye ulaştığı hâllerde, bu itibarın uyandırdığı güvenden sorumludur”. Bu madde ile düzenlenen sorumluluk bir güven sorumluluğu olmakla birlikte kanaatimizce aynı zamanda tüzel kişilik perdesinin kanun tarafından kaldırılması da sözkonusudur. Bu nedenle TTK. m. 209'un şartları gerçekleşmişse tüzel kişilik perdesi TMK. m. 2'ye göre değil bu hükme göre kaldırılacak ve hâkim şirketin borçlarından dolayı bağlı şirket sorumlu tutulabilecektir.

⁴⁷ Ulusoy, s. 399 – 400. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, “Mahkemece yatırılan mevduatın aslında off-shore bankasına fiilen gönderilmediği, banka ile organik bağı bulunan çeşitli şirketlere kredi vermek suretiyle tüketildiği, bu hali ile güven kurumu olan bankanın bu durumu bilerek yönlendirdiği, her iki bankanın sahip, kurucuları ve yöneticilerinin aynı kişilerden oluşması nedeniyle tüzel kişilik perdesinin aralanarak, üzerine düşen bilgilendirme yükümlülüğünü yerine getirmeyen mudiyi yönlendiren Sümerbank A.Ş'nin sorumlu olduğu, yatırılan mevduatın davacıya faiziyle birlikte ödenmesi gerektiği sonucuna varılarak, davanın kabulü ile 11.565,00 ABD Dolarının banka yatırıldığı 26.11.1999 tarihinden itibaren 3095 sayılı Yasa'nın 4/a maddesi gereğince işleyecek faizi ile birlikte davalı ING Bank A.Ş'den alınarak davacıya ödenmesine dair verilen karar davalı Banka vekili ile fer'i müdahil vekili tarafından temyizi üzerine Dairemizin 02/10/2014 tarihli kararı ile düzeltilerek onanmıştır.” şeklinde hüküm tesis etmiştir. Y. 11. HD. 15.5.2015 T., 2015/1370 E., 2015/6994 K. (www.kazanci.com)

⁴⁸ Y. 19. HD. 7.4.2005 T., 2004/9514 E.; 2005/3750 K. (www.kazanci.com).

Perdenin çapraz kaldırılmasında olay bazen çok net olmayabilir. Özellikle şirket gruplarında ana (hâkim) şirketin, yavru (bağlı) şirketin sermayesine tam olarak iştirak etmesi her zaman söz konusu olmamaktadır. Yavru şirket tek bir merkezden idare edilmekle birlikte karmaşık ilişkiler zinciri içinde değişik gerçek ve tüzel kişilerin elinde olabilmektedir. Böyle durumlarda eğer açıkça hakkın kötüye kullanılması durumu söz konusu ise TMK. m. 2 hükmü gereğince perdenin kaldırılabilceği kabul edilmektedir⁴⁹.

Perdenin çapraz olarak kaldırılması aynı ana ortaklığa bağlı yavru ortaklıklar arasında geçerli olan bir uygulama olarak ortaya çıkmış olmakla beraber zamanla bu alanda da önemli gelişmeler meydana gelmiştir. Yargıtay bazı olaylarda bir ana ortaklığa bağlı olmayan şirketleri de kardeş şirketler sayarak perdenin kaldırılması cihetine gitmeye başlamıştır.

İzmir 4. Asliye Ticaret Mahkemesi tarafından verilen bir kararda ilk derece mahkemesi perdenin kaldırılması teorisini uygulamış ve Yargıtay 19. Hukuk Dairesi⁵⁰ ilk derece mahkemesinin kararını, “tüzel kişilik perdesinin kaldırılarak davalıların sorumlu tutulmasında bir isabetsizlik bulunmamasına göre...” ifadeleriyle onamıştır.

Dava konusu olayda Ege A.Ş. ve Ege Ltd. Şti. adında iki şirket bulunmaktadır. Mahkeme, Ege A.Ş.’nin, kendisinin farklı şirket olduğu yönündeki savunmasına itibar etmeyerek, her iki şirketin de borçtan dolayı sorumlu olduğuna hükmetmiştir. Gerekçede, “her iki davalı farklı tüzel kişilik gibi görünse de bunun biçimsel olarak ele alınamayacağı, uyumsuzluğun iktisadi ve ticarî boyutları ile değerlendirilmesi gerektiği, her iki şirket arasındaki iktisadi özdeşlikten hareketle, sadece anılan şirketlerin hukukî anlamda farklı tüzel kişiler olmalarına dayanan Ege A.Ş.’nin savunmalarının geçerli olmayabileceği, söz konusu şirketlerin aynı ve tek kişi olarak kabul edilmelerinin gerekli olduğu” zikredilmiştir. Kararın gerekçesinde devamla; “...hukuki açıdan farklı tüzel kişiler olsa da **perdeyi kaldırma teorisi çerçevesinde her iki davalı şirket arasında kardeş şirket ilişkisinden kaynaklanan özdeşlik mevcuttur.** Davalı Ege A.Ş.’nin tek savunması ayrı tüzel kişilik oldukları borcun tamamından diğer davalının sorumlu olduğu yönündedir. Bu savunma MK’nun 2. maddesi kapsamında hakkın kötüye kullanılmasıdır” denilmekte ve açıkça perdenin kaldırılması teorisine atıf yapılmaktadır. Bu karar, tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisine atıf yapan ilk kararlardan olması açısından da önemlidir⁵¹. Öte yandan karar dikkatle incelendiğinde davalı şirketler Ege A.Ş. ve Ege Ltd. Şti. arasında bir ana ortaklık – yavru ortaklık ilişkisi

⁴⁹ Öztek / Memiş, s. 199.

⁵⁰ Y. 19. HD. 15.05.2006 T., 2005/8774 E., 2006/5232 K. (ilk derece mahkemesi ve Yargıtay kararı için Bak. Seven / Göksoy, s. 2466 vd.).

⁵¹ Seven / Göksoy, s. 2469.

olmadığı anlaşılmaktadır. Bunlar aynı şirketler topluluğu içinde yer alan kardeş şirketler de değildir. Zira ortada bir şirketler topluluğu bulunmamaktadır. Ancak Yargıtay, her iki şirketin ortaklarının ve yöneticilerinin aynı olması ayrıca aynı iş kolunda faaliyet göstermeleri sebebiyle ayrı tüzel kişilik savunmasına itibar etmemiş ve tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasına hükmetmiştir.

Bir başka olayda Yargıtay, üçüncü kişi tarafından açılan istihkak davasında, davacı ile borçlunun farklı tüzel kişilikler olmalarına rağmen, aralarındaki organik bağdan da hareketle, tüzel kişilik perdesini kaldırarak, sanki borçlu ile istihkak iddiasını ileri süren davacı aynı tüzel kişilikmiş gibi karar vermiştir⁵². Söz konusu olayda da aralarında perdenin kaldırılmasına karar verilen şirketlerin aynı gruba bağlı şirketler

⁵² Karar şu şekildedir: “Davacı üçüncü kişi vekili, Çorlu 1. İcra Müdürlüğü’nün 2010/676-677-681-682 Sayılı talimat dosyalarından. 1.4.2010 tarihinde davacıya ait işyerindeki malların haczedildiğini, davacı şirketin yetkilisi E. B.’nun borçlu şirket yetkilisi F. B.’nun oğlu olduğunu ancak ayrı tüzel kişilikleri olduğunu belirterek, anılan hacizlerin kaldırılmasını istemiştir.

Davalı alacaklı vekili, haciz adresinde borçlu şirkete ait levhanın ve belgelerin görüldüğünü, borçlu ve davacı şirketlerin aynı adreste faaliyette bulduklarını ve haksız açılan davanın reddi gerektiğini savunmuştur.

Mahkemece, toplanan delillere, alınan bilirkişi raporuna göre davacının haciz adresinde faaliyet gösterdiği, haczedilen malların davacı tarafından sunulan faturalara %95 oranında uyumlu olduğunun anlaşıldığı ve davacı ve borçlu şirket ortaklarının farklı olduğundan bahisle davanın kabulüne ve davacı lehine %15 tazminata karar verilmiş: hüküm, davalı alacaklı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Dava, üçüncü kişinin İ.İ.K.nin 96 vd. maddelerine dayalı olarak açtığı istihkak davasına ilişkindir. 1-) Dava konusu hacizler, borçlunun takip adresi Silivri’de bulunmasına rağmen 21.4.2010 tarihinde Çorlu’da yapılmıştır. Ancak haciz adresi girişinde borçluya ait “E... Kırtasiye” levhası görülmüş, içeri girildiğinde borçlu şirket temsilcisi F. B. kasada otururken icra memurlarını görünce mahalli terk etmeye çalışmış, kimlik tesbiti istenmesi üzerine oraya fotokopi çektirmeye geldiğini belirtmiş, evrak araştırmasında borçlu şirkete ait belgeler bulunmuştur. Bu durumda İ.İ.K.nin 97/a 2.cümlesi gereğince mülkiyet karinesinin borçlu dolayısıyla alacaklı yararına olduğunun kabulü gerekir. Yasal karine aksinin davacı üçüncü kişi tarafından kesin ve güçlü delillerle ispatlanması gerekmektedir.

Dosya içeriğindeki belgelerden davacı şirket temsilcisi ve borçlu şirket temsilcisinin baba-oğul oldukları aralarında organik bağ bulunduğu, davacı üçüncü kişi şirketin borçlu adresinde kurulduğu ve şirket temsilcisi E. B.’un bu sırada 16 yaşında olduğu, borçluya ait Silivri’de bulunan işyerinde 18.9.2009 tarihinde yapılan hacizde de üçüncü kişinin istihkak iddiasında bulunduğu davacı tarafından sunulan faturaların borcun doğumundan sonraki tarihleri taşıdıkları anlaşılmaktadır.

Tüm bu maddi ve hukuki olgular birlikte değerlendirildiğinde, davacı ve borçlu şirketlerin iç içe birlikte faaliyette buldukları, alacaklılardan mal kaçırma amacıyla tüzel kişilik perdesinden yararlanmaya çalıştıkları anlaşılmaktadır.

Bu durumda mahkemece, davacı üçüncü kişinin davasının reddine karar verilmesi gerekirken oluş ve olgulara aykırı şekilde davanın kabulüne karar verilmesi usul ve yasaya aykırıdır (Y. 17. HD. 11.6.2013 T., 2012/3251 E., 2013/8880 K. www.kazanci.com).

olmadığı, şirketler arasında ana şirket – yavru şirket ilişkisinin de bulunmadığı anlaşılmaktadır.

Benzer bir olayda Yargıtay istihkak iddiasında bulunan şirket ile borçlu şirket arasındaki tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasına karar vermiştir⁵³.

Tüzel kişilik perdesinin kaldırılması sadece şirketler veya icra iflas hukuku alanında değil, hukukun pek çok alanında karşımıza çıkan bir kavramdır⁵⁴. Nitekim uzun zamandan beri Yargıtay özellikle iş hukuku alanında, perdeyi çapraz bir biçimde kaldırmakta, bir şirketin borcundan dolayı bir başka şirketi sorumlu tutma cihetine gitmektedir. Özellikle işçi alacağı davalarında Yargıtay, görünürdeki şirket ile birlikte gerçek işveren şirketi de sorumlu tutmaktadır. Yargıtay'ın, iş yerleri ve adresleri aynı olan iki tüzel kişinin işçisinin kıdem tazminatının hesaplanması amacıyla çalışma süresinin tespitinde her iki işvereni de tek bir işveren gibi kabul eden pek çok kararı bulunmaktadır⁵⁵. Bu kararlar incelendiğinde sorumluluğuna hükmedilen şirketlerin ortakları, yöneticileri ve faaliyet konularının genellikle aynı olduğu ancak aralarında ana şirket – yavru şirket ilişkisi bulunmadığı, bunların aynı topluluğa ait şirketler de olmadığı anlaşılmaktadır.

Yargıtay⁵⁶ yine bir işçi alacağı davasında “*Davalı savunmasında ve temyiz talebinde her iki şirketin ortak ve yetkililerinin kardeş olması, davacı şirketin ortağı olan ve dosyaya beyanda bulunan M. B.'nin Çelikoğlu Eğitim Kurumları A.Ş.'nin bir çalışanı olması, davacı şirketin çalışanları ve okul müdürünün borçlu şirkette de çalışan ve*

⁵³ “Bu maddi ve hukuki olgular karşısında, borçlunun alacaklılardan mal kaçırma amacı ile yine kendisine ait aile şirketi olan davacı şirketin tüzelkişilik perdesinden yararlanarak, ticari faaliyete bu şirket üzerinden devam ettiği, ancak borca ilişkin belgeleri şahsı adına düzenlediği, satın aldığı malların şirket adresine geldiği, borçlunun başkaca faaliyet adresinin bulunmadığı sabit olduğundan mahkemece davacı 3. kişinin davasının reddine karar vermesi gerekirken yazılı şekilde kabulüne karar verilmesi usul ve yasaya aykırıdır.” (Y. 17. HD. 26.4.2011 T., 2010/12173 E, 2011/3998 K. (www.kazanci.com).

⁵⁴ Öztekin / Memiş, s. 201; Ulusoy, s. 357 vd. Haksız fillerle ilgili olarak bir Hukuk Genel Kurulu kararında Yargıtay açıkça tüzel kişilik perdesinin kaldırılması kavramını kullanarak, “*batı hukuk uygulamalarında yerini bulduğu üzere (Almanca druglift, [durchgriff] İngilizce the lift of weil) perdenin kaldırılması yöntemiyle gizlenen amaç ve eylem çıkartılıp sergilenerek sorumluluk belirlenmelidir.*” şeklinde karar vermiştir (Y. HGK. 22.09.2004 T., 2004/4-360 E.; 2004/431 K. www.kazanci.com).

⁵⁵ Yüksel, s. 74 – 75. Bak. Y. 23. HD. 19.02.2013 T., 2013/4903 E. 2013/6314 K.; 9. HD. 20.01.2016 T., 2014/30224 E., 2016/1347 K.; Y. 9 HD. 29.09.2015 T., 2014/12841 E., 2015/26694 K.; Y. 9. HD. 14.12.2015 T., 2015/32647 E., 2015/35298 K. Y. 9. HD. 02.12.2014 T., 2014/2301 E, 2014/36630 K. Y. 22. HD. 26.11.2014 T., 2014/24696 E., 2014/33391 K.; 9. HD. 24.01.2015 T., 2013/11725 E., 2015/7873 K. (www.kazanci.com).

⁵⁶ Y.4. HD. 25.11.2014 T., 2014/17319 E., 2014/17825 K. (www.kazanci.com).

müdür olması gibi davacı ve borçlu şirket arasında organik bağ bulunduğu iddia edilmiş olduğu halde, Mahkemece bu konuda bir araştırma yapılmamıştır.

Bu durumda Mahkemece, davalının tüm delilleri toplanıp tanıklar dinlenerek, konusunda uzman bilirkişiden rapor alınıp, perdeyi aralama teorisinin olayımızda uygulanmasının mümkün olup olmadığı değerlendirilerek sonucuna göre karar verilmesi gerekirken, eksik inceleme ile karar verilmiş olması usul ve yasaya uygun bulunmadığından, kararın bozulması gerekmiştir.” şeklinde karar vermiştir. Bu karardan anlaşıldığı kadarıyla Yargıtay, iki şirket arasında organik bağın mevcudiyetine ve tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasına hükmedebilmek için ortakların aynı olmasını aramadığı gibi şirketlerin aynı gruba dâhil olması şartını da aramamaktadır. Ayrıca ana şirket – yavru şirket ilişkisini de her olayda gözetmemektedir.

Görüldüğü üzere Yargıtay perdenin çapraz kaldırılmasında yavru şirketin borçlarından dolayı hâkim şirketi sorumlu tuttuğu gibi kardeş şirketleri de birbirinin borçlarından dolayı sorumlu tutmaktadır. Yargıtay kararlarından, perdenin kaldırılabilmesi için kardeş şirketlerden olan paravan şirketin ne zaman kurulmuş olması gerektiğini anlamak mümkün değildir. Bir kısım olaylarda her iki şirketin de önceden kurulduğu ve aynı anda faaliyetlerine devam ettikleri anlaşılmaktadır.

Aynı kişilerin tüzel kişilik perdesinin arkasına saklanarak alacaklıları zarara sokmak amacıyla aynı iş kolunda faaliyet gösteren birden fazla şirket kurmaları durumunda perdenin kaldırılması gerektiği konusunda tereddüt olmamalıdır. Ayrıca kanaatimizce, borçlu şirket borç ödemekten âciz hale geldikten sonra ortaklar paravan şirket kurmuş olsalar da eğer şartlar oluşmuşsa tüzel kişilik perdesinin kaldırılması yoluna gidilmelidir. Ancak bunun için yeni kurulan şirket ile eskisinin faaliyet alanları aynı olmalı, ortaklık yapısında ayniyet veya büyük ölçüde benzerlik bulunmalı, hukuken veya fiilen her iki şirket de aynı kişi yahut kişilerce yönetilmeli, yeni şirket alacaklılardan mal kaçırmak amacıyla kötüniyetli olarak kurulmuş olmalıdır.

Yargıtay’ın⁵⁷ da haklı olarak belirttiği gibi şirketler arasındaki organik bağ (aynı gruba dâhil olma, aynı kişi tarafından yönetilme, ortakların aynı olması hatta aynı iş

⁵⁷ “Mahkemece tüm dosya kapsamına göre, dava dışı borçlularla davalı şirketler arasında bağlantı bulunmakla birlikte açılmış bulunan davada, davacı bankanın iddiasının somut bir veriye dayanmadığı, davaya konu olayda tüzel kişilik perdesinin kaldırılması ve buna göre alacağın davalı şirketlerden talep edilebilmesi için, taraflar arasındaki organik bağ yeterli olmayıp ayrıca bu şirketler arasında alacaklıdan mal kaçırmak amacıyla kötüniyetli işlemler yapıldığının da somut verilere dayalı olarak tespit edilmesi gerektiği, ancak davacının iddialarını doğrulayacak nitelikte somut bir delil sunmadığı, kaldı ki davalı şirket hissedarlarının bir kısmının borca kefil olmaları sebebiyle davalı şirket hisselerinin cebri icra yolu ile satışa konu yaptırılıp alacağın tahsili yolunun denemesinin de mümkün olduğu, davacı iddialarının ispatlanamadığı gerekçesiyle, davanın reddine karar verilmiştir” (Y. 11. HD. 10.03.2014 T., 2013/15772 E., 2014/4589 K.); “...davacı ... vekili, ...ileri sürerek, perdeyi kaldırma teorisi uyarınca Tekmar Mermer Madencilik San. ve

kolunda faaliyet gösterme) tüzel kişilik perdesinin kaldırılması için yeterli değildir. Perdenin kaldırılabilmesi için alacaklılardan mal kaçırmak amacıyla kötüniyetli olarak yeni şirketin kurulmuş olması şartı da aranmalıdır. Zira bizim hukukumuzda tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasının hukukî dayanağını TMK. m 2/1'de düzenlenen dürüstlük kuralı ve aynı maddenin II. fıkrasında düzenlenen hakkın kötüye kullanılması yasağı oluşturmaktadır. Bu nedenle borçlu ortakların yeni bir şirket kurarak ticarî faaliyetlerine devam etmeleri halinde bu durum TMK. m. 2'ye aykırı düşecekse tüzel kişilik perdesinin kaldırılması yoluna gidilmelidir.

Şirketlerin kardeş şirketler olması perdenin kaldırılabilmesi için her zaman yeterli değildir. Bunun için iktisadî bakımdan bağımsız olup olmadıklarına bakılmalıdır. Bazen aynı ortaklar farklı sektörlerde faaliyet gösteren birden fazla şirket kurabilirler. Meselâ şirketlerden biri gıda diğeri enerji sektöründe faaliyet gösterebilir. Bu durumda şirketler arasında iktisadî bütünlük bulunmadığı için perdenin kaldırılması yoluna gidilemez. Şu halde kardeş şirketler arasında perdenin kaldırılabilmesi için tek bir iktisadî işletmenin yürüttüğü belli bir faaliyet için birden fazla şirketin kurulmuş olması şartı aranmalıdır⁵⁸.

Yargıtay tüzel kişilik perdesini kaldırırken sık sık “organik bağ” kavramına da müracaat etmektedir. Bu nedenle organik bağ kavramı ve Yargıtay uygulamaları konusu üzerinde de durmak gerekmektedir.

Dış Tic. A.Ş.'nin müşterek borçluluğunun kabulüne karar verilmesini talep etmiş ise de yukarıda ifade edildiği üzere tüzel kişilik perdesinin aralanması ilkesinin sınırlı sorumluluk ilkesinden kötüniyetle yararlanmak isteyen şirket ortaklarına yönelmeyi sağlayan bir teori olduğu davacı bankanın işbu davada davalı Tekmar Mermer Madencilik San. ve Dış Tic. A.Ş.'nin ortaklarına karşı böyle bir talepte bulunmadığı, adres ayniyetlerinin organik bağın varlığı için yeterli olmayacağı, şirketlerin unvan benzerliği ve ortaklık yapısının doğrudan doğruya perdenin kaldırılması teorisinin uygulanmasını sağlamayacağı, kaldı ki davalı şirketlerin ortaklık yapısı ve yönetim kurulu yapısının kuruluş aşamasında farklı olduğu, yönetim kurulundaki benzerliklerin şirketin yönetim kurulu üyelerinden A. A. Balkaner'in hakim ortak olduğu dava dışı banka ve dava dışı şirketlerin TMSF'ye devrinden sonra ve 2006 yılında TMSF ile davalılar arasında yapılan protokol çerçevesinde olduğu, davalının tüzel kişilik perdesinin arkasına sığınarak mal kaçırmaya ya da alacağın tahsilini imkansız hale getirme yönünde eylemde bulunduğu iddia edilmiş ise de ortada asıl borçluyu gizleyen bir perde (örtü) bulunmadığı...” (Y. 11.HD. 4.4.2019 T., 2017/2384 E., 2019/2653 K.); “...davaya konu olayda tüzel kişilik perdesinin kaldırılması ve buna göre alacağın davalı şirketlerden talep edilebilmesi için, taraflar arasındaki organik bağ yeterli olmayıp ayrıca bu şirketler arasında alacaklıdan mal kaçırmak amacıyla kötüniyetli işlemler yapıldığının da somut verilere dayalı olarak tespit edilmesi gerektiği...” (Y. 11. HD. 10.03.2014 T., 2013/15772 E., 2014/4589 K.) (www.kazanci.com).

⁵⁸ Seven, / Göksoy, s. 2466; Öztekin / Memiş, s. 208 – 209.

III. ORGANİK BAĞ KAVRAMI VE YARGITAY UYGULAMALARI

Sorumluluğun genişletilebilmesi için geliştirilen ve başvurulan bir diğer kavram ise organik bağıdır. Yargıtay'ın bu kavrama sıklıkla atıf yaparak bir şirketin borcundan dolayı bir başka şirketi sorumlu tuttuğu görülmektedir.

Organik bağı varlığı için iki ayrı tüzel kişilik arasında belli bir ilişkinin bulunması gerekir. Bu ilişki bazen iktisadî veya ticarî bir bağımlılık, bazen aynı kaderi paylaşma bazen de birlikte hareket olgusu şeklinde karşımıza çıkar⁵⁹. Meselâ kurucuların kısmen veya tamamen aynı olması yahut aralarındaki ticarî ilişki bazı hallerde organik bağ için yeterli sayılmaktadır. Nitekim Yargıtay bir kararında⁶⁰, “...borçlu şirket ve şahıslar ile üçüncü kişi şirketin aralarında organik bağ olduğu, kurucularının kısmen veya tamamen aynı kişilerden oluştuğu ve şirketlerin arasında devir münasebeti bulunduğu anlaşılmaktadır.” demek suretiyle istihkak iddiasının muvazaalı olduğunu kabul edip alacaklının açtığı davanın kabulü gerektiğine hükmetmiştir.

Yargıtay 15. Hukuk Dairesinin organik bağ kavramını kullandığı başka kararları da vardır. Nitekim açılan bir istihkak davası ile ilgili bir diğer kararında şu şekilde hüküm tesis etmiştir:

“Davalı borçlu ...'in davacı ...A.Ş.'nin temsilci ortağı olduğu dosyadaki vekaletnameden anlaşılmaktadır. Davacı ile davalı borçlu arasında organik bağ bulunduğu ve böylece devrin muvazaalı olduğu anlaşıldığı, ...davacının bu 3 araç için açtığı istihkak davasının reddine karar verilmesi gerekirken, kabulü yolunda hüküm kurulması usul ve yasaya aykırıdır.”

Başka bir kararında ise Yargıtay şöyle demektedir⁶¹:

“Taraflar arasındaki temel uyumsuzluk, davalı şirket ile önceki şirket arasında organik bağ ve işyeri devri olup olmadığı konusunda toplanmaktadır.

Davalıların hukuki sorumluluğu özellikle ‘tüzel kişilik perdesinin kaldırılması’ ve ‘organik bağ’ kavramları ışığında da ele alınmalıdır.

Tüzel kişi ile ortakların alanlarının organizasyon ve malvarlıkların birbirine karışması, yetersiz sermaye ve özellikle şirket tüzelkişiliğinin bilinçli olarak üçüncü kişileri zarara uğratması tüzel kişilik perdesinin ortadan kaldırılması nedenlerindedir.

Başka bir anlatımla bu davalar borçlunun alacaklarından mal kaçırarak amacıyla yaptığı tasarrufların hileli, muvazaalı işlemlerin borçlunun alacaklısına karşı

⁵⁹ Öztekin / Memiş, s. 211; Uyar, s. 394.

⁶⁰ Y. 15. HD. 18.9.1996 T., 1996/4034 E., 1996/4502 K. (www.kazanci.com).

⁶¹ Y. 9. HD. 2.12.2014 T., 2014/23021 E. 2014/36630 K.; Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 14.12.2015 T., 2015/32647 E, 2015/35298 K sayılı kararı da aynı istikamettedir (Bak. www.kazanci.com).

hükümsüz hale gelmesi yaptırımını hedefleyen hakim hukuku biçiminde bir son çaredir.

‘Organik Bağ’ tüzel kişiye karşı olan alacakların takip edilmesinde, bu takibin asıl borçlu şirket ile birlikte onunla belirli bir düzeyde hukuki ilişkiye ve başa sahip olan şirkete karşı yapılabilmesini sağlayan bir hukuki yoldur. Bu halde iktisadi bütünlük aranmaz.”

Görüldüğü üzere Yargıtay, organik bağın bulunduğu hallerde iki şirket sanki tek bir şirketmiş gibi hüküm kurmaktadır⁶².

Organik bağın varlığı tanık beyanları ile de ispat edilebilmektedir⁶³. Ancak belirtmek gerekir ki iki şirket arasındaki bazı ilişkilere bakarak organik bağın varlığına her zaman hükmedilemez. Yargıtay, bazı kıstasların varlığı halinde iki şirket arasında organik bağın bulunduğunu kabul ederek tüzel kişilik perdesinin kaldırılması gerektiğine hükmetmektedir. Yargıtay’a göre bu kıstaslar ayrıca muvazaaya da işaret etmektedir.

Yargıtay’ın geliştirdiği kıstasları şu şekilde özetlemek mümkündür⁶⁴:

1. Borçlu şirkete ait bir kısım belgelerin davalı şirketin işyerinde bulunması,
2. Borçlu şirket ile davalı şirket arasında devir ilişkisinin olması,
3. İki şirketin aynı merkezden idare edilmesi,
4. Farklı şirketler kurularak, farklı tüzel kişiliklerin çatısı altında dolandırıcılık yapılması (borçlu şirket adına işlemler yapılması ve fakat bu şirketin içi boşaltılarak başka bir şirket adına malvarlığı edinilmesi),
5. İki şirketin faaliyet alanlarının ve müşteri çevrelerinin aynı olması,
6. İki şirketin çalışanlarının önemli ölçüde aynı olması,
7. Şirket yöneticilerinin aynı olması,
8. Ortaklar arasındaki akrabalık ilişkisi,

⁶² “...Mahkemece yapılacak iş; aralarında unvan benzerliği bulunan davacı şirket ile dava dışı borçlu şirketin sicil kayıtlarının ticaret sicilinden getirilerek, ortakların araştırılması, her iki şirketin ortakları arasında aynı kişi veya kişiler mevcutsa organik bağ bulunduğu kabul edilerek muvazaalı işlem yapmaları sebebiyle ...davanın reddine karar vermekten ibarettir” (Y. 15. HD., 15.11.1994 T., 1994/4957 E., 6763 K.); “Her ne kadar tüzel kişiler arasında akrabalık ilişkisi olmaz ise de iki tüzel kişi arasında organik bağ varsa malvarlığını devralan tüzel kişinin iyi niyetli olmadığı ve işlemin batıl olduğunun kabulü gerekir. Devreden ve devralan şirketin ortakları yakın akraba olduğundan iki tüzel kişilik arasında organik bağın bulunduğu göz ardı edilmemesi gerekir.” (Y. 15. HD. 23.1.2001 T., 200/5126 E.; 2001/399 K. www.kazanci.com).

⁶³ Y. HGK. 16.04.2003 T. 2003/9 – 279 E., 2003/292 K. (www.kazanci.com).

⁶⁴ Benzer tespitler için bak. Yavaş, s. 220 vd.

9. Borçlu şirket temsilcisi ile davalı şirket temsilcisinin baba oğul olması,
10. Şirketler arasındaki iktisadi bütünlük,
11. Haciz mahalline gidildiğine borçlu şirket temsilcisinin kasada otururken görülmesi,
12. Borçlu şirketin levhasının haciz adresinin girişinde bulunması,
13. Tüzel kişi ile ortakların alanlarının, organizasyon ve malvarlıkların birbirine karışması,
14. Yetersiz sermaye ve özellikle şirket tüzel kişiliğinin bilinçli olarak üçüncü kişileri zarara uğratması,
15. Şirketler arasında muvazaalı işlemler yapılması, hatta belirli işlemlerin aynı şekilde ve aynı usulde yapılması.

Şüphesiz bu kıstaslar tahdidi olmayıp örnek kabilinden sayılan kıstaslardır. Bu kıstaslardan iki üç tanesini bazı olaylarda yeterli sayan Yargıtay, bazı olaylarda ise ek delillerin de olması gerektiğine hükmetmiştir.

Yargıtay kararlarından anlaşıldığına göre organik bağın varlığının her somut olayda mahkemece araştırılması gerekmektedir. Organik bağın varlığının kabulünde, şirketlerin aynı holdinge bağlı olması, yöneticilerinin veya kurucularının aynı olması, bir borç takibinden kurtulmak için hisselerin devredilmesi, muvazaalı işlemler yapılması, hatta belirli işlemlerin aynı şekilde ve aynı usulde yapılması bile rol oynayabilmektedir⁶⁵.

Organik bağın temelini de TMK. m. 2 oluşturmaktadır. Yargıtay aynı çıkar grupları tarafından kurulan veya yönetilen şirketlerin tüzel kişiliklerinin kötüye kullanılması halinde bu kavrama müracaat ederek kötüye kullanıma engel olmaktadır. Bu yolla özellikle iki farklı şirket kurularak birinden yapılan borçlanmaların diğerine aktarılmasının veya bazı şirketlerin paravan olarak kullanılmasının önüne geçilmektedir⁶⁶.

Organik bağın varlığı araştırılırken çok farklı kriterlerin kullanıldığı görülmektedir. Özellikle Yargıtay bu konuda oldukça geniş davranmaktadır. Bu haliyle

⁶⁵ Y. 9. Hukuk Dairesi bir kararında, “*Bu anlamda; tüzel kişilik hakkının kötüye kullanılması, kanuna karşı hile, işçiye zarar verme (haklarının alınmasını engelleme), tarafta muvazaa (hizmeti kendisine verdiği halde başka bir kişiyi kayıta işveren olarak gösterme) ve namı müstear yaklaşımı nedeni ile dolaylı temsil söz konusudur. Bu durumların söz konusu olduğu halde tüzel kişilik perdesinin aralanması sureti ile gerçek işveren veya organik bağ içinde olan tüm işverenler sorumlu tutulmaktadır. Organik bağ ise şirketlerin adresleri, faaliyet alanları, ortakları ve temsilcilerinin aynı olmasından, aralarındaki hukuki ilişkilerin tespitinden anlaşılır.*” şeklinde hüküm tesis etmiştir (9. HD. 29.9.2015 T., 2014/12841 E.; 2015/26694 K. www.kazanci.com).

⁶⁶ Öztekin / Memiş, s. 214.

organik bağın uygulanması, perdenin kaldırılması teorisinin uygulanmasından çok daha kolaydır. Organik bağ kavramının uygulanabilmesi için borçlunun, diğer tüzel kişiliği, alacaklılardan mal kaçırmak amacıyla kullanma niyeti yeterli görülmektedir. Organik bağın kullanıldığı hallerde tasarrufun veya diğer hukukî işlemlerin iptali, istihkak iddiası gibi farklı hukukî sonuçlara ulaşılabilmektedir.

Organik bağ kavramının, tüzel kişilik perdesinin kaldırılması kavramı ile benzer ve ortak yönleri olduğu kadar bazı farklı yönleri de bulunmaktadır. İnceleme konumuz açısından organik bağ ile perdenin çapraz kaldırılması arasındaki en önemli fark şudur: Perdenin çapraz kaldırılması yoluna gidilebilmesi için iki şirket arasında iktisadî bütünlük şartı aranırken organik bağın varlığı açısından böyle bir şart aranmamaktadır⁶⁷. Bu yönü itibariyle organik bağın ispatı alacaklı açısından daha kolaydır.

Organik bağın varlığı için malvarlıklarının karışması veya yetersiz sermaye şartları aranmadığı⁶⁸ gibi tüzel kişiliklerin özdeş hale gelmesi de gerekmemektedir. Bu da organik bağ kavramından hareket ederek sonuç almayı kolaylaştırmaktadır.

Organik bağın ispat kolaylıklarına karşılık tüzel kişilik perdesinin kaldırılması alacaklı bakımından bazen daha avantajlı olabilmektedir. Şöyle ki; organik bağın varlığı halinde bir şirketin borçlarından dolayı bir başka şirketin malvarlığına el atılabilmektedir. Fakat organik bağ kavramı, alacaklının, ortakların malvarlığına kadar uzanabileceği bir kavram değildir. Oysa tüzel kişilik perdesinin kaldırılması halinde ortakların malvarlığına da el atılabilmektedir. Çapraz kaldırmada borçlu şirketin yanı sıra kardeş şirketin hatta kardeş şirketin ortaklarının mal varlığına dahi el atmak mümkündür⁶⁹. Bu ihtimalde tüzel kişilik perdesi iki kere kaldırılmaktadır. Önce kardeş şirketler arasındaki daha sonra kardeş şirket ile ortakları arasındaki perde kaldırılmaktadır. Tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisi alacaklıya ortakların malvarlığına el atma yetkisi bahşettiğine göre alacaklı her iki şirketin malvarlığı yanında bu şirketlerin ortaklarının farklı olması durumunda da her bir ortağın (özellikle hâkim ortağın) malvarlığına el atabilme imkânına kavuşmaktadır. Bu yönüyle tüzel kişilik perdesinin aralanması organik bağa göre daha avantajlıdır. Çünkü kardeş şirketin içi boşaltılıp malvarlığı ortakların üzerine aktarıldığında organik bağ çözüm olmamakta, tüzel kişilik perdesinin kaldırılması gerekmektedir.

Aralarında bazı farklılıklar bulunmakla beraber organik bağ ile perdenin çapraz kaldırılması kavramları birbirinin alternatifi olan kavramlar değildir. Aynı olayda hem organik bağ hem de tüzel kişilik perdesinin aralanması yolları işletilerek sonuca

⁶⁷ Öztekin / Memiş, s. 209 – 211.

⁶⁸ Öztekin / Memiş, s. 210.

⁶⁹ ÖztekinMemiş, s. 210.

ulaşılabilir. Nitekim pek çok olayda her iki kurumun şartları birlikte gerçekleşmektedir. Yargıtay'ın da aynı olayda her iki kavrama birlikte müracaat ettiği sıklıkla görülmektedir.

Yargıtay organik bağın varlığına hükmederken sık sık muvazaaya da vurgu yapmaktadır. Çünkü organik bağın varlığı halinde çoğunlukla iki şirket arasında muvazaalı devirler karşımıza çıkmaktadır. Fakat tıpkı tüzel kişilik perdesinin çapraz kaldırılması halinde olduğu gibi organik bağın varlığı halinde de muvazaanın şartları her zaman gerçekleşmeyebilmektedir. Kardeş şirketler arasında bir devir ilişkisinin bulunmadığı hallerde, özellikle yeni kurulan şirketin malvarlığını muvazaalı yollarla elde ettiğini söylemek bir hayli güçtür. Çünkü üçüncü kişiler ile yeni şirket arasında yapılmış bir muvazaa anlaşması bulunmamaktadır. Eski şirketin ortakları yeni bir şirket kurarak, yeni bir binada yeni üretim vasıtaları ile yollarına devam etmektedirler. Borca batık eski şirket ise âdeta bir kenara fırlatılıp atılmıştır. Yukarıda da belirttiğimiz üzere yeni şirket ile bu şirkete devir yapan üçüncü kişiler arasında muvazaa anlaşması bulunmadığı sürece muvazaanın varlığından söz edilemez. Bu durumda en sağlıklı yol organik bağ kavramından hareketle, şartları oluşmuşsa tüzel kişilik perdesini de kaldırmak suretiyle yeni şirketin sorumluluğuna hükmetmektir.

Sonuç olarak alacaklılardan mal kaçırma amacıyla tüzel kişilik perdesinin arkasına saklanıldığı durumlarda bazen perdenin kaldırılması yoluna giderek bazen organik bağ kavramına müracaat ederek bazen de her iki yolu hatta şartları oluşmuşsa muvazaa yolunu devreye sokarak sonuca ulaşmak mümkündür.

SONUÇ

Başlangıçta da belirttiğimiz üzere, alacaklıların borçlu şirketten alacaklarını tahsil edememeleri ve fakat borçlu şirketin ortaklarının yeni bir şirket yapısı ile ticarî faaliyetlerine devam etmeleri halinde uygulamada, en bilindik yol olan muvazaa yoluna müracaat edilmektedir. Oysa muvazaanın şartları her zaman oluşmamaktadır. Özellikle borçlu şirket ile kardeş şirket arasında bir devir ilişkisi yoksa muvazaanın varlığından söz edilemez. Bu durumda en sağlıklı yol tüzel kişilik perdesinin çapraz olarak kaldırılması suretiyle veya organik bağ kavramından hareketle kardeş şirketin malvarlığına el atmak olarak görünmektedir. Pek çok olayda tüzel kişilik perdesinin kaldırılması ile organik bağın şartları aynı anda gerçekleşmektedir. Her iki kurumun şartlarının birlikte gerçekleşmediği hallerde organik bağın ispat etmek daha kolaydır. Fakat tüzel kişilik perdesinin kaldırılması yoluna gitmek bazı hallerde organik bağa göre daha avantajlı olabilmektedir. Zira bu yolla sadece kardeş şirketin malvarlığına değil, onun ortaklarının malvarlığına el atmak da mümkün olabilmektedir.

Organik bağ ve tüzel kişilik perdesinin aralanması müesseseleri muvazaa ile birlikte de bulunabilir. Hatta pek çok olayda muvazaalı bir işlem kaçınılmaz olarak karşımıza çıkabilmektedir.

Bu üç kavram birbirlerinin alternatifi olmayıp birbirlerini tamamlayan kavramlardır. Birinin şartlarının oluşması diğerinin şartlarının oluşmasına engel olmamaktadır. Bu nedenle şartları oluşmuşsa aynı olayda her üç kavrama da müracaat etmek mümkündür.

KAYNAKLAR

- Antalya, G.** : Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması Teorisi, Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması, I. Uluslararası Ticaret Hukuku Sempozyumu, 02 Şubat 2008, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Sempozyum Kitabı, Editör Erol Ulusoy, İstanbul 2008, s. 143 – 152.
- Antalya, G.** : Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C. I, Temel Kavramlar, Sözleşmeden Doğan Borç İlişkileri, İstanbul, 2016 (Antalya, Borçlar).
- Atamulu, İ., Çamoğlu, E.** : Türk Borçlar Hukukunda Muvazaa, Ankara 2017.
- Çamoğlu, E.** : Ticaret Ortaklıkları Bağlamında Perdenin Kaldırılması Kuramı ve Yargıtay Uygulaması, BATİDER, C. 32, S. 2, Haziran 2016 s. 5 – 17.
- Eren, F.** : Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 24. Baskı, Ankara 2019.
- Ertürk, A.** : Soygunu Görmek İçin Perdenin Arkasına Bakalım, Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması, I. Uluslararası Ticaret Hukuku Sempozyumu, 02 Şubat 2008, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Sempozyum Kitabı, Editör Erol Ulusoy, İstanbul 2008, s. 137 – 139.
- Kocayusufpaşaoğlu / Hatemi / Serozan / Arpacı** : Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Birinci Cilt, Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Hukukuna Giriş, Hukukî İşlem, Sözleşme, Yenilenmiş, Genişletilmiş Tamamlanmış 4. Baskı, İstanbul 2008 (Kocayusufpaşaoğlu).
- Hatipoğlu, C. Y.** : Murisin Mirasçılar Aleyhine Yaptığı Sağlararası Muvazaalı Muamelelerin Hukuki Sonuçları, Ankara 2004.
- İnan, A. N. / Yücel, Ö.** : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 4. Baskı, Ankara 2014.
- Kaplan, İ.,** : Tüzel Kişiliğe Sahip Ticaret Ortaklıklarında Perdenin Kaldırılması Talepli Hukukî Sorumluluk Davaları, BATİDER, C. 25, S. 4, s. 37 – 46.
- Kılıçoğlu, A. M.** : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Genişletilmiş 21. Baskı, Ankara 2017.
- Öztek, S. / Memiş, T.** : Şirketler Hukuku ve İcra İflas Hukuku İlkeleri Karşısında Borçlu Şirketin Alacaklarının Hakim Ortağa Karşı Korunması, Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması, I. Uluslararası Ticaret

Hukuku Sempozyumu, 02 Şubat 2008, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Sempozyum Kitabı, Editör Erol Ulusoy, İstanbul 2008, s. 195 – 216.

**Oğuzman, M. K. /
Öz, T.**

: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C. I, Gözden Geçirilmiş 16. Baskı, İstanbul 2018.

Sağlam, İ.

: Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması Kavramına Genel Bir Bakış, Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması, I. Uluslararası Ticaret Hukuku Sempozyumu, 02 Şubat 2008, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Sempozyum Kitabı, Editör Erol Ulusoy, İstanbul 2008, s. 153 – 161.

Seven, V. /

Göksoy, Y. C.

: Ticaret Şirketlerinde Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması (Bir Kararın Değerlendirilmesi), İstanbul Barosu Dergisi, C. 80, S. 6, Yıl 2006, s. 2455 – 2470.

Ulusoy, E.,

: Şirketler ve Bankacılık Hukukunda Kapsama Alma ve Sorumlu Kılma Amacıyla Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması, Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması, I. Uluslararası Ticaret Hukuku Sempozyumu, 02 Şubat 2008, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Sempozyum Kitabı, Editör Erol Ulusoy, İstanbul 2008, s. 351 – 405.

Uyar, T.

: Tasarrufun İptali Davası ve “Muvazaa”, “Nam-ı Müstear”, “İşletmenin Devri”, “Kanuna Karşı Hile” ve “Perdeyi Kaldırma Teorisi”, ABD., Y. 74, S. 2016/2, s. 343 – 403.

Yanlı, V.

: Anonim Ortaklıklarda Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması ve Pay Sahiplerinin Ortaklık Alacaklılarına Karşı Sorumlu Kılınması, İstanbul 2000.

Yavaş, M.

: Tasarrufun İptali ve İstihkak Kurumlarında Perdenin Kaldırılması, Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması, I. Uluslararası Ticaret Hukuku Sempozyumu, 02 Şubat 2008, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Sempozyum Kitabı, Editör Erol Ulusoy, İstanbul 2008, s. 217 – 232.

Yıldırım, K.

: Maddi Hukuk İcra Hukuku İlişkisi ve İptal Davalarından Perdeyi Kaldırma Teorisine Hukuki Korunma Sağlayan Enstrümanlar, Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması, I. Uluslararası Ticaret Hukuku Sempozyumu, 02 Şubat 2008, Marmara

Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Sempozyum Kitabı, Editör Erol Ulusoy, İstanbul 2008, s. 173 – 193.

Yılmaz, L.

: Anonim Şirketlerde Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması Meselesi Hakkında İsviçre Federal Mahkemesi Kararları Işığında Düşünceler, Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması, I. Uluslararası Ticaret Hukuku Sempozyumu, 02 Şubat 2008, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Sempozyum Kitabı, Editör Erol Ulusoy, İstanbul 2008, s.233 - 259.

Yüksel, K.

: Şirketler Hukukunda Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması Örtünün Aralanması LigitingtheCorporateVeil, Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması, I. Uluslararası Ticaret Hukuku Sempozyumu, 02 Şubat 2008, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Sempozyum Kitabı, Editör Erol Ulusoy, İstanbul 2008, s. 261 – 276.

İŞ SÖZLEŞMESİNİN İŞÇİ TARAFINDAN FESHİ VE FESHİN HUKUKİ SONUÇLARI*

Termination of Labour Contract by Employee and the Legal Consequences of the Termination

Doç. Dr. Mehmet Nusret BEDÜK**

ÖZ

İşçinin bazı olgu ve gelişmelere bağlı olarak bazen işyerini terk etmesi veya birtakım şahsi nedenlerle işi bırakması ve bazen de şarta bağlı olarak kendi serbest iradesiyle iş sözleşmesini feshetmesi uygulamada sıkça karşılaşılan bir durumdur. Yargıtay'ın ilke kararlarında işçinin haklı bir nedene dayanmadan ve bildirim öneli tanımaksızın iş sözleşmesini feshi, istifa olarak değerlendirilmektedir. Hâlbuki iş mevzuatımızda iş sözleşmesinin istifa suretiyle sona ermesine ilişkin özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Uygulamada işçinin istifası olarak ifade edilen iş sözleşmesinin işçi tarafından feshedilmesi konusunda zengin bir içtihat oluşmuştur. Ancak yargı kararlarında somut olayın özelliğine göre farklı sonuca varıldığı için verilen kararlar her zaman emsal niteliğinde değildir.

ANAHTAR KELİMELER: İş Sözleşmesinin Feshi, İşçinin Haklı Nedenle Derhal Fesih Hakkı, İstifa, İşyerini Terk, Şarta Bağlı Fesih, Süreli Fesih.

ABSTRACT

It's a met frequently situation in practice that a worker leaves workplace depending on some cases and developments, quits job because of personal reasons or terminates labour contract conditionally by free will. In the principle decisions of Supreme Court of Appeals, termination of labour contract without a justified ground and without notification condition by worker is defined as resignation. However, in labour legislation there is no special regulation about termination of labour by resignation. In practice, a rich judicial opinion is formed about the concept of termination of labour contract by worker defined as resignation. Nevertheless, judicial decisions are not always precedent because in dijudications, different conclusions are reached depending on the features of concrete case.

KEY WORDS: Termination of Labour Contract, Right of Immediate Termination of Worker on Justified Grounds, Resignation, Leaving the Workplace, Conditional Termination, Termed Termination.

* Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 26.11.2019

Kabul Edildiği Tarih: 02.12.2019

DOI Numarası: [10.15337/suhfd.650941](https://doi.org/10.15337/suhfd.650941)

** Yalova Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

E-mail Adresi: nbeduk@yalova.edu.tr

ORCID ID: [0000-0001-8239-4485](https://orcid.org/0000-0001-8239-4485)

GİRİŞ

İş sözleşmesi her iki tarafa borç yükleyen bir özel hukuk sözleşmesidir. Taraflar arasında sözleşme ile kurulan sürekli borç ilişkisi, en nihayet belirli olgu ve nedenlere dayalı olarak son bulur. İş sözleşmesi genel olarak tarafların anlaşması (ikale), ölüm, belirli sürenin bitimi ve fesih bildiriyle sona erer¹. Sözleşmenin fesih bildiriyle sona erme halleri (nedenleri) ve bunlara bağlanan hukuki sonuçlar, yargı ve öğretinin üzerinde en çok tartıştığı konulardır.

Fesih, sözleşmenin her iki tarafına tanınmış bozucu yenilik doğuran bir haktır². Sözleşmenin kimin tarafından ve ne şekilde feshedildiği çoğu zaman uyuşmazlık konusu olmaktadır. Zira feshin sözleşmenin hangi tarafınca gerçekleştirildiği işçilik hak ve alacakları bakımından önemli sonuçlar doğurmaktadır. İş sözleşmesi, genelde işveren tarafından feshedilmektedir. Buna mukabil işçi de bazı olgu ve gelişmelere bağlı olarak bazen işyerini terk etmek veya birtakım şahsi nedenlerle işi bırakmak suretiyle veyahut şarta bağlı olarak kendi serbest iradesiyle iş sözleşmesini feshedebilmektedir. İşçi, bazen de baskı altında veya irade fesadı sonucu gerçek iradesinin dışında fesih beyanı ile iş sözleşmesine son verebilmektedir.

Çoğu işçi, iş sözleşmesini feshederken iradesi ile beyanı arasındaki uygunsuzluğun ne gibi hukuki sonuçlar doğuracağını bilemez. Feshi haklı kılan bir neden olduğu halde, fesih iradesini ortaya koyarken yaptığı yanlış açıklamalar ve davranışlar, aleyhinde birtakım hukuki sonuçlar doğurmaktadır. O nedenle iş sözleşmesinin işçi tarafından feshedilmesinin ayrıntılı olarak açıklanmasında yarar vardır. Fakat konunun genişliği karşısında bu çalışmamızda sadece iş sözleşmesinin işçinin serbest iradesi ile feshi ve feshin hukuki sonuçları üzerinde durulacaktır. Ayrıca belirtmek gerekir ki iş

-
- ¹ Bkz. **OĞUZMAN**, Kemal: Türk Borçlar Kanunu ve Mevzuatına Göre Hizmet “İş” Akdinin Feshi, İstanbul 1955, s.33 vd.; **ESENER**, Turhan: İş Hukuku, Ankara 1978, s.214 vd.; **ÇELİK**, Nuri/**CANIKLIOĞLU**, Nurşen/**CANBOLAT**, Talat: İş Hukuku Dersleri, İstanbul 2018, s.425 vd.; **SÜZEK**, Sarper: İş Hukuku, İstanbul 2019, s.497 vd.; aynı yazar, İş Akdini Fesih Hakkının Kötüye Kullanılması, Ankara 1976, s.13; **MOLLAMAHMUTOĞLU**, Hamdi/**ASTARLI**, Muhittin/**BAYSAL** Ulaş: İş Hukuku Ders Kitabı, Ankara 2019, s.215 vd.; **EYRENCİ**, Öner, **TAŞKENT**, Savaş, **ULUCAN**, Devrim: Bireysel İş Hukuku, İstanbul 2019, s.180 vd.; **TUNÇOMAĞ**, Kenan/**CENDEL**, Tankut: İş Hukukunun Esasları, İstanbul 2015, s.188 vd.; **NARMANLIOĞLU**, Ünal: İş Hukuku, Ferdi İş İlişkileri I, İstanbul 2014, s.334 vd.; **AKYİĞİT**, Ercan: İş Hukuku, Ankara 2018, s.245 vd.; **SÜMER**, Halûk Hâdi: İş Hukuku, Ankara 2019, s.97 vd.; **YÜREKLİ**, Sabahattin: Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesi, Ankara 2016, s.103 vd.; **UŞAN**, M. Fatih: İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku, Ankara 2006, s.100.
- ² **OĞUZMAN**, s.41-42; **ESENER**, s.222; **ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT**, s.440-441; **SÜZEK**, Fesih Hakkının Kötüye Kullanılması, s.14; aynı yazar, İş Hukuku, s.502-503; **EKONOMİ**, Münir: İş Hukuku: C.1, Ferdi İş Hukuku, İstanbul 1984, s.166-167; **MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL**, s.219; **YÜREKLİ**, s.103; **KAPLAN**, Emine Tuncay: İşverenin Fesih Hakkı, Sınırları, Hüküm ve Sonuçları, Ankara 1987, s.15; **EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN**, s.185; **KILIÇOĞLU**, Mustafa/**ŞENOCAK**, Kemal: İş Güvencesi Hukuku, İstanbul 2007, s.17-23; **SÜMER**, Halûk Hâdi: İş Hukuku Uygulamaları, Ankara 2019, s.280; aynı yazar, İş Hukuku, s.98; **UŞAN**, s.100.

sözleşmesinin taraflarca anlaşarak sona erdirilmesinde işçinin feshi söz konusu olmadığından³, bu çalışmamızda ikale bahse konu değildir.

I. İŞ SÖZLEŞMESİNİN İŞÇİ TARAFINDAN FESHEDİLMESİ

1. Genel Olarak

Anayasanın 48. maddesine göre, “Herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetine sahiptir”. Temel hak ve özgürlükler kapsamında yer alan sözleşme özgürlüğü (serbestisi), genel bir ilke olup, hukuk düzeninin çizdiği sınırlar içinde kişilerin karşılıklı serbest iradeleri ile istedikleri hukuki sonucu meydana getirebilme özgürlüğü nü ifade eder. Bu bağlamda eşit haklara sahip taraflar, serbest iradeleriyle yapacakları sözleşmenin muhtevasını belirleyebilme ve değiştirebilme, sözleşmenin karşı tarafını seçebilme ve karşılıklı anlaşarak ortadan kaldıracakları konusunda serbestiye sahiptirler⁴. Aynı serbestlik işçinin tek taraflı iradesi ile iş sözleşmesinin feshedebilme hakkını da kapsamaktadır. Zira kendi isteğiyle çalışma hayatına katılan bir kimsenin dilediği zaman çalışma hayatından ayrılabilme hakkı da bulunmaktadır. Hiçbir işçi kendi iradesi dışında zorla işten ayrılmaya zorlanamayacağı gibi, çalışmasını sürdürmeye de mecbur kılınmaz⁵.

İşçi, iş sözleşmesini tek taraflı irade beyanıyla sona erdirebilir. İş sözleşmesini bildirimli veya bildirimsiz derhal feshetme hakkına sahiptir. İş sözleşmesi belirsiz süreli ise işçi ancak ihbar önelerine uyarak usulüne uygun bir şekilde iş sözleşmesini feshedebilir (TBK.431, İş K.md.17). İş sözleşmesi ister belirli süreli ister belirsiz süreli olsun, feshi haklı kılan bir neden söz konusu olduğunda, işçi önceden bildirimde bulunmasızın iş sözleşmesini haklı nedenle derhal feshedebilir (TBK.435, İş K.md.24). Bunun dışında iş mevzuatımızda iş sözleşmesinin istifa suretiyle sona ermesine ilişkin özel bir düzenleme bulunmamaktadır.

³ İ kale, sözleşmenin ortadan kaldırılmasına yönelik bir anlaşma olduğu, fesih niteliği taşımadığından iş sözleşmesinin feshine ilişkin hukuki sonuçlar ikalede söz konusu değildir. Bkz. **ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT**, s.426-427; **ASTARLI**, Muhittin: İş Hukukunda İ kale (Bozma Sözleşmesi), Ankara 2016, s.5; **GÜNAY**, Cevdet İlhan: “İ kale Sözleşmesi”, Çimento İşveren, Eylül 2009, s.6-7; **AYDIN**, Ufuk: “İş Sözleşmesinin Anlaşma ile Sona Erdirilmesi”, Çimento İşveren, S.3, C.18, Mayıs 2004, s.4-5; **YÜREKLI**, s.115 vd.; **GEREK**, Hasan Nüvit: “İş Sözleşmesinin İ kale Sözleşmesi ile Sona Ermesi”, Çalışma ve Toplum, 2011/4, s.44-45.

⁴ **EREN** Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2017, s.16-17; **OĞUZMAN**, M. Kemal/ÖZ, M. Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümleri, C.1, İstanbul 2017, s.23-24; **KOCAYUSUFPAŞA-OĞLU**, Necip: Borçlar Hukukuna Giriş Hukuki İşlem Sözleşme, İstanbul 2017, s.503-504; **EKO-NOMİ**, s.93-94; **NARMANLIOĞLU**, s.193; **TUNÇOMAĞ/ CENTEL**, s.81.

⁵ **AKINCI**, Şahin: Borçlar Hukuku Bilgisi, Konya 2011, s.10-11; **YILMAZ**, Halil: “İşçinin İş Sözleşmesinin İstifa Beyanıyla Feshi (Yargıtay Kararlarına Genel Bakış)”, Prof. Dr. Sarper SÜZEK’e Armağan, C.II, İstanbul 2011, s.1231.

a) Fesih Kavramı

Fesih, niteliği itibarıyla tek taraflı bir hukuki işlemdir. Sözleşmenin taraflarından birinin sözleşmeyi sona erdirmeye yönelik karşı tarafa varması gereken bir irade açıklamasıdır. İş sözleşmesini derhal veya belirli bir sürenin geçmesiyle ortadan kaldırmaya yetkisi veren, bozucu yenilik doğuran bir haktır⁶. Fesih ile iş sözleşmesi, taraflardan birinin (işçi veya işverenin) irade beyanıyla geleceğe yönelik olarak ortadan kalkar⁷. İrade beyanının muhataba varması ile hukuki sonuç kendiliğinden meydana gelir. Bu beyanın geçerliliği karşı tarafın kabulüne bağlı değildir⁸.

Fesih, ancak karşı tarafın hukuki egemenlik alanına ulaşmasıyla hüküm ve sonuç doğuracağı ve geçerlilik şartları da bu ana göre değerlendirileceği için geçmişe etkili fesih mümkün değildir. Bir taraf fesih bildiriminde bulunduktan sonra karşı tarafın daha sonra fesih iradesini açıklamasının sonuca etkisi olmadığı⁹ gibi iş sözleşmesinin ne şekilde feshedildiğinin de bir önemi yoktur. Örneğin; sözleşme sözlü olarak feshedilmiş olduğu halde daha sonra yazılı şekilde tekrar feshedilmesi, hukuken geçerli bir işlem değildir¹⁰.

⁶ OĞUZMAN, s.41-42; ESENER, s.222; ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT, s.440-441; SÜZEK, Sarper: İş Akdini Fesih Hakkının Kötüye Kullanılması, İş Güvencesi Konusunda Karşılaştırmalı Bir İnceleme, Ankara 1976, s.14; aynı yazar, İş Hukuku, s.503; EKONOMİ, s.166-167; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.219; KAPLAN, s.14-16; SÜMER, İş Hukuku Uygulamaları, s.280-281; aynı yazar, İş Hukuku, s.98; NARMANLIOĞLU, s.358-359; TUNÇOMAĞ/CENTEL, s.197; EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s.185; UŞAN, s.100.

⁷ EREN, s.64.

⁸ EREN, s.66; SÜZEK, s.503; ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT, s.440-441; OĞUZMAN, s.41-42; KAPLAN, s.15; EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s.185; ESENER, s.541-543.

⁹ ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT, s.445.

¹⁰ "Dosya içeriğine ve tanık anlatımlarına göre davacı işçinin eşinin 02.11.2009 tarihinde eşinin ameliyat olması nedeni ile refakatçi olarak kaldığı ve bu nedenle işe gidemediği, durumu şifahi olarak bildirdiği, işverenin bundan haberdar olduğu, davacının bu mazeretinin sona erdiği tarihte işe geldiği, mazeretine ait belgesini sunmak istediği, ancak 05.11.2009 tarihinde işten çıkarıldığı sözlü olarak bildirildiği, davacının bu nedenle 06.11.2009 tarihinde ihtarname çekerek tazminat ve işçilik alacaklarının ödenmesini istediği, davalı işverenin yazılı ihtarnameyi aldıktan sonra davacıyı tekrar işe davet ettiği ve bu tarihten sonra gelmediği gerekçesi ile devamsızlık tutanakları tutarak iş sözleşmesini 23.11.2009 tarihli ihtarname ile devamsızlık gerekçesi ile feshettiği anlaşılmaktadır. Somut bu maddi ve hukuki olgulara göre davacının iş sözleşmesi 05.11.2009 tarihinde davalı işveren tarafından feshedilmiştir. Fesih beyanı sözlü olarak davacıya iletilmiş ve sonuçlarını doğurmuştur. Bu tarihte gerçekleştirilen fesih beyanı geçerlidir. İşverenin bundan sonra işçiyi işe davet etmesi, devamsızlık tutanakları tutması ve devamsızlık nedeni ile iş sözleşmesini yazılı bildirim ile feshetmesi sonuca etkili değildir. 05.11.2009 tarihinde gerçekleştirilen fesih hakkı nedene dayanmadığından davacının kıdem ve ihbar tazminatının kabulü yerine yazılı şekilde reddine karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir". Y.9.HD. 05.03.2012, E.2011/35264, K.2012/6759, <http://www.kazanci.com> (ET:10.07.2019).

Fesih bildiriminde bulunan taraf (işçi veya işveren) söz konusu sözleşmeyi sona erdirmeye iradesini açık ve net bir biçimde ortaya koyması gerekir. Kural olarak şarta bağlı fesih bildirimini geçerli değildir¹¹.

Fesih bildirimini herhangi bir şekilde tabi değildir¹². Fesih bildirimini yazılı yapılabileceği gibi sözlü veya örtülü (zımni) şekilde de yapılabilir. İşçi fesih beyanında “sözleşmeyi feshediyorum”, “istifa ediyorum” şeklinde açık bir ifade kullanabileceği gibi “bir daha bu işyerine adım atarsam ne olayım”, “bugünden itibaren benim yerime bir eleman aramaya başla” gibi sözlerle sözleşmeyi feshetmeye iradesini ortaya koyabilir¹³. Keza işçinin işyerini terk etmesi, işi bırakması, başka bir işte çalışmaya başlaması veya işverenin işçiyi işyerine almaması, işçinin giriş kartının iptal edilmesi gibi hallerde de iş sözleşmesinin zımni ve eylemli bir şekilde feshedilmiş olduğu kanaati oluşur¹⁴.

İş sözleşmesini fesheden taraf, fesih nedenini bildirmişse bu nedenle bağlıdır¹⁵. Daha sonra iş sözleşmesini haklı neden niteliğinde de olsa, başka bir nedenle feshettiğini ileri süremez. Haklı nedenle fesihte iş sözleşmesinin belirli veya belirsiz süreli olması bir fark yaratmaz. Fakat sözleşmenin feshi için mutlaka feshin diğer tarafa bildirilmesi gerekir. Sözleşmeyi fesheden taraf uyumsuzluk halinde haklı bir nedenin varlığını ispatlamakla yükümlüdür.

¹¹ Birçok yargı kararında bu husus tekrar edilmiştir. Bkz. Y.9.HD. 15.05.2019, E.2016/1444, K.2019/11176; Y.9.HD. 13.6.2019, E.2017/11087, K.2019/13276; Y.22.HD. 26.03.2019, E.2017/21398, K.2012/6759; Y.9.HD. 21.05.2019, E.2016/2014, K.2019/11635; Y.9.HD. 21.05.2019, E.2016/2014, K.2019/11635; Y.9.HD. 11.10.2018, E.2015/22136, K.2018/18058; <http://www.kazanci.com> (ET:12.07.2019).

¹² 4857 sayılı İş K.md.109’da fesih bildirimlerinin yazılı olarak yapılması hükmüne bağlanmıştır. Yazılı şekil, İş K.md.18 uyarınca yapılacak fesihler için geçerlilik şartıdır. Diğer hallerde örneğin haklı nedenle fesihte yazılı şekil şartı aranmamaktadır (**SÜMER**, İş Hukuku Uygulamaları s.223).

¹³ “Fesih” kelimesinin mutlak ve kesin bir açıklıkta olmasına gerek yoktur. Ancak bu irade beyanı karşı tarafa ulaştığı zaman, diğer taraf sözleşmeyi fesheden tarafın iş ilişkisini sona erdirmek istediğini anlayabilmelidir (**MANAV** A. Eda: İş Hukukunda Geçersiz Fesih ve Geçersiz Feshin Hüküm ve Sonuçları, Ankara 2009, s.29-30). “... Fesih bildiriminde “fesih” sözcüğünün bulunması gerekmez. Fesih iradesini ortaya koyan ifadelerle eylemli olarak işe devam etmeme hali birleşirse bunun fesih anlamına geldiği kabul edilmelidir. Bazen fesih işverenin olumsuz bir eylemi şeklinde de ortaya çıkabilir. İşçinin işe alınmaması, otomatik geçiş kartına el konulması buna örnek olarak verilebilir. Dairemizce, işverenin tek taraflı olarak ücretsiz izin uygulamasına gitmesi halinde, bunu kabul etmeyen işçi yönünden “işverenin feshi” olarak değerlendirilmektedir...” Y.9.HD. 13.06.2019, E.2017/11087, K.2019/13276; Y.9.HD. 24.04.2019, E.2016/10927, K.2019/9614, <http://www.kazanci.com> (ET:10.07.2019).

¹⁴ **ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT**, s.441-442; **SÜZEK**, s.506-507; **EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN**, s.185; **NARMANLIOĞLU**, s.355; **ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT**, s.441.

¹⁵ Karar örnekleri için bkz. **OCAK**, Uğur, Feshe Bağlı İşçilik Alacakları, 1. Kitap, Gaziantep 2018, s.507-509.

b) Fesih – İstifa Ayrımı

İstifa sözcüğü Arapça kökenli bir sözcük olup, “af dilemek” anlamındaki “isti’fa” sözcüğünün karşılığıdır. Bir kimsenin kendi isteği ile işten veya bir hizmetten ayrılması istifa olarak tanımlanmaktadır¹⁶.

İstifa, daha çok kamu hukuku ilişkilerinde kullanılan ve uygulama alanı bulan bir kavramdır. Kamu görevlisinin görevinden ayrılma iradesini açıklamasıdır. İdare hukukunda istifa, kişinin kendi isteğiyle görevinden ayrılma iradesini bağlı bulunduğu kuruma yazılı olarak bildirmesi ve görevinden usulü dairesinde çekilmesidir¹⁷. İstifa, kişinin isteğine bağlı bir işlem olduğundan açık bir irade beyanını gerektirir. Tek taraflı bir irade beyanı olan istifa, şarta bağlanamaz. İstifa talebinde bulunan memurun istifasının hukuki sonuç doğurabilmesi, yetkili makamların kabulüne bağlı değildir¹⁸. Diğer bir ifadeyle idare, istifayı kabul etmek zorundadır. Buna karşılık memur istifanın yürürlüğe gireceği tarihten önce istifadan vazgeçebilir. Bu tarihten önce atamaya yetkili amirce tesis edilen kabul işlemi istifadan vazgeçen memuru bağlamaz¹⁹.

Memurun istifası, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu’nda “çekilme” olarak ifade edilmektedir. Devlet memuru bağlı olduğu kuruma yazılı olarak başvuruda bulunmak suretiyle memurluktan çekilme isteğinde bulunabilir. İzinsiz veya kurumlarınca kabul edilmiş bir mazereti bulunmaksızın görevin terk edilmesi ve bu terkin kesintisiz on gün devam etmesi halinde, yazılı başvuru şartı aranmaksızın istifa etmiş (müstafi) sayılır (DMK.md.94/1). Kamu hizmetlerinde süreklilik esas olduğundan istifa, memura hemen görevinden ayrılma hakkı vermez. İstifanın hüküm ve sonuç doğurabilmesi için yetkili makamın kabulü gerekmez de memurun görevini bırakabilmesi için yetkili makamın memura görevini bırakabileceğini bildirmesi gerekir. İstifa etmek isteyen memur yerine atanan kimsenin gelmesine veya istifasının kabulüne kadar görevine devam eder. Yerine atanan kimse bir aya kadar gelmediği veya yerine bir vekil atanmadığı takdirde, üstüne haber vererek görevini bırakabilir (DMK.md.94/2). İstifa eden memur yasal şartlara uymadan görevini bırakırsa, belli bir süre veya devamlı olarak bir daha memuriyete alınamaz (DMK.md.97)²⁰.

¹⁶ <http://www.tdk.gov.tr> ; <https://www.etimolojiturkce.com/kelime/istifa>, ET:20.07.2019.

¹⁷ AKYILMAZ, Bahtiyar/SEZGİNER, Murat/KAYA Cemil: Türk İdare Hukuku, Ankara 2017, s.806; D.İDDK., 25.06.2009, E.2008/2277, K.2009/1694, <http://www.kazanci.com>, ET:22.07.2019.

¹⁸ YAVUZDOĞAN, Seçkin: “İdare Hukukunda İstifa”, International Journal of Legal Progress, Volume: 2, Year: 2016, Number: 2, s.118; GÖZLER, Kemal/KAPLAN, Gürsel: İdare Hukuku Dersleri, Bursa 2018, s.582.

¹⁹ AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA, s.806.

²⁰ 657 sayılı Kanun’un 94 vd. maddelerinde devlet memurluğundan çekilme ve çekilmiş sayılma, çekilmede devir teslim süreleri, olağanüstü yönetim hallerinde çekilme usulü, çekilen ve çekil-

Özel hukuk ilişkilerinde ise istifa, sözleşmenin tek taraflı feshi anlamında kullanılmaktadır. Mevzuatımızda istifa sözcüğü kullanılmamaktadır. İş görme sözleşmelerinden biri olan vekalet sözleşmesini düzenleyen önceki Borçlar Kanunu'nda bu kavrama açıkça yer verilmiş idi. Nitekim 818 sayılı (eski) Borçlar Kanunu'nda vekaletten sona erme sebeplerini düzenleyen 396. maddesine göre vekaletten azil ve istifanın her zaman caiz olduğu, ancak uygun olmayan bir zamanda vekaletten azil veya istifa eden kimsenin diğerinin zararından sorumlu olduğu kabul edilmekte idi. Bu hüküm, 2012 yılında yürürlüğe giren 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 572. maddesinde "Vekâlet veren ve vekil, her zaman sözleşmeyi tek taraflı olarak sona erdirebilir. Ancak, uygun olmayan zamanda sözleşmeyi sona erdiren taraf, diğerinin bundan doğan zararını gidermekle yükümlüdür" şeklinde değiştirilmiştir. Görüldüğü üzere vekilin istifası, sözleşmenin tek taraflı sona erdirilmesi şeklinde düzenlenmiştir²¹.

İş mevzuatımızda işçinin iş sözleşmesini tek taraflı irade beyanı ile sona erdirmesi "fesih" olarak düzenlenmiş iken, çoğu yargı kararlarında fesih yerine istifa kavramı tercih edilmektedir. Gerçekten uygulamada görüldüğü üzere, iş sözleşmesinin sona erdirmek isteyen işçi, çoğu zaman bu iradesini istifa ettiğini beyan etmek suretiyle ortaya koymaktadır. İstifa, işçinin iş sözleşmesini tek taraflı irade beyanı ile sona erdirmesi ve iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerini yerine getirmemesi anlamını taşımaktadır. Genelde işçi, ben sözleşmemi feshediyorum yerine, "işten ayrılıyorum", "istifa ediyorum" ifadelerini kullanmaktadır. İşten ayrılırken yazdığı dilekçe de uygulamada "istifa dilekçesi" olarak adlandırılmaktadır.

İş sözleşmesinin işçinin istifasıyla sona ermesi ile feshiyle sona ermesi aynı anlamda kullanılmakta ve benzer hukuki sonuçlar doğurmaktadır. Buna karşın Yargıtay'ın ilke kararlarında işçinin haklı bir neden bulunmaksızın ve bildirim süresine uyulmaksızın iş sözleşmesini feshi, istifa olarak değerlendirilmektedir²². Oysaki haklı bir

miş sayılanların yeniden atama usulü ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. **YAVUZDOĞAN**, s.118 vd.; **GÖZLER/KAPLAN**, s.581 vd.; **AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA**, s.806 vd.; ayrıca bkz. **OKUR**, s.110; **YILMAZ**, s.1231.

²¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. **KAYIHAN Şaban/ÜNLÜTEPE Mustafa**, "Vekâlet Sözleşmesinin Kendine Özgü Sona Erme Sebepleri", FSM İlmî Araştırmalar İnsan ve Toplum Bilimleri Dergisi, S.3, Bahar 2014, s.179 vd.

²² Y.22.HD. 27.06.2019, E.2017/22542, K.2019/14352; Y.22.HD. 03.07.2019, E.2016/18066, K.2019/14891; Y.9.HD. 01.07.2019, E.2019/1458, K.2019/14639, Yarg.7.HD. 16.09.2014, E.2014/7908, K.2014/17277, <http://www.kazanci.com> (ET:18.07.2019); Y.9.HD. 28.03.2018, E.2018/2698, K.2018/6893; Y.22.HD. 15.1.2018, E.2017/9333, K.2018/106, www.lexpera.com.tr (ET: 14.07.2019); **YILMAZ**, s. 1231; **OCAK**, Uğur, s. 503; Y.7.HD. 29.02.2016, E.2015/5528, K.2016/4886, Çalışma ve Toplum, 2017/1, s.214. **ŞAHLANAN** Fevzi, "İş İlişkisinin Sona Ermesi Ve Kıdem Tazminatı", Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2008, Ankara 2010, s.133.

nedene dayanmadan yapılan fesih, haksız fesih²³, bildirim önellerine uyulmaksızın yapılan fesih ise usulsüz fesih²⁴ olarak nitelendirilir. İş sözleşmesinin işçi tarafından haksız ve usulsüz şekilde feshini istifa olarak tanımlamanın doğru bir nitelendirme olmadığı görüşündeyiz. Çünkü işçi, “ücretimin eksik ödendiği ve zamanında yatırılmadığı için istifa ediyorum” derken, aslında iş sözleşmesini haklı nedenle feshetmiş olur. Bu bakımdan istifa ile fesih benzer kavramlardır²⁵. İş sözleşmesinin ancak işçi tarafından feshi, istifa olarak nitelendirilebilir. Zira işverenin istifasından bahsedilmez. Sözleşmenin istifa ile sona ermesi denildiğinde, iş sözleşmesinin işçi tarafından feshedildiği anlaşılmaktadır. Anlaşılma kolaylığı dışında istifa ile fesih kavramları aynı anlamda kullanılmaktadır. Ancak yukarıda açıklandığı üzere; kamu hukukunda çekilme olarak ifade edilen istifanın özel hukuktan farklı hüküm ve sonuçları bulunmaktadır. Özel hukukta istifa kavramı yerine yasal olarak fesih kavramına yer verildiğine göre, anılan anlamı dışında “istifa” yerine uygulamada da “fesih” kavramının kullanılmasının daha isabetli olacağı kanaatindeyiz.

c) Fesih Türleri

Fesih hakkını kullanan işçi, iş sözleşmesini kanununda öngörülen usule uygun olarak sona erdirebileceği gibi haksız ve usulsüz bir şekilde de sözleşmeye son verebilir. Bununla birlikte iş ilişkisi içinde haklı bir neden ortaya çıktığında sözleşmeyi derhal bildirimlessiz olarak feshedebilir. İş sözleşmesinin bildirimli veya bildirimlessiz feshi işçinin hak ve alacakları bakımından önemli hukuki sonuçlar doğurur.

aa) Bildirimli Fesih

Bildirimli fesih, taraflardan birinin belirsiz süreli iş sözleşmesini belirli bir süre geçmesiyle sona erdirmeye yönelik irade açıklamasıdır. Bu fesih türü kural olarak belirsiz süreli iş sözleşmeleri için geçerlidir²⁶. Taraflardan her biri, belirsiz süreli sözleşmesini bildirim sürelerine uyararak feshetme hakkına sahiptir (TBK.md.431, İş K.md.17).

²³ Bkz. **TULUKÇU**, N. Binnur: “Türk İş Hukukunda Hizmet Sözleşmesinin Haksız Feshi ve Sonuçları”, GSÜHFD. Oğuzman’a Armağan, İstanbul 2002, s. 555 vd.; **GEREK**, Nüvit: “İşveren Tarafından Gerçekleştirilen Haksız Fesih - Usulsüz Fesih - Kötüniyetli Fesih”, Karatahta İş Yazıları Dergisi, S.2, 2015, s.1 vd.; **SENYEN KAPLAN**, E. Tuncay: “Belirli Süreli İş Sözleşmesinin Haksız Feshinin Hüküm ve Sonuçları”, Sicil İş Hukuku Dergisi, S.36, Y.2016, s.17 vd.; **SÜMER**, İş Hukuku Uygulamaları s.298.

²⁴ **MOLLA MAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL**, s.264-265; **SÜZEK**, s.520.

²⁵ İşçinin istifası, işten ayrılma isteğinin bildirilmesi demek olup, sözleşmenin feshinden farklı bir anlam taşımaz (**YILMAZ**, s.1231).

²⁶ Taraflar arasında belirli süreli bir iş sözleşmesi varsa, aksi kararlaştırılmadıkça, sözleşme öngörülen sürenin bitimi ile kendiliğinden sona erer (TBK.md.430/1). İşçinin ayrıca fesih bildiriminde bulunmasına gerek yoktur. Buna karşın, sözleşmenin fesih bildiriyle sona ereceği kararlaştırılmış ve iki taraf da fesih bildiriminde bulunmamışsa, sözleşme belirsiz süreli sözleşmeye dönüşür (TBK.md.430/4). Bu durumda sözleşme, ancak belirsiz süreli iş sözleşmeleri için öngörülen

Bildirimli fesihte tarafların uyması gereken bildirim süreleri işçinin kıdemi esas alınmak suretiyle yasal olarak belirlenmiştir (İş K.md.17/2; TBK.md.432/2). Kanun'da düzenlenen bu süreler asgari olup, sözleşme ile arttırılabilir (İş K.md.17/3; TBK.md.432/3). Fesih bildirim sürelerinin, her iki taraf için de aynı olması zorunludur; sözleşmede farklı süreler öngörülmüşse, her iki tarafa da en uzun olan fesih bildirim süresi uygulanır (TBK.md.432/5)²⁷.

Fesih beyanının karşı tarafa varmasından bildirim sürelerinin sona ermesine kadar iş sözleşmesi, tarafların bütün hak ve borçları ile birlikte devam eder. İş sözleşmesinin askıya alındığı hâllerde fesih bildirim süreleri işlemez (TBK.432/son). Sözleşmenin askıda olduğu dönemde fesih bildiriminde bulunulmuşsa fesih, askı süresi sonunda hukuki sonuç doğurur²⁸. Bildirim süreleri içinde fesih için haklı bir neden ortaya çıktığı takdirde sözleşme bildirim süresinin sona ermesini beklemeksizin derhal feshedilebilir²⁹. Kanunda veya sözleşmede öngörülen bildirim süresinin dolmasıyla birlikte iş sözleşmesi sona erer³⁰.

Belirsiz süreli iş sözleşmesini haklı neden olmaksızın fesheden işçi, bildirim sürelerine uymakla yükümlü (İş K.md.17) ise de sözleşmeyi feshederken sebep göstermek zorunda değildir³¹.

yasal koşullarda sona erdirilebilir. Yapılan sözleşme on yıldan uzun süreli ise, işçi iş sözleşmesini on yıl geçtikten sonra, altı aylık fesih bildirim süresine uyarak sona erdirme imkânına da sahiptir. Yapılan fesih ancak bu süreyi izleyen aybaşından itibaren hüküm ifade eder (TBK.md.430/3). Süresiz iş sözleşmelerinin bildirimli feshi ise TBK.md.431- 434 kapsamında mümkündür (SÜMER, s.99).

²⁷ ÇELİK/CANİKLIOĞLU/CANBOLAT, s.450-452; SOYER, Polat: "İş Sözleşmesinin Feshinde İhbar Önellere Eşitliği İlkesi", Prof. Dr. Fevzi Şahlanan'a Armağan, Özel Sayı, C.I, İstanbul 2016, s. 669; YÜREKLİ, s.199-200.

²⁸ SÜZEK, Sarper, İş Akdinin Askıya Alınmasının Genel Teorisi, Ankara 1989, s.95-96; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.260-261; ÇELİK/CANİKLIOĞLU/CANBOLAT, s.450; YÜREKLİ, s.205-207.

²⁹ Bkz. OĞUZMAN, s.194; EKONOMİ, s.170-171; SÜZEK, s.513; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.261-262; ÇELİK/CANİKLIOĞLU/CANBOLAT, s.449; EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s.187; SÜMER, s.101; NARMANLIOĞLU, s.365.

³⁰ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.257.

³¹ SÜZEK, Fesih Hakkının Kötüye Kullanılması, s.27; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.256; EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s.172. Yargıtay'ın ilginç bir kararında; "... Somut uyuşmazlıkta davacı işçinin neden belirtmeksizin ve önel vermeksizin 04.04.2006 tarihinde istifa ettiği, istifa iradesinin işleme konulduğu sabittir. Davacı işçinin bu istifa iradesinden sonra iki gün işe gelmesi ve sonra hataen önel verdiğini unuttuğunu, önel süresince çalışmak istediğini belirtmesi, fesih irade beyanının tek taraflı olması ve kabule bağlı bulunmaması, önel vermeden istifa iradesinden karşı tarafın kabulü olmadan dönülemeyeceğinden sonuca etkili değildir. Davacı istifa iradesini önel vermeksizin açıklamıştır. Bu tek taraflı irade beyanı işleme konmuştur. Davacının

İşveren, fesih bildirim süresine ait ücreti peşin vermek suretiyle iş sözleşmesini feshedebilir (İş K.md.17/5; TBK.md.432/4). Ancak işçiye böyle yasal bir imkân tanınmamıştır³².

İş sözleşmesini fesheden işveren yasal olarak bildirim süreleri içinde işçiye yeni bir iş bulması için gerekli olan iş arama iznini iş saatleri içinde ve ücret kesintisi yapmadan vermek zorundadır (İş K.md.27). İş sözleşmesini kendi fesheden işçi de yeni bir iş bulamamış ise bu haktan yararlanabilir³³. Çünkü yeni iş arama izni sözleşmeyi hangi tarafın feshettiğine bakılmaksızın belirsiz süreli iş sözleşmelerinde bildirim süresi içinde kullanılmak üzere işçiye tanımlanmış bir haktır. Yalnız iş bulduğu için sözleşmeyi kendi fesheden işçi bu haktan yararlanamaz³⁴.

Fesih beyanında bulunan taraf bildirim süresi içinde bu beyanından dönemez. Buna karşın taraflar, bu süre içerisinde anlaşarak fesih işlemi ortadan kaldırabilir, sözleşmeyi devam ettirebilirler. Taraflar bildirim süresi sona erdikten sonra iş ilişkisinin devamı konusunda ancak yeni bir sözleşme yapmak suretiyle anlaşabilirler³⁵.

bu irade beyanından sonra iki gün çalışması ve eylemli olarak 07.04.2006 tarihinde işyerine alınmaması işverenin feshi değil, istifanın işleme konulmasını göstermektedir. Başka bir anlatımla önelsiz istifa iradesinden sonra işe devam etmesi ve daha sonra noter kanalı ile önel kullanılacağını belirtmesi ihbar tazminatını ödemekten kurtulmayı amaçladığından, işverenin daha sonra işe almaması işçinin fesih iradesini ortadan kaldırmayacaktır. Davacı işçi, haklı bir nedene dayanmadan ve bildirim öneli tanımsız iş sözleşmesini feshettiğinden kıdem ve ihbar tazminatı isteklerinin reddi gerekir. Yazılı şekilde bu isteklerin kabulü hatalı bulunmuştur” (Y.9.HD. 11.03.2008, E.2007/36130, K.2008/4519, <https://www.kazanci.com.tr/> ET: 22.07.2019). Öğretilen haklı olarak eleştirildiği üzere, işçi, İş K.md.17’ye göre iş sözleşmesini feshederse bildirim öneline uymakla yükümlüdür. Bunun için fesih bildiriminde bulunması yeterlidir. Ayrıca önel verdiğini de bildirmeye gerek yoktur. Önel yerine, öneli ilişkin ücreti peşin vererek iş sözleşmesini fesih imkânı sadece işverene tanınmıştır. İşçi ise öneli kullanmak zorundadır. Öneli kullanmadan işyerini bırakıp giderse, işverene bildirim süresi kadar ihbar tazminatı ödemek durumunda kalır. İnceleme konusu olayda iş sözleşmesi işçi tarafından bildirimli fesih yoluyla sona erdirilmiş, işçi fesih beyanında bildirim önelinden söz etmemiştir. Ancak fesihten sonra iki gün daha işyerine gelip çalışmış, üçüncü günü ise noterden ihtarname göndererek öneli uyacağını bildirmiştir. İşveren ise işçinin iş sözleşmesinin bildirim anında sona erdiğini, öneli kullanma hakkının bulunmadığını ileri sürmüştür. Yargıtay da bu savunmayı geçerli bularak iş mahkemesinin davacı işçinin ihbar ve kıdem tazminatını kabul eden kararını bozmuştur. Yargıtay’ın, işçinin feshini istifa olarak kabul edip, istifa beyanında önelden bahsedilmediği gerekçesiyle, sözleşmeyi bildirim anında sona erdirmesi, süreli feshi düzenleyen İş K.md.17’ye açıkça aykırı olduğu gibi, süreli feshin amacına da ters düşmektedir (OKUR, Ali Rıza: “İş Sözleşmesinin İşçi Tarafından Süreli Fesih Yoluyla Sona Erdirilmesi”, Karar İncelemesi, Sicil İş Hukuku Dergisi, Aralık 2008, s.110-111).

³² SÜZEK, s.517; EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s.174; YÜREKLİ, s.228.

³³ EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s.191; İşverenin işçiye yeni iş arama izni vermemesi, işçiye iş sözleşmesini haklı nedenle fesih hakkı verir (SÜMER, s.101).

³⁴ EKONOMİ, s.172; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.262.

³⁵ SÜMER, s.101.

Usulüne uygun olarak yapılan bildirimli fesih halinde, iş sözleşmesi bildirim süresinin sonunda sona erer, işçi hiçbir yükümlülük altında olmaksızın işyerini terk eder. İşçi şartları varsa kıdem tazminatı ve çalışma belgesi gibi bir takım hak ve alacaklarını talep edebilir. İşçinin bildirimli fesih ile işten ayrılmasından dolayı işveren zarar etse bile işçi bu zarardan sorumlu değildir³⁶.

Bildirim sürelerine uyulmadan yapılan fesih usulsüz fesihtir. Usulsüz fesih halinde de iş sözleşmesi derhal değil, kanunda öngörülen ihbar önelerinin bitiminde sona erer. Bildirim süreleri işçinin kıdem süresine eklenir. Bildirim şartına uymayan taraf, bildirim süresine ilişkin ücret tutarında tazminat ödemek zorundadır (İş K.md.17/4).

bb) Bildirimsiz Fesih

Bildirimsiz (haklı nedenle) fesih, taraflardan birinin tek taraflı irade beyanıyla iş sözleşmesini haklı nedenle derhal sona erdirmesidir. Sözleşmeyi fesheden taraftan, dürüstlük kurallarına göre iş ilişkisini sürdürmesi beklenmeyen bütün durum ve koşullar, haklı neden olarak kabul edilir (TBK.md.435/2). Şu halde objektif iyiniyet kuralı gereğince, iş ilişkisinin devamını çekilmez hale getiren bir nedenin ortaya çıkması halinde, sözleşme belirli süreli ise sürenin bitiminden önce, belirsiz süreli ise bildirim süreleri beklenmeden haklı nedenle derhal feshedilebilir³⁷.

Borçlar Kanunu'na göre, iş sözleşmesini fesheden taraf, fesih sebebini yazılı olarak bildirmek zorundadır (TBK.md.435/2). Kanun'da öngörülen yazılı şekil şartı, geçerlilik şartı olup, 4857 sayılı Kanun bakımından da uygulama alanı bulmalıdır. Ancak Yargıtay, Borçlar Kanunu'ndaki yazılı şekle ilişkin hükmün 4857 sayılı İş Kanunu kapsamında yer alan iş sözleşmeleri hakkında uygulanmayacağı görüşündedir³⁸.

³⁶ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.264.

³⁷ OĞUZMAN, s.35-36; SÜZEK, s.665; SÜMER, s.114; AKYİĞİT, s.272.

³⁸ "İşçinin ücretlerinin ödenmemesi veya ... primlerine esas kazancın gerçek ücret üzerinden gösterilmemesi 4857 sayılı Kanununun 24/II-e maddesi gereğince işçiye haklı fesih hakkı verir. Diğer taraftan fesih tarihinde yürürlükte olan TBK'nun 435/2 maddesi gereğince her ne kadar fesih sebebi tarafça bildirilmesi gerekir ise de sözleşmeyi fesheden taraftan dürüstlük kurallarına göre hizmet ilişkisini sürdürmesinin beklenmemesi durumunda tüm koşullar haklı neden sayılacağından işçinin fesih sebebini açıkça belirtmemesi sonuca etkili değildir. Davacının genel tatil ücretlerinin ödenmediği ve ...'ya primlerinin gerçek ücret üzerinden bildirilmediği sabit olup esasen bu Mahkemenin de kabulündedir. İş ilişkisinin bu nedenle çekilmez hal aldığı sabit olup, davacı fesihten kısa bir süre sonra dava açmıştır. Bu durumda davacının iş sözleşmesini haklı nedenle feshi nedeniyle davalı-karşı davacının ihbar tazminatı talebinin reddi gerekirken kabulü hatalıdır" (Y.9.HD. 12.04.2016, E.2015/711, K.2016/9142, <https://legalbank.net/> ET:12.06.2019); SÜMER, s.114-115.

Sözleşmeyi fesheden taraf, bildirdiği sebep/sebepler ile bağlıdır. Sonradan başka sebeplerin de bulunduğunu iddia edemez. Uyuşmazlık halinde haklı sebebin bulunduğunu sözleşmeyi fesheden taraf ispat etmekle yükümlüdür³⁹.

Şu halde iş sözleşmesini bildirmsiz fesheden işçi, istifa dilekçesinde beyan ettiği nedenler ile bağlıdır⁴⁰. Bu gerekçeyle Yargıtay, iş sözleşmesini bildirmsiz fesheden işçinin fesih gerekçesi olarak ileri sürdüğü neden(ler)in feshi haklı kılacak nitelikte olması gerektiği, işçinin iş sözleşmesinin feshini haklı kılan bir nedeni olduğu halde bu gerekçeye dayanmadan iş sözleşmesini feshetmesi ve daha sonra açtığı davada işten ayrılma dilekçesinde beyan ettiği nedenlerin dışında, başka haklı bir neden ileri sürmesini kabul etmemektedir. Nitekim Yargıtay kararına konu bir uyuşmazlıkta, “... davacı vekili dava dilekçesinde, davacının doğum yapmış olması ve küçük çocuğuna bakmak zorunda olduğu için 06.12.2012 tarihinde istifa ettiğini beyan etmiştir. ... davacının doğum nedeni ile iş sözleşmesini sona erdirdiği hususunda herhangi bir ihtilaf bu-

³⁹ “Davacı vekili dava dilekçesiyle müvekkilinin davalı işyerinden “işyerinden kaynaklı huzursuzluk, iş şartlarının katlanılamayacak kadar ağırlaştırılmış olması, uzun saatler fazla mesai yapmak zorunda bırakılması, fazla mesai haklarının ödenmemesi” gerekçeleriyle istifaen ayrıldığını iddia etmiş ise de; dosyada mevcut davacının kendi el yazısı ile kaleme aldığı 05.05.2011 tarihli istifa-namede, “23.07.2003 tarihinde askerlik dönüşü başlamış olduğum görevimden 31 Mayıs 2011 tarihi itibarıyla istifa ediyorum. Gereğini bilgilerinize sunarım” açıklamasına yer verildiği ve herhangi bir gerekçe gösterilmediği görülmektedir. Davacı bu istifa dilekçesine dair olarak irade fesadı iddiasında bulunmamıştır. Davacının istifa dilekçesinde haklı sebep göstermemesi ve işten ayrıldıktan sonra ertesi gün başka bir işyerinde çalışmaya başlamış olması da dikkate alındığında, davacının iş akdini haklı bir neden olmadan feshettiği anlaşıldığından kıdem tazminatı talebinin reddi yerine kabulü hatalıdır” (Y.9.HD. 26.3.2018, E. 2018/2693 K. 2018/6390, <https://www.kazanci.com.tr/> ET:18.07.2019).

⁴⁰ Y.22.HD. 06.06.2017, E.2017/6662, K.2017/13419; Y.9.HD. 09.04.2015, E.2014/9388, K.2015/13879; Y.9.HD. 19.10.2011, E.2009/23455, K.2011/383325; Y.22.HD. 21.03.2013, E.2012/16964, K.2013/5963; Y.22.HD. 20.09.2017, E.2017/8564, K.2017/18677; Y.22.HD. 21.03.2013, E.2012/16964, K.2013/5963, <https://www.kazanci.com.tr/> ET:18.07.2019; **OCAK**, Uğur, s.507-509. “... Mahkemece, davacının ücret alacakları ödenmediği gerekçesiyle yaptığı feshin haklı olduğu kabul edilerek kıdem tazminatının kabulüne karar verilmişse de ... istifa dilekçesi incelendiğinde, istifanın “maaşlara yapılan zammın yetersiz olması, ekonomik zorluklar ve yeni bir iş bulması sebebiyle işten ayrıldığını beyan ettiği, her ne kadar dava dilekçesinde ücretlerin ödenmemesine dayanması” ve yargılama sonunda ödenmeyen fazla çalışma ile genel tatil alacaklarının bulunduğu tespit edilmişse de davacının istifasında bunları ileri sürmemesi, üstelik istifasında belirttiği gibi ... kayıtları incelendiğinde hemen akabinde başka bir işveren nezdinde çalışmaya başladığı, yargılama aşamasında istifa dilekçesini hak ve alacaklarının ödeneceği söylenerek imzaladığını beyan etmesine rağmen ispat edememesi karşısında davacının iş akdini haklı bir neden göstermeden istifa ederek feshi haksız olup kıdem tazminatı talebinin reddine, karşı dava olarak davalının da ihbar tazminatı talebinin kabulüne karar verilmesi gerekirken yanlış değerlendirme ile kıdem tazminatının hüküm altına alınması hatalıdır” (Y.9.HD. 09.04.2015, E.2014/9388, K.2015/13879; benzer başka karar için bkz. Y.22.HD. 21.03.2013, E.2012/16964, K.2013/5963, <https://www.kazanci.com.tr/> ET:18.07.2019).

lunmamakla beraber, bu husus istifayı haklı kılmamaktadır. Her ne kadar, davacı vekilince dava dilekçesinde iş sözleşmesinin doğum yapması nedeni ile istifa suretiyle sona erdiği belirtilmiş ise de, dava açılmadan evvel ve iş sözleşmesinin feshinden önce 04.12.2012 tarihinde davacının yaşlılık aylığı talebinde bulunduğu, davacının 15 yıl sigortalılık süresi ve 3600 prim ödeme gün sayısı şartlarını haiz olmasına rağmen, dava dilekçesinde davacı vekilince bu haklı sebebe dayanılmadığı, aksine dava dilekçesinde haklı sebep teşkil etmeyen doğum sebebiyle iş sözleşmesinin sona erdirildiğinin beyan edildiği, bu durumda istifanın işçinin haksız feshi niteliğinde olduğu anlaşılacakla kıdem tazminatı talebinin reddi gerekirken kabulü hatalı olup bozmayı gerektirmiştir⁴¹.

Bununla birlikte Yargıtay kararlarında, fesih sebeplerinin açıkça belirtilmemesinin haklı fesih sebeplerini ortadan kaldırmayacağı, dava dilekçesinde haklı nedenlerin açıklanabileceğine hükmedilmektedir⁴². Yüksek Mahkemeye göre, "Somut uyuşmazlıkta; dosyaya sunulan, el ile yazılı, davacının imzasını taşıyan tarihsiz istifa dilekçesinde bir sebep belirtilmemiş, içeriğinde kendi isteğiyle işten ayrılmak istediğinin yazılı olduğu görülmüştür. Dava dilekçesinde, davacının fazla mesai ücretlerinin ödenmemesi ve sigortasının asgari ücret üzerinden gösterilmesi gibi haklı sebeplerle işten ayrıldığı açıklanmıştır. İşçinin ücretlerinin ödenmemesi ve sigorta primlerinin gerçek ücret üzerinden belirtilmemesi 4857 Sayılı İş Kanunu'nun 24/II. maddesi uyarınca işçiye haklı fesih hakkı verir. Mahkemece yapılan yargılama sonunda davacı işçinin fazla mesai ücretine hak kazandığı tespit edilmiş olup, davacının sigorta primlerinin gerçek ücret üzerinden ödenmediği de anlaşılmaktadır. Buna göre, davacının 4857 Sayılı İş Kanunu'nun 24/II. maddesi uyarınca iş sözleşmesini haklı sebeple feshettiği sonucuna varılmalıdır. Mahkemece, davacının kıdem tazminatı talebinin kabulü yerine, yanılıgılı

⁴¹ Y.22.HD. 03.07.2019 E.2016/18066, K.2019/14891, <https://www.kazanci.com.tr/> ET:18.07.2019.

⁴² Bkz. OCAK, Uğur, s.514-516. "... 4857 SK.'nın 24/II-e maddesi gereğince işveren tarafından ücretlerinin ödenmemesi işçiye iş akdini derhal ve haklı feshetme imkânı tanımaktadır. Davacı dava dilekçesinde iş akdini ücretlerinin ödenmemesi nedeni ile sonlandırdığını ileri sürmüştür. İstifa dilekçesinde fesih sebeplerini açıkça belirtmemesi haklı fesih sebeplerini ortadan kaldırmaz. Mahkemece davacı işçinin kıdem tazminatı isteminin kabulüne, karşı davacı işverenin ihbar tazminatı talebinin ise reddine karar verilmesi gerekirken aksi şekilde hüküm kurulması hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir" (Yarg.9.HD. 03.03.2011, E.2009/7091, K.2011/5913, www.lexpera.com.tr ET: 14.07.2019); "... Dairemiz uygulamasına göre, istifa dilekçesinde açıkça başka bir nedene dayanılmadan kısa süre içinde açılan davada, istifa iradesinin işçinin haklı feshi olarak değerlendirilmesi mümkün olup somut uyuşmazlıkta ödenmeyen fazla çalışmalar sebebiyle 4857 Sayılı İş Kanunu'nun 24/II.(e) maddesi uyarınca iş sözleşmesinin işçi tarafından haklı nedenle feshedildiğinin kabulü gerekir" (Yarg.9.HD. 06.05.2019, E.2016/7091, K.2019/9887, <https://www.kazanci.com.tr/> ET:18.07.2019).

değerlendirme ile talebin reddine karar verilmesi hatalıdır"⁴³. Görüldüğü üzere Yargıtay, işçinin sözleşmeyi feshederken açık ve kesin bir neden beyan etmemesini genelde işçi lehine değerlendirmektedir.

Buna karşın bir başka somut olayda Yargıtay, "şahsi nedenlerimle" şeklindeki bir açıklamayla iş sözleşmesini fesheden işçinin fesih gerekçesi ile bağlı olduğu gözetilerek haklı sebebi kanıtlaması gerektiği, fesih bildiriminde belirtilen "şahsi neden" ibaresinin eksik ya da hiç ödenmeyen işçilik alacaklarının varlığını kapsadığı düşünülmemeyeceği, diğer taraftan, istifa dilekçesinin iradesi fesada uğratarak düzenlendiği de ispatlanamamış olduğu, hal böyle olunca da açık fesih gerekçesi karşısında mahkeme kararında ifade edilen ödenmeyen işçilik alacakları bulunduğu gerekçesiyle fesih haklı olduğunun kabul edilemeyeceğine hükmetmiştir⁴⁴.

Bir Bölge Adliye Mahkemesi kararında ise, "... davacı tarafından işverene hitaben yazılmış ve imzalanmış bulunan dilekçede "27.01.2017 tarihi itibarıyla tüm yasal hak ve alacaklarımın tarafıma ödenerek ayrılmak istiyorum. Gereğini yapılmasını arz ederim" beyanı ile iş akdini sona erdirilmesini talep ettiği anlaşılmış bulunmaktadır. Söz konusu istifa dilekçesinde davacı tarafından işten ayrılmaya yönelik herhangi bir neden bildirilmemiş olup, davacı yanca tüm yasal hak ve alacaklarının tarafına ödenmesini talep ettiği hususu belirtilmiştir. Kural olarak iş akdini istifa ile sonlandıran işçi istifa dilekçesinde ileri sürdüğü fesih sebebi ile bağlıdır (Y.9.HD. E.2009/23455, K.2011/38325). İstifa dilekçesinde fesih sebeplerini açıkça belirtmemesi haklı fesih sebeplerini ortadan kaldırmaz. Söz konusu hususlar dava dilekçesi ile de açıklanabilir (Y.9.HD. E.2009/495, K.2010/38496; Y.22.HD., E.2012/29048, K.2013/27091). Davacı yanca istifa dilekçesinde hak ve alacaklarının ödenmesi istenildiği gibi, dava dilekçesi ile de emeklilik nedeniyle haklı sebeple istifa suretiyle iş akdinin sona erdirildiği iddia edilmiş bulunmaktadır. Bu nedenle de davalı yanın istifa dilekçesinde belirtilmeyen emeklilik hususunun dava dilekçesi ile ileri sürülemeyeceğine yönelik savunmalarına mahkememizce itibar edilmemiş bulunmaktadır"⁴⁵ sonucuna varılmıştır.

⁴³ Y.9.HD. 10.04.2019, E.2019/3200, K.2019/8467; Y.9.HD. 06.05.2019, E.2019/916, K.2019/9887, <https://www.kazanci.com.tr/> ET:18.07.2019.

⁴⁴ Y.22.HD. 15.01.2018, E.2017/9333, K.2018/106; Y.22.HD. 15.05.2018, E.2015/32111, K.2018/11945; Y.22.HD. 15.04.2019, E.2016/11452, K.2019/8634, <https://www.kazanci.com.tr/> ET:18.07.2019.

⁴⁵ Samsun BAM., 7.HD. 20.03.2019, E.2018/2050, K.2019/553, <https://legalbank.net/> ET:12.06.2019.

Ayrıca iradesini sakatlayan bir durum olmadığı halde, istifa dilekçesinde ai-levi problemleri⁴⁶, işyeri değişikliği gibi nedenlerle işten ayrılmak istediğini beyan eden işçinin bu gibi gerekçeleri haklı fesih nedeni olarak değerlendirilmemektedir⁴⁷.

Özetle Yargıtay uygulamasına göre, iş sözleşmesini haksız ve/veya usulsüz olarak fesheden işçi, iş sözleşmesini feshederken, fesih nedenlerini açıkça belirtmiş ise açtığı davada beyan ettiği nedenler ile bağlıdır. Buna karşın fesih nedenlerini açıkça belirtmemesi haklı fesih nedenlerini ortadan kaldırmaz. Söz konusu hususlar, dava dilekçesi ile de açıklanabilir. Ancak işçinin iş sözleşmesinin feshini haklı kılan bir nedeni olduğu halde bu gerekçeye dayanmadan iş sözleşmesini feshetmesi halinde daha sonra açtığı davada, işten ayrılma dilekçesinde beyan ettiği nedenlerin dışında, başka haklı bir neden ileri sürmesi kabul edilmemektedir.

İş sözleşmesini haklı bir nedenle fesheden taraf, bu bildirim karşı tarafa ulaştıktan sonra artık fesih beyanını geri alamaz. Çünkü fesih bildiriminin sözleşmenin diğer tarafına ulaşmasıyla artık iş sözleşmesi herhangi bir süre beklemezsizin sona erer. Tarafların yeni bir iş sözleşmesi yapabilmeleri ise her zaman mümkündür⁴⁸. Bu konu işçinin iş sözleşmesinin feshetmekten vazgeçmesi başlığı altında geniş olarak değerlendirilecektir⁴⁹.

İşçinin iş sözleşmesini bildirimsiz feshini gerektirecek haklı nedenler 4857 sayılı İş Kanunu'nun 24. maddesinde üç başlık halinde düzenlenmiştir. Bu nedenler; sağlık nedenleri, ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan haller ve benzerleri ile zorlayıcı nedenlerdir. İşçiye derhal fesih hakkı veren haklı nedenler İş Kanunu'nda sayılanlarla sınırlı değildir. Belirtildiği üzere, iş sözleşmesinin devamını objektif iyiniyet kuralları gereğince beklenemez hale getiren neden, haklı neden olarak değerlendirilir. Uygulamada işçinin iş sözleşmesini genelde asıl ücret ve/veya fazla çalışma ücretlerinin hiç ödenmemesi veya eksik ödenmesi, SGK primlerinin gerçek ücret üzerinden yatırılması ve/veya çalışma sürelerinin eksik bildirilmesi gibi nedenlerle feshettiği görülmektedir⁵⁰.

⁴⁶ Y.22.HD. 22.1.2019, E.2017/19269, K. 2019/1620, <https://www.kazanci.com.tr/> ET:18.07.2019; Y.7.HD. 29.02.2016, E.2015/5528, K.2016/4886, Çalışma ve Toplum, 2017/1, s.215.

⁴⁷ Y.9.HD. 15.11.2012, E.2010/25607, K.2012/37948, <https://legalbank.net/> ET:12.06.2019.

⁴⁸ SÜMER, s.115.

⁴⁹ Bkz. I. 5.

⁵⁰ Y.9.HD. 10.04.2019, E.2019/3200, K.2019/8467; Y.22.HD. 22.05.2017, E.2017/5094, K.2017/11709; Y.9.HD. 11.05.2016, E.2016/14050, K.2016/11802; Y.9.HD. 17.02.2015, E.2013/11168, K.2015/7014; <https://www.kazanci.com.tr/> ET:18.07.2019.

İşçi, İş K.md.24/II'de belirtilen ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan hallere dayanarak iş sözleşmesini fesih hakkını altı iş günü içinde kullanmalıdır. Bu süre hak düşürücü süredir. Altı iş günü geçtikten ve her halde fiilen gerçekleşmesinden itibaren bir yıl sonra bu fesih hakkını kullanamaz (İş K.md.26/1).

İş sözleşmesi işçi tarafından İş K.md.24'e göre feshedilmesine karşın, gerçekte haklı bir sebep mevcut değilse veya iddia edilen sebep ispatlanamamış yahut kanunda öngörülen hak düşürücü süre içinde fesih hakkı kullanılmamış ise yapılan fesih, haksız fesih olarak kabul edilir⁵¹.

Şu da var ki; taraflar, birbirlerini tanımak ve iş koşullarına uyum sağlamak amacıyla, aralarındaki belirli veya belirsiz süreli iş sözleşmesine bir deneme kaydı koyabilirler. İşçi kararlaştırılan deneme süresi içinde istediğinde iş sözleşmesini neden göstermeksizin bildirimiz olarak feshedebilir. Bundan dolayı işverenin tazminat hakkı doğmaz (İş K.md.15/2)⁵². Sözleşmede öngörülecek deneme süresi en çok iki ay olabilir. Ancak deneme süresi toplu iş sözleşmeleriyle dört aya kadar uzatılabilir (İş K.md.15/1). Sözleşmede öngörülen deneme süresi geçtikten sonra, işçi iş sözleşmesini ancak genel hükümlere göre sona erdirilebilir.

2. İş Sözleşmesinin İşçi Tarafından Feshedilmesinde Özel Durumlar

a) İşçinin Hiçbir Hak Talep Etmeksizin İş Sözleşmesini Feshetmesi

aa) Genel Olarak

İradesini sakatlayan bir neden bulunmadığı halde, işçi sosyal, ekonomik ve bazen psikolojik nedenlerden dolayı iş sözleşmesini kendi isteğiyle hiçbir hak talep etmeksizin tek taraflı olarak sona erdirebilir. Böyle bir durumda işçinin mutlaka makul (ekonomik) yararının bulunması gerekmez. İşçi hiçbir hak talep etmeksizin fesih iradesini ortaya koyuyorsa ekonomik menfaatinin dışında başka önemli bir menfaati veya üstün bir tercihi bulunduğu düşünülebilir⁵³. Örneğin; işçinin ailesinden uzak bir

⁵¹ SÜZEK, s.527-528; EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s.258; ayrıntılı bilgi için bkz. TULUKÇU, s.555 vd.; GEREK, s.1 vd.; SENYEN KAPLAN, s.17 vd.; SÜMER, İş Hukuku Uygulamaları s.298.

⁵² Tarafların, sözleşmeyi devam ettirip ettirmeme kararını saklı tuttıkları bir başlangıç süresinin bulunduğu sözleşmelere deneme süreli iş sözleşmeleri denir (Bkz. ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT, s.222; NARMANLIOĞLU, s.237-238; ESENER, s.136-138; SÜZEK, s.253; EKONOMİ, s.85-87; EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s.67; YÜREKLİ, s.215-216; SÜMER, İş Hukuku Uygulamaları, s. 55-57; SOYER, M. Polat: "Deneme Süreli ve Deneme Amaçlı İş Sözleşmeleri", Çalışma ve Toplum, 2008/1, s.28 vd.; KAR, Bektaş: "Deneme Süreli İş Sözleşmesi", Osman Güven Çankaya'ya Armağan, Kamu-İş, Ankara 2010, s.15 vd.).

⁵³ "... davacının, davalı işvereni hakkında internette yayımlanan hakaret içerikli söylemlerinin işverence öğrenilmesi ve konu hakkındaki savunmasının istenilmesi üzerine bu olayın duyulmaması ve böylelikle iş yaşantısı ve itibarının sarsılmamasını teminen istifa iradesini kendi isteğiyle kullanıp iş sözleşmesini sona erdirdiği anlaşılmıştır. Kaldı ki davacının dosya kapsamı ile sabit bahse

işyerinde çalışması aile birliği açısından sorun oluşturması halinde, soruna çözüm bulamayan işçinin sözleşmeyi feshini gerektirecek haklı bir nedeni bulunmadığı halde feshe bağlı haklarından vazgeçerek sözleşmeyi feshedebilir⁵⁴. Ailevi nedenler dışında, çalıştığı işten duyduğu memnuniyetsizlikten dolayı ayrılma ya da bulunduğu çevreden uzaklaşma isteği de işçinin böyle bir karar almasında etkili olabilir. Bu gibi özel durumlar dışında bir işçinin hele uzun yıllar işyerinde çalışan birinin, hiçbir hak talep etmeksizin kendi iradesiyle sözleşmesini feshetmesi hayatın olağan akışına uygun değildir⁵⁵.

Bununla birlikte, ücret veya ücret zammını yetersiz bulan veyahut çalışma koşullarından hoşnut olmayan bir işçi, genellikle daha iyi şartlarda çalışma imkânı arayışı içine girer. Önceki işinden daha fazla imkân sunan başka bir iş bulduğunda hiçbir hak talep etmeksizin sözleşmesini feshetmesi mümkündür. Özellikle işçi vasıflı ise kendi serbest iradesiyle veya ayarılmak suretiyle iş sözleşmesini feshederek başka bir işyerine transfer olmakta ve hatta bunun için gerekirse cezai şart ve/veya tazminatı dahi göze alınmaktadır. O nedenle bu gibi hallerde işçi dilediği zaman, hiçbir hak talep etmeksizin rahatlıkla sözleşmeyi feshedebilir.

Yalnız belirtmek gerekir ki her hak gibi fesih hakkı da Türk Medeni Kanunu'nun 2. maddesi uyarınca dürüstlük kurallarına uygun kullanılmalıdır. Zira fesih hakkının açıkça kötüye kullanılması hukuk düzenince korunmaz. İşçinin fesih hakkını kullanırken dürüstlük kuralı çerçevesinde hareket etmesi, işvereni zarara veya güç duruma düşürecek davranışlardan kaçınması gerekir.

konu eylemleri işveren açısından haklı fesih yetkisini doğurmaktadır. Somut olayın özelliği dikkate alındığında işverenin baskı feshi oluşturduğundan bahsetmek isabetli değildir. Açıklanan nedenlerle davacının kendi iradesi ile istifa ettiğinin kabulü ile kıdem ve ihbar tazminatının reddi gerekirken yazılı gerekçeyle kabulü isabetsizdir” (Yarg.9.HD. 28.11.2017, E.2016/798, K.2017/19292, www.lexpera.com.tr (ET: 14.07.2019).

⁵⁴ “Tarafların iddia ve savunmaları ile dinlenen tanık beyanları ve tüm dosya kapsamına göre, davacının davalı işverendeki kısa denilebilecek çalışma süresi içinde sık sık yer değiştirdiği, çalışma koşullarında esaslı değişiklik yapıldığı anlaşılmaktadır. Bu durumun davacıyı ailevi yönden etkileyeceği açıktır. Davacı işçi istifa dilekçesinde ailevi nedenleri işten ayrılmasına gerekçe olarak göstermiştir. Dolayısıyla, davacının çalışma mahalli açısından sık sık yer değiştirmesinin ve çalışma koşullarındaki esaslı değişikliğin davacının ailevi yönden etkilenmesine yol açtığından iş sözleşmesini haklı nedenle feshettiği kabul edilmeli ve kıdem tazminatına hükmedilmelidir” (Y.22.HD. 29.05.2019, E.2016/13156, K.2019/12135, <https://www.kazanci.com.tr/> ET:20.09.2019); Y.22.HD. 10.09.2013, E.2012/26057, K.2013/18397, OCAK, Uğur, s.511; Y.9.HD. 18.09.2019, E.2019/6341, K.2019/16154; <https://www.kazanci.com.tr/> ET:20.09.2019).

⁵⁵ “Tek geçimi emeği olan işçinin iş sözleşmesinin bitim tarihinde ortada bir neden yokken istifa etmesi hayatın olağan akışına aykırıdır” (Y.9.HD. 12.10.2011, E.2009/21390, K.2011/36992; Y.9.HD. 01.11.2006, E.2006/6675, K.2006/28790; <https://www.kazanci.com.tr/> ET:20.09.2019).

bb) İşçinin İş Bırakması**aaa) Genel Olarak**

İşçi dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetine sahiptir (AY.md.48). Kendi isteğiyle çalışma hayatına katılan işçi, dilediği zaman çalışma hayatından ayrılabilme hakkına da sahiptir. İradesi dışında zorla işten ayrılmaya zorlanamayacağı gibi, çalışmasını sürdürmeye de mecbur kılınmaz⁵⁶. Bununla birlikte işyerinde daha fazla çalışmak istemeyen işçi fesih hakkını kullanırken kanuna, ahlaka ve dürüstlük kurallarına uygun hareket etmelidir. İşçinin kendi serbest iradesiyle dilediğinde işi bırakıp başka bir işverenin işine girmesi bu kurallar çerçevesinde değerlendirilmelidir.

İşçi, iş sözleşmesini yazılı, sözlü veya eylemli olarak sona erdirebilir. İşçinin işi bırakmak, işyerini terk etmek ve bir daha işyerine gelmemek suretiyle fesih iradesini ortaya koymuş olur. İşçi feshi, işçinin tek başına aldığı bir karar sonucu olabileceği gibi, başka bir işveren tarafından işçinin ayarılmasından da kaynaklanabilir.

bbb) İşçinin İşyerini Terk Etmesi

İşçi iş sözleşmesini yazılı veya sözlü beyanla feshedebileceği gibi, eylemli bir davranışıyla da bu iradesini ortaya koyabilir. İşverene herhangi bir bildirimde bulunmaksızın işyerini terk eden işçi, sözleşmeyi sona erdirme iradesini açıkça ortaya koyorsa fesih iradesinin var olduğu kabul edilir⁵⁷.

İşçinin işyerini terk etmesine neden olan uyuşmazlıklar, genelde çalışma koşulları ve ücret konusunda ortaya çıkmaktadır. Bazen işverenin tutum ve davranışları da işçinin sözlü veya eylemli bir şekilde işi bırakıp, işyerini terk etmek suretiyle iş sözleşmesini feshetmesine yol açabilmektedir⁵⁸.

İşçi bu şekilde fesih iradesini açıklarken haklı bir nedene dayanabileceği gibi hiçbir neden de göstermeyebilir. İşçinin hiçbir açıklama yapmadan işi bırakması durumunda, işçinin neden göstermeksizin işyerini terk etmeyeceği varsayımı ile feshin haklı olduğuna hükmetmek doğru değildir⁵⁹. O nedenle, işçinin işyerini terkini gerek-

⁵⁶ AKINCI, s.10-11; YILMAZ, s.1231.

⁵⁷ YILMAZ, s.1232-1233.

⁵⁸ Ücretlere zam yapılmaması nedeniyle veya yapılan zammı beğenmeyerek işyerini terk edip devamsızlık yapan işçi, kıdem/ihbar tazminatına hak kazanamaz (Y.9.HD. 03.11.2015, E.2014/26127, K.2015/31032; <https://www.kazanci.com.tr/> ET:20.09.2019; diğer yargı kararları için bkz. OCAK, Uğur, s.543 vd.).

⁵⁹ "Davacının iş sözleşmesinin kim tarafından ve ne şekilde sona erdirildiği hususu taraflar arasında uyuşmazlık konusudur. Davacı işçi 11.07.2009 tarihinde işverence nedensiz olarak iş sözleşmesinin sona erdirildiği ileri sürülürken, davalı işveren 12.07.2009 ve devamı günlerinde davacının mazeretsiz olarak işe gelmediğini devamsızlık tutanakları düzenlendiğini davacının işi kendisinin

tiren somut olay ve işverenin söz ve davranışlarının iyi analiz edilmesi gerekir. İşverenin ifadesi teklif veya uyarı niteliğinde ise⁶⁰ işçinin bu söz veya davranış üzerine işyerini terk etmesi, sözleşmenin işçi tarafından (haksız) feshi olarak değerlendirilir.⁶¹

Yargı kararlarına da yansıdığı üzerine; ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan hallerde işverenin fesih hakkı doğduğunda işçinin, sözleşmesinin feshedileceği, kendisine suç isnat edileceği⁶² veya tazminat sorumluluğu doğacağı endişesiyle işi bırakıp, işyerini terk ettiği görülmektedir.

terk ettiğini savunmuştur... Devamsızlık tutanakları davacının fesih tarihi olarak açıkladığı tarihten sonraya ait olsa da dava açmak üzere avukata vekalet verdiği tarih 10.07.2009'dur. Bu durum davacının 11.07.2009 tarihinde kendisinin ayrıldığını göstermektedir. Kaldı ki davalı işveren içeriği tanıklarca doğrulanan tutanaklar ile davacının devamsızlığını kanıtlamıştır. İşçinin neden-siz yere işyerini terk etmeyeceği varsayımı ile sonuca gidilmesi de doğru değildir. Davacı işçi turizm sezonunda kısa süre içinde başka bir işyerinde iş bulmuştur. Bu nedenlerle davacı işçinin ihbar ve kıdem tazminatlarına hak kazanamayacağı kabul edilmelidir. Mahkemece isteklerin reddi yerine yazılı şekilde kabulüne karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir” (Y.9.HD. 25.03.2014, E.2012/4024, K.2014/9889; <https://www.kazanci.com.tr/> ET:20.09.2019).

⁶⁰ “Somut olayda davacı taraf iş sözleşmesinin davalı işveren tarafından haklı neden olmaksızın feshedildiğini belirtmiş, davalı taraf ise davacının 07.05.2011 tarihinde izinsiz ve habersiz olarak işyerini terk ettiğini, devamında da mazeretsiz olarak işyerine gelmediğini belirtmiştir. Dosya kapsamında dinlenen taraf tanıklarının beyanlarına göre işyerinde çalışırken yufların bozuk çıkması nedeniyle işverenin imalathaneye gelerek tüm çalışanlara yönelik “herkes işini doğru yapsın, işini doğru yapmayan bizi uğraştırmasın çeksin gitsin” şeklinde sözler söylediği, bu olayın devamında davacının işe gelmediği anlaşılmaktadır. İşverenin sözlerini tüm çalışanlara hitaben, uymamak maksadıyla söylediği, yukarıda belirtilen sözler dışında davacıya kişisel olarak iş sözleşmesinin feshedildiği anlamında veya davacının iş sözleşmesini haklı nedenle feshetmesine sebep olabilecek bir söz söylediğinin ispat edilemediği göz önünde bulundurulduğunda, iş sözleşmesinin davacı işçi tarafından haklı bir neden olmaksızın feshedildiğinin kabulü ile davacının ihbar ve kıdem tazminat talebinin reddi gerekirken kabulüne karar verilmesi hatalı olup, bu husus bozmayı gerektirmiştir” (Y.22.HD. 28.02.2013, E.2012/14712, K.2013/4107; <https://www.kazanci.com.tr/> ET:20.09.2019).

⁶¹ **ÖZDEMİR**, Erdem, İş Sözleşmesinden Doğan Uyuşmazlıklarda İspat Yükü ve Araçları, İstanbul 2006, s.279.

⁶² “Davacının “iş akdinin işveren tarafından feshedildiği” davacının hırsızlıktan ifadesi alınması üzerine istifa ederek gittiği savunması karşısında ceza dosyasındaki yargılama ve dosya içeriği dikkate alındığında davacının ifade verdikten sonra işyerini terk ettiğini, terkin haklı bir nedene dayanmadığı Mahkemenin gerekçesinde belirtilen “haklı nedenle feshin” davacı tarafından dahi iddia edilmediği anlaşılmakla davacının kıdem ve ihbar tazminatı talebinin reddi yerine yerinde olmayan ve çelişik gerekçe ile kabulü hatalıdır” (Y.9.HD. 03.07.2019, E.2016/12168, K.2019/14891, <https://www.kazanci.com.tr/> ET:20.09.2019). Davacı işçinin evinde yapılan aramada işverene ait otele kullanılan gıda maddelerinin buzdolabında yakalandığından davacının işyerini terki haklı nedene dayanmamaktadır (Y.9.HD. 22.05.2012, E.2009/46262, 2012/17971), Uygun vaziyette başka işçiyle yakalanan davacının bu olay üzerine çantasını alıp gittiği, bir daha işyerine gelmediği şeklindeki ifadelerin gerçeği yansıtmadığı hususunda somut delil bulunmamaktadır. Bu durumda davalı tanıklarının ifadelerinin gerçeği yansıttığı ve olayın davacı işçi-

Bazen de işçi işyerindeki memnuniyetsizliğinden dolayı hiçbir neden beyan etmeden işten ayrılabilir. Somut olayda dosyadaki bilgi ve belgelerden, davacı işçinin yazılı bir istifa dilekçesinin söz konusu olmadığı, işçinin çalışma koşulları konusundaki memnuniyetsizliğinden dolayı davalı işyerinden ayrılarak, yani işyerini terk ederek iş sözleşmesini eylemli olarak feshettiği anlaşılmaktadır. Yargıtay, terk tarihi itibarıyla işçinin hak ettiği halde ödenmemiş fazla mesai ücretlerinin bulunduğu, işçinin işyerini terk etmesinin ödenmemiş işçilik alacaklarına dayalı olduğu ve davacı işçinin gerçekleştirdiği feshin haklı nedene dayandığı için talep edilen kıdem tazminatının kabulüne karar verilmesine hükmetmiştir⁶³.

Yargıtay'a göre, işçinin işe devam etmediğine ilişkin tutulan devamsızlık tutanakları işveren veya vekili tarafından tek taraflı olarak her zaman düzenlenebilir nitelikte olduğundan, işveren, işçinin işyerini terk etmesi nedeniyle iş sözleşmesinin feshedildiğini kuşkuya yer vermeyecek şekilde geçerli delillerle ispatlamalıdır. Aksi halde Yargıtay, uzun yıllar işyerinde çalışan bir işçinin haklı neden yok iken iş sözleşmesini feshederek feshe bağlı haklarında vazgeçmiş olmasını hayatın olağan akışına aykırı kabul etmektedir⁶⁴.

İşverenin tutum ve davranışları nedeniyle işçinin sözlü veya eylemli bir şekilde işi bırakıp, işyerini terk etmesi halinde sözleşmenin kimin tarafından feshedildiği taraflar arasında geçen konuşmalardan da anlaşılabilir. İşveren işçiye çalışma imkânının bulunduğu, buna karşın çalışmama tercihinin de kendisine ait olduğunu ifade eden değişik sözleri karşısında işçinin işten ayrılması ve bir daha gelmemesi işçi feshi olarak değerlendirilmektedir. Nitekim Yargıtay işverenin "beğenmeyen çeksin gitsin", "beğenmeyen çalışmaz", "ister çalışın, ister çalışmayın, işinize gelirse" şeklindeki sözleri

nin işyerini haklı neden olmaksızın terk edip, devamsızlık yapması nedeniyle ... feshedildiği şeklinde gerçekleştiği sonucuna varılmalıdır (Y.9.HD. 12.11.2008, E.2007/30442, K.2008/30757, OCAK, Uğur, s.544-545).

⁶³ Y.9.HD. 06.12.2018, E.2015/24590, K.2018/22586; Y.9.HD. 04.12.2018, E.2015/24465, K.2018/22225, <https://www.kazanci.com.tr/> ET:20.09.2019.

⁶⁴ "... dinlenen tanık beyanları ile davacının son olarak maaş zammı oranını kabul etmeyerek işi terk ettiği sabit olup davacının dava dilekçesinde belirtildiği gibi yapılan yargılama sonucu bilirkişi raporu ile tespit edildiği üzere yıllık izinlerinin çok büyük bir kısmının kullanılmadığı, ödenmemiş, fazla mesai, genel tatil, hafta tatili gibi ücret alacaklarının bulunduğu görülmekle fesih tarihinde işveren ile ücret konusunda anlaşmazlık yaşandığı dikkate alındığında işçinin çok uzun süredir çalıştığı işini haklarından vazgeçecek şekilde terk etmesi hayatın olağan akışına uygun olmadığından davacının işi terk etmesinde istifa iradesinin bulunmadığı ödenmeyen ücret alacağının bulunması durumunun işçi yönünden haklı fesih nedeni oluşturduğu bu itibarla iş akdinin 04.01.2013 tarihinde davacı tarafından haklı sebeple eylemli olarak feshedildiği bu tarihten sonraya dair devamsızlık tutanaklarının sonuca etkili olmadığı, davacının kıdem tazminatına hak kazandığı ancak iş akdini fesheden davacının ihbar tazminatı talebinin yerinde olmadığı..." (Y.9.HD. 20.10.2015, E.2014/30041, K.2015/29250; ayrıca bkz. Y.9.HD. 07.04.2011, E.2009/9682, K.2011/10526, <https://www.kazanci.com.tr/> ET:20.09.2019).

üzerine işçinin ayrılmasını işçi feshi olarak kabul etmiştir⁶⁵. Bununla birlikte işveren veya vekilinin somut olayın özelliğine bağlı olarak işçiyi kovar tarzda “beğenmiyorsan çalışma, işte kapı”, belgeyi imzalamazsanız işe gelmeyin”, “siz şoförsünüz nereye gidin dersek gitmek zorundasınız, beğenmiyorsanız defolun gidin”, şeklindeki sözlerinden sonra işçinin işe gelmediğinden bahisle işverence tutulan devamsızlık tutanaklarının hukuki değer taşımayacağını bu durumda işveren feshi söz konusu olduğuna karar vermiştir⁶⁶.

ccc) İşçinin Başka Bir İşe Girmesi

Çalışma ve sözleşme özgürlüğü anayasal bir haktır. İşçi bir ömür boyu aynı işverene bağlı olarak çalışmak zorunda değildir. İşçi, fesih hakkını kötüye kullanmamak ve kanuna uygun olmak kaydıyla dilediğinde işi bırakıp başka bir işe girebilir. İşçi genelde yeni işverenin sunduğu daha yüksek ücret veya daha cazip çalışma koşullarının etkisiyle böyle bir karar alabilmektedir⁶⁷. Buna karşın haklı bir neden olmadığı halde, işçi belirli süreli iş sözleşmesini süre bitiminden önce veya belirsiz süreli iş sözleşmesini bildirim sürelerine uymaksızın işi bırakıp başka bir işe girmek suretiyle feshettiği takdirde, haksız ve usulsüz feshin hukuki sonuçlarından sorumlu olur. 4857 sayılı İş Kanunu’na göre, işçinin bu davranışına, yeni işe girdiği işveren sebep olmuşsa ya da yeni işveren, işçinin bu davranışını bilerek onu işe almışsa veyahut yeni işveren işçinin bu davranışını öğrendikten sonra dahi onu çalıştırmaya devam ederse hem işçi hem de onu istihdam eden yeni işveren böyle bir fesihden dolayı birlikte sorumlu olur (md.23)⁶⁸.

Kural olarak iş sözleşmesini bu şekilde fesheden işçinin fesihden önce iş görüşmelerinde bulunması ya da fesihden sonra tekrar çalışmaya başlaması kötüniyetli dav-

⁶⁵ Y.22.HD. 21.02.2014, E.2013/3730, K.2014/3391; Y.22.HD. 01.10.2013, E.2012/26174, K.2013/20486; ayrıca bkz. **OCAK**, Uğur, s. 551-557.

⁶⁶ “Davalı işyerinde, davacının iş akdinin sona erdiği gün yaşanan hırsızlık olayı sebebiyle oluşan zararın çalışanlara bölünüp çalışanlardan tahsili yoluna gidilmesinin hukuki dayanağı yoktur. Davacının payına düştüğü söylenen kesintiyi kabul etmemesi üzerine davalı işverenin “kabul eden çalışır, kabul etmeyen çalışmaz” şeklindeki sözleri işveren feshidir. İşveren savunmasında, işçinin kendisinin ayrıldığına dayanmıştır. İşverenin devamsızlık sebebiyle yaptığı feshin sonuca etkisi yoktur” (Y.9.HD. 11.05.2016, E.2016/14054, K.2016/11816); Y.9.HD. 03.02.2014, E.2011/54545, K.2014/2816; Y.9.HD. 27.01.2014, E.2011/52161, K.2014/1678; Y.9.HD. 05.06.2008, E.2007/20093, K.2008/14408, <https://legalbank.net/> ET:12.06.2019.

⁶⁷ **TUNÇOMAĞ/CENTEL**, s. 201.

⁶⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. **TÜYSÜZOĞLU** İlkay, Yeni İşverenin Sorumluluğu (4857 Sayılı İş Kanunu Madde 23 Bağlamında), Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara, Gazi Üniversitesi 2015, s. 3 vd.

ranış olarak değerlendirilemez. Yargıtay'a göre, işçinin fesihden önce başka bir işverenle iş sözleşmesi imzalaması sadakat borcuna aykırılık teşkil eder⁶⁹. Bununla birlikte fesihden önce işçinin bir işverenle iş görüşmesi yapması, iş sözleşmesi imzalamadığı sürece sonuca etkili olmayacak, yasal hakkını ortadan kaldırmayacak ve yasal hakkın kullanılması kötüniyetli bir davranış sayılmayacaktır⁷⁰.

b) İşçinin Kamu Görevlisi Olmak İçin İş Sözleşmesini Feshetmesi

Zaman zaman uygulamada işçinin 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu kapsamındaki memur veya sözleşmeli personel statüsüne geçmek için iş sözleşmesini kendi serbest iradesiyle feshettiği de görülmektedir⁷¹. Yargıtay'ın bir kararında isabetli olarak belirtildiği üzere, çalışanın bir statüden diğer statüye geçmesi durumunda, statü değişikliğinde iradesinin bulunup bulunmadığı önem taşır. Çalışanın iş ilişkisinden, memuriyete veya sözleşmeli personel ya da idari sözleşme ilişkisine kendi iradesi ile geçmesi halinde iş ilişkisi işçi tarafından sonra erdirildiğinden kıdem ve ihbar tazminatı hakkı doğmaz. Keza bu şekildeki statü değişikliği işçi açısından haklı fesih nedeni

⁶⁹ “Somut uyuşmazlıkta davacı işçi yasal koşullara sahip olmasına rağmen, önce iş bulmuş ve sözleşme imzalamış, daha sonra ise iş sözleşmesini yaş hariç emeklilik koşullarını taşıdığı gerekçesi ile feshetmiştir. Davacı işçi Medeni Kanunu'nun 2. Maddesi ve 4857 sayılı İş Kanunu'nun 23. Maddesi düzenlemesi karşısında fesih hakkını dürüstlük kuralına uygun kullanmamıştır. Davacının iş akdini yeni bir iş bulup, iş sözleşmesi imzalaması üzerine sona erdirdiği açıktır. Hakkın kötüye kullanımını hukuk korumamalıdır. Bu nedenle davacının kıdem tazminatı isteğinin reddi yerine yazılı gerekçe ile kabulü hatalıdır” (Y.9.HD. 20.09.2019, E. 2013/11223, K. 2015/9012, Yargıtay Kararları – Çalışma ve Toplum, 2015/3, s.318).

⁷⁰ Y.9.HD. 25.01.2016, E.2014/30035, K.2016/1699; Y.9.HD. 26.01.2016, E.2014/31301, K.2016/1920; Y.9.HD. 26.01.2016, E.2014/29372, K.2016/1944, <https://www.kazanci.com.tr/ET:20.09.2019>; “... Davacının işten ayrılmadan önce başka bir işveren ile salt iş görüşmesi yapmış olması kötü niyetli davranış olarak değerlendirilemeyecektir. Davacının işten ayrılması sonrasında başka bir iş yerinde çalışması hakkın kötüye kullanımı olmayıp, davacı Anayasa'nın 48.maddesinde düzenlenen çalışma ve sözleşme hürriyeti temel hakkını kullanmıştır...” (Samsun BAM, 7.HD. 20.03.2019, E.2018/2050, K.2019/553, www.lexpera.com.tr (ET: 10.07.2019)).

⁷¹ Y.HGK., 07.03.2007, E.2007/120, K.2007/120, www.lexpera.com.tr (ET: 10.07.2019). “Somut olayda davacı işçi, asıl işveren davalı kurumda, alt işveren şirketler nezdinde 09.12.2003-07.01.2013 tarihleri arasında işçi statüsünde çalıştığı ve kendi istemi ile işçi statüsünden sözleşmeli personel statüsüne geçtiği anlaşılmaktadır. Davalı Üniversitenin davacıyı sözleşmeli personel statüsüne geçirmiş olması, statü değişikliğinin davacının iradesi ve istemi dışında gerçekleştirildiğini göstermemektedir. Statü değişikliğinin işçinin iradesine bağlı olarak gerçekleştiği, aynı işyerinde çalışmaya devam etmek ile birlikte işçi daha iyi şartlarda ve ayrı bir statüde çalışma yolunu seçtiği, 4857 sayılı İş Kanunu'na tabi iş sözleşmesinin 07.01.2013 tarihinde işçinin istemi ile son bulduğu, 08.01.2013 tarihinden itibaren sözleşmeli personel statüsünde çalışmaya başladığı, bu sebeple iş sözleşmesinin devrinden söz edilemeyeceği, kendi isteğiyle iş akdi son bulan işçinin kıdem tazminatı isteme hakkı bulunmadığı sonucuna varılmaktadır. Açıklanan sebeplerle davanın reddi yerine kabulüne karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir” (Y.22.HD. 07.12.2017, E.2015/20637, K.2017/28000, <http://www.kazanci.com> (ET:10.07.2019)).

değildir⁷². Öğretiye göre işyerinde işçi olarak çalışan bir kimsenin işvereni ile anlaşmak suretiyle memur statüsüne geçirilmesi söz konusu ise iş sözleşmesinin zımni olarak ikale ile sona erdiğini söylemek mümkündür⁷³.

c) İşçinin Şarta Bağlı Olarak İş Sözleşmesini Feshetmesi

Fesih bildirimini kural olarak şarta bağlanamaz⁷⁴. Ancak uygulamada görüldüğü üzere, bazen işçi, herhangi bir baskı ve zorlama olmaksızın bir takım işçilik alacaklarının ödenmesi kaydıyla iş sözleşmesini feshetmek istediğini bildirmektedir⁷⁵. Yargıtay'a göre, işçinin işyerinden şarta bağlı olarak ayrılma isteğine ilişkin dilekçesi istifa niteliğinde değerlendirilemez⁷⁶. İşçinin böyle bir başvurusu iş sözleşmesinin anlaşmalı

⁷² Y.9.HD. 19.02.2014, E.2012/359, K.2014/5125; Y.9.HD. 05.05.2005, E.2005/11804, K.2005/15647; Y.9.HD. 27.09.2004, E.2004/20414, K.2004/20745; Y.9.HD. 12.09.2001, E.2001/9531, K.2001/13503, <http://www.kazanci.com> ET:10.07.2019; ayrıca bkz. **OCAK**, Uğur, s. 519-521. *Davacı işçi dava dilekçesinde davalı kurumun özelleştirilmesi sonrasında isteği dışında memuriyete atandığını belirterek kıdem tazminatı isteğinde bulunmuş; aynı dilekçede nakil işleminin, davacının 4046 sayılı Yasanın 22. maddesi uyarınca işçiye sağlanan hakkın kullanılması sonucu gerçekleştiğini açıklamıştır. Mahkemece, davacının kendi isteği ile memuriyete geçip geçmediği araştırılmamış ve bu yöndeki nakil evrakı ve dayanağı olan belgeler getirilmemiştir. Gerçekten dava dilekçesindeki davacı beyanı çelişkili olup bu yöndeki belgelerin celbi uyusmazlığın çözümü bakımından gereklidir. Davacının kendi isteği ile memuriyete geçmesi durumunda kıdem tazminatı hakkının bulunmayacağı açıktır. Ancak işçinin talebi olmaksızın işverenin tek taraflı işleminin sonucu nakil gerçekleşmişse kıdem tazminatı isteğinin şimdiki gibi kabulüne karar verilmelidir*" (Y.9.HD. 11.01.2005, E.2004/5936, K.2005/453, <http://www.kazanci.com> ET:10.07.2019); **SÜMER**, İş Hukuku Uygulamaları, s.367-368; ayrıca bkz. **ULUCAN**, Devrim/**NAZLI** Seçkin: "Karar İncelemesi: İşçinin İstifası, Sözleşmeli Personel Statüsüne Geçme, Kıdem ve İhbar Tazminatı", Çalışma ve Toplum, 2007/1, s.171 vd.

⁷³ **AKYİĞİT**, s. 377-378.

⁷⁴ **ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT**, s. 443; **KILIÇOĞLU/ŞENOCAK**, s. 54.

⁷⁵ "... Davacı arkadaşları ile birlikte imzalayarak S. Bey'in dikkatine başlığı ile işverene verdiği ... dilekçesinde "Mayıs ayında yapılması gereken zammın yapılmamasından dolayı bu şartlar altında çalışmayı kabul etmemekteyiz. Tazminatımız verilerek işimize son verilmesini istemekteyiz" şeklinde başvuruda bulunmuşlardır. Bu beyanların istifa olarak nitelendirilmesi mümkün değildir. Davacı ve arkadaşları çalışma koşullarının düzeltilmesini aksi halde tazminatları ödenerek işverence akitlerinin sona erdirilerek tazminatlarının ödenmesini istemişlerdir. İşverenin davacı ve arkadaşlarının bu başvurularına kızarak davacıyı ertesi gün işyerine gelmesine rağmen işyerine almadığı bu suretle akdin işverence haklı neden bulunmadan son erdirildiği anlaşılmaktadır. Bu nedenle ihbar, kıdem tazminatı isteklerinin kabulü yerine reddi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir" (Y.9.HD. 02.11.2006, E.2006/27598, K.2006/28951, **OCAK**, Uğur, s. 507).

⁷⁶ "Şarta bağlı istifa dilekçesinin geçerli olduğu kabul edilemez" (Y.9.HD. 20.12.2004, E.2004/19145, K.2004/28987; Y.9.HD. 16.11.2005, E.2005/32532, K.2005/36295, <http://www.kazanci.com> ET:10.07.2019); **KIZILRAY**, Ender: "Davacının İşyerinden Koşullu Olarak Ayrılma İsteğine İlişkin Dilekçesi İstifa Niteliğinde Değildir", Karar İncelemesi, Sicil İş Hukuku Dergisi, Mart 2007, Y.2, S.5, s.94-100.

olarak sona erdirilmek üzere yapılan işçi teklifi olarak kabul edilmektedir⁷⁷. Taraf iradeleri, ortak istek ve amaçları doğrultusunda iş sözleşmesini sona erdirmek üzere birleşmesi halinde taraflar arasında ikale sözleşmesi yapıldığı yönünde kanaat oluşur. İşçinin iş sözleşmesini feshetme iradesi şarta bağlanarak karşı tarafa bir icap şeklinde beyan edildiğinde, işverenin bu teklifi kabul etmesi halinde taraf iradeleri sözleşmeyi sonlandırma konusunda birleşmiş, sözleşme anlaşma suretiyle sona ermiş olur⁷⁸.

İş Kanunu'nda ikaleye (bozma sözleşmesine) yer verilmemiştir. İkalenin şekli, yapılması, kapsam ve geçerliliği Borçlar Kanunu'nun genel esaslarına tabidir. Ancak yorum gerektiren hususlarda işçi yararına yorum ilkesi göz ardı edilmemelidir⁷⁹. İkale niteliği itibarıyla bir sözleşme olduğundan ikale sonrasında feshe bağlanan hukuki sonuçlar yasal olarak doğmaz. İkale ile amaçlanan genelde aslında işçiye fesih ile sağlanamayan hakları verilerek taraflar arasındaki sözleşme ilişkisine son vermektir. Normal koşullarda sözleşmeyi bildirimli fesheden işçi kıdem ve ihbar tazminatına hak kazanamaz iken, ikale sonucu işveren işçiye bu alacakları ve bazen daha fazlasını ödeyebilmektedir.

Buna karşın somut olay kendi özelliği içinde değerlendirildiğinde bazen işçinin iş sözleşmesini şarta bağlı feshinde ikaleden söz edilmeyebilir. Özellikle işçinin iş güvencesi hükümlerinden yararlanmasını engellemek amacıyla işveren, sözleşmeyi ikale yoluyla sona erdirmek isteyebilir. İş sözleşmesini feshetme imkânı bulunan işçinin, ikale yoluyla sözleşmeye son verilmesini isterken, bir irade fesadı yoksa bu yönde

⁷⁷ “Şarta bağlı istifa, kural olarak geçerli değildir. Yargıtay uygulamada en çok karşılaşılan şekliyle, işçinin ihbar ve kıdem tazminatı haklarının ödenmesi şartıyla ayrılma talebini istifa değil, ikale (bozma sözleşmesi) yapmaya yönelik icap olarak değerlendirmektedir (Y.9.HD. 03.05.2018, E.2015/16084, K.2019/9793 Çalışma ve Toplum, S.59, 2018/4, s.2310-2314; Y.7.HD. 29.02.2016, E.2015/5528, K.2016/4886, Yargıtay Kararları - Çalışma ve Toplum, 2017/1, s.214; Y.22.HD. 29.05.2018, E.2017/13543, K.2018/13323; Y.9.HD. 10.09.2018, E.2018/6018, K.2018/15415, www.lexpera.com.tr ET:14.07.2019; Y.9.HD. 10.4.2019, E.2019/3200, K.2019/8467; Y.9.HD. 10.4.2019, E.2019/3200, K.2019/8467, <http://www.kazanci.com> ET:10.07.2019); **ÖZDEMİR**, Erdem: İstifa ve İkale, İşçinin İş Sözleşmesini Sona Erdiren Hukuki İşlemlerinin Geçerliliği, İstanbul Barosu Yayınları 2009, s.34-35.

⁷⁸ **AYDIN**, s.4-5. “İş Kanunu'nda bu fesih türü yer almasa da taraflardan birinin karşı tarafa ilettiği iş sözleşmesinin karşılıklı feshine dair sözleşme yapılmasını içeren bir açıklama (icap), ardından diğer tarafın da bunu kabulü ile bozma sözleşmesi (ikale) kurulmuş olur. Bozma sözleşmesinde icapta, iş ilişkisi karşı tarafın uygun irade beyanı ile anlaşmak suretiyle sona erdirmeye yönelmiştir. Bu sebeple, ikale sözleşmesi akdetmeye yönelik icap, fesih olarak değerlendirilip, feshe tahvil edilemez” (Y.22.HD. 13.12.2018, E.2016/1738, K.2018/27095; Y.22.HD. 03.07.2018, E.2018/8653, K.2018/16597, <http://www.kazanci.com> (ET:10.07.2019); **KILIÇOĞLU/ŞENOCAK**, s.99; **ÖZDEMİR**, İstifa ve İkale, s.37.

⁷⁹ Buna karşın iş ilişkisi açısından yapılacak değerlendirmeler İş Hukukunun temel ilkelerine uygun olmalıdır. İkalenin yorumunda işçi yararına yorum ilkesi dikkate alınmalıdır (**ÖZDEMİR**, İstifa ve İkale, s. 37).

icapta bulunmasında makul bir yararının bulunması gerekir⁸⁰. Her ne kadar işveren işçinin şartlı teklifini kabul etmişse de işverenin amacı aşan, işçi aleyhindeki işveren kabulünü bozma sözleşmesi olarak değerlendirmek mümkün değildir. Yargıtay feshe bağlı hakları şart koşulduğu halde işçiye bu hakları ödense de iş sözleşmesi devamı sırasında alınan bu belgenin işçinin iş güvencesi hükümleri kapsamı dışında bırakmak için alındığı kanaatini veriyorsa, taraflar arasında ikale sözleşmesinin varlığından söz edilemeyeceği görüşündedir⁸¹.

d) İşçinin İş Sözleşmesini Feshetmekten Vazgeçmesi

Fesih (istifa) karşı tarafa ulaşmakla sonuç doğuran bozucu yenilik doğuran bir haktır. İşçinin istifası işverene ulaştığı an, sözleşme sona erer. İşçinin istifasını gerektiren saik konusunda hataya düşmesi fesih bildirimini geçerliliğine etki etmez. Zira saik hatası esaslı bir hata değildir. İş sözleşmesini kendi serbest iradesi ile fesheden işçi, fesih iradesi karşı tarafa ulaştığı anda artık bu işlemde dönemez⁸². İşçinin şahsi nedenlerine dayanarak istifadan vazgeçme imkânı yoktur⁸³.

⁸⁰ Bkz. **ALP**, Mustafa: İş Hukukunda İkalenin (Bozma Sözleşmesi) Geçerlilik Koşulları, Legal İHSGHD. 2008/17, s.39 vd.; **ASTARLI**, s.332 vd.; **SÜZEK**, s.498; **GÜNAY**, s.18-21; **ÖZDEMİR**, İstifa ve İkale, s.38 vd. dn.40; “Her şeyden önce bozma sözleşmesi yapma konusunda icapta bulunanın makul bir yararının olması gerekir. Bu noktada, işveren feshinin karşılıklı anlaşma yoluyla sona erme gibi gösterilmesi suretiyle iş güvencesi hükümlerinin dolanılması şüphesi ortaya çıkmaktadır. Bu itibarla irade fesadı denetimi dışında tarafların bozma sözleşmesi yapması konusunda makul yararının olup olmadığının da irdelenmesi gerekir. Makul yarar ölçütü, bozma sözleşmesi yapma konusunda icabın işçiden gelmesi ile işverenden gelmesi ve somut olayın özellikleri dikkate alınarak ele alınmalıdır” (Y.7.HD. 02.10.2013, E.2013/22540, K.2013/15991, <http://www.kazanci.com> (ET:10.07.2019).

⁸¹ “İşten çıkarılması düşünülen ve iş sözleşmesi feshedildiğinde ihbar ve kıdem tazminatı ödenmesi gereken davacının, bundan daha fazla yarar sağlamayacak bir yolu tercih etmesi hayatın olağan akışına uygun düşmemektedir. Davacının başka bir iş bulması veya kendi işini kurmuş olması gibi nedenlerle işten ayrılmasını gerektiren olguların varlığı da savunulmamıştır. Mevcut delillere göre davacının iş sözleşmesinin ikale ile sona ermesini istemesinde makul bir yararı bulunmadığı gibi, tanık anlatımlarına göre iş sözleşmesi feshedilen davacıya ihbar ve kıdem tazminatının ödenmesi, iş sözleşmesinin feshedilmesini istediğine dair dilekçe imzalaması koşuluna bağlanmıştır. Olayda işveren ekonomik ve sosyal üstünlüğünü kullanmıştır. Davacı işçinin işten ayrılma iradesi bulunmamaktadır. İş sözleşmesinin ikale ile sona erdiğini kabul etmek doğru değildir. İş sözleşmesi davalı işverence tek taraflı olarak feshedilmiş olup, fesih bildiriminde fesih sebebi açık ve kesin olarak bildirilmemiştir. Ayrıca fesih için geçerli bir nedenin varlığı da ileri sürülüp kanıtlanmış olmadığından davanın kabulü yerine yazılı gerekçe ile reddi hatalı olmuştur” (Y.9.HD. 21.04.2008, E.2007/30760, K.2008/9208, <http://www.kazanci.com> ET: 10.07.2019).

⁸² Yenilik doğuran haklardan, kullanıldıktan sonra dönmek (bunları geri almak) mümkün değildir (**EREN**, s.68); **ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT**, s.443-444, 447.

⁸³ “Somut olayda davacı işverene 31.07.2007 tarihinde verdiği dilekçe ile 23.07 – 16.08.2007 tarihinde yıllık izin kullandıktan sonra 17.08.2007 tarihinde kendi isteğiyle ayrılmak istiyorum diye dilekçe vermiştir. Davacı bu dilekçeyi ailevi nedenlerle verdiğini, ancak izin deyken eşiyile barışması sonucu 16.08.2007 tarihinde istifadan vazgeçmek ve çalışmak üzere işyerine gittiğinde

İşçi iş sözleşmesini derhal feshedebileceği gibi, bildirim süreli de feshedebilir. Bildirim süresi verilerek yapılan feshin ardından fesih beyanının tek taraflı olarak geri alınması mümkün değildir⁸⁴. Bu itibarla işçinin daha sonra verdiği dilekçe ile çalışmak istemesinin işverence kabul edilmemiş olması, işveren feshi olarak değerlendirilemez⁸⁵.

Belirtildiği üzere, fesih bildirim karşı tarafa ulaşması ile hukuki sonuç doğurur ve bundan tek taraflı olarak dönülemez⁸⁶. Bununla birlikte bildirimli fesihte, bildirim süresinin sonuna kadar kendisine fesih bildirim yapılan tarafın rızası ile fesih beyanı geri alınabilir. Bu durumda, henüz iş sözleşmesi sona ermemiş olduğundan, hiç fesih bildirim yapılmamış gibi iş sözleşmesi devam eder. Bildirim sürelerinin sona ermesinden sonra fesih bildirimini geri alma imkânı yoktur. Zira bildirim süresinin dolmasıyla birlikte iş sözleşmesi sona erer. Öğretide bir görüşe göre, iş ilişkisine devam etmek isteyen taraflar yeni bir sözleşme yapmaları gerekir. Bildirimsiz fesih halinde ise fesih bildirim karşı tarafa ulaşmasıyla birlikte iş sözleşmesi derhal sona erdiğinden, tarafların anlaşmak suretiyle dahi fesih bildirimini geri almaları mümkün değildir. Bu durumda da taraflar iş ilişkisinin devamını istedikleri takdirde, eski sözleşmenin koşulları ile yeni bir sözleşme meydana getirebilirler ve eski sözleşme ile yeni sözleşme arasında hiçbir kesinti olmamış gibi, iş ilişkisinin devam ettiğini kararlaştırabilir⁸⁷.

Anılan öğreti ile aynı görüşü paylaştığımızı söyleyebiliriz. Hukuk tekniği açısından değerlendirilecek olursak bu durumda ilk sözleşme sona ermiş ve işçinin icabı ve işverenin kabulü ile yeni bir sözleşme kurulmuş olur. Borçlar hukuku açısından geçerli

*alınmadığını belirtmiştir. Mahkemece istifa tarihinden bir gün önce işbaşı yapmak üzere gittiğinden istifasından döndüğü, buna rağmen işbaşı yaptırmayarak iş sözleşmesinin işverence haksız feshedildiği kabul edilerek kıdem, ihbar tazminatı istekleri hüküm altına alınmıştır... Davacının anılan istifası işverene ulaşmakla iş sözleşmesi, davacının belirttiği tarihte sona erdiğinden, artık davacının kendi şahsi nedenlerine dayanarak anılan istifadan vazgeçmesi olanağı yoktur. Böyle olunca davacının iş sözleşmesi kendi istifasıyla sona erdiğinden kıdem, ihbar tazminatı isteklerinin reddi yerine yazılı şekilde kabulüne karar verilmesi hatalıdır” (Y.9.HD. 12.12.2011, E.2009/41391, K.2011/47819); “... davacının bilahare sunmuş olduğu istifadan vazgeçme dilekçesi tek başına hüküm ve sonuç doğurmaz. Kaldı ki davacı istifa iradesini ortaya koyduktan sonra davalı işyerinde fiilen çalıştığını ispatlayamamıştır. Davacı işyerinden kendi isteği ile ayrıldığı için kıdem ve ihbar tazminatına hak kazanamaz. Talebin reddi gerekirken kabulüne karar verilmesi hatalıdır” (Y.22.HD. 11.06.2013, E.2012/24452, K.2013/14098); Y.22.HD. 30.12.2013, E.2012/25617, K.2013/31019, bkz. **OCAK**, Uğur, s.504-505.*

⁸⁴ **EKONOMİ**, s.171; **ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT**, s.447; **EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN**, s.186-187; **NARMANLIOĞLU**, s.358; **MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI**, s.224; **SÜMER**, İş Hukuku Uygulamaları s.281.

⁸⁵ Y.22.HD. 30.12.2013, E.2012/25617, K.2013/31019, **OCAK**, Uğur, s.505.

⁸⁶ **OĞUZMAN**, s.194; **ESENER**, s.226; **EKONOMİ**, s.171; **EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN**, s.186; **SÜMER**, İş Hukuku Uygulamaları s.281; **MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL**, s.259.

⁸⁷ **EKONOMİ**, s.171; **SÜMER**, İş Hukuku Uygulamaları s.281.

olan bu durum, iş hukuku yaklaşımına uygun değildir. Zira bu yaklaşım, her ne kadar işçinin gelecekte alabileceği kıdem tazminatını etkilemez ise de işçinin ihbar önellerinin ve yıllık ücretli izin sürelerinin hesabına etki edecektir. Dolayısıyla iş hukuku bakımından iş sözleşmesinin kesintisiz devamının kabulü işçi lehinedir. Buna karşın bildirim süreleri geçtikten sonra yapılan feshin tek taraflı olarak geri alınması artık hiçbir şekilde mümkün değildir. Taraflar ancak yeni bir sözleşme ile iş ilişkisine devam edebilirler⁸⁸.

II. İŞ SÖZLEŞMESİNİN İŞÇİ TARAFINDAN FESHEDİLMESİNİN HUKUKİ SONUÇLARI

1. Genel Olarak

Genel olarak iş sözleşmesinin sona ermesiyle birlikte tarafların sözleşmeden doğan yükümlülükleri de ortadan kalkar. Sözleşmenin sona ermesi halinde işçinin ücreti ile sözleşme ve kanundan doğan para ile ölçülmesi mümkün menfaatlerinin tam olarak ödenmesi zorunludur (İş K.md.32/6)⁸⁹.

İşçi, feshi haklı kılan bir nedenle iş sözleşmesini feshetmiş ise feshine bağlı haklardan yararlanır. Örneğin emeklilik süresi dolmuş ve emekliliğe hak kazanmış bir işçi bu gerekçeyle tek taraflı irade açıklamasıyla iş sözleşmesini her zaman sona erdirebilir. Sözleşmeyi kendisi feshettiği için ihbar tazminatı alamaz ise de kıdem tazminatı ve diğer işçilik alacaklarını talep edebilir. Binaenaleyh, feshi haklı kılan bir neden yok iken iş sözleşmesini fesheden işçi, feshine bağlı haklardan yararlanamaz, ancak hak ettiği ücret alacaklarını (asıl ücret ve ekleri, fazla çalışma ücreti, UGBT ücreti, yıllık izin ücreti, AGİ vs.) talep edebilir.

Buna karşın haklı bir neden olmaksızın kendi serbest iradesiyle iş sözleşmesini fesheden işçi, sözleşmeden kaynaklanan birçok haktan mahrum kalır. İşçi, iş güvencesine sahip olsa bile işe iade davası açamaz, işsizlik ödeneğinden yararlanamaz, kıdem ve ihbar tazminatı talep edemez. Bilakis kendisi işverene tazminat ödemek durumunda kalabilir.

2. İşe İade Davası Bakımından

İş güvencesine sahip bir işçi belirsiz süreli iş sözleşmesini kendi serbest iradesiyle sona erdirmesi halinde, işe iade davası açma hakkını kaybeder. Diğer bir ifade ile istifa eden işçi, iş güvencesi hükümlerinden yararlanamaz⁹⁰. Çünkü işçinin iş güven-

⁸⁸ EKONOMİ, s. 171; EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s. 187; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, s.259.

⁸⁹ İşçinin ücret ve tazminat alacaklarında zamanaşımı süresi beş yıldır (İş K.md.32/son; Ek md.3).

⁹⁰ ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT, s.474; ALPAGUT, Gülsevil: "Yargıtay Kararları Işığında İş Güvencesi ve Çalışma Koşullarında Esaslı Değişiklik", Bankacılar Dergisi, S.65, 2008, s.99; Y.9.HD., 16.09.2003, E.2003/15650, K.2003/14623, Çimento İşveren, Kasım 2003, s.48.

cesi hükümlerinden yararlanması için, iş sözleşmesinin ancak işveren tarafından feshedilmesi gerekir⁹¹. O nedenle iş sözleşmesini fesheden işçi, feshin geçersizliği ve işe iade talebinde bulunamaz⁹².

3. İşsizlik Ödeneği Bakımından

4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanunu'nun 48. maddesi uyarınca sigortalı işsizlere bu Kanun'da belirtilen esas ve usuller çerçevesinde, Kurumca işsizlik ödeneği ödenmektedir. Kanun'un 51-b maddesine göre, işsizlik ödeneğine hak kazanmanın şartlarından biri de iş sözleşmesinin işçi tarafından haklı nedenle feshedilmiş olmasıdır. Şu halde Kanun'un 50/2 maddesinde öngörülen işsizlik sigortası prim ve gün sayısı yeterli olsa bile iş sözleşmesini haklı bir neden olmaksızın fesheden işçi işsizlik ödeneğinden yararlanamaz.

Buna karşın Yargıtay kararına konu olan bir uyuşmazlıkta davacı işçi, 17.11.2004 tarihinde Türkiye İş Kurumu İl Müdürlüğüne başvurarak işsizlik ödeneği talebinde bulunduğu ve 24.10.2004 tarihinden itibaren de 300 gün işsizlik ödeneğine hak kazandığı belirtilmiştir. İlginçtir ki, Yüksek Mahkeme kararında kendi isteğiyle işyerinden ayrılan bir işçiye işsizlik ödeneği bağlanamayacağı ancak işverence İş-Kur'a verilen belgenin işvereni bağlayacağı için artık bu durumda istifa dilekçesine itibar edilemeyeceği, davacının SSK hizmet döküm cetvelinde de işverenden ayrılışı 23.10.2004 olarak gösterildiği, şu halde iş sözleşmesinin işverence haklı bir neden olmaksızın feshedildiği kabul edilerek davacının ihbar ve kıdem tazminatı istekleri hüküm altına alınması gerektiğine hükmedilmiştir⁹³.

Anlaşıldığı üzere Yargıtay, işverenin Kurum'a verdiği işten ayrılış bildirgesindeki kayıttan ve somut olayın özelliğinden dolayı işçi lehine yorum yapmış ve işçinin istifa dilekçesine itibar etmemiştir. Aslında asıl dikkate değer husus, tarafların gerçek iradeleridir. İşverence İş-Kur'a verilen belgenin işvereni bağlayıp bağlamayacağı tartışılabilir bir durumdur. İşverenin muhasebecisinin işten ayrılış bildirgesine yanlış kod girme ihtimali düşünüldüğünde, işçinin istifa dilekçesinin hiç dikkate alınmaması, yanlış hukuki sonuçlar doğurur. O nedenle her somut olayın ayrıntılı olarak değerlendirilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

4. Kıdem Tazminatı Bakımından

a) Genel Olarak

4857 sayılı İş Kanunu'nun 120. maddesi uyarınca halen yürürlükte bulunan mülga 1475 sayılı İş Kanunu'nun kıdem tazminatını düzenleyen 14. maddesine göre,

⁹¹ MANAV, s.51-53.

⁹² Y.9.HD., 19.10.2017, E.2016/25623, K.2017/16232, <http://www.kazanci.com> ET:10.07.2019.

⁹³ Y.9.HD., 12.05.2008, E. 2007/18999, K. 2008/12213, <https://legalbank.net/> ET:12.06.2019.

işçi iş sözleşmesini İş K.md.24'e göre haklı nedenle feshederse kıdem tazminatına hak kazanır. Madde hükmünde belirtildiği üzere işçi sağlık nedenleri veya ahlak ve iyiniyet kurallarına aykırı haller ve benzeri nedenler ya da zorlayıcı nedenlere dayanarak iş sözleşmesini derhal feshedebilir. Kanunda sayılan bu haller dışında iş sözleşmesini fesheden (istifa eden) işçinin kural olarak kıdem tazminatı talep hakkı bulunmamaktadır⁹⁴.

Buna karşın bazı hallerde kanun koyucu iş sözleşmesini kendi isteğiyle fesheden işçiye kıdem tazminatı talep hakkı tanımaktadır. İş K.md.24. maddenin kapsamı dışında muvazzaf askerlik hizmeti dolayısıyla, bağlı buldukları kanunla veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle kurulu kurum veya sandıklardan yaşlılık, emeklilik veya malullük aylığı yahut toptan ödeme almak amacıyla ve yine 506 sayılı [Kanunun](#) 60. maddesinin birinci fıkrasının (A) bendinin (a) ve (b) alt bentlerinde öngörülen yaşlar dışında kalan diğer şartları veya aynı Kanun'un Geçici 81. maddesine göre yaşlılık aylığı bağlanması için öngörülen sigortalılık süresini ve prim ödeme gün sayısını tamamlayarak kendi istekleri ile işten ayrılmaları nedeniyle iş sözleşmesinin feshedilmesi veya kadın işçi ise evlendiği tarihten itibaren bir yıl içerisinde kendi arzusu ile sona erdirmesi hallerinde de işçiye kıdem tazminatı ödeneceği hükme bağlanmıştır⁹⁵. 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun 23. maddesi uyarınca, işçi kuruluşunda yöneticilik görevi için çalıştığı işyerinden ayrılan işçi de kıdem tazminatına hak kazanır.

Anılan yasal haller dışında iş sözleşmesini fesheden işçi, kıdem tazminatı hakkını kaybeder⁹⁶. Bununla birlikte uygulamada işçi iş sözleşmesini haklı bir neden olmaksızın feshettiği halde kendisine kıdem tazminatı ödendiği de görülmektedir. Yalnız bu tür ödemeler genelde taraflar arasında yapılan ikale (bozma) sözleşmeleri sonucunda gerçekleşmektedir. Nitekim Yargıtay'ın birçok kararında ifade edildiği üzere, istifa halinde dahi işçiye kıdem tazminatı ödeneceğini öngören sözleşme hükümleri ile işyeri uygulamaları 4857 sayılı İş Kanunu'nun sistemi içinde geçerli olduğu kabul edilmektedir⁹⁷.

⁹⁴ "İstifa dilekçesinde gerekçe olarak ailevi nedenler gibi yasal olmayan nedenler beyan ederek iş sözleşmesi son veren işçi, kıdem tazminatına hak kazanamaz" (Y.22.HD., 04.07.2019, E.2017/23319, K.2019/15143; Y.22.HD., 22.01.2019, E.2017/19269, K.2019/1620, <http://www.kazanci.com> ET:10.07.2019); SÜZEK, s.733.

⁹⁵ Kıdem tazminatına hak kazandıran fesih halleri için bkz. AKYİĞİT, Ercan: Kıdem Tazminatı, Ankara 1999, s.177 vd.

⁹⁶ Memur olmak için ayrılrsa da bu nedenle iş sözleşmesini fesheden işçi kıdem tazminatı kazanamaz. Yargı kararları için bkz. OCAK, Uğur, s.519-521; Kıdem tazminatına hak kazandırmayan fesih halleri için bkz. AKYİĞİT, Kıdem Tazminatı, s.403 vd.

⁹⁷ Y.9.HD., 03.05.2018, E.2015/16084, K.2019/9793, Çalışma ve Toplum, 2018/4, s.2314, Y.9.HD., 05.12.2016, E.2016/473, K.2016/21458, Çalışma ve Toplum, 2017/4, s.2338; Yarg.7.HD.,

b) İşçinin Kıdem Tazminatına Hak Kazandığı Özel Durumlar

aa) Kadın İşçinin Evlenme Nedeniyle Feshi

4857 sayılı İş K.m.d.120 uyarınca halen yürürlükte olan mülga 1475 sayılı Kanun'un 14. maddesinin 1. fıkrasına göre, evlendiği tarihten itibaren bir yıl içerisinde iş sözleşmesini kendi isteğiyle sona erdiren kadın işçi, kıdem tazminatına hak kazanır⁹⁸. Kıdem tazminatı hakkı, sadece kadın işçilere tanınmış bir hak olup⁹⁹, işçi ancak bir işverene bağlı olarak çalışmakta iken evlenmesi üzerine bu haktan yararlanabilir¹⁰⁰. Bu haktan yararlanabilmesi için kadın işçinin ayrıca resmi olarak evlenmesi ve evlenme tarihinden itibaren bir yıl içinde iş sözleşmesini feshetmiş olması gerekir. Bir yıllık yasal süre, hak düşürücü süredir¹⁰¹. Resmi evlilik işlemi tamamlanmadan iş sözleşmesini bu amaçla feshettiğini beyan eden kadın işçinin dilekçesini Yargıtay istifa olarak değerlendirmektedir¹⁰².

Kadın işçinin evlilik nedeniyle iş sözleşmesini feshetmesi halinde, feshin geçerliliği işverenin kabulüne bağlı değildir. Yargıtay'a göre, kadın işçinin evlilik nedeniyle iş

29.02.2016, E.2015/5528, K.2016/4886, Çalışma ve Toplum, 2017/1, s.215; Y.9.HD., 10.4.2019, E.2019/3200, K.2019/8467, <http://www.kazanci.com> ET:10.07.2019; **EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN**, s.264.

⁹⁸ Bkz., **AKYİĞİT**, Kıdem Tazminatı, s.282 vd.

⁹⁹ Madde hükmünün Anayasa'nın eşitlik ilkesine (md.10) aykırılığı iddiası ile iptal davası açılmış, ancak Anayasa Mahkemesi iptal istemini reddetmiştir (AYM. 19.6.2008, E.2006/156, K.2008/125, RG., T.26.11.2008, S.2706). Karar incelemesi ve hükmün değerlendirilmesi için bkz., **BAKIRCI**, Kadriye: "Anayasa Mahkemesi'nin Evlilik Sonrası İşten Ayrılan Kadın İşçilerin Kıdem Tazminatı Haklarına İlişkin Kararı", Sicil İş Hukuku Dergisi, Y.3, S.12, Aralık 2008, s.112 vd.; **ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT**, s.637-638; **AKYİĞİT**, Kıdem Tazminatı, s.291.

¹⁰⁰ Y.9.HD., 21.09.2006, E.2006/2412, K.2006/24525, **OCAK**, Uğur, s.154.

¹⁰¹ **MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL**, s.315; "... davacının ihbar öneli tanımaksızın fesih imkanına sahip olduğu bu halde 30.04.2004 tarihinden yaklaşık 10 gün öncesi dilekçesini işverene sunması işten istifa etmek suretiyle ayrıldığı şeklinde yorumlanamaz. Davacının evlenme tarihinden itibaren 1 yıl içerisinde davalı işverene evlilik nedeniyle ayrılmayı ifade eder dilekçesi sunması, davacının evlenme nedenine dayalı fesih hakkını kullanması olarak kabul edilmiştir. Fesih işlemi yasanın aradığı bir yıllık süre içinde kullanılmıştır. Yasa gereği kıdem tazminatına hak kazanmıştır. Mahkemece kıdem tazminatı talebinin kabulüne karar verilmesi gerekirken, yazılı gerekçe ile reddi hatalıdır" (Y.9.HD., 02.11.2015, E.2014/17600, K.2015/30741, <https://legalbank.net/> ET:12.06.2019).

¹⁰² YHGK., 12.10.2016, E.2014/1136, K.2016/968; Y.9.HD., 23.09.2013, E.2011/28288, K.2013/23400, <https://legalbank.net/> ET:12.06.2019; ayrıca bkz. **OCAK**, Uğur, s.154-155.

sözleşmesini feshederken fesih nedenini bildirme¹⁰³ ve işverene ihbar öneli tanıma zorunluluğu bulunmamaktadır¹⁰⁴.

İşten ayrıldıktan sonra evlenmiş olan kadın işçi, bu hükmün kapsamı dışında olup kıdem tazminatından yararlanamaz. Keza henüz resmi nikâhı olmadan evlilik nedeniyle iş sözleşmesini fesheden kadın işçinin müstakbel bir evlilik için sözleşmeyi fesahetmesi halinde yasa gereği kıdem tazminatına hak kazanamaz¹⁰⁵.

Yasal haktan yararlanmak isteyen kadın işçinin evliliğinin ilk evliliği olması zorunlu olmadığı gibi kıdem tazminatına hak kazanmış ancak daha sonra eşinden boşanmış olması duruma etkili değildir¹⁰⁶. Buna karşın evlilik nedeniyle iş sözleşmesini fesheden kadın işçinin önce eşinden boşanıp daha sonra tekrar aynı kişi ile evlenmesi halinde muvazaalı olgusunun varlığı araştırılmalıdır. Kadın işçinin çok kısa süre içinde eşinden boşanıp ardından yeniden evlenmesi ve iş sözleşmesini evlilik nedeniyle fesahetmek istemesi, yapılan sıralı işlemlerin muvazaalı olarak gerçekleştiği kanaatini

¹⁰³ “... Dosyada istifa dilekçesi mevcut olup, davacı fesihten yaklaşık 4 yıl sonra açmış olduğu davada bu kez evlilik nedenine dayalı olarak iş akdini feshettiğini bildirek kıdem tazminatı talep etmektedir. Ancak mahkemece davacının ne zaman evlendiği, evlendikten sonra 1 yıl içerisinde bu nedene dayalı feshi hakkını kullanıp kullanmadığı hususlarında bir araştırma yapılmamıştır. Mahkemece yapılacak iş ... davacının, iş akdinin evlilik nedenine dayalı fesih şartlarını taşıyıp taşımadığı hususu açığa kavuşturarak çıkacak sonuca göre karar vermektir” (Y.7.HD., 11.03.2015, E.2015/8921, K.2015/4118); ayrıca bkz., Y.7.HD., 02.11.2015, E.2015/18326, K.2015/21063, <https://legalbank.net/> ET:12.06.2019. “Dosya içindeki bilgi ve belgelere göre davacı bayan işçi, 14.6.2002 tarihinde evlenmiş ve 31.8.2002 tarihinde istifa ettiğini belirterek iş yerinden ayrılmıştır. Anılan dilekçede davacı işçi iş sözleşmesinin feshi için neden göstermemiştir. Daha sonra davalı işverene gönderdiği ihtarnamede ise iş sözleşmesinin evlilik sebebiyle feshedildiğini belirtmiş ve kıdem tazminatı isteğinde bulunmuştur. Davacı işçi işten ayrılmayla ilgili anılan dilekçesinde belli bir neden göstermediğine göre, sonradan fesih nedenini değiştirmiş değildir. Böyle olunca yapılan feshin, kadın işçinin evlenmesi sebebine dayandığı kabul edilmelidir” (Y.9.HD., 11.05.2004, E.2003/16699, K.2004/11271, <http://www.kazanci.com> ET:10.07.2019).

¹⁰⁴ “Somut olayda; dosyada bulunan evlilik cüzdanı suretinden kadın işçinin 02.08.2008 tarihinde evlendiği, 06.07.2009 tarihli istifa dilekçesine göre sözleşmeli olarak çalıştığı davalı yanında artık çalışmak istemediğini bildirdiği ancak evlilikten bahsetmediği halde dava dilekçesinde iş sözleşmesini evlenme gerekçesi ile feshettiği, iş sözleşmesinin kanunda öngörülen 1 yıllık süre içerisinde feshedildiği anlaşıldığından davacı işçinin kıdem tazminatı talebinin kabulüne karar verilmesine hükmedilmiştir” (Y.9.HD., 20.05.2014, E. 2012/10999, K. 2014/16076), <https://legalbank.net/> ET:12.06.2019). Karşı görüşte, OCAK, Saim: “İş Sözleşmesinin İşçi Tarafından Evlilik, Askerlik Ve Sosyal Güvenlik Hakları Nedeniyle Feshinde İhbar Tazminatı”, Prof.Dr. Polat Soyser’e Armağan DEÜHFCD, C.15, Özel Sayı 2014, s.608.

¹⁰⁵ YHGK., 24.1.2018, E.2015/7-3743, K.2018/81; YHGK., 12.10.2016, E.2014/9-1136, K.2016/968; Y.22.HD., 08.10.2015, E.2015/23042, K.2015/27860; Y.9.HD., 22.09.2014, E.2012/26431, K.2014/27565; Y.7.HD., 12.06.2014, E.2014/5320, K.2014/13328; <http://www.kazanci.com> ET:10.07.2019.

¹⁰⁶ SÜZEK, s.737.

oluşturur. Bu şekilde Kanun'un 14. maddesindeki evlenmeye ilişkin hükümlerden yararlanılmak istenilmesi, hakkın kötüye kullanılması ve kanuna karşı hile olarak kabul edilir¹⁰⁷. O nedenle hakkın açıkça kötüye kullanılması söz konusu olduğu için kadın işçi hukuk düzeni tarafından korunmaz (TMK.md.2/2). Nitekim Yargıtay da bu davranışın TMK'nun 2. maddesindeki dürüstlük kuralıyla bağdaşmayacağı kanaatinde¹⁰⁸.

Şu halde, iş sözleşmesini muvazaalı işlemler sonrasında fesheden kadın işçinin fesih iradesi (istifa olarak) geçerli olarak kabul edilir. Bu nedenle işçi kıdem tazminatından yararlanmadığı gibi kıdem tazminatı ödenmiş ise işverence geri istenebilir¹⁰⁹. Bununla birlikte evlilik nedeniyle iş sözleşmesini feshedip kıdem tazminatı alarak işten ayrılan kadın işçinin daha sonra yeniden çalışmaya başlaması hakkın kötüye kullanılması olarak değerlendirilemez¹¹⁰, kendisine ödenen kıdem tazminatı geri alınamaz¹¹¹.

bb) Muvazzaf Askerlik Nedeniyle Fesih

1475 sayılı Kanununun 14. maddesinin 1. fıkrasının 3. bendine göre işçinin muvazzaf askerlik hizmeti nedeniyle iş sözleşmesini feshi halinde kıdem tazminatı hakkı doğar. Muvazzaf askerlik ödevi dışında manevra veya herhangi bir nedenle silahaltına alınması md.14'de sayılmadığından bu gibi hallerde işçi kıdem tazminatı talep edemez. Nitekim bu gibi hallerde işçinin iş sözleşmesi en az iki ay en çok doksan gün as-kıdadır (İş K.md.31). İşçi bu süre içinde iş sözleşmesini haklı neden dışında başka bir nedenle bildirimli olarak feshetmiş olması halinde bildirim süreleri, ancak askı süresinin bitiminden sonra işlemeye başlar.

¹⁰⁷ ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT, s.638; SÜZEK, s.737; EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s.266.

¹⁰⁸ Y.9.HD., 01.03.2010, E.2010/4176, K.2010/5420, <http://www.kazanci.com> ET:10.07.2019. SÜZEK, s.738. Yazar, uygulamada somut olayın özelliğinin de dikkate alınması gerektiğini, çünkü gerçekten bir çiftin kanuna karşı hile amacını taşımaksızın boşanmaları ve daha sonra görüş değiştirerek tekrar evlenebilecekleri mümkün olduğunu belirtmiştir.

¹⁰⁹ SÜZEK, s.737.

¹¹⁰ "Kadın işçinin, iş sözleşmesini evlilik sebebine dayalı olarak feshine rağmen başka bir işte çalışmaya başlamasının kanuni hakkın kötüye kullanımı olup olmadığı her bir somut olay yönünden ayrı ayrı değerlendirilmelidir. Evliliğin kadına yüklediği toplumsal sorumluluğun bir gereği olarak kanunda belirtilen fesih hakkı tanınmıştır. Çalışma hayatının evlilikle birlikte gereği gibi yürütülemeyeceği düşüncesi, aile birliğinin korunması ve kadının aile ile ilgili görevleri, kanun koyucuyu bu doğrultuda bir düzenlemeye yöneltmiştir. Bununla birlikte Anayasal temeli olan çalışma hak ve hürriyetinin ortadan kaldırılması düşünülemez. Kadın işçinin evlilik sebebine bağlı feshinin ardından kısa bir süre sonra yeniden çalışmasının gerekleri ortaya çıkmış olabilir. Hatta kadın işçi evlilik sebebine dayalı feshin ardından ara vermeksizin başka bir işyerinde çalışmaya başlayabilir ve bu durum evliliğin kadına yüklediği görevlerin yerine getirilmesi noktasında daha olumlu sonuçlar doğurabilir" (Y.22.HD., 08.10.2015, E.2015/23042, K.2015/27860; Y.9.HD., 20.05.2014, E.2012/10999, K.2014/16076, <http://www.kazanci.com> ET:10.07.2019).

¹¹¹ Y.9.HD., 10.05.2012, E.2010/10705, K.2012/16586; <http://www.kazanci.com> ET:10.07.2019; OCAK, Uğur, s.158-159; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.315.

Askerlik nedeniyle işten ayrılan işçi o işyerinde asgari bir yıl çalışma koşuluyla kıdem tazminatına hak kazanabilir. İşçinin muvazzaf askerlik nedeniyle iş sözleşmesini feshederken bildirim önelinde bulunmasına gerek olmasa da işten ayrılırken askere sevk edildiğine ilişkin belgeyi ibraz etmesi isabetli olur.

İşçinin gerçekten askerlik nedenine dayanmayan feshi, işçiye kıdem tazminatına hak kazandırmaz. İşten ayrıldıktan hemen sonra başka bir işyerinde çalışmaya başlayan işçinin muvazzaf askerlik nedeniyle ayrıldığı düşünülemez. İşçinin muvazzaf askerlik celp döneminden makul bir süre önce ayrılması gerekir¹¹². Somut olayda görüldüğü üzere işçi, askerlik nedeniyle ayrıldığını iddia etmekte, işveren ise ayrılış nedeninin askerlik olmadığını savunmaktadır. Ancak işçi, ilk dönem çalışması sonunda verdiği istifa dilekçesinde “Mağazanızda çalışmakta olduğum satış danışmanlığı görevinden istifa etmek istiyorum, kabulünü arz ederim” diyerek iş sözleşmesini feshetmiştir. Yargıtay işçinin istifa dilekçesinde askerlikten bahsedilmediğinden ve istifa dilekçesi ile askerlik arasındaki 10 aylık zaman farkını da dikkate alarak, ilk dönem so-
nundaki işçi feshinin askerlik nedeni ile olduğunun kabul edilemeyeceğine karar vermiştir¹¹³. Başka bir kararında ise, iş sözleşmesini muvazzaf askerlik nedeniyle feshederek 2 ay sonra askere gidilmiş olmasında 2 aylık sürenin makul süre olduğunu işçinin 1475 Sayılı İş Kanunu'nun yürürlükte bulunan 14/3. maddesi gereğince kıdem tazminatı talep etme hakkı bulunduğu hükmetmiştir¹¹⁴. O halde işçinin elinde olmayan nedenlerden dolayı, örneğin celp döneminin ertelenmesi veya askere alımda karşılaşılan sorunlar nedeniyle askere gitmesi gecikmiş olabileceğinden fesih tarihi ile askere

¹¹² “Somut uyuşmazlıkta; davacının ilk dönem çalışması 15/04/1998-31/08/1998 tarihleri arasında olup, davacı ilk dönem çalışmasının askerlik nedeniyle sona erdiğini ve askere gideceğinden bahisle 31/08/1998 tarihinde işinden ayrıldığını iddia etmiştir. Ancak dosyada mübrez terhis belgesine göre, davacı 31/08/1998 tarihinden yaklaşık 1 yıl 9 ay sonra 21/05/2000 tarihinde askere gitmiş ve askerlik dönüsünde de yaklaşık 6 ay sonra işe başlamıştır. Bu tarihler gözetildiğinde, ilk dönem çalışmanın kıdem tazminatına hak kazandıracak şekilde davacı tarafından askerlik nedeniyle feshedildiği kabul edilemez. Bu itibarla davacının kıdem tazminatına esas hizmet süresi hesaplanırken, ilk dönem çalışmasının dışlanması gerektiğinin düşünülmemesi hatalıdır” (Y.9.HD., 13.09.2018, E.2015/21153, K.2018/15767); Y.9.HD., 24.06.2008, E.2007/22459, K.2008/17534, www.lexpera.com.tr ET:14.07.2019.

¹¹³ Y.9.HD., 04.07.2019, E.2016/5702, K.2019/15058, <http://www.kazanci.com> ET:10.07.2019; “Dosyadaki bilgi ve belgelere göre davacı 01/06/2011 tarihli dilekçesi ile askerlik nedeni ile 30/06/2011 de görevi bırakacağını belirtmiş ve 30/06/2011 den sonra işyerine gitmemiştir. Her ne kadar 30/11/2011 de askere sevk edilmiş ise de fesih tarihi ile askere sevk tarihi arasında geçen süre makul sayılamayacak kadar uzun olduğu gibi, davalı davacının bu dönemde yeni işte çalıştığına dair bir kısım deliller sunmuştur. Bu durum karşısında davacının iş sözleşmesini askerlik nedeni ile feshetmediği, kıdem tazminatı koşulları gerçekleşmediği anlaşıldığından kıdem tazminatı talebinin reddi gerekirken yazılı gerekçe ile kabulü hatalı olup bozmayı gerektirmiştir” (Y.9.HD., 09.03.2015, E.2013/14764, K.2015/9463, www.lexpera.com.tr ET:14.07.2019).

¹¹⁴ Y.22.HD., 05.11.2018, E.2017/16386, K.2018/23401, <http://www.kazanci.com> ET:10.07.2019.

gitme tarihi arasındaki makul sürenin her somut olayın kendi özelliği içinde değerlendirilmesi daha uygun olacaktır¹¹⁵.

Kanun'un 14. maddesi işçinin muvazzaf askerlik hizmeti nedeniyle iş sözleşmesini feshi halinde kıdem tazminatı talep hakkı vermektedir. Bedelli veya dövizli askerlik hizmeti konusunda böyle bir imkân sunduğunu söylemek güçtür. Nitekim yeni yürürlüğe giren 7179 sayılı Askerlik Kanunu'nda¹¹⁶ muvazzaf askerlik ile diğer askerlik hizmetleri ayrı ayrı tanımlanmıştır. Muvazzaf askerler askerlik hizmetini yerine getirmek üzere er ise altı ay, yedek subay ise oniki ay süresince silahaltına alınmaktadır (md.5). Buna karşın bedelli askerlik için başvurular bedel tutarını silahaltına alınmadan önce Bakanlıkça belirlenecek sürede peşin ödemeleri ve bir aylık temel askerlik eğitimi tamamlamaları hâlinde askerlik hizmetini yerine getirmiş sayılırlar. Dövizli askerlikte ise Kanunun 39. maddesi kapsamında olan yurtdışında en az üç yıl çalışanlar ödenmesi gereken dövizli başvuru tarihinde peşin ödemeleri hâlinde askerlik hizmetini yerine getirmiş sayılırlar.

Bir Yargıtay kararında¹¹⁷ bedelli askerlik yapmak üzere iş sözleşmesini fesheden işçinin kıdem tazminatına hak kazandığına hükmedildiği yazılan karşı oy yazısından anlaşılmaktadır. Kanaatimizce bedelli ve dövizle yapılan askerlik hizmetleri iş sözleşmesinin feshi için ne haklı neden olabilir ne de kıdem tazminatına hak kazandıran muvazzaf askerlik kapsamında değerlendirilebilir. Muvazzaf askerlik ödevi dışında manevra veya herhangi bir nedenle silahaltına alınma 1475 s. K.md.14'de sayılmadığına göre bu gibi hallerde iş sözleşmesini fesheden işçinin kıdem tazminatı talep edemeyeceği düşüncesindeyiz¹¹⁸.

Hatırlanacağı üzere, 7179 sayılı Askerlik Kanunu'ndan önceki 1111 sayılı Askerlik Kanunu'nda değişiklik yapan 7146 sayılı Kanun'un 2. maddesi ile Askerlik Kanununa eklenen Geçici 55. maddenin 4. fıkrasına göre, bu madde hükümlerinden yararlananlar temel askerlik eğitimi süresince çalıştıkları iş yeri, kurum ve kuruluşlar tarafından aylıksız veya ücretsiz izinli sayılmışlardır. İş sözleşmesi askıda kabul edildiği için bu dönemde bedelli askerlik yapan işçilerin bu nedenle iş sözleşmesi feshederek

¹¹⁵ Bkz. **AKYİĞİT**, Kıdem Tazminatı, s.178-186; **SÜZEK**, s.734.

¹¹⁶ RG, T.26.06.2019, S.30813.

¹¹⁷ Y.9.HD., 05.11.2015, E.2014/15064, K.2015/31360, <http://www.kazanci.com> ET:10.07.2019.

¹¹⁸ **ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT**, s.632; **AKYİĞİT**, Ercan: "Bedelli Askerlik ve Kıdem Tazminatı Problemi", Terazi Hukuk Dergisi, C.7, S.67, Mart 2012, s.71-74. Yazara göre, askerliğin yedek subay yahut uzun/kısa dönem er olarak yapılmasıyla bedelli şekilde yapılması arasında ilke olarak fark yoktur. Yeter ki işçi silahaltına alınsın ve bu nedenle iş ilişkisinde bir süre kesinti yaşan-sın. Yoksa silahaltına alınmadan bedeli ödenerek askerlik yapılmış sayılıyorsa, bu durumda iş ilişkisinde bir kesinti yaşanmayacağından işçinin anılan nedenle sözleşmeyi feshederek kıdem tazminatı talep etme hakkı bulunmamaktadır.

kıdem tazminatı hakkı da doğmamıştır¹¹⁹. Kaldı ki yeni yürürlüğe giren 7179 sayılı Askeralma Kanununda böyle bir hükme yer verilmemiştir.

cc) Yaşlılık Aylığı Nedeniyle (Emeklilik veya Toptan Ödeme Almak Amacıyla) Fesih

4857 sayılı İş Kanunu'nun 120. maddesi yollamasıyla halen yürürlükte olan 1475 sayılı Kanun'un 14. maddesinin 1. fıkrasının 4. bendine göre bağlı buldukları kanunla veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle kurulu kurum veya sandıklardan yaşlılık, emeklilik veya malullük aylığı yahut toptan ödeme almak amacıyla iş sözleşmesini fesheden işçi kıdem tazminatına hak kazanır. İşçinin bu hükmünden yararlanabilmesi için aylık veya toptan ödemeye hak kazanmış bulunduğunu ve kendisine aylık bağlanması veya toptan ödeme yapılması için yaşlılık sigortası bakımından bağlı bulunduğu kuruma veya sandığa başvurmuş olduğunu belgelemesi şarttır (md.14/3).

Şu halde anılan hüküm uyarınca, fesih bildiriminde bulunulabilmesi için işçi bağlı bulunduğu kurum veya sandıktan yaşlılık, emeklilik, malullük ya da toptan ödemeye hak kazanmış olmalıdır. Bundan başka işçinin bağlı bulunduğu kurum ya da sandığa bahsi geçen işlemler için başvurması ve bu yöndeki yazıyı işverene bildirmesi gerekir. Bununla birlikte kıdem tazminatı hakkının doğması için fesih tarihinde yaşlılık aylığına hak kazanma koşullarının gerçekleşmiş olması yeterlidir. Kanun'da öngörülen belgeleme şartına uyulmamış olması kıdem tazminatı hakkına engel değildir. Belgeleme şartına uyulmaması hali sadece kıdem tazminatının gecikme faizinin fesih tarihinden değil, dava tarihinden başlatılması sonucu doğurur¹²⁰.

İşçi, emeklilik koşullarını işyerinde çalıştığı, iş sözleşmesinin devam ettiği sırada sağlamış ve işyerinden ayrılma nedeni de yaşlılık, emeklilik, malullük ya da toptan ödeme olmalıdır. Bu koşulların daha sonra sağlanmış olması, işçiye kıdem tazminatı hakkı vermez¹²¹.

Keza Yargıtay'ın bir kararında belirtildiği üzere, işçinin emeklilik işlemine rağmen hiç ara vermeksizin işyerinde çalışmaya devam etmesi ve dava tarihi itibarıyla da sözleşmenin sona ermemiş olması halinde, ortada feshe yönelik herhangi bir irade açıklaması bulunduğundan söz edilemez. Zira bu halde, yaşlılık aylığı almak üzere tahsis talebinde bulunmak yahut yine bu amaçla işten ayrılma bildirgesi düzenlenmesi feshe yönelik işlemler olarak değerlendirilemez. Yargıtay uygulamasına göre davacının aylık veya toptan ödemeye hak kazanmış bulunduğu ve kendisine aylık bağlanması

¹¹⁹ MANAV ÖZDEMİR Eda/GÖKTAŞ Seracettin, "Bedelli Askerliğin İş Sözleşmesine Etkisi", Sicil İş Hukuku Dergisi, Y.2018, S.40, s.60-61.

¹²⁰ Y.9.HD., 20.6.2019, E.2017/22524, K.2019/11481; Y.22.HD., 23.5.2019, E.2016/14417, K.2019/13505; <http://www.kazanci.com> ET:10.07.2019; SÜZEK, s.735.

¹²¹ ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT, s.633; OCAK, Uğur, s.108.

veya toptan ödeme yapılması için yaşlılık sigortası bakımından bağlı bulunduğu kuruma veya sandığa başvurmuş olduğunun belgelemesi şartı, kıdem tazminatına uygulanacak faizin başlangıcı yönünden önem taşır. Diğer taraftan, iş sözleşmesinin emekliliğe rağmen kesintisiz biçimde devam etmesi mümkündür¹²².

4447 sayılı Kanun'un 45. maddesi ekli 1475 sayılı Kanun'un 14. maddesinin 1. fıkrasının 5. bendine göre 506 sayılı Kanun'un 60. maddesinin 1. fıkrasının (A) bendinin (a) ve (b) alt bentlerinde öngörülen yaşlar dışında kalan diğer şartları veya aynı Kanunun Geçici 81. maddesine göre yaşlılık aylığı bağlanması için öngörülen sigortalılık süresini ve prim ödeme gün sayısını tamamlayarak kendi isteğiyle işten ayrılması nedeniyle iş sözleşmesi feshedilen işçi, kıdem tazminatına hak kazanır. Şu halde fesih tarihi itibarıyla işçinin yaşlılık aylığı bağlanması için en az 15 yıl sigortalılık süresi ve 3600 gün prim ödeme koşulunu yerine getirmesi halinde kıdem tazminatı talep edilecektir. İşçi iş sözleşmesini feshederken bu hükümden yararlanmak istediğini ve kıdem tazminatını talep ettiğini açıkça beyan etmesi gerekir¹²³. Başka bir gerekçe ile iş sözleşmesini fesheden işçinin daha sonra Sosyal Güvenlik Kurumu'ndan aldığı bir belge ile işverenden kıdem tazminatı talep etmesi kabul edilemez. Bir diğer ifade ile işçi fesih sırasında açıkça fesih sebebini açıklamalı ve yaş dışında diğer koşullara sahip olduğunu belgelemelidir¹²⁴.

Şu halde, emekliliğe hak kazanabilmek için prim ödeme ve sigortalılık süresi şartını sağladığı halde emeklilik yaşını doldurmamayan işçi, emekli olmasa da kıdem tazminatı hakkı kazanır. Kural olarak iş sözleşmesini bu şekilde fesheden işçinin fesihden önce iş görüşmesi yapması ya da fesihden sonra tekrar çalışmaya başlaması kötü niyetli davranış olarak görülemez¹²⁵. İşçinin iş sözleşmesini bu nedenle feshettikten sonra başka bir işte çalışması, kıdem tazminatı hakkını ortadan kaldırmaz¹²⁶. Yalnız, Yargıtay işçinin fesihden önce başka bir işveren ile iş sözleşmesi imzalamasının sadakat borcuna aykırı olduğunu, sadakat borcuna aykırı davranan işçinin yaş hariç emeklilik

¹²² Y.22.HD., 14.05.2019, E.2017/22035, K.2019/10601, <http://www.kazanci.com> ET:10.07.2019.

¹²³ Y.9.HD., 06.07.2009, E.2008/43308, K.2009/19407, www.lexpara.com.

¹²⁴ SÜMER, s.359.

¹²⁵ Y.9.HD., 10.10.2018, E. 2015/22245, K.2018/17900, Y.9.HD., 07.12.2015, E.2014/23545, K.2015/34477 <http://www.kazanci.com> ET:10.07.2019.

¹²⁶ ÖZKARACA, Ercüment: "Sigortalılık Süresi ve Prim Ödeme Gün Sayısını Tamamlama Suretiyle Kıdem Tazminatı Hakkı ve Bu Sebep ile Yapılan Feshin Sözleşmesel Kayıtlara Etkisi", Çalışma ve Toplum, 2013/36, s.149-186; KESER, Hakan: "İş Sözleşmesinin Emekliliğe Hak Kazanma Sebebiyle Feshinde İşçinin Kıdem Tazminatı Hakkı", Sicil İş Hukuku Dergisi, 2011/21, s.59; SÜMER, İş Hukuku Uygulamaları, s.361.

hakkına dayanmasının hukuk tarafından korunmayacağına hükmetmiştir¹²⁷. Öte yandan, emekli olduktan sonra yeniden çalışmaya başlayan ve sosyal güvenlik destek primi ödeyerek yaşlılık aylığı alan kişinin daha sonra yaşlılık aylığına hak kazandığı gerekçesiyle yeniden iş sözleşmesini feshi halinde kıdem tazminatına hak kazanmadığına karar vermiştir¹²⁸.

dd) Sendika Yöneticiliği Nedeniyle Fesih

6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun 23. maddesinde işçi kuruluşu yöneticiliği için öngörülen güvencelerin başında şüphesiz kıdem tazminatı gelmektedir. Kanuna göre işçi kuruluşunda (sendika ve konfederasyonda) yönetici¹²⁹ olduğu için çalıştığı işyerinden ayrılan işçinin iş sözleşmesi derhal sona ermez. Bu dönemde iş sözleşmesi yasal olarak askıdadır¹³⁰. İş sözleşmesinin askıya alınmasını istemeyen yönetici (işçi) dilerse işten ayrılacağı zaman iş sözleşmesi belirsiz süreli ise bildirim süresine uymaksızın, belirli süreli ise sözleşme süresinin bitimini beklemeksizin derhal feshedebilir¹³¹. Her iki fesih halinde de yönetici haklı bir neden olmadığı halde doğrudan yasa gereği kıdem tazminatına hak kazanır. İşçinin iş sözleşmesini bu nedenle feshedeceği zaman haklı nedenini belirtmek ve yazılı olarak işverene bildirme yükümlülüğü bulunmamaktadır. Her ne kadar Kanun'da açıkça belirtilmemiş ise de kıdem tazminatının genel koşulu olan asgari bir yıllık kıdem şartı, bu durumda da aranır¹³². Yönetim kurulu üyesi seçilerek işyerinden ayrılan ve iş sözleşmesini fesheden yöneticiye kıdemi dikkate alınarak fesih tarihindeki son giydirilmiş brüt ücreti üzerinden kıdem tazminatı ödenir¹³³. Bununla birlikte yönetici işten ayrıldığı tarihte iş sözleşmesini feshetmezse, yöneticilik süresi içerisinde de istediği zaman iş sözleşmesini

¹²⁷ Y.9.HD., 14.3.2019, E.2014/29372, K.2016/1944; Y.9.HD., 26.01.2016, E.2014/29372, K.2016/1944; Y.9.HD., 25.01.2016, E.2016/322, K.2019/5731; Y.9.HD., 26.01.2016, E.2014/31301, K.2016/1920, <http://www.kazanci.com> ET:10.07.2019.

¹²⁸ SÜMER, İş Hukuku Uygulamaları, s.360 ve dn.65.

¹²⁹ Yönetici, kuruluşun ve şubesinin yönetim kurulu üyelerini ifade eder (STİSK.md.2/1-i).

¹³⁰ 2821 sayılı Sendikalar Kanununun 29. maddesinin yürürlükte olduğu dönemde sendika yöneticiliğine seçilen işçinin işyerinden ayrılması iş sözleşmesinin işçi tarafından feshedilmek (istifa) suretiyle gerçekleştiği için işçinin kıdem tazminatı alıp alamayacağı o dönemde tartışma konusuydu. 6356 sayılı Kanun'un 23. maddesinde işçi kuruluşunda yönetici olduğu için çalıştığı işyerinden ayrılan işçinin iş sözleşmesinin askıda olduğunu kabul edildiğinden yöneticiliğe seçilen işçinin iş sözleşmesini feshederek işyerinden ayrılması zorunluluğu ortadan kalkmış ve yöneticiliğe seçilen kişilerin Kanun hükmünün uygulanmasının kıdem tazminatı açısından yarattığı sorun çözülmüştür (ŞAHLANAN, Fevzi: "Sendika Yöneticilerinin Güvencesi", Prof.Dr. Polat Soyler'e Armağan DEÜHFD, C.15, Özel Sayı 2014, s.333-334).

¹³¹ AKYİĞİT, Ercan: Toplu İş Hukuku El Kitabı, Ankara 2015, s.438, 463; TUNCAY A. Can/SAVAŞ KUTSAL, F. Burcu: Toplu İş Hukuku, İstanbul 2017, s.84.

¹³² TUNCAY/SAVAŞ KUTSAL, s.84.

¹³³ ŞAHLANAN, s.334-335.

feshetme hakkına sahiptir. Bu durumda kıdem tazminatı fesih tarihindeki emsal ücret üzerinden hesaplanır (STİSK.md.23/1). Emsal ücret, yöneticinin yönetici seçildiği tarihteki görevi ve kıdemi dikkate alınarak aynı konumdaki bir başka işçinin, yöneticinin iş sözleşmesini feshettiği tarihte aldığı ücret ve ekleridir¹³⁴.

İş sözleşmesi askıya alınan yönetici; sendikanın tüzel kişiliğinin sona ermesi, seçime girmemek, yeniden seçilmemek veya kendi isteği ile çekilmek suretiyle görevinin sona ermesi hâlinde, sona erme tarihinden itibaren bir ay içinde ayrıldığı işyerinde işe başlatılmak üzere işverene başvurabilir. Bu sayılan nedenler dışında örneğin yöneticilik için aranan yasal koşulları taşınamaması nedeniyle yöneticilik görevinin mahkeme kararıyla sona ermesi (STİSK.md.9/3) veya yönetici seçilebilmeye engel suçlardan biriyle mahkûm olması nedeniyle (STİSK.md.9/5) ya da milletvekili veya belediye başkanı seçilme sonucu (STİSK.md.9/6) yöneticiliğinin kendiliğinden sona ermesi gibi nedenlerle görevi sona eren sendika yöneticisine başvurması hâlinde işveren tarafından kıdem tazminatı ödenir¹³⁵. Bu gibi hallerde yöneticiliği sona eren işçinin işverene başvurusu, iş sözleşmelerinin kendileri tarafından feshi sonucu doğurmakta ise de Kanun bu gibi kişilere kıdem tazminatı ödenmesini öngörmüştür¹³⁶. Ödenecek tazminatın hesabında, sadece işyerinde çalışılmış olan süreler dikkate alınır, yöneticilik süresi dâhil değildir. Ayrıca fesih anında emsalleri için geçerli olan ücret ve diğer hakları esas alınır. İşçinin iş kanunlarından doğan hakları saklıdır (STİSK.md.23/3).

Kanunda sayılan nedenler dışında yöneticilik görevi sona eren sendika yöneticisi 5 yıl içinde kıdem tazminatı ödenmek üzere işverene başvurmalıdır. Aksi halde kıdem tazminatı talep hakkı zamanaşımına uğrar (İş K. Ek md.3).

5. İhbar Tazminatı Bakımından

Tarafardan her biri, belirsiz süreli iş sözleşmesini bildirim sürelerine uyarak feshetme hakkına sahiptir (TBK.md.431, İş K.md.17). İhbar tazminatı, iş sözleşmesini fesheden tarafın karşı tarafa ödemesi gereken bir tazminat olması nedeniyle, haklı nedenle de olsa iş sözleşmesini fesheden işçi, ihbar tazminatı talebinde bulunamaz¹³⁷. Emeklilik, muvazzaf askerlik, evlilik gibi nedenlerle 1475 sayılı Kanun'un 14. madde-

¹³⁴ TUNCAIY/SAVAŞ KUTSAL, s.85; ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT, s.790-795; ŞAHLANAN, s.334-335.

¹³⁵ BAŞBUĞ, Aydın: Toplu İş İlişkileri ve Hukuk, Ankara 2012, s.18.

¹³⁶ ŞAHLANAN, s.336.

¹³⁷ SÜZEK, s.520.

sine göre iş sözleşmesini fesheden işçinin ihbar tazminatı talep hakkı bulunmamaktadır. Bilakis, anılan hallerde işçi bildirim sürelerine uymadan iş sözleşmesini feshetmesi halinde işverenin işçiden ihbar tazminatı talep hakkı doğar¹³⁸.

4857 sayılı İş Kanunu uyarınca, haklı bir neden olmaksızın ve usulüne uygun bildirimde bulunmaksızın belirsiz süreli iş sözleşmesini fesheden işçi, ihbar sürelerine ilişkin ücret tutarında işverene ihbar tazminatı ödemekle yükümlüdür (İş K.md.17/4)¹³⁹. Keza, haklı fesih nedeni bulunduğu halde bu hakkını İş K.md.26'da öngörülen altı iş günü içinde kullanmayan ve süre geçtikten sonra sözleşmeyi bu sebeple fesheden işçinin de ihbar tazminatı ödeme yükümlülüğü doğar.

Yargıtay'a göre, işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesi ile işyerinde çalışırken sözleşmeyi feshederek işten ayrılması halinde, istifa dilekçesinin işveren tarafından uygun görülmesi, işçiyi işverene ihbar öneli tanıma yükümlülüğünden kurtarmaz. İşveren/işveren vekilinin istifa dilekçesine "uygundur" şerhini düşmesi feshin anlaşma ile sona erdirildiğini göstermez¹⁴⁰. İşçi bu halde de ihbar tazminatı ödemek durumunda

¹³⁸ Y.9.HD., 07.01.2019, E.2015/27966, K.2019/74; Y.9.HD., 29.04.2015, E.2014/15442, K.2015/15640, www.lexpera.com.tr (ET:10.07.2019). İş K.md.24 hükmü kapsamında kalan askerlik, emeklilik ve evlilik nedenlerinden biriyle iş sözleşmesinin işçi tarafından feshi halinde yapılan feshin (türü) bildirimli mi yoksa bildirimsiz mi olduğu konusu öğretide tartışmalıdır. Öğreti görüşleri ve Yargıtay uygulamasına ilişkin bilgi için bkz., **SÜMER**, İş Hukuku Uygulamaları, s.186-187. Kanaatimizce, işçi iş sözleşmesini haklı nedenle feshederken bunun için bir bildirimde bulunmasına gerek yoktur. Ancak İş K.md.24 dışındaki diğer fesih hallerinde işçinin işverene bildirim süresi tanınması gerekir. Kanunda işçinin bu hallerde iş sözleşmesini bildirimsiz olarak feshedebileceğine ilişkin açık bir hüküm bulunmamakla birlikte bu haller sözleşmeyi derhal feshini gerektirecek nitelikte nedenler değildir. O nedenle evlilik nedeniyle, muvazzaf askerlik veyahut yaşlılık, emeklilik ve malullük aylığı yahut toptan ödeme almak amacıyla da olsa işçi fesih öncesinde bildirimde bulunmalıdır. Aksi halde işçi bildirim sürelerine uymadan sözleşmeyi feshetmesi halinde işverene ihbar tazminatı ödemekle yükümlü olur. Buna karşın sendika yöneticisi seçilen işçi iş sözleşmesini feshetmeyi tercih ederse, yasal ihbar sürelerine uymak zorunda değildir. Belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışıyor olsa da sözleşme süresinin bitimini beklemeksizin sözleşmeyi feshedebilir (STİS.md.23). Zira bu hususta 6356 sayılı Kanun'da açık hüküm bulunmaktadır. Bilgi için bkz. **SÜZEK**, s.741-743; **ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT**, s.640; **ŞAHLANAN**, s.334; **EKONOMİ**, Münir: "Fesih ve Türleri" Kamu-İş Ocak 1990, s.3 vd.; **OCAK**, Saim; "İş Sözleşmesinin İş Tarafından Evlilik, Askerlik ve Sosyal Güvenlik Hakları Nedeniyle Feshinde İhbar Tazminatı", Prof.Dr. Polat Soyer'e Armağan DEÜHFD, C.15, Özel Sayı, s.597-598; **MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL**, s.311-312; **EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN**, s.266-267; **AKYİĞİT**, Kıdem Tazminatı, s.178 vd.; **NARMANLIOĞLU**, Ünal, "İşçinin Kıdem Tazminatına Hak Kazanabilmesi İçin Belirli Sebeplere (Muvazzaf Askerlik – Aylık Ya Da Toptan Ödeme Almak – Kadın İşçi İçin Evlenmek Sebeplerinden Biriyle) Dayalı Olarak Yapacağı Feshin Özellikleri", Prof.Dr. Metin Kutal'a Armağan, Ankara 1998, s.147-166.

¹³⁹ Y.9.HD., 01.03.2018, E. 2018/1780, K. 2018/4730, <http://www.kazanci.com> ET:10.07.2019; Y.9.HD. 12.03.2018, E. 2015/11505, K. 2018/4979, Çalışma ve Toplum, 2018/3, s.1569-1571; **EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN**, s.192-193; **SÜZEK**, s.550.

¹⁴⁰ Y.9.HD., 16.01.2001, E.2000/15535, K.2001/255, <http://www.kazanci.com> ET:10.07.2019.

kalır¹⁴¹. Ancak Yargıtay bir başka kararında işçinin, işverene istifa dilekçesi sunduğu ve bu dilekçenin işveren/işveren vekili tarafından tarih belirtilmek suretiyle uygun bulunması, işçiyi ihbar süresi tanıma yükümlülüğünden kurtaracağı görüşüne yer vermiştir¹⁴².

Yargıtay kararına konu başka somut bir olayda davalı işçi, iş sözleşmesini feshettiğini yazılı olarak bildirmiş, aynı gün istifası kabul edilmiştir. Dilekçesinde herhangi bir haklı nedene dayanmamış olan işçi, bilahare yargılama aşamasında haklı fesih olgusunu savunmuştur. Yargıtay tarafların fesih nedeni ile bağlı olduğunu davalı işçinin istifa dilekçesinde ihbar önelleri sonuna kadar çalışacağını bildirmesine rağmen işverence istifa dilekçesinin hemen işleme konulup, ihbar önelleri içinde çalışması istenilmediğinden işverence ihbar tazminatı talep hakkı doğduğu görüşündedir¹⁴³. Karar bir an tereddüde yol açabilir niteliktedir. Aslında istifa yerine fesih kavramına yer verilmiş olsaydı, ifade daha net anlaşılabilirdi. Şöyle ki, işçi iş sözleşmesini bildirimsiz feshetmiş ise zaten ihbar önellerine uymadığından aleyhine ihbar tazminatına hükmedilir. Bildirimli feshetmiş ise işçi bildirim süresi sonuna kadar çalışmasına devam edecektir. İşçinin işveren gibi bildirim önellerine ait ücreti peşin ödemek suretiyle iş sözleşmesini sona erdirmesi yasal olarak mümkün değildir. İşçi bildirim süresi içinde çalışmaya devam etmek istediği halde işveren işçiyi çalıştırmak istemiyorsa, işçinin ihbar tazminatı ödemekle yükümlü kılma hakkı haksızdır. Zira ihbar tazminatı usulsüz feshin yaptırımıdır.

6. Diğer Tazminatlar Bakımından

İş K.md.24/II'de belirtilen ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan hallere dayanarak iş sözleşmesini altı iş günü içinde fesheden işçi, yapılan fesihden dolayı zarara uğradığını iddia ediyorsa işverenden genel hükümlere göre tazminat talebinde bulunabilir (İş md.26/2). Ayrıca belirtmek gerekir ki işçi iş sözleşmesini haklı nedenle feshetmişse, haklı fesih nedenleri, işverenin sözleşmeye uymamasından doğmuşsa bu durumda işveren, sebep olduğu zararı, iş ilişkisine dayanan bütün haklar göz önünde tutularak, tamamen gidermekle yükümlüdür (TBK.md.437).

Bununla birlikte, herkes gibi işçi de haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır. Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz (TMK.md.2). Dürüstlük kurallarına aykırı olarak fesih hakkının kullanılması işçinin genel hükümlere göre tazminat ödemesine neden olur¹⁴⁴.

¹⁴¹ Y.9.HD., 12.07.2006, E.2006/1797, K.2006/20696, <http://www.kazanci.com> ET:10.07.2019.

¹⁴² Y.22.HD., 14.01.2014, E.2013/1777, K.2014/204, <http://www.kazanci.com> ET:10.07.2019.

¹⁴³ Y.9.HD., 04.11.2010, E.2008/37853, K.2010/31569, <https://legalbank.net/> ET:12.06.2019.

¹⁴⁴ SÜZEK, Fesih, s.161; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.252.

Özellikle işçinin haklı bir neden olmadığı halde, işi bırakıp başka bir işe girmek suretiyle belirli süreli iş sözleşmesini süre bitiminden önce veya belirsiz süreli iş sözleşmesini bildirim sürelerine uymaksızın feshettiği takdirde, haksız ve usulsüz feshin hukuki sonuçlarından sorumlu olur. Bu gibi hallerde yeni işverenin de birlikte sorumluluğu söz konusudur (İş K.md.23).

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'na göre işçi, haklı sebep olmaksızın aniden işi bıraktığı takdirde işveren, aylık ücretin dörtte birine eşit bir tazminat isteme hakkına sahiptir. İşverenin, ayrıca ek zararlarının giderilmesini isteme hakkı da bulunmaktadır (TBK.md.439/1)¹⁴⁵. İşveren zarara uğramamışsa veya uğradığı zarar işçinin aylık ücretinin dörtte birinden az ise, hâkim tazminatı indirebilir (TBK.md.439/2). Tazminat isteme hakkı takas yoluyla sona ermemişse işveren, işçinin işe başlamamasından veya işi bırakmasından başlayarak otuz gün içinde, dava veya takip yoluyla bu hakkını kullanmak zorundadır. Aksi takdirde, tazminat isteme hakkı düşer (TBK.md.439/3).

Belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçinin sözleşmeyi haklı neden olmaksızın feshetmesi halinde ise işveren, genel hükümlere göre tazminat talebinde bulunabilir¹⁴⁶.

İş sözleşmesinin haklı bir neden olmaksızın işçi tarafından feshi halinde bazı koşullarda cezai şart ödeneceği sözleşme ile kararlaştırılabilir. Fesih hakkının belli bir süre için haklı neden olmaksızın kullanılmayacağı kararlaştırılması ancak iki taraflı olmak kaydıyla bir cezai şartla bağlanabilir¹⁴⁷. Yoksa iş sözleşmesine sadece işçi aleyhine konulan cezai şart geçersizdir (TBKmd.420)¹⁴⁸.

Taraflarca kararlaştırılan cezai şart ancak her iki taraf için aynı kapsam ve koşullarla belirlenmiş ya da işçinin lehine ise geçerlidir. Buna karşın eğitim giderleri karşılığı cezai şart öngörülmesini bu kapsamda değerlendirmemek gerekir¹⁴⁹. Kendisine işveren tarafından mesleki eğitim imkânı sağlanan ve karşılığında belirli bir süre çalışma zorunluluğu getirilen işçinin bu sürenin dolmasından önce sözleşmeyi haklı bir

¹⁴⁵ Öğretide bir görüşe göre TBK.md.439 hükümleri ve bu bağlamda tazminat ödeme yükümü İş Kanunu'na tabi işçiler bakımından uygulama alanı bulmaz (**MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL**, s.253).

¹⁴⁶ **MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL**, s.252.

¹⁴⁷ **SÜZEK**, s.751; **MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL**, s.253-254. Yazarlara göre, belirli veya asgari süreli iş sözleşmelerinde karşılıklı olmak kaydıyla işçi aleyhine cezai şart öngörülebilir ancak belirsiz süreli iş sözleşmelerinde kural olarak işçi aleyhine cezai şart öngörülemez. Yargıtay da sözleşmenin süresinden önce feshi koşuluna bağlı cezai şartın geçerli olabilmesi için taraflar arasındaki iş sözleşmesinin belirli süreli olmasının gerektiği görüşündedir (Y.22.HD., 19.06.2019, E.2017/23013, K.2019/13377, <http://www.kazanci.com> ET:30.06.2019).

¹⁴⁸ Y.9.HD., 30.09.2019, E.2016/6769, K.2019/16999; Y.11.HD., 22.5.2019, E.2018/2515, K.2019/4084, <http://www.kazanci.com> ET:10.10.2019.

¹⁴⁹ **ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT**, s.437-438.

neden olmaksızın sona erdirmesi ile ilgili olarak öngörülen tazminatın tek taraflı cezai şart olması gerekçesiyle geçersiz olduğu ve işçiyi bağlamayacağı kabul edilemez. İşçinin çalışma taahhüdünü iş sözleşmesini feshetmek suretiyle ihlal etmesi halinde işçinin çalışma süresi de dikkate alınarak kendisine yapılan eğitim giderleri işverence talep edilebilir¹⁵⁰. Buna karşın işçi iş sözleşmesini haklı nedenle feshedecek olursa cezai şart ödemez¹⁵¹.

SONUÇ

İşçinin bazı olgu ve gelişmelere bağlı olarak bazen işyerini terk etmesi veya bir takım şahsi nedenlerle işi bırakması ve bazen de şarta bağlı olarak kendi serbest iradesiyle iş sözleşmesini feshetmesi uygulamada sıkça karşılaşılan bir durumdur.

İstifa, daha çok kamu hukuku ilişkilerinde kullanılan ve uygulama alanı bulan bir kavramdır. İş mevzuatımızda iş sözleşmesinin istifa suretiyle sona ermesine ilişkin özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Yargıtay, işçinin haklı bir nedene dayanmadan ve bildirim öneli tanımsız iş sözleşmesini feshini istifa olarak nitelendirmektedir. Oysaki haklı bir nedene dayanmadan yapılan fesih, haksız fesih, bildirim önellerine uyulmaksızın yapılan fesih ise usulsüz fesih olarak nitelendirilir. İş sözleşmesinin işçi tarafından haksız ve usulsüz şekilde feshini istifa olarak tanımlamanın doğru bir nitelendirme olmadığı görüşündeyiz. Çünkü işçi, “ücretimin eksik ödendiği ve zamanında yatırılmadığı için istifa ediyorum” derken, aslında iş sözleşmesini haklı nedenle feshetmiş olur. Bu bakımdan istifa ile fesih benzer kavramlardır. İş sözleşmesinin ancak işçi tarafından feshi, istifa olarak nitelendirilebilir. Zira işverenin istifasından bahsedilmez. Sözleşmenin istifa ile sona ermesi denildiğinde, iş sözleşmesinin işçi tarafından feshedildiği anlaşılmaktadır. Anlaşılma kolaylığı dışında istifa ile fesih kavramları aynı anlamda kullanılmaktadır. Ancak kamu hukukunda çekilme olarak ifade edilen istifanın özel hukuktan farklı hüküm ve sonuçları bulunmaktadır. Özel hukukta istifa kavramı yerine yasal olarak fesih kavramına yer verildiğine göre, anılan anlamı dışında “istifa” yerine uygulamada da “fesih” kavramının kullanılmasının daha isabetli olacağı kanaatindeyiz.

¹⁵⁰ Bkz. SÜZEK, s.723-724; ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT, s.438-439; SÜMER, İş Hukuku Uygulamaları, s.177; ALP, Mustafa: “Eğitim Giderleri Karşılığı Cezai Şart ve İş Akdinin Feshi”, Sicil İş Hukuku Dergisi, 2010/19, s.28 vd.; KARAGÖZ Veli: İş Sözleşmesinde Cezai Şart, Ankara 2006, s.33; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.255; ÖZDEMİR, Erdem: “İş Hukukunda Eğitim Karşılığı Öngörülen Cezai Şart”, Çalışma ve Toplum, 2005/1, s.146-147; GÜNAY, Cevdet İlhan: Cezai Şart (BK.m.158-161), Ankara 2002, s.48-49; SOYER, Polat: “Hizmet Akdinin İşçi Tarafından Feshi İçin Öngörülen Cezai Şartın Geçerliliği Sorunu”, Prof.Dr. Turhan ESENER’e Armağan, Ankara 2000, s.363-380; Yarg.9.HD. 21.01.2010, E.2009/46225, K.2010/604; Çalışma ve Toplum Dergisi, S.26, s.445.

¹⁵¹ Y.9.HD., 22.04.2019, E.2016/5708, K.2019/9425, <http://www.kazanci.com> ET:10.07.2019; SÜMER, İş Hukuku Uygulamaları, s.177; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.255.

Yargıtay'a göre istifa eden işçi, iş sözleşmesini feshederken, fesih nedenlerini açıkça belirtmiş ise açtığı davada beyan ettiği nedenler ile bağlıdır. Buna karşın fesih nedenlerini açıkça belirtmemesi haklı fesih nedenlerini ortadan kaldırmaz. Söz konusu hususlar, dava dilekçesi ile de açıklanabilir. Ancak işçinin iş sözleşmesinin feshini haklı kılan bir nedeni olduğu halde bu gerekçeye dayanmadan iş sözleşmesini feshetmesi halinde daha sonra açtığı davada, istifa dilekçesinde beyan ettiği nedenlerin dışında, başka bir haklı neden ileri sürmesi kabul edilmemektedir.

İradesini sakatlayan bir neden bulunmadığı halde, işçi sosyal, ekonomik ve bazen psikolojik nedenlerden dolayı iş sözleşmesini kendi isteğiyle hiçbir hak talep etmeksizin feshedebilir. Böyle bir durumda işçinin mutlaka makul (ekonomik) yararının bulunması gerekmez. İşçi hiçbir hak talep etmeksizin fesih iradesini ortaya koyuyorsa ekonomik menfaatinin dışında başka önemli bir menfaati veya üstün bir tercihi bulunduğu düşünülebilir. Ailevi nedenler dışında, çalıştığı işten duyduğu memnuniyetsizlikten dolayı ayrılma ya da bulunduğu çevreden uzaklaşma isteği de işçinin böyle bir karar almasında etkili olabilir. Bu gibi özel durumlar dışında bir işçinin hele uzun yıllar işyerinde çalışan birinin, hiçbir hak talep etmeksizin kendi iradesiyle sözleşmesini feshetmesi hayatın olağan akışına uygun değildir.

İşçi, iş sözleşmesini yazılı, sözlü veya eylemli olarak sona erdirebilir. İşçi işi bırakmak, işyerini terk etmek ve bir daha işyerine gelmemek suretiyle fesih iradesini ortaya koymuş olur. İşçi feshi, işçinin tek başına aldığı bir karar sonucu olabileceği gibi, başka bir işveren tarafından işçinin ayarılmasından da kaynaklanabilir. İşçi bu şekilde fesih iradesini açıklarken haklı bir nedene dayanabileceği gibi hiçbir neden de göstermeyebilir. İşçinin hiçbir açıklama yapmadan işi bırakması durumunda, işçinin neden göstermeksizin işyerini terk etmeyeceği varsayımı ile feshin haklı olduğuna hükmetmek doğru değildir. O nedenle, işçinin işyerini terkini gerektiren somut olay ve işverenin söz ve davranışlarının iyi analiz edilmesi gerekir.

Fesih bildiri kural olarak şarta bağlanamaz. Buna karşın işçinin herhangi bir baskı ve irade fesadı olmaksızın iş sözleşmesini şarta bağlı olarak feshetme teklifinin işverence kabulü halinde, sözleşme anlaşma suretiyle (ikale ile) sona ermiş olur. İş sözleşmesini feshetme imkânı bulunan işçinin, ikale yoluyla sözleşmeye son verilmesini isterken, bir irade fesadı yoksa bu yönde icapta bulunmasında makul bir yarar aranmaktadır. İşveren işçinin şartlı teklifini kabul etmişse de, özellikle işçinin iş güvenliği hükümlerinden yararlanmasını engellemek amacıyla işçi aleyhindeki işveren kabulünü bozma sözleşmesi olarak değerlendirmek mümkün değildir.

Yargıtay'a göre, işçinin işe devam etmediğine ilişkin tutulan devamsızlık tutanakları işveren veya vekili tarafından tek taraflı olarak her zaman düzenlenebilir nitelikte olduğundan, işveren, işçinin işyerini terk etmesi nedeniyle iş sözleşmesinin feshedildiğini kuşkuyla yer vermeyecek şekilde geçerli delillerle ispatlamalıdır. Aksi halde

Yargıtay, uzun yıllar işyerinde çalışan bir işçinin haklı neden yok iken iş sözleşmesini feshederek feshe bağlı haklarında vazgeçmiş olmasını hayatın olağan akışına aykırı kabul etmektedir.

İşçinin fesihten önce iş görüşmelerinde bulunması ya da fesihten sonra tekrar çalışmaya başlaması kötü niyetli davranış olarak değerlendirilemez. Ancak Yargıtay'a göre, işçinin fesihten önce başka bir işverenle iş sözleşmesi imzalaması sadakat borcuna aykırılık teşkil eder. Bununla birlikte fesihten önce işçinin bir işverenle iş görüşmesi yapması, iş sözleşmesi imzalamadığı sürece sonuca etkili olmayacak, yasal hakkını ortadan kaldırmayacak ve yasal hakkın kullanılması kötüniyetli davranış sayılamayacaktır.

Bildirim süresi verilerek yapılan feshin ardından fesih beyanının tek taraflı olarak geri alınması mümkün değildir. Bu itibarla işçinin daha sonra verdiği dilekçe ile çalışmak istemesinin işverence kabul edilmemiş olması, işveren feshi olarak değerlendirilemez. Bununla birlikte bildirimli fesihte, bildirim süresinin sonuna kadar kendisine fesih bildirim yapılan işveren rıza gösterirse fesih beyanı geri alınabilir. Bu durumda, hiç fesih bildirim yapılmamış gibi iş sözleşmesi devam eder. Bildirim sürelerinin sona ermesinden sonra fesih bildirimini geri alınma imkânı yoktur. İş ilişkisine devam etmek isteyen tarafların yeni bir sözleşme yapmaları gerekir. Bildirimsiz fesih halinde ise fesih bildirim karşı tarafa ulaşmasıyla sözleşme sona ereceğinden taraflar anlaşmak suretiyle dahi fesih bildirimini geri alamaz. Bu durumda da taraflar iş ilişkisinin devamını istedikleri takdirde, eski sözleşmenin koşulları ile yeni bir sözleşme meydana getirebilirler ve eski sözleşme ile yeni sözleşme arasında hiçbir kesinti olmamış gibi, iş ilişkisinin devam ettiğini kararlaştırabilirler.

İşçi, feshi haklı kılan bir nedenle iş sözleşmesini feshetmiş ise feshe bağlı haklardan yararlanır. Sözleşmeyi kendisi feshettiği için ihbar tazminatı alamaz ise de kıdem tazminatı ve hak ettiği ücret alacaklarını talep edebilir. Buna karşın haklı bir neden olmaksızın kendi serbest iradesiyle iş sözleşmesini fesheden işçi, sözleşmeden kaynaklanan birçok haktan mahrum kalır. İşçi, iş güvencesine sahip olsa bile işe iade davası açamaz, işsizlik ödeneğinden yararlanamaz ve kural olarak kıdem tazminatı talep edemez. Ayrıca ihbar tazminatı da talep edemeyeceği gibi bilakis kendisi işverene tazminat ödemek durumunda kalabilir.

Uygulamada işçinin istifası olarak ifade edilen iş sözleşmesinin işçi tarafından feshedilmesi konusunda zengin bir içtihat oluşmuştur. Ancak yargı kararlarında somut olayın özelliğine göre farklı sonuca varıldığı için verilen kararlar her zaman emsal niteliğinde değildir.

KAYNAKLAR

- ALP, Mustafa: “Eğitim Giderleri Karşılığı Cezai Şart ve İş Akdinin Feshi”, Sicil İş Hukuku Dergisi, 2010/19.
- AKINCI, Şahin: Borçlar Hukuku Bilgisi, Konya 2011.
- AKYILMAZ, Bahtiyar/SEZGİNER, Murat/KAYA Cemil: Türk İdare Hukuku, Ankara 2017.
- AKYİĞİT, Ercan: Kidem Tazminatı, Ankara 1999.
- AKYİĞİT, Ercan: Toplu İş Hukuku El Kitabı, Ankara 2015.
- AKYİĞİT, Ercan: İş Hukuku, Ankara 2018.
- ALP, Mustafa: İş Hukukunda İkalenin (Bozma Sözleşmesi) Geçerlilik Koşulları, Legal İHSGHD. 2008/17.
- ALPAGUT, Gülsevil: “Yargıtay Kararları Işığında İş Güvencesi ve Çalışma Koşullarında Esaslı Değişiklik”, Bankacılar Dergisi, S.65, 2008.
- ASTARLI, Muhittin: İş Hukukunda İkale (Bozma Sözleşmesi), Ankara 2016.
- AYDIN, Ufuk: “İş Sözleşmesinin Anlaşma ile Sona Erdirilmesi”, Çimento İşveren, S.3, C.18. Mayıs 2004.
- BAKIRCI, Kadriye: “Anayasa Mahkemesi’nin Evlilik Sonrası İşten Ayrılan Kadın İşçilerin Kidem Tazminatı Haklarına İlişkin Kararı”, Sicil İş Hukuku Dergisi, Y.3, S.12, Aralık 2008.
- BAŞBUĞ, Aydın: Toplu İş İlişkileri ve Hukuk, Ankara 2012.
- BAYCIK, Gaye: İş Hukukunda Yenilik Doğuran Haklar, Ankara 2011.
- CENDEL, Tankut: “İhbar Öneli İçinde Haklı Nedenle İşten Çıkarma”, Tekstil İşveren, Ocak 2004.
- ÇELİK, Nuri/CANIKLIOĞLU, Nurşen/CANBOLAT, Talat: İş Hukuku Dersleri, İstanbul 2018.
- EKONOMİ, Münir: İş Hukuku, C. 1, Ferdi İş Hukuku, İstanbul 1984.
- EKONOMİ, Münir: “Fesih ve Türleri”, Kamu-İş, Ocak 1990.
- EREN Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2017.
- ESENER, Turhan: İş Hukuku, Ankara 1978.
- EYRENCİ, Öner/TAŞKENT, Savaş/ULUCAN, Devrim: Bireysel İş Hukuku, İstanbul 2019.
- GEREK, Hasan Nüvit: “İş Sözleşmesinin İkale Sözleşmesi İle Sona Ermesi”, Çalışma ve Toplum, 2011/4.
- GEREK, Nüvit: “İşveren Tarafından Gerçekleştirilen Haksız Fesih – Usulsüz Fesih – Kö-tüniyetli Fesih”, Karatahta/ İş Yazıları Dergisi, S.2, 2015.
- GÖZLER, Kemal/KAPLAN, Gürsel: İdare Hukuku Dersleri, Bursa 2018.

- GÜNAY**, Cevdet İlhan: “İkale Sözleşmesi”, Çimento İşveren, Eylül 2009.
- GÜNAY**, Cevdet İlhan: Cezai Şart (BK.m.158-161), Ankara 2002.
- KAPLAN**, Emine Tuncay: İşverenin Fesih Hakkı, Sınırları, Hüküm ve Sonuçları, Ankara 1987.
- KAR**, Bektaş: “Deneme Süreli İş Sözleşmesi”, Osman Güven Çankaya’ya Armağan, Kamu-İş, Ankara 2010.
- KARAGÖZ** Veli: İş Sözleşmesinde Cezai Şart, Ankara 2006.
- KAYIHAN Şaban/ÜNLÜTEPE** Mustafa, “Vekâlet Sözleşmesinin Kendine Özgü Sona Erme Sebepleri”, FSM İlmî Araştırmalar İnsan ve Toplum Bilimleri Dergisi, S.3, Bahar 2014.
- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Necip: Borçlar Hukukuna Giriş Hukuki İşlem Sözleşme, İstanbul 2017.
- KILIÇOĞLU**, Mustafa/**ŞENOCAK**, Kemal: İş Güvencesi Hukuku, İstanbul 2007.
- KIZILRAY**, Ender: “Davacının İşyerinden Koşullu Olarak Ayrılma İsteğine İlişkin Dilekçesi İstifa Niteliğinde Değildir”, Karar İncelemesi, Sicil İş Hukuku Dergisi, Mart 2007, Y.2, S.5.
- MANAV** A. Eda: İş Hukukunda Geçersiz Fesih ve Geçersiz Feshin Hüküm ve Sonuçları, Ankara 2009.
- MANAV ÖZDEMİR** Eda/**GÖKTAŞ** Seracettin, “Bedelli Askerliğin İş Sözleşmesine Etkisi”, Sicil İş Hukuku Dergisi, Y.2018, S.40.
- MOLLAMAHMUTOĞLU**, Hamdi/**ASTARLI**, Muhittin/**BAYSAL** Ulaş: İş Hukuku Ders Kitabı, C.1, Ankara 2019.
- NARMANLIOĞLU**, Ünal: “İşçinin Kıdem Tazminatına Hak Kazanabilmesi İçin Belirli Sebeplere (Muvazzaf Askerlik – Aylık Ya Da Toptan Ödeme Almak – Kadın İşçi İçin Evlenmek Sebeplerinden Biriyle) Dayalı Olarak Yapacağı Feshin Özellikleri”, Prof.Dr. Metin Kutsal’a Armağan, Ankara 1998.
- NARMANLIOĞLU**, Ünal: İş Hukuku, Ferdi İş İlişkileri I, İstanbul 2014.
- OCAK**, Saim: “İş Sözleşmesinin İşçi Tarafından Evlilik, Askerlik ve Sosyal Güvenlik Hakları Nedeniyle Feshinde İhbar Tazminatı”, Prof. Dr. Polat Soyer’e Armağan DEÜHFD, C.15, Özel Sayı 2014.
- OCAK**, Uğur, Feshe Bağlı İşçilik Alacakları, 1. Kitap, Gaziantep 2018.
- OĞUZMAN**, Kemal: Türk Borçlar Kanunu ve Mevzuatına Göre Hizmet “İş” Aklının Feshi, İstanbul 1955.
- OĞUZMAN**, M. Kemal/**ÖZ**, M. Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümleri, C.1, İstanbul 2017.

- OKUR**, Ali Rıza: “İş Sözleşmesinin İşçi Tarafından Süreli Fesih Yoluyla Sona Erdirilmesi”, Karar İncelemesi, Sicil İş Hukuku Dergisi, Aralık 2008.
- ÖZDEMİR**, Erdem, İş Sözleşmesinden Doğan Uyuşmazlıklarda İspat Yükü ve Araçları, İstanbul 2006.
- ÖZDEMİR**, Erdem: İstifa ve İkale, İşçinin İş Sözleşmesini Sona Erdiren Hukuki İşlemlerin Geçerliliği, İstanbul Barosu Yayınları 2009.
- ÖZDEMİR**, Erdem: “İş Hukukunda Eğitim Karşılığı Öngörülen Cezai Şart”, Çalışma ve Toplum, 2005/1.
- SENYEN KAPLAN**, E. Tuncay: “Belirli Süreli İş Sözleşmesinin Haksız Feshinin Hüküm ve Sonuçları”, Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 36, Y. 2016.
- SOYER**, Polat: “İş Sözleşmesinin Feshinde İhbar Önellere Eşitliği İlkesi”, Prof. Dr. Fevzi Şahlanan’a Armağan, Özel Sayı, C.I, İstanbul 2016.
- SOYER**, Polat: “Hizmet Akdinin İşçi Tarafından Feshi İçin Öngörülen Cezai Şartın Geçerliliği Sorunu”, Prof.Dr. Turhan ESENER’e Armağan, Ankara 2000.
- SOYER**, M. Polat: “Deneme Süreli ve Deneme Amaçlı İş Sözleşmeleri”, Çalışma ve Toplum, 2008/1.
- SÜMER**, Halûk Hâdi: İş Hukuku, Ankara 2019.
- SÜMER**, Halûk Hâdi: İş Hukuku Uygulamaları, Ankara 2019.
- SÜZEK**, Sarper, İş Akdini Fesih Hakkının Kötüye Kullanılması, İş Güvencesi Konusunda Karşılaştırmalı Bir İnceleme, Ankara 1976.
- SÜZEK**, Sarper, İş Akdinin Askıya Alınmasının Genel Teorisi, Ankara 1989.
- SÜZEK**, Sarper, İş Hukuku, İstanbul 2019.
- ŞAHLANAN** Fevzi, “İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı”, Yargıtay’ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2008, Ankara 2010.
- ŞAHLANAN**, Fevzi: “Sendika Yöneticilerinin Güvencesi”, Prof.Dr. Polat Soyer’e Armağan DEÜHFD. C.15, Özel Sayı 2014.
- TULUKÇU**, N. Binnur: “Türk İş Hukukunda Hizmet Sözleşmesinin Haksız Feshi ve Sonuçları”, GSÜHFD. Oğuzman’a Armağan, İstanbul 2002.
- TUNCAY A. Can/SAVAŞ KUTSAL**, F. Burcu: Toplu İş Hukuku, İstanbul 2017.
- TUNÇOMAĞ**, Kenan/CENTELE, Tankut: İş Hukukunun Esasları, İstanbul 2015.
- TÜYSÜZOĞLU** İlkay, Yeni İşverenin Sorumluluğu (4857 Sayılı İş Kanunu Madde 23 Bağlamında), Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara, Gazi Üniversitesi 2015.

ULUCAN, Devrim/**NAZLI** Seçkin: “Karar İncelemesi: İşçinin İstifası, Sözleşmeli Personel Statüsüne Geçme, Kıdem ve İhbar Tazminatı”, Çalışma ve Toplum, 2007/1

UŞAN, M. Fatih, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku, Ankara 2006.

YAVUZDOĞAN, Seçkin: “İdare Hukukunda İstifa”, International Journal of Legal Progress, Volume: 2, Year: 2016, Number: 2.

YILMAZ, Halil: “İşçinin İş Sözleşmesinin İstifa Beyanıyla Feshi (Yargıtay Kararlarına Genel Bakış), Prof.Dr. Sarper SÜZEK’e Armağan, C.II, İstanbul 2011.

YÜREKLİ, Sabahattin, Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesi, Ankara 2016.

TÜRK TİCARET KANUNU İLE YORK ANVERS 2016 KURALLARI UYARINCA MÜŞTEREK AVARYAYA UYGULANACAK HÜKÜMLERİN DEĞERLENDİRİLMESİ VE ÖZELLİKLE “ZAMANAŞIMI” HUSUSU*

The Evaluation of the Turkish Commercial Code Articles Concerning General Average and the York Antwerp 2016 Rules and Particularly the “Time Bar” Issue

Doç. Dr. Nil KULA**

ÖZ

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun “Deniz Ticareti” başlıklı 5.Kitabı'nın “Deniz Kazaları” başlıklı 5.Kısım'ının 1.Bölümü'nde yer alan 1272 ila 1285. madde hükümleri, müşterek avaryayı düzenlemektedir. Bu hükümler arasında yer alan ve “Uygulanacak Kurallar” başlığını taşıyan 1273. madde hükmü; taraflarca başka bir husus kararlaştırılmamış olduğu takdirde, müşterek avarya garamesinin, Milletlerarası Denizcilik Komitesi tarafından hazırlanarak, bu madde hükmüne göre Türkçe'ye çevrilip yayımlanmış olan en son tarihli York Anvers Kuralları'na tabi olduğunu zikretmektedir. Dolayısıyla müşterek avaryanın, Türk hukukunda, bir milletlerarası sözleşme niteliğini dahi haiz olmayan tavsiye nitelikli York Anvers Kuralları uyarınca düzenleneceği, kanun koyucu tarafından belirli şartlar altında ve sarih kabul edilmiştir. Bu yönde bir kabulü içeren Türk Ticaret Kanunu'nun müşterek avaryaya ilişkin olarak sevk ettiği ve işbu atf karşısında “tamamlayıcı” niteliği haiz olması gereken hükümleri arasında yer alan zamanaşımına ilişkin hükmü, York Anvers Kuralları'nın zamanaşımını düzenleyen ilgili hükmünden “farklılıklar” taşımaktadır. Çalışmada; işbu düzenlemelerde yer alan hükümleri genel itibarıyla incelemek, düzenlemeler arasındaki ilişkiyi denetlemek ve düzenlemelerin zamanaşımına ilişkin hükümleri arasındaki farklılığı işaret ederek muhtemel sorun ve çözümleri değerlendirmek amaçlanmaktadır.

ANAHTAR KELİMELEER: Müşterek Avarya, York Anvers Kuralları, Zamanaşımı, Türk Ticaret Kanunu, Uygulanacak Kurallar

ABSTRACT

The articles between 1272 and 1285 which are placed under the 1st Chapter of the “Marine Accidents” titled 5th Section of “Maritime Trade” titled 5th Book of 6102 numbered Turkish Commercial Code, govern general average. Article 1273 which is placed in between these provisions and titled as “Applicable Rules” states that unless otherwise agreed by the parties, the general average distribution is subject to the updated version of the York Antwerp Rules which are translated in Turkish and published in accordance with this provision. Thus, the Turkish legislator has clearly and under special conditions accepted the regulation of general average by the York Antwerp Rules which has no conventional characteristics. Even though the provision of the Turkish Commercial Code governing time bar shall have “supplementary” characteristics, it is clear that the provision is different from the provision of York Antwerp Rules governing time bar. In the study, it is aimed to analyze the provisions placed in these texts generally, examine the relationship in between these texts and point the difference in between the provisions of these texts concerning time bar by evaluating the probable problems and solutions.

KEY WORDS: General Average, York Antwerp Rules, Time Bar, Turkish Commercial Code, Applicable Rules.

* Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 02.07.2019

Kabul Edildiği Tarih: 24.10.2019

DOI Numarası: [10.15337/suhfd.585884](https://doi.org/10.15337/suhfd.585884)

** Dokuz Eylül Üniversitesi, Denizcilik Fakültesi, Denizcilik İşletmeleri Yönetimi A.B.D.

E-mail Adresi: nil.degirmenci@deu.edu.tr ORCID ID: [0000-0002-6776-7180](https://orcid.org/0000-0002-6776-7180)

GİRİŞ

Birlikte bir deniz yolculuğuna çıkmış olan gemi ve yükün çeşitli tehlikelerle karşı karşıya olduğu gerçeği tartışmasıdır. Teknolojinin gelişmesi ve ticaretin küreselleşmesi ile birlikte bu tehlikelerin arttığı ve çeşitlendiği de kabul edilmelidir. Bu gibi tehlikelerin ortaya çıkmasını takiben, bir zararın ya da fazladan bir masrafın doğması da ihtimal dâhilindedir. İşte denizcilik faaliyetinin ve deniz yolculuğunun mutad sonuçlarından olmayıp yük, eşya, navlun ve gemiye isabet eden normal dışı zarar ve masraflar “avarya” olarak adlandırılmakta¹ ve bunların ilgilileri arasında paylaşımını temel alan hukuka da “müşterek avarya hukuku” denilmektedir.

Müşterek avaryaya uygulanacak emredici bir milletlerarası hukuk metni bulunmasa da Milletlerarası Denizcilik Komitesi tarafından belirli aralıklarla revize edilen tavsiye nitelikli York Anvers Kuralları bu alandaki boşluğu dolduracak niteliği haizdirler. Ancak kuralların “tavsiye nitelikli” olması; denizyolu taşımacılığında yer alan tarafların kendilerine taşıma belgesinde atıfta bulunmaları “kaydıyla” uygulanabilmelerine yol açmakta ve bu şekilde kuralların uygulama alanını sınırlandırmaktadır. Böyle bir atfın yokluğu durumunda ise ulusal hukuklarda yer alan müşterek avarya düzenlemelerinin mahkemeler tarafından uygulanacakları açıktır.

Türk hukukunda deniz ticareti hukukuna dair hükümler sevk eden en önemli hukuk metni 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’dur² (TTK). Kanunun 5.Kitabı’nda yer alan deniz kazalarına ilişkin hükümlerin sevk edildiği 5. Kısım’da müşterek avaryayı düzenleyen 13 adet maddeye yer verilmiş ancak aynı zamanda müşterek avaryaya uygulanacak hukukun “tarafarca başkaca bir husus kararlaştırılmamış olduğu takdirde, Türkçe’ye çevrilip yayımlanmış olan en son tarihli York Anvers Kuralları” olduğu da belirtilmiştir (m.1273, f.1). York Anvers 2016 Kuralları’nın tercümesi de Hazine ve Maliye Bakanlığı tarafından, 19.02.2019 tarih ve 30691 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmış olduğundan, hâlihazırda işbu kuralların TTK’da işaret edilen York Anvers Kuralları olduğunu kabul etmek gerekmektedir. Sonuç olarak; işbu kurallar, taraflarca başkaca bir husus kararlaştırılmamış olduğu takdirde Türk müşterek avarya hukukunu teşkil edecek ancak bu kurallarda yer almayan hususlarda TTK’nın yukarıda işaret edilen “tamamlayıcı” nitelikli hükümleri uygulama alanı bulabileceklerdir.

TTK’nın gerekçesinde de TTK’nın müşterek avaryaya ilişkin hükümleri ile York Anvers Kuralları arasındaki ilişki; uygulamada kullanılan bütün basılı sözleşmeler ve

¹ BARLAS, Nami (1984), Yangın Söndürme Müşterek Avaryası, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt:1, Sayı:1-4, s. 479; ARSEVEN Haydar (1961), Müşterek Avaryalar: Umumî Prensipler ve Müşterek Avarya Halleri, İstanbul, s. 1; TEKİL, Fahiman (1965), Türk Hukukunda Müşterek Avarya, İstanbul, s. 12.

² RG, 14.02.2011, S. 27846.

konişmentoların, mezkûr Kurallar'a atıf içerdikleri, uygulamadaki olayların büyük bir çoğunluğunda, York Anvers Kurallarının hangi tarihli metninin uygulanacağı zaten taraflarca kararlaştırılmış olduğu ancak tarafların bu hususa dair bir anlaşma yapmadıkları haller için TTK'ya yedek hukuk kuralları almak gerektiği açıkça ifade edilmek suretiyle, tanımlanmıştır.³

Çalışmada, York Anvers Kuralları ile TTK'nın ilgili hükümleri incelenmiş ve aslında aralarında "tamamlayıcı" ilişki bulunması gereken işbu iki grup kuralda yer alan hükümlerin, zamanaşımı gibi usul açısından oldukça önem taşıyan bir hususu farklı düzenledikleri tespit olunmuştur. Bu çelişkinin nedenleri, sonuçları ve giderilmesi için başvurulabilecek çözüm yolları çalışmada ele alınmakla, bu anlamda karşılaşılması muhtemel sorunların ortaya çıkmasını önlemek amaçlanmıştır.

I. MÜŞTEREK AVARYA KAVRAMININ DEĞERLENDİRİLMESİ VE MÜŞTEREK AVARYAYA UYGULANACAK HUKUK

TTK uyarınca; ortak bir deniz sergüzeştine atılmış olan gemiyi, yükü, diğer eşyayı ve navlunu birlikte tehdit eden bir tehlikeden onları korumak amacıyla ve makul bir hareket tarzı oluşturacak şekilde, bile bile olağanüstü bir fedakârlık yapılması veya olağanüstü bir gidere katlanması hâlinde "müşterek avarya hareketi" var sayılır ve bu hareketin doğrudan doğruya sonucu olan zarar ve giderler müşterek avarya olarak kabul edilir (m.1272). Kanunda yer alan tanıma göre,⁴ müşterek avaryanın unsurları; gemi ve yükün müşterek bir deniz sergüzeştine atılmış olması, gemi ve yükün müşterek bir tehlike ile karşılaşmış olması, müşterek tehlikeden gemi ve yükü korumak maksadıyla fevkalade bir fedakârlık veya fevkalade bir masraf yapılmış olması, fedakârlığın iradi bir şekilde yapılması, fedakârlık hareketinin makul olması ve faydalı netice olarak tespit edilebilmektedir.⁵

³ TBMM (2011), Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/324), Dönem:23, Yasama Yılı:2, Sıra Sayısı:96, s. 377 [TTK Gereğe].

⁴ Kanunda yer alan tanımın eksik ve anlam bozukluğu içinde olduğu ve tanımın "bir müşterek avarya hareketi ancak olağanüstü bir fedakârlık veya olağanüstü bir masrafın müşterek deniz yolculuğuna atılmış mal varlıklarını bir tehlikeden korumak gayesiyle müşterek selamet için bilerek ve makul surette yapılması halinde vardır" şeklinde düzeltilmesinin gerektiği yönündeki görüşleri için bkz. ALGANTÜRK LIGHT, Didem (2006), "TTK Tasarısı'nın Deniz Ticareti Başlıklı Beşinci Kitabı ile Getirilen Düzenlemeler ve Değerlendirmeler", İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Yıl: 5, Sayı:10, s. 149.

⁵ KENDER, Rayegan- ÇETİNGİL, Ergon- YAZICIOĞLU, Emine (2014), Deniz Ticareti Hukuku, Temel Bilgiler, Cilt:I, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş On Dördüncü Baskı, İstanbul, ss. 269-270; CİVİR ENGİN, Mehtap (2012), "6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu ve Müşterek Avarya", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Özel Sayı, Cilt: 18, Sayı: 2, ss. 508-509. Ayrıca bkz. BARLAS (1984), ss. 481-482.

Müşterek avarya ilk olarak Rodos hukukunda *Lex Rhodia de Jactu* (Rodos atma kaidesi) ile sarıh olarak ifade edilmiş, Roma hukukunda *Digeste'*de, bunu takiben *Consolado del Mare*, *Roles d'Oleron'*da, 1681 tarihli Fransız *Ordonnance de la Marine'*de müşterek avaryaya dair kaidelere rastlanmış, devamında ise müşterek avarya hukukunun birleştirilmesi için 1860 yılında toplanan Glasgow Konferansı neticesinde York Anvers Kuralları hazırlanmıştır.⁶

Müşterek avarya, emredici nitelikli herhangi bir milletlerarası sözleşme uyarınca düzenlenmemiş ancak müşterek avaryaya ilişkin hükümler, yukarıda işaret edildiği üzere, 1860 yılından bu yana York Anvers Kuralları olarak anılan tavsiye nitelikli kurallar kapsamında derlenmişler ve ilgililerinin taşıma belgesinde ancak bu kurallara atıfta bulunmaları kaydıyla uygulanagelmışlerdir.⁷ Dolayısıyla bir denizyolu taşıması kapsamında düzenlenen taşıma belgesinde, York Anvers Kuralları'nın uygulanması yönünde bir atfa yer verilmedikçe, bu kuralların uygulanma imkânı bulunmayacak ve emredici nitelikli bir milletlerarası sözleşme ile de düzenlenmemiş olan müşterek avaryaya, ulusal hukuklar uygulanacaktır.

Türk Hukukunda müşterek avarya ilk defa 1807 tarihli Fransız Ticaret Kanunu hükümlerinden yola çıkılarak hazırlanan 1864 tarihli Ticaret-i Bahriye Kanunu'nda

⁶ Müşterek avarya tarihçesine ilişkin bilgi için bkz. OKAY, Sami (1958), "Müşterek Avarya Hukukunun Kısa bir Tarihçesi", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt:24, Sayı: 1-4, ss. 289-308; GÜNER, M. Deniz (2000), Türk Hukukunda Dispecin Hazırlanması ve Uygulanması, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt: LVIII, Sayı: 1-2, ss. 150-151; ALGANTURK LIGHT, Didem (2015), "How Have General Average Concepts Developed Across Maritime Countries And Jurisdictions?", İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Cilt:14, Sayı: 28, ss. 2-4; ALGANTURK LIGHT, Didem (2004), "York-Anvers Kuralları 2004 Hakkında Genel Bir İnceleme", AÜEHFD, Cilt: VIII, Sayı: 3-4, ss. 419-420.

⁷ İşbu kuralların tarihçesi ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. ALGANTURK LIGHT, Didem (2005), York Anvers Kuralları 2004 Müşterek Avarya (Tarihi Düzenlemeleri ile Karşılaştırmalı Olarak), 2. Bası, İstanbul. Örneğin, Shelltime 4 (2003) veya Gasvoy (2005) charter partilerinde, "müşterek avarya halinde York Anvers 1994 Kuralları'nın uygulanacağına" ilişkin açık klozlara yer verilmektedir. Bkz. ALGANTURK LIGHT, Didem (2016), "York Anvers Kuralları 2016, Revizyon Çalışmalarına İlişkin Değerlendirmeler", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt: 22, Sayı: 3, s. 192. York Anvers 1994 Kuralları'na ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. ATAERĞİN, Vehbi Selim (1995), "Genel Avarya ve York Anvers Kuralları 1994 Değişiklikleri", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt:9, Sayı:1-3; AYBAY, Gündüz- ERĞİNEL, Erdem-KARTAL, Hülya-BİÇER, Esra-GÜLER, Işıl (1995), York Anvers Kuralları 1994 ve Türk Ticaret Kanunu'nu Müşterek Avarya ile İlgili Hükümleri ile York Anvers Kuralları 1950, 1974 Metinleri, İstanbul; CANER, Oğuz (2003), "York Anvers Kurallarında Çevre Kirlenmesi ve 1994 Yılında Bu Konuda Yapılan Yeni Düzenlemeler", Prof. Dr. Fahiman Tekil'in Anısına Armağan, İstanbul, ss. 93-11. Bu yönde bir atıf bulunduğu takdirde artık ne kanun ne de örf ve adet hukuku uygulanamaz. Bu husus York Anvers 2016 Kuralları'nda yer alan Yorum Kuralı uyarınca "Müşterek avarya paylaşımında aşağıdaki Kurallar, kendileriyle bağdaşmayan mevzuat ve uygulama dikkate alınmaksızın uygulanacaktır" (f.1) denilmek suretiyle de işaret edilmektedir.

“Hasaratı Umumiye” adı altında düzenlenmiştir.⁸ Türk hukukunda müşterek avaryaya dair hükümler daha sonra, Alman Ticaret Kanunu’nun 2. Kitabından tercüme edilerek hazırlanan 1929 tarihli Deniz Ticareti Kanunu’nun 1241 ila 1274. maddeleri arasında yer almışlardır. 1956 tarih ve 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nda⁹ (e-TTK) ise müşterek avarya 1179 ila 1216. maddeler arasında düzenlenmiştir. e-TTK’nın bu hükümleri emredici nitelikte olmadıklarından, müşterek avarya paylaşımı e-TTK hükümlerine göre yapılabildiği gibi York Anvers Kuralları’na göre de yapılabilmıştır.¹⁰

Türk deniz ticaret hukukunu güncel olarak düzenleyen ulusal hukuku TTK temsil etmektedir. TTK’nın 1272 ila 1285. maddeleri müşterek avaryaya ilişkin hükümleri şu ilkelere göre düzenlenmiştir:¹¹ (1) York Anvers Kuralları’na atıf yapılması yoluna gidilmiş ve Türkçe tercümenin resmi yoldan hazırlanması usulü kabul edilmiştir, (2) bu atıf nedeniyle, York Anvers Kuralları’nda düzenlenen hususlara ilişkin e-TTK hükümleri kapsama alınmamıştır, (3) navlun sözleşmesi ve kurtarma hakkındaki bölümlerde kabul edilen hükümlere uygun olarak, müşterek avarya garame paylarının şahsi borçlularını belirleyen 1274. madde eklenmiştir, (4) York Anvers Kuralları, teminatları düzenlemediği için, e-TTK’nın bu hususa ilişkin maddeleri, kanunun 1275 ilâ 1277. maddelerinde muhafaza edilmiş; ancak, TTK kapsamında “hapis hakkı sistemi” kabul edildiği için, düzenleme bu sistem ile uygun hâle getirilmiştir, (5) York Anvers Kuralları, dispeç usulünü düzenlemediği için, e-TTK’nın bu konudaki hükümleri de korunmuş, ancak mehaz ile karşılaştırılarak yeniden düzenlenmiştir ve (6) TTK kapsamında kabul edilen kavram ve terimler ile uyum sağlanmıştır.

Yukarıdaki açıklamalar kapsamında, taraflarca başkaca bir uygulanacak hukuk kararlaştırılmadığı sürece, tavsiye nitelikli York Anvers Kuralları’nın Türk ulusal hukukunda müşterek avaryaya uygulanacak hukuk olarak kanun koyucu tarafından kabul edildiği tespit edilmektedir. Türkiye’nin taraf olduğu emredici nitelikli milletlerarası

⁸ ALGANTÜRK LIGHT (2016), ss. 192-193; CİVİR ENGİN, Mehtap (2012), “6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu ve Müşterek Avarya”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Özel Sayı, Cilt: 18, Sayı: 2, s. 508; ALGANTÜRK LIGHT (2015), ss. 4-5; FELDE, Leon S. (1953), “General Average and the York-Antwerp Rules”, Tulane Law Review, Cilt: 27, Sayı:46, s. 419.

⁹ RG, 09.07.1956, S. 9353.

¹⁰ CİVİR ENGİN (2012), s. 508. e-TTK’nın müşterek avaryaya ilişkin hükümlerinin düzenlenmesinde göz önünde bulundurulmuş kurallar ise York Anvers 1950 Kuralları’dır. Bkz. TEKİL, Fahiman (2000), “Deniz Kazaları, Deniz Kirlenmesi ve Deniz Sigorta Hukuku ile ilgili Bazı Sorunlar”, Prof. Dr. Tahir Çağa’nın Anısına Armağan, İstanbul, s. 499; KARAN, Hakan (2005), “The Draft Turkish Maritime Law”, Journal of Maritime Law and Commerce, Cilt: 36, Sayı: 4, s. 484; ALGANTÜRK LIGHT (2004), s. 421. e-TTK’nın yürürlükte olduğu dönemde, bu kurallar defalarca tadil edilmiş olduklarından, e-TTK’nın müşterek avaryaya ilişkin hükümleri zamanın oldukça gerisinde kalmaktaydı. York Anvers 1950 Kuralları’na ilişkin ayrıntılı bilgi için ise bkz. YANCEY, Benjamin Y. (1950), “York-Antwerp Rules 1950”, Loyola Law Review, Cilt: 6, ss. 121-143.

¹¹ TTK Gerekeçe, ss. 376-377.

sözleşme hükümleri ile TTK'nın deniz ticaretini düzenleyen 5. Kitap hükümlerinin dahi birbirleriyle zaman zaman çeliştikleri bir düzende,¹² emredici bir milletlerarası sözleşme niteliğini dahi haiz olmayan işbu kuralların, TTK'nın açık hükmü uyarınca Türk iç hukuku olarak kabul edilmesi, bu kurallara verilen önemin ve kuralların yaygın kullanımının açık göstergesidir.

Müşterek avaryayı düzenleyen TTK hükümleri kanunun 5. Kitabı'nın "Deniz Kazaları" başlıklı 5. Kısım'ında yer almaktadırlar. Bir deniz kazası olarak sınıflandırılan müşterek avaryaya, bu sınıflandırma dâhilinde "kurtarma" ve "çatma" eşlik etmektedir. Bir diğer deniz kazası olarak TTK'nın 1298 ila 1319. maddeleri arasında düzenlenen "kurtarmanın" müşterek avaryadan farkları doktrinde şu şekilde sıralanmıştır:¹³ (1) hem geminin gem de yükün tehlikede olması müşterek avaryanın varlığı için şart iken, kurtarmanın varlığı için gemi veya yükten yalnız birinin tehlike altında bulunması yetmektedir, (2) kurtarmada ücret hakkının doğumu için "faydalı netice" şart iken müşterek avaryada bile bile göze alınan fedakârlık veya masrafın sadece makul olması yeterlidir, (3) tehlikedeki gemi "enkaz" durumuna gelmişse kurtarma alacağı doğmazken, enkaz bir iktisadi değer olarak müşterek avaryaya borçlu masasında yer alabilir, (4) müşterek avaryaya franko klozu ile taşıma sözleşmesi taraflarının birbirlerine karşı müşterek avaryaya talebinde bulunamayacakları hususunda kararlaştırma yapmaları mümkünken ve bu klozun varlığında kurtarma ücreti ödemiş olan gemi yükten garame payı isteyemezken, kurtarıcı gemi bu sözleşmenin tarafı olmadığından ayrıca yükü de kurtarmışsa yük ilgisine de başvurabilir ve (5) kurtarma sırasına yükün feda edilmesi durumunda yapılan fedakârlığın kurtarma ücretinin tespitinde dikkate alınmayan kısmı için müşterek avaryaya talebinde bulunulabilir.

II. TÜRK TİCARET KANUNU UYARINCA MÜŞTEREK AVARYAYA UYGULANACAK HÜKÜMLER

TTK'nın 1272. maddesi uyarınca müşterek avaryaya müessesesinin tanımı yapılmış, 1273. maddesinde müşterek avaryaya uygulanacak hükümler düzenlenmiş, 1274. maddesinde müşterek avaryaya garame payı borçluları, 1275 ila 1277. maddelerinde müşterek avaryaya alacaklılarının rehin hakları hüküm altına alınmıştır. 1278 ila 1284. maddeler arasındaki hükümler dispeci, 1285. madde hükmü ise zamanaşımını düzenlemektedir.

¹² Ayrıntılı bilgi için bkz. KULA DEĞİRMENÇİ, Nil (2018), "Türk Deniz Ticaret Hukukunda Uygulanagelen Hükümler Arasındaki "Bertaraf Edici", "Tamamlayıcı" ve "Seçimlik" İlişkiler", UTDDER, Cilt: 7, Sayı:2, ss. 257-292.

¹³ TEKİL (2000), ss. 492-494. Ayrıca bkz. ÇETİNGİL, Ergon (2000), "Kurtarma Müşterek Avaryası", Prof. Dr. Tahir Çağa'nın Anısına Armağan, İstanbul.

Türk Ticaret Kanunu'nda York Anvers Kuralları'na yapılan atıf dolayısıyla müşterek avaryaya ilişkin her husus kanunda yer almamaktadır. Genel olarak TTK'nın ilgili hükümleri; York Anvers Kuralları'nda yer alan müşterek avarya tanımı ve unsurları ile müşterek avaryaya giren zarar ve ikame masrafları ile uyumludur.¹⁴ Usule ilişkin hususlardan olması ve mahkemenin hukukuna önem atfetmesi dolayısıyla, York Anvers Kuralları uyarınca düzenlenmeyen dispeç, TTK'nın bu anlamda sevk edilen önemli hükümleri arasındadır ve bu nedenle aşağıda ayrı bir başlık altında incelenmektedir.

Gerçekten TTK'da taraflarca başka bir husus kararlaştırılmamış olduğu takdirde, müşterek avarya "garamesinin", Milletlerarası Denizcilik Komitesi tarafından hazırlanarak, bu madde hükmüne göre Türkçe'ye çevrilip yayımlanmış olan en son tarihli York Anvers Kuralları'na tabi olduğu zikredilmiştir (m.1273, f.1). Madde metninin lafzından sadece dispeci takiben tespit olunacak garamenin madde metninde özellikleri işaret edilen York Anvers Kuralları'na göre dağıtılacağı, diğer hususlarda ise TTK'nın ilgili hükümlerine başvurulacağı anlaşılmaktadır. Doktrine göre ise York Anvers Kuralları sadece müşterek avaryanın paylaşılmasında değil, müşterek avaryanın bütünü için uygulanmalı ve ancak York Anvers Kuralları ile düzenlenmeyen hususlar TTK'nın "tamamlayıcı" hükümlerine bırakılmalıdır.¹⁵ Kaldı ki madde metninin gerekçesinde yer alan açıklamalarda da "garame"ye vurgu hiçbir anlatımda yer almadığından,¹⁶ uygulamanın "garame" ile sınırlı tutulmasının kanun koyucu tarafından amaçlanmadığı düşünülmektedir. Buna rağmen, çalışmanın ilerleyen bölümlerinde işaret edileceği üzere, var olması gereken "tamamlama" ilişkisinin aksine, York Anvers Kuralları ile TTK'nın "zamanaşımı" gibi bir önemli bir usul konusunu "farklı" hükümler dairesinde düzenlemiş oldukları ve bu durumun sorunlara yol açabileceği tespit edilmiştir.

Müşterek avarya garame paylarının kişisel borçluları, garameye girecek olan geminin müşterek avarya hareketinin meydana geldiği andaki donatanı, navlunun boşaltma tarihindeki alacaklısı ve diğer eşyanın boşaltma tarihindeki malikidir (m.1274, f.1). TTK, e-TTK ile York Anvers Kuralları'nın herhangi bir metninde bulunmayan işbu hükmü "tamamlayıcı" olarak sevk etmiştir. Müşterek avarya garame paylarının borçlularından biri de eşyanın gönderilenidir. Garameye girecek eşyanın gönderileni, ancak eşyayı teslim alırken bunlara bir garame payı düşmüş olduğunu biliyor ise ve bu

¹⁴ ALGANTÜRK LIGHT (2016), s. 193.

¹⁵ ÇETİNGİL, Ergon-KENDER, Rayegan-ÜNAN, Samim-YAZICIOĞLU, Emine (2006), "Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Hakkındaki Değerlendirmeler", Deniz Hukuku Dergisi, Özel Sayı, İstanbul 2006, s. 219; AKAN, Pınar (2012), "Deniz Kazalarında Görülen Temel Hukuki Sorunlar (6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Hükümleri Uyarınca)", Hukuk Biliminin Güncel Sorunları, III. Uluslararası Kongre Bildiri Kitabı, C:2 (Özel Hukuk), Samsun 2012, s. 55.

¹⁶ Bkz. TTK Gerekçe, s. 377.

pay için eşya teslim edilmiş olmasaydı o eşyanın paraya çevrilmesi hâlinde garame payı ne oranda ödenecek idiyse o oranda eşyanın teslim zamanındaki değerine kadar şahsen sorumlu olacaktır (m.1274, f.2).

Müşterek avarya garamesinin borçlularını zikreden TTK, alacaklıların hapis hakkına da işaret etmiş ve müşterek avarya garame payı alacaklılarının, gemi üzerinde gemi alacaklısı hakkına, garameye girecek eşya üzerinde Türk Medenî Kanunu'nun¹⁷ (TMK) 950 ilâ 953 üncü maddeleri uyarınca hapis hakkına ve navlun üzerinde aynı Kanunun 954 ilâ 961 inci maddeleri uyarınca alacak rehnine sahip olduklarını kabul etmiştir (m.1275).

A. York Anvers Kuralları'nın Düzenlenmesini Ulusal Hukuklara Bıraktığı Bir Husus Olarak Dispeç ve Türk Müşterek Avarya Hukukunda Dispecin Tabi Olduğu Hükümler

Dispecin temelinde müşterek avarya sayılacak masraf ve giderler ile fedakârlıkların tespiti bulunmaktadır. Müşterek avarya sayılan zarar ve masrafların gemi, yük ve navlun arasında paylaşılmasına ilişkin yapılan hesaplar "dispeç raporu" adlı bir belgede tespit edilir.¹⁸

TTK, müşterek avaryadan sayılacak bir giderin yapılmaması için göze alınan her fazla giderin de, başka ilgililer bu fazla giderlerden faydalansalar bile, önlenmiş olan giderin tutarına kadar, müşterek avarya garamesine gireceğini zikretmiş (m.1272, f.2); müşterek avarya garamesine giren zarar ve giderlerin gemi, yük, navlun ve diğer eşya arasında devam eden hükümler dairesinde paylaşılacağına işaret etmiştir (m.1272, f.3). TTK'nın işbu hükmü ile aslında York Anvers Kuralları'na uygun bir yaklaşım tercih edildiği ve kuralların A maddesinin birinci fıkrasına uygun olarak "gemi, yük, diğer eşya ve navlun" ibaresinin kullanıldığı tespit edilmektedir. Nitekim taşıyanın navlunu ile birlikte zaman charterlerinin yakıtı, bir işleticinin konteynerleri gibi çok sayıda başka eşya da müşterek avarya fedakârlığına maruz kalmış veya böyle bir fedakârlıktan yararlanmış olabilir.¹⁹ Ancak doktrinde "diğer eşya" kavramına gerek olmadığı, müşterek avarya müessesesinin mahiyeti düşünüldüğünde paylaştırmanın gemi, yük ve navlun (yani değerler) arasında yapılacağı ve bu nedenle bu kavrama yer verilmesine ihtiyaç olmadığı yönünde görüşler de bulunmaktadır.²⁰

¹⁷ RG, 22.11.2001, S. 4721.

¹⁸ ÇETİNGİL, Ergon-KENDER, Rayegan-ÜNAN, Samim (2011), Müşterek Avarya Hukuku, İstanbul, s.273.

¹⁹ TTK Gerekçe, s. 377.

²⁰ ÇETİNGİL-KENDER-ÜNAN-YAZICIOĞLU (2006), s. 219; AKAN (2012), s. 55.

Müşterek avarya sayılacak bir durumun gerçekleşmesi halinde kime ne kadar zarar geldiği, kimin ne kadar masraf yaptığı ve bu tehlikeden neler kaldığı tespit edilerek zarar ve masraflara kimin ne oranda katılacağı dispeç ile belirlenir.²¹ TTK uyarınca donatan gecikmeksizin dispeçi yaptırmakla yükümlüdür; bu yükümlülüğünü yerine getirmezse ilgililerin her birine karşı sorumlu olur (m.1278, f.1). Her ne kadar madde gerekçesinde günümüzde hiçbir donatanın, dispeç yaptırma işini kaptana bırakmayacağı ve hiçbir yük ilgisinin de kaptanı bu iş için dava veya takip etmeyeceği zikredilmişse de²² doktrinde kaptanın tüm müşterek avarya ilgililerinin temsilcisi olduğu ve kaptan yerine ilgililerden biri olan donatanın dispeç yaptırmakla yükümlü olmasının tartışmaya açık olduğu yönünde görüşler de bulunmaktadır.²³

Dispeç, süresinde yaptırılmazsa sigortacı da dâhil olmak üzere, ilgililerden herhangi biri bunun yapılmasını istemeye ve yaptırmaya yetkilidir (m.1278, f.2). Dispeçin yapılması istemi, olayın müşterek avarya sayılmayacağı ileri sürülerek dispeççi tarafından reddedilirse, dispeçin yapılmasının gerekip gerekmediğine, sigortacı da dâhil olmak üzere, ilgililerden herhangi birinin başvurusu üzerine varma yeri mahkemesince, eğer buraya varılmazsa yolculuğun bittiği yer mahkemesince karar verilir. TTK uyarınca dispeçin yapılmasına ve dispeççi atanmasına itirazın reddine ilişkin kararların kesin olup olmadığı hususunda açık bir düzenlemeye yer verilmemiştir. e-TTK döneminde verilen Yargıtay Kararları incelendiğinde bu kararların temyiz kabiliyetlerinin bulunmadığı yönünde bir içtihat benimsendiği tespit edilmektedir.²⁴

TTK uyarınca dispeç, ilgililerin oybirliğiyle atayacakları bir veya birden fazla dispeççi tarafından yapılır (m.1280, f.1, c.1). Ancak kanun koyucu, çağdaş denizcilik uygulamalarını dikkate alınarak, dispeççi seçimini öncelikle ilgililere bırakmış, ilgililer tarafından oy birliği ile bir seçim yapılamaması halinde ise mahkemeye müracaat edilmesi kuralını kabul etmiştir.²⁵ Buna göre oybirliği sağlanamazsa, dispeççiyi veya dispeççileri, dispeçin yapılacağı yer mahkemesi atayacaktır (m.1280, f.1, c.2). TTK uyarınca benimsenen bu uygulama 1950'li yıllardan bu yana İngiliz ve Amerikan hukuklarında donatanın dispeççiyi tek başına ataması ve yük ilgililerinin atanan kişiyi uygun

²¹ GÜNER (2000), s. 149.

²² TTK Gerekçe, s. 378.

²³ AKAN (2012), s. 56.

²⁴ Bkz. Y.11.H.D, 30.06.1980, E. 1980/3429, K. 1980/3533; Y.11.H.D, 06.02.1985, E. 1984/6433, K. 1985/466. Ancak mahkemenin dispeççi tayini ile ilgili kararlarının kesin oluşu, henüz bir dispeç raporu verilmeden yani dispeç raporunun onanması hakkında bir dava açılmadan önceki aşama ile sınırlıdır. Bkz. Y.11.H.D, 01.06.1984, E. 1984/2591, K. 1984/3223.

²⁵ TTK Gerekçe, s. 379. Dispeççinin tarafların iradesi sorgulanmaksızın doğrudan Ticaret Mahkemesi Başkanı'nca seçilmesinin yasaya aykırı olduğu ve taraflar anlaşsalar dahi dispeççi seçimini mahkeme başkanının yapamayacağı yönünde Yargıtay kararı için bkz. Y.11.H.D, 19.06.1980, E. 1980/2431, K. 1980/3263.

bulmamaları durumunda bir dispeççi de kendileri atamaları ve her iki dispeççinin dispece ilişkin farklı kanaatlerde bulunmaları durumunda müşterek avarya ihtilafının nihai kararla sonuçlanması amacıyla mahkemeye sevk edilmesi uygulamasına²⁶ benzer bir yaklaşımı haizdir.

İlgililerden her biri dispeçin yapılması için gereken ve elinde bulunan belgeleri, özellikle çarter partileri, konişmento ve faturaları, dispeççiye vermekle yükümlüdür (m.1280, f.2). İşbu yükümlülük özellikle müşterek avarya dispeç raporunun aktif ve pasiflerinin (alacaklı ve borçlu masasının) belirlenebilmesi açısından önem taşımaktadır. Dispeççinin istemi üzerine mahkeme, ellerinde bulunan ve kanunen ibrazla yükümlü oldukları belgeleri dispeççiye teslim etmelerini, onları elinde bulunduranlara emredecektir (m.1280, f.3). Dolayısıyla ilgililer hakkaniyete uygun hesaplamaların yapılmasının sağlanması için iradi olarak işbu belgeleri teslim etmiyorlarsa, mahkeme kanalıyla belgelerin dispeççiye teslimi yasayla koruma altına alınmıştır. Buna karşılık dispeççinin de ilgililerin dispeçi incelemelerine izin ve istemleri üzerine giderlerini ödemeleri şartıyla, bir örnek vermek yükümlülüğü bulunmaktadır (m.1280, f.4).

TTK, ilgililere dispeçin onaylanmasını isteyebilecekleri gibi avarya türüne veya hesaplarına itiraz edebilme hakkı da tanımıştır. Dilekçede duruşmaya çağrılacak olan ilgililerin ad ve soyadları bildirilecek (m.1281, f.2), dilekçe üzerine mahkeme, dispeççiden, dispeç ile istemleri ispatlayan belgeleri isteyecek; bu belgelerin tamamlanmasına gerek görülürse, ibrazını onları elinde bulunduranlara emredecektir.

TTK uyarınca belirlenen yargılama şu aşamalar doğrultusunda gerçekleşecektir; belirlenen günde hazır bulunanlarla duruşma yapılacak, dispece karşı, duruşmada veya daha önce bir itiraz yapılmamış olduğu takdirde dispeç onaylanacak, itiraz yapılmışsa ilgililer dinlenecek, itirazın yerinde olduğu görülür veya başka surette bir anlaşmaya varılırsa dispeç buna göre düzeltilerek onaylanacak, itirazın hemen karara bağlanması imkânının bulunmaması hâlinde, dispeç raporunun itirazın kapsamı dışında kalan kısımları, ayrı bir kararla onaylanacak ve itiraz edilen kısım hakkında duruşmaya devam olunacaktır. Tüm bu aşamaları ihtiva eden yargılama basit yargılama usulü hükümlerine tabidir (m.1283). Nitekim ülkemizdeki uygulamada, dispeç tasdiklerinde basit muhakeme usulü yerleşik hale geldiğinden, kanun koyucu e-TTK'dan farklı bir şekilde maddede bir değişiklik yapılmasına gerek görmemiştir.²⁷

Dispeç raporunun onaylanması hakkındaki kararın kesinleşmesiyle bu karar, raporda gösterilen alacakların ödetilmesi için verilmiş bir ilam niteliğini kazanacak ancak itiraza uğramamış bir raporun onaylanması kararı kesinleşmeden önce de bu ni-

²⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. FELDE (1953), s. 409.

²⁷ TTK Gerekeçe, s. 379.

teliğe sahip olacaktır (m.1284, f.1). Bu şekilde, kanun koyucu; dispeç raporlarının tasdiki hakkındaki kesinleşmiş kararlar ile itiraza uğramamış olan dispeç raporunun tasdiki hakkındaki kararları, özel kanunlarda düzenlenen ilam niteliğindeki belgelerden kabul etmiştir. Ancak bunun için, dispeç raporunun; (1) konusunun müşterek avarya olması, (2) ilgililerce seçilen ya da mahkemece atanan dispeççi tarafından hazırlanmış olması ve (3) mahkemece onaylanması ve kesinleşmiş olması ya da itiraz edilmeksizin kesinleşmiş olması gerekmektedir.

Mahkemenin onaylama kararı kesinleştiği anda, bu karar dispeç raporunda belirtilmiş alacakların tahsili için verilmiş icra edilebilir yargı kararı niteliğine kavuşacaktır. Diğer taraftan itiraza uğramamış bir dispeç raporunun onaylanması kesinleşmeden öncede icra edilebilir yargı kararı niteliğine sahip olacaktır.²⁸ Raporun onayına ait ilam, onay istemi üzerine yapılan duruşmaya usulüne göre çağırılmış olmayan ilgililer aleyhine hiçbir sonuç doğurmayacaktır (m.1284, f.2).

Mahkeme tarafından seçilen dispeççilerin hakem sıfat ve yetkisi yoktur. Bu durumda mahkeme tarafında atanan dispeççi raporu sadece bir rapordan ibarettir. Diğer taraftan bazı konişmentolarda dispeççilerin hakem-dispeççi olarak belirtildiği görülmektedir. TTK uyarınca konişmentodaki tahkim koşuluna dayalı bulunan ve yerel mahkemece usulü onama açıklamasıyla hazırlanan hakem-dispeççi kararlarının da ilam niteliğini haiz olup olmadıkları hususunda açık bir düzenlemeye yer verilmemiştir. e-TTK döneminde verilen Yargıtay Kararları incelendiğinde sadece bilirkişi raporu niteliği bulunan dispeç raporları için yerel mahkemeden dispecin onanması yönünde dava açılması gerektiği, hakem-dispeççi kararlarının ise bir hakem kararı niteliğinde olduğu ve onanmaları için yerel mahkemede dava açılmasına gerek bulunmadığının kabul edildiği görülmektedir.²⁹

B. York Anvers Kuralları ile Düzenlenmesine Rağmen Türk Müşterek Avarya Hukukunda da Hüküm Bulan Zamanaşımı

TTK uyarınca benimsenen sistemde müşterek avarya garame payı alacakları bir yılda zamanaşımına uğrayacak (m.1285, f.1) ve zamanaşımı, geminin varma limanına, buraya varılamamışsa yolculuğun bittiği limana vardığı tarihten itibaren işlemeye başlayacaktır (m.1285, f.2). İşbu düzenlemenin e-TTK'dan farklı yönü sürenin uzunluğu

²⁸ ÇETİNGİL-KENDER-ÜNAN (2011), s. 336.

²⁹ Bkz. Y.11.H.D, 30.06.1983, E. 1983/2666, K. 1983/3428; Y.11.H.D, 12.03.2002, E. 2001/10475, K. 2002/2260; Y.11.H.D, 29.06.1999, E. 1999/3119, K. 1999/6022. Dispeç kararının hukuki niteliğini tartışan diğer kararlar için bkz. Y.11.H.D, 12.10.2004, E. 2003/13491, K. 2004/9669; Y.11.H.D, 28.05.2012, E. 2002/1447, K. 2002/5320; Y.11.H.D, 11.10.1985, E. 1985/4957, K. 1985/5255. Ayrıca bkz. ÇETİNGİL-KENDER-ÜNAN (2011), s. 278.

değil, başlayacağı an olarak tezahür etmektedir. Ancak doktrinde zamanaşımına ilişkin 1 yıllık sürenin; müşterek avarya paylaşımından doğan alacaklara ait miktarın ancak dispeç raporunun kesinleşmesinden itibaren kesinlik kazanacak olması dolayısıyla, e-TTK uyarınca da kabul edildiği üzere (m.1261, f.2), dispeç raporunun tasdikine ilişkin kararın kesinleşmesinden itibaren başlaması gerektiği yönünde görüşler de bulunmaktadır.³⁰

III. YORK ANVERS KURALLARI 2016 UYARINCA MÜŞTEREK AVARYAYA UYGULANACAK HÜKÜMLER

York Anvers Kuralları hem kabotaj taşımalarında hem de milletlerarası taşımalarda müşterek avarya hakkında uygulanan temel kurallar niteliğindedir.³¹ Her ne kadar, yukarıda işaret edildiği üzere; York Anvers 2016 Kuralları Milletlerarası Denizcilik Komitesi tarafından kabul edilmiş ve Türk hukuku uyarınca da geçerli olsalar da bugün itibarıyla halen uygulamada kuralların 1974 veya 1994 metinlerine başvurulduğu görülmektedir.³²

Kuralların harf kodlaması yapılan A-G bölümünde temel prensipler, 23 adet sayı kuralından oluşan müşterek avarya türleri ve paylaştırmaya dair özel hükümlerden oluşan iki bölümü ve bu bölümler arasındaki ilişkiyi gösteren Yorum Kuralı bulunmaktadır. Bu kurala göre uygulanabildikleri ölçüde sayı kodlu kurallar, harf kodlu kurallara göre önceliği sahiptir.³³ Ancak sayı kodlu kurallarda bulunmayan hususlar harf kodlu kurallar ile açıklığa kavuşturulmaktadır.³⁴

York Anvers Kuralları'nın ilk hükmünü teşkil eden Yorum Kuralı'nın ilk fıkrası uyarınca "müşterek avarya paylaştırmada aşağıdaki Kurallar, kendileriyle bağdaşmayan mevzuat ve uygulama dikkate alınmaksızın uygulanacaktır" denilmekle, müşterek avarya paylaşımını düzenlemekle görevli dispeççilerin York Anvers Kuralları'nı uygularken dispeci hazırladıkları yerin ulusal hukuk ve pratiğini de aynı zamanda dikkate almalarını önlemek ve hukukun birleştirilmesi düşüncesi içerisinde sözleşmesel tercihin bütünüyle yürümesini sağlamak amaçlanmıştır.³⁵ Kaldı ki emredici veya kamu düzenini ilgilendirici kuralların saklı olduğu hususunda da kurallarda bir istisna bulunmamaktadır.

³⁰ ÇETİNGİL-KENDER-ÜNAN-YAZICIOĞLU (2006), s. 219; AKAN (2012), s. 55; ALGANTÜRK LIGHT (2006), s. 140.

³¹ TTK Gerekeç, s. 377.

³² ALGANTÜRK LIGHT (2016), s. 201. York Anvers 1974 Kuralları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. ÇETİNGİL, Ergon (1982), "Müşterek Avaryada Yeni Düzenleme 1974 York Anvers Kuralları", BAKTIDER, Cilt: 11, Sayı: 4.

³³ ALGANTÜRK LIGHT (2004), s. 421.

³⁴ ÜLGENER, Fehmi (2000), Çarter Sözleşmeleri, İstanbul, s. 529.

³⁵ TEKİL (2000), s. 500.

Yorum Kuralı'nı takiben York Anvers Kuralları'nda harf ve sayı kodlu kurallara geçmeden önce Üstün Kural yer almaktadır. İşbu kural uyarınca "makul" ölçüler içinde yapılmayan fedakârlık ve masraflar için, hiçbir halde paylaşırma yapılmayacaktır.

York Anvers Kuralları'nın temel prensiplerini zikreden A ile G kurallarında, sırasıyla; müşterek avarya hareketinin tanımı yer almakta (Kural A) ve kurtarma faaliyeti olmaksızın çekilen ve itilen gemiler arasında da deniz sergüzeştinin olduğu (Kural B), müşterek avarya hareketinin ancak doğrudan doğruya sonucu olan zarar ve masrafların müşterek avaryaya kabul edileceği (Kural C), fedakârlık veya masrafa yol açan olayın deniz sergüzeştine katılan taraflardan birinin kusuru sonucu doğmuş olması durumunda dahi, müşterek avarya paylaşmasının yapılacağı (Kural D), müşterek avarya dolayısıyla talepte bulunan tarafın, paylaşılmasını istediği zarar veya masrafın müşterek avaryaya kabul edilebileceğini kanıtlamakla yükümlü olduğu (Kural E), müşterek avarya olarak kabul edilecek bir masrafın yerine yapılacak her ilave masrafın, varsa diğer ilgililerce elde edilebilecek tasarrufa bakılmaksızın, kaçınılan müşterek avarya tutarından fazla olmamak üzere müşterek avarya kabul edileceği (Kural F) ve müşterek avarya hesaplaşmasının, gerek zararlar gerekse paylaşmaya katılım bakımından, müşterek deniz sergüzeştinin son bulunduğu yer ve zamandaki değerler esas alınarak yapılacağı (Kural G) ifade edilmiştir.

Müşterek avarya türlerini ihtiva eden sayı kodlu kurallarda ise; yerleşmiş ticari teamüle uygun taşınan yükün denize atılmasının (Kural I), müşterek selamet uğruna yapılan fedakârlık sonucu doğan ziya ve hasarın (Kural II), gemide çıkan yangının söndürülmesinin (Kural III), geminin karaya oturtulmasının (Kural V), -belirli şartlar altında- kurtarma ücretinin (Kural VI), karaya oturmuş bir geminin makine ve kazanlarından herhangi birine, gemiyi yüzdürmek için sarf edilen gayretler yüzünden verilen hasarın (Kural VII), karaya oturmuş geminin hafifletilmesi giderleri ve bunun sonucu olan zararların (Kural VIII), yük, gemi malzemeleri ve kumanya veya bunlardan biri tehlike karşısında müşterek selamet için zaruret halinde yakıt olarak kullanılmış olmasının (Kural IX), barınma limanındaki giderlerin (Kural X), gemi adamlarının ücret ve bakım masrafları ile barınma limanına girme ve bu limandaki diğer masrafların (Kural XI),³⁶ boşaltmada yüke gelen zararın (Kural XII), müşterek avarya sayılacak fedakârlık nedeniyle meydana gelen hasarların geçici tamirlerinin (Kural XIV) ve müşterek avarya sonucu olan ziya veya hasarın neden olduğu navlun kaybının (Kural XV) müşterek avarya sayılacağı kabul edilmiştir.

³⁶ Barınma müşterek avaryasının tarihçesi için bkz. SÖZER, Bülent (1971), Barınma Müşterek Avaryası, Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt:5, Sayı:8.

Son olarak York Anvers Kuralları uyarınca paylaştırmaya dair şu özel hükümlerin benimsendiğini belirtmek gerekmektedir: fedakârlık sonucunda zayı olmuş veya hasarlanmış bulunan yükler için müşterek avaryaya kabul edilecek tutar, bu sebeple maruz kalınan zarara eşittir (Kural XVI), müşterek avaryaya katılma borcu, varlıkların müşterek deniz sergüzeştinin sonundaki gerçek net değerleri iledir (Kural XVII), gemi malikinin veya temsilcisinin haberi olmadan yüklenmiş veya yükleme sırasında kasten yanlış bildirilmiş yüklerin uğradığı ziya veya hasar müşterek avarya sayılmayacaktır (Kural XIX), müşterek avarya masraflarını karşılamak amacıyla kaynak sağlamak için satılan malların sahiplerinin bu sebeple uğradıkları kayıp müşterek avaryaya kabul edilecektir (Kural XX), müşterek avaryada dispecin yayınlanması tarihinden üç ay sonraya kadar müşterek avaryadaki harcama, fedakârlık ve iştiraklere faiz yürütülecektir (Kural XXI), müşterek avarya, kurtarma veya özel giderler için nakit teminat tahsil edildiği takdirde, bu tutarlar derhal dispeççiye havale edilecek ve onun tarafından, mümkün ise faiz getiren, özel bir hesaba, dispeççinin adına yatırılacaktır (Kural XXII) ve uygulanacak hukukun öngördüğü zamanaşımına ilişkin emredici hükümler saklı kalmak kaydıyla, müşterek avarya senetleri veya garantilerine ilişkin olanlar dâhil olmak üzere, müşterek avarya paylaşmasından doğan her türlü talep hakkı müşterek avaryaya dair dispecin yayınlanması tarihinden itibaren bir yıl içerisinde sona erecek, bununla beraber, bir talep hakkı, müşterek deniz sergüzeştinin sona ermesinden altı yıl sonra dava edilemeyecektir (Kural XXIII).

IV. TTK'NİN MÜŞTEREK AVARYAYI DÜZENLEYEN HÜKÜMLERİ VE YORK ANVERS 2016 KURALLARI ARASINDAKİ ÇATIŞMA: ZAMANAŞIMI HUSUSU

TTK'nın müşterek avaryaya ilişkin olarak yukarıda kısaca incelenen hükümlerinin; müşterek avaryanın tanımı ve unsurları ile müşterek avaryaya giren zarar ve ikame masrafları hususlarını York Anvers 2016 Kuralları ile aynı doğrultuda düzenledikleri, York Anvers 2016 Kuralları kapsamında düzenlenmeyen müşterek avarya borçluları ve teminat, alacaklıların rehin hakları, gemiye düşen garame payı için teminat, hapis hakkının kullanılması ile dispeç usulüne ilişkin hususları da York Anvers 2016 Kuralları'nı tamamlamak amacıyla sevk edildikleri tespit edilmektedir. Ancak TTK'da müşterek avaryaya ilişkin olarak sevk edilen son hüküm olan zamanaşımına ilişkin hüküm, York Anvers 2016 Kuralları'ndan farklılık arz etmektedir.³⁷

³⁷ TTK'nın müşterek avaryayı düzenleyen hükümleri ile York Anvers 2016 Kuralları'nın ilgili hükümleri arasındaki benzerlik, tamamlama ve farklılık ilişkisi için ayrıca bkz. KULA DEĞİRMENCİ, Nil (2018), "Legal Approach to Marine Accidents: A Comparative Research Between Turkish And International Perspectives", GLOBMAR 2018 - Global Maritime Conference, Cilt: 58, https://www.shs-conferences.org/articles/shsconf/pdf/2018/19/shsconf_globmar2018_01006.pdf, e.t. 25.06.2019.

Gerçekten TTK uyarınca benimsenen sistemde müşterek avarya garame payı alacakları bir yılda zamanaşımına uğrayacak (m.1285, f.1) ve zamanaşımı, geminin varma limanına, buraya varılamamışsa yolculuğun bittiği limana vardığı tarihten itibaren işlemeye başlayacaktır (m.1285, f.2). York Anvers 2016 Kuralları ise; müşterek avarya paylaşmasından doğan her türlü talep hakkının müşterek avaryaya dair dispeçin yayınlanması tarihinden itibaren bir yıl içerisinde sona ereceğini, bununla beraber, bir talep hakkının, müşterek deniz sergüzeştinin sona ermesinden altı yıl sonra dava edilemeyeceğini zikretmektedir (Kural XXIII). Her iki hüküm arasındaki farklılık, zamanaşımı süresinin başlangıcı ile zamanaşımına ilişkin bir üst sürenin sadece York Anvers 2016 Kuralları'nda sevk edilmesinde kendisini göstermektedir.

TTK ile York Anvers 2016 Kuralları'nın zamanaşımının başlangıcına ilişkin olarak farklı hükümlere yer vermelerinin temelinde; kanun koyucunun ilgili madde gerekçesinde işaret ettiği üzere,³⁸ müşterek avarya garame payı alacağının TTK uyarınca gemi alacaklısı hakkı veren alacaklardan olması (m.1320) ve bu nedenle bu alacağın zamanaşımı süresini başlatan an ile gemi alacağının verdiği kanuni rehin hakkının tabi olduğu hak düşürücü süreyi başlatan anın (m.1326, f.2) paralellik sağlaması amacı bulunmaktadır. Ancak aynı hususu (müşterek avarya) düzenleyen iki hukuk metninin (TTK ile York Anvers 2016 Kuralları) aynı konuyu (zamanaşımı) farklı hükümlere tabi kılmaları ile ortaya çıkabilecek sorunların ağırlığı, birbirinden farklı hukuki nitelikleri haiz süreleri (zamanaşımı ve hak düşürücü süre) aynı anda başlatmak gibi pratikte önem taşımayan bir amacın gerçekleştirilmesinden çok daha önemlidir.

Öte yandan, müşterek avarya garame payı alacağının bahsettiği gemi alacaklısı rehin hakkının TTK uyarınca tabi kılındığı 6 aylık hak düşürücü süre; geminin varma yerine ya da yolculuğun bittiği limana varması ile başlamakta, ancak bu rehin hakkı, genellikle bu zaman zarfında dispeç raporunun hazırlanmamış olması karşısında zaten kullanılmadan sona ermektedir. Bu durumda müşterek avarya garame payı, hukuken tahsil imkânını kaybetmese de gemi alacaklısı rehin hakkı korunmasından çıkarak basit bir alacak niteliğine dönüşmekte ve sadece bu şekilde tahsil edilebilir olmaktadır. Nitekim kanun tarafından öngörülen süre içinde daha dispeç raporu hazırlanmamış olduğundan ortada icra edilebilir ve dolayısıyla gemi alacaklısı hakkı ile güçlendirilmiş bir alacak olmayacaktır. İşbu süre içerisinde dispeç raporunun hazırlandığı ve rapor uyarınca icra edilebilecek alacağın bu şekilde gemi alacaklısı rehin hakkı ile güçlendirildiği bir vakada dahi, müşterek avarya garame payı alacaklarına tanınan rehin hakkının, diğer gemi alacaklarına tanınan rehin haklarından sonra geldiği (m.1324) gerçeği ile karşılaşılabilmektedir. Sonuç olarak, TTK ile York Anvers 2016 Kuralları arasında yaratılması gereken uyum ve tamamlayıcılık ilişkisi; uygulamada dispeç raporunun

³⁸ TTK Gerekçe, s. 380.

geç hazırlanması dolayısıyla sıklıkla zaten düşen ya da tüm diğer gemi alacaklısı rehin haklarından sonra gelen ve dolayısıyla uygulamada işlevi neredeyse bulunmayan rehin hakkının tabi kılındığı hak düşürücü süre başlangıcı ile uyum sağlanması amacıyla zedelenmektedir.

Özetle, kanun koyucu, bir yandan tavsiye nitelikli de olsa tüm dünyada oldukça sık olarak kullanılan York Anvers Kuralları'nı Türk müşterek avarya hukuku için ilk defa bu denli açık olarak iç hukuk normu mahiyetinde TTK uyarınca kabul ederken (m.1273), diğer yandan müşterek avarya garama payı alacakları için uygulama kabiliyeti –tabi olduğu hak düşürücü süre nedeniyle- çok nadir olan gemi alacaklısı hakkına dair hükümlere paralellik sağlamak amacıyla bu kurallara aykırı bir hüküm getirmekte (m.1285) ve TTK'nın kendi içinde çelişmesine sebebiyet vermektedir. Her ne kadar TTK m.6 ticari hükümler koyan kanunlarda öngörülen zamanaşımı sürelerinin, kanunda aksine düzenleme olmadıkça, "sözleşme" ile değiştirilemeyeceğini zikretmekte olsa ve bu hüküm kapsamında York Anvers Kuralları'nın sözleşmesel niteliği önceliğin TTK'nın müşterek avarya hukukunda zamanaşımına ilişkin hükmünün uygulanmasında olduğu düşüncesini doğursa da York Anvers Kuralları'nın yukarıda işaret edildiği üzere m.1273, f.1 ile bir Türk iç hukuk normu haline getirilmesi dolayısıyla bu hüküm ile işaret edilen kuralların "sözleşmesel" niteliğinden bahsetmek ve işbu hükmü işleterek bir çözüme ulaşmak da mümkün olmayacaktır.

Sonuç olarak TTK ile ihdas edilen müşterek avarya hukukunda zamanaşımı gibi usul açısından oldukça önemli bir konunun York Anvers Kuralları uyarınca öngörül- düğü gibi dispecin yayınlanması tarihinden itibaren mi yoksa TTK uyarınca öngörül- düğü gibi varma/yolculuğun bittiği limana varılması ile mi çözümleneceği açık değildir. Bu anlamda kanun kuvvetini haiz iki norm arasında uygulanacak hükümler açısından bir ihtilaf olduğu açıkken bu ihtilafın çözümü için bir takım ilkelerin incelenmesi gerek- mektedir.

V. ÜSTÜNLÜK VERİLECEK HÜKÜM: TTK m. 1285 mi YORK ANVERS 2016 KURALLARI Kural XXIII mi?

Toplumsal yaşamı düzenleme amacı güden hukuk normlarında yer alan hükümler arasında bir çatışma olmaması gerekirken, yukarıda da işaret edildiği gibi bazı durumlarda aynı konuyu düzenleyen hükümler arasında çatışmalar ortaya çıkabilmektedir. Bu çatışmalar, genellikle; birbiri ile tamamen çelişen iki hükmün varlığından ziyade, uygulamada bu hükümlerden hangisine üstünlük verileceği sorunsalı olarak ortaya çıkmaktadır.

Hukuk uygulamasında bu çatışmaların giderilmesi için önemli ilkeler benimsenmiş ve uygulanagelmıştır. *Lex superior derogat legi inferiori* (*lex superior*; üst norm alt normu ilga eder) ilkesinin temelinde, hukuk düzenini oluşturan ve hukukun "mev-

zuat” adı verilen yazılı kaynakları arasında hiyerarşik bir düzen öngören “normlar hiyerarşisi teorisi” bulunmaktadır. Hiyerarşik bir düzen öngören normlar hiyerarşisinin iki temel sonucu bulunmaktadır. Bunlardan ilki; bir normun kendisinden önce yer alan normlarda bulunan hükümlere aykırı hükümler ihtiva edememesi iken, diğeri bir normun kendisinden sonra gelen normlara göre daha genel nitelikli olmasıdır.

Lex posterior derogat legi priori (*lex posterior*; sonraki norm önceki normu ilga eder) ilkesi uyarınca normlar hiyerarşisinde aynı sırada yer alan ve birbiriyle çatışan hükümleri haiz iki norm varsa, bunlardan sonraki tarihte kabul edilmiş normun ilgili hükmünün, önceki tarihte kabul edilen normun ilgili hükmünü ilga ettiği kabul edilir.

Normlar hiyerarşisinin aynı sırasında yer alan iki normun aynı tarihli olması ya da aynı normda yer alan hükümlerin birbirleri ile çatışmaları durumunda ne *lex superior* ne de *lex posterior* ilkelerinin uygulama alanı bulabilecekleri söylenebilir. Bu durumda Roma hukuk uygulamasında kaynağını bulan *lex specialis derogat lex generalis* (*lex specialis*; özel norm genel normu ilga eder) ilkesi uygulanabilir. Bu ilkeye göre; hukukun özel hükümleri, kendilerince belirlenmiş dar kapsam içinde, kapsamı ve uygulama alanı geniş olan genel hükümleri etkisiz bırakırlar. Böylece, normlar hiyerarşisinde aynı sırada yer alan ve aynı tarihli olan iki normun hükümleri arasındaki çatışma, genel nitelikli normun hükmünün uygulanmasının bertaraf edilmesi suretiyle giderilebilir; istisna nitelikli normun hükmü, genel hükümden önce uygulanır.

Yukarıda açıklandığı üzere, York Anvers Kuralları ile TTK'nın müşterek avarya hukukunda zamanaşımını düzenleyen hükümleri arasında açık bir çatışma bulunmaktadır. York Anvers Kuralları bir milletlerarası sözleşme niteliğini haiz olmadıklarından ve kurallara TTK uyarınca bizzat uygulanacak hukuk değeri verildiğinden, her iki normun “kanun” değerini haiz olduğu ve böylelikle aralarında hiyerarşik bir ilişki kurulamayacağı açıktır. Bu durum, işbu çatışmanın çözümünde *lex superior* ilkesinin uygulanması suretiyle hangi normun uygulanacağını tespit etmenin mümkün olmayacağını göstermektedir. Sorunun çözümünde geriye *lex posterior* ve *lex specialis* ilkelerinin tetkiki kalmaktadır.

Normlar hiyerarşisinde aynı sırada yer alan ve birbiriyle çatışan hükümleri haiz iki normdan sonraki tarihte kabul edilmiş normun ilgili hükmünün, önceki tarihte kabul edilen normun ilgili hükmünü ilga ettiğinin kabul edildiği *lex posterior* ilkesini tetkik etmekle de işbu çatışma çözümünde geçerli bir sonuca varılamayacağı düşünülmektedir. Nitekim York Anvers 2016 Kuralları bir milletlerarası sözleşme niteliğini haiz olmadıklarından, bu kuralların bir Onay Kanunu ile Resmi Gazete’de yayımlanmak suretiyle yürürlüğe girmeleri durumu söz konusu değildir ve dolayısıyla Türk hukuku açısından kendilerine özel bir yürürlük tarihleri bulunmamaktadır. Nitekim bu kurallar, TTK uyarınca uygulanacak hukuk niteliğini kazandıklarından, TTK ile aralarında bir öncelik sonralık ilişkisini haiz olmayacaklardır. Bir ihtimal kuralların çevirisinin yukarıda

işaret edildiği üzere Hazine ve Maliye Bakanlığı tarafından, 19.02.2019 tarih ve 30691 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmış olmasına dayanılarak TTK’ya göre öncelikli olarak uygulanmaları gerektiği savunulabilse de bu savunmanın bu tarihin kuralların “yürürlük tarihi” olmadığından tek başına yeterli olmayacağı, ancak aşağıda işaret edilen *lex specialis* ilkesinin uygulanmasını destekleyeceği düşünülmektedir.

Gerçekten *lex specialis* ilkesinin de tetkiki gerekmektedir. İşbu ilke, yukarıda işaret edildiği üzere, hukukun özel hükümlerinin, kendilerince belirlenmiş dar kapsam içinde, kapsamı ve uygulama alanı geniş olan genel hükümleri etkisiz bırakacaklarını kabul etmektedir. York Anvers 2016 Kuralları dünya çapında “müşterek avarya hukuku”nu, belirli aralıklarla yenilenmek suretiyle, düzenleyen kurallar bütünüdür. TTK 5.Kitap hükümleri ise deniz ticaretine ilişkin hükümler sevk etmektedir. Her iki norm arasında özellik-genellik ilişkisi sorgulandığında York Anvers 2016 Kuralları’nın müşterek avaryayı TTK’ya göre özel olarak düzenlediği sonucuna varılabilecektir. İşbu ilkenin uygulanmasıyla, zamanaşımı hususunda York Anvers 2016 Kuralları ile TTK hükümleri arasında tezahür eden işbu çatışmanın, York Anvers 2016 Kuralları’nın aynı konuda düzenleme getiren TTK hükümlerine göre öncelikli olarak uygulanması suretiyle çözümlenmesi gerektiği düşünülmektedir.

SONUÇ

Müşterek avarya hukuku, ilgililerinin birçok ülkeden olması dolayısıyla oldukça küresel özelliği haiz olmasına rağmen deniz ticaret hukukunun birçok alanında olduğunun aksine emredici bir milletlerarası hukuk metni ile düzenlenmemektedir. Durumun yaratabileceği güvensizlik ve belirsizlik sorunu uzun yıllardan bu yana yaygın olarak hemen her taşıma senedinde kendilerinde atıfta bulunulan ve ancak bu yolla uygulanabilen York Anvers Kuralları’nın varlığı ile giderilmektedir. Bu yaygın uygulama öyle bir seviyeye gelmiştir ki bugün Türk deniz ticaret hukukunun temel kaynağı olan TTK 5. Kitap hükümlerinde açık olarak Türkçe’ye çevrilip yayımlanmış olan en son tarihli York Anvers Kuralları’na atıfta bulunulmuş ve bu kurallar, aksi taraflarca kararlaştırılmadıkça Türk müşterek avarya hukukunu temsil eder hale gelmişlerdir. TTK’da bu anlamda yer alan diğer hükümlerin ise hem TTK Gereğe’de hem de doktrinde işaret edildiği üzere York Anvers Kuralları’nı “tamamlamak” üzere sevk edildikleri kabul edilmektedir.

TTK’nın ilgili hükümleri ile en son tarihli Türkçe tercümesi yayımlanmış olan York Anvers 2016 Kuralları arasında yukarıda işaret edildiği üzere olması gereken “tamamlayıcılık” ilişkisi, TTK’nın müşterek avaryaya ilişkin olarak sevk ettiği zamanaşımını düzenleyen hükmü ile zedelenmektedir. Kanun koyucu, zamanaşımını; e-TTK ve York Anvers 2016 Kuralları’ndan farklı olarak ancak gemi alacaklısı hakkına ilişkin hükümlerine paralel olacak şekilde, geminin varma yerine ya da yolculuğun bittiği yere varması ile başlatmayı tercih etmiştir. Ancak bu andan sonra müşterek avarya garama

payı alacaklarına tanınan 6 aylık kanuni rehin hakkı (m.1326), müşterek avaryaya dispecinin hâlihazırda sıklıkla henüz yapılmamış olması dolayısıyla uygulamada zaten hak düşümüne uğramaktadır. Dolayısıyla kanun koyucu, uygulama kabiliyeti oldukça düşük gemi alacaklısı hakkından kaynaklanan kanuni rehin hakkına uyumu sağlamak amacıyla müşterek avaryaya hukukunda bir iç hukuk normu olarak kabul edilen York Anvers Kuralları'ndan farklı bir hüküm sevk etmekte ve bu şekilde hangi hükmün zamanlaşımının başlangıcı için uygulanacağı sorunsalını ortaya çıkarmaktadır.

Ortaya çıkan işbu sorunun çözümü için hukuk tarafından benimsenen bazı ilkelerin tetkiki gerekmektedir. York Anvers Kuralları emredici bir milletlerarası sözleşme niteliğini haiz olmadıklarından TTK ile aralarında hiyerarşik bir düzen kurulamayacak böylece hangi hükmün diğerine öncelikli olarak uygulanacağı *lex superior* ilkesinin tatbiki ile çözümlenemeyecektir. Yine York Anvers Kuralları TTK'nın ilgili hükmünde yer alan atıf ile yürürlüğe girdiklerinden TTK ile aralarında öncelik sonralık ilişkisinin kurulması ve böylece *lex posterior* ilkesi uyarınca sonra yürürlüğe giren hükmün uygulanması çözümüne başvurulması da uygulanabilir görülmemektedir. Ancak York Anvers Kuralları'nın müşterek avaryaya hukukunu TTK'nın deniz ticaret hukukunu düzenleyen 5.Kitap hükümlerine göre özel olarak düzenliyor olmaları, her iki hüküm arasında *lex specialis* ilkesinin uygulanabilir olması sonucunu doğurmakta ve müşterek avaryaya hukukunda zamanlaşımının York Anvers 2016 Kuralları'nda kabul edildiği üzere "dispecin yayınlanması tarihinden itibaren" başlaması kabulünün benimsenmesine yol açmaktadır. Bu şekilde milletlerarası yaygın uygulama ile de uyum sağlanacağı ve hukuk güvenliği ve belirliliğinin tesis edileceği düşünülmektedir.

KAYNAKLAR

- ALGANTURK LIGHT, Didem (2004), "York-Anvers Kuralları 2004 Hakkında Genel Bir İnceleme", AÜEHFD, Cilt: VIII, Sayı: 3-4, ss. 419-437.
- ALGANTÜRK LIGHT, Didem (2005), York Anvers Kuralları 2004 Müşterek Avarya (Tarihi Düzenlemeleri ile Karşılaştırmalı Olarak), 2. Bası, İstanbul.
- ALGANTÜRK LIGHT, Didem (2006), "TTK Tasarısı'nın Deniz Ticareti Başlıklı Beşinci Kitabı ile Getirilen Düzenlemeler ve Değerlendirmeler", İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Yıl: 5, Sayı:10, ss. 123-146.
- ALGANTURK LIGHT, Didem (2015), "How Have General Average Concepts Developed Across Maritime Countries And Jurisdictions?", İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Cilt:14, Sayı: 28, ss. 1-12.
- ALGANTÜRK LIGHT, Didem (2016), "York Anvers Kuralları 2016, Revizyon Çalışmalarına İlişkin Değerlendirmeler", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt: 22, Sayı: 3, ss. 191-201.
- AKAN, Pınar (2012), "Deniz Kazalarında Görülen Temel Hukuki Sorunlar (6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Hükümleri Uyarınca)", Hukuk Biliminin Güncel Sorunları, III. Uluslararası Kongre Bildiri Kitabı, C:2 (Özel Hukuk), Samsun 2012.
- ARSEVEN Haydar (1961), Müşterek Avaryalar: Umumî Prensipler ve Müşterek Avarya Halleri, İstanbul.
- ATAERGİN, Vehbi Selim (1995), "Genel Avarya ve York Anvers Kuralları 1994 Değişiklikleri", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt:9, Sayı:1-3.
- AYBAY, Gündüz- ERGİNEL, Erdem-KARTAL, Hülya-BİÇER, Esra-GÜLER, Işıl (1995), York Anvers Kuralları 1994 ve Türk Ticaret Kanunu'nu Müşterek Avarya ile İlgili Hükümleri ile York Anvers Kuralları 1950, 1974 Metinleri, İstanbul.
- BARLAS, Nami (1984), Yangın Söndürme Müşterek Avaryası, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt:1, Sayı:1-4, ss. 479-504.
- CANER, Oğuz (2003), "York Anvers Kurallarında Çevre Kirlenmesi ve 1994 Yılında Bu Konuda Yapılan Yeni Düzenlemeler", Prof. Dr. Fahiman Tekil'in Anısına Armağan, İstanbul, ss. 93-11.
- CİVİR ENGİN, Mehtap (2012), "6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu ve Müşterek Avarya", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Özel Sayı, Cilt: 18, Sayı: 2, ss. 507-514.
- ÇETİNGİL, Ergon (1982), "Müşterek Avaryada Yeni Düzenleme 1974 York Anvers Kuralları", BATIDER, Cilt: 11, Sayı: 4.

- ÇETİNGİL, Ergon (2000), “Kurtarma Müşterek Avaryası”, Prof. Dr. Tahir Çağa’ nın Anısına Armağan, İstanbul.
- ÇETİNGİL, Ergon-KENDER, Rayegan-ÜNAN, Samim-YAZICIOĞLU, Emine (2006), “*Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Hakkındaki Değerlendirmeler*”, Deniz Hukuku Dergisi, Özel Sayı, İstanbul 2006.
- ÇETİNGİL, Ergon-KENDER, Rayegan-ÜNAN, Samim (2011), Müşterek Avarya Hukuku, İstanbul.
- FELDE, Leon S. (1953), “General Average and the York-Antwerp Rules”, Tulane Law Review, Cilt: 27, Sayı:46, ss. 406-456.
- GÜNER, M. Deniz (2000), Türk Hukukunda Dispecin Hazırlanması ve Uygulanması, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt: LVIII, Sayı: 1-2, ss. 149-188.
- KARAN, Hakan (2005), “The Draft Turkish Maritime Law”, Journal of Maritime Law and Commerce, Cilt: 36, Sayı: 4, ss. 477-486.
- KENDER, Rayegan- ÇETİNGİL, Ergon- YAZICIOĞLU, Emine (2014), Deniz Ticareti Hukuku, Temel Bilgiler, Cilt:I, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş On Dördüncü Baskı, İstanbul.
- KULA DEĞİRMENCİ, Nil (2018), “Türk Deniz Ticaret Hukukunda Uygulanagelen Hükmeler Arasındaki “Bertaraf Edici”, “Tamamlayıcı” ve “Seçimlik” İlişkiler”, UTDER, Cilt: 7, Sayı:2, ss.257-292.
- KULA DEĞİRMENCİ, Nil (2018), “Legal Approach to Marine Accidents: A Comperative Research Between Turkish And International Perspectives”, GLOBMAR 2018 - Global Maritime Conference, Cilt: 58, https://www.shs-conferences.org/articles/shsconf/pdf/2018/19/shsconf_globmar2018_01006.pdf, e.t. 25.06.2019.
- OKAY, Sami (1958), “Müşterek Avarya Hukukunun Kısa bir Tarihçesi”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt:24, Sayı: 1-4, ss. 289-308.
- SÖZER, Bülent (1971), Barınma Müşterek Avaryası, Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt:5, Sayı:8.
- TBMM (2011), Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/324), Dönem:23, Yasama Yılı:2, Sıra Sayısı:96 [TTK Gerekçe].
- TEKİL, Fahiman (1965), Türk Hukukunda Müşterek Avarya, İstanbul.
- TEKİL, Fahiman (2000), “*Deniz Kazaları, Deniz Kirlenmesi ve Deniz Sigorta Hukuku ile ilgili Bazı Sorunlar*”, Prof. Dr. Tahir Çağa’ nın Anısına Armağan, İstanbul, ss.483-537.

YANCEY, Benjamin Y. (1950), "York-Antwerp Rules 1950", Loyola Law Review, Cilt: 6, ss. 121-143.

Yararlanılan Mahkeme Kararları

- Y.11.H.D, 19.06.1980, E. 1980/2431, K. 1980/3263.
Y.11.H.D, 30.06.1980, E. 1980/3429, K. 1980/3533.
Y.11.H.D, 30.06.1983, E. 1983/2666, K. 1983/3428.
Y.11.H.D, 01.06.1984, E. 1984/2591, K. 1984/3223.
Y.11.H.D, 06.02.1985, E. 1984/6433, K. 1985/466.
Y.11.H.D, 11.10.1985, E. 1985/4957, K. 1985/5255.
Y.11.H.D, 29.06.1999, E. 1999/3119, K. 1999/6022.
Y.11.H.D, 12.03.2002, E. 2001/10475, K. 2002/2260.
Y.11.H.D, 12.10.2004, E. 2003/13491, K. 2004/9669.
Y.11.H.D, 28.05.2012, E. 2002/1447, K. 2002/5320.

4857 SAYILI İŞ KANUNU KAPSAMINDA İŞ SÖZLEŞMESİNİ FESİH HAKKINI KULLANMA SÜRESİ*

*Duration to Use Termination Right of a Labour Contract Under the Scope of Labor
Law 4857*

Doç. Dr. Yusuf YİĞİT**

ÖZ

İş sözleşmesi taraflar arasında sürekli ilişki kurma özelliğine sahiptir. Ancak bu süreklilik ihtiyaçlar gereği bitebilir. Sürekli iş ilişkilerinin sona erdirilmesinde temel sorunlardan biri de bu girişimin hak kaybına uğramayı engellemek için belirli bir süre içinde gerçekleştirilmesidir. Ancak bu süre tarafların iş sözleşmesini sona erdirme iradesine etki eden (haklı veya geçerli) sebeplere göre değişiklik gösterebilir. Bazen kanunun belirlediği kısa süre içinde, bazen de olayın koşulları içinde makul süre içinde hareket etmek gerekebilir. Şüphesiz ki, bu konuda gecikmek hukuki ilişkiyi hak kaybına uğramadan ortadan kaldırma (feshetme) yetkimizi sona erdirebilir.

Çalışmamızda iş sözleşmesinin taraflarca haklı veya geçerli sebeplerle feshinde, bu yetkilerini kullanırken hareket etmeleri gereken sürelerle değinilecektir.

ANAHTAR KELİMELER: İş Sözleşmesi, Fesih, Geçerli Fesih, Haklı Fesih, Hak Düşürücü Süre.

ABSTRACT

The labour contract is capable of establishing a continuous relationship between the parties. However, this continuity might end due to a necessity. One of the main problems in terminating continuous labour relationships is that this initiative is carried out over a period of time in order to prevent loss of rights. However, this period can change according to the reasons (right or valid) affecting the will of the parties to terminate the labour contract. Sometimes it is necessary to move within the short period of time determined by the law, sometimes it may be necessary to move within an incident's reasonable time. Undoubtedly, delaying this period may terminate our right to end labour contract without legal loss.

In our study, the termination of the employment contract by the parties for justifiable or valid reasons and the durations of time to use their right will be discussed.

KEY WORDS: Labour Contract, Termination, Valid Termination, Justified Termination, Deprivation Period.

* Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 03.10.2019

Kabul Edildiği Tarih: 23.10.2019

DOI Numarası: [10.15337/suhfd.628696](https://doi.org/10.15337/suhfd.628696)

** Çanakkale Onsekiz Mart Üniversitesi, Biga İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

E-mail Adresi: yigit544@gmail.com

ORCID ID: [0000-0002-4563-829X](https://orcid.org/0000-0002-4563-829X)

1. GİRİŞ

Hukukumuzda iş sözleşmesini fesih hakkı hem işçi hem de işverene tanınmıştır. Fesih hakkı feshe ilişkin sebeplerin ortaya çıkmasıyla birlikte, belirli bir süre zarfında onu kullanmayı gerekli kılar. Şüphesiz ki bu hak sebebin ortaya çıkmasından itibaren uzun bir süre içinde değil, ya Kanun tarafından düzenlenmiş bağlı bir süre içinde ya da belirli bir süre konulmamışsa feshe ilişkin şartlar çerçevesinde hakkaniyet koşulları gereği uygun bir süre içinde kullanılmalıdır. Aksi halde iş sözleşmesini fesih hakkı son bulacaktır. Fesih hakkına ilişkin süre sınırlaması, işveren yanında işçi açısından da önem arzeden bir durumdur. Şüphesiz ki, fesih hakkının bir süre ile sınırlı tutulmasının, diğer taraf üzerinde sürekli bir biçimde baskı aracı olarak kullanılmasını engellemeye dönük bir amacı vardır.

Fesih hakkı için gereken sürenin niteliği, feshin süreli mi yoksa derhal mi gerçekleştiği olgusuna bağlı olarak değişiklik göstermektedir. Derhal fesih hakkının kullanımında kanun tarafından düzenlenen süreler hak düşürücü nitelikte belirlenmişken, süreli fesih hakkının kullanımında ise makul süreler zarfında hareket edilmesi beklenmektedir. Bunda özellikle işçinin iş güvencesi kapsamında olup olmadığı da önem taşımaktadır.

4857 sayılı İş Kanunu açısından derhal fesih hakkının kullanımında gerekli hak düşürücü sürelerin başlangıcı açısından hangi anın esas alınacağı uygulamada tartışmalara neden olmaktadır.

Öte yandan özellikle derhal fesih hakkının kullanımında gerekli hak düşürücü sürelerin, sebebinin devamlılığı (örneğin devamsızlık, ücretin ödenmemesi gibi sebepler) nedeniyle nasıl değerlendirilmesi ve hak düşürücü sürenin işleyip işlemeyeceği sorunlara sebep olmaktadır.

Şüphesiz ki, feshin süresinde yapılmamış olmasının iş hukuku açısından hem işçi için hem de işveren için ortaya çıkardığı sonuçlar da bulunmaktadır. Bunlar feshi haksız veya geçersiz hale getirirken, tarafların birbirinden tazminat taleplerini de haklı kılmaktadır.

Bu çalışmada, 4857 sayılı İş Kanunu açısından iş sözleşmesi taraflarının gerek süreli fesihlerde gerek derhal fesihlerde, fesih hakkını kullanma süresi değerlendirme konusu yapılacak ve bu hakka ilişkin özel durumlar Yargıtay kararları ışığında açıklanmaya çalışılacak ayrıca konu bakımından gerekli olduğu ölçüde İş Kanunu ile diğer iş kanunları ile olan farklılıklara da değinilecektir.

2. İŞ SÖZLEŞMESİNİ FESİH HAKKINA GENEL BAKIŞ

Bozucu yenilik doğurucu bir hak olarak fesih beyanı, taraflardan birinin tek taraflı bir irade açıklamasına dayalı olarak sözleşmeyi sona erdirmesidir¹. Böylece sürekli bir sözleşme ilişkisi geleceğe etkili olarak ortadan kalkmaktadır². Fesih, muhatabın hakimiyet alanına ulaştığı andan itibaren hüküm ve sonuçlarını doğurmaya başlar³.

Fesih süreli (bildirimli – olağan) ve süresiz (bildirimsiz – derhal – olağanüstü) fesih olarak ikiye ayrılmaktadır. Süreli fesihte sözleşmeye dayalı ilişki, fesih beyanı muhataba ulaştıktan belirli bir süre geçtikten sonra ortadan kalkar. Bu nedenle bu feshе, süreli fesih adı verilmektedir⁴. Süresiz fesihte ise sürekli sözleşme ilişkisi, fesih beyanının muhataba ulaşması ile derhal sona ermektedir⁵.

İş Hukukunda süreli fesih, İş Kanunu'nun 17. maddesinde düzenlenmiş bulunan bildirim sürelerine uymak (İK, m.17/2) veya bu sürelerle ilişkin ücretin peşin ödemesi suretiyle gerçekleştirilebilmektedir (İK, m.17/5). Süreli fesih hakkının kullanımı kanun hükmü gereği belirsiz süreli iş sözleşmesinin varlığı durumunda geçerlidir (İK, m.17/1).

İş Kanunu'nun 17. maddesinin 2. fıkrası gereği, iş sözleşmelerinin, işin altı aydan az sürmüş olması durumunda işçi için bildirim karşı tarafa yapılmasından başlayarak iki hafta, işin altı aydan bir buçuk yıla kadar devam etmiş olması durumunda işçi açısından bildirim diğer tarafa yapılmasından itibaren dört hafta, işin bir buçuk yıldan üç yıla kadar devam etmiş olan işçiler açısından bildirim diğer tarafa yapılmasından itibaren altı hafta, işin üç yıldan fazla devam etmesi durumunda işçi için bildirim yapılmasından itibaren sekiz hafta sonra iş sözleşmesi feshedilmiş sayılacaktır.

Öte yandan iş güvencesi kapsamına giren işçiler açısından süreli fesih yöntemine başvurulması, iş sözleşmesinin salt belirsiz süreli olmasıyla değil, aynı zamanda geçerli sebeplerin varlığı durumunda mümkündür (İK, m.18/1). Hatta iş güvencesi

¹ Mollamahmutoglu, Hamdi/ Astarlı, Muhittin/Baysal, Ulaş, İş Hukuku, 6.B, Ankara, 2014, s.403 vd; Eren, Fikret, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 16.B, Ankara, 2014, s.1259; Süzek, Sarper, İş Hukuku, 16.B, İstanbul, 2019, s.516; Narmanlioğlu, Ünal, İş Hukuku – Ferdi İş İlişkileri, İstanbul, 2012, s.349, 350; Sümer, Haluk Hadi, İş Hukuku, 23.B, Ankara, 2018, s.98 vd; Akyiğit, Ercan, İş Hukuku, 10.B, Ankara, 2014, s.200 vd; Şakar, Müjdat, İş Hukuku Uygulaması, İstanbul-2014, s.130 vd; Demir, Fevzi, En Son Yargıtay Kararları Işığında İş Hukuku ve Uygulaması, 11.B, İzmir, 2018, s.306 vd.

² Eren, s.1259; Süzek, s.516; Narmanlioğlu, s.349, 350.

³ Eren, s.1259.

⁴ Eren, s.1260; Süzek, s.517; Narmanlioğlu, s.349; Sümer, İş Hukuku, s.98 vd; Akyiğit, s.200 vd; Şakar, s.130 vd; Demir, s.306 vd.

⁵ Eren, s.1260; Süzek, s.517; Narmanlioğlu, s.349, 350.

kapsamındaki işçilerin iş sözleşmelerinin süreli fesih sebebinin yazılı ve açık bir şekilde belirtilmesi ve işçinin davranışı ve verimi ile ilgili fesih nedenleri söz konusu olduğunda yazılı savunmasının alınması zorunludur (İK, m.19)⁶. İş güvencesine tabi iş ilişkilerinde feshin geçerli nedene dayandığını işverenin ispat etmesi zorunludur (İK, m.20/2).

İş hukukunda süreli fesih hakkına, 5953 sayılı Basın İş Kanunu'nda⁷ da yer verilmiştir. Hükme göre, işveren, hizmet süresi beş yıla kadar olan gazeteciler için yazılı bildirimden başlayarak bir ay, beş yıldan fazla olanlar için ise üç aylık ihbar süresine uymak suretiyle gazetecinin iş sözleşmesini feshedebilecektir (BİK, m.6/4). İhbar süresine ait ücret tutarı peşin ödenerek de sözleşme feshedilebilir (BİK; m.5/2). Gazeteci de en az bir ay evvel işverene yazılı ihbarda bulunmak suretiyle iş akdini her zaman feshedebilir (m.7)⁸. Basın İş Kanunu'nun 6. maddesinin son fıkrası gereği İş Kanunu'nun 18, 19, 20, 21 ve 29. maddesi hükümleri Basın İş Kanunu kapsamındaki gazetecilere de kıyas yoluyla uygulanabilecektir (m.6/son)⁹.

854 sayılı Deniz İş Kanunu'na göre, süresi belirsiz iş sözleşmeleri kural olarak gemiadamının işe alımından itibaren altı ay geçmedikçe bozulamaz (DİK, m.16/A). Kanuna göre belirsiz süreli iş sözleşmesinin feshinden önce durumun diğer tarafa bildirilmesi gerekir (DİK, m.16/B). Hükümdeki bildirim önelleri 4857 sayılı İş Kanunu'nun 17. maddesinde belirtilen bildirim süreleri (İK, m.17/2) ile aynı şekilde düzenlenmiştir¹⁰.

Süreli feshe ilişkin hükümlere Türk Borçlar Kanunu kapsamına giren işçiler için de yer verilmiştir. Hükme göre, taraflardan her birinin, belirsiz süreli iş sözleşmesini bildirim sürelerine uyararak feshetme hakkı vardır (TBK, m.431). İş sözleşmesi; bildirim karşı tarafa ulaşmasından itibaren, kıdemi bir yıla kadar devam etmiş olan işçi için iki hafta; bir yıldan beş yıla kadar devam etmiş işçi için dört hafta ve beş yıldan fazla devam etmiş işçi için altı hafta sonra sona erecektir (TBK, m.432/2). Belirtelim ki, bu süreleri kısaltmak mümkün değildir. Ancak sözleşmelerle artırılması mümkündür.

⁶ İş güvencesinin kapsamına girmeyen işçiler, fesih bildirim sürelerine uyulmamışsa ihbar tazminatı (İK, m.17/4), işverenin fesih hakkını kötüye kullanması durumunda ise kötüye kullanımın ispatı şartıyla kötüniyet tazminatı veya sendikal nedenle fesih durumu ortaya çıkar ve ispatlanırsa sendikal tazminat (İK, m.17/6; STİSK, m.25/4-5) ve ayrıca gerekli şartlar mevcutsa maddi ve manevi tazminat ile kıdem tazminatı talep edebilirler (1475 sayılı İş Kanunu, m.14). **Süzek**, s.518.

⁷ "Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanun" R.G., 10.01.1961, 10703.

⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. **Şakar**, s.311.

⁹ Bkz. **Sümer, Haluk Hadi**, Bireysel Basın İş Hukuku, 2.B, Ankara, 2016, s.153-215.

¹⁰ Bkz. **Bedük, Mehmet Nusret**, Deniz İş Sözleşmesi, Bursa, 2012, s.239 vd.

(TBK, m.432/3). Öte yandan işveren, bildirim süresine ait ücreti peşin vererek iş sözleşmesini feshedebilir (TBK, m.432/4)¹¹.

Haklı nedenle derhal fesih yani süresiz fesih hakkı ise İş Kanunu'nun 24 ve 25. maddelerinde düzenlenmiştir. Derhal fesihte, süreli fesihten farklı olarak iş sözleşmesinin belirsiz süreli olması şart değildir. (İK, m.24; İK, m.25). Süreli fesihte iş sözleşmesi bildirim süresinin sonunda ortadan kalkarken, *süresiz* fesihte, sözleşme *derhal* sona ermektedir¹². Belirtilen madde hükümlerine bağlı *derhal* fesih hakkının ortaya çıkabilmesi için işçi açısından İş Kanunu'nun 24. maddesinin (I) – (III) hükümleri; işveren açısından ise yine aynı Kanunun 25. maddesinin (I) – (IV) hükümleri gereği haklı sebeplerin ortaya çıkmış olması gerekir¹³.

Basın İş Kanunu'nun 11. maddesi sözleşmenin *derhal* fesih hakkına yer vermiştir. Hükme göre, *“Bir mevkutenin veçhe ve karakterinde gazeteci için şeref veya şöhretini veya umumiyetle manevi menfaatlerini ihlal edici bir vaziyet ihdas edecek şekilde bariz bir değişiklik vukuu halinde gazeteci ihbar mühletini beklemeden akdi feshedebilir”* (BİK, m.11/1). Derhal fesih hakkına işveren için de yer veren 11.madde hükümüne göre, *“Vazifesinin ifasıyla ilgili hususlarda gazetecinin bilerek veya ağır bir ihmali neticesi olarak mevkutenin itibar veya şöhretine hanel verecek fiil ve harekette bulunması hali işverene ihbar mühletini beklemeden iş akdini derhal feshetmek hakkını veren ağır sebeplerden sayılır”* (BİK, m.11/3)¹⁴.

Deniz İş Kanunu'nun 14. maddesi deniz iş sözleşmesinin gerek işveren (veya vekili) tarafından gerek işçi tarafından *derhal fesih* hakkını ele almıştır. Nitekim hükme göre, süresi belirli veya belirsiz veyahut da sefer üzerine yapılan iş sözleşmesinin, gemiadamının, herhangi bir limanda geminin hareketinden önce gemiye dönerek hizmete girmemesi veya gemiye hiç dönmemesi (DİK, m.14/1-a), gemide iş görmesinin tutukluluk, mahkumiyet veya gemide çalışmaktan yasaklanması gibi nedenlerle imkansız hale gelmesi (DİK, m.14/1-b), işveren veya vekiline karşı kanuna, iş sözleşmelerine ve diğer iş ve çalışma koşullarına aykırı hareket etmesi (DİK, m.14/1-c), işveren veya işveren vekiline karşı denizcilik kural ve teamüllerine veya ahlak ve adaba aykırı hareket etmesi (DİK, m.14/1-ç) durumunda iş sözleşmesi işverence derhal feshedilebilecektir. Aynı şekilde ücretin kanun hükümleri veya iş sözleşmesi gereğince ödenmemesi (DİK, m.14/2-a), işveren veya işveren vekilinin gemiadamına karşı, kanuna, iş

¹¹ Mutlay, Faruk Barış/Güneş, Başak, “Yeni Borçlar Kanununun “Genel Hizmet Sözleşmesi’ne İlişkin Hükümlerinin İş Kanunu ve 818 sayılı Kanunla Karşılaştırılarak Değerlendirilmesi”, *Çalışma ve Toplum Dergisi*, S:30, 2011, s.231-288.

¹² Süzek, s.51; Kalkan, Arif, “İş Sözleşmesinde Fesih Halleri”, *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C:XIII, S.1, 2018, s.281 vd.

¹³ Süzek, s.518.

¹⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. Şakar, s.312 vd; Sümer, Bireysel Basın İş Hukuku, s.215 vd.

sözleşmelerine veya diğer iş koşullarına aykırı hareket etmesi (DİK, m.14/2-b), denizcilik kural ve teamüllerine veya ahlak ve adaba aykırı hareketlerde bulunması durumunda gemiadamı tarafından iş sözleşmesi derhal feshedilebilecektir. Ayrıca geminin herhangi bir sebeple otuz günden fazla bir süre ile seferden kaldırılması, gemiadamının kendisinin herhangi bir sebeple sürekli olarak gemide çalışmasına engel hastalığa veya sakatlığa maruz kalması hallerinde de hem işveren (veya vekili) tarafından hem de gemiadamı tarafından iş sözleşmesinin derhal feshi mümkündür (DİK, m.14/2)¹⁵.

Diğer yandan Türk Borçlar Kanunu kapsamında yer alan işçilerin iş sözleşmelerinin derhal fesih hakkına da yer verilmiştir. Türk Borçlar Kanunu'nun 435. maddesine göre tarafların her birinin haklı sebeplerle sözleşmeyi derhal fesih yoluyla sona erdirmesi mümkündür. Ancak sözleşmeyi fesheden tarafın fesih sebebini diğer tarafa yazılı olarak bildirim zorunluluğu vardır (TBK, m.435/1). Türk Borçlar Kanununa göre, haklı sebep kavramına açıklık getirilmiş, sözleşmeyi fesheden taraftan, dürüstlük kurallarına göre iş sözleşmesine dayalı iş ilişkisini düdümesi beklenemeyecek bütün durum ve koşulların haklı sebep olarak kabul edileceği hükme bağlanmıştır (TBK, m.435/2)¹⁶.

İş sözleşmesini fesheden taraf, fesih beyanında belirttiği sebeple bağlı olup daha sonra bu sebebi değiştiremez ve başka bir sebep ileri süremez. İş Kanunu'nun 19. maddesi gereği işveren iş güvencesi kapsamındaki işçilerin iş sözleşmelerini feshederken fesih sebebini açık ve kesin bir şekilde belirtmek ve fesih bildirimini yazılı yapmak zorundadır. Aksi durum feshin geçersizliği sebebidir (İK, m.20-21)¹⁷. Dolayısıyla fesih sebebini kesin olarak bildirilmesi, bu sebebini daha sonra değiştirilemeyeceği anlamına gelmektedir. Nitekim Yargıtay verdiği kararlarda, fesih sebebini değiştiremeyeceğini kabul etmektedir¹⁸. İş mevzuatımızda işverenin *derhal fesih hakkını*

¹⁵ Bkz. **Bedük**, s.239 vd; **Moral, Duygu/Kişi, Hakkı**, "Deniz Hizmet Sözleşmelerinin Sona Ermesi", **Dokuz Eylül Üniversitesi, Denizcilik Fakültesi Dergisi**, C:2, S:2, 2010, s.27 vd; **Tunç, Yusuf Erdem**, "Gemi Adamlarının Hizmet Sözleşmelerinin Sona Ermesi", **Sosyal Bilimler Dergisi**, Yıl: 4, S:17, Aralık, 2017, s.514 vd.

¹⁶ **Yangın, Dilek Dulay/Şişli, Zeynep**, "Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde İhbar Önellerinin Sözleşme İle Artırıldığı Hallerde İşçinin "İhbar Tazminatı" Sorumluluğu", **Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 4 (2), 2014, s.77-92; **Baskan, Ş. Esra**, "6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Rekabet Yasası Sözleşmesi", **Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2 (2) 2012, s.116-125; **Mutlay/Güneş**, s.231-288.

¹⁷ **Gerek, Nüvit**, "İşveren Tarafından Gerçekleştirilen Haksız Fesih-Usulsüz Fesih-Kötüniyetli Fesih", **Karatahta, İş Yazıları Dergisi**, S.2, 2015, s.1-17; **Narmanlıoğlu, Ünal**, "İşe Başlatmama Tazminatı", <https://journal.yasar.edu.tr/wp-content/uploads/2014/01/25-%C3%9Cnal-NARMANLIO%C4%9ELU.pdf> (11.11.2019); **Aras, Talip**, "İş Güvencesinden Yararlanmanın Koşulları ve Emredicilik", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S:119, 2015, s.429 vd.

¹⁸ Y9HD, 03.02.2005, 1084/27501, (www.legalbank.net, 20.08.2019). Ayrıca konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Baycık, Gaye**, "İş Akdini Fesih Sebebini Değiştirilmesi", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2006, C:55, S:1, s.115 vd.

kullanması durumunda, haklı sebebi kesin olarak işçiye bildirmesi ve bildirdiği bu fesih beyanı ile bağlı olacağını ilişkin bir hükme açıkça yer verilmemiştir. Ancak İş Kanunu'nun 25. maddesinin son fıkrasında iş güvencesi kapsamındaki işçilerin iş sözleşmelerinin haklı sebeple feshinde de İş Kanunu'nun 20 ve 21. maddelerinin uygulanması benimsenmiştir. Dolayısıyla bu hükümler gereği haklı fesih sebebinin bildirilmesi bir geçerlilik koşulu olarak kabul edilmiştir¹⁹. Bu sebeple işveren işçiye bildirmiş olduğu sebebe dayanan haklı sebeple fesih hakkını kullanmış olacak ve bu sebeple bağlı kalacaktır²⁰.

3. İŞ SÖZLEŞMESİNİ FESİH HAKKINI KULLANMADA SÜRENİN ÖNEMİ

Sahibine muhatabın hukuki alanında tek taraflı irade beyanıyla değişiklik hakkı veren yenilik doğurucu hakların kullanımı açısından geçerli olan kurallardan biri de bu hakların kullanımı için gereken hak düşürücü süreye uyulmasının zorunlu olmasıdır. Böylece yenilik doğurucu hak, zaman sınırlamasına tabi tutulmak suretiyle, muhatabın sonsuza dek hukuki değişiklik riski altında bırakılması engellenmiştir²¹. Sonuçta hak, sürenin bitimiyle birlikte artık etkisiz hale gelmektedir²².

Gerçekten de yenilik doğuran hak kanun veya sözleşmede hak düşürücü süreye tabi kılınmamış ise bu durumda muhatabın süresi belli olmayan bir belirsizlik tehlikesiyle karşı karşıya kalmasından söz edilecektir²³. Sonuç olarak süresinde kullanılmayan bir fesih hakkı, hakkın etkisiz hale geldiği andan itibaren artık kullanılamayacak, aksi durum feshi hukuka aykırı hale getirecektir.

4. İŞ SÖZLEŞMESİNİ FESİH HAKKINI KULLANMADA SÜRENİN BELİRLENMESİ

Fesih hakkını kullanmak için, iş sözleşmesini feshe hakkı olan tarafın belirli bir zaman zarfı içinde hareket etmesi kanunda açık bir hükümle düzenlenebileceği gibi, bazen de açık bir şekilde düzenlenmemekle beraber hakkın dürüstlük kuralı çerçevesinde belirli bir süre içinde kullanılması gerekebilecektir. Haklı nedenle fesih hakkını

¹⁹ Baycık, "İş Akdini Fesih Sebebi", s.121.

²⁰ Belirtelim ki, madde hükmünde İş Kanunu'nun 19.maddesine atıf bulunmadığından, derhal fesih sebeplerinin genel ifadelerle gösterilmesi yeterli kabul edilmelidir. Baycık, "İş Akdini Fesih Sebebi", s.121; işverenin fesih anında bildiği ancak işçiye bildirmedeği haklı nedenlere dayanarak yaptığı ikinci bir fesih beyan› da mahkeme tarafından dikkate alınmamalıdır. O halde işverenin ikinci fesih beyanının hakim tarafından değerlendirmeye alınması için işverenin ikinci fesih beyanında bulunurken ya ilk fesih beyan› anında mevcut olan ancak kendisi tarafından bilinmeyen sebeplere ya da ilk beyanından sonra ortaya çıkan sebeplere dayanması gerekir Baycık, "İş Akdini Fesih Sebebi", s.122.

²¹ Baycık, Gaye, "İş Hukukunda Yenilik Doğuran Hakkın Etkisizleşmesi", İÜHF, C.LXXII, S.2, s.59.

²² Ayrıntı için bkz. Baycık, "Yenilik Doğuran Hak", s.60 vd.

²³ Birben, Erhan, "İşverenin İş Sözleşmesini Fesih Hakkının Etkisizleşmesi", DEÜHFD, C:15, Özel Sayı, 2013, s.451.

kullanmak isteyen tarafın kanunda belirlenen hak düşürücü süre içinde hakkını kullanmaması durumunda fesih hakkı düşmektedir. Feshe ilişkin olarak belirlenen sürelerin fesih türüne göre farklılık arzemesi sebebiyle, konuyu süreli fesih ve derhal fesih bağlamında ayrı başlıklar altında değineceğiz.

I. SÜRELİ FESİH HAKKI YÖNÜNDEN SÜRENİN BELİRLENMESİ

A. İş Güvencesi Kapsamı Dışında Olan İşçiler Yönünden

Yukarıda fesih hakkı başlığı altında gördüğümüz gibi, iş kanunları kapsamında işçi ve işverenin süreli fesih hakkına yer verilmiştir. Ancak ne işveren açısından gerçekleştirilecek süreli fesihlerde, ne de işçi açısından gerçekleştirilecek süreli fesihlerde herhangi bir süre öngörülmüştür. Kanunlarda değinilmeyen fesih sürelerinin belirlenmesinde hakkın dürüstlük kuralına göre kullanılıp kullanılmadığı ölçütünden hareket edilmesi gerek öğreti²⁴ gerek yargı içtihatlarında²⁵ varılmış bir sonuçtur. İş Hukuku açısından gerek Deniz İş Kanunu gerek Türk Borçlar Kanunu kapsamında iş sözleşmesi ile çalışan işçiler için, İş Kanunu ve Basın İş Kanunu kapsamında çalışanlar gibi bir iş güvencesi öngörülmemiştir.

Süreli fesih hakkı yönünden feshin kullanımı için gerekli sürenin tespiti, işçinin iş güvencesi kapsamında olup olmadığı ile de yakından ilgilidir. İş güvencesi kapsamı *dışında* kalan işçilerin iş sözleşmesinin feshi açısından feshin *nedeni* önemli olmadığı gibi, iş sözleşmesinin feshi için herhangi bir zaman sınırlaması da bulunmamaktadır²⁶. Bu noktada ulaştığımız bir sonuç olarak, bir zaman sınırlaması bulunmadığı için iş güvencesi kapsamı dışında kalan işçilerin iş sözleşmelerinin süreli fesih yoluyla kendileri veya işverenleri tarafından sona erdirilmesi her zaman mümkün olabilecektir. İşveren fesihle ilgili sebebi ve bunun gerekçelerini bildirmek zorunda değildir. Bu bakımdan hangi iş kanununa tabi olduğunun bir önemi de bulunmamaktadır. Ancak buradaki her zaman ifadesinden mutlak surette hiçbir süre ile bağlı olunmayacağı anlamını çıkarmamak gerekir²⁷. Dolayısıyla burada da çok geciktirilmeksizin fesih hakkının kullanılması gerekir. Bu süreyi, olayın haklı bir neden olup olmadığıнын tespiti için gereken süre kadar değerlendirmek uygun olacaktır²⁸.

²⁴ **Birben**, s.454; **Soyer**, Polat, “Feshe Karşı Korumanın Genel Çerçevesi ve Yargıtay Kararları Işığında Uygulama Sorunları”, **İş Güvencesi Kurumu ve İş İade Davaları**, Legal Yayınevi, İstanbul, 2005, s.56.

²⁵ Y9HD. 12.09.2005 E.2005/24429 K.2005/29361, (www.legalbank.net, 28.08.2019).

²⁶ **Birben**, s.464.

²⁷ **Mollamahmutoglu/Astarlı/Baysal**, s.1040; **Süzek**, s.637.

²⁸ **Mollamahmutoglu/Astarlı/Baysal**, s.1040.

B. İş Güvencesi Kapsamında Bulunan İşçiler Yönünden

İş güvencesi kapsamında bulunan işçilerin belirsiz süreli iş sözleşmelerinin süreli fesih yöntemiyle feshinde, geçerli bir sebebin bulunması zorunludur. Hukukumuzda iş güvencesinden İş Kanunu kapsamına giren işçiler ile 5953 sayılı Basın İş Kanunu (BİK, m.6/son) kapsamında çalışan gazeteciler yararlanmaktadır. İş güvencesi sisteminin uygulama şartlarından olan otuz veya daha fazla işçi çalıştıran işyerlerinde, en az altı aylık kıdemi bulunan bir işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesinin işveren tarafından feshedilmesi durumunda bu feshin işçinin yeterliliği veya davranışları ya da işletme, işyeri veya işin gereklerinden (geçerli sebeplerden) kaynaklanması yasal zorunluluktur (İK, m.18/1). Ancak önemle ifade edelim ki, geçerli bir fesih nedeninin doğması halinde, işverenin hangi süre içinde sözleşmeyi feshedeceği konusunda İş Kanunu'nda bir hüküm bulunmamaktadır²⁹. Şüphesiz ki bu durum, işverenin geçerli sebebe dayalı fesih hakkını istediği zaman kullanacağı anlamına gelmez³⁰. *Öğretide*, süreli fesihte fesih bildirimini geçerli sebebin ortaya çıkmasından itibaren dürüstlük kurallarına göre *makul bir süre içinde* kullanılmasının uygun olacağı ifade edilmektedir³¹. Aynı düşünce Yargıtay kararlarına da yansımıştır³². Yargıtay bir kararında, meydana gelen olayın üzerinden dört ay geçmesine rağmen, işçinin savunmasının alınmasından itibaren üç ay sonra iş sözleşmesinin feshedilmiş olmasını makul ve hakkaniyete uygun bulmamıştır³³. Ayrıca bir başka kararda da davranış ve yeterlilik nedeni ile fesihte işçinin davranışı veya diğer geçerli nedenlerin etkisini yitirmemiş olması durumunda *makul sürenin* geçmediğinin kabul edilmesi gerektiğine hükmetmiştir. Nitekim Yargıtay bir kararında, feshe dayanak olarak gösterilen sebebin gerçekleştiği tarihten fesih tarihine kadar yaklaşık üç ay, savunmasının alındığı tarihten feshe kadar ise yaklaşık iki ayın geçmiş olması sebebiyle fesih hakkının *makul süre* içinde kullanılmadığına hükmetmiştir³⁴. Dolayısıyla bildirimli fesih hakkının kullanılmasının süre bakımından hukuka aykırı olması, özellikle geçerli nedene dayalı fesihterle gündeme gelebilecek bir husustur.

²⁹ Süzek, s.600.

³⁰ Tulukçu, Nezihe Binnur, İş Mahkemeleri ve Arabuluculuk Hükümlerine Göre İş Güvencesi İşe İade, Ankara, 2017, s.276.

³¹ Süzek, s.600; İşletme gerekleri ile yapılan fesihte ise işçinin savunmasının alınması zorunluluğu yoktur. İşveren iş sözleşmesini feshetmeyi düşündüğü işçiye fesih nedenini bildirmeli, ona savunma için makul bir süre tanımalıdır. Böylece işçi iş sözleşmesi feshedilmeden önce kendisini savunma imkanına sahip olacaktır. Sümer, İş Hukuku Uygulamaları, s.195.

³² Y9HD, 14.02.2005, 1827/4204, (www.legalbank.net, 26.08.2019).

³³ Y9HD, 02.10.2006, 17797/25426, Kararın değerlendirilmesi için bkz. Avcı, Mustafa, "Geçerli Nedenlere Dayalı Fesih Hakkının Kullanılmasında Makul Süre", *Sicil, İş Hukuku Dergisi*, 2007/5, s.90 vd.

³⁴ Y9HD, 06.03.2014, 10777/7376, (www.legalbank.net, 29.08.2019).

Öte yandan bu noktada değinilmesi gereken konulardan biri de iş sözleşmesinin geçerli nedene dayalı olarak süreli feshinde, işverenin fesihden önce işçiyi davranışı veya yeterliliği ile ilgili sebeplerden dolayı ihtar etme yükümlülüğünün bulunup bulunmadığı ve bu yükümlülük karşısında feshin makul bir süre içinde yapılıp yapılmadığı ile ilgilidir. Belirtelim ki, işçinin sözleşmeye aykırılık teşkil eden davranışı nedeniyle işten çıkarılmadan önce ihtar edilmesi hem öğreti hem de yargı içtihatları gereği kabul edilen bir olgudur³⁵. Bu açıdan ortaya çıkan temel sorun işverenin işçiyi ihtar etmesinin bir süreye bağlı tutulup tutulmayacağıdır. Türk Hukukunda bu yönde bir süre sınırlaması bulunmamaktadır. İşçiye uzun süre önce verilmiş yazılı bir ihtarın daha sonra gerçekleştirilecek bir fesihle dikkate alınması, işçinin hukuki açıdan güvensiz kalmasına yol açacaktır³⁶. Bu bakımdan kanunda öngörülmemekle birlikte, toplu iş sözleşmelerinde, önceki toplu iş sözleşmesi döneminde verilen disiplin cezalarının dosyalarından çıkarılacağına ilişkin hükümlere yer verilmektedir³⁷.

İhtar sonrasında makul bir süre içinde işçinin davranışında bir değişme söz konusu olmuş ise, sözleşmeye bağlı asli ve yan edimleri gereği gibi yerine getirmeye başlamışsa artık geçerli sebep de ortadan kalkmış olur³⁸. Dolayısıyla işveren artık sözleşmeyi feshedemez. Aksi durum işveren açısından işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesini feshetmek için geçerli neden olabilecektir.

Bu noktada değinilmesi gereken bir başka husus da haklı nedenle derhal fesih hakkının kullanımında hak düşürücü sürenin geçirilmiş olmasına rağmen, feshe neden olarak gösterilen sebebin haklı sebep boyutunda olmamakla birlikte geçerli sebep sayılabileceği durumlarda, İş Kanunu'nun 19. maddesindeki *feshin yazılı olarak yapılması ve fesih sebebinin açık ve kesin bir şekilde belirlenmesi ve ayrıca hakkındaki iddialara karşı işçinin savunmasının alınmasına* ilişkin fesih usulüne uyulup uyulmadığına bakılmaksızın, yine de fesih için makul sürenin aranıp aranmayacağı sorundur. Yargıtay bu konuda verdiği kararlarında, İş Kanunu'nun 26.maddesindeki hak düşürücü altı iş günlük süre geçmiş olsa bile, şayet fesih sebebi, haklı fesih nedeni sayılacak ağırlıkta olmayıp, geçeli neden olarak kabul edilebilecek nitelikteyse, feshin makul

³⁵ Bkz. **Süzek**, s.599; Y9HD, 17.03.2008, 27583/5294; Y9HD, 28.09.2009, 41732/24352, Y9HD, 26.01.2005, 30594/1513, (www.legalbank.net, 25.08.2019); **Tulukçu**, s.183 vd; Uluslararası Çalışma Örgütü'nün İş Akdinin İşverence Sona Erdirilmesine İlişkin 166 sayılı Tavsiyesinde (m.7-8) yetersizlik ve davranışlara dayanan fesihlerde işçinin önce ihtar edilmesi gerektiği kabul edilmektedir. Ancak ihtar işçinin değişebilir nitelikteki yetersizlikleri söz konusu olduğunda elverişlidir. Aksi halde işçinin kendisini geliştirmesi mümkün değilse, örneğin ileri derecede yabancı dil bilgisi veya üst düzeyde teknik bilgi gerektiren işte kısa eğitimle gerekli vasıflara ulaşmak imkânsız ise, önceden işçinin ihtarının da bir yararı olmayacaktır. **Süzek**, s.599, 600.

³⁶ **Birben**, s.465.

³⁷ **Birben**, s.468.

³⁸ **Tulukçu**, s.185.

süre içinde kullanılması kaydıyla feshi geçerli saymakta ve işe iade taleplerini reddetmektedir³⁹. *Öğretide*, Yargıtay kararı, hak düşürücü süre geçirilmiş olmakla birlikte, sebebin haklı fesih nedeni sayılacak boyutta olmayıp geçerli sebep boyutunda kabul edilmesine bağlı olarak İş Kanunu'nun 19. maddesindeki usule uyulup uyulmadığına bakılmaksızın feshin geçerli sayılması ve işe iade isteğinin reddine karar verilmesi gerekçesiyle yerinde bulunmamıştır⁴⁰. Burada Yargıtay'ın ulaştığı sonucun yasal koşullar çerçevesinde işçi aleyhine olduğu *kanaatindeyiz*. Zira işverence gerçekleştirilen derhal fesih hakkının, süresinde kullanılmamasına bağlı olarak, dayanılan sebebin geçerli sebeple feshi gerektirecek bir neden olması durumunda, işverence uyulması gerekirken İş Kanunu'nun 19. maddesindeki düzenlemeyi dışlamak ve işverenin yaptığı bir hatayı işçi aleyhine uygulamak doğru olmayacaktır.

Sonuç olarak belirtelim ki, iş güvencesi kapsamında bulunan belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçilerin iş sözleşmelerinin süreli feshinin, kanunda herhangi bir süre belirtilmediği için, geçerli nedenin ortaya çıktığı andan itibaren *makul bir süre* içinde yapılması gerekmektedir. Aksi halde işverenin iş sözleşmesini fesih hakkı bu hakkını kaybetmesi sebebiyle hukuka aykırı olacaktır. Ayrıca iş güvencesi kapsamında iş sözleşmesinin makul bir süre içinde fesih hakkının önemi, feshin işverence gerçekleştirilmesi durumuna özgüdür. İşçi tarafından gerçekleştirilecek bildirimli fesihlerde, ister iş güvencesi kapsamında olsun isterse olmasın bir süre ile bağlılık bulunmamaktadır.

II. DERHAL FESİH HAKKI YÖNÜNDEN

İşverenin ve işçinin iş sözleşmesini fesih hakkını süreli fesih dışında *derhal* fesih yöntemini tercih ederek kullanması durumunda, İş hukukuna ilişkin mevzuatımızda bir süreye bağlılık öngörülmemiştir. Zira iş hukuku açısından iş sözleşmesinin feshinde tarafların uymakla yükümlü oldukları hak düşürücü süre, iş sözleşmesinin *derhal feshini* gerektiren durumlara özgülenmiştir. Nitekim 4857 sayılı İş Kanunu'nun 26. maddesine göre "*24 ve 25 inci maddelerde gösterilen ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan hallere dayanarak işçi veya işveren için tanınmış olan sözleşmeyi fesih yetkisi, iki*

³⁹ Y9HD, 24.02.2004, 22581/3229 (www.legalbank.net, 08.09.2019); Y9HD, 11.03.2015, 162/10040; Y9HD, 10.02.2014, 1185/1786 (www.legalbank.net, 08.09.2019). Bkz. **Süzek**, s.716-717.

⁴⁰ **Uçum, Mehmet**, "*Karar İncelemesi İşverenin Dayandığı Fesih Nedeninin Hukuki Niteliğinin Belirlenmesi ve Sözleşmenin Feshinde Usul Hükümlerinin Uygulanması*", **A.Can Tuncay'a Armağan**, 2005, s.386 vd; Aynı yazar, hak düşürücü süre geçirilmiş olsa dahi, dayanılan haklı neden olgusunun sabit olması veya altı iş günlük süre geçirilmeden feshin yapılması durumunda sebebin haklı neden olmayıp, geçerli neden kapsamında değerlendirilmesine bağlı ihtimallerde işe iade taleplerinin reddinin makul olacağını savunmuştur. Bkz. **Uçum**, s.388; Ayrıca bkz. **Güven, Er-can/Aydın, Ufuk**, Bireysel İş Hukuku, 4.B, Eskişehir-2013, s.212, **Savaş, Burcu**, İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Haklı Nedenle Feshi, İstanbul – 2012, s.225.

tarafından birinin bu çeşit davranışlarda bulunduğunu diğer tarafın öğrendiği günden başlayarak altı iş günü geçtikten ve her halde fiilin gerçekleşmesinden itibaren bir yıl sonra kullanılamaz. Ancak işçinin olayda maddi çıkar sağlaması halinde bir yıllık süre uygulanmaz” (İK, m.26/1)⁴¹.

Öte yandan 854 sayılı Deniz İş Kanunu’nun 15.maddesi de hak düşürücü süreye yer vermiş ve “Önelsiz fesih ve infisah” başlıklı 14.maddesinde belirtilen hallere dayalı olarak iş sözleşmesinin feshi gündeme geldiğinde, iki taraftan birinin feshe sebep teşkil edecek davranışlarda bulunduğunu diğer tarafın öğrendiği tarihten başlayarak altı iş günü geçtikten ve herhalde fiilin meydana gelmesinden itibaren bir sene sonra fesih hakkının kullanılamayacağı hükme bağlanmıştır (DİK, m.15). Önemle ifade edelim ki, İş Kanunu’ndan farklı olarak Deniz İş Kanunu kapsamında çalışan gemi adamları ve işverenin iş sözleşmelerini derhal fesih hakkını kullanmaları için öngörülen her türlü sebep, Deniz İş Kanunu’nun 15.maddesinin 1.fikrasında belirtilmiş 6 iş günlük hak düşürücü süre içinde hareket edilmesini gerekli kılmaktadır (İK, m.15/1). Bir başka deyişle, İş Kanunu’nda olduğu gibi yalnızca ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan haller ve benzerleri için değil, zorlayıcı sebepler veya sağlık sebeplerine dayalı derhal fesih hakkının kullanımında da altı iş günlük süre içinde hareket edilmesi gerekecektir⁴².

5953 sayılı Basın İş Kanunu’nda ise bildirimsiz fesih açısından hak düşürücü bir süre öngörülmemiştir. Öğretide ortaya çıkan boşluğun İş Kanunu ile doldurulmasının uygun olacağı savunulmaktadır⁴³. Yargıtay’a göre de 4857 sayılı İş Kanunu’nda öngörülen fesih sürelerinin gazeteciler bakımından da uygulanması gerekir⁴⁴.

Türk Borçlar Kanunu’na tabi iş sözleşmeleri açısından haklı nedenle fesih hakkının kullanımı, kanunda açık bir süreye bağlanmamıştır. Yürürlükten kaldırılan 818 sayılı Borçlar Kanunu’nun bu konuyu düzenleyen 344. maddesi, haklı sebeplerden dolayı gerek işçi gerek işverenin iş sözleşmesini *her vakit* feshedebileceğini hükme bağlamıştı. Türk Borçlar Kanunu açısından konuya tarafların her birinin haklı sebeplerle sözleşmeyi derhal feshedebilecekleri yönüyle yaklaşım (TBK, m.435/1) ancak *her*

⁴¹ Bkz. **Demir, Deniz**, “Karar İncelemesi: Haklı Neden-Geçerli Neden Ayrımı”, **Çalışma ve Toplum**, 2007/3, s.14-34; **Nazlı, Seçkin**, “İş Sözleşmesinin İşverence Fesih Sebebinin Terditli İleri Sürülmesi”, **İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 5(2), Güz-2018, s.269 vd, 288; **Birben**, s.451 vd.

⁴² **Moral/Kişi**, s.27 vd; **Tunç**, 514 vd; **Bedük**, s.156 vd.

⁴³ **Sümer**, s.215.

⁴⁴ Y22HD, 07.05.2014, 10810/11780, www.legalbank.net (06.03.2017).

vakit ifadesine yer verilmemiştir. Bununla birlikte burada da çok geciktirilmeksizin fesih hakkının kullanılması gerekir⁴⁵. Bu süreyi, olayın haklı bir neden olup olmadığının tespiti için gereken süre kadar değerlendirmek uygun olacaktır⁴⁶.

Görüldüğü üzere, derhal fesih hakkının kullanımında İş Kanunu kapsamında hak düşürücü süre hem işçi tarafından (İK, m.24), hem de işveren tarafından gerçekleştirilecek (İK, m.25) derhal fesihlerde kullanılabilir. Ancak belirtilen madde hükümlerine bağlı olarak kullanılabilir fesih hakkına ilişkin hak düşürücü süre, yalnızca *“Ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan haller ve benzerleri”*ne (İK, m.24/II; m.25/II) dayalı fesih sebeplerinde mümkün olacaktır. Bir başka deyişle, tarafların İK, m.24/I, III; İK, m.25/I, III ve IV hükmünde belirtilen sebeplere dayalı fesih hakkında, İş Kanunu’nun 26.maddesinin 1.fıkrasında belirtilen hak düşürücü süre geçerli olmayacaktır. Dolayısıyla gerek işçi açısından *sağlık sebeplerine* dayalı (İK, m.24/I) olarak düzenlenen, *“işin işçinin sağlığı için tehlikeli olması”* (İK, m.24/1-a) veya *“işverenin veya başka bir işçinin bulaşıcı hastalığa yakalanması”*na dayalı (İK, m.24/1-b) fesih hallerinde hak düşürücü süre aranmayacaktır. Ayrıca yine işveren açısından sağlık sebeplerine dayalı olarak (İK, m.25/I) düzenlenen *“işçinin hastalanması veya kazaya uğraması”* (İK, m.25/1-a), *“işçinin gebeliği”* (İK; m.25/1-b) veya *“işçinin tedavi edilemeyecek hastalığa tutulması”* (İK; m.25/1-b) hallerinde de İş Kanunu’nun 26. maddesinin 1. fıkrasında düzenlenmiş bulunan hak düşürücü sürenin aranmasına gerek bulunmamaktadır. Ancak belirtelim ki, söz konusu sebeplere dayalı haklı fesih hakkı doğduğunda, derhal feshin ilgili fesih sebebine göre değerlendirilmesi gerekir. Örneğin işçinin kendi kastından veya derli toplu olmayan yaşayışı, içkiye düşkünlüğü nedeniyle hastalığa ve sakatlığa uğraması ve bu sebeple meydana gelebilecek bir devamsızlığın ardı ardına üç iş günü veya bir ayda beş işgününden fazla sürmesi durumunda, ardı ardına üç iş günü devamsızlık varsa dördüncü iş gününden, bir ayda aralıklı olarak devamsızlık varsa altıncı işgününden sonra fesih hakkı kullanılabilir⁴⁷. Aynı şekilde işçinin tedavi edilemeyecek bir hastalığa tutulması ve işyerinde çalışmasında sakınca bulunduğu sağlık kurulu raporu ile tespit edilmesi durumunda ve bu durum devam ettiği müddetçe fesih hakkı da devam edecektir. İş Kanunu, hastalık, gebelik, kaza ve doğum gibi hallerde işverenin fesih hakkının işçinin çalışma süresine göre 17. madde-deki bildirim sürelerini altı hafta aşmasından sonra doğacağını hükme bağlamıştır (İK,

⁴⁵ Mollamahmutoglu/Astarlı/Baysal, s.1041.

⁴⁶ Mollamahmutoglu/Astarlı/Baysal, s.1041.

⁴⁷ Ocak, Uğur, s.480.

m.25/l-b). Önemle ifade edelim ki, doğum ve gebelik halinde bu süre, İş Kanunu'nun 74. maddesinde belirlenen sürelerin bitiminden itibaren başlayacaktır⁴⁸.

Öte yandan, hem işçi (İK, m.24/III) hem de işveren (İK, m.25/III) açısından düzenlenmiş bulunan zorlayıcı sebeplere dayalı derhal fesih hakkının kullanımında da hak düşürücü süre geçerli değildir. Gerçekten de "işçinin çalıştığı işyerinde bir haftadan fazla süre ile işin durmasını gerektirecek zorlayıcı sebepler ortaya çıkarsa" (İK, m.24/III) işçi iş sözleşmesini derhal feshedebileceği gibi; aynı şekilde "işçiyi işyerinde bir haftadan fazla süre ile çalışmaktan alıkoyan zorlayıcı bir sebebin ortaya çıkması" durumunda da kullanılacak derhal fesih hakkı bir süreye bağlı olmaksızın, zorlayıcı sebep devam ettiği müddetçe kullanılabilir. Burada önemli olan husus, fesih nedeni olan zorlayıcı sebebin ortaya çıkması ve bunun bir hafta işin durmasına sebebiyet vermesi gerekir⁴⁹.

Ayrıca İş Kanunu'nun işçinin gözetimine alınması veya tutuklanması (İK, m.24/IV) ihtimaline ilişkin olarak ele aldığı düzenleme gereği, bu bakımdan devamsızlığın İş Kanunu'nun 17. maddesinde düzenlenen bildirim sürelerini aşması durumunda fesih hakkından söz edilebilecektir. Bu süreler içinde iş sözleşmesi askıda olduğu gibi, işverence belirtilen sürelerin bitimine rağmen iş sözleşmesi feshedilmez ise, askı halinin devam edeceğini belirtmek gerekir⁵⁰. Şüphesiz ki, askı süreleri dolduktan sonra da tutukluluk hali devam ettiği sürece sözleşme işveren tarafından her zaman feshedilebilecektir⁵¹.

Hukumumuzda evlilik, emeklilik ve askerlik nedeniyle iş sözleşmesinin fesihinde⁵² başvurulacak fesih türü hakkında görüş birliği bulunmamakla birlikte⁵³, Yargıtay evlilik, emeklilik ve askerliğe dayalı olarak işçi tarafından iş sözleşmesinin kıdem

⁴⁸ **Ekonomi, Münir**, "Kadın İşçilerin Gebelik ve Doğum Halinde Feshe Karşı Korunması", **Çalışma ve Toplum Dergisi**, S:3, 2009, s.11 vd; **Özer, Hatice Duygu**, "Doğum İzninin İşçinin Kıdemine ve İş Sözleşmesinin Feshine Etkisi", **Çalışma ve Toplum Dergisi**, S:21, 2009, s.123 vd; **Zeytinoğlu, Emin**, "İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Ahlak ve İyiniyet Kurallarına Aykırılık Sebebiyle Haklı Nedenle Feshi", **İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, Y:16, S:32, 2017/2, s.107-136.

⁴⁹ **Ocak, Uğur**, s.230.

⁵⁰ **Süzek**, s.693.

⁵¹ **Süzek**, s.693.

⁵² Ayrıntı için bkz. **Ocak, Saim**, "İş Sözleşmesinin İşçi Tarafından Evlilik, Askerlik ve Sosyal Güvenlik Hakları Nedeniyle Feshinde İhbar Tazminatı", **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C:15, Özel Sayı, 2013, s.773-608.

⁵³ Öğretideki Özel bir fesih hali fikrinden hareketle feshin, bildirim sürelerini beklemezsizin yapılabileceği hakkında, **Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal**, s.1129; **Narmanlioğlu, Ünal**, "İşçinin Kıdem Tazminatına Hak Kazanabilmesi İçin Belirli Sebeplere Dayalı Olarak Yapacağı Feshin Özelilikleri", **Prof. Dr. Metin Kutal'a Armağan**, Ankara-1998, s.145-166; Bu nedenlerle işten ayrılma durumunda da bildirim sürelerine uymanın zorunlu olduğu hakkında, **Demir**, İş Hukuku, s.368-

tazminatı talebiyle feshedildiği hallerde diğer tarafa önel verme zorunluluğunun bulunmadığına hükmetmektedir⁵⁴. Kanaatimizce de bu tür fesihlerde işçilerin önel verme yükümlülüğüne uygun hareket etmeleri gerekmez. Çalışmamız açısından konunun önemi ise çalışanların fesih hakkını kullanmaları için önceden belirlenmiş bir sürenin bulunup bulunmadığıdır. İş sözleşmesinin işçi tarafından 1475 sayılı İş Kanunu'nun 14. maddesinin 1. fıkrası kapsamında muvazzaf askerlik hizmeti, kanunla kurulu kurum ve sandıklardan yaşlılık, emeklilik veya malullük aylığı yahut toptan ödeme almak amacıyla feshedilmesi halinde veya kadın işçinin evlendiği tarihten itibaren bir yıl içinde kendi arzusu ile iş sözleşmesinin sona erdirilmesi durumunda, fesih hakkının kullanma süresine ilişkin özel durumlar ortaya çıkabilir⁵⁵. Zira bu ihtimallere bağlı olarak gerçekleştirilecek fesih sonucunda, iş sözleşmesi işçi tarafından feshedilmiş olsa bile kıdem tazminatı talep hakkı doğmaktadır. İşçinin muvazzaf askerlik nedeniyle işten ayrılması durumunda, askerlik başlangıcından *makul* bir süre önce işten ayrılması ve sonrasında da askere gitmesi gerekir. Makul süre işçinin sosyo-ekonomik durumu, çevre ve örf ve âdet özellikleri nazara alınarak değerlendirilebilir⁵⁶. Ayrıca emeklilik sebebiyle işçi tarafından iş sözleşmesinin feshedilmesi durumunda da emeklilik hakkının doğduğu andan itibaren fesih hakkı istenildiği zaman kullanılabilir. Yargıtay işçinin işyerinden ayrılma isteğini içeren dilekçeyi vermesinin ardından kısa bir süre sonra yaşlılık aylığı tahsis talebinde bulunması üzerine, iş akdini yaşlılık aylığı almak amacıyla feshettiği sonucuna ulaşarak, ayrıldıktan bir hafta sonra yaşlılık aylığı tahsis talebinde bulunulmasını makul süre olarak kabul etmiştir⁵⁷. Evlilik nedeniyle kıdem tazminatı talep edebilmek için, iş sözleşmesinin 1475 Kanun'un 14. maddesinin 1. fıkrası gereği, *kadın işçi* tarafından evlilik tarihinden itibaren bir yıl içinde feshedilmesi gerekir.

369; **Süzek**, s.773; **Ekonomi, Münir**, "Kıdem Tazminatına Hak Kazandıran Hallerde Fesih Kavramı ve Türleri", **Kamu-İş**, Ocak-1990, s.3-7; **Ocak, Saim**, s.608.

⁵⁴ Y9HD, 04.07.2006, 35059/19707 (www.legalbank.net, 12.09.2019); Y9HD, 22.01.1998, 20320/420, (www.legalbank.net, 12.09.2019).

⁵⁵ Feshin türü ve sonuçları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Sümer, Haluk Hadi**, İş Hukuku Uygulamaları, 6.B, 2016, s.286 vd.

⁵⁶ **Ocak, Uğur**, Feshe Bağlı İşçilik Alacakları, 6.B, Gaziantep-2018, s.18; Y9HD, 13.11.2006, 9697/29675, (www.ismahkemesi.com, 17.09.2019); Y9HD, 17.02.1986, 71/1686, (www.ismahkemesi.com, 17.09.2019).

⁵⁷ Y9HD, 02.06.2011, 14921/16437 (www.legalbank.net, 15.09.2019).

5. FESİH HAKKINI KULLANMADA KANUNDA BELİRLENEN SÜRENİN NİTELİĞİ: HAK DÜŞÜRÜCÜ SÜRE

I. TANIM

Bir hakkın korunması için kanunda öngörülen süre içinde hak sahibinin yapması gerekeni yapmaması halinde hakkın kendisi ortadan kalkmaktadır⁵⁸. Hak için öngörülen bu sürelerle hak düşürücü süre adı verilir. Hak düşürücü sürede hakkın yalnızca dava edilme hakkı değil, tamamen ortadan kalkması durumu söz konusudur.

Nitekim 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 39. maddesinde düzenlenen ve sözleşmeyi, iradeyi sakatlayan yanılma (TBK, m.30-35), aldatma (TBK, m.36) ve korkutmaya (TBK, m.37-38) dayalı olarak iradesi sakatlanan tarafa iptal hakkı veren sürenin hak düşürücü süre olarak değerlendirilmesi mümkündür⁵⁹. Hükme göre iptal hakkı için tanınan süre bir yıldır. Bu süre yanılma ve aldatmada, yanılma ve aldatmanın kesin olarak öğrenildiği; korkutmada ise korkutmanın ortadan kalktığı tarihten itibaren işlemeye başlar. Ayrıca Türk Borçlar Kanunu'nun "Artırmanın iptali" başlığı altında düzenlenen 281. maddesi, bağışlama sözleşmesi başlığı altında düzenlenen ve bağışlamada geri alma hakkını ele alan 297.maddesi, kira sözleşmesi ile ilgili 260, 328, ve 337. maddeleri, emanet sözleşmesi ile ilgili 601. maddesi hak düşürücü süreleri içermektedir.

Ayrıca Türk Medeni Kanunu'nda da (m.152, m.289, m.300, m.303, m.319, m.571, m.559 ve 733) hak düşürücü sürelerle yer verilmiştir. Hak düşürücü sürelerle 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda rastlamak da mümkündür. Yine 2577 sayılı İdari Yargılama Usul Kanunu'nda (İYUK, m.7) ve 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nda, hak düşürücü sürelerle yer verilmiştir.

İş hukukunda iş sözleşmesinin sona ermesi bağlamında düşündüğümüzde ise, özellikle işe iade davası bakımından İş Kanunu'nun 20. maddesinin 1. fıkrasında düzenlenen fesih sebebinin geçerli olmadığı veya fesih bildiriminde sebep gösterilmediği iddiası ile fesih bildirimiminin tebliği tarihinden itibaren bir aylık süre içinde açılması gerekli dava *hak düşürücü* süreye bağlanmıştır. Ayrıca İş Kanunu'nun 26.maddesinin 1.fıkrasında düzenlenen ve iş sözleşmesinin taraflarının sözleşmeyi ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan haller veya benzerleri nedeniyle fesih yetkisini kullanma süresi olan *altı iş günlük* süre de hak düşürücü süredir. Kanunda belirtilen altı iş günlük ve bir yıllık süreler ayrı ayrı hak düşürücü süre olarak kabul edilmelidir. Bir başka deyişle,

⁵⁸ Reisoğlu, Safa, Borçlar Hukuku – Genel Hükümler, İstanbul – 1995, s.328.

⁵⁹ Eren, s.412.

fesih hakkının öğrenilmesinden itibaren altı iş günü ve olayın gerçekleşmesinden itibaren bir yıl içinde kullanılması şarttır⁶⁰. Dolayısıyla sürelerden birinin geçmiş olması fesih hakkının ortadan kalkmasına sebep olacaktır.

II. HAK DÜŞÜRÜCÜ SÜRE – ZAMANAŞIMI SÜRESİ

Kanunda öngörülen sürenin zamanaşımı mı yoksa hak düşürücü nitelikte bir süre mi olduğu konusunda tereddüde düşülebilir. Hak düşürücü süreler ile zamanaşımı sürelerini birbirinden ayıracak kesin bir ölçünün varlığından söz edilemez. Öncelikle bu durumun kanunun lafzından tespit edilmesi mümkündür. Bir başka deyişle kanunda zaten *hakkın düşmesi söz konusu olur veya hak kullanılamaz* gibi ibareler geçtiği takdirde sürenin hak düşürücü olduğu sonucuna varılabilir⁶¹.

Belirtelim ki, hak düşürücü süreler, zamanaşımı sürelerinden daha kısadır. Öte yandan zamanaşımı bir def'i iken, hak düşürücü süre ilk itiraz niteliğindedir⁶². Hak düşürücü süre taraflarca ileri sürülmesi bile mahkemede hâkim tarafından kendiliğinden dikkate alınması gereken bir durumdur⁶³.

Zamanaşımı sürelerinin durması ve kesilmesi söz konusu iken hak düşürücü sürelerin durması ve kesilmesinden söz edilmez⁶⁴.

Ancak, 26.06.2012 tarihinde yürürlüğe giren Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun⁶⁵ 16.maddesinin 2.fikrasına göre, arabuluculuk sürecinin başlamasından sona ermesine kadar geçirilen sürenin, zamanaşımı ve hak düşürücü sürelerin hesaplanmasında dikkate alınmayacağı hükme bağlanmıştır.

Bir alacağın zamanaşımına uğraması, alacağın talep edilme kabiliyetini yitirir ancak onu sona erdirmez. Bir başka deyişle, borçlunun zamanaşımına uğramış bir borcu ödemiş olması da geçerlidir. Zamanaşımına uğradığı iddiası ile ödenen meblağ geri istenemez, sebepsiz zenginleşme iddiasında bulunulamaz⁶⁶.

⁶⁰ Ocak, Uğur, s.908.

⁶¹ Reisoğlu, s.381.

⁶² Bkz. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, Borçlar Hukuku, İstanbul-1993, s.1030; Oğuzman, Kemal/Öz, Turgut, Borçlar Hukuku – Genel Hükümler, 5.B, İstanbul, 2006, s.463; Kuru, Baki/Yılmaz, Ejder/Arslan, Ramazan, Medeni Usul Hukuku, Ankara, 2006, s.320.

⁶³ Eren, s.1297; Reisoğlu, s.347.

⁶⁴ Bazı Yargıtay kararlarında soruşturma başlatılmasının hak düşürücü süreyi keseceğine dönük ibarelere yer verilse de aksine soruşturma bitimine kadar hak düşürücü süre işlememektedir. Bkz. Y9HD, 30.10.2006, 19496/28515, (www.legalbank.net, 14.11.2019).

⁶⁵ RG., 22.06.2012, 28331.

⁶⁶ Eren, s.94.

Yine belirtelim ki, hak düşürücü süre, özellikle yenilik doğurucu haklar bakımından söz konusu olur. Zamanaşımı süreleri ise alacak hakları için öngörülmüştür. Zamanaşımı süreleri kanundan doğarken⁶⁷, hak düşürücü sürelerin ayrıca taraflarca sözleşmede düzenlenmesi de mümkündür.

Hak düşürücü süre ile hak ortadan kalkarken, zamanaşımı, genellikle kanunun ifade ettiği şartlarda belirtilen sürenin geçmesi üzerine bir hakkın kazanılmasını ifade edebileceği gibi, bir yükümlülükten kurtulma veya bir hakkı talep etmek hakkını kaybetmek hali olarak da ifade edilebilir.

5. KANUNDA BELİRLENEN HAK DÜŞÜRÜCÜ SÜRE

A. Altı İş Günlük Hak Düşürücü Süreyle Bağlı Olma

Kanunda öngörülen altı iş günlük sürenin hangi andan itibaren başlayacağı belli olmalıdır. Sürelerin başlangıcı açısından fiilin gerçekleştiği tarihin mi yoksa fiilin ve fiilin öğrenildiği tarihin mi esas alınacağına açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. Altı iş günlük hak düşürücü sürenin başlangıcı, işçi veya işverenin karşı tarafın ahlak ve iyiniyet kurallarına aykırı davranışını, yani *fiili* ve *faili öğrendiği*⁶⁸ tarihtir (İK, m.26/1; DİK, m.15). Bu durumda fesih hakkı altı iş günü geçtikten sonra artık kullanılamayacaktır⁶⁹.

Feshe yetkili olmayan makam veya kişilerin olayı öğrenmesi, altı iş günlük süreyi başlatmayacaktır. İşverenin tüzel kişi olması durumunda altı iş günlük süre, feshe

⁶⁷ Eren, s.1281 vd.

⁶⁸ Süzek, s.703; Narmanlıoğlu, s.296.

⁶⁹ "Somut olayda...iş akdinin 13.12.02007 tarihi itibarıyla feshedildiğinin 26.12.2007 tarihinde noter aracılığı ile davacıya bildirildiği görülmektedir...Akdin feshine sebep teşkil eden olayın 24.11.2007 tarihinde gerçekleştiği hususunda çekişme bulunmaktadır...aynı sebebe dayanılarak işten çıkartılan davalı şirket işçisinin açtığı davanın Bakırköy 10. İş Mahkemesinin 2008/20 Esası üzerinden görülen davasında aynı tanığın 24.11.2007 tarihindeki olaydan 2-3 gün sonra durumu davalı şirkete bildirdiğini beyan ettiği tespit edilmiştir. Bu tespiti doğrulayan şekilde dosya içerisinde davacının davalı şirkete hitaben 26.11.2007 tarihinde savunma dilekçesi verdiği anlaşılmaktadır. Yapılan bu tespitler karşısında işverence doğduğu iddia edilen iş akdini haklı nedene dayalı olarak feshetme hakkının İş Kanunu'nun 26.maddesi hükmünde düzenlenen altı iş günü içinde kullanılmadığı belirlenmekle birlikte, davacının kıdem ve ihbar tazminatlarına dair taleplerinin kabulü yerine reddi isabetsizdir" Y9HD, 15.02.2012, 39061/4196, (www.legalbank.net, 27.08.2019).

yetkili merciin öğrendiği günden itibaren başlar⁷⁰. Olayın öğrenildiği gün süreye katılmaz. Süre takip eden iş günlerinden itibaren sayılır⁷¹. Altı iş günlük sürenin faili bilinmeyen bir olayda olayın öğrenildiği günden itibaren değil, failinin kim olduğunun öğrenildiği tarihten itibaren başladığının kabulü gerekir⁷².

Yargıtay kararlarında sorun teşkil eden bir durum da altı iş günlük süre feshe yetkili makama bildirim tarihinden itibaren işlemeye başlayacağı için, feshe yetkili merciin fesih sebebini ne zaman öğrenmiş olduğunun tereddüde yer vermeyecek şekilde net bir biçimde tespiti gerektirir⁷³. Sorun oluşturan diğer bir durum da feshe yetkili makamın doğru bir şekilde tespitidir. Bir kararında Yargıtay, “...davalı işveren anonim şirket olup, mahkemece davalı şirkette feshe yetkili makamın kim olduğu araştırılmamıştır. Bu itibarla öncelikle davalı şirkette feshe yetkili makamın belirlenmesine yönelik işyeri kayıt ve belgeleri getirilmeli, belirlenen feshe yetkili makamın fesih sebebi yapılan olayların öğrenme tarihi araştırılarak feshin 4857 sayılı Kanun’un 26.maddesindeki altı işgünü içinde yapılıp yapılmadığı kesin bir şekilde belirlenerek sonuca göre karar verilmelidir...”⁷⁴.

İş Kanunu’nun 26. maddesinin 1. fıkrasına göre, fiil yönünden hak düşürücü sürenin uygulanabileceği durumlar yine aynı Kanunun 24 ve 25. maddelerinde gösterilen *ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan hallerdir* (İK, m.24/2; m.25/II). Bu davranışa ilişkin *fail*, işçi olabileceği gibi işveren de olabilecektir. Benzer düzenlemeye Deniz İş Kanunu’nun 15. maddesinde de yer verilmiştir. Basın İş Kanunu kapsamında derhal fesih hakkına ilişkin hak düşürücü süreye yer verilmemesi sebebiyle yukarıda da değiştirildiği üzere, Yargıtay içtihadı gereği 4857 sayılı Kanun’daki hükmün uygulanması benimsenmiştir⁷⁵. Öte yandan Türk Borçlar Kanunu açısından da derhal fesih hakkının kullanımında herhangi bir süreye yer verilmemesi sebebiyle, *öğretide* de ifade edildiği gibi makul süre içinde fesih hakkının kullanılması gerekecektir. Burada değinilen makul sürenin, her olayın özellikleri çerçevesinde tespit edilmesi gerekir. Dolayısıyla mevcut durumu değerlendirmeye ve karar vermeye (2 ila 3 gün kadar) yeterli bir süre olması gerekir⁷⁶.

⁷⁰ Y9HD, 07.06.2012, 15245/19935, (www.legalbank.net, 16.07.2019).

⁷¹ Y9HD, 13.05.2013, 3457/8686, (www.legalbank.net, 16.07.2019).

⁷² Y9HD, 08.06.1998, 3300/10068, (www.legalbank.net, 18.09.2019).

⁷³ Y22HD, 11.04.2017, 6098/82244, (www.legalbank.net, 25.08.2019).

⁷⁴ Y22HD, 02.04.2013, 20001/6994, (www.legalbank.net, 25.08.2019).

⁷⁵ Bkz. **Sümer**, Bireysel Basın İş Hukuku, s.215.

⁷⁶ **Baycık**, “Yenilik Doğuran Haklar”, s.432.

Altı günlük süre, madde hükmünün açık ifadesi gereği *iş günü* olarak geçmektedir. Dolayısıyla tatil günleri sürenin hesaplanmasında dikkate alınmayacaktır. Örneğin haklı sebeple fesih nedeninin yetkili makamca öğrenme tarihi ile fesih tarihi arasındaki resmî tatil olan ulusal bayram ve genel tatil günleri ile hafta tatilleri dikkate alınmayacaktır. Cumartesi iş hukuku bakımından iş günü olduğu için bugünün dikkate alınması gerekir⁷⁷. Ancak işçi haftanın beş işgünü çalışıyor ise, cumartesi günü de iş günü olarak kabul edilmez⁷⁸.

İşçinin raporlu olması, hak düşürücü sürenin işlemesini engellemeyecektir⁷⁹. Ancak feshin sonuçları, rapor süresinin sonundan itibaren işlemeye başlayacaktır⁸⁰.

Fesih iradesinin altı iş günü içinde açıklanması yeterli olup, bu süre içinde tebligatın muhatabına ulaşmış olması şart değildir⁸¹. Bu bakımdan notere başvuru tarihi veya fesih bildirimimin postaya verildiği tarih önemlidir⁸². Bundan başka yıllık izinde olmak da iş sözleşmesini feshetmeye engel değildir⁸³.

Fesih yetkisinin hak düşürücü süre içinde kullanılmış olduğu varsayılır. Bozma iradesini açıklayan taraftan bu süreye uyduğunun ispatı istenmeyecektir⁸⁴. Hâkimin hak düşürücü süreyi re'sen araştırma yükümlülüğü bulunmaktadır. Aksine bir delile rastlandığında bunu kendiliğinden dikkate almak zorundadır⁸⁵. Altı iş günlük sürenin

⁷⁷ Y9HD, 09.05.2012, 8608/16249, (www.legalbank.net, 15.06.2019).

⁷⁸ Y9HD, 11.02.2015, 8809/5874, Y9HD, 27.11.2017, 16569/19090, (www.legalbank.net, 15.06.2019).

⁷⁹ Y9HD, 04.04.2006, 3027/8553, (www.legalbank.net, 19.08.2019); Yargıtay bir başka kararında da, "Somut olayda, davacının 31.05.2008 tarihinde işletme müdür yardımcısı T.D'nin odasında amirlerinden E.Y. ve S.K.'nın da bulunduğu sırada sandalyelere tekme atmak sureti ile olay çıkarıldığı, etrafa saldırarak camları kırdığı, davacının olaydan sonra 03.07.2008 tarihine kadar rapor aldığı ve iş aklının 04.07.2008 tarihinde davalı tarafından Eskişehir 4. Noterliğinin 04.07.2008 tarih ve 21368 yevmiye nolu fesih bildiri ile feshedildiği mahkemenin de kabulündedir. 4857 sayılı İş Kanununun 26. maddesine göre, davacının iş sözleşmesi altı işgünlük hak düşürücü süre içinde feshedilmediğinden fesih süresinde değildir..." Y9HD, 21.11.2011, 26679/44.025, (www.legalbank.net, 25.08.2019).

⁸⁰ Y9HD, 14.04.1999, 5819/7307, (www.legalbank.net, 25.08.2019); "Davacının 5 günlük nakil süresi içerisinde 45'er günlük toplam 90 gün istirahat raporu alması 6 işgünlük süre yönünden sonuca etkili değildir", Y9HD, 18.12.2006, 15254/33354, (www.legalbank.net, 22.08.2019).

⁸¹ Ocak, Uğur, s.908.

⁸² İren, Ertan, "Haklı Nedenle İş Sözleşmesinin Feshinde Hak Düşürücü Süreler", Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan, İstanbul-2011, s.1335.

⁸³ Y9HD, 26.01.2015, 357/2149, (www.legalbank.net, 21.08.2016).

⁸⁴ Tiryaki, Hamit, "Derhal Fesih Hakkını Kullanma Süresi", Mali Çözüm, S:98, 2010, s.253.

⁸⁵ Çil, Şahin, 4857 Sayılı İş Kanunu Şerhi, Ankara, 2007, s.2006.

durması ve kesilmesi söz konusu değildir. Soruşturma varsa, bitinceye kadar hak düşürücü süre işleme⁸⁶.

Yargıtay kararlarında tespit edilen diğer bir durum da feshin altı iş günlük süre içinde yapılmasına rağmen, tebliğin daha sonra yapılmasının, hak düşürücü süreyi olumsuz etkilemeyeceği yönündedir⁸⁷. Öte yandan derhal fesih hakkına istinaden iş sözleşmesi feshedilen işçinin fesihten önce işverence savunmasının alınması durumunda, altı iş günlük sürenin de buna göre hesap edilmesi gerekir⁸⁸.

Kural olarak fesih hakkının hak düşürücü sürenin ilk günü kullanılması ile son günü kullanılması arasında bir fark bulunmamaktadır. Hak sahibi hakkını kullanmakta acele etmeye zorlanamaz. Zira onun süreyi son ana kadar kullanma hakkı vardır⁸⁹.

Fesih beyanının hak düşürücü süre içinde karşı tarafa varmasının mı yoksa açıklanmasının mı önemli olduğu tartışmalıdır. Feshe ilişkin beyanın hak düşürücü süre içinde karşı tarafa varmasının anlaşılması gerektiğini ileri sürenler olduğu gibi⁹⁰ karşı tarafın fesih iradesini açıkladığı ve ulaşması için işleme koyduğu tarihin hak düşürücü süre içinde gerçekleşmesinin yeterli olduğunu ileri sürenler de vardır⁹¹. Yargıtay verdiği kararlarda fesih beyanının hak düşürücü süre içinde açıklanmasını yeterli bulmaktadır⁹². Nitekim bu sonuç, fesih beyanında taraf iradesi dışında gerçekleşen ve gecikmeden kaynaklı sonuçlardan sorumlu olmama açısından daha isabetlidir.

Nihayet belirtelim ki, derhal fesih hakkının kullanımında, yazılı fesih beyanı (iş güvencesi kapsamı dışındaki iş ilişkilerinin sona erdirilmesinde) feshin geçerlilik koşulu olmadığından⁹³, taraflarca gerçekleştirilecek eylemli fesihten de değer vermek ve hak düşürücü sürenin geçip geçmediğini buna göre belirlemek gerekir⁹⁴.

⁸⁶ Y9HD, 31.01.2005, 17355/2619, (www.legalbank.net, 05.09.2019).

⁸⁷ Y9HD, 14.03.2012, 7304/8445, (www.legalbank.net, 26.08.2019).

⁸⁸ Y7HD, 11.07.2013, 5148/13212 (www.legalbank.net, 26.08.2019).

⁸⁹ **Birben**, s.464; Ancak öğretide bir görüşe göre, kısa bir hak düşürücü süre öngörülen yenilik doğuran haklar bakımından hak sahibinin hakkını kullanmakta kasten gecikmesi (örneğin, iş sözleşmesinin akibeti bakımından bir spekülasyon yaratarak buradan menfaat sağlanmak istenmesi) durumunda fesih hakkının ortadan kalktığı düşünülebilir. Bkz. **Birben**, s.464, dn.36.

⁹⁰ **Tunçomağ, Kenan**, "931 Sayılı İş Kanunu Açısından Hizmet (İş) Sözleşmesinin Feshi İhbarı ve Feshi", **İmran Öktem'e Armağan**, Ankara, 1970, s.203-242.

⁹¹ **Günay, Cevdet İlhan**, İş Davaları, Ankara, 2009, s.217-218.

⁹² Y9HD, 24.10.2008, 30135/28412 (www.legalbank.net, 14.11.2019); Y9HD, 18.03.2009, 38632/7333 (www.legalbant.net, 14.11.2019).

⁹³ Belirtelim ki, Türk Borçlar Kanunu'nun 435.maddesinin 1.fıkrasında yer alan yazılı şekil şartının yerine getirilmemesi, iş güvencesine tabi iş ilişkilerinde (hem süreli hem de derhal fesihten) *bir geçerlilik şartı*, bunun dışında kalan iş ilişkilerinde ise yapılan feshi geçerli ancak *haksız hale getiren* bir koşul olarak kabul etmek gerekir. **Süzek**, s.710.

⁹⁴ Y9HD, 25.04.2012, 7314/14260 (www.legalbank.net, 14.08.2019).

B. Altı İş Günlük Süreye İlişkin Özel Durumlar

1. Fiilin ve Failin veya Fesih Sebebinin Öğrenilmesinin Bir Disiplin Soruşturması/Teftiş Raporu veya İnceleme Gerektirmesi

Bazen fiilin ve failin öğrenilmesi veya fesih sebebinin haklı olup olmadığının anlaşılabilmesi açısından bir *soruşturma* yapmak gerekebilir. Soruşturma süreci hak düşürücü süreyi olumsuz etkilemeyecek, sonucunda fiilin, failin veya fesih sebebinin öğrenilmesi gerçekleştiğinde, fesih için gerekli hak düşürücü süre de başlamış olacaktır. Bir başka deyişle yetkili makam ya da kişi haklı sebep teşkil eden olayı disiplin kurulu veya teftiş raporu sonucu öğrenecekse hak düşürücü süre, haklı sebep teşkil eden olayı bildiren raporun (tüzel kişi olması durumunda) yetkili makam ya da kişinin önüne gelmesinden itibaren başlayacaktır⁹⁵. Dolayısıyla olayın disiplin kurulunca görüşülmesi veya bir müfettiş soruşturmasına tabi tutulması durumunda hak düşürücü süre başlamayacaktır.

Ayrıca derhal feshe konu olay, işyerinde yürürlükte bulunan toplu iş sözleşmeleri gereği disiplin kurulu incelemesine de tabi tutulabilir. Nitekim Yargıtay toplu iş sözleşmesi ile iş akdinin feshine, disiplin soruşturması sonucunda karar verilmesi gereken durumlarda, İş Kanunu'nun 26. maddesinin 1. fıkrasındaki sürenin soruşturmanın sonucunun öğrenildiği tarihten itibaren başlayacağına hükmetmiştir⁹⁶. Ancak bu noktada üzerinde durulması gereken önemli bir husus da soruşturma gerektiren durumlarda, olayın öğrenildiği tarihten itibaren en geç altı iş günü içinde soruşturmaya ilişkin talimatın disiplin kuruluna intikal ettirilmesi gerektiğidir⁹⁷. Olayın feshe yetkili kişi ya da kurula intikal ettirildiği gün, altı iş günlük sürenin başlangıcını oluşturur⁹⁸. Önemli olan disiplin kuruluna sevk ile iş sözleşmesinin derhal feshedildiği tarih arasında altı iş günlük sürenin geçmemiş olmasıdır.

Öte yandan haklı sebeple fesih hakkına konu olabilecek bir olayın faili belliliğine rağmen zarar verenin sebep olduğu zararın boyutu ilk anda belli olmayabilir. Özellikle işçinin kastı veya ihmali neticesinde verdiği zararın haklı sebeple derhal fesih

⁹⁵ Süzek, s.703.

⁹⁶ Y9HD, 04.11.1998, 13233/15588 (www.legalbank.net, 25.08.2019).

⁹⁷ Y9HD, 18.06.1998, 8300/10068 (www.legalbank.net, 25.08.2019).

⁹⁸ Y22HD, 15.04.2014, 8617/8159 (www.legalbank.net, 12.08.2019); "Dosya içeriğine göre, zincir marketlerin işletilmesi konusunda faaliyet gösteren davalı işveren nezdinde yüksek sayıda işçi çalışmakta olup, disiplin soruşturmasının zaman alması normaldir. Buna göre işçinin belirtilen eylemi nedeniyle 03.10.2010 tarihinde savunması alınmış, feshe yetkili makam olan disiplin kurulu tarafından 17.10.2010 tarihinde durum değerlendirilerek iş sözleşmesinin sona erdirilmesine karar verilerek aynı gün işçiye fesih bildiriminde bulunulmuştur" Y22HD, 02.05.2014, 8784/10923, (www.legalbank.net, 12.08.2019).

hakkı boyutunda olup olmadığı incelemeyi ve uzman görüşü veya raporunu gerektirebilir. İş Kanunu'nun işçinin iş güvenliğini tehlikeye düşürmesi veya işverenin malına zarar vermesine bağlı olarak işverence derhal fesih hakkının kullanılmasına ilişkin hüküme göre, *"İşçinin kendi isteği veya savsaması yüzünden işin güvenliğini tehlikeye düşürmesi, işyerinin malı olan veya malı olmayıp da eli altında bulunan makineleri, tesisatı veya başka eşya ve maddeleri otuz günlük ücretinin tutarıyla ödeyemeyecek derecede hasara ve kayba uğratması"* derhal fesih sebebidir (İK, m.25/II-İ). Burada özellikle derhal fesih hakkının kullanımında hak düşürücü süre açısından dikkat edilmesi gereken husus işçinin işyerinin makine, tesisat veya başka eşya ve maddeleri zarara uğratması hususudur. Buna göre derhal fesih hakkının kullanılması ancak zararın otuz günlük ücreti tutarıyla ödenemeyecek boyuta ulaşmış olmasıyla mümkündür⁹⁹. Belirtilen nedene bağlı olarak iş sözleşmesinin derhal feshi için ise, zararın gerçekten de işçinin otuz günlük ücreti tutarıyla ödenemeyecek boyuta ulaşmış olmasının tespiti gerekir. Bunu işverenin tek başına yapamayacağı, konu ile ilgili bir uzmanın zararı belirlemesine ihtiyaç duyulacağı aşıkardır.

Türk Borçlar Kanunu'nun 400. maddesine göre *"İşçi, işverene kusuruyla verdiği her türlü zarardan sorumludur"* (TBK, m.400/1). Ancak *"bu sorumluluğun belirlenmesinde; işin tehlikeli olup olmaması, uzmanlığı ve eğitimi gerektirip gerektirmemesi ile işçinin işveren tarafından bilinen veya bilinmesi gereken yetenek ve nitelikleri göz önünde"* tutulması gerekir (TBK, m.400/2).

Öte yandan işin niteliğinden doğan mesleki riskler nedeniyle zarara yatkın olması durumunda, özenli bir işçinin dahi ara sıra yapması olağan görülen hafif ihmale dayalı işlerden doğan zararların otuz günlük ücreti tutarı ile karşılanamayacak boyutta olması durumunda dahi, işverenin haklı nedenle derhal fesih hakkının bulunmaması gerektiği öğretide haklı olarak kabul edilmektedir¹⁰⁰.

Zarar nedeniyle iş sözleşmesinin derhal feshi için hak düşürücü süre, eylemin meydana geldiği tarihten değil, fail ve zararın öğrenildiği tarihten itibaren başlamalıdır. Dolayısıyla işverenin henüz zararı tam olarak tespit etmeden, iş sözleşmesini derhal feshetmesi, hak düşürücü süre içinde hareket edildiğini gösterir. Ancak işçinin ver-

⁹⁹ İşçinin hafif ihmali ile (zarara yatkın işler nedeniyle işçinin ara sıra yapması olağan görülen işlerde) verdiği zararlar, otuz günlük ücretle karşılanamayacak bir tutarda olsa bile, işverene derhal fesih hakkı tanınmamalıdır. **Süzek**, s.691.

¹⁰⁰ **Süzek**, s.691; **Soyer, Polat**, "Genel Hizmet Sözleşmesine İlişkin Yeni Borçlar Kanunu Hükümlerinin İş Hukuku Bakımından Önemi", **İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku, 2011 Yılı Toplantıları**, İstanbul Barosu – Galatasaray Üniversitesi, İstanbul 2012, s.172-173.

diği zararı, işverenin ekspertiz raporu sonucu öğrenmiş olması ve bundan sonra işleyecek altı iş günlük hak düşürücü süre içinde de sözleşmeyi feshetmesi mümkündür¹⁰¹.

2. Haklı Fesih Nedeninin Devam Etmesinin Süreye Etkisi

Derhal fesih hakkı veren nedenlerden bazıları devam ettiği sürece, yani ahlak ve iyiniyet kurallarına aykırı olay veya durum devam ettikçe altı iş günlük süre cereyan etmeyecek, dolayısıyla sürenin geçirildiği iddiası ileri sürülemeyecektir¹⁰². Yani fesih hakkı olay devam ettiği sürece varlığını devam ettirecek, ancak olayın sona ermesinden itibaren altı iş günü içinde fesih hakkı kullanılmadığı takdirde hak etkisiz hale gelecektir. Ancak Yargıtay bir kararında *isabetli* olarak, ücret ödeme sürekli devam eden bir durum olmakla birlikte, fesih hakkının ödemenin yapıldığı ana kadar kullanılabilceğini, aksi halde İş Kanunu'nun 24. maddesinin (II) numaralı bendinin (e) alt bendi gereği haklı nedenin ortadan kalkmış olacağını hükme bağlamıştır¹⁰³.

İş Kanunu'nun 24. maddesinin (II) – e bendi gereği işverence işçinin ücretinin kanun hükümleri veya sözleşme şartlarına uygun şekilde hesaplanıp ödenmemesi derhâl fesih sebebidir.

Ayrıca işverence ödenecek olan ücretin parça başına veya yapılacak iş tutarı üzerinden ödenmesinin kararlaştırıldığı durumlarda işverenin işçiye yapabileceği sayı ve tutardan az iş verilmesi durumunda, aradaki ücret farkının zaman esasına göre ödenmek suretiyle eksik kalan kısmın tamamlanması gerekir. Aksi durum İş Kanunu'nun 24/II-f hükmü gereği derhal fesih sebebi olarak düzenlenmiştir.

Haklı fesih nedeninin devamlılığı, hak düşürücü sürenin işlememesine sebep olmaktadır. Yukarıda da belirttiğimiz gibi, Yargıtay kararlarına göre ücreti ödenmeyen işçinin, ödeme yapılmadığı sürece her zaman haklı nedenle iş sözleşmesini feshetmek mümkündür. Zira haklı fesih nedeni devam etmektedir. Ancak önemle ifade edelim ki, ücretin ödenmemesi devamlılık gösterse de fesih hakkı ödemenin yapıldığı ana kadar kullanılabilir¹⁰⁴. Aksi halde İş Kanunu'nun 24. maddesinin (II) numaralı bendinin

¹⁰¹ “Somut olayda, davalı işveren her ne kadar trafik kazası 14.01.2008 tarihinde meydana gelmişse de, zarara yetkili servisin zarar miktarını belirttiği 31.01.2008 tarihinde ittıla kesbetmiş ve 6 gün içinde iş sözleşmesini feshetmiştir. Bu durumda feshin süresinde yapıldığının kabulü gerekir”, Y9HD, 16.02.2012, 43345/4445, (www.legalbank.net, 16.08.2019).

¹⁰² Mollamahmutoglu/Astarlı/Baysal, s.713.

¹⁰³ Y9HD, 15.02.2010, 16869/3345 (www.legalbank.net, 18.09.2019).

¹⁰⁴ Ancak *öğretide*, ödeme tarihinden itibaren altı iş günü daha fesih hakkının kullanılması gerektiği kabul edilmektedir. Ocak, Uğur, s.908.

(e) alt bendi gereği fesih hakkı kullanılamayacaktır. Dolayısıyla fesih tarihinde ödenmeyen ücret kalmamışsa, fesih hakkı ortadan kalkmış olacaktır¹⁰⁵.

İşçinin devamsızlığı sebebiyle iş sözleşmesini derhal fesih hakkı, İş Kanunu'nun 25. maddesinin (II) numaralı bendinin (g) alt bendinde düzenlenmiştir. Buna göre "İşçinin işverenden izin almaksızın veya haklı bir sebebe dayanmaksızın ardı ardına iki işgünü veya bir ay içinde iki defa herhangi bir tatil gününden sonraki iş günü, yahut bir ayda üç işgünü işine devam etmemesi" "Ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan hal-ler ve benzerleri" kapsamında derhal fesih sebebi olarak ele alınmıştır. Belirlenen sebebe dayalı derhal fesih hakkının kullanımı da İş Kanunu'nun 26. maddesinin 1. fıkrasında belirtilen hak düşürücü süreye bağlanmıştır. Devamsızlık süreklilik gösteren bir durum olduğu için, devam ettiği müddetçe hak düşürücü sürenin geçtiğinden söz edilemeyecektir. Yargıtay bu konuda verdiği ve istikrar kazanan kararlarda işyerine devamsızlığın sürdüğü durumlarda, altı iş günlük sürenin geçtiği düşünülmeyecektir¹⁰⁶.

Öte yandan çalışanların aynı zamanda sigortaya bildirilmesi yasal zorunluluktur. Tüm çalışanlar için bu konuda ülkemizde uygulanan Kanun 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'dur. Kanununun 102. maddesinde sigortalının bildirilmemesi durumunda uygulanacak (idari para cezası) yaptırımına da yer verilmiştir. İşverence, işçinin sigortasız çalıştırılması aynı zamanda İş Kanunu'nda da çalışma koşullarının uygulanmaması nedenine dayalı bir haklı fesih nedeni olarak ele alınmıştır (İK, m.24/II-f). Dolayısıyla bu ihtimale dayalı derhal fesih hakkının İş Kanunu'nun 26. maddesindeki hak düşürücü süre kapsamında değerlendirilmesi gerekir. Belirtilim ki, Yargıtay söz konusu ihtimale dayalı derhal fesihlerde, sigortanın yapılmamasını süreklilik arzeden bir durum olarak görmekte ve bu durum devam ettiği sürece de hak düşürücü sürenin geçmeyeceğine karar vermektedir¹⁰⁷.

¹⁰⁵ "Somut olayda davacının 2009 yılı Ocak, Şubat ve Mart aylarına ait ücretinin ödenmemesi ol-gusu halen devam etmektedir bu nedenle hak düşürücü süre işlemez" Y7HD, 17.01.2014, 15/9954, (www.legalbank.net, 10.08.2019).

¹⁰⁶ "Davalı işveren, davacının 25.10.2003, 01.11.2003 ve 08.11.2003 tarihlerinde mazeretsiz ve izin-siz olarak işyerine gelmediğini, bu nedenle iş sözleşmesinin İş Kanununun 25/II-g maddesi gere-ğince haklı olarak feshedildiğini savunarak davanın reddini istemiştir...11.12.2003 tarihli "iş akdi fesih bildirimini" başlıklı 12.12.2003 tarihli noter ihtarnamesi ile da davacının işyerine devamsızlı-ğının 25.10.2003 tarihinden itibaren izinsiz ve mazeretsiz olarak devam ettiği, bu nedenle iş söz-leşmesini İş Kanunu 25/II-g maddesi gereğince feshetmiştir. ...Mahkemece dinlenen tutanak ta-niği, davacı işçinin mazeretsiz ve izinsiz olarak işyerine gelmediğini teyit etmiştir...Davacı, işye-rine devamsızlığını sürdürmüş olduğuna göre somut olayda 6 işgünlük sürenin geçtiği düşünüle-mez" Y9HD, 14.05.2009, 152/13471; Y9HD, 04.06.2012, 12101/19208; 16.03.2010, 12549/7146, (www.legalbank.net, 10.08.2019).

¹⁰⁷ Y9HD, 29.12.2010, 913/41802, (www.legalbank.net, 20.08.2019).

B. Fiilin Gerçekleştiği Tarihten İtibaren Bir Yılın Geçmemiş Olması

Derhal fesih hakkının kullanımına ilişkin süreyi belirleyen gerek İş Kanunu (İK, m.26/1), gerek Deniz İş Kanunu (DİK, m.15/1) fiilin gerçekleşmesinden itibaren *bir yıl sonra* fesih hakkının kullanılamayacağını hükme bağlamıştır. Altı iş günlük süre failin ve fiilin *öğrenilmesinden* itibaren başlarken, *bir yıllık süre* fiilin işlenmesinden itibaren hesaplanacaktır. Dolayısıyla, derhal fesih hakkına sahip olan tarafın fiilin işlenmesinden itibaren *bir yıllık* süre içinde diğer tarafın iş sözleşmesini, derhal feshi gerektiren davranışlarda bulunduğunu *öğrenmeli*, bu öğrenmeden itibaren altı iş günü içinde de fesih hakkını kullanmalıdır. Bir yıllık süre de altı iş günlük süre gibi hak düşürücü niteliktedir. Bir yıllık sürenin geçmesinden sonra öğrenilmiş bir derhal fesih sebebi, iş sözleşmesinin sonlandırılması yetkisi vermeyecektir.

Bir yıllık süre, haklı nedenin gerçekleştiği tarihi takip eden sonraki yılın aynı günün akşamı sona eren zaman dilimi olarak dikkate alınmalıdır¹⁰⁸.

İş Kanunu'nun 26.maddesinin 1.fıkrasında işçinin olayda *maddi çıkar* sağlaması durumunda bir yıllık sürenin uygulanmayacağı hükme bağlanmıştır. Örneğin banka görevlisinin banka müşterilerinin hesaplarındaki parayı kendi hesabına aktarması durumunda, bu eylem bir yılın geçmesinden sonra öğrenilse bile, iş sözleşmesi derhal feshedilebilecektir. Ancak belirtelim ki bu ihtimallerde de fesih sebebinin öğrenilmesinden itibaren altı iş günü içinde hareket edilmesi ve derhal fesih hakkının kullanılması gerekecektir.

Daha önceden de ifade ettiğimiz gibi, Basın İş Kanunu'nda ve Türk Borçlar Kanunu'nda derhal fesih hakkını kullanma süresine yer verilmemiştir. Ancak Yargıtay 4857 sayılı İş Kanunu'ndaki hak düşürücü sürelerin gazeteciler içinde uygulanması gerektiğini ifade etmiştir¹⁰⁹. Dolayısıyla İş Kanunu'nun 26. maddesinin 1.fıkrasında belirtilen ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan hallere dayanarak işçi ve işveren için tanınmış olan sözleşmeyi fesih yetkisi iki taraftan birinin bu çeşit davranışlarda bulunduğunu diğer tarafın öğrendiği günden başlayarak altı iş günü geçtikten ve her halde fiilin gerçekleşmesinden itibaren bir yıl sonra kullanılamayacağına ilişkin hükmün, Basın İş Kanunu kapsamındaki işverenlere ve gazetecilere de uygulanması mümkündür. Ayrıca yine işçinin olayda maddi çıkar sağlaması halinde bir yıllık sürenin uygulanmayacağına ilişkin düzenlemenin de bu kapsamda değerlendirilebilecektir. Ancak belirtelim ki, Basın İş Kanunu da Deniz İş Kanunu gibi İş Kanunu karşısında eşdeğer kanun oldukları için, bu kanunlarda herhangi bir boşluk bulunduğu, İş Kanunu'nun değil, Türk Borçlar Kanunu'nun boşluk doldurucu işlevinden söz etmek gerekir. Dolayısıyla Basın İş Kanunu'ndaki bu konudaki boşluğun Türk Borçlar Kanunu ile doldurulması

¹⁰⁸ Tiryaki, s.251.

¹⁰⁹ Y22HD, 07.05.2014, 10810/11780 (www.legalbank.net, 05.09.2019).

daha uygun olmalı ve haklı nedenle fesih hakkının makul süre içinde kullanılması fikrinin benimsenmesi gerekir¹¹⁰.

Deniz İş Kanunu'nda, fiilin gerçekleşmesinden itibaren bir yıl içinde fesih hakkının bulunduğu belirtilmesine rağmen, işçinin İş Kanunu'ndakine (İK, m.29/1) benzer bir şekilde olayda maddi çıkar sağlaması durumunda bir yıllık sürenin uygulanmaya-acağına ilişkin cümleye yer verilmemiştir.

Öte yandan Türk Borçlar Kanunu'nun 435. maddesinde de tarafların haklı nedenle iş sözleşmesini derhal feshedebilecekleri hükme bağlanmış ancak, herhangi bir süreye yer verilmemiştir¹¹¹. Ancak burada süreye yer verilmemiş olması şüphesiz ki, iş sözleşmesinin her zaman feshedilebileceği şeklinde yorumlanmamalıdır. Tarafların haklı nedenle fesih hakkını öğrendikleri andan itibaren *makul bir süre içinde* derhal fesih haklarını kullanmaları gerekir¹¹². Ayrıca yine makul süre içinde haklı feshin gerçekleştirilmesi gerekli hallerde, aradan uzun zaman geçmiş olması, haklı fesih nedeni olarak devam eden fesih hallerinin varlığı durumunda, fesih hakkını ortadan kaldırmayacaktır. Örneğin işçinin iki yıl önce yapmış olduğu bir hırsızlığın yeni öğrenilmesi, iş sözleşmesinin haklı feshini engellememelidir.

6. HAK DÜŞÜRÜCÜ SÜRENİN ETKİSİ

I. FESHİN SÜRESİNDE YAPILMIŞ OLMASI DURUMUNDA

Haklı nedenle fesih hakkının kullanılması için Kanunda benimsenen süre içinde hareket edildiği ve iş sözleşmesi feshedildiği takdirde, sözleşme derhal ortadan kalkacaktır¹¹³. Dolayısıyla süreli fesihte öngörüldüğü gibi bir sürenin geçmesine gerek yoktur. Fesih beyanının karşı tarafa ulaşmasıyla birlikte hukuki sonuçları ortaya çıkar.

Öncelikle ifade edelim ki, işçinin feshe kadar kanundan ya da iş sözleşmesinden veyahut da toplu iş sözleşmesinden doğan para ve parayla ölçülmesi mümkün tüm menfaatlerinin tam olarak ödenmesi gerekir (İK, m.32/5; DİK, m.29/4; BK, m.442/1). Öte yandan feshe ilişkin genel bir sonuç olarak işveren tarafından işçiye kimliğine,

¹¹⁰ Bkz. **Tuncay, A. Can**, Hukuki Yönden Basında İşçi-İşveren İlişkileri, İstanbul, 1989, s.26; **Uçum Mehmet/Karataş, Hüseyin**, "Başlıca Esasları Yönünden İş Kanunu- Basın İş Kanunu Karşılaştırması", Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, S. 14, İstanbul, 2007, s.35.

¹¹¹ Yürürlükten kaldırılan 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 344.maddesinde iş sözleşmesinin haklı nedenle her vakit feshedilebileceği belirtilmişti.

¹¹² **Uygur, Turgut**, Açıklamalı-İçtihatlı Borçlar Kanunu Sorumluluk ve Tazminat Hukuku, C.6, Ankara 2003, 7401.

¹¹³ Ayrıntılı bilgi için bkz. **Süzek**, s.679 vd; **Akyiğit**, s.214 vd; **Sümer**, İş Hukuku, s.114 vd; **Narmanlıoğlu**, s.404 vd.

yapılan işin niteliği ve süresine ilişkin bir çalışma belgesi verilmesi gerekir (İK, m.28; DİK, m.12; TBK, m.426)¹¹⁴.

Ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan haller ve benzerlerine dayalı fesihler (İK, m.24/II; İK, m.25/II; DİK, m.14) sonucunda tarafların birbirlerine karşı tazminat hakları saklıdır (İK, m.26/II; DİK, m.15/II; TBK; m.437/1). Madde hükmünde ifade edilen tazminatın, sözleşmesel sorumluluğun genel koşulları içinde değerlendirilmesi ve zarara uğrayanın (müspet) zararlarının¹¹⁵ giderilmesi amacına yönelik olduğunun belirtilmesi gerekir¹¹⁶.

İş sözleşmesinin İş Kanunu'nun 24 ve 25. maddeleri gereği derhal fesih hakkını kullanan tarafın, diğer taraftan ihbar tazminatı talep hakkı bulunmamaktadır¹¹⁷. Çünkü ihbar tazminatını talep hakkı mevzuatımız gereği, iş sözleşmesini fesheden tarafa değil, kendisine karşı süreli fesih hakkı (İK, m.17) kullanılan tarafa aittir¹¹⁸.

Öte yandan İş Kanunu'nun 24. maddesine göre işçi tarafından; İş Kanunu'nun 25/II hükmü dışında, 25/I, III ve IV madde hükümlerine bağlı olarak işverence derhal feshedilmesi durumunda *bir yıllık kıdem süresini* doldurmuş olan işçinin kıdem tazminatı talep etme hakkı bulunmaktadır¹¹⁹.

II. FESHİN SÜRESİNDE YAPILMAMIŞ OLMASI DURUMUNDA

Derhal fesih hakkının süresinde kullanılmamış olması, hakkın ortadan kalkmasına (etkisizleşmesine) yol açtığı için, feshin *haksız* fesih niteliğine bürünmesine neden olacaktır¹²⁰. Bu sonuç hem işçi açısından sürenin geçmesinden sonra kullanılan derhal fesihlerde, hem de işveren açısından kullanılan derhal fesihlerde geçerli olacaktır.

¹¹⁴ Söz konusu belgelerin işçiyeye süresinde verilmesi ve doğru bilgileri içermesi gerekir. **Akyiğit**, s.180.

¹¹⁵ Sözleşmenin ifa edilmemiş olmasından doğan zararlara, müspet zarar denir. **Eren**, s.396.

¹¹⁶ **Çil**, s.2007.

¹¹⁷ **Süzek**, s.711.

¹¹⁸ Ayrıntı için bkz. **Şişli, Zeynep/Dulay Yangın, Dilek**, "Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde İhbar Önelilerinin Sözleşme İle Artırıldığı Hallerde İşçinin "İhbar Tazminatı" Sorumluluğu", **Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 4 (2), 2014, s.77-92; **Saracel, Nükhet**, "İhbar Tazminatı ve Diğer Tazminatlarla İlişkisi", **Prof. Dr. İhsan Tarakçıoğlu'na Armağan**, C:II, S:1-2, Ankara,1999.

¹¹⁹ **Anadolu, Kerim**, "Kıdem Tazminatı Koşulları ve İşçinin Kıdemini Hesaplanması", **Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi**, Sayı:10, 2003, s.239-264; **Aktay, Nizamettin**, "Kıdem Tazminatına Hak Kazanma Şartlarının Hukuki Niteliği", **Sicil, İş Hukuku Dergisi**, Haziran, 2010.

¹²⁰ **Süzek**, s.711; Öte yandan feshin yazılı olarak yapılmaması, dayanılan haklı fesih sebebinin ispat edilememesi, kanunda düzenlenen haklı fesih sebeplerinden birinin bulunmaması, iş sözleşmesi süresinde toplu iş sözleşmesinde ya da iş sözleşmesinde feshe disiplin kurulunun karar vermesi gibi yöntemlere uyulmamış olması da feshin haksızlığına yol açan diğer nedenlerdir. **Sümer**, **Bi-reysel Basın İş Hukuku**, s.218.

Derhal fesih hakkının süresinde kullanılması bakımından, iş sözleşmesinin belirli veya belirsiz süreli olması bir farklılık yaratmamaktadır.

Haksız fesih iş hukukunun kapsamlı açıklamayı gerektiren bir konudur. Ancak inceleme gereği, hak düşürücü süreye ait koşullara aykırılığın neticesine bağlı olarak da ortaya çıktığı için genel anlatım kapsamında ana hususlara temas edilmekle yetinilecektir.

A. İşçi Tarafından Gerçekleştirilen Haksız Feshin Sonuçları

Derhal fesih hakkının kullanılmasında süreye riayet etme yükümlülüğünün işçide olması durumunda, aksine davranış işçinin haksız feshini ortaya çıkaracaktır.

İşçinin işi bırakmasına bağlı olarak üretimde sebep olduğu kesinti, geçici olarak işin başkalarına yaptırılması zorunluluğunun ortaya çıkması gibi durumları dikkate alan kanun koyucu, Türk Borçlar Kanunu'nun 439. maddesinde işin belirli veya belirsiz süreli olup olmadığı önemli olmaksızın, bu ihtimallerde ortaya çıkacak zararın tazminine dönük bir hükme yer vermiştir. Buna göre "İşçi, haklı sebep olmaksızın işe başlamadığı veya aniden işi bıraktığı takdirde işveren, aylık ücretin dörtte birine eşit bir tazminat isteme hakkına sahiptir. İşverenin, ayrıca ek zararlarının giderilmesini isteme hakkı da vardır" (TBK, m.439/1). Belirtelim ki bu hüküm, İş Kanunu kapsamına giren belirli süreli iş ilişkilerinde işçinin sözleşmeyi haksız feshinde de uygulama alanı bulabilecektir¹²¹.

Öte yandan işçi, bildirim sürelerine uymasını gerektiren belirsiz süreli iş sözleşmesinin varlığı durumunda ise haksız fesih nedeniyle işverene *ihbar tazminatı* ödemek zorunda kalabilir (İK, m.17/1,3). Ayrıca iş sözleşmesinin haksız feshedilmesi durumunda, her iki taraf içinde öngörülmüş bulunması şartıyla, cezai şart kararlaştırılması da mümkündür¹²².

B. İşveren Tarafından Gerçekleştirilen Haksız Feshin Sonuçları

İşverenin haksız feshi nedeniyle iş sözleşmesinin belirsiz süreli olması ile belirli süreli olmasına bağlı farklı sonuçlara ulaşmak mümkündür. Belirsiz süreli iş sözleşmelerinde konunun incelenmesi işçinin iş güvencesi kapsamında olup olmamasına göre farklılık gösterir¹²³.

¹²¹ **Soyer, Polat**, "Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin "Yeni" Türk Borçlar Kanunu Hükümleri, **Sicil**, 22, Haziran, 2011, s.16.

¹²² **Süzek**, s.718.

¹²³ Ayrıntılı bilgi için bkz. **Elmas, Serkan**, Türk İş Hukukunda Haksız Fesih, **Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü**, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Haziran-2018, s.57 vd; **Kaplan, E.Tuncay Senyem**, "Belirli Süreli İş Sözleşmesinin Haksız Feshinin Hüküm ve Sonuçları", **Sicil İş Hukuku Dergisi**, S.36, Yıl 2016, s.17-33.

Belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışan ve haksız feshine maruz kalan işçi iş güvencesi kapsamında ise, İş Kanunu'nun 25. maddesinin son fıkrası gereğince güvenceye ilişkin hükümler *kapsamında* dava açmak mümkün olabilecek, işçi işe iade ve buna ilişkin sonuçları işletebilecektir.

İşverenin haksız feshi durumunda belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçi iş güvencesi kapsamı *dışında* kalıyor ise işçinin, iş hukukunda ihbar tazminatı olarak isimlendirilen, fesih bildirim süresine ilişkin ücret tutarında (İK; m.17/2) tazminat ve ayrıca koşulları varsa kıdem tazminatı (1475 sayılı İK, m.14) talebinde bulunması mümkündür. Ayrıca Türk Borçlar Kanunu'nun 438.maddesinin 3.fıkrasında düzenlenen ve hâkim tarafından durum ve koşulları dikkate alınarak, miktarını serbestçe belirleyeceği bir tazminatın işçiye ödenmesine de karar verilebilir. Ancak belirlenecek tazminatın miktarı, işçinin altı aylık ücretinden fazla olamaz. Belirtelim ki, Türk Borçlar Kanunu kapsamında çalışan işçilerin kıdem tazminatı talep hakları bulunmamaktadır.

Derhal fesih hakkını kullanan tarafın haksız feshine yol açmasının hukuksal sonuçlarını belirli süreli iş sözleşmeleri açısından da değerlendirmek gerekir. Bu konuda İş Kanunu'nda bir hüküm bulunmamakla birlikte Türk Borçlar Kanunu, bir düzenleme ile belirli süreli iş sözleşmelerinin işverence gerçekleştirilen haksız feshine temas etmiştir.

Türk Borçlar Kanunu'nun 438.maddesinin 1.fıkrasında, belirli süreli iş sözleşmesi kapsamında, işçinin haksız fesih nedeniyle işverenden tazminat talep etme hakkına yer verilmiştir. Ancak işçinin isteyebileceği tazminat miktarı, iş sözleşmesinin sona ermesi nedeniyle işçinin tasarruf ettiği miktar ile başka işten elde ettiği veya bilerek elde etmekten kaçındığı gelirleri kapsamayacaktır (TBK, m.438/2).

Türk Borçlar Kanunu kapsamında olmamak kaydıyla, belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçinin iş sözleşmesinin haksız feshi durumunda, bir yıllık kıdem süresini doldurmuş olması kaydıyla kıdem tazminatı talep etmesi de mümkündür¹²⁴. Ancak iş sözleşmesi belirli süreli olduğu için ihbar tazminatı talep edilemeyecek (İK, m.17/4; TBK, m.432/1-2) ve aynı gerekçeyle iş güvencesinden de (İK, m.18 vd) yararlanmak mümkün olmayacaktır.

7. SONUÇ

İş sözleşmesini fesih hakkının kanunla veya dürüstlük kuralı kapsamında süre ile sınırlanması, hukuksal bir gerekliliktir. Bu aynı zamanda muhatabın bir belirsizlikle karşı karşıya kalmaması için de önemli bir husustur.

¹²⁴ Kaplan, s.17-33.

Fesih hakkının süreyle sınırlanması ihtiyacı hem süreli fesih hakkı hem de derhal fesih hakkı açısından söz konusudur. Süre feshe hakkı olan işçi açısından geçerli olduğu gibi işveren açısından da geçerlidir.

Derhal fesih hakkının özellikle ahlak ve iyiniyet kurallarına aykırı davranışlar sebebiyle kanunla hak düşürücü süre ile sınırlanması karşısında süreli fesih hakkının daha çok dürüstlük kuralından yararlanılarak makul bir süre için sınırlanması söz konusu olmaktadır. Süreli fesih hakkı kapsamında, iş güvencesi içinde yer alan işçiler açısından geçerli sebeple fesih beyanı bir süreye bağlanmamış, Yargıtay içtihatları ile feshin makul süre içinde yapılması yönünde bir uygulama gelişmiştir. İş güvencesi kapsamı dışında olan işçiler açısından ise ne işveren ne de işçi yönünden süreli fesih hakkının kullanımı bir süreye bağlanmıştır.

Hak düşürücü süreye bağlanan durumlarda, feshe hakkı olan taraf açısından fesih sebebinin öğrenilmesinden itibaren altı iş günlük süre içinde iş sözleşmesinin feshedilmesi gerekmektedir. Ancak altı iş günlük sürenin geçerli olduğu fesih hakkının kullanılabilmesi sebeplerin öğrenilmesi bazen hemen söz konusu olmamakta, soruşturma gibi belirli bir sürecin geçmesine ihtiyaç duyulmaktadır. Bazı sebeplerin (devamsızlık, ücretin ödenmemesi gibi) sürekli devam etmesi ise hak düşürücü sürenin geçmesini engellemekte, temadi eden hal sona erince de iş sözleşmesini fesih hakkı etkisiz hale gelmektedir.

İş Kanunu'nda derhal fesih hakkının kullanımını süreye bağlayan hükmün, Yargıtay kararına istinaden Basın İş Kanunu kapsamındaki gazeteciler için de kıyasen uygulanmasını her iki kanunun da özel nitelikte olması sebebiyle doğru bulmamaktayız. Basın İş Kanunu'nda yer alan düzenleme boşluğu konusunda Türk Borçlar Kanunu hükümlerinin geçerli olması gerekir.

Deniz İş Kanunu açısından da hak düşürücü süreye yer verilmiş, İş Kanunu'nda yer alan hükme benzer şekilde, iki taraftan birinin feshe sebep teşkil edecek davranışlarda bulunduğunu, diğer tarafın öğrendiği tarihten başlayarak altı iş günü geçtikten ve herhalde fiilin meydana gelmesinden itibaren bir sene sonra fesih hakkının kullanılamayacağı hükme bağlanmıştır. Ancak İş Kanunu'nda yer alan işçinin olayda maddi çıkar sağlaması durumunda bir yıllık sürenin aranmayacağına ilişkin hüküm Deniz İş Kanunu'nda yer almamıştır.

Hak düşürücü sürenin geçmesi durumunda feshin haksız feshe dönüşeceği hem uygulama hem de öğretide kabul edilen bir sonuçtur. Fakat derhal fesih hakkı süresi içinde kullanılmamışsa da şayet fesih sebebi geçerli sebeple feshe konu olacak boyutta ise fesih geçerli değil, geçersiz feshe dönüşmeli ve buna ilişkin sonuçlar işletilmelidir. Ancak Yargıtay'ın derhal fesih hakkının süresinde kullanılmaması duru-

munda, haklı sebep olarak gösterilen olgunun geçerli sebeple feshe dayanak olup olmayacağına araştırılmasına dönük kararlarında, sebebin geçerli sebep boyutunda olması durumunda, İş Kanunu'nun 19. maddesindeki geçerli sebeple feshe ilişkin usule dair hükümleri dışlamasının ve işçinin işe iade taleplerinin reddine karar vermesinin de doğru olmadığı düşüncesindeyiz.

KAYNAKLAR

- Akyiğit, Ercan, İş Hukuku, 10.B, Ankara-2014.
- Aktay, Nizamettin, “Kıdem Tazminatına Hak Kazanma Şartlarının Hukuki Niteliği”, Sicil, İş Hukuku Dergisi, Haziran, 2010.
- Aras, Talip, “İş Güvencesinden Yararlanmanın Koşulları ve Emredicilik”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S:119, 2015.
- Anadolu, Kerim, “Kıdem Tazminatı Koşulları ve İşçinin Kıdeminin Hesaplanması”, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, Sayı:10, 2003.
- Avcı, Mustafa, “Geçerli Nedenlere Dayalı Fesih Hakkının Kullanılmasında Makul Süre”, Sicil, İş Hukuku Dergisi, 2007/5.
- Baskan, Ş.Esra, “6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Rekabet Yasası Sözleşmesi”, Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2 (2) 2012.
- Baycık, Gaye, “İş Akdini Fesih Sebebinin Değiştirilmesi”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2006, C:55, S:1.(İş Akdini Fesih Sebebi)
- Baycık, Gaye, “İş Hukukunda Yenilik Doğuran Hakkın Etkisizleşmesi”, İÜHFMD, C.LXXII, S.2. (Yenilik Doğuran Hak)
- Bedük, Mehmet Nusret, Deniz İş Sözleşmesi, Bursa, 2012.
- Birben, Erhan, “İşverenin İş Sözleşmesini Fesih Hakkının Etkisizleşmesi”, DEÜHFMD, C:15, Özel Sayı, 2013.
- Çil, Şahin, 4857 Sayılı İş Kanunu Şerhi, (Madde-1-19), Ankara-2007.
- Demir, Fevzi, En Son Yargıtay Kararları Işığında İş Hukuku ve Uygulaması, 11.B, İzmir, 2018.
- Ekonomi, Münir, “Kıdem Tazminatına Hak Kazandıran Hallerde Fesih Kavramı ve Türleri”, Kamu-İş, Ocak-1990, s.3-7.
- Ekonomi, Münir, “Kadın İşçilerin Gebelik ve Doğum Halinde Feshe Karşı Korunması”, Çalışma ve Toplum Dergisi, S.:3, 2009.
- Elmas, Serkan, Türk İş Hukukunda Haksız Fesih, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Haziran-2018.
- Eren, Fikret, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 16.B, Ankara, 2014.
- Gerek, Nüvit, “İşveren Tarafından Gerçekleştirilen Haksız Fesih-Usulsüz Fesih-Kötüniyetli Fesih”, Karatahta, İş Yazıları Dergisi, S.2, 2015.
- Günay, Cevdet İlhan, İş Davaları, Ankara, 2009.

- Güven, Ercan/Aydın, **Ufuk**, Bireysel İş Hukuku, 4.B, Eskişehir-2013.
- İren, Ertan, “*Haklı Nedenle İş Sözleşmesinin Feshinde Hak Düşürücü Süreler*”, Prof. Dr. Sarper Süzek’e Armağan, İstanbul, 2011.
- Kalkan, Arif, “*İş Sözleşmesinde Fesih Halleri*”, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:XIII, S.1, 2018.
- Kaplan, E.Tuncay Senyen, “*Belirli Süreli İş Sözleşmesinin Haksız Feshinin Hüküm ve Sonuçları*”, Sicil İş Hukuku Dergisi, S.36, Yıl 2016.
- Kuru, Baki/Yılmaz, Ejder/Arslan, Ramazan, Medeni Usul Hukuku, Ankara, 2006.
- Mollamahmutoğlu, Hamdi/Astarlı, Muhittin/Baysa, Ulaş, İş Hukuku, 6.B, Ankara, 2014.
- Mutlay, Faruk Barış/Güneş, Başak, “*Yeni Borçlar Kanununun “Genel Hizmet Sözleşmesi”ne İlişkin Hükümlerinin İş Kanunu ve 818 sayılı Kanunla Karşılaştırılarak Değerlendirilmesi*”, Çalışma ve Toplum Dergisi, S:30, 2011.
- Moral, Duygu/Kişi, Hakkı, “*Deniz Hizmet Sözleşmelerinin Sona Ermesi*”, Dokuz Eylül Üniversitesi, Denizcilik Fakültesi Dergisi, C:2, S:2, 2010.
- Narmanlıoğlu, Ünal, İş Hukuku – Ferdi İlişkileri, İstanbul, 2012.
- Narmanlıoğlu, Ünal, “*İşçinin Kıdem Tazminatına Hak Kazanabilmesi İçin Belirli Sebeplere Dayalı Olarak Yapacağı Feshin Özellikleri*”, Prof. Dr. Metin Kutal’a Armağan, Ankara, 1998.
- Narmanlıoğlu, Ünal, “*İşe Başlatmama Tazminatı*”, [https://journal.yasar.edu.tr/wp-content/uploads/2014/01/25-%C3%9Cnal-NARMANLIO%C4%9ELU .pdf](https://journal.yasar.edu.tr/wp-content/uploads/2014/01/25-%C3%9Cnal-NARMANLIO%C4%9ELU.pdf) (11.11.2019).
- Reisoğlu, Safa, Borçlar Hukuku – Genel Hükümler, İstanbul – 1995.
- Soyer, Polat, “*Feshe Karşı Korumanın Genel Çerçevesi ve Yargıtay Kararları Işığında Uygulama Sorunları*”, İş Güvencesi Kurumu ve İşe İade Davaları, Legal Yayınları, İstanbul, 2005.
- Soyer, Polat, “*Genel Hizmet Sözleşmesine İlişkin Yeni Borçlar Kanunu Hükümlerinin İş Hukuku Bakımından Önemi*”, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku, 2011 Yılı Toplantıları, İstanbul Barosu – Galatasaray Üniversitesi, İstanbul, 2012.
- Ocak, Uğur, Feshe Bağlı İşçilik Alacakları, 6.B, Gaziantep, 2018.
- Ocak, Saim, “*İş Sözleşmesinin İşçi Tarafından Evlilik, Askerlik ve Sosyal Güvenlik Hakları Nedeniyle Feshinde İhbar Tazminatı*”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:15, Özel Sayı, 2013.
- Oğuzman, Kemal/Öz, Turgut, Borçlar Hukuku – Genel Hükümler, 5.B, İstanbul, 2006.

- Özer, Hatice Duygu, “Doğum İzninin İşçinin Kıdemine ve İş Sözleşmesinin Feshine Etkisi”, **Çalışma ve Toplum Dergisi**, S:21, 2009.
- Saracel, Nükhet, “İhbar Tazminatı ve Diğer Tazminatlarla İlişkisi”, **Prof. Dr. İhsan Tarakçıoğlu’na Armağan**, C:II, S:1-2, Ankara,1999.
- Savaş, Burcu, İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Haklı Nedenle Feshi, İstanbul, 2012.
- Soyer, Polat, “Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin “Yeni” Türk Borçlar Kanunu Hükümleri, **Sicil**, 22, Haziran-2011.
- Sümer, Haluk Hadi, İş Hukuku, 23.B, 2018. (İş Hukuku)
- Sümer, Haluk Hadi, İş Hukuku Uygulamaları, 6.B, 2016.
- Sümer, Haluk Hadi, Bireysel Basın İş Hukuku, 2.B, Ankara, 2016. (Bireysel Basın İş Hukuku)
- Süzek, Sarper, İş Hukuku, 16.B, İstanbul, 2018.
- Şakar, Müjdat, İş Hukuku Uygulaması, İstanbul, 2014.
- Şişli, Zeynep/Dulay Yangın, Dilek, “Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde İhbar Önelllerinin Sözleşme İle Artırıldığı Hallerde İşçinin “İhbar Tazminatı” Sorumluluğu”, **Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 4 (2), 2014.
- Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, Borçlar Hukuku, İstanbul-1993.
- Tiryaki, Hamit, “Derhal Fesih Hakkını Kullanma Süresi”, **Mali Çözüm**, S:98, 2010.
- Tulukçu, Nezihe Binnur, İş Mahkemeleri ve Arabuluculuk Hükümlerine Göre İş Güvenesi İşe İade, Ankara, 2017.
- Tuncay, A. Can, Hukuki Yönden Basında İşçi-İşveren İlişkileri, İstanbul 1989.
- Tunç, Yusuf Erdem, “Gemi Adamlarının Hizmet Sözleşmelerinin Sona Ermesi”, **Sosyal Bilimler Dergisi**, Yıl: 4, S:17, Aralık, 2017.
- Tunçomağ, Kenan, “931 Sayılı İş Kanunu Açısından Hizmet (İş) Sözleşmesinin Feshi İhbarı ve Feshi”, **İmran Öktem’e Armağan**, Ankara, 1970.
- Uçum, Mehmet, “Karar İncelemesi İşverenin Dayandığı Fesih Nedeninin Hukuki Niteliğinin Belirlenmesi ve Sözleşmenin Feshinde Usul Hükümlerinin Uygulanması”, **A.Can Tuncay’a Armağan**, 2005.
- Uçum Mehmet/Karataş, Hüseyin, “Başlıca Esasları Yönünden İş Kanunu- Basın İş Kanunu Karşılaştırması”, **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, S. 14, İstanbul, 2007.
- Uygur, Turgut, Açıklamalı-İçtihatlı Borçlar Kanunu Sorumluluk ve Tazminat Hukuku, C.6, Ankara, 2003.

Yangın, Dilek Dulay/Şişli, Zeynep, “Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde İhbar Önelllerinin Sözleşme İle Artırıldığı Hallerde İşçinin “İhbar Tazminatı” Sorumluluğu”, **Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 4 (2), 2014.

Zeytinoğlu, Emin, “İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Ahlak ve İyiniyet Kurallarına Aykırılık Sebebiyle Haklı Nedenle Feshi”, **İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, Y:16, S:32, 2017/2.

İFLÂS DIŞI ADİ KONKORDATO MÜHLETİ İÇERİSİNDE BORÇLUNUN İFLÂSINA KARAR VERİLEBİLECEK DURUMLAR*

*Circumstance Where Bankruptcy of Debtor Can Be Resolved During the Period for
the Ordinary Concordat Outside of Bankruptcy Procedure*

Dr. Öğr. Üyesi Orhan EROĞLU**

ÖZ

Türk hukuk sisteminde ekonomik durumu bozulan ve borçlarını ödeyerek ticari faaliyetlerini devam ettirmek isteyen dürüst borçluların korunması ve bu borçluların alacaklıları arasında eşitliğin sağlanması için konkordato kurumu kabul edilmiştir. Konkordato ile borçlunun faaliyetlerine devam etmesinin sağlanması, alacaklılarının da alacaklarına kavuşması amaç edinilmiştir. Ancak, iflâsa tabi borçlular açısından konkordato bünyesinde bir de risk barındırmaktadır. Durumunu iyileştirmek kastında olmayan kötü niyetli borçlular hakkında bazı hâllerde iflâs kararı verilmesi mümkündür. Bu çalışmada; iflâs dışı adi konkordato mühleti içerisinde borçlunun iflâsına karar verilebilecek durumlar, yargı içtihatları ve doktrinde yer alan görüşler ışığında ortaya konulmuştur.

ANAHTAR KELİMELEER: İflâs Dışı Adi Konkordato, İflâs, Doğrudan İflâs, Geçici Mühlet, Kesin Mühlet.

ABSTRACT

Under Turkish law system, in order to protect honest debtors whose economic situation has been distorted and who is willing to continue its commercial activities while paying off its debts and to enable equality among the creditors of these debtors "Concordat" (in TR konkordato) corporation has been introduced. With the introduction of the concordat corporation, it has been targeted that debtor continues its activities while creditors of the debtor receive their receivables. However, there is a risk embodied in the concordat corporation for the debtors subject to bankruptcy procedure. Under certain circumstances, it is also possible that bankruptcy decision can be resolved against the debtors with bad faith who do not aim to improve their situation through this duration. In this study, circumstances where bankruptcy of debtor can be resolved during the period for the ordinary concordat outside of bankruptcy procedure have been discussed in the light of jurisprudence and doctrinal views.

KEY WORDS: The Ordinary Concordat Outside of Bankruptcy Procedure, Bankruptcy, Direct Bankruptcy, Temporal Period, Definitive Period.

* Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 28.02.2019

Kabul Edildiği Tarih: 16.12.2019

DOI Numarası: [10.15337/suhfd.533736](https://doi.org/10.15337/suhfd.533736)

** Doğuş Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi.

E-mail Adresi: eroglu@dogus.edu.tr

ORCID ID: [0000-0002-8279-9383](https://orcid.org/0000-0002-8279-9383)

GİRİŞ

Konkordatonun işlev kazanabilmesi için ihtiyaçlara cevap vermeyen iflâsın ertelenmesi kaldırılmış ve 7101 Sayılı Kanun¹ ile konkordatoda köklü değişiklikler yapılmıştır. Mali durumu bozulan borçlu konkordatoyla bir nefes almaktadır. Hem kanda yer alan hükümlerle hem de mahkeme tarafından verilen kararlarla borçluya birçok imkân sağlanmakta ve borçlunun mali durumunun iyileştirilmesi hedefine ulaşmak için gerekli koşullar oluşturulmaktadır. Bu kapsamda, geçici mühlet kararı ile borçlu aleyhinde takip yapılamamakta ve başlatılmış olan takipler de durmaktadır. Teminat ise, 2004 Sayılı İcra ve İflâs Kanunu² m. 206 ilk sırasındaki alacaklar ve mühlet içerisinde komiserin onayıyla oluşturulan alacaklar açısından söz konusudur. Harçlar da makul bir seviyeye indirilmiştir. Konkordatonun faydaları yanında, riskleri de mevcuttur. Bazı hâllerde konkordato mühleti talep eden iflâsa tabî borçlu hakkında iflâs kararı verilebilmektedir. Çalışmamızda da konkordato sürecinde borçlu hakkında iflâs kararı verilebilecek durumlar değerlendirilmiştir.

Çalışmamızın birinci bölümünde, genel olarak konkordatoya ve doğrudan doğruya iflâs sebeplerine yer verilmiştir. Çalışmamızın ikinci bölümünde ise, borçlunun konkordato mühleti içerisinde iflâsına karar verilebilecek durumlar çeşitli ihtimallerde göz önünde bulundurularak açıklanmıştır. Bu bölümde; İİK m. 292 uyarınca borçlunun iflâsına karar verilebilecek durumlar, İİK m. 297/2 kapsamında belirtilen yasaklı işlemleri yapan borçlunun iflâsına karar verilip verilemeyeceği hususu, İİK m. 308 uyarınca konkordatonun tasdik edilmemesi hâlinde borçlunun iflâsına karar verilmesi, İİK m. 308/d uyarınca yapılan vaatler sebebiyle borçlunun iflâsına karar verilebilip verilemeyeceği hususları değerlendirilmiştir.

I. KONKORDATO VE DOĞRUDAN DOĞRUYA İFLÂS SEBEPLERİNE GENEL BİR BAKIŞ

A. Genel Olarak Konkordato

Konkordatoyu; elinde olmayan sebeplerle mali durumu bozulan ve borçlarını ödeyip (özellikle tacirler açısından) ticari faaliyetlerini devam ettirmek isteyen dürüst borçluların korunması ve bu borçluların alacaklıları arasında eşitliğin sağlanması amacıyla kabul edilmiş bir icra ve iflâs hukuku kurumudur, şeklinde tanımlayabiliriz³. Her

¹ RG., T. 15.03.2018, S. 30361.

² RG., T. 19.06.1932, S. 2128.

³ POSTACIOĞLU, İlhan E., (1965), Konkordato, İstanbul, s. 12; BURULOĞLU, Enver / REYNA, Yuda, (1968), Konkordato Hukuku, İstanbul, s. 3; ÜSTÜNDAĞ, Saim, (1998), İflâs Hukuku (İflâs, Konkordato, İptal Davaları), İstanbul, s. 181 - 182; MUŞUL, Timuçin, (2010), İcra ve İflâs Hukuku, 4. B., Ankara, s. 1373; BİLGİN, Mahmut, (2012), İflâs, İflâsın Ertelenmesi, Konkordato, Yargılama Usulü, Ankara, s. 998; PEKCANİTEZ, Hakan / ATALAY, Oğuz / SUNGURTEKİN ÖZKAN, Meral / ÖZEKES, Muhammet, (2013), İcra ve İflâs Hukuku, 11. B., Ankara, s. 775 - 776; KURU, Baki /

gerçek ya da tüzel kişi yahut tacir veya tacir olmayan kişi konkordatoya başvurabilir⁴. Çeşitleri açısından bir değerlendirme yapıldığında konkordatoyu; yapılış tarzına (*yüze, vade, karma konkordato*)⁵, yapılış zamanına (*iflâs dışı adi konkordato*,⁶ *iflâs içi konkordato*⁷) ve yapılış amacına göre (*malvarlığının terki suretiyle konkordato*⁸, *borçların tasfiyesi amacıyla yapılan konkordato*⁹) üç ayrı kategoriye ayırmak mümkündür.

Konkordato talep eden borçlu konkordato talebine eklenmesi gereken belgelerin (İİK m. 286) tamamını konkordato geçici mühlet talebine ilişkin dilekçesine eklerse¹⁰; mahkeme belgelerin eksiksiz olduğunu tespit ettikten sonra derhâl geçici mühlet kararı verir¹¹. Geçici mühlet İİK m. 288/1'e göre kesin mühlete ilişkin sonuçları

ARSLAN, Ramazan / YILMAZ, Ejder, (2013), İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı, Ankara, s. 625; KURU, Baki, (2013), İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı, 2. B., Ankara, s. 1443; ARSLAN, Ramazan / YILMAZ, Ejder / TAŞPINAR AYVAZ, Sema, (2016), İcra ve İflâs Hukuku, Ankara, s. 541; YILDIRIM, Kamil / DEREN - YILDIRIM, Nevhis, (2016), İcra ve İflâs Hukuku, İstanbul, s. 517; PEKCANITEZ, Hakan / ATALAY, Oğuz / SUNGURTEKİN ÖZKAN, Meral / ÖZEKES, Muhammet, (2016), İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı, 3. B., Ankara, s. 527; KURU, Baki, (2017), İstinaf Sistemine Göre Yazılmış İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı, Ankara, s. 501; KALE, Serdar, (2017), Sorularla Konkordato (İflâs Dışı ve İflâs İçi Adi Konkordato), İstanbul, s. 1 - 2; ALTAY, Sümer / ESKİOCAK, Ali, (2018), 7101 Sayılı Kanunla Yapılan Düzenlemelerin Işığında Konkordato ve Yeniden Yapılanma Hukuku, 4. B., İstanbul, s. 20; PEKCANITEZ, Hakan / ERDÖNMEZ, Güray, (2018), 7101 Sayılı Kanun Çerçevesinde Konkordato, İstanbul, s. 4; EROĞLU, Orhan, (2018), Uygulamada Konkordato, Ankara, s. 21; ÖZTEK, Selçuk / BUDAK, Ali Cem / TUNÇ YÜCEL, Müjgan / KALE, Serdar / YEŞİLOVA, Bilgehan, (2018), Yeni Konkordato Hukuku 7101 Sayılı Kanunla Değişik İcra ve İflâs Kanunu m. 285 – 309 Şerhi, Ankara, m. 285, No. 9.

- 4 İsviçre İcra İflâs Kanunu'na göre de geçici mühlet talebinde bulunabilecek kişiler; borçlu ve iflâs istemeye yetkili alacaklılardır (Art. 293 SchKG). Ayrıca, Türk hukukundan farklı olarak İsviçre hukukunda, iflâs davasına bakan mahkeme de konkordatonun yapılma imkânı olması hâlinde dosyayı konkordato mahkemesine gönderme yetkisine sahiptir (Art. 173a, Abs. 2 SchKG).
- 5 TANRIVER, Süha / DEYNEKLİ, Adnan, (1996), Konkordatonun Tasdiki, Ankara, s. 38 vd.
- 6 TANRIVER, Süha, (1993), Konkordato Komiseri, Ankara, s. 8; TANRIVER / DEYNEKLİ, s. 38; ERCAN, İbrahim, (2008), İcra ve İflâs Hukukunda Malvarlığının Terki Suretiyle Konkordato, Konya, s. 43 vd.
- 7 TANRIVER, Konkordato Komiseri, s. 8; TANRIVER / DEYNEKLİ, s. 38; ERCAN, s. 43 vd.
- 8 TANRIVER, Süha, (2004), "4949 Sayılı İcra ve İflâs Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un Adi Konkordato ile İlgili Hükümlerde Getirmiş Olduğu Değişikliklerin Tespiti ve Değerlendirilmesi", TBBD, S. 51, (s. 67 – 90), s. 67; İYİLİKLİ, Ahmet Cahit, (2004), "Malvarlığının Terki Suretiyle Konkordatonun Lex Commisoria Yasağına Aykırılık Teşkil Edip Etmemesi Üzerine Bir İnceleme", LHD, S. 18, (s. 591 – 600), s. 593.
- 9 EROĞLU, Konkordato, s. 28.
- 10 İsviçre İcra İflâs Kanunu'na göre de borçlunun konkordatoya başvururken, güncel bir bilanço, kâr ve zarar hesabı ve likidite plânı ya da borçlunun mevcut ve beklenen varlıklarını, kazançlarını ya da gelirlerini gösteren bilgi ve belgeler sunması gerekmektedir (Art. 293 SchKG).
- 11 İsviçre İcra İflâs Kanunu'nda da borçluya geçici süre verilmesi zorunludur. Mahkeme, iyileşme umudu olan yahut tasdik edileceği belirli olan konkordato sözleşmeleri hakkında geçici mühlet

doğurur¹². Geçici mühlete ilişkin sürenin dolmasından sonra¹³ kesin mühlete ilişkin süre işlemeye başlar¹⁴. Kesin mühlete ilişkin karar İİK m. 289/1 hükmü gereğince geçici mühlet içerisinde¹⁵ verilmelidir. İflâs kararı gibi, kesin mühlete ilişkin karar da derhâl etkili kararlardandır¹⁶. Duruşmada hâkim borçluyu ve gerek görürse komiserleri dinler¹⁷. Konkordato talebine ilişkin itirazlar mevcutsa, bu itirazlar hakkında karar verir (İİK m. 289/1). Sonuç olarak; mahkeme yapmış olduğu değerlendirme neticesinde kesin mühlet talebinin reddine ya da kabulüne karar verir¹⁸. Konkordatonun

kararı vermektedir. Ancak, açıkça iyileşme ümidi yoksa veya konkordatonun tasdik edilme ihtimali açıkça bulunmaktaysa mahkeme kendiliğinden iflâsa karar verir (Art. 293a Abs. 1 ve Abs. 3 SchKG). Bkz. HUNKELER, Daniel, (2014), Kurzkomentar Schuldbetreibungs und Konkursgesetz, 2. Auflage, Basel, Art. 293a, N. 4.

- 12 İsviçre İcra İflâs Kanunu'nda da geçici mühletin, kesin mühlet ile aynı etkiye sahip olduğu hüküm altına alınmıştır (Art. 293c Abs. 1 SchKG). Mahkemenin geçici mühlet kararına ilişkin incelemesini dosya üzerinden mi yapacağı yoksa duruşmalı olarak mı yapacağı hususunda kanunda açık bir hüküm mevcut değildir. Hâkim dosyayı özellikle mali konularda uzman bir ya da birkaç bilirkişiye tevdi ederek kısa süre içerisinde bir ön rapor alabilir. Geçici mühlet talebine ilişkin kararını da bu ön rapordan sonra verebilir. Hâkimin bu yolu izleyerek bir ön rapor alması hâlinde duruşma günü tayin ederek ön raporu bu duruşmada değerlendirip, geçici mühlete ilişkin kararını duruşmada vermesi mümkündür. Bkz. PEKCANITEZ / ERDÖNMEZ, s. 23. ALTAY / ESKİOCAK' a göre, önceki kanun zamanında öngörülen yoğun ve zaman alıcı merasim ortadan kaldırılmıştır. Zaman alıcı merasime örnek olarak bilirkişi incelemesi gösterilmiştir. Bu kapsamda anılan belgeler tam ise borçluya geçici mühlet verilecektir (ALTAY / ESKİOCAK, s. 94).
- 13 Geçici mühlet kural olarak üç aydır. Ancak, konkordato komiseri veya borçlu uzatma talebinde bulunabilir. Geçici mühletin uzatılmasını borçlu talep etmişse; mahkeme konkordato komiserinin olumlu görüşünü de alır. İsviçre doktrininde de konkordato komiserinin olumlu görüşü mevcut değilse, mahkemenin uzatım talebini kabul etmesinin mümkün olmadığı ifade edilmiştir (HUNKELER, Art. 293, N. 17).
- 14 İsviçre İcra İflâs Kanunu'na göre, konkordato sözleşmesinin yeniden düzenlenme (iyileşme) veya onaylanma ihtimali mevcut değilse; borçlunun iflâsına karar verilmektedir (Art. 293 Abs. 3 SchKG).
- 15 İİK m. 289/1, İsviçre İcra İflâs Kanunu'nda yer alan düzenleme ile paraleldir. İsviçre hukukunda da kesin mühlete ilişkin kararın geçici mühlet içerisinde verilmesi gerekir.
- 16 PEKCANITEZ / ERDÖNMEZ, s. 91; TANRIVER, Süha, (2001), "Konkordato Prosedürünün İslahı ile İlgili Bazı Düşünceler", AÜHFD, C. 50, S. 3, (s. 1 - 10), s. 2.
- 17 İsviçre İcra İflâs Kanunu'na göre de mahkeme kesin mühlet kararı vermeden borçlu ve varsa başvuran alacaklıyı önceden duruşmaya davet eder ve dinler. Geçici komiser sözlü veya yazılı rapor sunar. Mahkeme, gerek görmesi hâlinde diğer alacaklıları da dinleyebilir (Art. 294 Abs. 2 SchKG).
- 18 İsviçre İcra İflâs Kanunu'na göre, konkordato sözleşmesinin yeniden düzenlenerek iyileştirilme ihtimalinin bulunmaması ya da sözleşmenin onaylanmaması hâlinde borçlunun iflâsına karar verilir (Art. 294 Abs. 3 SchKG). Art. 294, Abs. 1 SchKG ile mahkemeye kendiliğinden geçici mühlet içerisinde kesin mühlet kararı verebilme yetkisi tanınmıştır. Bkz. HUNKELER, Art. 294, N. 1.

kabulüne ilişkin şartlar İİK m. 305'te düzenlenmiştir¹⁹. Eğer, mahkeme projeyi yeterli bulursa, konkordatonun tasdik edilmesi bir zorunluluktur.

B. Türk Hukuk Sisteminde Doğrudan Doğruya İflâs Sebepleri

Alacaklıların icra müdürlüğüne başvurup borçluya bir iflâs ödeme emri göndermeden başlattıkları iflâs yoluna takipsiz iflâs yolu da denir²⁰. Alacaklının doğrudan iflâs yoluna başvurabilmesi için, borcun ödenmemesinin yanında belirli bir iflâs sebebinin de bulunması gerekir. Bu sebepler borçlunun belirli bir davranış şekline ya da malvarlığı durumuna ilişkindir²¹. Borçlunun doğrudan iflâsının istenebileceği hâller İİK m. 177'de düzenlenmiştir. Sınırlı sayıda (*numerus clausus*) sayılan bu sebeplerden başka bir sebebe dayanılarak borçlunun doğrudan doğruya iflâsı talep edilemez²².

Sınırlı sayıda düzenlenen doğrudan doğruya iflâs sebeplerinden birincisi; borçlunun yerleşim yerinin²³ belirli olmamasıdır (İİK m. 177/1). İİK m. 177/1 uyarınca doğ-

¹⁹ Konkordatonun tasdik edilebilmesi için gerekli olan şartlar hakkında detaylı bilgi için bkz. BUDAĞ, KALE – Konkordato Şerhi, m. 305, No. 5; KALE, Sorularla Konkordato, s. 49 vd.; PEKCANITEZ / ERDÖNMEZ, s. 130.

²⁰ ÜSTÜNDAĞ, İflâs, s. 37; KURU, El Kitabı, s. 1143; YILMAZ, Ejder, (2016), İcra ve İflâs Kanunu Şerhi, Ankara, s. 931. Alacaklıya iflâs yoluyla takip başlatmadan doğrudan doğruya dava açabilme hakkının tanınmasının esas sebebi; takipli iflâs yoluna gidilmesi hâlinde alacaklının alacağına kavuşmasının bazı durumlarda güç hatta imkânsız olması veya borçlunun borcunu ödeyemeyeceğinin önceden güçlü emarelerle tahmin edilmesidir. Böyle durumlarda borçluya takip başlatılmasında, başlatılan takip kapsamında ödeme emri gönderilmesinde ve iflâs etmekten kurtulabilmesi için bir hak tanınmasında fayda bulunmamaktadır. Bkz. ÜSTÜNDAĞ, İflâs, s. 37; UYAR, Talih, (2009), İcra ve İflâs Kanunu Şerhi, C. 10, İzmir, s. 15458; KURU, El Kitabı, s. 1143 - 1144; KARSLI, Abdurrahim, (2014), İcra ve İflâs Hukuku, İstanbul, s. 492; YILMAZ, Şerh, s. 931.

²¹ PEKCANITEZ / ATALAY / SUNGURTEKİN ÖZKAN / ÖZEKES, Ders Kitabı, s. 429.

²² ÜSTÜNDAĞ, İflâs, s. 37; MUŞUL, İcra, s. 1128; KURU / ARSLAN / YILMAZ, İcra, s. 492; KURU, El Kitabı, s. 1144.

²³ Borçlunun yerleşim yerinin belirli olup olmadığına ilişkin değerlendirme borçlunun gerçek kişi olması halinde TMK m. 19/1'e göre yapılır. TMK'da yer alan düzenleme uyarınca yerleşim yerinin belirlenmesi için objektif unsur olan oturmak fiilinin ve sübjektif unsur olan yerleşme niyetinin bulunması gerekmektedir. Bu kapsamda oturan yer ile yerleşim yeri aynı şeyi ifade etmemektedir. Detaylı bilgi için bkz. SÜRAL, Ceyda, (2012), "Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisine Etkisi", TBB Dergisi, 2012 (100), (s. 167 – 216), s. 170; DURAL, Mustafa / ÖĞÜZ, Tufan, (2010), Türk Özel Hukuku, Kişiler Hukuku, C. II, İstanbul, s. 184. TMK m. 20/2 hükmü gereğince gerçek kişi borçlunun oturduğu yer biliniyorsa, doğrudan doğruya iflâsı istenemez. Bkz. RÜZGARESEN, Cumhur, (2011), İflâs Sebepleri, Ankara, s. 259; OSKAY, Mustafa / KOÇAK, Coşkun / DEĞNEKLİ, Adnan / DOĞAN, Ayhan, (2007), İİK Şerhi, C. 4, Ankara, s. 4543 - 4544.

rudan doğruya iflâs sebebi yalnızca iflâsa tabi gerçek kişiler açısından geçerlidir. Alacaklının borçlunun yerleşim yerinin belli olmadığını yazılı belgelerle²⁴ ispat etmesi gerekir²⁵.

İkinci doğrudan iflâs sebebi; borçlunun taahhütlerinden kurtulmak maksadıyla kaçmasıdır²⁶. Alacaklının, borçlunun taahhütlerinden kurtulmak için kaçtığı hususunu yaklaşık ispat kuralları²⁷ çerçevesinde, mahkeme nezdinde ispat etmesi gerekir²⁸. Borçlunun, alacaklılarının haklarını ihlâl eden hileli işlemlerde bulunması veya bu işlemleri yapmaya teşebbüs etmesi de bir doğrudan doğruya iflâs sebebidir²⁹. Alacaklıların alacaklarını elde etmesine engel olan, malvarlığını azaltıcı her türlü işlem bu kapsamdadır³⁰. İspat açısından bir değerlendirme yapıldığında; burada mutlak değil, yaklaşık ispat ya da kıyas yoluyla yapılacak olan ispat aranmaktadır. Borçlunun bu işlemlere teşebbüs etmesi de doğrudan doğruya iflâs sebebidir³¹.

Alacaklının başlatmış olduğu haciz yoluyla takipte borçlunun hacizden kurtarmak amacıyla mallarını saklaması hâlinde takip alacaklısı ve bu durumdan haberdar olan diğer alacaklılar, borçlunun doğrudan iflâsını talep edebilir³². Ancak, borçlunun mevcut borca yetecek kadar malı haczedilmişse; borçlu kalan mallarını saklasa bile ne takip alacaklısı ne de bu durumdan haberdar olan diğer alacaklılar borçlunun doğrudan doğruya iflâsını isteyebilir³³. Çünkü, böyle bir durumda alacaklılar hak kaybı yaşamamaktadır ya da alacakları tehlikeye girmemektedir.

Bir diğer doğrudan doğruya iflâs sebebi de borçlunun ödemelerini tatil etmesidir³⁴. Borçlunun ödemelerini tatil etmesi ile kastedilen; genel ve devamlı bir şekilde borçlunun borçlarını ödeyememesi hâlidir. Örneğin, borçlunun düşük miktardaki

²⁴ Bu belgelere muhtar kayıtları, jandarma veya emniyet araştırması sonuçları örnek olarak gösterilebilir. Bkz. KURU, El Kitabı, s. 1144.

²⁵ RÜZGARESEN, s. 253.

²⁶ RÜZGARESEN, s. 270.

²⁷ Yaklaşık ispat hakkında detaylı bilgi için bkz. ALBAYRAK, Hakan, (2013), Medeni Usul ve İcra İflâs Hukukunda Yaklaşık İspat, Ankara, s. 57 – 64.

²⁸ MUŞUL, İcra, s. 1130; KURU, El Kitabı, s. 1145; YILDIRIM / DEREN - YILDIRIM, s. 381; YILMAZ, Şerh, s. 932.

²⁹ RÜZGARESEN, s. 295.

³⁰ Hileli muamele çeşitleri hakkında bkz. RÜZGARESEN, s. 305.

³¹ OSKAY / KOÇAK / DEYNEKLİ / DOĞAN, s. 4544; MUŞUL, İcra, s. 1131; KURU, El Kitabı, s. 1145; KARSLI, İcra, s. 492; KURU, İcra İstinaf, s. 530; YILMAZ, Şerh, s. 932.

³² RÜZGARESEN, s. 336.

³³ ÜSTÜNDAĞ, İflâs, s. 38; UYAR, s. 15460; OSKAY / KOÇAK / DEYNEKLİ / DOĞAN, s. 4545; MUŞUL, İcra, s. 1131; KURU, El Kitabı, s. 1146; YILDIRIM / DEREN - YILDIRIM, s. 382; YILMAZ, Şerh, s. 932.

³⁴ ÜSTÜNDAĞ, İflâs, s. 38; YILMAZ, Şerh, s. 933; KURU, El Kitabı, s. 1146.

borçlarını dâhi ödeyemez hâle gelmesinde ödemelerin tatil edilmesi durumu mevcuttur³⁵.

Bir alacağın ilâma bağlı olması ve bu alacağın icra emri ile istenmesine rağmen ödenmemesi hâlinde de İİK m. 177/4 hükmü gereğince borçlunun doğrudan doğruya iflâsına karar verilir. İİK m. 177/4 uyarınca doğrudan doğruya iflâs talep edebilmek için icra emrinin 7201 Sayılı Tebligat Kanunu'na³⁶ göre usulüne uygun olarak tebliğ edilmesi gerekir. Bu durumda takibin kesinleşmesi yeterlidir. Ayrıca ilâmın kesinleşmesine gerek yoktur³⁷.

Kollektif veya komandit şirketlerin ortakları hakkında da doğrudan doğruya iflâs kararı verilebilir. Alacaklı açtığı dava neticesinde aldığı ilâma istinaden kollektif şirket aleyhinde ilâmlı icra takibi başlattıktan sonra eğer borç ödenmemişse; kollektif şirket ile birlikte ortağın da iflâsını isteyebilir. Bundan başka alacaklı, kollektif şirket aleyhinde başlattığı takipli iflâs yolunda depo kararının şirket ortağına da tebliğ edilmesini talep etmişse; şirket ile birlikte ortağın da iflâsına karar verilebilir³⁸.

Alacaklı, sermayesinin borca batık olması hâlinde borçlunun doğrudan doğruya iflâsını talep edebilir. Ancak, alacaklının İİK m. 179/1-c.1 hükmü gereğince sermayesi borca batık şirketten alacaklı olduğunu ve şirketin borca batık durumda olduğunu ispat etmesi gerekir. Bunun ispat edilmesi hâlinde şirket hakkında bir depo kararı verilmeden doğrudan şirketin iflâsına karar verilebilir³⁹. Ayrıca, borçlu da aciz halinde bulunduğunu bildirerek kendi iflâsını isteyebilir. Bu şekilde talep edilen iflâs ihtiyaridir. Bazı hallerde ise borçlunun kendi iflâsını istemesi bir zorunluluktur. Bu kapsamda borçlu aleyhinde başlatılan haciz yoluyla takipte konulan haciz, borçlunun malvarlığının yarısının elinden çıkmasına sebep olur ve elinde kalanlar da muaccel ve vadesi bir

³⁵ UYAR, s. 15460; MUŞUL, İcra, s. 1132; PEKCANITEZ / ATALAY / SUNGURTEKİN ÖZKAN / ÖZEKES, s. 632 - 633; KURU, El Kitabı, s. 1146; KARSLI, İcra, s. 492; PEKCANITEZ / ATALAY / SUNGURTEKİN ÖZKAN / ÖZEKES, Ders Kitabı, s. 431; YILDIRIM / DEREN - YILDIRIM, s. 382 - 383; YILMAZ, Şerh, s. 933.

³⁶ RG., T. 19.02.1959, S. 10139.

³⁷ UYAR, s. 15463; KURU, İcra İstinaf, s. 532. Böyle bir durumda ilâmın kesinleşmesinin gerektiği görüşünde olan yazarlar için bkz. POSTACIOĞLU, İlhan, (1978), iflâs Hukukunun İlkeleri, C. I, s. 40 - 41; POSTACIOĞLU, İlhan, (1950), "İflâsın Mahiyeti, Doğrudan Doğruya İflâs Halleri ve Kararın İsabete, Katiyet Peyda Etmemiş İlâmlara 177/4' ün Tetkik Edilip Edilemeyeceği", İÜHF, C. XVI, S. 1 - 2, s. 478; BERKİN, Necmettin, (1972), İflâs Hukuku, İstanbul, s. 180; BERKİN, Necmettin, (1980), Tatbikatçılara İcra Hukuku Rehberi, İstanbul, s. 53.

³⁸ MUŞUL, İcra, s. 1134 - 1136; PEKCANITEZ / ATALAY / SUNGURTEKİN ÖZKAN / ÖZEKES, s. 635 - 636; KURU, El Kitabı, s. 1150; PEKCANITEZ / ATALAY / SUNGURTEKİN ÖZKAN / ÖZEKES, Ders Kitabı, s. 434.

³⁹ PEKCANITEZ / ATALAY / SUNGURTEKİN ÖZKAN / ÖZEKES, s. 636; KURU / ARSLAN / YILMAZ, İcra, s. 497; KURU, El Kitabı, s. 1151; PEKCANITEZ / ATALAY / SUNGURTEKİN ÖZKAN / ÖZEKES, Ders Kitabı, s. 434; YILDIRIM / DEREN - YILDIRIM, s. 384 - 385.

yıl içerisinde dolacak borçlarını ödemeye yetmezse; borçlu derhâl asliye ticaret mahkemesine başvurarak iflâsını istemek zorundadır⁴⁰. Kollektif şirketlere ilişkin hükümler, komandit şirketler hakkında da uygulanır (6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu⁴¹ m. 305/1).

II. KONKORDATO MÜHLETİ İÇERİSİNDE BORÇLUNUN İFLÂSINA KARAR VERİLEBİLECEK DURUMLAR

A. İİK m. 292 Kapsamında Borçlunun İflâsına Karar Verilebilecek Durumlar

Kesin mühlet içinde konkordato talebinin reddi ve iflâsın açılması ile ilgili durumlar İİK m. 292’de düzenlenmiştir. Hükme göre “a) Borçlunun malvarlığının korunması için iflâsın açılması gerekiyorsa, b) Konkordatonun başarıya ulaşamayacağı anlaşılıyorsa, c) Borçlu 297’nci maddeye aykırı davranır ve komiserin talimatlarına uymazsa ya da borçlunun alacaklıları zarara uğratma amacıyla hareket ettiği anlaşılıyorsa⁴², d) Borca batık olduğu anlaşılan bir sermaye şirketi veya kooperatif, konkordato talebinden feragat ederse” konkordato talebinin reddine karar verilir⁴³. Mahkeme konkordato talebini reddederken aynı zamanda borçlunun da iflâsına kendiliğinden karar verir⁴⁴. Konkordato talebinin reddedilmesi ve borçlunun iflâsına karar verilebilmesi için doğrudan iflâs sebeplerinden birinin bulunması şart değildir. Doğrudan iflâs sebepleri mevcut olmasa bile borçlunun iflâsına karar verilebilir.

İcra ve İflâs Kanunu m. 292’de düzenlenen hâllerin meydana geldiği, geçici mühlet süresi içerisindeyken ve henüz süre dolmadan, alacaklılar tarafından yapılan

⁴⁰ ÜSTÜNDAĞ, İflâs, s. 41 - 42; UYAR, Şerh, C. 10, s. 15517 - 15518; MUŞUL, İcra, s. 1138 - 1139; PEKCANİTEZ / ATALAY / SUNGURTEKİN ÖZKAN / ÖZEKES, s. 639 - 640; KURU, El Kitabı, s. 1155; KARSLI, İcra, s. 492; PEKCANİTEZ / ATALAY / SUNGURTEKİN ÖZKAN / ÖZEKES, Ders Kitabı, s. 438; YILDIRIM / DEREN-YILDIRIM, s. 386 - 387; YILMAZ, Şerh, s. 938.

⁴¹ RG., T. 14.02.2011, S. 27846.

⁴² 06.12.2018 tarihli ve 7155 Sayılı Abonelik Sözleşmesinden Kaynaklanan Para Alacaklarına İlişkin Takibin Başlatılması Usulü Hakkında Kanun’un 16. maddesiyle bu bentte yer alan “uymazsa” ibaresinden sonra gelmek üzere “ya da borçlunun alacaklıları zarara uğratma amacıyla hareket ettiği anlaşılıyorsa” ibaresi eklenmiştir (RG., T. 19.12.2018, S. 30630).

⁴³ Hüküm düzenlenirken İsviçre İcra İflâs Kanunu’ndan faydalanılmıştır (Art. 296b SchKG). İsviçre İcra İflâs Kanunu’nda yer alan hüküm incelendiğinde; borçlunun malvarlığının korunması için iflâsın açılması gerekiyorsa, iyileşme veya konkordato sözleşmesinin onaylanma olasılığı yoksa yahut borçlu İsviçre İcra İflâs Kanunu m. 298’i veya komiserin talimatlarını ihlâl ederse iflâsa karar verilecektir. Detaylı bilgi için bkz. Bkz. HUNKELER, Art. 296b, N. 1. İsviçre İcra İflâs Kanunu’nda yer alan düzenleme çok serttir. Bu nedenle, İİK m. 292 düzenlenirken, iflâs kararının verilebilmesi iflâsa tâbi şahıslar ile sınırlandırılmış ve maddede sayılan iflâs sebeplerinden birinin gerçekleşmesi aranmıştır.

⁴⁴ İsviçre İcra İflâs Kanunu’nda, mahkemenin kendiliğinden iflâsın açılmasına karar vereceği hâller detaylı olarak düzenlenmiştir. Bkz. Art. 293a Abs. 3, Art. 294 Abs. 3, Art. 296b, Art. 309 SchKG. Bilgi için bkz. HUNKELER, Art. 296b.

itirazlardan ya da komiserlerin beyanlarından anlaşılabilir. Bu hâllerden birinin gerçekleştiğini tespit eden mahkeme derhâl komiserlerden bu hususta bir rapor alır. Mahkeme duruşma günü tayin ederek geçici mühleti kaldırıp, konkordatonun red-dine ve borçlunun iflâsına karar verebilir⁴⁵. Maddenin lafzı incelendiğinde konkordatonun başarıya ulaşmayacağına anlaşılması hâlinde, doğrudan doğruya iflâs sebeplerinden biri mevcut olmasa da mahkemenin kendiliğinden iflâs kararı verebileceği anlamı çıkmaktadır⁴⁶. Geçici mühlet talebinin, mühlet kararı verilmeden önce reddedilmesi hâlinde İİK m. 292 uygulanmaz⁴⁷.

Kesin mühlet içinde konkordato talebinin reddi ile iflâsın açılması hâllerinden birincisi, borçlunun malvarlığının korunması için iflâsın açılmasının gerekli olmasıdır (İİK m. 292/a)⁴⁸. Bu gereklilik geçici mühlet içerisinde meydana gelebileceği gibi, kesin mühlet içerisinde de meydana gelebilir. Mahkeme bu hâlin meydana geldiğini komiserlerin hazırlamış olduğu raporlardan da öğrenebilir. Borçlunun işletmesinin devamı borçlunun aktifini azaltıcı mahiyetteyse ve işletme konkordato sürecinde sürekli zarar ediyorsa, bu maddeye göre borçlunun iflâsına karar verilebilir. Çünkü, konkordato sürecinde borçlunun faaliyetine devam etmesi malvarlığını azaltacak ve bu azalma mühlet boyunca devam edecektir. Gün geçtikçe borçlunun malvarlığı daha da azalacağı için muhtemel bir iflâs hâlinde alacaklıların alacakları miktar da aynı oranda azalacaktır⁴⁹. İİK m. 292/a hükmü, borçlunun iflâsına karar verilmesi ve alacaklıların alacaklarına en üst hadden kavuşmaları açısından getirilen bir düzenlemedir. Ancak, borçlunun iflâsına karar verilmesinin son çare olması gerektiği kanaatindeyiz. İflâsa karar verilmeden borçlunun malvarlığı korunabiliyorsa, iflâsın açılmasına karar verilmemelidir⁵⁰.

⁴⁵ İsviçre doktrinde, duruşmanın gün, yer ve saatinin ilân edilmesi gerektiği ifade edilmiştir. Bkz. HUNKELER, m. 296b, N. 13.

⁴⁶ BUDAK / KALE tarafından, mahkemenin geçici mühletten sonra konkordatonun başarıya ulaşmayacağına kanaat getirmesi durumunda ancak doğrudan doğruya iflâs sebeplerinden birinin varlığı halinde borçlunun iflâsına karar verilebileceği ileri sürülmüştür (BUDAK, KALE – Konkordato Şerhi, m. 308, No. 4).

⁴⁷ BUDAK, TUNÇ YÜCEL - Konkordato Şerhi, m. 287, No. 9.

⁴⁸ İsviçre İcra İflâs Kanunu'nda yer alan paralel düzenleme; borçlunun malvarlığını korumak için gerekliyse, şekindedir (Art. 296b Abs. 1 (a) SchKG). Bkz. BAUER, Thomas / STAEHELİN Daniel, (2017), Basler Kommentar: Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Ergänzungsband zur 2. Auflage, Basel, Art. 296a, N. 14.

⁴⁹ HUNKELER, Art. 296b, N. 5.

⁵⁰ BUDAK / TUNÇ YÜCEL – Konkordato Şerhi, m. 292, No. 7; HUNKELER, Art. 296b, N. 5.

Kesin mühlet içinde konkordato talebinin reddi ile iflâsın açılması hâllerinden ikincisi, konkordatonun başarıya ulaşmayacağına anlaşılmasıdır (İİK m. 292/b)⁵¹. Borçlunun talep ettiği konkordatonun herhangi bir sebepten tasdik edilmeyeceği ya da alacaklılar tarafından kabul edilmeyeceği açıkça anlaşılıyorsa; konkordato süreci, mahkemenin komiserden alacağı bir raporla sonlandırılabilir. Böyle bir durumda geçici ya da kesin mühletin bitmesinin beklenmesine de gerek yoktur.

Konkordatonun, tasdik şartlarının sağlanamayacağı sebebiyle tasdik edilmeyeceği ya da alacaklılar tarafından kabul edilmeyeceği anlaşılırsa; mevcut duruma göre geçici veya kesin mühlet kaldırılır. Aynı zamanda borçlunun konkordato talebi de reddedilir. Bu hâlde, konkordato talebinin reddedilmesinin yanında borçlunun iflâsına da karar verilebilmesi için doğrudan iflâs sebeplerinden birinin mevcut olması veya borçlunun sermayesinin borca batık olması gerekir⁵².

İcra ve İflâs Kanunu m. 292/b'de konkordatonun başarıya ulaşmayacağına anlaşılması hâlinde borçlu hakkında iflâs kararı verilebileceği belirtilmektedir. Ancak, İİK'da yer alan iflâsa ilişkin hükümlerin "*ratio legis*"inden iflâs sebeplerinden birinin olmaması hâlinde sadece konkordatonun başarıya ulaşamaması sebebiyle iflâsa karar verilemeyeceği sonucuna ulaşılmaktadır⁵³. İflâs sebeplerinden biri mevcut değilken borçlu hakkında iflâs kararı verilmesi, değişiklikten önce uygulanan İİK m. 301'in tekrar edilmesinden başka bir şey olmaz ve yapılan değişiklikler amacına ulaşmaz. Borçlu hakkında iflâs kararı verilmesi herhangi bir iflâs sebebi olmamasına rağmen borçlunun bir bakıma cezalandırılması niteliğindedir. İİK'da yer alan konkordatoya ilişkin hükümler incelendiğinde, konkordatoya başvurmuş borçlunun ancak doğrudan iflâs sebeplerinden birinin mevcut olması hâlinde iflâsına karar verilebileceği görülmektedir⁵⁴. İİK m. 292/b'nin lafzının borçlunun iflâsına karar verilebileceği yönünde yorumlanması hâlindeyse, İİK'da yer alan konkordatoya ilişkin diğer hükümlerle çelişen bir durum yaratılır. Bu ise kanunun özüne aykırılık teşkil eder.

⁵¹ İsviçre İcra İflâs Kanunu'nda açıkça iyileşmenin veya konkordato sözleşmesinin onaylanma olanağının olmaması ikinci sebep olarak gösterilmiştir (Art. 296b Abs 1 (a) SchKG). Bkz. BAUER, Art. 296b, N. 3.

⁵² PEKCANITEZ / ERDÖNMEZ, s. 144; ALTAY / ESKİOCAK, s. 294; BUDAK, KALE – Konkordato Şerhi, m. 308, No. 7.

⁵³ ALTAY / ESKİOCAK, s. 294; BUDAK, KALE – Konkordato Şerhi, m. 308, No. 7.

⁵⁴ ALTAY / ESKİOCAK, s. 294; BUDAK, KALE – Konkordato Şerhi, m. 308, No. 7.

Kesin mühlet içinde konkordato talebinin reddi ile iflâsın açılması hâllerinden üçüncüsü; borçlunun İİK m. 297'ye aykırı davranması⁵⁵ ve komiserin talimatlarına uymaması ya da borçlunun alacaklılarını zarara uğratmak amacıyla hareket ettiğinin anlaşılmasıdır (İİK m. 292/c)⁵⁶. Borçlunun İİK m. 297 kapsamında yapmaktan yasaklı olduğu işlemler aşağıda detaylı olarak açıklanmıştır⁵⁷. Borçlunun, komiserin talimatlarına uymaması hâlinde de borçlu hakkında verilen mühlet kaldırılmasına ve aynı zamanda borçlunun iflâsına karar verilebilir. Komiserin talimatlarına aykırılık hâli değerlendirilirken; borçlunun, komiserin hangi talimatına uymadığı tespit edilmeli ve komiser tarafından verilen talimatın hukuka uygun olup olmadığı hususu değerlendirilmelidir. Çünkü, komiserin hukuka aykırı talimatının borçlu tarafından yerine getirilmesi bir başka hukuka aykırılıktır.

İcra ve İflâs Kanunu m. 297/c'nin uygulama alanı bulabilmesi için komiserin özellikle işletmenin faaliyeti ile ilgili veya borçlunun tasarruf işlemleri ile alakalı hukuka ve kanuna uygun talimatlarının mevcut olması gerekir. Çünkü, komiserin tüm talimatlarının borçlu tarafından kayıtsız şartsız yerine getirilmesi düşünülemez. Bu halde mahkemenin geçici veya kesin mühleti kaldırırken aynı zamanda borçlunun iflâsına da karar verilebilmesi için doğrudan iflâs sebeplerinden birinin mevcut olması gerekir. Borçlu iflâsa tâbi bir sermaye şirketiye, sermayesinin borca batık olup olma-

⁵⁵ İsviçre İcra İflâs Kanunu'nda da paralel şekilde 298. maddeye aykırı davranılması hâli iflâsın açılması sebebi olarak düzenlenmiştir (Art. 296b Abs. 1 (c) SchKG). Art. 298 SchKG incelendiğinde; borçlunun, işlerine komiserin gözetimi altında devam edebileceği, bazı işlemlerin yasal olarak sadece komiserin izni ile yapılmasının emredilebileceği veya komisere, borçlu yerine işin yönetimini devralması için yetki verilebileceği (Art. 298 Abs. 1 SchKG); borçlunun malvarlığını satabilmesi, malvarlığı üzerinde rehin tesis edebilmesi, borçlunun ivazsız tasarruflarda bulunması, kefil olması mahkemenin ya da alacaklılar komitesinin iznine bağlı olduğu (Art. 298 Abs. 2); iyiniyetli üçüncü kişilerin haklarının saklı tutulduğu (Art. 298 Abs. 3) düzenleme altına alınmıştır. Art. 296b Abs. 1 (c) SchKG düzenlemesinde, hem 298. maddeye yollama yapılmış hem de komiserin talimatlarının ihlâl edilmesi hâli ayrıca belirtilmiştir. Art. 298 Abs. 4 SchKG incelendiğinde ise borçlunun, komiserin talimatlarına aykırı davranması düzenlenmiştir. Esasen burada mükerrer bir düzenleme yapılmamıştır. Art. 296b Abs. 1 (c) düzenlemesinde, genel olarak borçlunun konkordato süreci içerisinde komiserin talimatlarına aykırı davranması hükme bağlanmıştır; Art. 298 Abs. 4 SchKG düzenlemesinde, borçlunun sadece hükümde sayılan işlemler bakımından komiserin talimatlarına aykırı davranması hâli hüküm altına alınmıştır.

⁵⁶ İsviçre doktrinde bir görüşe göre, borçlunun yasak işlemlere uymaması nedeniyle iflâsına karar verilebilmesi için, tasarrufun etkisinin önemli olması ve borçlunun aykırı davranışının kurallara riayet etmemesinden ileri gelmesi gerekir. Ayrıca, iflâsa son çare olarak başvurulmalıdır. Eğer, mahkeme aldığı tedbirlere rağmen herhangi bir sonuç elde edememişse; bu halde iflâsa karar vermelidir. Bkz. BAUER, Art. 296b, N. 7, 8; HUNKELER, Art. 296b, N. 8.

⁵⁷ Bkz. II B.

diğinin da araştırılması gerekir. Çünkü, komiserin talimatına uymamak mühletin kaldırılması için yeterli bir nedense de iflâs kararı için başlı başına yeterli bir neden değildir⁵⁸.

İcra ve İflâs Kanunu m. 292/1-c'ye sonradan eklenen “*ya da borçlunun alacaklıları zarara uğratma amacıyla hareket ettiği anlaşılıyorsa*”⁵⁹ ibaresi ile kötü niyetli olarak konkordato geçici mühlet talebinde bulunan borçlunun iflâsına karar verilmesi düzenleme altına alınmıştır. Borçlunun konkordato geçici mühlet talebinde bulunmadaki esas amacı ekonomik durumunu iyileştirmek ve borçlarından kurtulmak değil de alacaklılarını zarara uğratmaktır; borçlunun kötü niyetli olduğu kabul edilir ve borçlunun iflâsına karar verilir⁶⁰. Borçlunun alacaklılarını zarara uğratma kastıyla hareket ettiğinin anlaşılması hâli genel itibarıyla geçici mühlet içerisinde değerlendirilmektedir. Geçici mühlet içerisinde böyle bir durumun tespit edilebilmesiyle alacaklılar açısından daha faydalıdır. Böylece, kesin mühlete geçmeden kötü niyetli ve alacaklılarına zarar verme kastında olan borçlunun iflâsına karar verilecek ve alacaklıların daha fazla zarar görmesi önlenecektir⁶¹.

Maddede yer alan “*zarara uğratma amacıyla hareket*” ile kastedilen, borçlunun İİK m. 277 - 284’de düzenlenen iptale tâbi tasarruflarda bulunması⁶² ve 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu⁶³ m. 19 anlamındaki muvazaalı işlemleridir⁶⁴. Mahkeme, borçlunun iptale tabi tasarruflarını ve muvazaalı işlemlerini tespit ederken yaklaşık ispat⁶⁵ kuralları çerçevesinde hareket eder. Yaklaşık ispat kuralları dışında bir araştırma yapılması hâlindeyse, mahkemenin tasarrufun iptaline ilişkin yargılamayı bizzat

⁵⁸ YEŞİLOVA – Konkordato Şerhi, m. 297, No. 33.

⁵⁹ 7155 Sayılı Kanun m. 16 ile bu ibare eklenmiştir.

⁶⁰ İsviçre doktrininde bir görüşe göre, borçlunun alacaklıların zararına hareket ettiğinin tespit edilmesi hâlinde komiser işlemlere nezaret edeceği için borçluyu bu hususta uyarabilir. Borçlunun uyarıyı dikkate almaması hâlinde ise komiser mahkemeye başvurabilir. Başvuru üzerine mahkeme önce borçluyu uyarabilir. Uyarıya rağmen borçlu alacaklıların zararına hareket etmekteyse, borçlunun işlem yetkisini kısıtlayabilir. Buna rağmen sonuç alınmıyorsa borçlunun iflâsına karar verebilir (BAUER, Art. 298, N. 28).

⁶¹ “Maddeyle, kesin mühletin kaldırılması, konkordato talebinin reddedilmesi ve iflâsa tabi olan borçlu bakımından iflâsa, iflâsa tabi olmayan borçlu bakımından da talebin reddine karar verilmesine ilişkin hallere, borçlunun alacaklıları zarara uğratma amacıyla hareket etmesi durumu da eklenmektedir. Atıf sebebiyle bu hüküm geçici mühlet içinde de uygulanabilecektir.” (Abonelik Sözleşmesinden Kaynaklanan Para Alacaklarına İlişkin Takibin Başlatılması Usulü hakkında Kanun Teklifi 16. madde gerekçesi, 13.11.2018, No: 382533).

⁶² ERDÖNMEZ, Güray, (2019), Alacaklılara Zarar Verme Kastıyla Yapılan Tasarrufların İptali, İstanbul, s. 12 – 16.

⁶³ RG., T. 04.02.2011, S. 27836.

⁶⁴ ERDÖNMEZ, s. 16 vd.

⁶⁵ ALBAYRAK, s. 57 – 64.

kendisinin yapması gerekir ki bu söz konusu değildir. Özellikle, mühlet içerisinde borçlunun malvarlığının tamamına ihtiyati tedbir konulduğu için söz konusu tasarrufları ve muvazaalı işlemleri mühlet içerisinde yapması pek mümkün değildir. Bu duruma örnek olarak; kat karşılığı inşaat sözleşmesinde yüklenici olan borçlunun, faaliyetini devam ettirdiği için yapmış olduğu inşaatteki hak ettiği bir bağımsız bölümü, kendi üzerine hiç tescil ettirmeden iş sahibinden aldığı vekâlet ile üçüncü kişiye devretmesini gösterebiliriz. Borçlunun İİK m. 297’de düzenlenen yasaklı işlemleri komiser ve mahkemenin haberi olmadan yapması hâli genellikle mühletten önce yapılan tasarrufunun, mühlet içerisinde ortaya çıkması şeklinde meydana gelir.

Kesin mühlet içinde konkordato talebinin reddi ile iflâsın açılması hâllerinden dördüncüsü; borca batık olduğu anlaşılan bir sermaye şirketinin veya kooperatifin, konkordato talebinden feragat etmesidir (İİK m. 292/d). Bir sermaye şirketinin sermayesinin borca batık olması, bu şirketin kendi iflâsını istemesi açısından bir zorunluluktur⁶⁶. Sermayesi borca batık olan bir sermaye şirketinin iflâsını herhangi bir alacaklı da isteyebilir⁶⁷. Borçlunun konkordato talebinden feragat etmesi hâlinde mahkemenin konkordato mühletini kaldırması ve konkordato talebini reddetmesi gerekir. Mahkeme, konkordato zırhını çıkaran sermaye şirketinin sermayesinin aynı zamanda borca batık olduğunu da tespit eder⁶⁸. Ayrıca, sermayesi borca batık olan şirketin iflâsına karar verir. Bu asliye ticaret mahkemesi için de bir zorunluluktur. Sermaye şirketinin konkordato talebinden feragat etmesi hâlini bir açıdan şirketin İİK m. 179 anlamında zımnî iflâs talebi olarak da kabul edebiliriz⁶⁹.

B. İİK m. 297/2 Kapsamında Belirtilen Yasaklı İşlemleri Yapan Borçlunun İflâsına Karar Verilip Verilemeyeceği Hususu

Konkordato talep eden borçlu, komiserin nezareti altında faaliyetlerine devam edebilir (İİK m. 297/1). Borçlu hakkında mühlet kararı verildikten sonra borçlunun faaliyetlerine devam edebilmesinin sınırının açık bir biçimde çizilmesi gerekir. Mah-

⁶⁶ ÜSTÜNDAĞ, İflâs, s. 41 - 42; UYAR, s. 15517 - 15518; MUŞUL, İcra, s. 1138 - 1139; KURU / ARSLAN / YILMAZ, İcra, s. 501 - 502; KURU, El Kitabı, s. 1155; KARSLI, İcra, s. 492; PEKCANİTEZ / ATALAY / SUNGURTEKİN ÖZKAN / ÖZEKES, Ders Kitabı, s. 438; YILDIRIM / DEREN-YILDIRIM, s. 386 - 387; YILMAZ, Şerh, s. 938.

⁶⁷ Mahkeme sermayenin borca batık olduğunu şirketin bilançosundan anlar. Eğer bilançoda sermaye borca batık ise ayrıca araştırma yapmasına gerek yoktur. Bkz. KAYAR, İsmail, (2009), “İflâsın Ertelenmesinde Borca Batıklık ve İyileştirme Projesi İle İlgili Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi”, Erciyes Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, S. 33, Temmuz - Aralık, (s. 19 – 45), s. 20.

⁶⁸ Mahkeme, böyle bir durumda mutlaka sermayenin borca batık olup olmadığını tespit için bilirkişi incelemesi yaptırmalıdır.

⁶⁹ BUDAK, TUNÇ YÜCEL – Konkordato Şerhi, m. 292, No. 7.

keme, borçlunun genel olarak davranışlarına ve talebine istinaden bazı işlemlerin ancak komiserin izni ile yapılabileceğine ya da borçlunun işletmesinin faaliyetlerine komiserin devam etmesine karar verebilir⁷⁰.

Borçlunun faaliyetlerine devam edebilmesi mümkünse de bazı tasarrufları yapması açısından kanunî mutlak bir engel vardır (İİK m. 297/2). Bu mutlak engeller; mühlet kararından itibaren mahkemenin⁷¹ izni dışında rehin tesis edememesi, kefil olmaması, taşınmazlarını ve işletmesinin makine ve ekipmanlarını kısmen dâhi olsa üçüncü bir kişiye devredememesi, malları üzerindeki haklarını sınırlayamaması (örneğin; malını kiralayamaz, malı üzerinde intifa hakkı tesis edemez), ivazsız tasarruflarda bulunamaması (örneğin, borçlu hiçbir sebeple bağışlama yapamaz) şeklindedir. Bu yasak, borçlu açısından geçici mühlet kararının verildiği andan itibaren başlar. Çünkü, konkordatoya ilişkin kararlar derhâl etkili kararlardandır⁷². Borçlunun yasak işlemleri yapması hâlinde yapılan işlemlerin hükümsüzlüğüne karar verilir. Hükümsüzlüğe karar verecek olan mahkeme konkordato mühleti veren mahkemedir. Mahkeme borçlunun işleminin hükümsüzlüğüne karar vermeden önce mutlaka komiserin ve oluşturulduysa alacaklılar kurulunun görüşünü alır. Komiserin ve alacaklılar kurulunun işlemin hükümsüzlüğüne ilişkin görüşü mahkeme açısından bağlayıcı değildir. Mahkeme, hükümsüzlüğe karar verirken alacaklıların menfaatini de gözetmelidir. Eğer, mahkeme yasak işlemin hükümsüzlüğüne karar veriyse, bu işlem sonradan herhangi bir sebeple geçerlilik kazanmaz. Konkordatonun tasdik edilmemiş olması ya da mühletin kalkması hâli de bu sonucu değiştirmez⁷³.

⁷⁰ İsviçre hukukunda da borçlunun tasarruf yetkisinin sınırlandırılmasında mahkemenin takdir yetkisi vardır. Bkz. BAUER, Art. 298, N. 30.

⁷¹ İsviçre hukukunda, Türk hukukundan farklı olarak Art. 298 Abs. 2 SchKG uyarınca yasak işlemlerin yapılmasında mahkeme dışında alacaklılar komitesine de izin verme yetkisi tanınmıştır.

⁷² YEŞİLOVA, iyi niyetli üçüncü kişiler açısından mühlet kararının etkisini, kararın ilânından itibaren göstermesi gerektiği düşüncesindedir. Mühlet kararıyla ilân arasındaki iyi niyetli iktisaplar açısından yapılacak olan incelemenin de iyi niyetin esas alınarak yapılması gerektiğini ifade etmiştir (YEŞİLOVA – Konkordato Şerhi, m. 297, No. 22). Aynı görüşteki yazarlar için bkz. BERKİN, İflâs, s. 541; TANRIVER, Konkordato Komiseri, s. 78. Ancak, konkordato mühlet talebine ilişkin kararların niteliği incelendiğinde; bu kararların etkilerini derhâl gösterdiği görülecektir. Çünkü, genellikle karar ile ilânın yapılması arasında birkaç günlük bir süre bulunmaktadır. Üçüncü kişinin bu birkaç gün içerisinde iyi niyetli iktisabı istisnai bir durumdur. Zaten konkordato geçici mühlet kararı verilen bir borçlunun durumu hakkında üçüncü bir kişinin duyum almaması istisnai durumlar haricinde pek mümkün değildir. Borçlunun mühlet kararıyla bu kararın ilânı arasında iyi niyetli üçüncü bir kişiyle bir işlem yapması hâlinde; yapılan işlem, borçlunun iyi niyetinde şüpheye düşülmesine sebebiyet verir ve bu durumda mühletin kaldırılması ve böyle bir işlem yapılmasından dolayı borçlunun iflâsına karar verilmesi gerekir. Çünkü, borçlunun böyle bir tasarrufu kanımızca aynı zamanda bir doğrudan iflâs sebebidir. Aynı görüş için bkz. KURU, Şerh, s. 3664.

⁷³ POSTACIOĞLU, İlkeler, s. 58 - 59; TANRIVER, Konkordato Komiseri, s. 76; YEŞİLOVA, Konkordato Şerhi, m. 297, No. 12 - 13.

Komiserler tarafından verilen kararlar ve mahkemeye sunulan görüş ve raporlar da borçlunun konkordato sürecini başarıyla tamamlayarak faaliyetine devam etmesi amacıyla ve alacaklıların menfaatlerine uygun olmalıdır. Bazı işlemlerin yapılabilmesi için komiserlerin verdiği izin yeterli değildir. Böyle işlemlerin yapılabilmesi için izni mahkeme vermelidir. Örneğin, taşınmaz satış vaadi sözleşmesi, sözleşmenin tapu sicilinde mülkiyet değişikliği yaratabileceği sebebiyle sadece komiser onayıyla yapılamamaktadır⁷⁴. Taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin yapılmasına ilişkin izin ancak mahkeme tarafından verilebilir (İİK m. 297/2).

Borçlunun mühlet kararından sonra özellikle taşınmazlarını ve sicile kayıtlı taşınırımlarını (örneğin, taşıtlar) üçüncü bir kişiye devretmesi yasaktır. Borçlunun bu yaşı aşması güçtür. Çünkü, mahkeme geçici mühlet kararıyla birlikte borçlunun adına kayıtlı tüm taşınır ve taşınmazları hakkında devri önleyici mahiyette ihtiyati tedbir kararı vermektedir. Bu ihtiyati tedbir kararı da ilgili sicillere şerh edilmektedir. Borçlu böyle bir durumda istese de bir malını devredemez. Borçlu hakkında mühlet kararı ve malları hakkında ihtiyati tedbir kararı verildikten sonra, bu karar ilgili sicil veya tescil müdürlüğüne ulaşmadan önce borçlunun böyle bir tasarrufta bulunması ise mümkündür. Böyle bir tasarrufun yapılması hâlindeyse, tasarrufa konu mal ile ilgili sicil ya da tescil müdürlüğünün yapılan tasarruftan mahkemeyi haberdar etmesi gerekir⁷⁵.

Yapılan böyle bir tasarruf gerek İİK m. 292/1-c anlamında borçlunun alacaklılarını zarara uğratma amacıyla hareket etmesi gerekse de İİK m. 177 anlamında borçlunun alacaklılarının haklarını ihlâl eden hileli işlemlerde bulunması veya bu işlemleri yapmaya teşebbüs etmesi kabul edilip, aynı zamanda doğrudan iflâs sebebi teşkil eder. Mahkemenin, mühleti kaldırarak eğer borçlu iflâsa tabi borçlulardan ise borçlunun iflâsına karar vermesi gerekir. Söz konusu tasarruf eğer mühlet kararı verilmeden önce yapılmışsa; mahkeme bu tasarrufun hükümsüzlüğüne karar veremez. Buna karşın, alacaklılar ya da iflâs kararı verildikten sonra iflâs masası adına iflâs idaresi İİK m. 277 - 284 kapsamında bu tasarrufların iptalini talep edebilir. Eğer, tasarruf mühlet kararından sonra yapıldıysa mühlet kararı henüz ilân edilmemiş olsa dâhi konkordatoya ilişkin kararların etkilerini derhâl göstermesi sebebiyle mahkeme yapılan tasarrufun iptaline karar verebilir. Ayrıca, mahkeme mühletini kaldırılmasına ve borçlunun iflâsına da karar verebilir. Borçlunun malları üzerinde rehin veya intifa hakkı tesis etmesi de aynı hükümlere tâbidir.

Borçlu üçüncü bir kişi lehine kefil olmuş, işletmesinin makine ve ekipmanlarını kısmen dâhi olsa üçüncü bir kişiye devretmiş veya ivazsız tasarruflarda bulunmuşsa;

⁷⁴ ALTAY, Sümer, (2005), Konkordato ve Yeniden Yapılandırma Hukuku, C. I, İstanbul, s. 255; ÜSTÜNDAĞ, iflâs, s. 236; YEŞİLOVA – Konkordato Şerhi, m. 297, No. 16; ALTAY / ESKİOCAK, s. 122.

⁷⁵ PEKCANITEZ / ERDÖNMEZ, s. 84 - 85.

eğer söz konusu mal bir sicile kayıtlı ve tescile tâbi değilse, bu durumu mahkemenin kendiliğinden tespit edebilmesi mümkün değildir. Böyle bir tasarruf ancak komiserlerin mühlet içerisinde borçlunun faaliyetlerine nezaret ettiği dönemde komiserler tarafından tespit edilebilir ya da alacaklılardan biri mahkemeyi bu hususta uyarabilir⁷⁶. Eğer, tespiti komiserler yapmamışsa; mahkemenin komiserlerden bu hususta bir rapor alması gerekir. Mahkeme sonrasında yapılan tasarrufun kötü niyetli olarak yapıldığı yapılmadığını, İİK m. 292/c ve 177 anlamında alacaklıların haklarını ihlâl eden hileli bir işlem olup olmadığını tetkik eder. Eğer, tasarrufun kötü niyetli olarak yapıldığı ve hileli bir işlem olduğu tespit edilmişse; mahkemenin mühleti kaldırarak borçlunun iflâsına karar vermesi gerekir. Burada mahkemenin çok hassas ve titiz bir araştırma yapması gerekir. Ayrıca, mahkeme alacaklıların ve borçlunun menfaatlerini de göz önünde bulundurarak sonuca ulaşmalıdır.

Mühlet kararının verilmesiyle birlikte özellikle mühlet kararından önce doğmuş ve konkordatonun sonuçlarına tâbi borçların ödenebilip ödenemeyeceği sorunu hâsıl olmaktadır. Bu süreçte özellikle borçlunun ticari faaliyeti açısından işlem yapmak zorunda olduğu örneğin, tekel mahiyetindeki satıcıların, eski alacaklarını almadan yeni ham madde vermemeleri durumuyla karşılaşmaktadır. Konkordatonun sonuçlarına tâbi bir borcun zorunluluktan da olsa ödemesi, konkordatoya ilişkin hükümlerin “*ratio legis*”ine aykırıdır. Çünkü, zorunluluk olsa dâhi böyle bir ödemenin yapılması, alacaklılar arasındaki eşitlik ilkesini zedeler⁷⁷.

C. İİK m. 308 Uyarınca Konkordatonun Tasdik Edilmemesi Hâlinde Borçlunun İflâsına Karar Verilmesi

Borçlunun iflâsa tâbi kişilerden olması ve doğrudan doğruya iflâs sebeplerinden birinin mevcut olması ya da İİK m. 292’deki sebeplerden birinin gerçekleşmiş olması hâlinde mahkeme borçlunun iflâsına karar verebilir. Böyle bir durumda borçlu

⁷⁶ “Borçlunun konkordato komiserinin iznini almadan ya da onun talimatlarına aykırı olarak yapmış olduğu hukuki işlemler, İcra ve İflâs Kanunu’nun 290’inci maddesinde sınırlı bir biçimde sayılmış olan yasak işlemler arasında yer almıyorlarsa hukuken geçerlidirler; sözü edilen işlemlere girişilmiş olmasının yaptırımını komiser tarafından icra tetkik merciine başvuru suretiyle konkordato mühletinin kaldırılmasının veya nihai evrede ticaret mahkemesine verilecek raporda konkordatonun tasdiki talebinin reddinin istenilmesi oluşturur.” (TANRIVER, İslah, s. 5 - 6). Aynı görüş için bkz. POSTACIOĞLU, Konkordato, s. 65 – 66.

⁷⁷ Borçlunun likiditesinin banka kanalıyla sağlandığı durumlarda, özellikle bankalara kredi borcu olan borçlularda, bankalar kendilerine yapılan ödemedi alacakları konkordatonun sonuçlarına tabi olsa dâhi alacaklarını mahsup etmekte ve bu suretle borçlunun ticari faaliyetine mani olmakta ve kanuna aykırı davranmaktadır. Bu durumda özellikle banka yetkilileri hakkında TCK m. 155’ de hüküm altına alınan güveni kötüye kullanma suçundan suç duyurusunda bulunulması gerektiği kanısındayız.

kendi iflâsını isteyebileceği gibi, alacaklılar da borçlunun iflâsını isteyebilir veya mahkeme kendiliğinden borçlunun iflâsına karar verebilir⁷⁸. İflâsa tabi borçlunun iflâsına karar verilebilmesi için konkordatonun tasdiki talebinin reddine ilişkin karar tek başına yeterli değildir⁷⁹. Konkordatonun tasdiki talebinin reddine ilişkin karara ek olarak borçlunun doğrudan doğruya iflâsına sebep olabilecek nedenlerden bir ya da birden fazlasının veya İİK m. 292’de belirtilen sebeplerden birinin mevcut olması da gerekir⁸⁰.

Borçluya verilen mühlet içerisinde İİK m. 292’de belirtilen sebeplerden birinin gerçekleşmesi hâlinde; mahkeme, konkordatonun tasdikine ilişkin duruşmadan önce bir duruşma günü tayin edebilir. Bu duruşmada mahkeme tarafından mühlet kaldırılıp, borçlunun iflâsına karar verilebilir. Mahkemenin borçlunun iflâsına karar verebilmesi için mutlaka duruşma yapması gerektiği kanaatindeyiz. Çünkü, mühlet içerisinde dosya üzerinden yapılacak bir incelemeyle borçlunun iflâsına karar verilmesi mümkün değildir. Mahkemenin borçlunun mühletini kaldırıp, iflâsına ilişkin incelemeyi yapacağı duruşmanın tarih ve saatini de mutlaka ilân etmesi gerekir (İİK m. 288). İflâsa tâbi olmayan borçlunun konkordato talebi reddedilse bile borçlu iflâsa tabi kişilerden olmadığı için sınırlı sayı ilkesi kapsamında bu borçlunun iflâsına karar verilemez⁸¹.

Konkordato tasdik edilmezse, konkordato talebinin reddine karar verilir (İİK m. 308). Bu husus İİK m. 288 uyarınca ilân edilir. Ret kararı İİK m. 288’de düzenlenen ilgili kurum ve kuruluşlara da bildirilir. Eğer mahkeme konkordatonun tasdiki talebinin reddi kararıyla birlikte aynı zamanda borçlunun iflâsına da karar veriyse; her iki hususun da aynı ilânda yer almasında herhangi sakınca yoktur. Konkordatonun tasdik edilmediği hem yurt düzeyinde yayımlanan bir gazetede hem de İİK m. 288 uyarınca ilân edilecektir. Konkordatonun tasdiki kararında olduğu gibi, konkordatonun tasdiki talebinin reddi kararının yayımlanabilmesi için bu kararın kesinleşmesine de gerek

⁷⁸ “Konkordatonun tasdik olunmaması üzerine, alacaklının iflâs yoluyla takibe geçerek borçlunun iflâsını istemesine İİK’nun 301. maddesi hükmü engel değildir.” (Yrg., İİD., T. 30.09.1966, E. 1966/9679, K. 1966/9170), (ALTAY / ESKİOCAK, s. 929).

⁷⁹ İsviçre hukukunda ise, konkordatonun tasdiki talebinin reddi hâlinde mahkeme borçlunun iflâsına karar vermektedir. Borçlunun iflâsına karar verilebilmesi için alacaklının veya borçlunun talebine ihtiyaç yoktur (Art. 309 SchKG).

⁸⁰ İsviçre hukukunda, konkordatonun tasdiki talebinin reddedilmesi sebebi dışında başka bir sebep aranmadan borçlunun iflâsına karar verilmektedir (Art. 309 SchKG).

⁸¹ Değişiklikten önce İİK m. 301 hükmü, “Konkordato tasdik olunmaz yahut mühlet kaldırılırsa, borçlu iflâsa tabi kişilerden olmasa bile, alacaklılardan birisinin 300 üncü maddeye göre yapılacak ilândan itibaren on gün içinde vuku bulacak talebi üzerine borçlunun derhal iflâsına karar verilir.” şeklindeydi. Bu düzenleme ışığında iflâsa tabi olmayan borçlu hakkında da iflâs kararı verilebiliyordu.

yoktur. Eğer, konkordatonun tasdiki kararı kesinleşme anında bağlayıcı olacaksa; kararın kesinleşme anında ilân edilmesi kuralı burada uygulanmaz⁸². Çünkü, tasdik talebinin reddi kararı verildiği anda sonuçlarını doğurmaya başlar.

D. İİK m. 308/d Uyarınca Yapılan Vaatler Sebebiyle Borçlunun İflâsına Karar Verilebilip Verilemeyeceği Hususu

Borçlu, konkordato projesinde öngörülenden fazla bir ödeme yapacağına ya da projede belirtilen vadeden daha avantajlı bir ödeme planında ödeme yapacağına dair herhangi bir alacaklıyla anlaşamaz (İİK m. 308/d). Borçlunun böyle bir anlaşma yapması hâlinde bu vaat konkordato dışı vaat olarak kabul edilir⁸³. Böyle taahhütler İİK m. 308/d hükmünün emredici niteliğinden dolayı hükümsüzdür⁸⁴. Alacaklı da böyle bir taahhüdün ifasını borçludan talep edemez.

Borçlunun alacaklılarına İİK m. 308/d anlamında vaatte bulunduğu eğer mühlet içerisinde ortaya çıkarsa; borçlunun bu davranışı dürüstlük kuralının ihlali olarak kabul edilebilir (4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu⁸⁵ m. 2). Borçlunun böyle bir davranışı alacaklılar arasında eşitsizlik yaratmaktadır. Bu vaat alacaklılar toplantısında konkordatonun tasdiki açısından aranan nisabı sağlamak için de gizli şekilde yapılmış olabilir. Borçlunun vaadini, İİK m. 292/c anlamında borçlunun alacaklılarını zarara uğratma amacıyla hareket etmesi ya da İİK m. 177 anlamında borçlunun alacaklılarının haklarını ihlâl eden hileli işlemlerde bulunması veya bu işlemleri yapmaya teşebbüs etmesi şeklinde bir doğrudan iflâs sebebi olarak da kabul edebiliriz⁸⁶. Böyle bir durumda ise, mahkemenin vermiş olduğu mühleti kaldırması ve borçlu veya alacaklıların talebi olmasa da borçlunun iflâsına karar vermesi gerekir.

Borçlunun İİK m. 308/d kapsamındaki taahhütlerinin konkordatonun tasdikinden sonra ortaya çıkması, aynı zamanda konkordatonun tamamen feshine de sebebiyet verebilir. Böyle davranışları dürüstlük kuralının ihlâli olarak da kabul edebiliriz. Doktrindeki bir görüşe göre, yapılan vaat borçlu tarafından değil de üçüncü bir kişi

⁸² PEKCANITEZ / ERDÖNMEZ, s. 144 – 145; ALTAY / ESKİOCAK, s. 294.

⁸³ BUDAK – Konkordato Şerhi, m. 308/d, No. 2; PEKCANITEZ / ERDÖNMEZ, s. 159 – 161.

⁸⁴ İsviçre hukukunda da borçlunun, alacaklılara konkordato sözleşmesi kapsamında hak kazandığından daha fazla vaatte bulunması geçersiz kabul edilmiştir (Art. 312 SchKG).

⁸⁵ RG, T. 08.12.2001, S. 24607.

⁸⁶ Doktrinde yer alan bir görüşe göre, konkordatonun tasdik edilmesinden sonra, borçlunun bir veya birkaç alacaklıya daha fazla ödeme yapacağına ilişkin vaatleri ahlaki bir borcun ifası olarak kabul edilmektedir. Bkz. WALDER, Hans Ulrich, (2007), Schuldbetreibung und Konkurs, 17. Auflage, Zürich, Art. 312.

tarafından borçlu lehine yapılırsa; yapılan vaat geçerlidir ve bu vadin hükümsüzlüğüne karar verilmemelidir⁸⁷. Ancak, böyle bir vaat ve yapılan ödeme, alacaklılar arasında yine eşitsizlik yaratacağı için hükümsüz olmalıdır⁸⁸. Aksi bir durumda borçlu, vadi kendi yaptığı hâlde üçüncü bir kişi tarafından yapılmış gibi göstererek İİK m. 308/d'de yer alan müeyyideden kurtulabilir.

Aynı sonuçlar konkordatonun tasdiki kararından sonra da geçerlidir. Çünkü borçlu aynı şekilde konkordatonun tasdikinden önceki vaatlerini sanki konkordatonun tasdikinden sonra yapmış gibi göstererek İİK m. 308/d'nin sonuçlarından kurtulabilir. Konkordatonun tasdiki kararından sonra yapılmış bir vaat de olsa; alacaklılar arasında eşitliği bozacağından vadin hükümsüz olması gerektiği ve şartların olması veya gerek görülmesi halinde borçlunun iflâsına da karar verilmesi gerektiği kanısındayız⁸⁹.

SONUÇ

Konkordato mühleti talep eden borçlunun malvarlığının korunması için iflâsın açılması gerekiyorsa, konkordatonun başarıya ulaşamayacağı durum ve koşullardan anlaşılıyorsa, borçlu İİK m. 297'ye aykırı davrandıysa ve komiserin talimatlarına uymadıysa ya da borçlunun alacaklıları zarara uğratma amacıyla hareket ettiği tespit edilirse, borca batık olduğu anlaşılan bir sermaye şirketinin veya kooperatifin konkordato talebinden feragat etmesi hâlinde konkordato talebinin reddine karar verilir. Konkordato talebinin reddi kararına ek olarak mahkeme, borçlunun iflâsa tabi kişilerden olması hâlinde borçlunun iflâsına da karar verir.

İcra ve İflâs Kanunu m. 308 hükmü gereğince konkordatonun tasdik edilmesi hâlinde de borçlunun iflâsına karar verilebilir. Ancak, burada borçlunun doğrudan doğruya iflâsına sebep olabilecek nedenlerden bir ya da birden fazlasının veya İİK m. 292'de belirtilen sebeplerden birinin mevcut olması gerekir. Mahkemenin borçlunun iflâsına karar verebilmesi için mutlaka duruşma yapması gerekmektedir. Eğer, borçlu iflâsa tabi kişilerden değilse bu borçlunun iflâsına karar verilemez. Çünkü, iflâsa tabi kişiler kanunda tahdidi olarak sayılmıştır. Konkordatonun tasdiki talebinin reddi kararıyla birlikte aynı zamanda borçlunun iflâsına da karar verildiyse bu iki karar aynı ilânda duyurulabilir.

İcra ve İflâs Kanunu m. 308/d hükmü gereğince yapılan vaatler sebebi ile de borçlu hakkında iflâs kararı verilebilir. Burada borçlunun alacaklısına yapmış olduğu vaat, İİK m. 177 anlamında borçlunun alacaklılarının haklarını ihlâl eden hileli işlem-

⁸⁷ BUDAK – Konkordato Şerhi, m. 308/d, No. 6. Aynı görüş için bkz. POSTACIOĞLU, *İlkeler*, s. 149.

⁸⁸ Aynı görüş için bkz. KURU, Baki, (1997), *İcra ve İflâs Hukuku*, C. IV, İstanbul, s. 3819.

⁸⁹ Karş. BUDAK – Konkordato Şerhi, m. 308/d, No. 9.

lerde bulunması veya bu işlemleri yapmaya teşebbüs etmesi ya da İİK m. 292/c anlamında borçlunun alacaklılarını zarara uğratma amacıyla hareket etmesi hâline bürünerek bir doğrudan iflâs sebebi olarak kabul edilebilir.

KAYNAKLAR

- ALBAYRAK, Hakan, (2013), Medeni Usul ve İcra İflas Hukukunda Yaklaşık İspat, Ankara.
- ALTAY, Sümer, (2005), Konkordato ve Yeniden Yapılandırma Hukuku, C. I, İstanbul.
- ALTAY, Sümer / ESKİOCAK, Ali, (2018), 7101 Sayılı Kanunla Yapılan Düzenlemelerin İşliğinde Konkordato ve Yeniden Yapılanma Hukuku, 4. B., İstanbul.
- ARSLAN, Ramazan / YILMAZ, Ejder / TAŞPINAR AYVAZ, Sema, (2016), İcra ve İflâs Hukuku, Ankara.
- BAUER, Thomas / STAEHELİN Daniel, (2017), Basler Kommentar: Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Ergänzungsband zur 2. Auflage, Basel.
- BERKİN, Necmettin, (1972), İflâs Hukuku, İstanbul, (BERKİN, İflâs).
- BERKİN, Necmettin, (1980), Tatbikatçılara İcra Hukuku Rehberi, İstanbul, (BERKİN, Rehber).
- BİLGİN, Mahmut, (2012), İflâs, İflâsın Ertelenmesi, Konkordato, Yargılama Usulü, Ankara.
- BURULOĞLU, Enver / REYNA, Yuda, (1968), Konkordato Hukuku, İstanbul.
- DURAL, Mustafa / ÖĞÜZ, Tufan, (2010), Türk Özel Hukuku, Kişiler Hukuku, C. II, İstanbul.
- ERCAN, İbrahim, (2008), İcra ve İflâs Hukukunda Malvarlığının Terki Suretiyle Konkordato, Konya.
- ERDÖNMEZ, Güray, (2019), Alacaklılara Zarar Verme Kastıyla Yapılan Tasarrufların İptali, İstanbul.
- EROĞLU, Orhan, (2018), Uygulamada Konkordato, Ankara, (EROĞLU, Konkordato).
- HUNKELER, Daniel, (2014), Kurzkommentar Schuldbetreibungs und Konkursgesetz, 2. Auflage, Basel.
- İYİLİKLİ, Ahmet Cahit, (2004), “Malvarlığının Terki Suretiyle Konkordatonun Lex Com-misoria Yasağına Aykırılık Teşkil Edip Etmemesi Üzerine Bir İnceleme”, Legal Hukuk Dergisi, S. 18, (s. 591 – 600).
- KALE, Serdar, (2017), Sorularla Konkordato (İflâs Dışı ve İflâs İçi Adi Konkordato), İstanbul, (KALE, Sorularla Konkordato).
- KARSLI, Abdurrahim, (2014), İcra ve İflâs Hukuku, İstanbul, (KARSLI, İcra).
- KAYAR, İsmail, (2009), “İflâsın Ertelenmesinde Borca Batıklık ve İyileştirme Projesi İle İlgili Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi”, Erciyes Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, S. 33, Temmuz - Aralık, (s. 19 – 45).
- KURU, Baki, (1997), İcra ve İflâs Hukuku, C. IV, İstanbul, (KURU, C. IV).

- KURU, Baki, (2013), İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı, 2. B., Ankara, (KURU, El Kitabı).
- KURU, Baki, (2017), İstinaf Sistemine Göre Yazılmış İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı, Ankara, (KURU, İcra İstinaf).
- KURU, Baki / ARSLAN, Ramazan / YILMAZ, Ejder, (2013), İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı, Ankara, (KURU / ARSLAN / YILMAZ, İcra).
- MUŞUL, Timuçin, (2010), İcra ve İflâs Hukuku, 4. B., Ankara, (MUŞUL, İcra).
- OSKAY, Mustafa / KOÇAK, Coşkun / DEĞNEKLİ, Adnan / DOĞAN, Ayhan, (2007), İİK Şerhi, C. 4, Ankara.
- ÖZTEK, Selçuk / BUDAK, Ali Cem / TUNÇ YÜCEL, Müjgan / KALE, Serdar / YEŞİLOVA, Bilgehan, (2018), Yeni Konkordato Hukuku 7101 Sayılı Kanunla Değişik İcra ve İflâs Kanunu m. 285 – 309 Şerhi, Ankara.
- PEKCANITEZ, Hakan / ATALAY, Oğuz / SUNGURTEKİN ÖZKAN, Meral / ÖZEKES, Muhammet, (2013), İcra ve İflâs Hukuku, 11. B., Ankara.
- PEKCANITEZ, Hakan / ATALAY, Oğuz / SUNGURTEKİN ÖZKAN, Meral / ÖZEKES, Muhammet, (2016), İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı, 3. B., Ankara, (PEKCANITEZ / ATALAY / SUNGURTEKİN ÖZKAN / ÖZEKES, Ders Kitabı).
- PEKCANITEZ, Hakan / ERDÖNMEZ, Güray, (2018), 7101 Sayılı Kanun Çerçevesinde Konkordato, İstanbul.
- POSTACIOĞLU, İlhan, (1950), “İflâsın Mahiyeti, Doğrudan Doğruya İflâs Halleri ve Kararın İsabeti, Katiyet Peyda Etmemiş İlamlara 177/4’ ün Tetkik Edilip Edilemeyeceği”, İÜHF, C. XVI, S. 1 - 2, (POSTACIOĞLU, İflâs Halleri).
- POSTACIOĞLU, İlhan E., (1965), Konkordato, İstanbul, (POSTACIOĞLU, Konkordato).
- POSTACIOĞLU, İlhan, (1978), İflâs Hukukunun İlkeleri, C. I, (POSTACIOĞLU, İlkeler).
- RÜZGARESEN, Cumhur, (2011), İflâs Sebepleri, Ankara.
- SÜRAL, Ceyda, (2012), “Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisine Etkisi”, TBB Dergisi, 2012 (100), (s. 167 – 216).
- TANRIVER, Süha, (1993), Konkordato Komiseri, Ankara, (TANRIVER, Konkordato Komiseri).
- TANRIVER, Süha, (2001), “Konkordato Prosedürünün İslahı ile İlgili Bazı Düşünceler”, AÜHFD, C. 50, S. 3, (s. 1 - 10), (TANRIVER, İslah).
- TANRIVER, Süha, (2004), “4949 Sayılı İcra ve İflas Kanunu’nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’un Adi Konkordato ile İlgili Hükümlerde Getirmiş Olduğu Değişikliklerin Tespiti ve Değerlendirilmesi”, TBB, S. 51, (s. 67 – 90), (TANRIVER, Değişikliklerin Değerlendirilmesi).
- TANRIVER, Süha / DEYNEKLİ, Adnan, (1996), Konkordatonun Tasdiki, Ankara.

UYAR, Talih, (2009), İcra ve İflâs Kanunu Şerhi, C. 10, İzmir.

ÜSTÜNDAĞ, Saim, (1998), İflâs Hukuku (İflâs, Konkordato, İptal Davaları), İstanbul, (ÜSTÜNDAĞ, İflâs).

WALDER, Hans Ulrich, (2007), Schuldbetreibung und Konkurs, 17. Auflage, Zürich.

YILDIRIM, Kamil / DEREN-YILDIRIM, Nevhis, (2016), İcra ve İflâs Hukuku, İstanbul.

YILMAZ, Ejder, (2016), İcra ve İflâs Kanunu Şerhi, Ankara, (YILMAZ, Şerh).

HİZMET TESPİTİ DAVALARINDA İŞ SÖZLEŞMESİ İLE ADI ORTAKLIK SÖZLEŞMESİNİN TESPİTİNE İLİŞKİN ÖLÇÜTLER*

Criteria for Determination of the Partnership Agreement with the Employment Agreement in Action for Fixing of Period of Service

Dr. Öğr. Üyesi Aslıhan KAYIK AYDINALP**

Dr. Öğr. Üyesi Baki Oğuz MÜLAYİM***

ÖZ

Hizmet tespiti davalarında, taraflar arasındaki hukuki ilişkinin ihtilaflı olması durumunda hukuki ilişkinin hangi sözleşmeden kaynaklandığının tespiti gerekir. Bu bağlamda adi ortaklık sözleşmesi, taraflar arasındaki hukuki ilişkinin ortaklık sözleşmesine değil, iş sözleşmesine dayandığının iddia edilmesi halinde hizmet tespiti davalarına konu olabilecektir. Bu noktada taraflar arasındaki hukuki ilişkinin niteliği ve bu niteliğin tespit edilebilmesi için dikkate alınabilecek ölçütler önemlidir. Çalışmamızda aradaki hukuki ilişkinin tespiti, adi ortaklık sözleşmesinin tanımı ve unsurları ile iş sözleşmesi ve unsurları karşılaştırma yapılmak suretiyle açıklanacaktır. Bu doğrultuda ilk olarak genel anlamda ortakların ve işçilerin sigortalılık statüsüne değinilecek, hizmet tespit davası hakkında genel açıklamalarda bulunulacak, akabinde ise aradaki hukuki ilişkinin tespitine ilişkin faydalanılabilecek ölçütlerden bahsedilip, konuya ilişkin yargı kararlarına yer verilecektir.

ANAHTAR KELİMELER: *Adi Ortaklık, İş Sözleşmesi, Hizmet Tespiti, Bağımlılık, İş Sözleşmesi.*

ABSTRACT

Action for fixing of period of service, if the legal relationship between the parties is in dispute, it is necessary to determine which contract the legal relationship originates from. In this context, the ordinary partnership agreement may be the subject of action for fixing of period of service if it is claimed that the legal relationship between the parties is based on the employment agreement and not the ordinary partnership agreement. At this point, the quality of the legal relationship between the parties and the criteria that can be taken into consideration in determining this quality are important. In our study, the determination of the legal relationship between them, the definition and elements of the ordinary partnership agreement and the employment agreement and elements will be explained by comparison. In this respect, firstly the insurance status of the partners and workers will be mentioned in general, general explanations will be made about the case of service determination, then the criteria that can be used to determine the legal relationship between them will be mentioned and judicial decisions will be included.

KEY WORDS: *Ordinary Partnership, Employment Contract, Service Detection, Dependency, Employment Contract.*

* **Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih:** 02.04.2019

Kabul Edildiği Tarih: 13.11.2019

DOI Numarası: [10.15337/suhfd.548222](https://doi.org/10.15337/suhfd.548222)

** İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

E-mail Adresi: aslihan.kayik@inonu.edu.tr **ORCID ID:** [0000-0003-3146-4636](https://orcid.org/0000-0003-3146-4636)

*** Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

E-mail Adresi: bmulayim@erbakan.edu.tr **ORCID ID:** [0000-0002-5472-8414](https://orcid.org/0000-0002-5472-8414)

GİRİŞ

Adi ortaklık, ticaret hukuku konuları arasında yer almakla birlikte, ortaklığı oluşturan kişilerin ortak olmayıp, ortaklığın işçisi olduklarını iddia etmeleri halinde, iş ve sosyal güvenlik hukukunu da ilgilendiren bir konu haline gelmektedir. İşverenler, çoğu zaman iş sözleşmesine bağlanan hukuki sonuçlardan kaçınmak amacıyla işçilerini, şirket ortağı olarak gösterme yoluna gitmektedir. Bazı durumlarda da taraflar, hukuki ilişkinin gerçekte adi ortaklık olmasına rağmen, sosyal güvenlik hukukunda özellikle yaşlılık aylığına hak kazanabilmek için işçilere sağlanan avantajlı durumdan faydalanabilmek amacıyla, iş ilişkisi olduğu ileri sürülmektedir. Aradaki hukuki ilişkinin ortaklık değil iş ilişkisi olduğunun ileri sürüldüğü durumlarda, sigortalının Kuruma kaydı işçi olarak yapılmamaktadır. Bu nedenle geçmişe dönük olarak hizmetlerin yargı yoluyla tespit edilmesi amacıyla hizmet tespiti davası açılması gerekir. Hizmet tespiti davasının yasal dayanağı, 5510 sayılı Kanunun 86/9. maddesi olup, Kurum kayıtlarına geçirilmeyen çalışmaların tespitine yöneliktir. Bu uyumsuzluklarda, taraflar arasındaki ilişkinin iş sözleşmesi olup olmadığının tespiti önemlidir. Çalışmamızda çeşitli ölçütlerden hareket edilmek suretiyle tespit gerçekleştirilmeye çalışılacaktır.

I. ADİ ORTAKLIK SÖZLEŞMESİ TARAFLARININ VE İŞÇİNİN SİGORTALILIĞI

5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununda iş sözleşmesine tabi olarak bir veya birden fazla işveren tarafından çalıştırılanlar, m. 4/1-a bendi kapsamında sigortalı sayılmışlardır. Kanun iş sözleşmesi olarak, Türk Borçlar Kanununda hizmet sözleşmesi ve iş mevzuatında yer alan iş sözleşmesi tanımı kabul etmiştir. Sigortalılık ilişkisinin m.4/1-a kapsamında oluşabilmesi için önem arz eden iş sözleşmesinin var olup olmadığı belirlenirken, iş hukukundaki görüş ve ilkelerden de faydalanılmalıdır¹. 5510 sayılı Kanunun 506 sayılı Kanunda yer alan tanımı aynen tekrarlaması nedeniyle, 506 sayılı Kanun dönemindeki Sosyal Sigortalar Kanunu anlamında sigortalı niteliğinin kazanma koşullarının hala geçerliliğini koruduğu kabul edilir². Böylece sigortalı niteliğini kazanma koşulları üç başlık altında toplanmıştır; çalışma ya da iş ilişkisinin kural olarak iş sözleşmesine dayanması, işin işverene ait iş organizasyonu içinde yerine getirilmesi, çalışanın sigortalı sayılmayanlar arasında yer almaması³.

¹ GÜZEL, Ali/ OKUR, Ali Rıza/ CANIKLIOĞLU, Nurşen: Sosyal Güvenlik Hukuku, 17. Bası, İstanbul 2018, s. 80.

² GÜZEL/ OKUR/ CANIKLIOĞLU, s. 80, 81.

³ TUNCA, Can/ EKMEKÇİ, Ömer: Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, 19. Bası, İstanbul 2017, s. 291; SÖZER, Ali Nazım: Türk Sosyal Sigortalar Hukuku, 3. Bası, İstanbul 2017; ARICI, Kadir, Türk Sosyal Güvenlik Hukuku, Ankara 2015; UŞAN, Fatih: Sosyal Güvenlik Hukukunun Temel Esasları, Ankara 2009; ALPER, Yusuf, Türk Sosyal Güvenlik Sistemi Sosyal Sigortalar Sistemi, 9. Baskı, Bursa 2018, s. 95; KORKUSUZ, Refik/ UĞUR, Suat: Sosyal Güvenlik Hukuku, Bursa 2015, s. 212-214; Konuya ilişkin bir Yargıtay kararına göre; "...506 sayılı Kanun'un 2. maddesinde, bir hizmet akdine dayanarak bir veya birkaç işveren tarafından çalıştırılanların sigortalı sayılacağı belirtilmiştir. Anılan

Kanunun m.4/1-b bendinde bağımsız çalışan sigortalılar düzenlenmiştir. Bu bent kapsamında sigortalı sayılanlar; köy ve mahalle muhtarları, esnaf ve sanatkârlar, gelir vergisi mükellefleri, şirket ortakları ve tarımsal faaliyette bulunanlar. Aşağıda açıklanacağı üzere adi ortaklık sözleşmesinin tarafları olan ortaklar, m.4/1-b bendi uyarınca bağımsız çalışanlar grubunda yer almaktadır.

Taraflar arasındaki hukuki ilişkinin tespiti sonucu, iş sözleşmesine tabi bir çalışmanın olması halinde 5510 s. Kanun m. 4/1-a bendi, ortaklık sözleşmesine dayalı bir çalışmanın olması halinde ise m.4/1-b anlamında sigortalılık söz konusu olacaktır.

II. GENEL ANLAMDA HİZMET TESPİTİ DAVASI

A. Yasal Dayanağı

Hizmet tespiti davasının yasal dayanağı, 5510 sayılı Kanunun 86/9. maddesidir⁴. Buna göre aylık prim ve hizmet belgesi veya muhtasar ve prim hizmet beyannamesi işveren tarafından verilmeyen veya çalıştıkları kurumca tespit edilemeyen sigortalılar, çalıştıklarını, hizmetlerinin geçtiği yılın sonundan başlayarak beş yıl içerisinde

Kanun kapsamında sigortalı sayılmanın koşulları; hizmet akdine göre çalışma, sözleşmede ön-görülen edimin (hizmetin) işverene ait işyerinde veya işyerinden sayılan yerlerde görülmesi, kanunda açıkça belirtilen sigortalı sayılmayacak kişilerden olunmamasıdır. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 8. maddesinde "iş sözleşmesi" tanımına yer verilmiş ise de her iki kanunun amacı, ortaya koyduğu ilkeler ve dayandığı hukuksal normlar farklılık gösterdiğinden, bu tanımın 506 sayılı Kanun yönünden bağlayıcılığı bulunmamaktadır...Baskın olan bilimsel ve yargısal görüşlere göre, hizmet akdinin ayırıcı ve belirleyici özelliği, "zaman" ve "bağımlılık" unsurlarıdır. Zaman unsuru, çalışanın iş gücünü belirli veya belirsiz bir süre içinde işveren veya vekilinin buyruğunda bulundurmasını kapsamaktadır ve anılan sürede buyruk ve denetim altında (bağımlılık) edim yerine getirilmektedir. Bağımlılık ise, her an ve durumda çalışanı denetleme veya buyruğuna göre edimini yaptırma olanağını işverene tanıyan, çalışanın edimi ile ilgili buyruklar dışında çalışma olanağı bulamayacağı nitelikte bir bağımlılıktır. Hizmet akdi, çoğu kez Borçlar Kanunu'nun 355. maddesinde tanımlanan istisna akdi (eser sözleşmesi) ile karıştırılabilmekte, ikisinin ayırt edilebilmesi bazı durumlarda güçleşmektedir. Çalışan, iş gücünü belirli veya belirsiz bir zaman için çalıştırmanın buyruğunda bulundurmakla yükümlü olmayarak, işveren buyruğuna bağlı olmadan sözleşmedeki amaçları gerçekleştirecek biçimde edimini görüyorsa, sözleşmenin amacı bir eser meydana getirmekse, çalışma ilişkisi istisna akdine dayanıyor demektir. Hizmet akdinde ise çalışan, emeğini iş sahibinin emrine hazır bulundurmaktadır ve ücret, faaliyetin meydana gelmesinin sonucu için değil, bizzat yapılan faaliyetin karşılığı olarak ödenmektedir. Öte yandan, 313. madde hükmünün açıklığı gereği, çalışanın kendi aletleri ile çalışması veya götürü hizmet sözleşmelerinde ücretin, yapılacak işe göre toptan kararlaştırılması olanaklı bulunduğundan, tarafların belli bir fiyat üzerinden anlaşmaları istisna akdinin varlığını göstermediği gibi, götürü sözleşmelerde, bir süre için hizmet etme borcunun mu, yoksa önceden belirlenmiş bir sonucun meydana getirilmesi borcunun mu yüklenildiğinin şüpheli bulunduğu durumlarda, araştırma yapılarak tarafların amacı, durumu ve yaşam deneyimleri gözetilip hukuki ilişki saptanmalıdır...", Y. 10. HD., E. 2006/16493, K. 2007/4738, T. 27.3.2007, www.lexpera.com.tr, E.T. 18.2.2019.

⁴ Bu doğrultudaki düzenleme, eski 506 sayılı Kanunun 79. maddesinin 10. bendinde bulunmakta idi; Hizmet tespiti davası hakkında detaylı bilgi için bkz. ARAP, Erdal: Hizmet Tespiti Davaları, Ankara 2018; BİLGİLİ, Abbas: Hizmet Tespiti Davaları, Adana 2011.

iş mahkemesine başvurarak, alacakları ilâm ile ispatlayabilirlerse, bunların mahkeme kararında belirtilen aylık kazanç toplamları ile prim ödeme gün sayıları dikkate alınır. Açılacak dava, 5510 sayılı Kanunla kapsama alınmış sigortalı çalışmaların tespitine yöneliktir⁵. Düzenlemenin amacı, sigortasız (kayıt dışı) işçi çalıştırmanın önlenmesidir⁶.

İşyeri bildirgesi, sigortalı işe giriş bildirgesi ile aylık prim ve hizmet bildirgesinin işveren tarafından verilmesi durumunda kayıt dışı çalışma engellenmektedir. Bu bildirelerin verilmemesi durumunda ise sigortalı, tamamen kayıt dışı kalmaktadır⁷.

Sosyal sigorta ilişkisi, kanundan kaynaklanan bir hukuki ilişki olup, iradi değil, zorunlu bir hukuki ilişkidir. Bu nedenle sosyal sigorta ilişkisinden kaçılmaz ve vazgeçilemez⁸. Sosyal sigorta ilişkisinin yargısal yolla sonradan tespit edilmesi, sosyal sigorta ilişkisinin kurulmamasına ve kesilmesine neden olan kayıt dışılıkla mücadele yollarından birisidir⁹.

B. Konusu

Hizmet tespiti davası, geçmişte var olan ancak kurum kayıtlarına geçirilmeyen çalışmaların tespit ettirilmesi amacıyla açılır¹⁰. Davanın amacı, sigorta primine esas matrah ve prim gün ödeme sayısının belirlenmesidir¹¹. Hizmet tespit davası, yalnızca yurt içi hizmetler bakımından değil yurt dışında geçen hizmet sürelerinin tespiti amacı ile de açılabilir¹².

Dava, olumlu tespit davası niteliğini taşımaktadır¹³. Burada yeni bir durum ortaya konulmayıp, mevcut ve hak kazanılmış bir statünün belirlenmesi söz konusu olduğundan, dava inşai değil izhari nitelik taşımaktadır¹⁴.

⁵ BOZKURT, Argun: İş Yargılaması Usul Hukuku, 6. Bası, Ankara 2018, s. 460; AYDIN, Ufuk: Sosyal Sigortalının Genel Hükümleri ve Türleri, Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2015, s. 557-868, Seminer İstanbul 25-26 Kasım 2016, İstanbul 2017, s. 629; SÖZER, s. 476.

⁶ GÜZEL/ OKUR/ CANIKLIOĞLU, s. 276; ARICI, s. 480.

⁷ SÖZER, s.476.

⁸ ARICI, s.481.

⁹ AYDIN, s. 628.

¹⁰ AKPULAT KÖME, Ayşe: İş Mahkemelerinde Yargılamanın Özellikleri, 1. Baskı, İstanbul 2018, s.363; BOZKURT, Argun: İş Yargılaması Usul Hukuku, 6. Baskı, Ankara 2018, s.242.

¹¹ SÖZER, s.478; Uygulamada uzun vadeli sigortalı kolları için açılacak davanın açılacağı sigorta dalları bakımından herhangi bir ayırım yapılmamaktadır. Konu hakkında bkz. SÖZER, s.478-479; Hizmet tespiti ile işçilik alacaklarının talebine yönelik talebin aynı davada yöneltilip yöneltilenmeyeceğine ilişkin bkz. Arap, s. 69-72.

¹² SÖZER, s.479.

¹³ AYDIN, s.629; ERTÜRK, Şükran, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Pratik Çalışmaları, 6. Baskı, Ankara 2018, s.475; TUNCAY/ EKMEKÇİ, s. 278.

¹⁴ GÜNAY, Cevdet İlhan: İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku, Ankara 2015, s.623.

Sigortasız çalışmayı belirleyen husus, sigortalının kurum kayıtlarında gözükmemesidir¹⁵. Bu durum iki şekilde karşımıza çıkabilir. İşyerinin kuruma bildirisi yapılmamış ya da işyeri kuruma bildirilmekle birlikte sigortalının işe giriş bildirgesi ve buna bağlı olarak da aylık hizmet belgeleri verilmemiş olabilir¹⁶.

Sigortalılığın tespiti, re'sen kurumun idari bir işlemiyle ya da sigortalının iş mahkemesinde açacağı bir tespit davası ile gerçekleşebilir¹⁷. Hizmet tespiti davası açılabilmesi için ilgili yönetmelikte belirlenen işyeri bildirgesi, sigortalı işe giriş bildirgesi, aylık prim ve hizmet belgesinin işveren tarafından kuruma verilmemesi ya da sigortalının adına kurum kayıtlarında rastlanmaması gerekir¹⁸. Bu belgelerden birinin verilmesi halinde, kurumun sigortalıdan haberdar olduğu ve primin yatırılıp yatırılmadığı ya da aylık prim ve hizmet belgelerinin verilip verilmediğini izleme yükümünün kuruma ait olduğu gerekçesi ile hizmet tespiti davası açılmaz¹⁹.

Sigortalı, kurum kayıtlarında gözüküyorsa yani sigortalının işe giriş bildirgesi verilmiş ancak daha sonra aylık prim ve hizmet belgesi verilmemiş ya da primleri ödenmemişse, hizmet tespiti davası ile sigortalılığın tespitine gerek yoktur²⁰. Ayrıca tespiti istenilen sigortalılık sürelerinin, kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışma hali istisna

¹⁵ TUNCA/ EKMEKÇİ, s. 264; GÜZEL/ OKUR/ CANIKLIOĞLU, s. 276, 277; Hizmet tespiti davası ile gerek kurum uygulamasında gerekse Yargıtay kararlarında aidiyet davası olarak adlandırılan kuruma bildirilmiş hizmetlerin başkası adına gözükmesi nedeni ile ilgili hizmetlerin kendisine aidiyeti nedeni ile açılan davalar karıştırılmamalıdır. Konu hakkında bkz. AKPULAT, s.243; Ayrıca konu hakkında BOZKURT, s.464 vd.

¹⁶ GÜZEL/ OKUR/ CANIKLIOĞLU, s. 276, 277; TUNCA/ EKMEKÇİ, s. 264; ERTÜRK, s.474 AYDIN, s.628.

¹⁷ GÜZEL/ OKUR/ CANIKLIOĞLU, s. 275; Kanununun 86/8. maddesi “Kurumun denetim ve kontrolle görevli memurlarının işyerinde yaptıkları durum tespiti sırasında, sigortalı, işyerinde çalışan diğer sigortalılar, işyeri mahallinde bulunanlar veya işveren beyanına dayanılarak yaptıkları ve tespit tarihinden önceki bir yıllık süreye ilişkin hizmetler de sigortalılıkta dikkate alınır. **(Ek cümle: RG-17/4/2012-28267)** Bir yıllık süreyi aşan sigortalı çalışmalar ise her zaman düzenlenebilir nitelikte olmayan kanunen geçerli kayıt ve belgeler ile kanıtlanmak şartıyla dikkate alınabilir.” şeklinde olup bu madde uyarınca kurum tarafından yapılan idari denetimlerde en fazla geriye yönelik bir yıllık süre dikkate alınır. Ancak bu düzenleme, herhangi bir süre sınırının olmaması gerektiği gerekçesiyle eleştirilmektedir. Nitekim Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliği 26/2. maddesinde “Kurumun denetim ve kontrolle görevli memurlarının işyerinde yaptıkları durum tespiti sırasında, sigortalı, işyerinde çalışan diğer sigortalılar, işyeri mahallinde bulunanlar veya işveren beyanına dayanılarak yaptıkları ve tespit tarihinden önceki bir yıllık süreye ilişkin hizmetler de sigortalılıkta dikkate alınır.”, şeklinde düzenleme yapılmıştır. Düzenleme olumlu bulunmakla beraber kanun yerine yönetmelik ile düzenleme yapılması eleştirilmiştir. Konu hakkında detaylı bilgi için bkz. GÜZEL/ OKUR/ CANIKLIOĞLU, s. 275-276.

¹⁸ TUNCA/ EKMEKÇİ, s. 266.

¹⁹ TUNCA/ EKMEKÇİ, s. 267.

²⁰ TUNCA/ EKMEKÇİ, s. 264; ALPER, s. 157; BOZKURT s.358.

olmak üzere, başka işyerlerinde geçen çalışma süreleriyle çakışmaması da gerekmektedir²¹.

Dava sonucunda mahkeme ilamında belirlenen süre ve ücret üzerinden kurum prim alacağını, gecikme cezası ve gecikme zammı ile tahsil eder, ayrıca idari para cezası da uygular²².

İşe giriş bildirgesinin verilmesi yeterli olmayıp, işçinin aynı zamanda eylemli olarak çalışması da gerekir²³. Zira sigortalılık ilişkisi fiili çalışma ilişkisi ile kurulur. Kişinin bildirilmesi, ancak sonrasında çalışmaya başlamaması durumunda sigortalılık ilişkisi kurulmaz²⁴. Çalışma olgusunun, kesin bir biçimde ortaya konulması gerekir²⁵. Zira çalışılmayan süreler için hizmet tespiti davası açılmaz²⁶. Hizmet tespiti davalarında bir işyerinin varlığı da gerekir. Bu nedenle davaya konu hizmetin, başlangıcı ve bitişi, bu işyerinin faal olduğu döneme göre belirlenmelidir²⁷. Tespiti istenen döneme dair kesinleşmiş bir olumsuz mahkeme kararı var ise bu süreler hakkında yeniden dava açılmaz²⁸.

5510 sayılı Kanununun 38/2. maddesi “Bu Kanunun uygulanmasında 18 yaşından önce malullük, yaşlılık ve ölüm sigortalarına tâbi olanların sigortalılık süresi, 18 yaşını doldurdukları tarihte başlamış kabul edilir. Bu tarihten önceki süreler için ödenen malullük, yaşlılık ve ölüm sigortaları primleri, prim ödeme gün sayılarının hesabına dâhil edilir.”, şeklinde olup, 18 yaşın altı uzun vadeli sigorta kolları açısından sigortalılık süresi olarak dikkate alınmaz. Ancak 18 yaşın altındaki süreler, prim ödeme gün sayısına eklenir²⁹.

²¹ GÜZEL/ OKUR/ CANIKLIOĞLU, s. 280; TUNCAY/ EKMEKÇİ, s. 267.

²² SÖZER, s.480.

²³ Konuya ilişkin yargıya intikal etmiş bir karar hakkında bkz. “Bir kimsenin sigortalı sayılabilmesi için sigortalı işe giriş bildirgesinin varlığı yeterli değildir. Aynı zamanda o kimsenin Yasa’nın belirlendiği biçimde (506 sayılı Yasa’nın 2. maddesi ve 5510 sayılı Yasa’nın 4/a maddesi) eylemli olarak çalışması da koşuldur. Bu yön 506 sayılı Yasa’nın 6. maddesi ile 5510 sayılı Yasa’nın 7/a maddesinde ve Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 1999/21-549-555, 2005/21-437-448 ve 2007/21-306-320 sayılı kararlarında da vurgulanmıştır. Bu bakımdan davacının işyerinde eylemli olarak çalışıp çalışmadığının yöntemince araştırılması gerektiği ortadadır.”, Y. 21. HD., E. 2012/6998, K. 2012/5507, T. 09.04.2012, <https://karararama.Yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, E.T.18.02. 2019.

²⁴ UŞAN, s. 125-126; AYDIN, s. 631.

²⁵ ERTÜRK, s. 475; BOZKURT, s. 461; AYDIN, s. 630; GÜNAY, s. 632.

²⁶ SÖZER, s. 476.

²⁷ GÜNAY, s. 632.

²⁸ BULUT, s. 254.

²⁹ TUNCAY/ EKMEKÇİ, s. 266.

C. Tarafları

5510 sayılı Kanunda zorunlu sigortalılık esası benimsenmiştir. Kanununun 92. maddesine göre kısa ve uzun vadeli sigorta kapsamındaki kişilerin sigortalı ve genel sağlık sigortalısı olması, genel sağlık sigortası kapsamındaki kişilerin ise genel sağlık sigortalısı olması zorunludur. Bu Kanunda yer alan sigorta hak ve yükümlülüklerini ortadan kaldırmak, azaltmak, vazgeçmek veya başkasına devretmek için sözleşmelere konulan hükümler geçersizdir³⁰.

Hizmet tespit davası, 5510 sayılı Kanununun 86/9. maddesinde ifade edildiği üzere aylık prim ve hizmet belgesi veya muhtasar ve prim hizmet beyannamesi işveren tarafından verilmeyen veya çalıştıkları kurumca tespit edilemeyen sigortalılar tarafından açılır. Sigortalının ölümü halinde hak sahipleri de bu davayı açabilir³¹. Tek bir mirasçının dahi dava açabilmesi, sosyal güvenlik ilkesi gereğince kabul edilmelidir³². Ancak bu durumda, mirasçılar açısından hak düşürücü sürenin başlangıcı, sigortalının dava açma süresini sağlığında geçirmemiş olması kaydı ile murisin ölüm tarihidir³³. İşyeri el değiştirmiş ise her iki işverene de dava açılır. Geçici iş ilişkisi ile çalıştırılma halinde de asıl işveren ve ödünç alan işverene birlikte dava açılır³⁴. Asıl işveren-alt işveren ilişkisinde hizmet ilişkisi alt işverenler ile kurulacak olup, davanın bu işverene karşı açılması gerekir³⁵. Ayrı işverenlerin sorumluluk dönemleri için her işverene dava açılmalıdır³⁶.

Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununda, hizmet tespiti davasının kime karşı açılacağı konusunda bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak yargı kararları ile işveren ile birlikte Sosyal Sigortalar Kurumuna karşı açılması gereği ortaya konulmuş idi. Böylece Kurum, mahkeme ilamının infazını gerçekleştirecek olması nedeni ile hak alanını ilgilendiren bir davada taraf olmakta idi³⁷. Ancak 7036 sayılı Kanunun

³⁰ UŞAN, s.78.

³¹ UŞAN, s.163; GÜZEL/ OKUR/ CANIKLIOĞLU, s. 281.

³² GÜNAY, s.625.

³³ TUNCAY/ EKMEKÇİ, s. 280; BULUT, Mehmet: Sosyal Güvenlik Uyuşmazlıkları ve Çözüm Yolları, Ankara 2017, s.252.

³⁴ ARICI, s.482.

³⁵ Y. 10. HD., E. 2012/15746, K. 2013/15394, T. 05.07.2013, <https://karararama.yargitay.gov.tr/Yargitay/Bilgi/BankasiIstemciWeb/>, E.T.15.03.2019.

³⁶ GÜNAY, s.625.

³⁷ BOZKURT, s.356; AYDIN, s.653; GÜNAY, s.625. "Görüldüğü gibi, işyeri tanımlanırken sigortalı esas alınmıştır. Diğer taraftan, Sosyal Sigortalar Kanununun 79/10. maddesinde sigortalı hizmetin tespiti davasının kime karşı açılacağı konusunda bir düzenleme yoktur. Ancak, yargı kararları ile davanın işveren ile birlikte Kuruma karşı da açılması gereği vurgulanmaktadır. Gerçekten, Sosyal Sigortalar Kurumu tespit ilamını aldığı anda işverenden o döneme ait prim belgelerini vermesini ister. Aksi halde, bunlar Kurumca re'sen düzenlenir. Tespit edilen döneme ilişkin primler

4/1. maddesi ile 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu ile diğer sosyal güvenlik mevzuatından kaynaklanan uyumsuzluklarda, iş sözleşmesine tabi çalışmalarını nedeniyle zorunlu sigortalılık sürelerinin tespiti talepleri hariç olmak üzere, dava açılmadan önce Sosyal Güvenlik Kurumuna başvurulmasının zorunlu olduğu düzenlenmektedir. Diğer kanunlarda öngörülen süreler saklı kalmak kaydıyla yapılan başvuruya altmış gün içinde Kurumca cevap verilmezse talep reddedilmiş sayılır. Kuruma karşı dava açılabilmesi için taleplerin reddedilmesi veya reddedilmiş sayılması şarttır. Kuruma başvuruda geçirilecek süre zamanaşımı ve hak düşürücü sürelerin hesaplanmasında dikkate alınmaz. Kanunda açık bir şekilde düzenlenmesi nedeni ile hizmet tespiti davalarında dava açmadan önce zorunlu arabuluculukta olduğu gibi kuruma başvuru zorunluluğu da bulunmamaktadır³⁸. İşverenin davalı, kurumun ferî müdahil olduğu davada, Kuruma doğrudan başvuru yolu düzenlenmemiş, doğrudan dava açmaya imkân verilmiştir³⁹. Bu düzenleme ile aynı zamanda ferî müdahil olarak davaya katılan Kurumun, yanında davaya katıldığı taraf başvurmasa bile kanun yoluna başvurabileceği getirilmiştir⁴⁰.

de, gecikme zammı ve faizi ile birlikte Kurum tarafından tahsil olunur. Ayrıca tespit edilen hizmet süresi, prim ödeme gün sayısı ve aylık kazanç toplamları Kurum tarafından yapılacak yardımlarda ve bağlanacak aylıklarda dikkate alınır. Bu yüzden, Kurumun sonucunda alınacak ilamı infaz edeceği ve hak alanını ilgilendiren bir davada taraf olması doğaldır. Dava sadece işverene veya Kuruma karşı açılmışsa, davacıya diğerini de davaya dâhil etmesi için süre verilecektir. Kanunda açık bir hüküm bulunmamasına rağmen, sosyal sigorta ilişkisinin ve hizmet tespiti davasının özellikleri göz önünde tutularak bu husus kabul edilmiştir.”, YHGK., E. 2010/10-431, K. 2010/451., T. 06.10.2010, <https://www.kararara.com/forum/viewtopic.php?t=33824>, E.T.15.02.2019; Y. 10. HD., E. 2012 /22878, K. 2013/13882, T. 20.06.2013, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, E.T.15.03.2019.

³⁸ 7036 sayılı Kanunla yürürlükten kaldırılan 5521 sayılı Kanunun 7. maddesinde de aynı düzenleme bulunmakta idi.

³⁹ AYDIN, s.642.

⁴⁰ TUNCA/ EKMEKÇİ, s. 269; AYDIN, s. 645; 7036 sayılı Kanun öncesinde 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu yürürlükte idi. 11.9.2014 tarihinde yürürlüğe giren 6552 sayılı Kanunun 64. maddesi ile 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 7. maddesinde değişiklik yapılmıştır. Bu değişiklikten önce Yargıtay hizmet tespiti davası sonucu verilen ilam neticesinde primlerin Kurumca tahsili gerekeceğinden davanın Kuruma da yöneltilmesi gerektiğini benimsemekteydi. Bu nitelikteki davalarda Kurumun işveren yanında davalı sıfatıyla yer almasına neden olduğundan, sigortalı lehine sonuçlanan hizmet tespiti davalarında Kurum yargılama giderlerine mahkûm edilmekteydi. Bu neticeden dolayı ilgili değişiklik yapılmıştır. Konu hakkında bkz. GÜZEL/ OKUR/ CANIKLİOĞLU, s. 283; Ancak yapılan düzenleme, ferî müdahalede müdahale edenin kimin yanında yer alıyorsa onun davayı kazanmasını gerektirdiğinden, SGK'nın işverene yardımını ve sigortalının haksız çıkmasına yönelik işlemleri gerektirdiği, oysa kurumun menfaatinin kural olarak sigortalının kazanması ve primlerin tahsilini gerektirdiği, kurumun ferî müdahil olarak davada yer almasının sosyal sigorta hakkı, sigortalının hukuki yararı ve kamu yararı bakımlarından anlamlı olmadığı ileri sürülmektedir. Bu düzenleme yerine SGK'nın sigortalı yanında yer alması ya da da-

Adi ortaklıkta, işveren kavramı önem taşımaktadır. Adi ortaklığın niteliği gereği, hizmet tespiti davasının işveren olarak adi ortaklığı oluşturan tüm gerçek ya da tüzel kişilere yöneltilmesi gerekir. Adi ortaklığın tüzel kişiliği olmadığından, davada taraf olma ehliyeti de yoktur. Başka bir ifade ile adi ortaklığın dava ve taraf ehliyeti yoktur⁴¹. Bu nedenle adi ortaklığa açılacak davalar, adi ortaklığın kendisine karşı değil, dava konusunun paradan başka bir şey olması halinde ortaklığı oluşturan ortakların tamamına, dava konusunun para olması halinde ise ortaklar arasında müteselsil sorumluluk esaslı geçerli olduğundan ortakların bir veya birkaçı aleyhine yöneltilmelidir⁴². Hizmet tespiti davası ise konusu para olmadığından adi ortaklığı oluşturan gerçek ya da tüzel kişilerden birine dava açılması durumunda, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 124/4. maddesi uyarınca dava reddedilmeyip taraf teşkilinin sağlanması için davacıya süre verilir⁴³.

vayla ilişkilendirilmemesi üzerinde düşünülmesi gerektiği de ifade edilmektedir. Konu hakkındaki geniş bilgi için bkz. AYDIN, s. 645 vd; Ayrıca konu hakkında bkz. EKMEKÇİ, Ömer: Maddi İş Hukuku Yönünden 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu, 5-41, Yeni İş Mahkemeleri Kanunu Üzerine Toplantısı, (Yayına Hazırlayanlar EKMEKÇİ, Ömer/ AKPULAT KÖME, Ayşe/HAKKAKUL YILDIZ, Özge/ AKDENİZ LEDÜN, Ayşe/ NAMLI YAYVAK, İrem/ ÇALIŞKAN, Aslı), İstanbul 2018, s. 22-23.

⁴¹ Konuya ilişkin yargıya intikal etmiş bir karar için bkz. “Adi ortaklığın kendisine ait bir tüzel kişiliği mevcut olmadığından davada taraf olma ehliyeti yoktur. Bir başka ifade ile adi ortaklığın dava ve takip ehliyeti olmadığı gibi, ona karşı da dava açılmaz. Bu bağlamda adi ortaklığa karşı açılacak davalar adi ortaklığın kendisine karşı değil dava konusunun paradan başka bir şey olması halinde ortaklığı oluşturan ortakların tamamına, dava konusunun para olması halinde ise ortaklar arasında müteselsil sorumluluk esaslı geçerli olduğundan ortaklardan biri ya da birkaçı aleyhine yöneltilmelidir. Hal böyle olunca ve özellikle adi ortaklığı ait olan işyerindeki iş akdine dayalı çalışma nedeniyle işe iade istemiyle açılan davanın konusunun paradan başka bir şey olduğunun belli bulunmasına göre davanın adi ortaklığın ortaklarının tamamına karşı açılması gerekir. Aynı yönde Hukuk Genel Kurulunun 08.10.2003 tarih ve 2003/12-574-564 sayılı kararında vurgulandığı üzere ortak girişim iki veya daha fazla gerçek veya tüzel kişinin belli bir amaca ulaşmak için katkılarını birleştirdikleri bir ortaklık türü olup bu ortaklığın tek başına tüzel kişiliği bulunmamaktadır. Ortak girişimin tüzel kişiliği olmadığından ve dava dilekçesinde her iki şirketin gösterilmesi ve dava dilekçesinin ortak girişimi oluşturan her iki şirkete karşı ayrı ayrı tebliğ edilmesi, taraf teşkilinin sağlanması gerekir.” Y. 7. HD., E. 2015/43819, K. 2016/6033, T. 10.03.2016, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, E.T.18.02.2019.

⁴² AKPULAT, s.270.

⁴³ Konuya ilişkin bir Yargıtay kararı için bkz. “Somut uyumsuzlukta, dava dilekçesinde, davalılar arasında “M.A.C Özel Güvenlik ve Eğitim Hiz. Ltd. Şti-U... Özel Güvenlik ve Koruma Hiz. Ltd. Şti. Adi Ortaklığı” gösterilmiştir. Ne var ki, söz konusu adi ortaklığın tüzel kişiliği ve dolayısıyla taraf ehliyeti bulunmamaktadır. Adi ortaklığı oluşturan tüzel kişilerin ayrı ayrı davalı olarak gösterilmesi ve taraf teşkilinin sağlanması gereklidir. Eldeki davada, davalı tarafın yanlış gösterilmesi, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 124/4. maddesi uyarınca, kabul edilebilir bir yanılığa dayanmakta olup, bu halde, davacı tarafa, adi ortaklık yerine, davalıları “... Özel Güvenlik ve Eğitim Hiz. Ltd. Şti.” ve “... Özel Güvenlik ve Koruma Hiz. Tic. Ltd. Şti.” şeklinde düzelterek değiştirilmesi için uygun süre verilmeli, neticeye göre taraf teşkili sağlanarak davaya devam edilmelidir.”, Yargıtay 22. HD., 24.01.2017 T., 2017/478 E., 2017/813K., Konuya ilişkin diğer bir Yargıtay

Hizmet tespiti davaları ile ilgili diğer bir önemli husus da arabuluculuktur. 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu ile birçok uyuşmazlıkta zorunlu arabuluculuk kabul edilmiştir. Ancak arabuluculuk, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği işlemler bakımından elverişlidir. Kişilerin sigortalı ve genel sağlık sigortalısı olmalarının zorunluluğu karşısında, 5510 sayılı Kanunun 92/5. maddesi gereğince sigorta hak ve yükümlülüklerini ortadan kaldırmak, azaltmak, vazgeçmek veya başkasına devretmek mümkün olmadığından sigortalılığın tespit edildiği davalarda arabuluculuk kabul edilemez⁴⁴.

D. Deliller

İş ve sosyal güvenlik hukukunda re'sen araştırma ilkesinin uygulandığı, bu kapsamda zengin bir içtihat birikiminin olduğu ilk alan, sosyal güvenlik hukukudur⁴⁵. Sosyal güvenlik alanındaki bu yargısal denetimde kamu yararı da ön plana çıkmaktadır⁴⁶. Yargıtay içtihatlarında da kabul edildiği üzere, hizmet tespiti davası kamu düzenini

kararı için bkz. *"Husumet yargılamanın her safhasında mahkemece resen nazara alınması gereken bir husustur. Adi ortaklıkta adi ortakların birlikte davalı gösterilmesi gerekir."*, Y.9. HD., E. 2007/8892, K. 2007/17995, T. 05.06.2007, https://karararama.yargitay.gov.tr/Yargitay_Bilgi_BankasIstemciWeb/, E.T.18.02.2019; Benzer nitelikli kararlar için bkz. Y.10. HD., E. 2015/15399, K. 2015/18306, T. 02.11.2015, BERBEROĞLU YENİPİNAR, Filiz: Sosyal Güvenlik Hukuku Davaları, İstanbul 2017, s.193-194; Yargıtay'ın mecburi dava arkadaşlığında tarafları eksik gösteren davacının bunu tamamlaması halinde esasa girilmesine yönelik kararları yerinde bulunmaktadır. Konu hakkında AYDIN. s. 654 vd.

⁴⁴ AKPULAT, s. 354-355.

⁴⁵ Sigortalılığın hükmen tespitine ilişkin 5510 sayılı Kanundaki hüküm, 506 sayılı Kanundaki hükümle benzer nitelikte olduğundan, Yargıtay'ın geçmiş döneme ilişkin kararlarının yeni dönemde de geçerliliğini koruyacağı ifade edilmektedir. Konu hakkında bkz. GÜZEL/ OKUR/ CANIKLIOĞLU, s. 265.

⁴⁶ AKPULAT, s. 242.

ilgilendirdiğinden re'sen araştırma ilkesi geçerlidir⁴⁷. Bu davalarda çalışma olgusunun ortaya çıkması için hâkim, özel bir duyarlılıkla davayı yürütmelidir⁴⁸.

Sosyal güvenlik hakkının kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olmasından dolayı, bu davalarda işverenin kabulü ya da davacı tarafın feragati tek başına hükme etkili olmaz. Hâkim, kabul ya da feragate rağmen delilleri değerlendirmek sureti ile karar verir⁴⁹. Ancak bu davaların takipsiz bırakılması mümkündür⁵⁰. İşçilik hakları ile ilgili davalarda

⁴⁷ GÜZEL/ OKUR/ CANIKLIOĞLU, s. 281; TUNCAY/ EKMEKÇİ, s. 273; AKPULAT, s.242; BOZKURT, s.356; GÜNAY, s.623; ARAP, s. 155-161; Hizmet tespiti davalarının re'sen araştırma ilkesine tabi olduğu yönündeki örnek niteliğindeki Yargıtay kararı için bkz. "...Mahkemece, bozma sonrasında davacı avukatının yargılama sırasındaki beyanı da dikkate alınarak ve hizmet tespiti davalarının resen araştırma ilkesine tabi olduğu hususu göz ardı edilerek...", Y. 10. HD., E. 2014/17266, K. 2014/23288, T. 10.11.2014, www.lexpera.com.tr, E.T. 18.02.2019; Benzer nitelikteki kararlar için bkz. 10. HD., E. 2016/15667 K. 2017/1332 T. 21.2.2017; 10. HD., E. 2012/7216 K. 2012/21093 T. 09.11.2012; 10. HD., E. 2013/1437 K. 2013/16287 T. 16.9.2013; 10. HD., E. 2016/4952 K. 2016/6670 T. 26.4.2016; 10. HD., E. 2016/4957 K. 2016/7623 T. 9.5.2016; 10. HD., E. 2015/15122 K. 2015/17777 T. 26.10.2015; 10. HD., E. 2015/19116 K. 2015/22274 T. 15.12.2015; 10. HD., E. 2015/14217 K. 2015/16601 T. 12.10.2015; 10. HD., E. 2016/1074 K. 2016/11809 T. 29.9.2016, www.lexpera.com.tr, E.T. 18.02.2019.

⁴⁸ "Davanın yasal dayanağını oluşturan 506 sayılı Yasa'nın 79/10. ve 5510 sayılı Yasa'nın 86/9. maddeleri bu tip hizmet tespiti davaları için özel bir ispat yöntemi öngörmemiş ise de, davanın niteliği kamu düzenini ilgilendirdiği ve bu nedenle özel bir duyarlılık ve özenle yürütülmesi gerektiği Yargıtay'ın ve giderek Dairemizin yerleşmiş içtihadı gereğidir.", Y. 21. HD., E. 2014/8915, K.2015/5843,T.23.03.2015, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, E.T.18.02.2019.

⁴⁹ UŞAN, s.163; GÜNAY, s. 624.

⁵⁰ "Yapılan açıklamalarda da görüleceği üzere, davadan feragat nedeniyle davanın reddi kararı ile, davanın takipsiz bırakılması durumunda verilen davanın açılmamış sayılması kararı sonuçları itibariyle tamamen birbirinden farklı kararlardır. Davadan feragat halinde kesin hükmün hukuki sonuçları doğuracağından hakkın özünden vazgeçilmekte, artık Anayasal hak ve yükümlülük olan Sosyal Güvenlik hakkının mahkemeler önünde ileri sürülme imkânı ortadan kalkmaktadır. Buna karşın 506.sayı Kanunun 79.maddesine göre hizmet tespiti davasının açılması için öngörülen 5 yıllık sürenin geçirilmemesi koşuluyla, açılmamış sayılmasına karar verilen bu tür davaların her zaman yeniden açılabilme imkânı mevcuttur. Feragat nedeniyle davanın reddi kararının aksine, kesin hüküm oluşturmaz. Dolayısı ile hizmet tespiti davasından feragat edilmeme kuralı ile bu tür davaların takipsiz bırakılması durumunda açılmamış sayılması gerektiği kuralı birbiri ile çelişmemektedir. Aksi düşünülse idi, Yerel Mahkemenin de işlem den kaldırma yönünde ara kararı vermemesi gerekirdi. Hal böyle olunca, davadan feragat ile davanın açılmamış sayılması müesseselerinin birbirinden tamamen farklı müesseseler olması, davanın açılmamış sayılmasına karar verilmesi halinde kanunlarda öngörülen süreler içerisinde her zaman yeniden dava açılabilmesinin olanaklı bulunması, HUMK.m.409'da açıklanan kuralın emredici bir kural olması ve kanunlarda açıkça bir istisna getirilmemiş olması nedeniyle iki defadan fazla takipsiz bırakılan davanın açılmamış sayılmasına karar verilmesi gerekirken, yargılamaya devam edilerek davanın esasan sonuçlandırılması doğru görülmemiştir. Bu durumda, Hukuk Genel Kurulu'nca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve

kesinleşen hükümler, hizmet tespiti davasında sadece kuvvetli delil olarak değerlendirilir⁵¹. Bu davalar, söz konusu davalarda taraf sıfatı bulunmayan Kurum yönünden bağlayıcı nitelik taşımaz⁵².

Hizmet tespiti davasında davacı, davalı işyerlerinde sosyal sigorta ilişkisi doğuracak şekilde çalıştığını ispat etmek zorundadır⁵³. Tespit davası açılabilmesi için tespiti istenen döneme ilişkin çalışmanın, işçi sıfatıyla geçmiş olması, bu sürelerin fiilen çalışılmış olması ya da çalışılmış sayılması da gerekir⁵⁴. İşe giriş bildirgesinin neden verilmediği, davada yeterince araştırılmalıdır⁵⁵.

Hâkim, tarafların getirdiği delillerle bağlı olmaksızın sigortalılık ilişkisinin ortaya çıkması için her türlü araştırmayı yapar⁵⁶. Yargıtay, tanığın aynı dönemde aynı işyerinde davacı ile birlikte çalışmış kayıtlı işçilerden olmasını arar⁵⁷. Bu tanığa, bordro tanığı denilir⁵⁸. Bu kişilerin tanıklığı sağlanamadığı takdirde tanıkların, komşu işyeri çalışanı olması aranır⁵⁹. Komşu işyerleri, zabıta marifeti ile belirlenebilir⁶⁰. Komşu işyeri tanıklarının bulunmaması halinde bile komşu işyerlerinde benzer işi yapan işlerle uğraşan işveren ve bu işverenlerin resmi kayıtlarına geçmiş çalışanları tespit edilmeli ve tüm deliller birlikte değerlendirilerek hüküm kurulmalıdır⁶¹.

yasaya aykırıdır. Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır.”, YHGK, E 2008/21-21, K. 2008/222, T. 05.03.2008, www.lexpera.com.tr, E.T. 18.02.2019.

⁵¹ Konuya ilişkin yargıya intikal etmiş bir karar hakkında bkz. “Hizmet tespiti istemi yönünden işçilik alacakları dava dosyası güçlü delil niteliğinde olup kesin delil niteliğinde değildir. Somut olayda; Mahkemece işçilik alacağı dava dosyası içeriğinde yer alan belge ve kayıtlar esas alınmak suretiyle sonuca gidildiği anlaşılınca buna göre kesinleşmiş işçilik alacağı ilamının hizmet tespiti davasında tek başına esas teşkil edemeyeceği gözetilmeden yazılı şekilde sonuca gidilmesi hatalı olmuştur.”, Y. 21. HD., E. 2016/19742, K. 2018/2740, T. 22.03.2018, Y. 10. HD., E. 2013/3256, K. 2013/4180, E.T. 07.03.2013, https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgi_BankasistemciWeb/, E.T. 18.02.2019.

⁵² BOZKURT, s. 356.

⁵³ ARICI, s. 482; BULUT, s. 250.

⁵⁴ TUNCAY/ EKMEKÇİ, s. 265.

⁵⁵ Y. 21. HD., E. 2015/4718, K. 2015/22528, T. 15.12.2015, BERBEROĞLU/ YENİPİNAR, s. 222-223.

⁵⁶ AKPULAT, s. 242; BOZKURT, s. 356; GÜNAY, s. 629.

⁵⁷ Y. 21. HD., E. 2011/7016, K. 2013/10, 14.01.2013 T., https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgi_BankasistemciWeb/, E.T.15.03.2019.

⁵⁸ Y.22. HD., E. 2015/12006, K. 2016/1102, T. 04.02.2016, BERBEROĞLU YENİPİNAR, s.192-193.

⁵⁹ BOZKURT, s. 358; GÜNAY, s. 631; BULUT, s. 255.

⁶⁰ Y. 21. HD., E. 2015/14900, K. 2015/18828, T. 20.10.2015, karar için bkz. BERBEROĞLU YENİPİNAR, Filiz: Sosyal Güvenlik Hukuku Davaları, İstanbul 2017, s. 221-222.

⁶¹ Konu hakkında Yargıtay'ın vermiş olduğu bir karar hakkında bkz. “Mahkemece yapılacak iş, davacının çalıştığını iddia ettiği dönem kapsayan dönem bordroları davalı Kurum'dan celbedilerek davalı işyerine ait dönem bordrolarından re'sen seçilecek tanıkları dinlemek, davalı işyerinin 506 sayılı Yasa kapsamına alınma tarihi ile tespiti istenen dönem içerisinde Kurum müfettişlerince

Çalışma olgusunun ispatında eşdeğer delille ispat aranır. Ancak işveren bordro düzenlememiş, sigortalının imzasını taşıyan herhangi bir kayda dayanmıyorsa, sigortalı iddiasını yazılı olduğu kadar sözlü olarak da ispatlayabilir. Sigortalının, işverenin belgeleri düzenlemediği ve kuruma vermediğini kanıtlaması gerekmez⁶². Sigortalı davasını mutlaka resmî belge ile kanıtlamak zorunda olmamakla birlikte, eşdeğerdeki delille kanıtlama ilkesi göz önünde bulundurulmalıdır⁶³. Denetim elemanlarına ait tutanak ve raporlar da hizmet tespiti davasındaki en önemli deliller arasında yer alır⁶⁴.

E. Hak Düşürücü Süre

Tespit davası için son şart, hizmetlerin geçtiği yılın sonundan başlayarak beş yıl içinde hizmet tespiti talebiyle mahkemeye başvurulmuş olmasıdır⁶⁵. Beş yıllık süre

yapılan bir inceleme olup olmadığı sorulmalı, gerek görüldüğü takdirde Kurumdan sorulmak suretiyle veya zabıta araştırması ile tespit edilecek komşu işyerlerinde benzer işi yapan işlerle uğraşan işverenler veya bu işverenlerin resmi kayıtlarına geçmiş çalışanların beyanlarına başvurmak, davacı tarafın bildirdiği tanıkları celbederek dinlemek ve diğer delilleri araştırmak, çalışma olgusunu tarih ve nitelik olarak netliğe kavuşturmak, hizmet akdinin unsurları olan ücret olgusu üzerinde durmak, ücret ödemesine dair delil ve belgeleri araştırmak, davanın nitelikçe kamu düzenini ilgilendirdiği nazara alınıp araştırma genişletilerek tüm deliller birlikte değerlendirilip, sonucuna göre karar vermekten ibarettir.”, Y.21.HD., E. 2014/3625, K. 2014/5037, T. 17.03.2014, Y. 21. HD., 15.01.2013 T., 2011/7817 E., 2013/240 K., <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, E.T.15.03.2019; Y. 10. HD., E. 2015/3927, K. 2015/7824, T. 27.04.2015, karara karşı oyda muhalif üye bu durumda soyut tanık beyanları ile karar verilmesi gerektiğine işaret etmiştir. Karar için bkz. AYDIN, s.632-633.

⁶² BOZKURT, s. 359.

⁶³ TUNCAY/ EKMEKÇİ, s. 273.

⁶⁴ BULUT, s. 255.

⁶⁵ TUNCAY/ EKMEKÇİ, s. 268; GÜZEL/ OKUR/ CANIKLIOĞLU, s. 277; BOZKURT, s. 358; AYDIN, s. 636; GÜNAY, s. 627; ARAP, s. 73-75; Beş yıllık sürenin Anayasa'nın 11., 13., 49. ve 60. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek Anayasa Mahkemesine başvurulmuş, ancak Anayasa Mahkemesi, bu başvuruyu reddetmiştir. Konu hakkında bkz. Anayasa Mahkemesi 26.01.2011 T., 2008/109 E., 2011/25 K. nolu Kararı, karar için bkz. RG. 02.04.2011/27893.

hak düşürücü süredir⁶⁶. Yargıtay da beş yıllık sürenin hak düşürücü süresi olduğu kanaatindedir⁶⁷. Süre kişinin çalıştığı yılın sonundan başlar⁶⁸. Ancak mülkiyet benzeri bir hak olan sosyal güvenlik hakkının, yasada açık bir hüküm olmamasına karşın hak düşümü süresine tabi tutulması çalışanların yeterli korumadan mahrum bırakıldığı gerekçesi ile eleştirilmektedir⁶⁹.

Süre, hak düşürücü süre olduğundan kesilmesi ya da durması söz konusu olmaz. Kesintili çalışma halinde hak düşürücü süre işlediğinden aynı işyerine girilse bile ilk çalışmanın bittiği tarihten itibaren beş yıl geçmişse önceki sürelerin tespiti amacı ile dava açılmaz⁷⁰. İşe giriş bildirgeleri, kural olarak sigortalının imzasını da içermelidir. Sigortalı, bildirgeyi hile, hata veya manevi baskı altında imzaladığını ileri sürmemiş veya imzanın kendisine ait olmadığını söylememiş ise, işe giriş bildirgesinin verildiği tarihten önceki çalışmalar, hizmetin geçtiği yılın sonundan başlayarak beş yıl içerisinde mahkemeye başvurulmazsa hak düşürücü süreye uğrar⁷¹.

⁶⁶ TUNCAY/EKMEKÇİ, s. 270; ARAP, s. 82; Makul bir hak düşürücü sürenin kabul edilmesinin yıllar öncesine ilişkin delillerin toplanmasında, davanın ispatında zorluklar yaşanacağından bu keyfiliğin önlenmesi açısından makul bir hak düşürücü sürenin olması gereği düşünülmektedir. Konu hakkında bkz. GÜNAY, s.625. Aksi yönde ise tespit davalarına ilişkin 5 yıllık dava açma süresinin hak düşürücü süre değil zamanaşımı süresi olduğu yönündeki görüş için bkz. GÜZEL/ OKUR/ CANIKLIOĞLU, s. 278.

Yargıtay'ın hizmet tespiti davaları için davanın açılması için öngörülen sürenin hak düşürücü süre olduğu yönündeki örnek bir karar için bkz. *"...Davanın yasal dayanağı 5510 sayılı Kanunun geçici 7/1'inci maddesi uyarınca uygulama alanı bulan mülga 506 sayılı Kanunun 79'uncu maddesidir. Anılan maddenin 10'uncu fıkrası(eski 8) hükmüne göre; Kuruma bildirilmeyen veya Kurumca tespit edilemeyen çalışmaların, sigortalı hizmet olarak değerlendirilmesi amacıyla açılacak davaların, tespiti istenen hizmetin geçtiği yılın sonundan başlayarak beş yıl içinde açılması gerekir. 506 sayılı Kanunun yürürlüğe girdiği tarihte beş yıl olan hak düşürücü süre 09.07.1987 tarihinde yürürlüğe giren 3395 sayılı Kanunla on yıla çıkarılmış, ancak 07.06.1994 tarihinde yürürlüğe giren 3995 sayılı Kanunla tekrar beş yıla indirilmiştir..."*, Y. 10. HD., E. 2011/1135, K. 2011/2533, T. 01.03.2011, www.lexpera.com.tr, E.T. 18.02.2019.

⁶⁸ UŞAN, s. 162; SÖZER, s. 477; BULUT, s. 251.

⁶⁹ SÖZER, s. 476; Söz konusu sürenin zamanaşımı süresi olarak yorumlanmasının sosyal güvenlik hakkının korunması amacına uygun düşeceği hakkında bkz. GÜZEL/ OKUR/ CANIKLIOĞLU, s. 278.

⁷⁰ UŞAN, s. 162. Yargıtay'ın eski uygulaması ise aksi yönde idi. Aynı işyerine 5 yıl geçmeden girmesi durumunda eski sürelerin tespitinin yapılabileceği kabul edilmekte idi. Konu hakkında bkz. GÜZEL/ OKUR/ CANIKLIOĞLU, s. 279-281.

⁷¹ Y. 21. HD., E. 2014/6010, K. 2014/9621, T.09.11.2004, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBanKasilstemciWeb/>, E.T.15.03.2019. Kararda, *"Ancak, işe ilk giriş bildirgesindeki imzanın davacıya ait olmadığından saptanması halinde diğer deliller hep birlikte değerlendirilerek çalışmanın tespitine karar verilebilir."* şeklinde görüş belirtilmekle imza incelemesi yapılmak sureti ile imzanın davacıya ait olmadığı durumlarda ise hak düşürücü sürenin söz konusu olamayacağı da ifade edilmektedir.

İşçilik, müfettiş raporları ile tespit edilmiş, asgari işçilik tespiti yapılmış, işverenin sigorta primini kestiğini gösteren ücret tediye bordrosu mahkemeye sunulmuş, işveren tarafından işe giriş bordrosu verilmiş, ancak sigorta primi SGK'ya ödenmemiş ise ya da işçilik haklarına dair kesin hüküm niteliğinde olan bir mahkeme kararı olduğunda hizmet tespiti davasında sürenin geçtiği kabul edilmez⁷².

6. Yetkili ve Görevli Mahkeme

Hizmet tespiti davasında görevli mahkeme, uyuşmazlığın 5510 sayılı Kanunun uygulanmasından doğması nedeniyle Kanunun 101. maddesine göre belirlenir. Bu doğrultuda iş mahkemesi, hizmet tespiti davalarında görevlidir⁷³. 7036 sayılı Kanunun 5/1-b maddesi gereğince 5510 sayılı Kanunun geçici 4. maddesi kapsamındaki uyuşmazlıklar hariç olmak üzere, Sosyal Güvenlik Kurumu veya Türkiye İş Kurumunun taraf olduğu iş ve sosyal güvenlik mevzuatından kaynaklanan uyuşmazlıklara iş mahkemelerinin bakması öngörülmektedir.

5521 sayılı Kanunda 6552 sayılı Kanunla değişiklik yapılmadan önce Kuruma karşı açılacak davalarda yetkili mahkemelerin belirlenmesinde sorunlar yaşanmıştır⁷⁴. Ancak 6552 sayılı Kanunla Kurum davalı olmaktan çıkarılıp ferî müdahil haline getirildiğinden, 7036 sayılı Kanunun iş mahkemelerinde açılacak davalarda yetkili mahkeme; davalı gerçek veya tüzel kişinin davanın açıldığı tarihteki yerleşim yeri mahkemesi ile işin veya işlemin yapıldığı yer mahkemesidir⁷⁵. Hizmet tespiti davasında, birden fazla davalı var ise davalılardan birinin ikametgâhında dava açılabilir⁷⁶.

III. TARAFALAR ARASINDAKİ HUKUKİ İLİŞKİNİN TESPİTİ

A. Genel Olarak Adi Ortaklık Sözleşmesi ve İş Sözleşmesi

Adi ortaklık sözleşmesi, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 620. maddesinde tanımlanmıştır. Buna göre adi ortaklık sözleşmesi; iki ya da daha fazla kişinin emeklerini ve mallarını ortak bir amaca erişmek üzere birleştirmeyi üstlendikleri sözleşmedir. Diğer bir anlatımla, kural olarak herhangi bir şekle tabi olmayan sözleşmesel bir ilişki olmak üzere tüzel kişiliği bulunmayan, en az iki gerçek veya tüzel kişinin bir araya gelmesi ile kurulabilir⁷⁷.

⁷² ERTÜRK, s. 477; BOZKURT, s. 359; UŞAN, s. 162; SÖZER, s. 478; AYDIN, s. 637; GÜNAY, s. 627.

⁷³ AYDIN, s. 655; ARAP, s. 96-98.

⁷⁴ AYDIN, s. 656.

⁷⁵ ARAP, s. 107; Konu hakkında geniş bilgi ve 5521 sayılı Kanun dönemindeki kararlar için bkz. AYDIN, s. 655-659.

⁷⁶ TUNCA/ EKMEKÇİ, s. 285; BULUT, s. 251; ARAP, s. 98-102.

⁷⁷ BADAĞ AYBAR, Zehra: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Adi Ortaklık Sözleşmesindeki Yenilikler ve Değişiklikler, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Yıl:12 Sayı:24 Güz 2013/2, s. 127-147, s. 128.

Adi ortaklığın bir sözleşme olması nedeniyle, tarafların ortaklık kurma niyetiyle oluşan iradelerini birbirlerine yönelmeleri, açık veya örtülü olmak üzere dışa vurmaları gerekir⁷⁸. Adi ortaklık sözleşmesi, sürekli borç ilişkisi yaratan niteliğe sahip olup, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşme değildir⁷⁹. Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşme olmamasının nedeni, sözleşme taraflarının menfaatlerinin birbirine zıt olmayıp bilakis ortak menfaate ulaşmak amacıyla aynı yönde olup, birlikte borç altına girmeleridir⁸⁰. Dolayısıyla tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelere ilişkin hükümler, adi ortaklıkta uygulanabilme imkânı bulmaz. Ancak ortak sayısının iki olması halinde katılım payı açısından ödemelik definin ileri sürülebilmesi mümkündür⁸¹.

Adi ortaklık sözleşmesinin aynı bir sözleşme olmaması nedeniyle, sözleşmenin kurulmuş sayılabilmesi için ortakların kendilerine düşen katılım payını ifa etmemiş olmaları, sözleşmenin kurulmuş sayılmasını engellemez⁸². Adi ortaklık sözleşmesi, taraflar aksini kararlaştırmadığı müddetçe, herhangi bir şekle tabi olmaksızın yapılabilir⁸³. Devri kanunen resmi şekle tabi bazı değerlerin adi ortaklığa sermaye olarak getirilmesi söz konusu ise sadece sermaye maddesinin resmi yazılı şekilde düzenlenmesi gerekir⁸⁴.

Adi ortaklığa ilişkin tanımdan hareket edildiğinde, adi ortaklık sözleşmesinin söz konusu olabilmesi için şu unsurlara sahip olması gerekir; sözleşme, kişi, amaç, katılım payı, müşterek amaç doğrultusunda birlikte çalışma⁸⁵. Tanımdan anlaşılacağı üzere, adi ortaklığın bir sözleşme olduğu, kişilerin bir araya gelmesi, katılım payı olarak emek yahut mal konulabilmesi, ortak amaç unsurları vurgulanmaktadır⁸⁶.

⁷⁸ BARLAS, s. 51; POROY (Tekinalp/Çamoğlu), s. 45; PULAŞLI, s. 14; ŞENER, s. 5.

⁷⁹ PULAŞLI, s. 13; ŞENER, s. 3, 4.

⁸⁰ PULAŞLI, s. 13; ŞENER, s. 4.

⁸¹ ŞENER, s. 5.

⁸² ŞENER, s. 3.

⁸³ PULAŞLI, s. 13, 22; ŞENER, s. 5; BİLGİLİ, Fatih/ DEMİRKAPI, Ertan: Şirketler Hukuku Dersleri, 4. Basım, Bursa 2015, s. 22; BAHTİYAR, s. 27; POROY (Tekinalp/Çamoğlu), s. 45.

⁸⁴ PULAŞLI, s. 14; ŞENER, s. 10; POROY (Tekinalp/Çamoğlu), s. 46; BİLGİLİ/ DEMİRKAPI, s. 22.

⁸⁵ POROY, Reha (Tekinalp/Çamoğlu): Ortaklıklar Hukuku I, 13. Bası, İstanbul 2014, s. 40; PULAŞLI, Hasan: 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Yeni Şirketler Hukuku Genel Esaslar, Ankara 2016, s. 12.

⁸⁶ KÜRŞAT, Zekeriya: Yeni Borçlar Kanunumuzda Adi Ortaklık Hükümlerinin Değerlendirilmesi, İÜHFMD, C. LXX, S. 1, s. 301 - 318, 2012, s. 303.

İş sözleşmesi ise, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 8. maddesinde tanımlanmıştır. Buna göre iş sözleşmesi, işçinin bağımlı olarak iş görmeyi, işverenin de bunun karşılığında ücret ödemeyi üstlenmiş olduğu sözleşmedir⁸⁷. İş sözleşmesi iş, ücret ve bağımlılık unsurlarından oluşmakla birlikte, bağımlılık unsuru bu sözleşmeyi diğer iş görme sözleşmelerinden ayırmaktadır⁸⁸.

⁸⁷ İş sözleşmesi hakkında detaylı bilgi için bkz. EKONOMİ, Münir: İş Hukuku, C. I, Ferdi İş Hukuku, 3. Bası, İstanbul 1984, s. 73 vd.; ÇELİK, Nuri: İş Hukuku Dersleri, İstanbul 2010, s. 73 vd.; ESENER, Turhan: İş Hukuku, 3. Bası, Ankara 1978. s. 126; ÇELİK, Nuri/ CANIKLIOĞLU, Nurşen/ CANBOLAT, Talat: İş Hukuku Dersleri, 31. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul 2018, 145-157; MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi/ ASTARLI, Muhittin: İş Hukuku, 5. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2012, s. 301; SENYEN KAPLAN, Emine Tuncay: Bireysel İş Hukuku, Gazi Kitabevi, Yenilenmiş 7. Baskı, Ankara 2015, s. 27; SÜZEK, Sarper: İş Hukuku, 16. Baskı, İstanbul 2018, s. 231-240; KILIÇOĞLU, Mustafa/ ŞENOCAK, Kemal: İş Kanunu Şerhi, Cilt 1, 2. Baskı, Legal Yayıncılık, İstanbul 2008. s. 202 vd.; GÜNAY, Cevdet İlhan: İş Hukuku, Ankara 2013, s. 190 vd.; ÇİL, Şahin: İş Kanunu Şerhi, 1. Cilt, Turhan Kitabevi, Ankara 2007, s. 523 vd.; CANBOLAT, Talat: "4857 sayılı İş Kanununun Temel Kavramlara İlişkin Hükümlerinden Doğan Uygulama Sorunları ve Çözüm Önerileri", 10. Yılında 4857 sayılı İş Kanunu (Uygulama Sorunları ve Çözüm Önerileri) Sempozyumu, 26-27 Nisan 2013, Ankara 2016, s. 28.

⁸⁸ Bağımlılık unsuru, Anayasa Mahkemesinin 1967 tarihli bir kararından (AYM, 26-27.9.1967, 336/29, RG, 19.10.1968, S. 13031) bu yana iş sözleşmesini, diğer iş görme borcu doğuran sözleşmelerden ayıran bir unsurdur. İlk kez Anayasa Mahkemesinin bu kararında yer alan bağımlılık unsuru, İş Kanununun 8. maddesinde ve Türk Borçlar Kanunu'nda hizmet sözleşmesine ilişkin kısmında yer almıştır; Bağımlılık unsuru hakkında detaylı bilgi için bkz. GÜZEL, Ali: "Fabrikadan İnternete İşçi Kavramı ve Özellikle Hizmet Sözleşmesinin Bağımlılık Unsuru Üzerine Bir Denetleme", Prof. Dr. Kemal Oğuzman'a Armağan, Ankara 1997, s. 96 vd.; Esener, s. 69; SÜMER, Haluk Hadi: "İş Sözleşmesinin Bağımlılık Unsuru", Sicil İş Hukuku Dergisi, Eylül 2010, Yıl 5, Sayı 19, s. 63-73; BAŞTERZİ, Süleyman: "Avukatla Bağitlanan Sözleşmenin Hukuki Niteliği, İş Sözleşmesinin Vekalet ve Diğer İş Görme Sözleşmelerinden Ayrılması", Sicil İş Hukuku Dergisi, Mart 2010, s. 178 vd.; TUNÇOMAĞ, Kenan/ CENTEL, Tankut: İş Hukukunun Esasları, 7. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2015, s. 69; MOLLAMAHMUTOĞLU/ ASTARLI, s. 310-318; ÇELİK/ CANIKLIOĞLU/ CANBOLAT, s. 150-156; SÜZEK, s. 233-239; EYRENCİ, Öner/ TAŞKENT, Savaş/ ULUCAN, Devrim: Bireysel İş Hukuku, 7. Baskı, İstanbul 2016, s. 26; SENYEN KAPLAN, s. 53-54; AKYİĞİT, Ercan: İş Hukuku, 11. Basım, İstanbul 2016 s. 124; DOĞAN, Sevil: İş Sözleşmesinde Bağımlılık Unsuru, Atipik İş İlişkileri Açısından Değerlendirilmesi, Ankara 2016; ALTINOK ORMANCI, Pınar: Sürekli Borç İlişkilerinin Haklı Sebep Feshi, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2011, s. 58; YAVUZ, Cevdet: Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), 11. Baskı, İstanbul 2012, s. 390; YÜREKLİ, Sabahattin: Türk Borçlar Kanunu'na Göre Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesi, Seçkin Yayıncılık, Güncellenmiş 2. Baskı, Ankara 2014, s. 39-42; İş sözleşmelerinin diğer iş görme borcu doğuran sözleşmelerden ayıran en önemli özelliğinin "bağımlılık unsuru" olduğu pek çok Yargıtay kararına konu olmuştur. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu önüne gelen bir olaya ilişkin verilen karara bakacak olur isek, "...Baskın olan bilimsel ve yargısal görüşlere göre, hizmet aktının ayırt edici ve belirleyici özelliği, "zaman" ile "bağımlılık" unsurlarıdır. Zaman unsuru, çalışanın iş gücünü belirli veya belirsiz bir süre içinde işveren veya vekilinin buyruğunda bulundurmasını kapsamaktadır ve anılan sürede buyruk ve denetim altında (bağımlılık) edim yerine getirilmektedir. Bağımlılık ise her an ve durumda çalışana denetleme veya buyruğuna göre edimini yaptırma olanağını işverene taniyan,

B. Taraflar Arasındaki Hukuki İlişkinin Tespitine İlişkin Öneriler

1. Tacir Sıfatı ve Ticaret Unvanı

Adi ortaklıkta ortaklar şartların mevcudiyeti halinde, tacir sıfatına sahip olurlar. Tacir sıfatından bahsedebilmek için bir ticari işletmenin mevcut olması ve ticari işletmenin kısmen de olsa o kişi adına işletilmesi gerekmektedir⁸⁹. Bu iki şartın mevcudiyeti halinde ilgili kişi tacir sıfatını kazanabilecektir. Ticari işletme şirket işlerini yöneten ortak tarafından kısmen kendi adına kısmen de diğer ortaklar adına işletildiğinden, bir ticari işletmeyi işletmek amacıyla adi şirket sözleşmesi şeklinde bir araya gelen ortakların tümü tacir sayılır⁹⁰. Adi ortaklıkta yer alan her ortağın ticari işletmeyi kendi adına ayrı ayrı ticaret siciline tescil ettirmesi gerekir. Ortakların ortak bir ticaret unvanı altında faaliyette bulunması mümkün olmayıp, adi ortaklığın ticari işletme işletmek amacıyla kurulması halinde her biri ayrı ayrı tacir sayılan ortakların kendi ad ve soyadından oluşan bir ticaret unvanı alarak ticaret siciline tescil ettirmeleri gerekir⁹¹. Aynı zamanda bu unvana “ortakları” ibaresini ekleyebilmelerine de bir mâni yoktur⁹². Ortaklığın ticaret sicili, vergi dairesi ve kurum kayıtlarında mevcut olup olmadığı taraflar arasındaki hukuki ilişkinin tespiti noktasında faydalı olabilir. Dolayısıyla hizmet tespiti istenen kişi tarafından tescil ettirilmiş bir ticaret unvanının bulunması ya da alınmış

çalışanın edimi ile ilgili buyruklar dışında çalışma olanağı bulamayacağı nitelikte bir bağımlılıktır...”, Y.HGK., 05.02.2014, E. 2013/10-2280, K. 2014/65, <http://www.hukuklink.com/>, E.T. 01.09.2019. “...818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 313/1 maddesinde hizmet sözleşmesi; “Hizmet akdi, bir mukaveledir ki onunla işçi, muayyen veya gayri muayyen bir zamanda hizmet görmeyi ve iş sahibi dahi ona bir ücret vermediği taahhüt eder.” şeklinde tanımlanmıştır. Bu tanımda sadece hizmet ve ücret unsurları belirginken, 4857 sayılı yeni İş Kanununda, daha önce Anayasa Mahkemesi ve öğretinin de kabul ettiği gibi “bağımlılık” unsuruna da yer verilmiştir...”, Y. 10. HD., 15.04.2014, E. 2014/ 3068, K. 2014/8788, <http://www.hukuklink.com/>, E.T. 4.8.2015; Aynı yönde benzer kararlar için bkz. Y. 22. HD., 28.02.2014, E. 2014/ 3432, K. 2014/4317; Y. 22. HD., 21.02.2014, E. 2013/ 5135, K. 2014/3338; Y. 7. HD., 20.02.2014, E. 2013/ 16395, K. 2014/4192; Y. 9. HD., 21.01.2014, E. 2011/ 50648, K. 2014/775; Y. 10. HD., 02.06.2014, E. 2014/7502, K. 2014/13563, <http://www.hukuklink.com/>, E.T. 1.9.2019.

⁸⁹ ARKAN, Sabih: Ticari İşletme Hukuku, Ankara 2012, s. 114, 115; SUMER, Ayşe: Ticaret Hukuku, İstanbul 2015, s. 26; ÜLGEN, Hüseyin/ HELVACI, Mehmet/ KENDİGELEN, Abuzer, KAYA, Arslan/ NOMER ERTAN, Füsün: Ticari İşletme Hukuku, 5. Bası, İstanbul 2016, s. 258 vd.; POROY, Reha/ YASAMAN, Hamdi, Ticari İşletme Hukuku, 15. Bası, İstanbul 2015, s. 128 vd.; AYHAN, Rıza/ ÖZDAMAR, Mehmet/ ÇAĞLAR, Rıza: Ticari İşletme Hukuku Genel Esaslar, 8. Bası, Ankara 2015, s. 203 vd.; BİLGİLİ, Fatih/ DEMİRKAPI, Ertan: Ticari İşletme Hukuku, 5. Bası, Bursa 2014, s. 79 vd.

⁹⁰ SUMER, s. 27; BAHTIYAR, s. 28; ARKAN, s. 115; ÜLGEN/ HELVACI/ KENDİGELEN/ KAYA/ NOMER ERTAN, s. 259.

⁹¹ ARKAN, s. 257; PULAŞLI, s. 22; ŞENER, s. 21; SUMER, s. 45; ÜLGEN/ HELVACI/ KENDİGELEN/ KAYA/ NOMER ERTAN, s. 394, 395.

⁹² ARKAN, s. 257; ŞENER, s. 21; ÜLGEN/ HELVACI/ KENDİGELEN/ KAYA/ NOMER ERTAN, s. 395.

bir vergi levhasının mevcut olması, aradaki ilişkinin ortaklık ilişkisi olarak değerlendirilmesine sebep olabilir.

2. Ücret

Ücret, iş sözleşmesinin esaslı unsurlarından biridir⁹³. Dolayısıyla ücret söz konusu olmaksızın, iş sözleşmesinin varlığından bahsedilemez⁹⁴. İş sözleşmesinde ücret, işçinin iş görme borcu karşısında yer alan, işverenin asli borçları arasındadır⁹⁵. İş Kanunu'nun 32. maddesine göre; "Genel anlamda ücret bir kimseye bir iş karşılığında işveren veya üçüncü kişiler tarafından sağlanan ve para ile ödenen tutardır". Ancak ücret, sigortalı olmanın bir unsuru olarak kabul edilmemektedir⁹⁶. Türk Borçlar Kanunu'nun 401. maddesinde işverenin, işçiye sözleşmede veya toplu iş sözleşmesinde

⁹³ SÜZEK, s. 232; AKYİĞİT, s. 126; MOLLAMAHMUTOĞLU/ ASTARLI, s. 306; EYRENCİ/ TAŞKENT/ ULUCAN, s. 58.

⁹⁴ AKYİĞİT, Ercan: İhtihatlı ve Açıklamalı İş Kanunu Şerhi, 3. Baskı, Cilt 2, Ankara 2008, s. 1476, 1480; SÜZEK, s. 232; MOLLAMAHMUTOĞLU/ ASTARLI, s. 307, 557; "...İş sözleşmesinin varlığı için gerekli ikinci unsur "ücret" olup, bu unsur iş sözleşmesinin esaslı öğelerindedir. Bir işin görülmesi, karşı tarafın ücret ödemeyi vaat etmesi karşılığında olur. Bu nedenledir ki, ücret karşılığı olmadan yapılan çalışmalar iş sözleşmesi sayılmaz. Burada hemen belirtelim ki, ücret miktarının açıkça kararlaştırılması gerekli olmayıp, işin bir ücret karşılığı yapılacağına gerekli ve olağan görüldüğü hâllerde ücret kararlaştırılmış sayılır...", YHGK, E. 2015/9-3561, K. 2018/77, T. 24.1.2018, Kazancı Mevzuat ve İhtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com.tr., E.T.02.02.2019; 5510 s. Kanun'a göre sigortalılık niteliğinin kazanılabilmesi için ücret unsuru önemli değildir, bkz. m. 82/2.

⁹⁵ ÇELİK/ CANIKLIOĞLU/ CANBOLAT, s. 292; SÜZEK, s. 362; AKYİĞİT, Şerh, s. 1476; EYRENCİ/ TAŞKENT/ ULUCAN, s. 129; MOLLAMAHMUTOĞLU/ ASTARLI, s. 307; AKYİĞİT, s. 126; KILIÇOĞLU/ ŞENOCAK, s. 478; ÇİL, Şahin: İş Kanunu Şerhi, Cilt 2, 2. Baskı, Ankara 2007, s. 2148; ÇOPUROĞLU, Çağlar: Ücret ve Korunması, Ankara 2013, s. 11; EVREN, Öcal Kemal: İş Hukukunda Ücret ve Uygulaması, Ankara 2007, s. 21; "İş sözleşmesinin esaslı unsurları olan işçinin iş görme borcu ile bunun karşılığında işverenin ücret ödeme borcu, çalışma koşullarının en önemlileridir. Bundan başka, işin nerede ve ne zaman görüleceği, işyerindeki çalışma süreleri, yıllık izin süreleri, ödenecek ücretin ekleri, ara dinlenmesi, evlenme, doğum, öğrenim, gıda, maluliyet ve ölüm yardımı gibi sosyal yardımlar da çalışma koşulları arasında yerini alır", Y. 22. HD., E. 2016/23515, K. 2017/28384, T. 11.12.2017, Kazancı Mevzuat ve İhtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com.tr., E.T.05.02.2018.

⁹⁶ Konuya ilişkin yargıya intikal etmiş bir karar hakkında bkz. "Bilindiği gibi çalıştırılanlar, işe alınmalarıyla sigortalı olurlar (506 SK. m. 6, 5510 SK. m.7/a). maddenin "çalıştırılanlar" sözüne yer verip, aksine, hizmet akdi ile çalıştırılanlar ifadesine yer vermemesi karşısında, zaman ve bağımlılık koşulu gerçekleşmiş ise ücret koşulu gerçekleşmese de, kişi, sigortalı sayılmalıdır. Gerek (mülga) 506 sayılı Kanununun 78/2. maddesinde, gerek ise 5510 sayılı Kanununun 82/2. maddesinde günlük kazanç sınırları düzenlenirken "ücretsiz çalışan sigortalıların günlük kazançları alt sınır üzerinden hesaplanır." hükmüne yer verilmiştir. Bu düzenlemenin gerekçesinde, maddenin, ücretsiz çalışanların prim kesintilerinin belirlenmesi amacıyla kaleme alınmış olduğu belirtilmektedir.

belirlenen; sözleşmede hüküm bulunmayan hâllerde ise, asgari ücretten az olmamak üzere emsal ücreti ödemekle yükümlü olduğu düzenlenmiştir.

Adi ortaklıkta, ortaklar arasında kural olarak, bir ücret ödenmesi söz konusu değildir. Ancak yükümlü olmadığı halde şirket işleri nedeniyle emek harcayan ortak, hakkaniyet gereği karşılık olarak ücret isteyebilir⁹⁷. Aynı zamanda sözleşmede kararlaştırılması halinde yönetici ortağın ücret isteme hakkı da mevcuttur⁹⁸. Buradaki ücret, iş sözleşmesinin kurulabilmesi için gerekli olan ücret unsurundan farklıdır. Zira adi ortaklıkta ücret ödenmesinin sebebini diğer ortaklardan farklı olarak yükümlü olmadığı halde şirket işleri nedeniyle emek harcamak ya da yöneticilik yapmak oluştururken, iş ilişkisinde bağımlı olarak iş görme edimini yerine getirmek oluşturur. Taraflar arasındaki hukuki ilişki tespit edilirken ücret ödenip ödenmediğine ilişkin işyerine ait bordrolar incelenebilir. Aynı şekilde banka kayıtlarından ücret niteliğinde bir ödemenin yapılıp yapılmadığı kontrol edilebilir. Ancak bu ücretin, iş sözleşmesini meydana getiren ücret olarak mı ödendiği, yoksa adi ortaklık sözleşmesinde ücret ödenmesine imkân veren durumlar için mi yapıldığı incelenmelidir. Zira şirket işleri nedeniyle emek harcayan ortağa ödenen ücret, ne aradaki hukuki ilişkiyi iş sözleşmesi ne de ortağı işçi yapacaktır. Bu nedenle tek başına ücret ödenmiş olması, aradaki hukuki ilişkiyi tespit açısından tek başına yeterli değildir.

3. Bağımlılık

Özünde bir sözleşme olan adi ortaklığın meydana gelebilmesi için en az iki kişinin mevcut olması gerekir⁹⁹. Şahıs ortaklığı olması nedeniyle en önemli unsur, birbirini tanıyan ve güvenen, eşit ve aynı durumda olan ortaklardır¹⁰⁰.

506 sayılı Kanunda ve 5510 sayılı Kanunda hizmet akdine dayalı çalışmanın ücretsiz de olabileceğinden söz edilmesinin nedenine gelince, 506 sayılı Kanunun ve 5510 sayılı Kanunun sistematiği dikkate alındığında, yasa koyucunun, Sosyal Sigortalar Kanunu bakımından ücreti hizmet akdinin zorunlu bir unsuru olarak öngörmediği, bu anlamda, 506 sayılı Kanunda ve 5510 sayılı Kanunda anılan hizmet akdinin, Borçlar Kanununda tanımlanan şekliyle hizmet akdine göre özellikler gösteren bir (hizmet) sözleşme biçiminde olduğu söylenebilir. Konu doktrinde de ele alınmış ve ücret almadan yapılan çalışmalarında sigorta kapsamına alınması gerektiği genel olarak kabul görmüştür. ...” , Y. 10. HD., E. 2015/1000, K. 2015/2972, T. 24.02.2015, https://karararama.yargitay.gov.tr/Yargitay_Bilgi_BankasistemciWeb/, E.T: 15.03.2019. Ayrıca karar için bkz. AYDIN, s.639-641.

⁹⁷ POROY/ TEKİNALP (Çamoğlu), s. 58; PULAŞLI, s. 31; BAHTİYAR, s. 32.

⁹⁸ BAHTİYAR, s. 36; PULAŞLI, s. 31.

⁹⁹ ŞENER, Oruç Hami: Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku Ders Kitabı, 2. Bası, Ankara 2015, s. 1; BARLAS, Nami: Adi Ortaklık Temeline Dayalı Sözleşme İlişkileri, İstanbul 2008, s. 1; PULAŞLI, s. 17.

¹⁰⁰ ŞENER, s. 1.

Adi ortaklık tüzelkişiliğe sahip olmadığı için ortaklar, ortaklık işlemlerinden dolayı birinci derecede ve müteselsilen sorumludurlar. Bu durum uygulamada ortak sayısının çok olmamasına ve ortaklığın birbirini tanıyan, güvenen kişiler arasında meydana gelmesine yol açmıştır¹⁰¹. Ancak bu durum gerçek kişilerin yanı sıra tüzel kişilerin de adi ortaklığa ortak olabilmesine mâni değildir¹⁰².

İş sözleşmesinde işverene karşı bağımlı olarak iş görme edimini yerine getiren işçi söz konusudur¹⁰³. Adi ortaklıkta sözleşme tarafları ortaklar arasında eşitlik söz konusu iken¹⁰⁴, iş sözleşmesinde işverene karşı kişisel ve ekonomik yönden bağımlılık söz konusudur. Bu nedenle taraflar arasındaki hukuki ilişkinin tespiti açısından iş sözleşmesinin baskın unsuru olan bağımlılık unsurunun tespiti önem arz etmektedir. Yargıtay'ın bağımlılık unsuruna ilişkin vermiş olduğu bir karara göre, *"...İş sözleşmesini belirleyen ölçüt hukukî-kişisel bağımlılıktır. Gerçek anlamda hukukî bağımlılık işçinin işin yürütümüne ve işyerindeki talimatlara uyma yükümlülüğünü içerir. İşçi edimini işverenin karar ve talimatları çerçevesinde yerine getirir. İşçinin işverene karşı kişisel bağımlılığı ön plana çıkmaktadır. İş sözleşmesinde bağımlılık unsurunun içeriğini, işçinin işverenin talimatlarına göre hareket etmesi ve iş sürecinin ve sonuçlarının işveren tarafından denetlenmesi oluşturmaktadır. İşin işverene ait işyerinde görülmesi, malzemenin işveren tarafından sağlanması, iş görenin işin görülme tarzı bakımından iş sahibinden talimat alması, işin iş sahibi veya bir yardımcısı tarafından kontrol edilmesi, işçinin bir sermaye koymadan ve kendine ait bir organizasyonu olmadan faaliyet göstermesi, ücretin ödenme şekli, kişisel bağımlılığın tespitinde dikkate alınacak yardımcı olgulardır. Bu belirtilerin hiçbiri tek başına kesin ölçüt teşkil etmez. İşçinin işve-*

¹⁰¹ POROY (Tekinalp/Çamoğlu), s. 40; ŞENER, s. 1.

¹⁰² POROY/ TEKİNALP (Çamoğlu), s. 46; PULAŞLI, s. 17; ŞENER, s. 2.

¹⁰³ EKONOMİ, s. 40 vd.; ÇELİK, s. 33 vd.; MOLLAMAHMUTOĞLU/ ASTARLI, s. 150; TUNÇOMAĞ/ CENTEL, s. 46; ÇELİK/ CANİKLİOĞLU/ CANBOLAT, s. 70; AKYİĞİT, s. 64; SÜZEK, s. 141; EYRENCİ/ TAŞKENT/ ULUCAN, s. 24; KILIÇOĞLU/ ŞENOCAN, s. 26 vd.; SENYEN KAPLAN, s. 27; GÜNAY, s.165 vd.; CANBOLAT, s. 27, 28; Konuya ilişkin yargıya intikal etmiş bir karar için bkz. *"... bir iş sözleşmesine dayanarak çalışan gerçek kişi işçi, işçi çalıştıran gerçek veya tüzel kişi ile tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluşlar işveren olarak tanımlanmıştır. İşçi ve işveren sıfatları aynı kişide birleşemez. Aynı kanunun 8. maddesinin birinci fıkrasına göre iş sözleşmesi, bir tarafın (işçi) bağımlı olarak iş görmeyi diğer tarafın (işveren) da ücret ödemeyi üstlenmesinden oluşan sözleşmedir. Ücret, iş görme ve bağımlılık iş sözleşmesinin belirleyici öğeleridir..."*, Y. 22. HD., E. 2013/19399, K. 2014/1630, T. 07.02.2014, <http://www.hukuklink.com/>, E.T. 25.03.2019; 3008 sayılı Kanunda yer alan işçi tanımına bakıldığında; *"Bir iş akdi dolayısıyla başka bir şahsın işyerinde bedenlen yahut bedenlen ve fikren çalışan kimseye işçi denir."*, burada işçi sıfatının tayininde görülen işin niteliği esas alınmıştır, 1475 sayılı İş Kanununa göre işçi, *"Bir hizmet akdine dayanarak herhangi bir işte ücret karşılığında çalışan kişiye işçi denir."*, EŞENER, s. 46, 48.

¹⁰⁴ POROY (Tekinalp/ Çamoğlu), s. 25; PULAŞLI, s. 22; ŞENER, s. 8.

renin belirlediği koşullarda çalışırken kendi yaratıcı gücünü kullanması ve işverenin isteği doğrultusunda işin yapılması için serbest hareket etmesi bağımlılık ilişkisini ortadan kaldırmaz. Çalışanın işyerinde kullanılan üretim araçlarına sahip olup olmaması, kar ve zarara katılıp katılmaması, karar verme özgürlüğüne sahip bulunup bulunmaması bağımlılık unsuru açısından önemlidir...¹⁰⁵.

İş ilişkisinde işçi işverenin talimatlarına göre hareket etmekte, iş süreci ve sonuçları işveren tarafından denetlenmekte ve kontrol edilmektedir. Hâlbuki adi ortaklık sözleşmesinde taraflar alt-üst ilişkisi olmaksızın ortak bir amaca ulaşmak için eşit bir şekilde faaliyet göstermektedir¹⁰⁶. Kontrol ve denetim ise tek taraflı olmayıp bilakis bütün ortaklar birbirini denetim ve kontrol yetkisine sahiptir. Oysa iş ilişkisinde işçi iş görme edimini yerine getirirken işveren tarafından kendisine yetki verilmediği sürece karar verme yetkisine sahip değilken, ortaklar ortaklık amacına zarar vermemek üzere karar verme özgürlüğüne sahiptir. İş ilişkisinde işçinin bizzat inisiyatif kullanarak belirlediği bir çalışma düzeni kural olarak bulunmaz. Çalışma saatlerini belirlemesi, işlerini bu kapsamda herhangi bir talimat almaksızın kendisinin takip edip sonuçlandırması söz konusu değildir¹⁰⁷.

¹⁰⁵ Y. 7. HD., E. 2013/25282, K. 2014/232, T. 14.01.2014, <http://www.hukuklink.com/>, E.T. 17.2.2019. "Otobüs sahibi davacının eşidir ve dosya kapsamından davacının otobüse eşi ile malik olduğu, ancak sadece eşi adına tescil edildiği anlaşılmaktadır. Davacının özel halk otobüsünü eşi ve diğer ortak Ahmet ile birlikte işlettikleri anlaşılmaktadır. Aksi halde sigortasız çalışan birinin kendi eşine karşı uzun yıllar sigortalılık talep etmemesi hukuka aykırıdır. Otobüsün gelir gider ve muhasebe kayıtlarını idare eden davacının kendini sigorta hakkında yoksun bırakması da düşünülemez. Davacının çalışma şekline bakıldığında hizmet akdinin en önemli unsuru olan bağımlılık unsurunun gerçekleşmemesi nedeni ile davanın reddi yönünde yerel mahkeme kararının onanmasına.", Y. 10. HD., E. 2015/13265, K. 2015/14125, T.07.09.2015, karar için bkz. AYDIN, s. 637-638.

¹⁰⁶ POROY (Tekinalp/ Çamoğlu), s. 25; PULAŞLI, s. 22; ŞENER, s. 8.

¹⁰⁷ Konuya ilişkin bir Yargıtay kararı hakkında bkz. "Somut olayda yukarıdaki esaslara göre davacının mali müşavir olarak çalıştığı, davalı şirkete ve diğer şirketlere muhasebe ve mali müşavirlik hizmeti verdiği ve bu işyerlerinde ki çalışmasını işverenin yönetim ve sorumluluğu altında ve onun kontrolü içinde sürdürmediği, kendisine verilen iş ve işlemleri aldıktan sonra, kendi belirlediği iş organizasyonu ve çalışma programı içerisinde, işverenin çalışma dönemi, mesai ve iş konusunda herhangi bir talimatı olmadan takip edip sonuçlandırdığı, belirlenen herhangi bir çalışma saatinin olmadığı, işverenin davacı üzerinde denetim olgusunun olmadığı anlaşılmaktadır. Taraflar arasında yapılan imzalanmış bulunan 31.12.2002 tarihli protokolle muhasebe işlerini yapması karşılığında %30 payın davacıya devrinin verilmesi yönünde ki anlaşma karşısında aralarında normal işveren-işçi ve ücret ilişkisinin olmadığı belirlenmiştir. Davacı tanıklarının her ne kadar dava konusu ihtilafli dönemin yalnızca bir kısmına ilişkin tanıklık ettikleri anlaşılrsa da, buna göre davacının ayrı muhasebe bürosunun olduğu başka ticari şirketlerin muhasebe işlerine baktığına dair beyanları mevcuttur. Taraflar arasındaki bu ilişkide iş sözleşmesi unsurları olan bağımlılık, işi görme ve ücret unsurları gerçekleşmemiştir. Davacının davalıya ait işyerine bağımlı olmadan kendi inisiyatif alabileceği bir çalışma düzeni olduğu anlaşıldığından taraflar arasında iş akdi yoktur. Bu halde taraflar arasındaki hukuki ilişkide iş sözleşmesinin belirleyici unsuru olan hukuki

Bağımlılık ilişkisinin tespiti açısından kâr ve zarara katılmanın da önemli bir ölçüt olarak değerlendirilmesi gerekir. İşçilerin, işyerinin zarar etmesi halinde zarara katılma gibi bir yükümlülükleri olmamakla birlikte şirketin kâr etmesi şartına bağlı olarak prim ya da ikramiye adı altında ödeme almaları mümkündür. Ancak kâra katılma ile işyerinin kâr etmesi durumunda dolaylı olarak bu kârdan ödeme alma halleri birbirinden farklıdır. Örnek vermek gerekirse ücret ekleri arasında yer alan prim işçinin çalışmasının nitelik ve nicelik bakımından başarılı olması halinde, teşvik amacıyla işveren tarafından performans dayalı olarak ödenen, ücrete ek bir ödemedir¹⁰⁸. Prim ödenmesi için iş sözleşmesinde ya da toplu iş sözleşmesinde kararlaştırılmış olması, kararlaştırılmaması halinde de işyeri uygulamasına dönüşmüş olması gerekir¹⁰⁹. Dolayısıyla iş sözleşmesinde işçilere dolaylı olarak ödenen kâr şarta bağlı bir

ve kişisel bağımlılığın varlığından söz edilemeyeceği açıktır.”, Y. 22. HD., E. 2013/7568, K. 2014/13812, T. 21.05.2014, https://muhasebelenler.com/yargitay-kararlarinda-smmm/#_Toc477507269, E.T.15.03.2019.

¹⁰⁸ PREIS, Ulrich: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, Verlag C.H.Beck, München 2013, Rn. 395, s. 1458; WALTERMANN, Raimund: Arbeitsrecht, 16. Auflage, Verlag Franz Vahlen, München 2012, Rn. 197, s. 85; FISHINGER, S. Philipp/ RICHARDI, Reinhard: Arbeitsrecht Kommentar, Studinger Praxis Edition, Berlin 2012, § 611, Rn. 779, s. 581; SÜZEK, s. 379; AKYİĞİT, s. 106; KILIÇOĞLU/ ŞENOCAK, s. 486; Prim hakkında detaylı bilgi için bkz. KAYIK AYDINALP, Aslıhan: “İş Hukukunda Prim”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Ekim 2018, S. 36, Y. 9, s. 53-72; Konuya ilişkin bir Yargıtay kararına göre; “...4857 Sayılı İş Kanununun 32. maddesinin ilk fıkrasına göre, genel anlamda ücret, bir kimseye bir iş karşılığında işveren veya üçüncü kişiler tarafından sağlanan ve para ile ödenen tutar olarak tanımlanmıştır. Yasada ücretin eklerinin neler olduğu müstakilen düzenlenmemiş olmakla birlikte, değinilen maddenin ikinci fıkrasındaki “...banka hesabına yatırılacak ücret, prim, ikramiye ve bu nitelikteki her çeşit istihkakının..” ibaresi gereğince, ücretin yanı sıra prim, ikramiye ve bu nitelikteki her türlü ödemelerin banka hesabına yatırılması öngörüldüğünden, “prim” ve “ikramiye” ücretin eki olarak İş Kanununda ifadesini bulmuştur. Prim, işçinin mal veya hizmet üretiminde daha istekli hale gelmesi ve başarısının artması için işverence ödül niteliğinde verilen ek ödemeler şeklinde tanımlanabilir. Prim ödemesinden amaç, işçinin dava verimli bir şekilde çalışmaya özendirilmesidir. Pirimin kişiye özgü olması sebebiyle ikramiyeden farklı olarak prim ödemelerinin genel bir nitelik taşıması gerekmez. Bununla birlikte, işveren tarafından ayırımı haklı kılan geçerli nedenler olmadığı sürece prim uygulaması yönünden de işverenin eşit davranma borcu söz konusudur...”, Y. 7. HD., E. 2015/2788, K. 2016/12030, T. 1.6.2016, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com.tr, E.T.25.3.2019.

¹⁰⁹ PREIS, Erfurter Kommentar, Rn. 395, s. 1458; SÜZEK, s. 366; EYRENCİ/ TAŞKENT/ ULUCAN, s. 136; MOLLAMAHMUTOĞLU/ ASTARLI, s. 566; WEIDENKAFF, § 611, Rn. 77, s. 915; ÇELİK/ CANIKLIOĞLU/ CANBOLAT, s. 300; Konuya ilişkin bir Yargıtay kararı için bkz. “...Prim uygulaması, bireysel ya da toplu iş sözleşmeleri ile de kararlaştırılabilir. İş sözleşmesinde kararlaştırılmamış olsa dahi, işverence tek taraflı olarak düzenli şekilde yapılan prim ödemesi “işyeri şartı” niteliğindedir. Her durumda uygulamanın tek taraflı olarak işverence ortadan kaldırılması ya da azaltılması doğru değildir. Prim uygulaması yönünden işçi aleyhine çalışma koşullarında değişiklik, 4857 Sayılı Kanun’un 22. maddesi kapsamında gerçekleştirilmelidir. Toplu iş sözleşmesi ile öngörülen primler yönünden değişiklik ise, işçinin bireysel feragati ile dahi geçerli değildir. Toplu iş

ödeme olup, primin belirtilen yöntemlerle belirlenmiş olması gerekir. Hâlbuki ortaklık sözleşmesinde ortaklar, ortaklıktan elde edilen kâr ve zararı paylaşmakla yükümlüdürler¹¹⁰. Aksine bir düzenleme olmadığı müddetçe, katılım payı olarak emeğini sunan ortak da dâhil olmak üzere, kâr ve zararın paylaşılması bakımından ortaklar arasında, katılım payı oranları dikkate alınmaksızın, eşitlik söz konusudur¹¹¹. Ancak bir oranın taraflarca belirlenmiş olması halinde dahi aslan payı olarak nitelendirilen durum adi ortaklık sözleşmesi olarak kabul edilemez¹¹². Zararın paylaşılması konusunda kanunda ortaklığa katılma payı olarak sadece emeğini koyan ortağın zarardan muaf olacağına ilişkin hüküm yer almaktadır¹¹³. Dolayısıyla kâr ve zarara katılma durumu varsa iş sözleşmesinin değil, adi ortaklık ilişkisinin varlığı kabul edilmelidir¹¹⁴.

sözleşmesini imzalamaya yetkili olan kişilerce bu yönde yapılabilecek değişiklik, ancak ileriye dönük olarak hüküm ifade eder..., Y. 7. HD., E. 2015/6315, K. 2016/6457, T. 16.3.2016, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com.tr., E.T.25.3.2019; Konuya yönelik bir diğer Yargıtay kararı için bkz. *"...Satış temsilcilerinin fazla çalışma yapıp yapmadıkları hususu, günlük faaliyet planları ile iş çizelgeleri de dikkate alınarak belirlenmelidir. Genelde belli hedeflerin gerçekleşmesine bağlı olarak prim karşılığı çalışan bu işçiler..."*, YHGK., E. 2016/9-571, K. 2017/1454, T. 29.11.2017, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com.tr., E.T.25.3.2019.

¹¹⁰ ŞENER, s. 40; BARLAS, s. 27.

¹¹¹ BAHTİYAR, s. 31; PULAŞLI, s. 28; POROY (Tekinalp/Çamoğlu), s. 52; ŞENER, s. 41, 42.

¹¹² POROY (Tekinalp/Çamoğlu), s. 52; PULAŞLI, s. 19; ŞENER, s. 43.

¹¹³ ŞENER, s. 44; BAHTİYAR, s. 31; POROY (Tekinalp/Çamoğlu), s. 52.

¹¹⁴ Konu hakkında Yargıtay'ın bir kararı için bkz. *"Davacı; davalı işyerinde çalışmakta iken iş sözleşmesinin haksız olarak feshedildiğini belirterek ihbar ve kıdem tazminatı ile bir kısım işçilik alacaklarının davalıdan tahsilini talep etmiştir. Davalı; davacı ile aralarında iş sözleşmesi ilişkisinin bulunmadığını, kar zarar ortaklığı şeklinde çalışmanın söz konusu olduğunu savunmuştur. Mahkemece; savunmaya değer verilerek; davacı ile davalı arasında işçi-işveren ilişkisinin bulunmadığı kar-zarar ortaklığı niteliğinde bir hukuki ilişkinin bulunduğu gerekçesi ile davanın esastan reddine karar verilmiştir. Karar davacı tarafça temyiz edilmiştir. Uyuşmazlık; taraflar arasında iş sözleşmesi ilişkisinin bulunup bulunmadığı buna göre iş mahkemesinin görevli olup olmadığı noktasında toplanmaktadır. Görev konusu kamu düzenine ilişkin olup mahkemece kendiliğinden dikkate alınmalıdır. İş mahkemelerinin görev alanını hakim, tarafların iddia ve savunmalarına göre değil, 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 1. maddesini esas alarak belirleyecektir. İşçinin İş Kanunu kapsamında kalmaması halinde iş mahkemesine açılan davada, dava dilekçesinin görev nedeni ile reddi ve davanın görevli hukuk mahkemesine gönderilmesine karar verilmesi gerekir. Davanın esastan reddi usule aykırı olacaktır. 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 1. maddesi uyarınca İş Kanunu'na göre işçi sayılan kimselerle işveren veya işveren vekilleri arasında iş akdinden veya iş Kanununa dayanan her türlü hak iddialarından doğan hukuk uyuşmazlıklarının çözüm yeri iş mahkemeleridir. Somut olayda, davacı ile davalı arasında adi ortaklık ilişkisi bulunduğu anlaşılmaktadır."*, Y. 9. HD., E. 2010/11131, K. 2010/11839, T. 21.4.2010, <https://www.kararara.com/forum/viewtopic.php?t=11594>, E.T.15.03.2019.

Taraflar arasında gerçekte iş sözleşmesi değil, adi ortaklık sözleşmesi olduğunu ortaya koyan durumlar da bu kapsamda değerlendirilmelidir. Örneğin işyeri kapatılırken müşteri çevresinin paylaşılması, işçi olduğunu ileri süren kişi tarafından aynı işyerinde yeni bir işyeri açılması gibi hususlar, aslında taraflar arasında iş sözleşmesi değil, adi ortaklık ilişkisi olduğunu ortaya koyar¹¹⁵.

4. Katılım Payı

Adi ortaklığı meydana getiren unsurlardan bir diğeri de katılım payıdır. TBK m. 620' ye göre her ortak para, alacak veya başka bir mal ya da emeği ortaklığa katılım payı olarak koymakla yükümlüdür. Katılım payı olarak konulabilecek değerler, düzenlemenin lafzından anlaşıldığı üzere bunlarla sınırlı değildir¹¹⁶. Ortaklardan birinin katılım payı getirmediği bir sözleşme, adi ortaklık sözleşmesi olarak nitelendirilemez¹¹⁷. Ancak burada taahhüdün yapılmış olması önemli olup¹¹⁸, katılım payının sözleşmenin kurulduğu anda ya da daha sonraki bir tarihte ifa edilmesi önemli değildir¹¹⁹. TBK m. 621/2' ye göre, aksi kararlaştırılmadığı müddetçe ortaklar, adi ortaklığın amacının gerektirdiği önem ve nitelikte, birbirine eşit katılım payı taahhüt etmiş sayılırlar¹²⁰. Taahhüt edilen katılım payının ifa edilmemesi ya da eksik ifa edilmesi halinde, katılım payının türüne göre kıyasen uygulanacak hükümler farklılık arz etmektedir. TBK m. 621/3'e göre katılım payını bir şeyin kullanılması oluşturuyorsa adi kira sözleşmesine ilişkin, bir şeyin mülkiyeti oluşturuyorsa hasara, ayıp ve zapttan doğan sorumluluğa ilişkin hükümler kıyasen uygulanacaktır¹²¹. Kanaatimizce katılım payı olarak emeğin

¹¹⁵ Konuya ilişkin yargıya intikal etmiş bir karar hakkında bkz. "Mahkemece, her ne kadar davacı adına ...'ya bildirimde bulunulup aynı zamanda prim ödemesi yapılmış ise de, tarafların çalıştığı muhasebe bürosunun davalı üzerine yapıldığı, tüm yapılan işlerde giderler çıktıktan sonra gelir kısmını aralarında paylaştıkları, yasal manada kurulmuş bir hizmet akdinin mevcut olmadığı, dinlenen tanık anlatımlarından da davacının ofise geliş saatleri ortaklık bitince mükellef listelerinin bölüşülmesi, davacının aynı işyerinde kendisine başka bir iş kurmasının da ortada bir adi ortaklık olduğunun varlığını gösterdiği, adi ortaklığın ispatı açısından herhangi bir yazılı veya resmi şekil şartı bulunmadığı, adi ortaklığın sözlü olarak dahi herhangi bir şekilde kurulabileceği, tanıkla dahi ispatının mümkün olduğu, tüm bu anlatılanlar sebebi ile ortada adi ortaklık mevcut olduğundan ortaklar arasında hizmet akdi ilişkisi bulunamayacağından bu sebeple de işçilik haklarının da söz konusu olamayacağından davanın reddine karar verilmiştir.", Y9. HD., E. 2014/37135, K. 2015/714, T. 15.01.2015, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, E.T.15.03.2019.

¹¹⁶ BAHTİYAR, s. 30; PULAŞLI, s. 19 vd.; ŞENER, s. 28 vd.

¹¹⁷ ŞENER, s. 27.

¹¹⁸ POROY (Tekinalp/Çamoğlu), s. 47.

¹¹⁹ ŞENER, s. 27.

¹²⁰ BAHTİYAR, s. 31; POROY (Tekinalp/Çamoğlu), s. 51; ŞENER, s. 28.

¹²¹ PULAŞLI, s. 25; BAHTİYAR, s. 31; ŞENER, s. 30; BARLAS, s. 48; POROY (Tekinalp/Çamoğlu), s. 52.

sunulması durumunda da vekâlet sözleşmesine ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanması yerinde olacaktır.

Uygulamada şirket ortağı olarak vasıflandırılan kişilere sembolik paylar verildiği zaman zaman görülmektedir. Ancak bu gibi durumlarda eğer iş sözleşmesi unsurlarının varlığı ağırlık kazanıyorsa, iş sözleşmesinin varlığı kabul edilir. Pay verilerek şirket ortağı olduğu ileri sürülen kişinin, şirket içerisindeki pozisyonu, gördüğü iş, çalışma koşulları, aldığı ücret ve ekonomik yaşamını ne şekilde sürdürdüğü birlikte değerlendirilmelidir¹²².

Katılım payı olarak emeğin taahhüt edilmiş olması halinde ise emek karşımıza bedeni ya da fikri çalışma şeklinde çıkabilir¹²³. Sunulan emeğin katılım payı değil, iş görme edimi olduğunun iddia edilmesi halinde taraflar arasındaki bağımlılık ilişkisinin özellikle incelenmesi gerekecektir. Emeğini katılım payı olarak sunan ortak emeğini sunarken karar verme özgürlüğüne sahip olmayıp diğer ortaklardan aldığı emir ve talimatlar doğrultusunda hareket ediyorsa, diğer ortakların kontrol ve denetimine tabi oluyorsa, taraflar arasında eşitlikten bahsetmek mümkün olmayacaktır. Ortaklık ilişkisinden bahsedebilmek için tarafların eşit bir katılım ile işin yürütümüne ortak bir şekilde karar vermeleri gerekir. Bu durum sadece katılım payı olarak emek değil, diğer hususların sunulması halinde de mevcut olmalıdır.

¹²² *Konuya ilişkin bir karar için bkz. "Uyuşmazlık; anonim şirket işyerinde çalışan ve %1 pay ile şirket ortağı olan davacının, hukuksal konumu itibarıyla, İş Kanunu'na tabi olup, olmadığı ve buna bağlı olarak işçilik haklarından yararlanıp yararlanmayacağına ilişkindir. Bir kimsenin işçi sayılabilmesi için iş sözleşmesi ile çalışması koşuldur...Buna karşın kendi adına bağımsız çalışıp kazanç sağlayan kişiler ise işçi statüsünde kabul edilemezler. Bu kişiler herhangi bir işverene hizmet akdi ile bağlı olmayan esnaf ve sanatkârlar, kolektif, komandite ve limited şirket ortakları, anonim şirket kurucu ortakları, yönetim kurulu üyeleri gibi kimselerdir. Hukuksal olgu belirtilen şekilde olmakla birlikte, iş hayatında ayrı durumlardan ortaya çıkması mümkündür. Bir kimsenin biçimsel anlamda anonim şirket ortağı gözükmemesine karşın, bağımlı çalışma koşulları ve aldığı ücret, bağımsız çalışma ve kazanç sağlama durumundan baskınsa bu takdirde salt ortaklık statüsünden hareketle sonuca gidilemez. Hukuksal statüsü belirlenmek istenilen kişinin şirket içerisindeki pozisyonu, gördüğü iş, çalışma koşulları, aldığı ücret birlikte değerlendirilerek ekonomik yaşamının ne şekilde sürdürüldüğü ortaya konularak sorun çözümlenir. Somut uyuşmazlıkta, dosyadaki bilgi ve belgelerden; davacının %1 payının sembolik nitelikte olduğu ve özellikle iş akdinin İş Kanunu'nun 17. maddesi gereğince ihbar tazminatı ödenerek feshedildiği anlaşıldığından, davacının işverene bağımlı, onun denetimi altında ve ücret karşılığı çalışmasının baskın olduğu sonucuna ulaşılmaktadır. Bu durumda taraflar arasında işçi işveren ilişkisinin varlığı kabul edilmeli ve dosya içeriği değerlendirmeye tabi tutularak davaya konu istekler hakkında bir karar verilmelidir. Yazılı gerekçelerle görevsizlik kararı verilmesi hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir.", Y. 9. HD. E. 2016/23468, K. 2016/19543, T. 8.11.2016, <http://www.kazanci.com.tr/qunluk/9hd-2016-23468.htm>, E.T.15.03.2019.*

¹²³ YONGALIK, Aynur: Adi Ortaklıklarda Sermaye Payı, Ankara 1991, s. 53.

Taşınmaz bir malın mülkiyetinin sermaye olarak eklendiği durumlarda, ortaklık sözleşmesinin mevcut olup olmadığı tespit edilirken tapu sicilindeki kayıttan faydalanılabilir. Ancak tapu sicilindeki kayıtlar bile, bazı durumlarda tek başına adi ortaklık sözleşmesinin varlığını ortaya koymaz. Zira ortaklığın işçiyeye ait gayrimenkulde faaliyet göstermesi, ilgilinin aynı yerde iş ilişkisi kapsamında çalışılmasına engel olmaz. Özelikle emeğini ortaklığa koyan kişi, ortaklık adına işlem yapmadan hukuki ve kişisel olarak ortaklığa bağlı çalışıyor ise aradaki ilişkinin, iş ilişkisi olduğu kabul edilmelidir¹²⁴.

5. Müşterek Amaç ve Bu Doğrultuda Birlikte Çalışma

Müşterek amaç, adi ortaklığın unsurlarından bir diğeridir. Ortakların müştereken aynı amacı takip etmeleri gerekir¹²⁵. Adi ortaklığın amacının iktisadi nitelik taşımasının zorunlu olup olmadığı ise öğretilerde tartışmalıdır¹²⁶. Ortaklıktaki müşterek amacın ticari işletme işletmek olması da mümkündür¹²⁷. Ortaklığın ticari işletme işletmek amacıyla kurulması halinde, ortaklar tacir sıfatını da kazanacaklardır¹²⁸. Ortaklığın ticari işletme işletmek amacıyla kurulması halinde, adi ortaklığın ticaret siciline tescili gerekli olmayıp, tacir olan ortağın ticaret siciline yazılması adi ortaklığın ticaret siciline tescil edilmesi gerektiğini göstermez¹²⁹.

¹²⁴ Konuya ilişkin bir Yargıtay kararı hakkında bkz. “Dosya içeriğine göre davacının davalıya ait kuafor salonunda güzellik uzmanı olarak çalıştığı, tanık anlatımlarında davacının işyerine ortak çalıştığı ve 2012 yılından itibaren de işyerinin bulunduğu gayrimenkule yarı oranında ortak olduğunun belirtildiği, ancak davacının ortak olduğuna ilişkin katılım payı olarak emek veya malını (sermayesini) koyduğuna ve bu konuda sözleşme yapıldığına dair delil sunulmadığı, davacının işyerinde ortak sıfatı ile bağımsız çalıştığı somut olarak ortaya konmadığı anlaşılmaktadır. Ayrıca davacının işyerinin bulunduğu gayrimenkule ortak olması davalı ile ortaklık sözleşmesi kapsamında çalıştığı anlamına gelmediği gibi, açıklandığı gibi davacı ortak olsa bile iş sözleşmesi ile çalışmasına engel bir hüküm bulunmadığından, hukuki ve kişisel olarak bağımlılık unsuru ağırılık kazandığında iş ilişkisi kapsamında çalışmasının kabulü gerekecektir. Somut olayda, dosyada yer alan bilgi belgeler ve tanık beyanına göre davacının iddia ettiği dönem boyunca davalı işveren emrinde hukuki ve kişisel olarak bağımlı bir şekilde iş ilişkisi kapsamında çalıştığı, ortaklık sözleşmesinin unsurlarını gösteren bir delil bulunmadığı anlaşılmaktadır. Bu nedenle mahkemece işin esasına girilerek karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde görevsizlik kararı verilmesi bozmayı gerektirmiştir.” gerekçesiyle bozulmuştur.”, Y. 9. HD., E. 2017/21670, K. 2018/23781, T. 20.12.2018, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemci/Web/>, E.T.15.03.2019.

¹²⁵ PULAŞLI, s. 18; POROY (Tekinalp/Çamoğlu), s. 48; ŞENER, s. 7.

¹²⁶ Yazarlar için bkz. BARLAS, dipnot 77a-77b, s. 31.

¹²⁷ POROY (Tekinalp/Çamoğlu), s. 49.

¹²⁸ ŞENER, s. 8; POROY (Tekinalp/Çamoğlu), s. 49.

¹²⁹ POROY (Tekinalp/Çamoğlu), s. 50.

Amacın sadece birkaç ortak için aynı olması ya da amaçların farklı olması halinde adi ortaklıktan bahsedilemez¹³⁰. Bu unsur adi ortaklığı, iş görme sözleşmelerinden ayırmaktadır¹³¹. Adi ortaklıkta müşterek amaç öne çıkarken, iş ilişkisinde müşterek amaç unsuru bulunmamaktadır. Adi ortaklıkta amaç ortakların ekonomik alanda ulaşmak istedikleri hedef olup, uygulamada karşımıza daha ziyade kâr ve zararın paylaşılması şeklinde çıkmaktadır¹³². Her somut olayda diğer unsurlar ile birlikte bu kapsamda bir değerlendirme yapılması uygun olacaktır. Örneğin karı-kocanın birlikte işlettiği bir otobüsün varlığı durumunda, eşlerden birinin diğerinin işçisi gibi gösterilmesi hayatın olağan akışına aykırıdır. Eşlerden birinin, diğerinin işçisi olarak uzun yıllar çalışması beklenmez. Zira eşlerin birlikte işletmek sureti ile müştereken amaçladıklarının kazanç elde etmek olduğu açıktır¹³³.

Türk Ticaret Kanununun 622. maddesinde ortakların, niteliği gereği ortaklığa ait olan bütün kazançları aralarında paylaşmakla yükümlü olduğu, 623. maddede ise sözleşmede aksi kararlaştırılmamışsa, her ortağın kazanç ve zarardaki payı, katılım payının değeri ve niteliğine bakılmaksızın eşit olduğu, sözleşmede ortakların kazanç veya zarara katılım paylarından biri belirlenmişse bu belirleme, diğerindeki payı da ifade ettiği, bir ortağın zarara katılmaksızın yalnız kazanca katılacağına ilişkin anlaşma, ancak katılma payı olarak yalnızca emeğini koymuş olan ortak için geçerli olacağı düzenlenmiştir. İş sözleşmesinde ise işçi ve işveren arasında, kazanç ve zarara katılma gibi ortak bir amaç söz konusu değildir.

Adi ortaklıktan bahsedebilmek için sadece müşterek amaç yeterli olmayıp, ortakların müşterek amacın gerçekleşmesine yönelik faaliyetlerde bulunmaları da gereklidir¹³⁴. Ortakların ortaklık amacının gerçekleştirilmesi için, eşit durumda ortaklık faaliyetlerine katılma ve bu suretle diğer ortaklarla işbirliği yaparak, aralarında altlık

¹³⁰ POROY (Tekinalp/Çamoğlu), s. 48.

¹³¹ PULAŞLI, s. 18; POROY (Tekinalp/Çamoğlu), s. 48.

¹³² PULAŞLI, s. 18.

¹³³ Konuya ilişkin bir hakkında bkz. "Otobüs sahibi davacının eşidir ve dosya kapsamından davacının otobüse eşi ile malik olduğu, ancak sadece eşi adına tescil edildiği anlaşılmaktadır. Davacının özel halk otobüsünü eşi ve diğer ortak Ahmet ile birlikte işlettikleri anlaşılmaktadır. Aksi halde sigortasız çalışan birinin kendi eşine karşı uzun yıllar sigortalılık talep etmemesi hukuka aykırıdır. Otobüsün gelir gider ve muhasebe kayıtlarını idare eden davacının kendini sigorta hakkında yoksun bırakması da düşünülemez. Davacının çalışma şekline bakıldığında hizmet akdinin en önemli unsuru olan bağımlılık unsurunun gerçekleşmemesi nedeni ile davanın reddi yönünde yerel mahkeme kararının onanmasına.", Y. 10. HD., E. 2015/13265, K. 2015/14125, T.07.09.2015, karar için bkz. AYDIN, s.637-638.

¹³⁴ BARLAS, s. 35; PULAŞLI, s. 22; ŞENER, s. 8.

üstlük ilişkisi olmaksızın birlikte çaba sarf etme niyet ve iradesine sahip olması gerekir¹³⁵. Bu unsurun olmaması halinde adi ortaklık sözleşmesinden bahsedilemez. Taraflar arasındaki eşitliğe değil bilakis bağımlılık ilişkisine dayanan iş sözleşmesinde ise tarafların eşit bir şekilde faaliyetlere katılması söz konusu değildir. Bu husus da taraflar arasındaki hukuki ilişkinin tespiti noktasında fayda sağlayacaktır.

6. Eşit İşlem ve Sadakat

Adi ortaklık sözleşmesinin en önemli özelliklerinden biri, iç ilişkide karşılıklı güven ve iyiniyete dayanmasıdır¹³⁶. Bu özelliği neticesinde taraflar sadakat (bağlılık) ve eşit işlem (davranış) olmak üzere iki yükümlülük altındadır¹³⁷. Sadakat yükümü ile ortakların müşterek amaca ulaşmak amacıyla ellerinden gelen gayreti fiilen göstermeleri ve müşterek amacı gerçekleştirmeyi engelleyen her türlü davranıştan kaçınmalarını ifade edilir¹³⁸. İşçinin borçları arasında yer alan sadakat borcu ise kaynağını dürüstlük kuralından almakla birlikte işçi, işverene zarar vereceği her türlü davranıştan kaçınmak ve işverenin menfaatlerini korumak için gerekli davranışlarda bulunmakla yükümlüdür¹³⁹.

Eşit işlem ilkesi ortaklara ortaklık ilişkilerinde iradi olarak eşit olmayan bir şekilde davranılmamasını ifade eder¹⁴⁰. İş ilişkisinde işverenin borçları arasında yer alan eşit davranma borcu ise, işverenin farklı davranmasını gerektirecek nedenler olmadıkça işçilere karşı farklı muamelede bulunmaması, haksız ayrımlara neden olacak keyfi davranışlardan kaçınması olarak ifade edilir¹⁴¹. Dolayısıyla sadakat yükümü ve eşit işlem ilkesi, ortaklık ve iş ilişkisinde farklı anlamlara sahiptir.

¹³⁵ PULAŞLI, s. 22; ŞENER, s. 8.

¹³⁶ ŞENER, s. 18.

¹³⁷ ŞENER, s. 19.

¹³⁸ Detaylı bilgi için bkz. NOMER, N. Fusun: Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Sadakat Yükümlülüğü, İstanbul 1999, s. 10; ARKAN, Sabih: "Adi Şirket Ortağına Sözleşmeyle Verilen İdare Yetkisinin Kaldırılması ve Sonuçları", BATİDER, Y. 2001, C. XXI, S. 2, s. 21.

¹³⁹ İşçinin sadakat borcu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. ARSLAN ERTÜRK, Arzu: Türk İş Hukukunda İşçinin Sadakat Borcu, İstanbul 2010; ERTAŞ, Kudret: Türk İş Hukukunda İşçinin Sadakat Borcu, Ankara 1982; TUNCAY, A. Can: "İşçinin Sadakat Yükümlülüğü", Prof. Dr. Hayri Domanic'e ARMAĞAN, Cilt II, İstanbul 2043 vd.; ESENER, s. 156; Yavuz, s. 567, 568; TUNÇOMAĞ/ CENTEL, s. 98; MOLLAMAHMUTOĞLU/ ASTARLI, s. 538; SENYEN KAPLAN, s. 113.

¹⁴⁰ ŞENER, s. 19.

¹⁴¹ Eşit davranma borcu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. YILDIZ, Gaye Burcu: İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu, Yetkin Yayınları, Ankara 2008; SÜZEK, Sarper Süzek: "İşverenin Eşit Davranma Borcu", Sicil İş Hukuku Dergisi, Aralık 2008, s. 27; YUVALI, Ertuğrul: İşçinin Kişisel Özellikleri Bakımından İşverenin Eşit Davranma Borcu, Ankara 2012; MOLLAMAHMUTOĞLU/ ASTARLI, s. 654.

7. Tespite Yönelik Diğer Öneriler

Tespit yapılırken diğer bir ölçüt olarak adi ortaklıkta olağanüstü işlerde bütün ortakların oybirliği ile karar alması, işyerinin kapsamı, kapasitesi ve niteliği dikkate alınabilir. Tespite konu işin niteliği de bu aşamada faydalı olabilir. Ancak bu ölçütler de tek başına her zaman aydınlatıcı olmayabilir. Bu nedenle yukarıda bahsedilen bütün ölçütler birlikte değerlendirilmeli, hayatın olağan akışına uygun olan durumlar, iyiniyet ve dürüstlük kuralları çerçevesinde dikkate alınmalıdır¹⁴².

IV. SONUÇ

Sosyal sigorta ilişkisi kanundan kaynaklanan, zorunlu bir hukuki ilişkidir. Sosyal sigorta hakkından kaçınmak veya vazgeçmek mümkün olmayıp, hizmet tespiti davası sosyal sigorta ilişkisinin yargı yolu ile kurulmasıdır. Hizmet tespiti davalarında taraflar arasındaki hukuki ilişkinin niteliğinin tespiti önemlidir. Zira taraflar arasındaki hukuki ilişkinin niteliği, bu tespite bağlı olarak doğacak sonuçlar açısından önem taşımaktadır. Adi ortaklık ve iş sözleşmesinin tanımı ve unsurlarının ortaya konulması gerekmektedir. Bu tespitin yapılabilmesi için tek bir ölçüt, çoğu kez yeterli olmadığından, birden fazla ölçüt birlikte kullanılmak suretiyle değerlendirme yapılmalıdır.

Bağımlılık unsuru, taraflar arasındaki ilişkinin hukuki niteliğinin tespitinde en önemli ölçütlerden biridir. İş ilişkisinde, işçinin kendisinin inisiyatif kullanarak belirlediği bir çalışma düzeni bulunmaz. Bilakis işçi, işverenin talimatlarına göre hareket etmekte, iş süreci ve sonuçları işveren tarafından denetlenmekte ve kontrol edilmektedir. Adi ortaklık sözleşmesinde ise taraflar alt-üst ilişkisi olmaksızın ortak bir amaca ulaşmak için eşit bir şekilde faaliyet gösterirler. Ortaklar, ortaklık amacına zarar vermemek kaydı ile karar verme özgürlüğüne sahiptir.

Adi ortaklıkta katılım payı, emek ya da mal olarak konulabilir. Katılım payının aynı olarak sunulmasında aradaki hukuki ilişkinin tespiti açısından, tapu sicilinde yer alan kayıtlardan faydalanılabilir. Devri kanunen resmi şekle tabi bazı değerlerin adi ortaklığa katılım payı olarak getirilmesi halinde, tapu sicilindeki kayıtlar, bir ölçüt olarak değerlendirilebilir. Emeğin katılım payı olarak sunulması durumunda ise kişinin emeğini sunarken karar verme özgürlüğüne sahip olması gerekir. Eğer bu kişi, diğer ortaklardan aldığı emir ve talimatlar doğrultusunda emeğini sunmakta ve diğer ortakların kontrol ve denetimine tabi ise taraflar arasında eşitlik ve ortaklık ilişkisinden bahsetmek mümkün değildir. Kâr ve zarara katılma da bu kapsamda değerlendirilmeli,

¹⁴² Örneğin yukarıda dipnot 115'teki kararda da belirtildiği üzere hayatın olağan akışına aykırı olan durumlarda değerlendirme yapılırken bu husus da dikkate alınmalıdır. Nitekim söz konusu uyuşmazlıkta kimsenin eşinin işçisi olarak uzun yıllar sigortasız çalışmasının beklenilemeyeceğine işaret edilmektedir.

tarafar arasında kâr ve zarara katılma ilişkisi bulunmamakta ise tarafar arasında eşitlik ve ortaklık ilişkisinin bulunmadığı kabul edilmelidir. Adi ortaklıkta, adi ortaklar ücret almadığından, ücret ödenip ödenmediğine ilişkin işyerine ait bordrolar da tarafar arasında iş sözleşmesi olduğunu ortaya koymak açısından önemlidir.

Adi ortaklığın ticaret sicili, vergi dairesi ve kurum kayıtlarında mevcut olup olmadığı yapılacak değerlendirmelerde önemlidir. Hizmet tespiti talep eden kişi tarafından tescil ettirilmiş bir ticaret unvanının bulunması ya da alınmış bir vergi levhasının mevcut olması, aradaki ilişkinin ortaklık ilişkisi olarak değerlendirilmesine sebep olabilir. Ancak tarafar arasında bir ortaklık sözleşmesinin bulunması, tarafar arasında adi ortaklık sözleşmesinden kaynaklanan bir ortaklık ilişkisi bulunduğunu her zaman ortaya koymaz. Adi ortaklık sözleşmesi bulunmasına rağmen gerçekte tarafar arasındaki ilişki, adi ortaklık ilişkisi olmayabilir. Herhangi bir uyuşmazlık durumunda iş sözleşmelerinin unsurları arasında yer alan bağımlılık unsuru açısından da değerlendirme yapılmalıdır. Bağımlı bir çalışma olduğunda diğer unsurların da olması durumunda aradaki ilişki, iş sözleşmesi olarak değerlendirilmelidir.

Adi şirketin unsurları arasında yer alan amaç unsuru açısından ise amacın tüm ortaklar için aynı olması gerekir. Amacın sadece birkaç ortak için aynı olması ya da amaçların farklı olması halinde adi ortaklıktan bahsedilemez. Bu unsur, adi ortaklığı, iş sözleşmesinden ayırmaktadır. Gerek adi şirket sözleşmesinde, gerekse iş sözleşmesinden doğan sadakat yükümü ve eşit işlem ilkesi, yukarıda açıklandığı üzere her iki sözleşme türü için farklı anlamlara sahiptir. Dolayısıyla anlam farklılığı gözetilmek sureti ile değerlendirme yapılması gerekir. Tespit yapılırken diğer bir ölçüt olarak işin niteliği, işyerinin kapsamı, kapasitesi ve niteliği de dikkate alınmalıdır.

Çalışmamızda açıklanmaya çalışıldığı üzere, tespitin yapılabilmesi için tek bir ölçüt yeterli olmayıp, yukarıda da tekrar mahiyetinde değindiğimiz birden fazla ölçütün bir arada değerlendirilmesi gerekir.

KAYNAKLAR

- AKPULAT KÖME, Ayşe: İş Mahkemelerinde Yargılamanın Özellikleri, 1. Baskı, İstanbul 2018.
- AKYİĞİT, Ercan: İş Hukuku, 11. Basım, İstanbul 2016.
- AKYİĞİT, Ercan: İctihatlı ve Açıklamalı İş Kanunu Şerhi, 3. Baskı, Cilt 2, Ankara 2008.
- ALPER, Yusuf: Türk Sosyal Güvenlik Sistemi Sosyal Sigortalar Sistemi, 9. Baskı, Bursa 2018.
- ALTINOK ORMANCI, Pınar: Sürekli Borç İlişkilerinin Haklı Sebep Feshi, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2011.
- ARAP, Erdal: Hizmet Tespiti Davaları, Ankara 2018.
- ARICI, Kadir: Türk Sosyal Güvenlik Hukuku, Ankara 2015.
- ARKAN, Sabih: Ticari İşletme Hukuku, Ankara 2012.
- ARKAN, Sabih: “Adi Şirket Ortağına Sözleşmeyle Verilen İdare Yetkisinin Kaldırılması ve Sonuçları”, BATİDER, Y. 2001, C. XXI, S. 2.
- ARSLAN ERTÜRK, Arzu: Türk İş Hukukunda İşçinin Sadakat Borcu, İstanbul 2010.
- AYDIN, Ufuk: Sosyal Sigortaların Genel Hükümleri ve Türleri, Yargıtay’ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2015, s. 557-868, Seminer İstanbul 25-26 Kasım 2016, İstanbul 2017.
- AYHAN, Rıza/ÖZDAMAR, Mehmet/ÇAĞLAR, Rıza: Ticari İşletme Hukuku Genel Esaslar, 8. Bası, Ankara 2015.
- BAŞTERZİ, Süleyman: “Avukatla Bağlılanan Sözleşmenin Hukuki Niteliği, İş Sözleşmesinin Vekâlet ve Diğer İş Görme Sözleşmelerinden Ayrılması”, Sicil İş Hukuku Dergisi, Mart 2010.
- BARLAS, Nami: Adi Ortaklık Temeline Dayalı Sözleşme İlişkileri, İstanbul 2008.
- BERBEROĞLU YENİPİNAR, Filiz: Sosyal Güvenlik Hukuku Davaları, İstanbul 2017.
- BİLGİLİ, Fatih/ DEMİRKAPI: Ertan, Şirketler Hukuku Dersleri, 4. Basım, Bursa 2015.
- BİLGİLİ, Fatih/ DEMİRKAPI, Ertan: Ticari İşletme Hukuku, 5. Bası, Bursa 2014.
- BİLGİLİ, Abbas: Hizmet Tespiti Davaları, Adana 2011.
- BOZKURT, Argun: İş Yargılaması Usul Hukuku, 6. Baskı, Ankara 2018.
- BULUT, Mehmet: Sosyal Güvenlik Uyuşmazlıkları ve Çözüm Yolları, Ankara 2017.
- CANBOLAT, Talat: “4857 sayılı İş Kanununun Temel Kavramlara İlişkin Hükümlerinden Doğan Uygulama Sorunları ve Çözüm Önerileri”, 10. Yılında 4857 sayılı İş Kanunu (Uygulama Sorunları ve Çözüm Önerileri) Sempozyumu, 26-27 Nisan 2013, Ankara 2016.

- ÇELİK, Nuri: İş Hukuku Dersleri, İstanbul 2010.
- ÇELİK, Nuri/ CANIKLIOĞLU, Nurşen/ CANBOLAT, Talat: İş Hukuku Dersleri, 31. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul 2018.
- ÇİL, Şahin: İş Kanunu Şerhi, 1. Cilt, Turhan Kitabevi, Ankara 2007.
- ÇOPUROĞLU, Çağlar: Ücret ve Korunması, Ankara 2013.
- DOĞAN, Sevil: İş Sözleşmesinde Bağımlılık Unsuru, Atipik İş İlişkileri Açısından Değerlendirilmesi, Ankara 2016.
- EKMEKÇİ, Ömer: Maddi İş Hukuku Yönünden 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu, s.5-41, Yeni İş Mahkemeleri Kanunu Üzerine Toplantısı, (Yayına Hazırlayanlar EKMEKÇİ, Ömer/ AKPULAT KÖME, Ayşe/HAKKAKUL YILDIZ, Özge/ AKDENİZ LEDÜN, Ayşe/ NAMLI YAYVAK, İrem/ ÇALIŞKAN, Aslı), İstanbul 2018.
- EKONOMİ, Münir: İş Hukuku, C. I, Ferdi İş Hukuku, 3. Bası, İstanbul 1984.
- ERTAŞ, Kudret: Türk İş Hukukunda İşçinin Sadakat Borcu, Ankara 1982.
- ERTÜRK, Şükran: İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Pratik Çalışmaları, 6. Baskı, Ankara 2018.
- ESENER, Turhan: İş Hukuku, 3. Bası, Ankara 1978.
- EVREN, Öcal Kemal: İş Hukukunda Ücret ve Uygulaması, Ankara 2007.
- EYRENCİ, Öner/ TAŞKENT, Savaş/ ULUCAN, Devrim: Bireysel İş Hukuku, 7. Baskı, İstanbul 2016.
- FISHINGER, S. Philipp/ RICHARDI, Reinhard: Arbeitsrecht Kommentar, Staudinger Praxis Edition, Berlin 2012.
- GÜNAY, Cevdet İlhan: İş Hukuku, Ankara 2013.
- GÜZEL, Ali: “Fabrikadan İnternete İşçi Kavramı ve Özellikle Hizmet Sözleşmesinin Bağımlılık Unsuru Üzerine Bir Denetleme”, Prof. Dr. Kemal Oğuzman’a Armağan, Ankara 1997.
- GÜZEL, Ali/ OKUR, Ali Rıza/ CANIKLIOĞLU, Nurşen: Sosyal Güvenlik Hukuku, 17. Bası, İstanbul 2018.
- KAYIK AYDINALP, Aslıhan: “İş Hukukunda Prim”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Ekim 2018, S. 36, Y. 9, s. 53-72.
- KILIÇOĞLU, Mustafa/ ŞENOCAK, Kemal: İş Kanunu Şerhi, Cilt 1, 2. Baskı, Legal Yayıncılık, İstanbul 2008.
- KORKUSUZ, Refik/ UĞUR, Suat: Sosyal Güvenlik Hukuku, Bursa 2015.
- MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi/ ASTARLI, Muhittin: İş Hukuku, 5. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2012.

- NOMER, N. Füsun: Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Sadakat Yükümlülüğü, İstanbul 1999.
- POROY, Reha (Tekinalp/Çamoğlu): Ortaklıklar Hukuku I, 13. Bası, İstanbul 2014.
- POROY, Reha/ YASAMAN, Hamdi: Ticari İşletme Hukuku, 15. Bası, İstanbul 2015.
- PREIS, Ulrich: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, Verlag C.H.Beck, München 2013.
- PULAŞLI, Hasan: 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Yeni Şirketler Hukuku Genel Esaslar, Ankara 2016.
- SENYEN KAPLAN, Emine Tuncay: Bireysel İş Hukuku, Gazi Kitabevi, Yenilenmiş 7. Baskı, Ankara 2015.
- SÖZER, Ali Nazım: Türk Sosyal Sigortalar Hukuku, 3. Bası, İstanbul 2017.
- SUMER, Ayşe: Ticaret Hukuku, İstanbul 2015.
- SÜMER, Haluk Hadi: "İş Sözleşmesinin Bağımlılık Unsuru", Sicil İş Hukuku Dergisi, Eylül 2010, Yıl 5, Sayı 19, s. 63-73.
- SÜZEK, Sarper Süzek: "İşverenin Eşit Davranma Borcu", Sicil İş Hukuku Dergisi, Aralık 2008.
- SÜZEK, Sarper: İş Hukuku, 16. Baskı, İstanbul 2018.
- ŞENER, Oruç Hami: Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku Ders Kitabı, 2. Bası, Ankara 2015.
- TUNCAY, A. Can: "İşçinin Sadakat Yükümlülüğü", Prof. Dr. Hayri Domaniç'e ARMAĞAN, Cilt II, İstanbul.
- TUNCAY, Can/ EKMEKÇİ, Ömer: Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, 19. Bası, İstanbul 2017.
- TUNÇOMAĞ, Kenan/ CENTEL, Tankut: İş Hukukunun Esasları, 7. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2015.
- UŞAN, Fatih: Türk Sosyal Güvenlik Hukukunun Temel Esasları, Ankara 2009.
- ÜLGEN, Hüseyin/ HELVACI, Mehmet/ KENDİGELEN, Abuzer, KAYA, Arslan/ NOMER ERTAN, Füsun: Ticari İşletme Hukuku, 5. Bası, İstanbul 2016.
- WALTERMANN, Raimund: Arbeitsrecht, 16. Auflage, Verlag Franz Vahlen, München 2012.
- YAVUZ, Cevdet: Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), 11. Baskı, İstanbul 2012.
- YILDIZ, Gaye Burcu: İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu, Yetkin Yayınları, Ankara 2008.
- YUVALI, Ertuğrul: İşçinin Kişisel Özellikleri Bakımından İşverenin Eşit Davranma Borcu, Ankara 2012.

YÜREKLİ, Sabahattin: Türk Borçlar Kanunu'na Göre Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesi, Seçkin Yayıncılık, Güncellenmiş 2. Baskı, Ankara 2014.

**6537 SAYILI KANUN İLE 5403 SAYILI TOPRAK KORUMA VE ARAZİ
KULLANIMI KANUNU'NA GETİRİLEN DEĞİŞİKLİKLERİN
MEDENÎ USÛL HUKUKU BAKIMINDAN İNCELENMESİ***

*Examination of the Amendments Brought to Law No 5403 Soil Protection and
Land Use Code by Law No 6537 in Terms of Civil Procedure Law*

Arş. Gör. Bünyamin KARTAL**

ÖZ

6537 sayılı Kanun ile Türk Medeni Kanunu (TMK) miras hukuku kitabında yer alan tarımsal işletmelerin özgülmesine ilişkin hükümler yürürlükten kaldırılmıştır. Yapılan değişikliklerle birlikte özgülme sistemi yerine mülkiyetin devri sistemi kabul edilmiştir. Bu sistemle beraber terekedeki tarım arazisi, mirasçılardan anlaşması halinde iradi olarak aksi halde belirlenecek ehil mirasçıya ya da en yüksek teklif veren mirasçıya veya satış yoluyla üçüncü kişilere kazaî olarak devredilmektedir. Çalışmamızda, bu sistemin medenî usul hukuku bakımından ortaya çıkardığı sorunlar ve çözüm önerileri ve tarım arazisinin devrine yönelik davanın hukukî niteliği, etki ve sonuçları, yetkili mahkemenin tespiti ve mahkemenin verebileceği kararlar medenî usul hukuku müesseseleri ile açıklanmaya çalışılmıştır.

ANAHTAR KELİMELER: Tarım Arazisi, Mülkiyetin Devri Sistemi, Ortaklığın Giderilmesi, Takdir Yetkisi, Dava Takip Yetkisi.

ABSTRACT

With the Law no 6537, the provisions on the privatization of agricultural holdings in the Turkish Civil Code (TMK) inheritance law book have been repealed. With the amendment, the transfer of ownership system was adopted instead of the privatization system. With this system, agricultural land in the estate is transferred voluntarily in the agreement of the heirs; otherwise, it is transferred to the competent heir to be determined or to the heir who has the highest bid or to third parties by sale by court order. In this study, the problems and solutions proposed by this system in terms of civil procedure law are discussed and the legal nature, effects and results of the case for the transfer of agricultural land, determination of the competency of court and the decisions to be made by the court were tried to be explained by the civil procedure law institutions.

KEY WORDS: Agricultural Land, Transfer of Ownership System, Elimination of Joint Ownership, Discretion, Right to Sue in Person.

* Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 18.09.2019

Kabul Edildiği Tarih: 16.12.2019

DOI Numarası: [10.15337/suhfd.621655](https://doi.org/10.15337/suhfd.621655)

** İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra İflâs Hukuku Anabilim Dalı

E-mail Adresi: bunyamin.kartal@inonu.edu.tr

ORCID ID: [0000-0002-6116-520X](https://orcid.org/0000-0002-6116-520X)

GİRİŞ

Tarım, tarih boyunca hiçbir zaman değişmeyecek bir öneme sahiptir. Zira insanın hayatını idame ettirebilmesi için gerekli gıda ihtiyacı bu yolla temin edilmektedir. Ayrıca kimi sanayi sektörlerinde tarımsal ürünlerin işlenmesi suretiyle sınai ve ticari faaliyetler gerçekleştirilmektedir. Bu sebeptendir ki, devletler tarımsal işletme ve tarımsal arazilerin korunması için özel bir çaba sarf etmektedir. Hukukumuzda da Anayasa'nın 44 ve 45'nci maddeleri ile devlete, toprağın verimli olarak işletilmesini korumak ve geliştirmek, tarımsal üretim planlaması ilkelerine uygun olarak bitkisel ve hayvansal üretimi artırmak gibi birtakım ödevler yüklenmiştir. Bu kapsamda çeşitli kanunlarda bulunan koruma hükümlerinin yanı sıra, 5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu (TKAKK) ile tarımsal arazi ve işletmeler için özel bir düzenleme getirilmiştir. Bu düzenleme ile amaçlanan şey, toprağın doğal veya yapay yollarla kaybını ve niteliklerini yitirmesini engelleyerek korunmasını sağlamaktır. Ancak söz konusu Kanunun bu amaca ulaşma konusunda yetersiz kalması nedeniyle, 2014 yılında 6537 sayılı Kanun¹ ile bazı değişiklikler yapılmıştır. Böylelikle toprağın korunması, geliştirilmesi, tarım arazilerinin sınıflandırılması ve bölünmelerinin önlenmesi amaçlarına daha sağlıklı bir şekilde hizmet edilmesinin yolu açılmıştır. Bu kapsamda tarımsal arazilerin devri, miras yolu ile intikali, değerlemesi, yeter gelirlili arazi büyüklüğü ve ekonomik bütünlüğüne ilişkin hususların belirlenmesi amacıyla Tarımsal Arazilerin Mülkiyetinin Devrine İlişkin Yönetmelik² (TAMDY) de kabul edilmiştir. Getirilen kanunî değişiklik ile parçalanmış tarım arazilerinin yeniden ekonomik büyüklüklerine ulaşması için yeter gelirlili arazi büyüklüğü kabul edilmiş, tarım arazilerinin miras ve satış yoluyla bölünmesinin de önüne geçecek hükümler getirilmiştir.

Çalışmamızda 6537 sayılı Kanun ile yapılan değişikliklerin genel çerçevesi izah edildikten sonra, medenî usûl hukuku açısından ortaya çıkan sorunlar ve çözüm önerileri ele alınmıştır.

I. 6537 SAYILI KANUN İLE DEĞİŞİK 5403 SAYILI KANUN ÇERÇEVESİNDE MİRAS TARIM ARAZİLERİNDE MÜLKİYETİN DEVRİ SİSTEMİ

A. Mülkiyetin Devri Sisteminin Hukukî Niteliği

6537 sayılı Kanun ile Türk Medeni Kanunu (TMK) miras hukuku kitabında yer alan tarımsal işletmelerin özgülmesine ilişkin hükümler (m. 659-668) yürürlükten

¹ 30.04.2014 kabul tarihli, 15.05.2014 tarih ve 29001 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun.

² Gıda, Tarım ve Hayvancılık Bakanlığı tarafından 29222 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak çıkarılan 31.12.2014 tarihli Tarımsal Arazilerin Mülkiyetinin Devrine İlişkin Yönetmelik.

kaldırılmıştır. Yapılan değişiklikle birlikte özgüleme sistemi yerine mülkiyetin devri sistemi kabul edilmiştir³.

Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu m. 8/B: *"Mirasa konu tarımsal arazi ve yeter gelirli tarımsal arazilerde, mülkiyetin devri esastır."* hükmünü ihtiva etmektedir. Tarım arazileri⁴ bakımından söz konusu olan mülkiyetin devri sistemi, belirli şartlar dâhilinde devri mümkün kılan bir sistem olup miras hukuku genel hükümlerinin bir istisnasını teşkil etmektedir⁵. Zira miras hukukuna hâkim olan irade özgürlüğü, eşitlik⁶ ve aynen paylaşma ilkeleri, miras tarım arazilerinin mülkiyetinin devrinde uygulanmaktadır.

Mülkiyetin devri sisteminin hukukî niteliğinin tespiti, her ne kadar bir maddî hukuk sorunu olsa da bu müessesenin medenî usûl hukuku bakımından sonuçları, hukukî niteliğinin tespitine göre şekillenmektedir. Bu nedenle, mülkiyetin devri sisteminin hukukî niteliğinin belirlenmesi gerekmektedir.

Mülkiyetin devri sistemi, doktrinde doğrudan kanundan kaynaklanmamakla⁷ birlikte mirasçılar için tarım arazilerinin mülkiyetinin geçişini zorunlu kılan paylaşma olarak nitelendirilmektedir⁸. Bu nitelendirme esasen 6537 sayılı Kanun'un gerekçesinde karşılık bulan *"...Tarımsal işletmeye ait tarım arazilerinin mirasçılardan birine özgülenmesi" sistemi yerine "Tarımsal işletmeye ait tarım arazilerinin mülkiyetinin tek bir mirasçıya devredilmesi" sisteminin kabul edilmesinin daha uygun olacağı düşünelere* ifadelerinden ileri gelmektedir. Oysa mülkiyetin devri sisteminin tarımsal işlet-

³ EREN, Fikret/BAŞPINAR, Veysel; Toprak Hukuku, Savaş Yayınları, Ankara, 2017, s. 161-162; ÖZAY, Osman Levent; Tarım İşletmelerinin ve Arazilerinin Miras Yoluyla İntikali, Yetkin Yayınları, Birinci Baskı, Ankara, 2015, s. 148.

⁴ Bir tarım arazisinin tarımsal işletme olarak nitelendirilebilmesi için üzerinde kendi geçimini teminden fazla çiftçilik faaliyeti yapılması gerektiği hususunda bkz. EREN/BAŞPINAR, s. 165.

⁵ ÖZAY, s. 154.

⁶ Miras hukukunda eşitlik ilkesi nedeniyle tarım arazilerinin parçalanmasının önüne geçilemediği genel gerekçede ifade edilmektedir. 6537 sayılı Kanun'un genel gerekçesi; *"...Fransa ve kısmen Almanya'da işletmenin mirasçılardan birine özgülenmesi ilkesine göre miras işleri yürütülmektedir. Türk hukuku da İsviçre hukukuna koşut olarak bu sistemi benimsemiştir. Miras bırakanın ölümünden sonra işletme genel miras hukukunun kurallarına uygun olarak mirasçılar topluluğuna kalır. Bu sistem maalesef ülkemizde tarım arazilerinin parçalanmalarını önleyememiştir. Bu nedenle de mevcut miras hukuku sisteminin değiştirilmesi zorunluluk arz etmiştir."*

⁷ Mülkiyetin devri sisteminin işleyebilmesi için, mirasçılardan en az birinin talepte bulunması veya mirasçılar arasında bir uyumsuzluğun varlığı gerekmekte, devir doğrudan kanundan kaynaklanmamaktadır. Bkz. ÖZAY, s. 152.

⁸ ÖZAY, s. 152.

melerin özgülmesi sisteminden temel farkı, devir sistemine ilişkin hükümlerin emredici nitelikte⁹ olmasıdır. Bu hükümlerin emredici olması, getirilen sisteme yeni bir nitelendirme yapılmasını gerektirmemelidir.

Kanaatimizce mülkiyetin devri sisteminin, emredici nitelikte özgülme hükümleri olarak tanımlanmasında bir sakınca olmamalıdır. Doktrinde 6537 sayılı Kanun ile getirilen değişiklikleri, özgülme olarak nitelendiren görüşler de bulunmaktadır¹⁰. Zira tarım arazilerinin tek bir mirasçıya verilmesinin miras hukukumuzdaki yegâne yolu özgülme sistemidir¹¹. Özgülme, her bir mirasçının miras payı uyarınca oluşturulmuş gruplar halindeki tereke unsurlarının hangi mirasçı ya da mirasçılara verileceğini belirleyen paylaşmadır¹². Özgülme kararı, mirasın paylaşılması niteliğinde olup kendisine özgülme yapılan mirasçı, özgülünen şeyin maliki olur ve miras ortaklığı böylelikle son bulur¹³. Tarımsal araziler de özgülmeye ilişkin özel hükümlere tabidir. Dolayısıyla 6537 sayılı Kanun ile getirilen “mülkiyetin devri” sistemi, özgülme olarak nitelendirilmelidir. Ancak niteliği özgülme olsa da çalışmamızda TKAKK’da yer alan açık ifade nedeniyle bu kurumdan mülkiyetin devri olarak bahsedilecektir.

B. Devrin Yapılması ve Koşulları

1. Genel Olarak

6537 sayılı Kanun m. 4 ile değişik TKAKK m. 8’de, tarım arazilerinin asgari tarımsal arazi büyüklüğünün altında bölünmeyeceği, bu büyüklüğe ulaşmış arazilerin ise bölünemez eşya niteliğinde olduğu düzenlenmiştir. Asgari tarımsal arazi büyüklüğü ise, her il ve ilçenin tarımsal ve coğrafi özellikleri de dikkate alınarak mutlak tarım arazileri, dikili ve örtü altı araziler için ayrı ayrı belirlenmiştir¹⁴.

⁹ ÖZAY, s. 152; SEROZAN, Rona/ENGİN, Baki İlkay; Miras Hukuku, Seçkin Yayınları, Ankara, 2019, s. 600.

¹⁰ DURAL, Mustafa/ÖZ, Turgut; Miras Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2016, s. 509; YAVUZ, Cevdet/TOPUZ, Murat; “Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun’un Türk Medeni Kanunu’nun Miras Hukukuna İlişkin Hükümlerinde Yaptığı Değişiklikler”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Araştırmaları Dergisi, Mehmet Akif Aydın’a Armağan, Cilt 21, Sayı 2, s. 673; ERDOĞAN, Kemal; “Tarım Arazilerinin Miras Yoluyla İntikali”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 24, Sayı 1, 2016, s. 134 vd.

¹¹ YAVUZ/TOPUZ, s. 673.

¹² YAVUZ/TOPUZ, s. 673.

¹³ OĞUZMAN, Kemal; Miras Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1995, s. 336; KILIÇOĞLU, Ahmet; Miras Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara, 2019, s. 367; İNAN, Ali Naim/ERTAŞ, Şeref/ALBAŞ, Hakan; Miras Hukuku, Seçkin Yayınları, Ankara, 2019, s. 584.

¹⁴ EREN/BAŞPINAR, s. 159.

Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu m. 8/B-2'de mülkiyetin devri işlemlerinin *mirasın açılmasından itibaren* bir yıl içinde tamamlanması gerektiği ifade edilmektedir. Türk Medenî Kanunu da açık bir şekilde mirasın, mirasbırakanın ölümüyle birlikte açılacağını düzenlemiştir. Dolayısıyla miras bırakanın ölümü veya ölüm karinesi, gaiplik gibi ölüm benzeri durumların¹⁵ varlığı halinde miras açılmış olur.

Mülkiyetin devri sisteminin işleyebilmesi için mirasın açılması sonrasında terekede bir tarım arazisinin ve mirasçı sıfatını haiz kimselerin bulunması da gereklidir. Terekede yer alan tarımsal arazi, yeterli gelir sınırına sahip olmalı¹⁶; birden fazla tarım arazisinin varlığı halinde ise bunlar arasında ekonomik bir bütünlük bulunmalıdır¹⁷.

Yukarıdaki şartların varlığı halinde miras tarım arazilerinin mülkiyetinin devrinin iradî ve kazaî devir olmak üzere iki şekilde meydana gelebileceğini söyleyebiliriz.

2. Miras Tarım Arazilerinin İradî Devri

Miras tarım arazilerinin iradî devri, tüm mirasçıların arazinin devri konusunda anlaşmaları halidir. Ancak mirasçıların aralarında varacakları anlaşma, yine kanunun öngördüğü sınırlar içerisinde bir anlaşma olmalıdır. Şöyle ki, TKAKK m. 8/C bu konuda söz konusu olabilecek alternatifleri sınırlı bir şekilde sıralamıştır. Buna göre mirasçılar, terekede bulunan tarım arazisinin mülkiyetini bir mirasçıya veya yeter gelirli tarımsal arazi büyüklüğünü karşılması halinde birden fazla mirasçıya; kuracakları aile malları ortaklığına; mirasçıların tamamının miras paylarına göre ortak oldukları bir limited şirkete ya da herhangi bir üçüncü kişiye devredebileceklerdir. Mirasçılar sözü edilen bu seçenekler dışında başka bir şekilde karar alma hakkına, yani iradî devir yoluna sahip değildir. Zira bu düzenleme emredici nitelikte olup mirasçıların aksine hareket etmeleri mümkün değildir¹⁸.

Mirasçılar bahsi geçen yollardan biri üzerinde anlaşmaya vardıkları takdirde devir işlemlerinin mirasın açılmasından itibaren bir yıl içerisinde tamamlanması gerekmektedir. Doktrinde bu bir yıllık sürenin kanunun sunmuş olduğu seçeneklerden herhangi birini gerçekleştirmek için yeterli bir süre olmadığı ve bazı hallerde bu sürenin aşılmasının kaçınılmaz olduğu ileri sürülmektedir¹⁹. Gerçekten de miras bırakanın ölüme bağlı tasarruflarının varlığı, bunların iptali ve benzeri hukukî süreçlerin sözkonusu olma ihtimali ve kanunda öngörülen seçenekler için gerekli zaman dilimi dikkate

¹⁵ ANTALYA, Gökhan/SAĞLAM, İpek; Miras Hukuku, Legal Yayınları, 2015, s. 313; SEROZAN/ENGİN, s. 454-455; KILIÇOĞLU, s. 150 vd.; İNAN/ERTAŞ/ALBAŞ, s. 454 vd.

¹⁶ Yeter gelirli arazi sınırına sahip olma şartının tarım arazileri bakımından aranmaması gerektiği yönündeki görüş için bkz. ÖZAY, s. 157-158.

¹⁷ EREN/BAŞPINAR, s. 163-166.

¹⁸ ÖZAY, s. 182; SEROZAN/ENGİN, s. 600.

¹⁹ ÖZAY, 166-167.

alındığında bu görüşün haklılık payı artmaktadır²⁰. Bu konuda söz konusu sürenin başlangıç tarihi için anılan hususlar dikkate alınarak olasılıklar üzerinden farklı başlangıç tarihlerinin öngörülmesi yerinde olabilir.

3. Miras Tarım Arazilerinin Kazaî Devri

Mirasçılar tarım arazisinin devri konusunda kanunun belirlediği sınırlar çerçevesinde bir anlaşmaya yine kanunun öngördüğü bir yıllık süre içerisinde varamazlar ise miras tarım arazilerinin kazaî devri gündeme gelmektedir. Kazaî devirden kastedilen şey, tarım arazilerinin devrinin kime ve ne şekilde devredileceğine ya mirasçılar tarafından ya da Tarım ve Orman Bakanlığı (Bakanlık) tarafından açılacak bir dava sonucunda karar verilmesi halidir.

Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu m. 8/C hükmü, mirasçılar aralarında anlaşmaya varamamaları halinde, mirasçılardan her birinin yetkili sulh hukuk mahkemesi nezdinde dava açabileceğini düzenlemiştir. Bu durumda mahkemenin verebileceği kararlar, yine aynı hükümde sınırlı bir şekilde sayılmıştır.

Yapılan yargılama sonunda, mahkemece öncelikle tarımsal arazi mülkiyetinin varsa ehil mirasçıya devrine karar verilmelidir. Şayet birden çok ehil mirasçı varsa, asgari geçimi bu tarım arazisine dayanan mirasçıya öncelik tanınarak arazinin mülkiyetinin bu mirasçıya devrine karar verilir. Ehil mirasçı bulunmadığı takdirde, arazinin mirasçılar arasından en yüksek bedeli teklif eden mirasçıya devrine karar verilir. (TKAKK m. 8/C/2-a)

Birden çok ehil mirasçının varlığı halinde, mirasçılar kişisel tarım arazilerinin yeter gelirli büyüklüğe ulaşması veya bu arazilerin ekonomik olarak işletilmesine katkı sağlamak amacıyla hâkim, tarım arazilerinin yeter gelir büyüklüğünü aramaksızın tarım arazisinin bu mirasçılara devrine karar verebilir. (TKAKK m. 8/C/2-b)

Hiçbir mirasçı arazinin kendisine devrini talep etmez ise, arazinin satışına karar verilir. Bu suretle yapılacak satış sonucu elde edilen gelir, mirasçılara payları oranında paylaşılır. (TKAKK m. 8/C/2-c)

Yeter gelirli tarımsal arazilerin birden çok yeter gelirli tarımsal arazi büyüklüğüne bölünebildiği hallerde, mahkemece bunlardan her birinin mülkiyetinin, mirasçılara ayrı ayrı devrine de karar verilebilir. (TKAKK m. 8/C/3)

²⁰ Bu görüşe göre, bir yıllık sürede tamamlanamayan devir işlemlerinde, bu süreyi aşan kısımda mahkemece arazi, tedbiren bir mirasçıya ya da üçüncü kişiye işlenmek üzere verilmelidir. Bkz. ÖZAY, s. 168.

II. MÜLKİYETİN DEVRİ SİSTEMİNİN MEDENÎ USÛL VE İCRA-İFLÂS HUKUKU BAKIMINDAN İNCELENMESİ

A. Ortaklar ya da Bakanlık Tarafından Açılacak Davanın Hukukî Niteliği

1. Davanın Hukukî Niteliğinin Tespiti

Mirasçılar arasında anlaşma sağlanamaması halinde mirasçılardan biri ya da Tarım ve Orman Bakanlığı, sulh hukuk mahkemesinde tarım arazisinin devri ya da üçüncü kişilere satılması amacıyla dava açabilir. (TKAKK m. 8/C-Ç) Bu dava hukukî niteliği itibarıyla bir paylaşma/ taksim davasıdır²¹. Paylaşma davası, mirasçılardan kendi aralarında anlaşmaya varamamaları halinde mahkemeden paylaşım talebinde buldukları davadır²².

Doktrinde bu davanın paylaşma davalarından ve iradî devirden farklı olduğu ileri sürülmektedir²³. Oysa aynı görüş, bu davaların görüleceği yetkili mahkemeyi belirlerken HMK m. 11'de yer alan mirasın paylaşılmasından hareket etmektedir²⁴. Bu görüş, mirasçılar ya da Bakanlık tarafından açılan davada, mahkemenin verebileceği kararların TKAKK m. 8/C ile sınırlı olmasını, yaklaşımına gerekçe olarak göstermektedir²⁵. Oysa TKAKK m. 8/C, "*mirasçılar arasında anlaşma sağlanmadığı takdirde*" ibaresi ile açılacak davanın bir paylaşma davası olduğunu zımnen de olsa ifade etmektedir. Hâkimin paylaşma davasında, sınırlı sayıda karar verme seçeneğinin olması davanın niteliğini değiştirmeyecektir.

Doktrinde mirasın taksimi davası, inşai dava olarak nitelendirilmektedir²⁶. Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu'ndan kaynaklı paylaşma davası mirasın taksimi davasına benzetildiği için inşai dava olarak nitelendirilebilir²⁷. İnşai davalar, inşai hakların dava yoluyla kullanıldığı hallerde yeni bir hukukî durum yaratan, mevcut bir durumu değiştiren ya da ortadan kaldıran davalardır²⁸. Gerçekten de miras tarım arazisinin devri ile miras ortaklığının son bulması ve mülkiyetin ehil mirasçıya ya da üçüncü

²¹ DURAL/ÖZ, s. 513; YAVUZ/TOPUZ, s. 673; ERDOĞAN, s. 156.

²² OZANEMRE YAYLA, Tolunay; Mirasın Paylaşılması, Turhan Kitabevi, Ankara, 2011, s. 223.

²³ ÖZAY, s. 178.

²⁴ ÖZAY, s. 177.

²⁵ ÖZAY, s. 178.

²⁶ ÖNEN, Ergun; İnşai Dava (İnşai Dava), Olgaç Matbaası, Ankara, 1981, s. 83; ARAL, Fahrettin; Türk Medeni Hukukunda Mirasın Taksimi Davası, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara, 1979, s. 59-60; SEROZAN/ENGİN, s. 609.

²⁷ DURAL/ÖZ, s. 513.

²⁸ ÖNEN, İnşai Dava, s. 83; ATALI, Murat/ERMENEK, İbrahim/ERDOĞAN, Ersin; Medeni Usul Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 2018, s. 349.

bir kişiye devri bir hukukî durumu ortadan kaldıran ve yeni bir hukukî durum yaratan nitelikte bir karar olarak değerlendirilebilir²⁹.

Paylaşma davasının bir eda ya da tespit davası olarak nitelendirilmesi de mümkün olmamalıdır³⁰. Eda davaları, davalının bir şeyi yapmaya, vermeye veya yapmaya mahkûm edilmesinin talep edildiği davalardır³¹. Tespit davaları ise, bir hukukî ilişkinin varlığının ya da yokluğunun veya bir belgenin sahte olup olmadığının belirlenmesi amacıyla açılan davalardır³². Paylaşma davaları, bozucu ve kurucu bir sonuç almayı amaçlayan çift taraflı davalar olması münasebetiyle inşai dava olarak nitelendirilmektedir³³.

Paylaşma davaları, tıpkı ortaklığın giderilmesi davaları³⁴ gibi çift taraflı davalardır³⁵. Hukuk sistemimizde dava, davacı ve davalı olmak üzere iki taraf üzerine kuruludur³⁶. Fakat paylaşma davasında, davalı da davacının sahip olduğu benzer haklara sahiptir. Bu davada, davalı tıpkı davacı gibi dava konusuna ilişkin iddia ve talepte bulunabilir. Örneğin, davacı ortak aynen taksim istemesine rağmen, davalı ortak satış suretiyle paylaşım talebinde bulunabilir. Bu nedenle bir karşı dava bulunmasa dahi hem davacı hem de davalı lehine hüküm verilir³⁷. Zira davacı ve davalı mirasçılar el-

²⁹ AVCI, Mehmet Özgür; Mirasın Mahkeme Kararı İle Paylaşılması, On İki Levha Yayınları, 2014, s. 73.

³⁰ ARAL, s. 56 vd.

³¹ PEKCANITEZ, Hakan; Medeni Usul Hukuku Pekcanitez Usul, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2017, s. 960.

³² PEKCANITEZ, Pekcanitez Usul, s. 972; KURU, Baki/BUDAK, Ali Cem; Tespit Davaları, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2010, s. 68-69.

³³ ARAL, s. 59; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip; Miras Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1978, s. 688; ÖZGÜR, Yılmaz; Müsterek Mülkiyetin Sona Ermesi, İstanbul, 1995, s.194-195; ÖNEN, İnşai Dava, s. 82-83.

³⁴ PAKEL, Nafi; "Ortaklığın Giderilmesi Davası, Mahiyeti ve Özelliği", İstanbul Barosu Dergisi, Cilt 83, Sayı 2009/1, s. 162.

³⁵ ARAL, s. 138-139; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 687-688; AVCI, s. 73; ÖNEN, İnşai Dava, s. 83. **Yararlı 14. HD. 25/04/2017 Tarih ve 2015/11597 E. 2017/3347 K. sayılı ilamı;** "...Paydaşlığın (ortaklığın) giderilmesi davaları, paylı mülkiyet veya elbirliği mülkiyetine konu taşınır veya taşınmaz mallarda paydaşlar (ortaklar) arasında mevcut birlikte mülkiyet ilişkisini sona erdirip ferdi mülkiyete geçmeyi sağlayan, iki taraflı, tarafları için benzer sonuçlar doğuran davalardır. Paydaşlığın giderilmesi davasını paydaşlardan biri veya birkaçı diğer paydaşlara karşı açar." www.sinerjimevzuat.com.tr adresinden 05 Mayıs 2019 tarihinde erişilmiştir.

³⁶ ATALI/ERMENEK/ERDOĞAN, s. 228-229; BUDAK, Ali Cem/KARAASLAN Varol; Medeni Usul Hukuku, Adalet Yayınları, Ankara, 2019, s. 94; PEKCANITEZ, Hakan/TAŞ KORKMAZ, Hülya; Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2017, s. 553-554.

³⁷ AKYOL ASLAN, Leyla; Medeni Usul Hukukunda Davadan Feragat, Yetkin Yayınları, Ankara, 2011, s. 288.

birliği ile maliktirler. Bu sebeple miras ortaklarının davacı ya da davalı tarafta yer almaları önem taşımamaktadır. Ancak her bir mirasçı mutlaka davada taraf olmalıdır³⁸. Aksi takdirde mahkemece paylaşmaya yönelik hüküm kurulamayacaktır.

2. Davanın Ortaklığın Giderilmesi, Tapu İptal ve Tescili ve Tescile Zorlama Davalarından Ayırt Edilmesi

Uygulamada bu davanın ortaklığın giderilmesi³⁹ veya tapu iptal ve tescil davası olarak nitelendirildiği durumlarla karşılaşılmaktadır. Fakat paylaşma davası, ortaklığın giderilmesi davasından farklı olduğu gibi, tarım arazileri için açılacak davanın tapu tescil davası olarak nitelendirilmesi de mümkün değildir.

Ortaklığın giderilmesi davası, TMK m. 699/2'de *"Paylaşma biçiminde uyuşma sağlanamazsa, paydaşlardan birinin istemi üzerine hâkim, malın aynen bölünerek paylaştırılmasına, bölünen parçaların değerlerinin birbirine denk düşmemesi halinde eksik değerdeki parçaya para eklenerek denkleştirme sağlanmasına karar verir."* şeklinde düzenlenmektedir. Bu hüküm paylı mülkiyete konu malvarlığının paylaştırılmasına ilişkin olsa da TMK m. 703/2, elbirliği ile mülkiyetin paylaştırmaya konu olması halinde de paylı mülkiyet hükümlerinin uygulanacağını düzenlenmektedir. Dolayısıyla hem elbirliği ile mülkiyet hem de paylı mülkiyete konu malvarlığının kazaî paylaşılması ortaklığın giderilmesi davası ile sağlanabilmektedir. Bu noktada mirasın paylaşılmasına yönelik paylaşma davası ile ortaklığın giderilmesi davası arasındaki sınırın ayırt edilmesi önem arz etmektedir.

Bir görüş, ortaklığın giderilmesi ve paylaşma davaları arasındaki ayrımın son derece net olduğunu ifade etmektedir. Bu görüşe göre, paylaşma davası miras ortaklığını sona erdirirken, ortaklığın giderilmesi davası paylı mülkiyet ilişkisini sona erdiren bir davadır⁴⁰. Bu görüş, sözü edilen davaların farklı oldukları noktasında kabul edilebilirse de ortaklığın giderilmesi davasının yalnızca paylı mülkiyet ilişkisini sona erdirdiği doğru bir ifade olarak değerlendirilemez. Zira TMK m. 703 gereği elbirliği ile mülkiyetin kazaî olarak paylaştırılması da ortaklığın giderilmesi davası ile sağlanmaktadır.

³⁸ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 689.

³⁹ 14. HD. 2015/4699 E. 2016/9627 K.; 6. HD 2009/9139 E. 2010/546; 20. HD. 2015/16560 E. 2016/2412 K.; 8. HD. 2011/2054 E. 2011/6469 K.; HGK 2012/18-1076 E. 2013/381 K. ; 2. HD 2012/5498 E: 2013/7349 K. www.sinerjimevzuat.com.tr adresinden 06 Aralık 2018 tarihinde erişilmiştir.

⁴⁰ AVCI, s. 70.

Elbirliği mülkiyetinde de her bir ortak ortaklığın giderilmesini isteyebilir⁴¹. Kaldı ki, elbirliği ile mülkiyet yalnızca miras ortaklığında değil, adi ortaklık, aile malları ortaklığı, karı koca mal ortaklığı hallerinde de söz konusu olur⁴². Bu kapsamda, kanaatimizce, paylaşma davasında miras ortaklığında söz konusu olan elbirliği mülkiyeti, miras hukukuna ilişkin paylaşma kuralları uygulanarak mahkeme tarafından sona erdirilir. Bu bakımdan paylaşma davası, ortaklığın giderilmesi davasından farklılık arz eder. HMK m. 4/b ve m. 322/2 hükümleri de bu ayrımı ortaya koymaktadır⁴³.

Tarım arazilerinin mülkiyetinin devri için açılan davanın tapu tescil davası olarak nitelendirilmesi de mümkün değildir. TKAKK m. 8/C-2-a'da yer alan ve yönetmelikle detayları belirtilen "ehil mirasçı" kavramından hareketle TAMDY m. 10'da⁴⁴ belirlenen ehil mirasçı kriterlerini haiz mirasçı, mülkiyetin kendisine devredilmesi gerektiği düşüncesiyle mirasçı adına bulunan tapu kaydının iptalini ve kendi adına tescilini talep edebilmektedir.

Doktrinde bu davanın, kanundan doğan bir alacak hakkına dayandığı ve bu sebeple tescile zorlama davası olarak nitelendirilmesi gerektiği yönünde bir görüş de mevcuttur⁴⁵. Fakat yukarıda da izah ettiğimiz üzere, mülkiyetin devri sistemi, doğrudan kanundan kaynaklanmamaktadır⁴⁶. Kaldı ki, mirasçılardan birine devri zorunluluğu alacak

⁴¹ EREN, Fikret; Mülkiyet Hukuku (Mülkiyet), Yetkin Yayınları, Ankara, 2016, s. 142; Miras ortaklığı dışındaki elbirliği ile mülkiyet hallerinde her bir ortağın tek başına ortaklığın giderilmesini istemeyeceği yönündeki görüş için bkz. OĞUZMAN, M. Kemal/SELİÇİ, Özer/OKTAY ÖZDEMİR, Saibe; Eşya Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2014, s. 348.

⁴² EREN, (Mülkiyet), s. 128.

⁴³ AVCI, s. 70.

⁴⁴ TAMDY Madde 10 "(1) Ehil mirasçının belirlenmesinde aşağıdaki kıstaslar dikkate alınarak yapılan hesaplama sonucunda elli puan ve yukarısına sahip olan mirasçı veya mirasçılar ehil mirasçı olarak kabul edilir. Mirasçılardan; a) Geçimini mirasa konu tarım arazilerinden sağlayanlara yirmi puan, b) Tarım dışı geliri bulunmayanlara on puan, c) Eşi fiilen tarımsal faaliyette bulunanlara on puan, ç) Tarımsal arazileri işleyebilecek mesleki bilgi ve beceriye sahip olanlara on puan, d) Mirasa konu arazilerin bulunduğu ilçe sınırları içinde altı yıla kadar ikamet edenlere beş puan, altı yıl ve daha uzun süre ikamet edenlere on puan, e) Herhangi bir sosyal güvencesi olmayanlara on puan, f) Sosyal Güvenlik Kurumu (SGK) kapsamında tarım sigortası olanlara beş puan, g) Bakanlığın mevcut kayıt sistemlerine kayıtlılık süreleri altı yıla kadar olanlara beş puan, altı yıl ve daha uzun süre olanlara on puan, ğ) Tarımsal örgütlere kayıtlılık süreleri altı yıla kadar olanlara iki puan, altı yıl ve daha uzun süre olanlara beş puan, h) Tarım alet ve donanımlarına sahip olanlara beş puan, ı) Kadın olanlara beş puan verilir."

⁴⁵ ÖZÇELİK, Barış; "5403 Sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu'nda 6537 Sayılı Kanun'la Yapılan Değişiklikler ve Değerlendirilmesi", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XIX, Sayı 1, 2015, s. 97.

⁴⁶ Bkz. Yuk. I. A.

hakkı olarak da nitelendirilemez⁴⁷. Zira alacak hakkı, borç ilişkisinden doğan, nispi ve geçici bir malvarlığı hakkıdır⁴⁸. Bu davada, davalı mirasçılarının paylaştırmaya muvafakat etmelerinin talep ve dava edildiği de söylenemez. Zira bu davada miras ortaklığının kaldırılarak mirasçılarının kişisel hak sahibi kılınmaları amaçlanır⁴⁹. Mirasçılarının miras taksim edildikten sonra taşınmaz kendisine tahsis edilen mirasçı lehine tescil talebinde bulunmaları hali tescile zorlama davası olarak nitelendirilebilir⁵⁰. Fakat bu davada henüz paylaşım gerçekleşmemiştir. Davanın konusu paylaşımın gerçekleştirilmesidir⁵¹. Bu görüş kabul edildiği takdirde, mirasçılarının paylaşımı talep haklarının kanundan doğan bir borç olduğunun kabulü gerekir ki, bunun da kabulü mümkün değildir⁵². Zira bu halde davalının mahkûm edileceği bir eda söz konusu olamayacaktır.

Kanaatimizce, burada bir inşai hakkın dava yoluyla kullanılması söz konusudur. Bu nedenle, bu davanın tescile zorlama ya da tapu tescil davası olarak nitelendirilmesini haklı kılacak ve alacak ya da tescil talebine vücut verebilecek bir hukukî sebep olmadığı ortadadır.

3. Mülkiyetin Devrine Yönelik Yargılamanın Çekişmesiz Yargı Bakımından Değerlendirilmesi

Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 382/2'de örnek mahiyetinde çeşitli hukuk dallarındaki çekişmesiz yargı işleri sayılmıştır. Miras hukukuna ilişkin sayılan çekişmesiz yargı işleri arasında, *"sulh hâkiminin özellikleri olan eşyanın mirasçılardan birine tahsis edilmesi veya satılmasına karar vermesi"* yer almaktadır. Anılan düzenleme kapsamında, bir an için tarım arazilerinin mülkiyetinin devrine yönelik yargılamanın çekişmesiz yargı işi olarak nitelendirilebileceği akla gelebilir. Zira özellikleri olan eşyanın özgülenmesi, HMK m. 382'de bir kısmına yer verilen ve çekişmesiz yargı işi olarak nitelendirilecek hukukî ilişkiler ve müesseseler arasında yer almaktadır. Bu yargılamada bir çekişme var olsa dahi, bu çekişme, yalnız başına çekişmesiz yargı işi olarak nitelendirmeye de engel değildir⁵³. Doktrinde, özellikleri olan eşyanın mirasçılardan birine

⁴⁷ Mirasçılarının her birinin talep üzerine paylaştırmaya muvafakat etmelerine yönelik kanundan doğan bir borç ile yükümlü oldukları görüşünün eleştirisi için bkz. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 688.

⁴⁸ EREN, Fikret; Borçlar Hukuku Genel Hükümler (Borçlar), Yetkin Yayınları, Ankara, 2018, s. 48 vd.; ANTALYA, Gökhan; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayınları, Ankara, 2019, s. 69.

⁴⁹ ÖNEN, İnşai Dava, s. 82-83.

⁵⁰ ÖNEN, İnşai Dava, s. 86.

⁵¹ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 688.

⁵² ARAL, s. 57-58.

⁵³ Çekişmenin olmamasının çekişmesiz yargı işi kriterlerinden yalnızca birisi olduğu, her çekişme halinde o işin çekişmeli yargı olarak nitelendirilemeyeceği için bkz. ATALI, s. 2108.

tahsisinin, uyuşmazlığın olmaması ve inşâî tesir kıstasları bakımından; mirasçılar arasında anlaşma olmaması halinde ise resen harekete geçme ve inşâî tesir kıstasları bakımından çekişmesiz yargı işi olduğu da ifade edilmektedir⁵⁴.

İzah edilen çerçevede, miras tarım arazilerinin mülkiyetinin devri ne yönelik yargılamanın çekişmesiz yargı işi olup olmadığı, mülkiyetin devrinin özellikleri olan eşyanın özgülenmesi olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceği ile belirlenebilir. TMK 653 ile 668'nci maddeleri arasında özellikleri olan eşyanın özgülenmesi düzenlenmektedir. Buna göre, bir bütün oluşturan eşya ile özel anı değeri olan eşya ya da aile belgeleri özellikleri olan eşyalar arasında sayılmaktadır. Murise ait hatıra defteri, aile fotoğrafları, diploma ve madalyalar gibi eşyalar bunlara örnek gösterilebilir⁵⁵. Benzer şekilde, mirasbırakanın mirasçılardan birinden olan alacağı ve rehnedilmiş tereke malları da özellikleri olan eşyalar arasında sayılmaktadır. Taşınmazlar ile tarımsal işletmeler de TMK m. 656 vd. özellikleri olan eşyalar arasında yer almaktadır. Ancak m. 659 ve devamında düzenlenen tarımsal işletmelerin özgülenmesine ilişkin hükümler 6537 sayılı Kanun ile yürürlükten kaldırılmıştır.

Her ne kadar TMK'da özellikleri olan eşyalar arasında sayılmış olsa da tarımsal işletmelerin özgülenmesine yönelik hükümlerin 6537 sayılı Kanun ile yürürlükten kaldırılması ve TMK m. 656 uyarınca taşınmazların bölünmelerine ilişkin özel kanun hükümlerinin ayrı tutulması nedenleri ile tarım arazilerinin özgülenmesinin çekişmesiz yargı işi olarak nitelendirilmesi mümkün değildir. Ayrıca çekişmesiz yargı işlerindeki resen harekete geçme ilkesi, mirasçılar ya da Bakanlık tarafından açılan davalarda söz konusu olmamaktadır⁵⁶. Yine bu yargılamada tüm mirasçılar davalı olarak gösterilmeksizin veya davacı ya da davalı tarafta yer almaksızın yargılama yapılamamaktadır⁵⁷. İlaveten yargılama sonunda verilen hüküm, maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmektedir. Kanun yolu bakımından ise çekişmesiz yargı işlerinin aksine temyiz kanun yoluna başvurulabilmektedir. Tüm bu gerekçelerle tarım arazilerinin özgülenmesine yönelik yargılama, çekişmesiz yargı işi olarak nitelendirilemez. Bu yargılama, paylaşma davasından başka bir şey değildir.

B. Yetkili Mahkemenin Belirlenmesine İlişkin Sorunlar

Mirasçılar, terekedeki tarım arazisinin mülkiyetinin mirasçılardan birine ya da kurulacak aile malları ortaklığına veya üçüncü kişilere devri konusunda anlaşamazlar

⁵⁴ AKİL, Cenk; "Vesayete İlişkin Olanlar Dışında Türk Medeni Kanunu'nda Yer Alan Çekişmesiz Yargı İşleri", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 62(4), 2013, s. 952.

⁵⁵ DURAL/ÖZ, s. 497.

⁵⁶ Bazı farklılıklar arz etmekle birlikte tasarruf ve taleple bağlılık ilkelerinin uygulandığı hususunda bkz. Aşağıda (Aşa.) II. D. 1 ve II. D. 2.

⁵⁷ ÖNEN, İnşai Dava, 83.

ise, mirasçılardan biri ya da Bakanlık tarafından tarım arazisinin mülkiyetinin devri amacıyla bir dava açılmaktadır. Bu dava, bir görüşe göre mirasın paylaşılmasından kaynaklanan bir dava olduğundan, HMK m. 11 gereği, ölenin son yerleşim yeri mahkemesi kesin yetkilidir⁵⁸. Bu halde mirasbırakanın ölümüne bağlı tasarrufla dahi yetkili mahkemeyi değiştiremeyeceği öğretilmiş ifade edilmektedir⁵⁹. Bununla birlikte, tarım arazilerinin paylaşma davasının konusunu oluşturduğu bu ihtimalde, dava konusunun bir taşınmaz olduğu göz ardı edilmemelidir. Bu bağlamda, HMK m. 12 gereğince taşınmazın bulunduğu yer mahkemesi de kesin yetkilidir. Dolayısıyla iki kesin yetki arasında hangi yetki kuralının uygulanacağı tartışma konusu olabilir.

Bilindiği üzere kesin yetki, mahkemeye ilişkin dava şartları arasında yer almaktadır⁶⁰. Ayrıca kesin yetki kuralına uyulmamış olması yargılamanın her safhasında mahkemece kendiliğinden gözetilmelidir⁶¹. Bu durum istinaf yargılaması evresinde kararın kaldırılmasına ve dosyanın yetkili mahkemeye gönderilmesine; temyiz evresinde ise bozma kararına vücut verir⁶². Dolayısıyla söz konusu dava bakımından yetkili mahkemenin doğru tespit edilmesinde yarar vardır.

Doktrinde bir görüşe göre, terekeye giren bir taşınmaz hakkında açılacak davalarda, taşınmazın bulunduğu yer mahkemesine ilişkin kesin yetki kuralının uygulanmayacağı kabul edilmektedir⁶³. Bu görüş, mirasbırakanın son yerleşim yeri mahkemesine ilişkin kesin yetki kuralının taşınmazlara ilişkin yetki kuralı bakımından özel hüküm olduğunu kabul etmektedir⁶⁴.

Bir diğer görüşe⁶⁵ göre ise konusunu bir taşınmazın oluşturduğu paylaşma davaları bakımından, taşınmazın bulunduğu yer mahkemesi kesin yetkili olarak kabul edilmektedir.

Başka bir görüş⁶⁶, HMK m. 11 ve m. 12 arasında, hangi hükmün özel hangi hükmün genel hüküm olduğunun tespitinin güç olduğunu ileri sürmektedir. Bu sebeple,

⁵⁸ ÖZAY, s. 177.

⁵⁹ OZANEMRE YAYLA, s. 253.

⁶⁰ TANRIVER, Süha; Medenî Usûl Hukuku Cilt 1, Yetkin Yayınları, Birinci Baskı, Ankara, 2016, s. 239.

⁶¹ ARSLAN, Ramazan/YILMAZ, Ejder/TAŞPINAR AYYAZ, Sema; Medeni Usul Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016, s. 220.

⁶² TANRIVER, s. 239.

⁶³ AKKAN, Mine; Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2017, s. 300; KURU, Baki; Medeni Usûl Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019, s. 65; POSTACIOĞLU, İlhan/ALTAY, Sümer; Medeni Usul Hukuku, Legal Yayınları, İstanbul, 2015, s. 120-121; UMAR, Bilge; Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014, s. 49.

⁶⁴ AKKAN, Pekcanitez Usul, s. 300; POSTACIOĞLU/ALTAY, s. 120-121.

⁶⁵ ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYYAZ, s. 211.

⁶⁶ YILMAZ, Ejder; Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Yetkin Yayınları, Ankara, 2012, s. 143.

davacının, bu iki kesin yetki kuralı arasında seçimlik hakkının bulunduğunu kabul etmektedir⁶⁷.

Yargıtay da mirasa konu taşınmazın paylaşma davasına konu olması halinde davanın taşınmazın bulunduğu yer mahkemesinde görülmesi gerektiği yönünde kararlar vermektedir⁶⁸. Ancak terekede yer alan diğer mallarla birlikte bir taşınmazın paylaşma davasına konu edilmesi durumunda ise ölenin son yerleşim yeri mahkemesinin kesin yetkili olduğunu kabul etmektedir⁶⁹.

Kanaatimizce ileri sürülen farklı görüş ve Yargıtay uygulamaları, kanun koyucunun kesin yetki kurallarını kabul etme amacı çerçevesinde yeniden değerlendirilmelidir. Kanun koyucu, bazı kamu düzeni hallerinde, uyumsuzluğun yalnızca kanunda belirtilen yer mahkemesinde görülmesini amaçlamaktadır. Bütün kesin yetki kuralları, aynı zamanda yetki kurallarının kamu düzeninden kabul edildiği hallerdir⁷⁰. Kanun koyucu her bir kesin yetki kuralında korunmaya değer bir menfaati gözetmektedir. O halde HMK m. 11 ve m. 12 hükümlerinin kabul edilmesindeki amaçlardan hangisine öncelik verilmesi gerektiği ortaya konulmalıdır.

Kanun koyucu, taşınmazların aynına ilişkin davaların taşınmazın bulunduğu yer mahkemesinde, en hızlı, en az masraflı ve zahmetsizce çözümlenebileceği düşüncesinden hareket etmektedir⁷¹. Zira taşınmaz ile ilgili karar verecek mahkeme, keşif yap-

⁶⁷ YILMAZ, s. 143.

⁶⁸ **Yargıtay 20. Hukuk Dairesi 26.11.2015 Tarih ve 2015/4966 Esas, 2015/11810 Karar sayılı ilamı;** “...Dava, tarafların miras yoluyla intikal eden ve iştirak halinde malik olduğu taşınmazda ortaklığın giderilmesi istemine ilişkindir...Ortaklığın giderilmesi davası taşınmazın aynına ilişkin dava olup, HMK'nın 12/1 maddesi hükmüne göre taşınmazın aynına ilişkin davalarda yetkinin kesin olmasına göre ... ilçesi sınırları içinde bulunan ... köyündeki taşınmazlar yönünden yetkili mahkeme...Sulh Hukuk Mahkemeleridir. Bu nedenle uyumsuzluğun ... Sulh Hukuk Mahkemesince görülerek çözümlenmesi gerekir.” www.sinerjimevzuat.com.tr adresinden 05 Mayıs 2019 tarihinde erişilmiştir.

⁶⁹ **Yargıtay 14. HD 28.03.2013 Tarih ve 2013/3030 E. 2013/4703 K. sayılı ilamı;** “...Dava konusu, taşınmaza ilişkin bulunduğu ve davanın miras bırakanın taşınır taşınmaz mal ayrımı yapılmaksızın terekesiyle ilgili olarak açılmadığı anlaşıldığından 6100 sayılı HMK'nın 12. maddesinin 3. fıkrasına göre taşınmazlardan birinin bulunduğu yer mahkemesi olarak Manavgat Sulh Hukuk Mahkemesinin yetkili olduğu gözetilmeksizin mahkemenin yetkisizliğine karar verilmesi doğru görülmemiş, bu sebeple hükmün bozulması gerekmiştir.” www.sinerjimevzuat.com.tr adresinden 05 Mayıs 2019 tarihinde erişilmiştir.

⁷⁰ YILMAZ, s. 97.

⁷¹ ÖNEN, Ergun; “Gayrimenkul Davalarında Yetki”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 22-23(1-4), 1965-1966, 582; YILMAZ, s. 149.

mak isteyebilir veya tanık ya da bilirkişileri keşif mahallinde dinleyebilir. Böylelikle ihtilafın, taşınmazın bulunduğu yer mahkemesinde görülmesi ile daha sağlıklı ve daha emin bir şekilde çözüme kavuşturulması amaçlanmaktadır⁷².

Mirasbırakanın son yerleşim yeri mahkemesinin kesin yetkili olarak kabul edilmesi ise mirasın açılmasıyla birlikte mirasçıların elbirliği ile malik oldukları miras ortaklığının yönetiminden kaynaklanan davaların en sağlıklı şekilde ölenin son yerleşim yerinde görüleceği düşüncesine dayanmaktadır⁷³. Yine terekenin kesin paylaşılmasına kadar mirasçılara karşı açılacak tüm davalar⁷⁴ için de aynı yer mahkemesi, kesin yetkilidir. Gerçekten de her bir mirasçının bulunduğu yer mahkemesinin yetkili olması veya terekedeki malvarlığının bulunduğu yerlerin ayrı ayrı yetkili olduğunun kabul edilmesi, yargılamaları gereksiz şekilde uzatabilir ve usûl ekonomisine aykırı bazı sonuçlar da doğurabilir.

Kanun koyucunun her iki kesin yetki kuralı ile ilgili amacı dikkate alındığında, usul ekonomisini ve bu bağlamda kamu düzenini korumayı amaçladığı ortadadır. Bu açıdan, kanaatimizce, terekede bir taşınmazın bulunduğu hallerde, taşınmazın bulunduğu yer mahkemesi (HMK m. 12) kesin yetkili olarak kabul edilmelidir. Yargıtay'ın terekenin taşınır-taşınmaz ayrımı yapılmaksızın paylaşılmasına yönelik davalarda ölenin son yerleşim yeri mahkemesinin yetkili olduğu yaklaşımına, tarım arazilerinin mülkiyetinin devri bakımından katılmak mümkün görülmemektedir. Zira mülkiyetin devri sisteminde diğer mirasçılara payları oranında arazinin tarımsal gelir değeri üzerinden ödeme yapılmaktadır. Bu sebeple miras tarım arazisinin paylaşılmasının, terekedeki diğer malvarlığının paylaşılmasından bağımsız olarak ele alınmasında bir sakınca olmamalıdır. Nitekim TKAKK m. 8/Ğ'de yer alan denkleştirmeye ilişkin düzenlemede de denkleştirmenin arazi üzerindeki rehinli alacaklar bakımından yapılacağı ifade edilmektedir. Dolayısıyla terekedeki tarım arazileri için açılacak paylaşma davaları her koşulda taşınmazın bulunduğu kesin yetkili yer mahkemesinde görülmelidir. Şayet taşınır malvarlığı ile birlikte ölenin son yerleşim yerinde açılan bir paylaşma davası olursa, tarım arazileri için yetkisizlik kararı verilmeli ve bu durum mahkemece her aşamada gözetilmelidir.

⁷² ERKAN, Mustafa; "Bir Tabu: Taşınmazın Aynına İlişkin Davalarda Münhasır Yetki", Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 20, Sayı 1, 2012, 20.

⁷³ ATALI/ERMENEK/ERDOĞAN, s. 205.

⁷⁴ HMK m. 11 gerekçesi; "O nedenle, "tereke aleyhine ikame olunan davalar" ifadesinin, "mirasçılara karşı açılacak tüm davalar" şeklinde değiştirilmesi uygun görülmüştür. Belirtmek gerekir ki, bu durum, mirasçıların iştirak halinde mülkiyet kuralları gereğince birlikte hareket etmek zorunda oldukları haller için geçerli olacaktır. Buna karşılık, mirasçıların, müteselsilen sorumlu oldukları bir borç söz konusu ise bu takdirde, mirasçılardan birinin bulunduğu yer mahkemesinde de dava açılabilir.".

C. Mülkiyetin Devrine İlişkin Düzenlemenin Emrediciliği ve Hâkimin Takdir Yetkisi Bakımından Ortaya Çıkabilecek Sorunlar

1. Mülkiyetin Devrine İlişkin Düzenlemenin Emrediciliği

Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu'nun mülkiyetin devrine ilişkin hükümleri hem mirasçılardan kendi aralarındaki anlaşmalar bakımından hem de dava halinde mahkemece verilecek kararlar bakımından emredici hukuk kurallarıdır⁷⁵. Zira bu hükümler, mirasçılara irade serbestisi tanımamakta⁷⁶, mirasın açılmasından itibaren bir yıl içerisinde kanundaki sınırlı seçeneklerden birini uygulama zorunluluğu getirmekte⁷⁷ ve mahkemenin verebileceği kararları⁷⁸ da sınırlı şekilde saymaktadır.

Emredici hukuk kuralları, bir hukukî ilişkinin taraflarının aksini kararlaştırmalarına hukuk düzenince izin verilmeyen kurallardır⁷⁹. Emredici hukuk kuralları, hükmün lafzı, ruhu ve amacı da dikkate alınarak kamu düzenini, kişiliği ve genel ahlaki korumayı amaçlamaktadır⁸⁰. Tarım arazilerinin mülkiyetinin devrinde de tarım arazilerinin bölünerek küçülmesi ve tarımsal üretim ve verimin azalması, kamu menfaati düşünülerek engellenmeye çalışılmıştır⁸¹. Kanundaki "...karar verir, paylaşılır." ibarelerinden⁸² de, düzenlemenin emredici olduğu anlaşılmaktadır.

2. Hâkimin Takdir Yetkisini Kullanabileceği Haller

Her ne kadar bu düzenleme, taraflar ve hâkim için emredici olsa da TKAKK m. 8/C, iki durumda hâkime takdir yetkisi⁸³ tanımaktadır. Buradaki takdir yetkisi bir kural

⁷⁵ ÖZAY, s. 152.

⁷⁶ ÖZAY, s. 148.

⁷⁷ Bkz. TKAKK m. 8/B-2.

⁷⁸ Bkz. TKAKK m. 8/C-2.

⁷⁹ OĞUZMAN, Kemal/BARLAS, Nami, Medeni Hukuk, Vedat Kitapçılık, 2014, İstanbul, s. 84.

⁸⁰ OĞUZMAN/BARLAS, s. 85.

⁸¹ Bkz. 6537 Sayılı Kanun Genel Gerekçe.

⁸² OĞUZMAN/BARLAS, s. 85.

⁸³ Hâkimin takdir yetkisi, kural içi bir boşluğun varlığı halinde, hukukun somut olaya uygulanabilmesi için normun amacı da dikkate alınarak hukuk uygulayıcıları tarafından boşluğun ferdileştirilip doldurulmasıdır. Takdir yetkisi, maddi hukuk kurallarındaki boşluğun hakkaniyet ve nesafete göre doldurulmasını ifade etmektedir. Bkz. EDİS, Seyfullah; "Hukukun Uygulanmasında Yargıca Tanınmış Takdir Yetkisi", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 30/1, 1973, s. 172-174. Dava konusu hak bakımından doldurulması hâkime bırakılan kural içi boşluklar için maddi takdir yetkisinden söz edilirken; yargılama faaliyetinin yürütülmesi için bırakılan kural içi boşluklar usulî takdir yetkisi ile doldurulmaktadır. ERMENEK, İbrahim; Davaların Birleştirilmesi ve Ayrılması (Birleştirme), Yetkin Yayınları, Ankara, 2014, s. 185.

içi boşluğun⁸⁴ doldurulmasından kaynaklanmamakta, hükümde yer alan “... karar verebilir.” ibaresi ile hâkime bir takdir yetkisi tanınmaktadır⁸⁵. Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu m. 8/C’de yer alan: “Birden fazla ehil mirasçı olması ve bu mirasçıların miras dışı tarımsal arazilere sahip olması durumunda, bu mirasçıların mevcut arazilerini yeter gelirlili büyüklüğe ulaştırmak veya bu arazilerin ekonomik olarak işletilmesine katkı sağlamak amacıyla hâkim, tarım arazilerinin yeter gelir büyüklüğünü aramaksızın bu mirasçılara devrine karar verebilir....Yeter gelirlili tarımsal araziler birden çok yeter gelirlili sağlayan tarımsal arazi büyüklüğüne bölünebiliyorsa, sulh hukuk hâkimi bunlardan her birinin mülkiyetinin, yukarıda belirtilen hükümler çerçevesinde mirasçılara ayrı ayrı devrine karar verebilir” ifadeleri⁸⁶ ile hâkime bir takdir yetkisi tanıdığı açıktır. Fakat bu takdir yetkisinin sınırlarının, hükmün emrediciliği karşısında doğru bir şekilde tespit edilmesi gerekmektedir.

Hâkimin TKAKK m.8/C kapsamında takdir yetkisi, yalnızca birden çok ehil mirasçının varlığı halinde, mirasçıların mevcut arazilerinin yeter gelirlili arazi büyüklüğüne ulaşması ve miras tarım arazisinin birden çok yeter gelirlili tarım arazisine bölünmesi halleri içindir. Ancak birden çok ehil mirasçının varlığına ilişkin m. 8/C/2-a’da da bir düzenleme mevcuttur. Buna göre, tarım arazisi, asgari geçimini bu araziden sağlayan mirasçıya, bu mirasçının olmaması halinde en yüksek teklif veren mirasçıya devredilmelidir. Bu düzenleme açıkça “hâkim.... devrine karar verir.” ifadesi ile emredici niteliktedir. Bu noktada temel sorun, asgari geçimini bu araziden sağlayan ehil mirasçının varlığına rağmen, hâkimin takdir yetkisini kullanarak diğer ehil mirasçıların arazilerinin yeter gelirlili arazi büyüklüğüne ulaşması için arazinin bölünmesine karar verip veremeyeceğidir. Aynı şekilde en yüksek teklif veren mirasçıya devir yerine, arazinin birden çok yeter gelirlili arazi büyüklüğüne bölünmesine karar verilip verilemeyeceği de belirsizdir. Her şeyden önce hâkim, takdir yetkisini kullanırken, hükmün amacı, korumak istediği menfaat ve çizdiği sınırlarla bağlıdır⁸⁷. Bu bağlamda, TKAKK m. 8 ve devamında yer alan hükümlerin amacı belirlenmek suretiyle söz konusu belirsizliklerin giderilebilmesi mümkündür.

⁸⁴ Kural içi boşluk, kanun koyucunun bilerek ve isteyerek bıraktığı, hükmün uygulanması sırasında hüküm dışı unsurlara başvuru boşluklardır. ÖZTAN, Bilge; Medeni Hukukun Temel Kavramları, Turhan Kitabevi, Ankara, 2017, s. 146.

⁸⁵ ÖZAY, s. 181. Takdir yetkisi, bir hükmün “...yapabilir, kara verilebilir” tarzında ibareler içerdiği hallerde de söz konusu olabilir. OĞUZMAN/BARLAS, s. 90.

⁸⁶ Söz konusu hüküm, tarım arazisinin yeter gelirlili arazi büyüklüğü altında bölünme yasağının istisnasını teşkil etmektedir. “...Bu gibi hallerde Kanuna ekli (I) sayılı Cetvelde Beypazarı için kabul edilen, kuru arazide yeter gelirlili arazi büyüklüğü olan 150 dönüm şartı aranmaz.” EREN/BAŞPINAR, s. 180.

⁸⁷ OĞUZMAN/BARLAS, s. 93.

Düzenlemenin temel amacı, tarım arazilerinin işletme ekonomisine katkı sağlayacak yeter büyüklükte olması ve bölünerek küçülmesinin önlenmesidir⁸⁸. Dolayısıyla hâkim takdir yetkisini, bu amacın sınırlarında kalmak suretiyle kullanabilir. Ancak m. 8/C/2-a'daki emredici ifade kanun koyucunun bu amacı ile çelişmektedir. Bu doğrultuda, kanaatimizce, hâkime, m. 8/C/2-a'daki emredici ifade değiştirilmek suretiyle, tarım arazisinin birden çok yeter gelirli araziye bölünmesine ya da birden çok ehil mirasçıya, arazilerinin yeter gelirli arazi büyüklüğüne ulaşması için taksim edilerek devrine karar verebilme noktasında bir takdir yetkisi tanınmalıdır. Mevcut düzenleme karşısında, hâkimin, birden çok ehil mirasçının varlığı halinde, asgari geçimini tarım arazisinden sağlayan mirasçının da miras dışı arazisi var ise, bu mirasçıya arazisini yeter büyüklüğe ulaştırarak arazi vermek koşuluyla, m. 8/C/2-b'deki takdir yetkisinin kullanılmasında da bir sakınca olmamalıdır.

Doktrinde, birden çok ehil mirasçıdan birisinin asgari geçimini tarım arazisinden sağladığı hallerde, TKAKK m. 8/C/2-a'da yer alan hükmün hâkim için emredici olduğu ve bu nedenle takdir yetkisi ile birden çok ehil mirasçıya tarım arazilerinin yeter gelirli arazi büyüklüğüne ulaşması için devre karar verilemeyeceği ifade edilmektedir⁸⁹. Ancak bu görüş, hükmün yukarıda ifade ettiğimiz amacı ile bağdaşmamaktadır. İlaveten, bu görüşün kabulü halinde, hâkimin takdir yetkisi, ehil mirasçılardan birisinin asgari geçiminin tarım arazisine bağlı olmadığı hallere münhasır olarak sınırlandırılmaktadır. Ayrıca en yüksek teklif veren mirasçının varlığına rağmen, arazinin birden çok yeter gelirli arazi büyüklüğüne bölünüp bölünemeyeceği de bu görüşle açıklanamamaktadır. Bununla birlikte, uygulamada da kanaatimizin aksine istinaf mahkemesi kararları bulunmaktadır⁹⁰.

⁸⁸ 6537 sayılı Kanun genel gerekçesi; "...Ülkemizdeki tarım arazileri, küçük ölçekte, birbirinden uzak ve çok sayıda parçadan meydana gelmektedir. Miras veya satış yolu ile meydana gelen arazi parçalanmaları her geçen yıl artmakta ve tarım arazileri ekonomik parsel büyüklüklerinin altına düşmektedir. Bu durum tarımsal yapıyı ve üretimi olumsuz yönde etkilemektedir. Türkiye'de, tarım arazilerinin mirasa konu olması sebebiyle tarım arazileri sürekli parçalanmış, bölünmüş ve bugün ortalama işletme büyüklüğü 5,9 hektara kadar düşmüştür. Avrupa Birliği ülkelerinde ve Amerika Birleşik Devletlerinde alınan önlemler sayesinde tarım arazilerinin büyüklükleri çok daha fazla miktardadır. Örneğin, ortalama tarım işletmesi büyüklüğü İngiltere'de 53,8 ha. Fransa'da 52,1 ha. Almanya'da ise 45,7 hektardır. Bugünkü koşulların devam etmesi diğer bir ifade ile herhangi bir önlem alınmaması durumunda 2023 yılında ülkemizdeki ortalama işletme büyüklüğünün 5 hektara kadar düşmesi beklenmektedir. Böyle bir yapı içerisinde verimli bir ekonomik faaliyette bulunmak ve verimli bir tarımsal üretim yapmak neredeyse imkânsızdır. Türkiye'nin tarımla ilgili en önemli sorunlardan birisi de budur."

⁸⁹ ÖZAY, s. 182.

⁹⁰ Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 2017/137 E. 2017/102 K. sayılı ilamı; "...Somut olayda, mahkemece paydaşlığın giderilmesi istenilen taşınmazların 6537 sayılı kanunla değişik 5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanun'un 8/C maddesine göre tarımsal arazi ve yeterli tarımsal

Kanunda yer almamakla birlikte, bir görüşe göre⁹¹, arazinin bölünerek devrinde ehil mirasçının miras dışı arazisi ile miras tarım arazisi arasında ekonomik bütünlük⁹² koşulu aranmalıdır. Bu görüş, hükmün amacına da uygundur. Zira ancak ekonomik bütünlük sayesinde, işletme ekonomisine sağlanmak istenen katkının gerçekleştiğinden söz edilebilir.

3. Ölümüne Bağlı Tasarrufların Yargılamaya Etkisi

Sulh hukuk mahkemesinin, mülkiyetin devri yargılamasında, mirasbırakanın ölümüne bağlı tasarruflarının varlığı halinde nasıl bir karar vereceği de açıklığa kavuşturulmalıdır. Zira mirasbırakanın belirlediği paylaşma kuralları emredici hukuk kurallarına veya kamu düzenine aykırı ise ölümüne bağlı tasarruf hükümsüzdür⁹³. Zira TKAKK m. 8/F/1: “Yeter gelirlili tarımsal arazi mülkiyetinin kendisine devredilmesini isteyen ve buna ehil tek mirasçı olduğu anlaşılan mirasçının bu konudaki istem hakkı, ölümüne bağlı tasarrufla ortadan kaldırılamaz. Mirastan çıkarma, mirastan yoksunluk ve mirastan feragat halleri saklıdır” hükmünü barındırmaktadır.

Doktrinde tarım arazisiyle ilgili bir ölümüne bağlı tasarrufa ilişkin iptal davası açıldığı takdirde, sulh hukuk mahkemesinin bu davayı bekletici mesele yapması gerektiği

arazi olup olmadığı, mirasçılardan kişisel yetenekleri, ehil olup olmadıkları, birden fazla ehil mirasçı varsa bu mirasçılardan asgari geçimini bu yeterli gelirlili tarım arazisinden sağlayan mirasçının bulunup bulunmadığının araştırılması, asgari geçimini yeter tarım arazisinden sağlayan mirasçı bulunmaması halinde, mirasçılardan taşınmazı satın almak isteyen varsa bu şahıslardan taşınmazların değeri konusunda tekliflerin toplanması, mülkiyetin devrini uygun bulunduğu mirasçıya, diğer mirasçılardan miras paylarının bedelini mahkeme veznesine depo etmek üzere 6 aya kadar süre verilmesi, mirasçı tarafından talep edilmesi halinde 6 aylık ek süre verilmesi, belirlenen süre içinde bedelin depo edilmemesi ve devir hususunda istekli başka mirasçı bulunmaması durumunda tarımsal arazinin veya yeter gelirlili tarımsal arazinin açık artırmayla satılmasına karar verilmesi gerekirken, ehil mirasçının tespitinin satış memurluğuna bırakılması suretiyle yazılı şekilde karar verilmesi doğru olmadığından Konya 3. Sulh Hukuk Mahkemesi'nin 2016/500 Esas ve 2016/1560 karar sayılı kararının kaldırılarak, dosyanın yeniden bir karar verilmek üzere mahalli mahkemesine gönderilmesine ilişkin aşağıdaki hüküm kurulmuştur.” www.sinerjimev-kuat.com.tr adresinden 05 Mayıs 2019 tarihinde erişilmiştir.

⁹¹ ÖZAY, s. 181.

⁹² Ekonomik bütünlük, arazilerin fizikî olarak bir bütün oluşturması değil, ekonomik yönden birbirini tamamlaması, aynı tarımsal amaca hizmet etmesi ve tek ve ortak bir merkezden idare edilmesidir. EREN/BAŞPINAR, s. 163-164. Ekonomik bütünlük kavramı ise, mülkiyeti aynı kişiye ait birden fazla tarımsal arazinin tarımsal üretim faaliyetine ekonomik bir değer katacak şekilde birbirine bağımlı olmasını ifade etmektedir. ÖZÇELİK s. 91.

⁹³ OZANEMRE YAYLA, s. 116.

ifade edilmektedir⁹⁴. Gerçekten de ölüme bağlı tasarruf hükümsüz olsa da bu hükümsüzlüğün asliye hukuk mahkemesince tespitinin beklenmesi gerekmektedir⁹⁵. Ayrıca emredici kuralların uygulanması ve bu bağlamda birden çok ehil mirasçının varlığı gibi hallerde, ölüme bağlı tasarrufun geçerliliğine karar verirse, hâkimin takdir yetkisini kullanması, ölüme bağlı tasarrufa göre de şekillenebilir. Nitekim TKAKK 8/F/2’de, birden çok mirasçıda devir koşullarının bulunması halinde, kendisine devir yapılacak mirasçının ölüme bağlı tasarruf ile belirlenebileceği, bu mirasçıya itiraz edilmesi halinde ise ehil mirasçının sulh mahkemesince belirleneceği hüküm altına alınmıştır.

Doktrinde TKAKK m. 8/F uyarınca hükümsüz kabul edilen bir ölüme bağlı tasarruf olmakla birlikte henüz bunun için bir iptal davası açılmamışsa, sulh hukuk mahkemesinin bu hükümsüzlüğü kendiliğinden dikkate alamayacağı ifade edilmektedir⁹⁶. Bu durumda sulh hukuk mahkemesi, hükümsüzlüğü yargılamada ileri sürülen ölüme bağlı tasarrufun iptali için dava açmak üzere HMK m. 165/2 uyarınca uygun bir süre vermelidir. Ancak dava dosyasına girmiş bir ölüme bağlı bir tasarruf varsa ve taraflarca hükümsüzlüğü ileri sürülmemişse, sulh hukuk mahkemesi, emredici hukuk kurallarına aykırılık nedeniyle ölüme bağlı tasarrufun hükümsüzlüğünü bir ön sorun olarak kendiliğinden dikkate almalıdır. Zira bu durum dava dosyasından anlaşılan bir itiraz nedeni⁹⁷. Bu noktada, sulh hukuk mahkemesinin ölüme bağlı tasarrufun hükümsüzlüğüne ilişkin kararı kesin hüküm teşkil etmeyecektir⁹⁸. Bu ihtimalde, sulh hukuk mahkemesinin bu durumu kendiliğinden dikkate almasının bir diğer nedeni de tarafları dava açmaya zorlayamamasıdır. Zira bir kimse kendi hakkını dava etmeye zorlanamaz⁹⁹.

D. Mülkiyetin Devrine İlişkin Düzenlemenin Yargılamaya Hâkim Olan İlkeler Açısından Değerlendirilmesi

Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu m. 8/C-2’de düzenlenen, tarım arazisinin mülkiyetinin devrine ilişkin hükümler, medenî usûl hukukuna hâkim olan ilkeler bakımından da özellik arz etmektedir. Mirasçılar ya da Bakanlık tarafından açılan

⁹⁴ ÖZAY, s. 157.

⁹⁵ YAVUZ/TOPUZ, s. 690.

⁹⁶ YAVUZ/TOPUZ, s. 690.

⁹⁷ Dava dosyasından anlaşılan itirazların resen dikkate alınacağına ilişkin bkz. PEKCANİTEZ, Pekcanitez Usul, s. 1208-1209.

⁹⁸ ÖZEKES, Muhammet; Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2017, s. 1402.

⁹⁹ TANRIVER, s. 449 vd.; ERDÖNMEZ, Güray; Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2017, s. 785.

dava, tasarruf, taleple bağlılık ve doğrudanlık ilkeleri ile hâkimin delilleri değerlendirmesi bakımından incelenmelidir.

1. Tasarruf İlkesi Bakımından

Tasarruf ilkesi, tarafların yargılamanın başlangıcını, konusunu ve sona ermesini belirleyebilmelerini ve dava konusu üzerinde serbestçe tasarruf edebilmelerini ifade etmektedir¹⁰⁰.

Tasarruf ilkesi gereği, yargılamanın başlatılması taraf inisiyatifindedir¹⁰¹. Hâkim tarafların talebi olmaksızın, kendiliğinden davayı tetkik edemeyecektir¹⁰². Ancak bazı hallerde, kamu yararı düşüncesiyle yargılamanın başlatılması noktasında devlete yetkiler tanınmıştır¹⁰³. TKAKK m. 8/Ç: *"...Bakanlık resen veya bildirim üzerine bu yerlerin istemde bulunan ehil mirasçıya, ehil mirasçı olmaması durumunda en fazla teklifi veren istekli mirasçıya devri, aksi halde üçüncü kişilere satılması için ilgili sulh hukuk mahkemesi nezdinde dava açabilir"* hükmünü ihtiva etmektedir. Bu düzenleme de kamu yararı düşüncesiyle devlete dava açma yetkisi verilen hallere bir örnek teşkil etmektedir.

Bakanlığın sulh hukuk mahkemesinde dava açması, tarafların yargılamanın başlangıcını tayin etmeleri noktasında bir istisna olarak görülebilir. Ancak her ne kadar dava, taraflar dışında bir üçüncü kişi tarafından açılmış olsa da mahkemenin kendiliğinden harekete geçtiği söylenemez¹⁰⁴. Dolayısıyla söz konusu düzenleme ile tasarruf ilkesine gerçek anlamda bir istisna getirilmediği ifade edilmelidir.

Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu uyarınca mirasçılar ya da Bakanlık tarafından açılan dava, davadan feragat, davayı kabul ve sulh açısından da farklılık arz etmektedir. Tarım arazilerinin mülkiyetin devri için açılan dava, niteliği¹⁰⁵ itibarıyla bir paylaşma davası olup davalıların da ortak menfaatlerine hitap ve hizmet etmektedir¹⁰⁶. Bu dava, davacı ve davalıların verilecek karardan aynı şekilde etkilendikleri çift

¹⁰⁰ ERDÖNMEZ, Pekcanitez Usul, s. 784.

¹⁰¹ MERİÇ, Nedim; Medeni Yargılama Hukukunda Tasarruf İlkesi, Yetkin Yayınları, Ankara, 2011, s. 75; ERDÖNMEZ, Pekcanitez Usul, s. 783-784; ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ, s. 151; TANRIVER, s. 351-352; ATALI/ERMENEK/ERDOĞAN, s. 118.

¹⁰² MERİÇ, s. 76.

¹⁰³ ERDÖNMEZ, Pekcanitez Usul, s. 786.

¹⁰⁴ Doktrinde savcının dava açtığı haller örnek gösterilerek devlete dava açma yetkisinin tanındığı hallerde mahkemenin pasifliğinden söz edilebileceği ifade edilmektedir. ERDÖNMEZ, Pekcanitez Usul, s. 787.

¹⁰⁵ Bkz. Yukarıda I. A.

¹⁰⁶ Yargıtay 14. HD 26.04.2016 Tarih ve 2015/1304 E. 2016/5096 K. sayılı ilamı; *"...Elbirliği mülkiyetinin paylı mülkiyete dönüştürülmesi davaları iki taraflı, tarafları için benzer sonuçlar doğuran*

tarafli bir davadir¹⁰⁷. Bu davanin çift tarafli olması nedeniyle, davacının davadan feragati sonuç doğurmamaktadır¹⁰⁸. Esasen burada gerçek anlamda bir feragat de söz konusu değildir. Zira haktan feragat edilmemektedir. Haktan değil, yalnızca bir talepten feragat edilmesi nedeniyle, paylaşma davasındaki davadan feragat, sonuç doğurmakta; ancak davalıların da rızasıyla davanın geri alınması mümkün olabilmektedir¹⁰⁹.

Tarım arazilerinin devri amacıyla açılan davada sulh hukuk mahkemesi, TKAKK m. 8/C’de sınırlı sayıda sayılmış amir düzenleme ile bağlı olduğundan davayı kabul ve sulh ile davaya son verilmesi mümkün değildir. Ancak burada ehil olmayan mirasçının tarım arazisinin kendisine devri amacıyla dava açtığı ihtimalinde, davalı ehil mirasçının davayı kabul etmesi halinde verilecek karar yönünden bir belirsizlik ortaya çıkabilir. Kanaatimizce, TKAKK m. 8/C/1’de, arazinin devri konusunda mirasçılara tanınan seçeneklerden biri talep ve dava edilmiş ve davalı da ehil mirasçı ise, davayı kabul sonuç doğurmalı ve ona göre hüküm kurulmalıdır. Zira m. 8/C/1’de yer alan olasılıklar mirasçılarının kendi aralarında anlaşmaya varabilecekleri ve tarım arazisi üzerinde tasarruf edebilecekleri sınırlı sayıda seçenekler arasında yer almaktadır. Dolayısıyla dava açılmadan önce serbestçe tasarruf¹¹⁰ edebilecekleri anlaşma olanakları, dava sırasında da geçerli olmalı ve 8/C/2’de yer alan emredici hükme rağmen davayı kabul¹¹¹, bu sınırlı seçenekler bakımından sonuç doğurmalıdır. Fakat bu talepler dışındaki hallerde, emredici hüküm dikkate alınarak, serbestçe tasarrufa izin verilemeyeceğinden davayı kabul mahkemece nazara alınamayacaktır.

Bu davada sulh sözleşmesi bakımından da davayı kabule ilişkin açıklamalarımız dikkate alınmalıdır. Taraflar 8/C/1’de kendilerine tanınan anlaşma olanaklarından biri üzerinde anlaşip mahkemeden sulhe göre karar verilmesini talep edebilirler¹¹².

davalar olup, sonuçta kazanan ve kaybeden taraftan söz edilemeyeceğinden...” www.sinerjiimevzuat.com.tr adresinden 05 Mayıs 2019 tarihinde erişilmiştir.

¹⁰⁷ ARAL, s. 139-140; PAKEL, s. 162.

¹⁰⁸ AKYOL ASLAN, s. 288; ARAL, s. 140.

¹⁰⁹ MERİÇ, s. 219.

¹¹⁰ Davayı kabul, ancak tarafların üzerlerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri davalarda işlerlik kazanmaktadır. ERMENEK, İbrahim; Davayı Kabul (Kabul), Adalet Yayınları, Ankara, 2009, s. 28.

¹¹¹ Çift tarafli davalarda davalılardan birisinin davayı kabul etmesi, davayı kabul eden kimseyi de davacı konumuna sokmakta, bu nedenle kabul davayı sonlandırmamaktadır. Bkz. ERMENEK, Kabul, s. 17.

¹¹² TAMDY m. 9/6; “Mahkeme kararı kesinleşinceye kadar, mirasçılarının Kanunun öngördüğü şekilde anlaşmaya vardıklarını yazılı olarak Mahkemeye sunmaları durumunda, dava anlaşma hükümlerine göre sulh yolu ile sonlandırılır.”

2. Taleple Bağlılık İlkesi Bakımından

Taleple bağlılık ilkesi, tasarruf ilkesinin dava konusu üzerindeki yansımasıdır¹¹³. Bu ilke, talep edilenden başka bir şeye hükmedememe ve talepten fazlasına karar verememe unsurlarını barındırmakla birlikte talep edilenin azına karar verebilme özelliğini de ihtiva etmektedir¹¹⁴.

Doktrinde TKAKK m. 8/C/2'de sayılan hallerin dışında başka bir talebin, tarım arazisinin devrine yönelik paylaşma davasında ileri sürülmesi durumunda, mahkemenin taleple bağlılık ilkesi gereği davayı reddetmesi gerektiği ifade edilmektedir¹¹⁵. Bu görüş temelinde, düzenlemenin emredici olması dikkate alınmaktadır. Gerçekten de davacı ya da davalı mirasçılar kanunda sınırlı halde sayılan seçenekler dışında bir talepte bulunurlarsa, mahkeme bu talebi reddetmek durumundadır. Ancak bu kararının gerekçesi hem taleple bağlılık ilkesi hem de hükmün emredici olmasından ileri gelmektedir. Bu ihtimalde, mahkemenin talebi reddi ile birlikte miras ortaklığı ve elbirliği ile mülkiyet devam edecektir.

Bakanlığa dava açma yetkisinin tanındığı TKAKK m. 8/B ve 8/Ç'de, mirasın açılmasından itibaren bir yıl ve ilave üç aylık süreden söz edilmektedir. Kanun koyucu bu sürede, tarım arazisi üzerindeki elbirliği mülkiyetinin ve miras ortaklığından kaynaklanan uyuşmazlığın giderilmesini amaçlamaktadır. Bu doğrultuda, mirasçılarının m. 8/C/2'deki haller dışında talepte buldukları hallerde davanın reddi, kanun koyucunun düzenleme ile murat ettiği amaçla bağdaşmamaktadır. Bu kapsamda, mirasçılarının tarım arazisine yönelik paylaşma davası açtıkları hallerde davanın Tarım ve Orman Bakanlığı'na ihbar edilmesi yönünde bir kanunî düzenleme yapılması yerinde olacaktır. Böylelikle taleple bağlılık ilkesinden ve hükmün emredici olmasından kaynaklanan ve arazinin işletme ekonomisine sağlayacağı katkıyı geciktiren bir sorunun önüne geçilmiş olur. Buradaki davanın ihbarı¹¹⁶ önerimiz, HMK m. 61 ve devamında düzenle-

¹¹³ MERİÇ, Nedim; "Medenî Yargılama Hukukunda Tasarruf ve Taleple Bağlılık İlkesinin Kapsamı ve Bazı Güncel Kararların Değerlendirilmesi" (Güncel Karar), Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Mihir Özel Sayısı, 4(2), 2014, s. 34.

¹¹⁴ MERİÇ, Güncel Karar, s. 37-40.

¹¹⁵ ÖZAY, s. 178.

¹¹⁶ "Davanın ihbarı, taraflardan birinin, görülmekte olan bir davada kendisini desteklemesi amacıyla, davayı üçüncü bir kişiye bildirmesidir." ATALI, Murat; Davanın İhbarı (İhbar), Yetkin Yayınları, Ankara, 2007, s. 41.

nen nitelikte ihbar değildir. Kastımız hizmet tespiti davalarında, davanın SGK'ya ihbarına¹¹⁷ benzer nitelikte bir ihbar müessesesinin ihdas edilmesidir¹¹⁸. Aksi halde, mahkemenin taleple bağlılık gereği, reddetmek zorunda olduğu dava, TKAKK m. 8/Ç uyarınca Bakanlık tarafından yeniden açılacaktır.

Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu m. 8/Ç, “*ihbar yükümlülüğü ve mahkeme tarafından devrin yapılması*” başlığını ihtiva etse de hükmün kapsamı, kamu kurum ve kuruluşları ile finans kurumlarının Bakanlığa bildirimini düzenlemektedir.

Tarım arazisinin devrine yönelik paylaşma davasında, mahkeme taleple bağlılık ilkesinden kısmen ayrılmak durumundadır. Şöyle ki, birden çok mirasçının arazinin mülkiyetini devir talebinde bulunması örneğinde, mahkeme, talepte bulunan tüm mirasçılara devre karar veremez¹¹⁹. Benzer şekilde, davacı tarım arazisinin üçüncü kişilere satılması talebinde bulunmuş olmasına rağmen, davalılardan birisi ehil mirasçı olarak mülkiyetin kendisine devrini talep ederse mahkeme davalının talebine göre karar vermelidir. Taleple bağlılık ilkesinden bu şekilde ayrılmanın temel nedeni, davanın çift taraflı bir dava olmasıdır¹²⁰.

3. Doğrudanlık İlkesi Bakımından

Doğrudanlık ilkesi, hâkimin kararına esas alacağı vakia ve deliller ile aracı olarak muhatap olmasını ifade eder¹²¹. TKAKK bağlamında, doğrudanlık ilkesi yetkili mahkemenin belirlenmesi açısından önemlidir. Yukarıda¹²² da izah ettiğimiz üzere, taşınmazın bulunduğu yer mahkemesinin kesin yetkili olduğu nazara alınarak, davanın bu yerde görülmesi gerekmektedir.

¹¹⁷ Hizmet tespiti davalarının SGK'ya ihbar edilmesi, ihbarın amacı ve işlevi bakımından HMK m. 61 ve devamında düzenlenen ihbar ve niteliği açısından m. 66 ve devamındaki fer'i müdahale ile açıklanamaz. Detaylı bilgi için bkz. ATALI, Murat; “*Hizmet Tespit Davasının Sosyal Güvenlik Kurumuna İhbarı*” (SGK), Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 16, Özel Sayı 2014, s. 631-652 (Basım Yılı: 2015) Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ'e Armağan, s. 645 vd.

¹¹⁸ Önerimizde Tarım ve Orman Bakanlığı'nın, paralel dava takip yetkisini haiz olup dava çift taraflı bir dava olduğundan davacı veya davalı yanda fer'i müdahil olarak değil, taraf olarak yer almasının daha doğru olacağı kanaatindeyiz. İhdas edilecek müessese her ne kadar HMK hükümleri ile açıklanmasa da, doktrinde Alman ve Avusturya hukukunda davanın ihbarı suretiyle davanın tarafının değişmesi ve davaya katılmaya yönelik düzenlemelerden söz edilmektedir. Bkz. ATALI, İhbar, s. 65-67. Buna benzer şekilde Bakanlığın davaya katılmasını sağlamak suretiyle kanun koyucunun murat ettiği amacın ve usul ekonomisinin gerçekleşeceği kanaatindeyiz.

¹¹⁹ AVCI, s. 76.

¹²⁰ AVCI, s. 76.

¹²¹ ARSLAN, Aziz Serkan; Medeni Usul Hukukunda Delillerin Toplanması ve Doğrudanlık İlkesi, Adalet Yayınları, Ankara, 2012, s. 5; ATALI/ERMENEK/ERDOĞAN, s. 153-154; ERDÖNMEZ, Pekcanitez Usul, s. 836.

¹²² Bkz. Yukarıda II. A.

Hâkimin yargılama kapsamında arazinin yeter büyüklüğünü, bölünebilir olup olmadığını belirlemesi, yerinde yapacağı keşif ile mümkün olacaktır. Keşif ile hâkim, dava dosyasındaki kroki ve haritaları, yerinde teyit edebilecek, arazinin sınırlarını ve tarımsal niteliğini¹²³ daha doğru bir şekilde değerlendirebilecektir¹²⁴. Böylelikle yargılamaya konu şey ile hâkim, aracısız olarak karşı kaşıya gelebilecek ve doğrudanlık ilkesi gerçekleşmiş olacaktır. İlaveten doğrudanlık ilkesinin devir yargılamasında nazara alınması, usul ekonomisi¹²⁵ ilkesine de hizmet etmektedir. Bu bağlamda, yetki ile ilgili yukarıdaki¹²⁶ kanaatlerimiz doğrudanlık ilkesinin uygulanması açısından bu başlık için de geçerlidir.

4. Hâkimin Delilleri Değerlendirmesi

Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 198, kanunî istisnalar¹²⁷ dışında delillerin serbestçe değerlendirileceğini düzenlemektedir. Buna göre hâkim, takdiri delilleri serbestçe değerlendirir¹²⁸. Ancak serbestçe değerlendirmeden kasıt, hâkimin delilleri istediği şekilde takdir etmesi değildir¹²⁹. Delillerin hâkim tarafından serbestçe takdir edilmesi hâkimin takdir yetkisinden de farklıdır¹³⁰.

Tarım arazilerinin devrine yönelik paylaşma davalarında, takdir edilecek delil, şayet yapılmış ise keşif delilidir¹³¹. Bunun dışında mahkemeye ibraz edilecek tapu kayıtları ve mirasçılık belgeleri birer kesin delil olup HMK m. 198'in belirttiği istisnalar kapsamında yer almaktadır. Fakat uygulamada, TKAKK hükümlerini dolanmak ve miras tarım arazisinin paylaşma davasına konu olmasını önlemek amacıyla inanç sözleş-

¹²³ Arazinin mutlak tarım arazisi, marjinal tarım arazisi ve özel ürün arazisi, dikili tarım arazisi, örtü altı tarımı yapılan arazi olup olmadığı veya asgari tarımsal arazi büyüklüğünden daha küçük parsellerin oluşturulabileceği çay, fındık ya da zeytin arazisi olup olmadığı yerinde tespit edilmiş olacaktır.

¹²⁴ ERDÖNMEZ, Pekcanitez Usul, s. 838.

¹²⁵ ARSLAN, s. 16-17.

¹²⁶ Bkz. Yukarıda II. A.

¹²⁷ Kanunî istisnalardan kastedilen şey kesin delillerdir. YILMAZ, s. 1031.

¹²⁸ YILDIRIM, Kamil; Medeni Usul Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi, İstanbul, Kazancı Kitap, 1990, s. 207.

¹²⁹ ERDÖNMEZ, Pekcanitez Usul, s. 843-844; ATALI/ERMENEK/ERDOĞAN, s. 495.

¹³⁰ EDİS, s. 174. Delillerin takdirinde hâkime tanınan yetki, bir kural içi boşluğun doldurulmasından kaynaklanmayan ve yalnızca delillerin değerlendirilmesine yönelik, hükümün uygulanması ile bir ilgisi olmayan bir usul hukuku müessesesidir. OĞUZMAN/BARLAS, s. 91.

¹³¹ Keşif delili ve değerlendirilmesi ile ilgili bkz. EGE, Önder; Medeni Usul Hukukunda Keşif, Seçkin Yayınları, Ankara, 2014, s. 90 vd.

melerine dayalı tapu iptal ve tescil davaları açılmaktadır. Bu davalar bakımından delillerin değerlendirilmesi müessesesi doğru anlaşılmalı ve tarım arazisinin paylaşma davasına konu olarak TKAKK hükümleri uyarınca paylaştırılması gerekmektedir.

Tarım arazisini TKAKK hükümlerinde belirtilen büyüklüğün altında bölmek isteyen kişiler, kanunun yürürlük tarihinden¹³² önce, adi yazılı şekilde düzenlenmiş inanc sözleşmesi ibraz etmek suretiyle, tarım arazisinin çeşitli paylara bölünmesi talebinde bulunabilmektedir¹³³. Benzer şekilde mirasçılar, inanc sözleşmesine vücut verebilecek imzasız metinleri, delil başlangıcı olarak mahkemeye sunmakta ve hisseleri oranında pay tescilini talep etmektedirler¹³⁴. Bazı ilk derece mahkemesi kararlarında ve kimi Yargıtay kararlarında¹³⁵ da gerek davanın kabulüne dayalı gerekse de deliller değerlendirilmek suretiyle bu taleplerin kabul edilerek tapu kaydının talepte bulunan kimse adına tesciline karar verildiği görülmektedir. Sözü edilen sorunu davayı kabul müessesesi ve delillerin değerlendirilmesi bakımından ele almak gerekmektedir.

Delil başlangıcı niteliğindeki belgelerin değerlendirilmesinde HMK m. 202/2 nazara alınmalıdır. Hükümde delil başlangıcı tanımlanırken “...söz konusu hukuki işlemi muhtemel gösteren” ifadesine yer verilmektedir. Buradan hareketle mahkemeye

¹³² Tarım arazilerinin belirli büyüklüklerin altında bölünemeyeceğini düzenleyen 5578 sayılı 09/02/2007 tarihli Kanun ile ehil mirasçı ve ekonomik bütünlük düzenlemelerini ihtiva eden 6537 sayılı 15/05/2014 tarihli Kanun.

¹³³ Yargıtay 1. HD 23/05/2013 Tarih ve 2013/5753 E. 2013/8372 K. www.sinerjimevzuat.com.tr adresinden 05 Mayıs 2019 tarihinde erişilmiştir.

¹³⁴ **Yargıtay 14. HD 03/10/2018 Tarih ve 2018/241 E. 2018/6293 K.;** “...Bölge Adliye Mahkemesi 7. Hukuk Dairesi tarafından istinaf isteminin kabulü ile taraflar arasında düzenlenen delil başlangıcı niteliğinde olan 04.09.2009 tarihli belge ve diğer delillerle davanın kanıtlandığı belirtilerek yerel mahkeme kararı kaldırılarak tapu iptali ve 1/5 payın davacı adına 4/5 payın davalı adına tesciline karar verilmiştir. Hükmü, davalı vekili temyiz etmiştir. Dava, inanc sözleşmesine dayalı tapu iptali tescil, mümkün olmaz ise tazminat istemine ilişkindir...Somut olaya gelince; davacı, davalı ve H. İ. adli şahısla birlikte 1331 parsel sayılı taşınmazı satın aldıklarını, tapunun davalı adına tescil edildiğini ileri sürerek 1/5 payın adına tescilini istemiştir. Dava konusu taşınmazın belirlenen tarımsal niteliğinin Tarım ve Köyşleri Bakanlığı İl veya İlçe Müdürlüğünden sorulup görüşü alındıktan sonra pay tescilinin mümkün olup olmadığı araştırılarak sonucuna göre bir karar verilmesi gerekir... bozulmasına..” www.sinerjimevzuat.com.tr adresinden 05 Mayıs 2019 tarihinde erişilmiştir.

¹³⁵ **Yargıtay 14. HD 14/03/2013 Tarih ve 2013/1846 E. 2013/3790 K. sayılı ilamı;** “...Mahkemece, 28.02.2006 tarihli inanc sözleşmesine konu taşınmazın belirlenen tarımsal niteliğinin Tarım ve Köyşleri Bakanlığı İl veya İlçe Müdürlüğünden sorulup görüşü alındıktan sonra tescilin mümkün olup olmadığı belirlenerek sonucuna göre bir karar verilmesi gerekir. 28.02.2006 tarihli sözleşmeye konu payın arazinin büyüklüğü itibariyle belirlenen tarımsal niteliğine göre satışının mümkün olmadığı anlaşılması halinde tapu iptali ve tescil davasının reddi, aksi halde kabul kararı verilmesi gerekirken, eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiş, bu sebeple kararın bozulması gerekmektedir.” www.sinerjimevzuat.com.tr adresinden 05 Mayıs 2019 tarihinde erişilmiştir.

mirasçılar tarafından sunulan delil başlangıcı niteliğinde belgeye dayanarak, başka bir delil ileri sürülmemişse, davanın kabulüne karar verilmemelidir¹³⁶. Delil başlangıcının yanında tanık dinlenilmiş ise, delillerin değerlendirilmesi ile ilgili genel ilke ve kurallar ile hayatın olağan akışı ya da bir başka ifade ile tecrübe kurallarının da yardımıyla karar verilmelidir. Şöyle ki, hâkimin delilleri değerlendirmesi, mantıklı ve akli gerekçelere dayanmalı ve kendi içinde ve gerekçenin hukukî nitelendirmesinde tutarlı olmalıdır¹³⁷. Delillerin ispat gücünün her somut olaya göre farklılık gösterebileceği de göz ardı edilmemelidir¹³⁸. Delil başlangıcının ve birlikte sunulan diğer delillerin vakıayı ispat ettiğinin kabulünde, tecrübe kurallarından faydalandığı gibi¹³⁹, somut olay bakımından ileri sürülen delil başlangıcı ve diğer delillerin delil değerinin¹⁴⁰ belirlenmesinde de tecrübe kurallarından¹⁴¹ istifade edilmelidir. Bu bağlamda, tarım arazileri için açılan tapu tescil davalarında, delil başlangıcının yanında sunulan diğer delillerin hâkimi mutlak anlamda ikna ederek tam ispatın sağlanması ve ayrıca kanunu dolandırmak, araziye dilediği gibi paylaşmak amacının olmadığı ve kötü niyetin söz konusu olmadığı hususlarında mutlak bir kanaatin oluşması gerekmektedir. Somut olayın koşullarına göre¹⁴², delil başlangıcı ve diğer deliller tecrübe kurallarının yardımı ile değerlendirilmelidir. Aksi takdirde her delil başlangıcı sunup tanık dinleten davacı, dilediği miras tarım arazisinin mülkiyetini mahkeme kararı ile kullanabilecek ve bu durumda mahkemeler tarafların muvazaalı işlemlerine araç olmuş olacaktır.

¹³⁶ Yalnızca delil başlangıcına dayanarak hüküm kurulamayacağı hakkında bkz. ERDÖNMEZ, Pekcanitez Usul, s. 1849; UMAR, s. 631; BİLGE, Necip/ÖNEN, Ergun; Medeni Yargılama Hukuku Dersleri, Sevinç Matbaası, Ankara, 1978, s.466-567; Aksi görüş için bkz. KESER, Salih; Medeni Yargılama Hukukunda Delil Başlangıcı, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2016, s. 214-215; Konuralp, Haluk; Medeni Usul Hukukunda Yazılı Delil Başlangıcı, Yetkin Yayınları, 2009, s. 144 vd.; GÖKSU, Mustafa; Hukuk Yargılamasında Elektronik Delil, Adalet Yayınları, 2011, s. 131-132.

¹³⁷ ERDÖNMEZ, Pekcanitez Usul, s. 843-844.

¹³⁸ YILDIRIM, s. 36.

¹³⁹ KESER, s. 229.

¹⁴⁰ Delil değeri (maddi ispat gücü), delilin hâkimin kanaatini etkileme kabiliyetine denir. Bkz. YILDIRIM, s. 35.

¹⁴¹ Tecrübe kuralları, geçmişte yaşanmış vakialardan ya da eğitim yoluyla veya sanat, bilim, meslek, zanaat, ticaret alanındaki bilgi ve uzmanlıklardan elde edilmiş kurallar olarak tanımlanmaktadır. TOPUZ, Gökçen; Medenî Usûl Hukukunda Karinelerle İspat, Yetkin Yayınları, Ankara, 2012, s. 124; BAŞÖZEN, Ahmet; Medenî Usûl Hukukunda İlk Görünüş İspatı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010, s. 159.

¹⁴² Örneğin, daha önce kendi aralarında hazırladıkları paylaşma sözleşmesi ile tapu müdürlüğüne başvuru yapmış kimselerin talepleri reddedildiği takdirde inanç sözleşmesine dayalı tescil davası açması halinde.

Davanın davalı tarafından kabulü halinde ise kabulün davayı sonlandırdığı¹⁴³ da dikkate alındığında davayı kabule rağmen mahkemenin davanın reddine karar verip veremeyeceği sorunu ile karşılaşılacaktır. Bu halde, davanın kabul beyanı ile sona ermesi görüşüne¹⁴⁴ katılmakla beraber mahkeme, TKAKK hükümlerinin dolanılması amacıyla kötü niyetle davanın açıldığı ve bir muvazaanın varlığını dava dosyasının içeriğinden anlayabiliyorsa kabule rağmen davanın reddine karar vermelidir. Zira burada muvazaalı olarak danişıklı bir şekilde tapu iptal talebinin davalı tarafça kabulü, varsa dosyadaki diğer delil ve emareler incelenmek suretiyle dava dosyasından anlaşılan bir itiraz olarak değerlendirilmelidir¹⁴⁵. Bu durum dava hakkının kötüye kullanılması olarak da nitelendirilebilir¹⁴⁶. Ayrıca hâkim uyuşmazlık konusunun tarım arazisi olduğu hallerde, TKAKK hükümlerini bertaraf etme amacının olup olmadığını özellikle irdelemeli ve söz konusu hükümlerin kamu düzeni ve kamu yararı amacıyla ihdas edildiğini de göz önünde bulundurmalıdır.

E. Bakanlığın Sulh Hukuk Mahkemesi Nezdinde Dava Açma Yetkisinin Değerlendirilmesi

Medeni usul hukukunda, kimi hallerde kamu yararı düşüncesiyle hak sahibi kimsenin dışında kamu kurum ve kuruluşlarına dava açma yetkisi tanınmaktadır¹⁴⁷. TKAKK m. 8/Ç de, mirasın açılmasından itibaren bir yıl içinde tarım arazisinin mülkiyetinin devrine yönelik işlemler gerçekleştirilmediği takdirde, Tarım ve Orman Bakanlığı'na arazinin mülkiyetinin devri ya da üçüncü kişilere satılması amacıyla dava açma yetkisi tanınmaktadır.

¹⁴³ Davayı kabulün, davayı sona erdirmesi ile ilgili olarak bkz. ERMENEK, Kabul, s. 93 vd.

¹⁴⁴ ERMENEK, Kabul, s. 101; ATALI, Murat; Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2017, s. 2032; ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ, s. 558; Aksı Görüş için bkz. KURU, s. 424.

¹⁴⁵ EREN, (Borçlar), s. 374; Yargıtay 1. HD 2015/14442 E. 2018/12989 K. sayılı ilamı; "...Her ne kadar, muvazaayı düzenleyen 818 sayılı B.K.nun 18. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 19. maddesinde ve öteki kanun hükümlerinde muvazaalı sözleşmelerin hüküm ve sonuçları hakkında bir açıklık bulunmamakta ise de; taraflar arasında alacak ve borç ilişkisi doğurmayacağı, muvazaanın varlığının hiçbir süreye bağlı olmaksızın her zaman ileri sürülebileceği, mahkemece kendiliğinden (resen) göz önünde bulundurulması gerektiği, belirli bir sürenin geçmesi, sebebin ortadan kalkması veya ilgililerin olur (icazet) vermesi ile geçerli hale gelmeyeceği, uygulamada ve bilimsel görüşlerde ortaklaşa kabul edilmektedir." www.sinerjimevzuat.com.tr adresinden 05 Mayıs 2019 tarihinde erişilmiştir.

¹⁴⁶ Hakkın kötüye kullanılması hallerinde dava dosyasından anlaşılan böyle bir durum itiraz olarak nitelendirilmeli ve hâkim tarafından resen gözetilmelidir. PEKCANITEZ, Pekcanitez Usul, s. 1209; Yargıtay BGK 08.11.1991 Tarih ve 1990/4 E. ve 1991/3 K. sayılı İBK. www.sinerjimevzuat.gov.tr adresinden 05 Mayıs 2019 tarihinde erişilmiştir.

¹⁴⁷ Örneğin, HMK m. 70, TKHK m. 73/6, İmar Kanunu m. 16 vb.

1. Kamu Yararının Değerlendirilmesi

Miras tarım arazilerinin mülkiyetinin devri konusunda bakanlığa tanınan dava açma yetkisi, mülkiyet hakkı ile doğrudan ilişkilidir. Bir anlamda kamu otoritesinin özel mülkiyete müdahalesi söz konusu olmaktadır. Bu doğrultuda mülkiyet hakkı ile kamu yararı ve bakanlığın dava açmak suretiyle mülkiyet hakkına müdahalesinin yerindeliği özel olarak irdelenmelidir.

Temel hak ve özgürlükler arasında yer alan mülkiyet hakkı, Anayasa'nın m. 35 hükmünde herkesin mülkiyet ve miras haklarına sahip olabileceği düzenlemesi ile güvence altına alınmıştır. Mülkiyet hakkı, hak sahibine kullanma, yararlanma ve tasarruf yetkileri gibi birtakım geniş haklar veren¹⁴⁸ ve hukuk düzenince öngörülmüş yükümlülükleri de ihtiva ederek söz konusu mülkiyet ilişkilerinden kaynaklanan yetki ve menfaatlerin hukuk düzeni tarafından korunması sonucunu doğuran bir haktır¹⁴⁹.

Mülkiyet hakkı, yalnızca medenî hukuk boyutu itibarıyla bir aynî hak olarak ele alınmaması gereken anayasal güvenceye de sahip bir temel haktır¹⁵⁰. Bu doğrultuda devletin özel mülkiyet hakkını tanıması ve koruyarak garanti altına alması gerekmektedir. Devletin mülkiyet hakkını koruması yalnızca devletin özel mülkiyete müdahaleden kaçınması anlamına gelmemekte, devletin hakkın korunması ve gerçekleştirilmesi için alacağı pozitif koruma önlemlerini de kapsamaktadır¹⁵¹. Mahkemesi'nin kararlarından da anlaşılacağı üzere devletin özel mülkiyete müdahaleden kaçınması, mülkiyet hakkının korunmasının bir tezahürü olarak karşımıza çıkmaktadır. Ancak bununla birlikte, Anayasa ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) Ek (1) No'lu Protokolü'nde kişilerin kamu yararı sebebiyle kanunla öngörülen şartlar dâhilinde mülkiyet haklarından yoksun bırakılabilecekleri düzenlenmiştir. Anayasa'nın m. 35 hükmü açık bir şekilde, mülkiyet hakkının toplum yararına aykırı kullanılmayacağına yer vererek

¹⁴⁸ EREN, s. 16 vd.; SİRMEN, Lale; Eşya Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 2018, s. 243 vd.

¹⁴⁹ AKÇA, Kürşat; "Anayasa Mahkemesi Kararlarında Mülkiyet Hakkı", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Özel Sayı Cilt 1, 2015, s. 552-556.

¹⁵⁰ AKÇA, s. 561.

¹⁵¹ **Anayasa Mahkemesi 10.12.2015 Tarih, 2013/604 E. ve 2013/604 K. sayılı kararı;**"... 34. Mülkiyet hakkının gerçekten ve etkili bir şekilde kullanılabilmesi, yalnızca devletin müdahaleden kaçınmasına bağlı olmayıp özellikle başvurucuların kamu makamlarından meşru beklentilerinin olduğu tedbirler ile mülkünden etkili bir biçimde yararlanabilmeleri arasında doğrudan bir bağ bulunduğu durumlarda ayrıca pozitif koruma önlemlerinin de alınması gerekmektedir (Öneryıldız/Türkiye, B. No: 48939/99, 30/11/2004, § 134)... Devletin bu tür haksız müdahalelere karşı mülkiyet hakkının korunması için etkili iç hukuk yolları ihdas ederek yapılan müdahalelere karşı özellikle mahkemelere başvurmak suretiyle bireylerin koruma talep edebilmelerini sağlaması ve yapılacak yargılamalarda özel kişilerin çatışan hakları arasında tercih yaparken mahkemelerce Anayasa'ya uygun yorumla temel hakların korunması gerekmektedir. (Türkiye Emekliler Derneği, § 39)." www.corpus.com.tr adresinden 02 Mayıs 2016 tarihinde erişilmiştir.

mülkiyet hakkının mutlak bir hak olmadığını ve kamu yararı amacıyla sınırlandırılabilirliğini vurgulamıştır¹⁵². Bununla beraber kamu yararı kavramından ne anlaşılması gerektiği noktasında bir açıklık bulunmamaktadır.

Anayasamızda sosyal ve ekonomik haklar ve ödevler bölümünde, kamu yararı başlığı altında ayrı bir düzenleme yer almaktadır. Bu bölümde de kamu yararının herhangi bir tanımına yer verilmemekle birlikte, bu başlık altındaki düzenlemeler söz konusu kavramdan ne anlaşılması gerektiği noktasında yol gösterici olabilir¹⁵³. Şöyle ki, bu başlık altında kıyılardan yararlanma (md.43), toprak mülkiyeti (md.44), tarım, hayvancılık ve üretim alanlarında çalışanların korunması (md.45), kamulaştırma (md.46), devletleştirme ve özelleştirme (md. 47) düzenlemeleri yer almaktadır. Bu düzenlemeler dikkate alındığında, söz konusu düzenlemelerin bireylerin haklarından çok ödevlerini düzenleme konusu edindiği ve bu ödev ve haklardan toplumun diğer bireylerinin devlet vasıtasıyla istifade etmesinin sağlanmaya çalışıldığı görülmektedir¹⁵⁴. Ancak bu yaklaşımla dahi kamu yararının taşıdığı anlama dair bir saptama yapmak mümkün değildir. Dolayısıyla kamu yararı kavramının içerik itibarıyla değil biçimsel açıdan bir tarifinin yapılması daha doğru olacaktır¹⁵⁵. Bu bağlamda kamu yararı, idarenin görevlerini yerine getirebilmek için teker teker fertler dışında bütün bir toplumu göz önüne alma mecburiyeti olarak tanımlanabilir¹⁵⁶. Kamu yararı, kamu hukuku kişileri tarafından temsil edilir¹⁵⁷.

Anayasa Mahkemesi kararlarında da kamu yararı, bireysel, özel çıkarlardan ayrı ve bunlara üstün olan toplumsal yarar şeklinde tanımlanmakta ve yasama işlemlerinin amaç unsurunun kamu yararını oluşturduğu vurgulanmaktadır¹⁵⁸. Anayasa Mahke-

¹⁵² **Anayasa Mahkemesi 30.10.2014 Tarih, 2014/133 E. ve 2014/165 K. sayılı kararı;** "... Bununla birlikte, Anayasanın 35. maddesinde herkesin mülkiyet hakkına sahip olduğu kabul edilmiş, bu hakkın ancak kamu yararı amacıyla ve kanunla sınırlandırılacağı, toplum yararına aykırı kullanılmayacağı belirtilmiştir. Buna göre mülkiyet hakkı sınırsız bir hak olmayıp, kamu yararı amacıyla ve kanunla sınırlama yapılabilecektir..." www.corpus.com.tr adresinden 02 Mayıs 2016 tarihinde erişilmiştir.

¹⁵³ SARAÇ, Osman; Kamu Yararı Kavramı. *Maliye Dergisi*, Sayı 139, 2002, s. 17.

¹⁵⁴ SARAÇ, s. 17.

¹⁵⁵ AKILLIOĞLU, Tekin; "Kamu Yararı Üzerine Düşünceler", *Amme İdaresi Dergisi*, 24(2), 1991, s. 3.

¹⁵⁶ TEZCAN, Murat; "Soyut Kamu Yararı Kararıyla Sınırlandırılan Mülkiyet Hakkı", *Terazi Hukuk Dergisi*, 8(85), 2013, s. 87.

¹⁵⁷ HANAĞASI, Emel; "Kolektif Menfaatin Hukuki Himayesi Biçimi Olarak Topluluk Davaları", Haluk Konuralp Anısına Armağan, Ankara, 2009, s. 382.

¹⁵⁸ **Anayasa Mahkemesi, 01.07.2015 Tarih, 2015/6 E. ve 2015/63 K. sayılı kararı;** "...Hukuk devleti ilkesinin bir başka gereği ise kanunların kamu yararı amacını gerçekleştirmek üzere çıkarılmasıdır. Anayasa Mahkemesinin kimi kararlarında kamu yararı kavramından ne anlaşılması gerektiği ortaya konulmuştur. **Buna göre, kamu yararı, genel bir ifadeyle, bireysel, özel çıkarlardan ayrı**

mesi'nin yaklaşımlarından hareketle kamu yararının varlığı, herhangi bir kanunun yapılışında kanun koyucunun hareket ettiği düşünce ile birlikte kanun ile ortaya çıkan sonucun kamu yararına uygunluğu irdelenerek ortaya konabilecektir¹⁵⁹. Bu açıklamalarımız doğrultusunda mülkiyet hakkının yalnızca özel çıkarlardan ayrı ve üstün toplumsal yararı ifade eden kamu yararının varlığı halinde kısıtlanabileceği sonucuna ulaşabiliriz.

Anayasa Mahkemesi'nin TKAKK m. 8/A hükmündeki yeterli gelirli tarımsal arazilerin ekonomik bütünlüğe sahip olmayan kısımlarının bakanlığın izni ile satılması ve TKAKK m. 8/İ hükmünün ikinci fıkrası için açılan iptal davası kapsamında verdiği karar, kamu yararı tartışmasına açıklık getirmesi bakımından önem arz etmektedir. Mahkeme bu kararında 6537 sayılı Kanunla getirilen söz konusu değişikliklerin mülkiyet hakkına bir müdahale olduğunu ifade etmekle beraber kamu yararının varlığını da kabul etmektedir. Bu yaklaşımına ise, Anayasa m. 44 hükmü ile devlete, tarım topraklarının korunması ve geliştirilmesi ödevinin yüklendiğini ve bu amaçla tarım arazilerini gruplandırma ve bunların büyüklüğünü belirleme yetkisinin de tanındığını gerekçe olarak göstermektedir¹⁶⁰.

Gerçekten de her geçen gün bölünerek küçülen tarım arazileri karşısında devletin özel mülkiyete bu şekilde müdahale etmesi üstün bir kamu yararı taşımaktadır. Kaldı ki bakanlığa tanınan dava açma yetkisi, kamu yararı sebebiyle mülkiyet hakkına müdahalenin ilk örneği de değildir. İmar Kanunu'nun m. 16 hükmü de koşulları oluştuğu takdirde ilgili idare tarafından hissedarmış gibi ortaklığın giderilmesi davasının açılabilceğini düzenlemektedir.

ve bunlara üstün olan toplumsal yararı ifade etmektedir. Kanunun amaç ögesi bakımından Anayasa'ya uygun sayılabilmesi için kanunun çıkarılmasında kamu yararı dışında bir amacın gözeltilmemiş olması gerekir. İlgili yasama belgelerinin incelenmesinden kanunun kamu yararı dışında bir amaçla çıkarılmış olduğu açıkça anlaşılabilirse amaç unsuru bakımından Anayasa'ya aykırı olduğu söylenebilir. Kanun koyucunun kamu yararı amacıyla hareket edip etmediği ancak ilgili yasama belgeleri incelenerek ve kuralın objektif anlamına bakılarak tespit edilebilir." www.corpus.com.tr adresinden 03 Mayıs 2016 tarihinde erişilmiştir.

¹⁵⁹ TOMBALOĞLU, Nermin; Anayasa Mahkemesi Kararlarında Kamu Yararı Kavramı. *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2014, 5(1), s. 366.

¹⁶⁰ **Anayasa Mahkemesi, 10.01.2015 Tarih, 2014/133 E. ve 2014/165 K. sayılı kararı;** "...Anayasa'nın bu hükmüyle Devlete, tarım topraklarının korunması ve geliştirilmesi ödevi yüklenmiş ve bu amaçla, tarım arazilerini gruplandırma ve bunların büyüklüğünü belirleme yetkisi tanınmıştır. Anayasa'nın 44 üncü maddesiyle Devlete yüklenen ödev kapsamında, tarım topraklarının iyileştirilmesi ve korunması amacıyla mülkiyet hakkına müdahalede bulunulması mümkündür." www.corpus.com.tr adresinden 03 Mayıs 2016 tarihinde erişilmiştir.

Doktrinde, Bakanlığa kamu yararı nedeniyle dava açma yetkisinin tanınmasının, mülkiyet hakkı ile çatıştığı ve anayasaya aykırı olduğu yönünde görüşler de bulunmaktadır¹⁶¹. Bu görüşe göre, mirasçılardan tarım arazisini satış yoluyla üçüncü kişilere devre zorlanmaları ya da ehil mirasçıya devir halinde ortaya çıkan malî külfet mülkiyet hakkını ve dolayısıyla anayasayı ihlal etmektedir¹⁶². Kanımızca, yukarıda izah edilen nedenler de nazara alındığında, kamu yararı ve mülkiyet hakkının çatışmasında kamu yararına üstünlük tanınmalıdır.

2. Bakanlığın Dava Açmasının Hukukî Niteliği ve Sonuçları

Devlete hukuk davası açma imkânı tanınan hallerde, davada yer almasının niteliği birbirinden farklı olabilmektedir.

Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu m. 8/Ç: “... Bakanlık bu Kanun hükümlerinin uygulanması için mirasçılara üç ay süre verir. Verilen süre sonunda devir olmaması halinde, Bakanlık resen veya bildirim üzerine bu yerlerin istemde bulunan ehil mirasçıya, ehil mirasçı olmaması durumunda en fazla teklifi veren istekli mirasçıya devri, aksi halde üçüncü kişilere satılması için ilgili sulh hukuk mahkemesi nezdinde dava açabilir. Sulh hukuk mahkemeleri nezdinde mirasçılar veya Bakanlıkça bu Kanun kapsamında açılacak davalar her türlü resim ve harçtan muaftır” hükmü ile Tarım ve Orman Bakanlığı’na kamu yararı düşüncesiyle dava açma yetkisi tanımaktadır. Bakanlığın bu davada yer almasının niteliği benzer düzenleme ve müesseseler de dikkate alınarak belirlenmelidir.

a. Savcının Dava Açması ile Karşılaştırılması

Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu m. 8/Ç’nin savcının dava açması ile ilişkilendirilebileceği akla gelebilir. HMK m. 70¹⁶³, cumhuriyet savcısının davada yer almasını düzenlemektedir. Cumhuriyet savcısı, evliliğin butlanı, derneğin feshi gibi kanunda açıkça öngörülen hallerde hukuk davası açma yetkisini haizdir. Savcının bu şekilde açtığı davalarda, niteliği bakımından özel hukuktaki davacıdan farksız olduğu ileri sürülmektedir¹⁶⁴. Fakat kamu düzeni nedeniyle ortaya çıkan bazı farklılıklar bulun-

¹⁶¹ YAVUZ/TOPUZ, s. 685.

¹⁶² YAVUZ/TOPUZ, s. 685.

¹⁶³ HMK m. 70; “(1) Cumhuriyet savcısı, kanunda açıkça öngörülen hallerde, hukuk davası açar veya açılmış olan hukuk davasında taraf olarak yer alır.”

¹⁶⁴ YILMAZ, Ejder; Savcıların Hukuk Davalarındaki Görevleri (Savcı), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 29/1, 1972, s. 260.

maktadır. Şöyle ki, savcı, açtığı davadan feragat edemez. Savcının açtığı davalarda tahkim ve sulh söz konusu olmaz¹⁶⁵. Dava malzemesinin toplanması aşamasında da resen araştırma ilkesi uygulanır¹⁶⁶. Ancak TKAKK uyarınca açılan davada, savcının açtığı dava gibi resen araştırma ilkesinin uygulanmasından ya da sulh veya kabul açısından mutlak olarak bir yasağın varlığından söz edilemez¹⁶⁷. Kaldı ki, savcının dava açmasına ilişkin HMK m. 70 düzenlemesi, açıkça savcının davada taraf olarak yer almasından söz etmektedir. Bu nedenle TKAKK düzenlemesinin savcının dava açmasından farklı bir nitelik taşıdığı kanaatindeyiz.

b. Devlete Dava Açma İmkânı Tanınan Diğer Hallerle Karşılaştırılması

Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu m. 8/Ç'ye benzer nitelikte Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun (TKHK) m. 73/6, Gümrük ve Ticaret Bakanlığı'na, genel olarak tüketicileri ilgilendiren hukuka aykırı durumların tespiti, önlenmesi veya durdurulması amacıyla tüketici mahkemelerinde dava açma yetkisi tanımaktadır. Fakat bu halde Bakanlığın davadaki durumu, savcının dava açmasından farklı olarak dava takip yetkisi ile açıklanmaktadır¹⁶⁸. Aynı şekilde, İmar Kanunu m. 16/3; *"Bu Kanun hükümlerine göre şüyalandırılan gayrimenkullerin sahipleri ilgili idarenin tebliği tarihinden itibaren altı ay içinde aralarında anlaşamadıkları veya şüyuun izalesi için, mahkemeye müracaat edilmediği takdirde ilgili idare hissedarmış gibi, şüyuun izalesi davası açabilir."* hükmü ile belediye ve valiliklere dava açma yetkisi tanımaktadır. Türk Ticaret Kanunu m. 56/3¹⁶⁹ de, kamusal nitelikte kurumların haksız rekabete ilişkin dava açabileceklerine yönelik düzenlemeyi ihtiva etmektedir.

¹⁶⁵ TANRIVER, s. 304; YILMAZ, (Savcı), s. 260. Cumhuriyet savcısının açtığı davalarda niteliği itibarıyla kanuni dava takip yetkisinin söz olduğu görüşü için bkz. BÖRÜ, Levent; *"Sifat ve Dava Takip Yetkisi"*, BATİDER, 27/3, 2011, s. 266.

¹⁶⁶ TANRIVER, s. 304.

¹⁶⁷ TAMDY m. 9/6; *"Mahkeme kararı kesinleşinceye kadar, mirasçılarının Kanunun öngördüğü şekilde anlaşmaya vardıklarını yazılı olarak Mahkemeye sunmaları durumunda, dava anlaşma hükümlerine göre sulh yolu ile sonlandırılır."*

¹⁶⁸ TAŞPOLAT TUĞSAVUL, Melis; Kolektif Hukuki Yarar Çerçevesinde Topluluk Davaları, On İki Levha Yayınları, 2016, s. 50 vd., 153, 264; ERMENEK; İbrahim; *"Yargı Kararları Işığında Tüketici Sorunları Hakem Heyetleri Ve Bu Alanda Ortaya Çıkan Sorunlara İlişkin Çözüm Önerileri"* (Tüketici), Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XVII, Y.2013, Sa. 1-2, s. 591; Bu davaların dava takip yetkisi (kanuni dava yetkinliği) ile açıklanamayacağı görüşü için bkz. KALE, Serdar, Medeni Yargılamada Taraf Ehliyeti, On İki Levha Yayınları, 2010, s. 127; DEREN YILDIRIM, Nevhis; *"Kolektif Hukuki Himaye Medeni Usul Hukukunda Sonun Başlangıcı mı? Etkin Hukuki Himayenin Vazgeçilmez Unsuru mu? (II)"*, Yargıtay Dergisi, 23/3, 1997, s. 311.

¹⁶⁹ TTK m. 56/3; *"Ticaret ve sanayi odaları, esnaf odaları, borsalar ve tüzüklerine göre üyelerinin ekonomik menfaatlerini korumaya yetkili bulunan diğer mesleki ve ekonomik birlikler ile tüzüklerine göre tüketicilerin ekonomik menfaatlerini koruyan sivil toplum kuruluşlarıyla kamusal nitelikteki kurumlar da birinci fıkranın (a), (b) ve (c) bentlerinde yazılı davaları açabilirler."*

Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu m. 8/Ç'de Bakanlığa tanınan dava açma yetkisi, TTK m. 56/3, İmar Kanunu m. 16 ve TKHK m. 73/6 ile benzetilmektedir. Anılan düzenlemelere ilişkin tartışma ve görüşler, devlete tanınan dava açma yetkisinin, davayı takip yetkisi ve taraf kavramı ile açıklanıp açıklanamayacağı üzerinde toplanmaktadır.

c. Bakanlığın Dava Açmasının Hukukî Niteliğinin Tespiti ve Sonuçları

Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu m. 8/Ç'de hak sahibi kimselerin dava takip yetkisi kaldırılmaksızın Tarım Bakanlığı'na dava açma yetkisi tanınmaktadır. Kanaatimizce bu durum dava takip yetkisi ile açıklanabilir. Bu durum, kanundan kaynaklanan paralel dava takip yetkisi¹⁷⁰ olarak nitelendirilmelidir.

Dava takip yetkisi, davayı kendi adına yürütebilme ve esas hakkında kendi adına hüküm alabilme yetkisidir¹⁷¹. Davayı takip yetkisinin maddi hukuk ilişkisinin süjelerine göre belirlendiği hallerde bağımlı dava takip yetkisinden, aksi halde ise bağımsız dava takip yetkisi ya da bir başka ifade ile dava yetkinliğinden söz edilmektedir¹⁷². Maddi hukuk ilişkisinin tarafı olan, yani sıfat sahibi kimse dava takip yetkisini de haizdir¹⁷³. Ancak maddi hukuk ilişkisinin tarafları dışında, üçüncü kişilerin çeşitli nedenlerle davayı taraf olarak sürdürme yetkileri olabilir. Bu hallerde, hak sahibi kimsenin dava takip yetkisi kaldırılmış olabileceği gibi bu yetki kaldırılmadan da üçüncü kişiye dava takip yetkisi tanınmış olabilir¹⁷⁴. TKAKK düzenlemesinde de hak sahibi kimsenin dava takip yetkisi kaldırılmaksızın, hak sahibi olmayan üçüncü bir kişiye dava açma imkânı verilmektedir.

Bunun sonucu olarak verilecek hükmün asıl taraf bakımından kesin hüküm etkisi doğurup doğurmayacağı tartışmalarının¹⁷⁵, tarım arazilerinin mülkiyetinin devri bakımından bir etkisi olmamalıdır. Zira bu dava daha önce de değindiğimiz üzere, bir paylaşma davası olup, tüm mirasçılarının davalı olarak gösterilmesi gereken ve davalı

¹⁷⁰ Hak sahibi kimsenin dava takip yetkisi kaldırılmaksızın üçüncü kişiye yabancı olduğu hakka ilişkin davayı yürütme yetkisi tanındığı hallerin paralel dava takip yetkisi olarak nitelendirilmesi için bkz. ATALI/ERMENEK/ERDOĞAN, s. 247.

¹⁷¹ PEKCANITEZ/TAŞ KORKMAZ, Pekcanitez Usul, s. 593; KALE, s. 24; BÖRÜ, s. 258; ATALI/ERMENEK/ERDOĞAN, s. 245; TANRIVER, s. 508.

¹⁷² PEKCANITEZ/TAŞ KORKMAZ, Pekcanitez Usul, s. 594-596; BÖRÜ, s. 269.

¹⁷³ BÖRÜ, s. 269.

¹⁷⁴ ATALI/ERMENEK/ERDOĞAN, s. 246-247.

¹⁷⁵ Bir görüşe göre, asıl hak sahibinin dava takip yetkisinin kaldırılmadığı hallerde dava takip yetkisini haiz kimsenin açtığı davada verilen hüküm asıl taraf bakımından kesin hüküm etkisi doğurmaz. ATALI/ERMENEK/ERDOĞAN, s. 247-248. Başka bir görüşe göre ise, bu halde hüküm olumlu ise asıl hak sahibine sirayet eder; ancak olumsuz ise yalnızca üçüncü kişiyi bağlar, asıl hak sahibine sirayet etmez. TANRIVER, s. 510.

ve davacıların hükümden aynı ölçüde etkilendikleri çift taraflı (actio duplex) bir davadır¹⁷⁶. Dolayısıyla asıl taraf, davada mutlaka davalı olarak gösterileceğinden her hal ve koşulda kesin hüküm tüm mirasçılara sirayet edecektir.

Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu m.8/Ç'nin niteliği ortaya konulurken, TKHK m. 73/6 bakımından dernek ve tüzel kişilerin durumunun dava yetkinliği ile açıklanamayacağı görüşü¹⁷⁷ ve dernek ve tüzel kişilerin davanın gerçek tarafı olduğu görüşünden¹⁷⁸ ayrılmak gerekmektedir. Söz konusu görüşler, dernek ve tüzel tüzel kişilerin açtıkları davada uyuşmazlık konusu hakka yabancı olmadığı ve bu nedenle davada gerçek taraf olarak değerlendirilmesi gerektiği temeline dayanmaktadır¹⁷⁹. Bu yaklaşımın TKAKK düzenlemesi bakımından aynen kabul edilmesi mümkün değildir. Zira buradaki yetkinin maddi hukuk alanından kaynaklanan ve hakka yabancı olmayan bir kimse tarafından kullanıldığı söylenemez. Dolayısıyla Tarım Bakanlığı'nın davadaki durumu, paralel dava takip yetkisini haiz kanuni dava yetkini olarak nitelendirilmelidir.

SONUÇ

6537 sayılı Kanun ile 5403 sayılı TKAKK'de yapılan değişikliklerin miras tarım arazileri bakımından mülkiyetin devri adı ile yeni bir sistem ihdas ettiği söylene de getirilen müessese, hukukî niteliği bakımından emredici hukuk kurallarına tabi özgü lemeden başka bir şey değildir.

Miras tarım arazilerinin devri amacıyla açılan dava, tescile zorlama, tapu iptal ve tescili ve ortaklığın giderilmesi davası olarak nitelendirilemez. Bu dava paylaşma davasıdır. Bu davada kesin yetkili mahkeme, paylaşma davasının terekedeki diğer mallarla birlikte açılıp açılmadığına bakılmaksızın taşınmazın bulunduğu yer mahkemesi olmalıdır.

TKAKK hükümlerinin emredici niteliği nazara alınarak yargılama yapılmalı, ancak birden çok ehil mirasçının varlığı halinde asgari geçici tarım arazisine dayanan kimseye de yeter büyüklükte arazi tahsisi yapmak koşuluyla hâkim, takdir yetkisini kullanabilmelidir. Bu halde, diğer mirasçıların ve ehil mirasçının miras dışı arazilerinin yeter büyüklüğe ulaşmasına kanunun amacı da dikkate alınarak öncelik tanınmalıdır.

Yargılamaya hâkim olan ilkeler, davanın çift taraflı olması ve hükmün emrediciliği karşısında bazı farklılıklar doğurmaktadır. Ancak miras tarım arazilerini TKAKK hükümleri dışında tutmak amacıyla delil başlangıcı ileri sürmek suretiyle açılan tapu

¹⁷⁶ ÖNEN, İnşai Dava, s. 82-83; İNAN/ERTAŞ/ALBAŞ, s. 560.

¹⁷⁷ KALE, s. 127; DEREN YILDIRIM s. 311.

¹⁷⁸ TAŞPOLAT TUĞSAVUL, s. 271-273.

¹⁷⁹ TAŞPOLAT TUĞSAVUL, s. 272-273; KALE, s. 127; DEREN YILDIRIM, s. 311.

iptal davalarında, davalının kabulüne rağmen, dava dosyasından anlaşılan bir muvazaanın varlığı anlaşılıyorsa, hâkim davanın reddine karar vermelidir.

Bakanlığın sulh hukuk mahkemesinde dava açması kamu yararı bakımından mülkiyet hakkına bir müdahale olarak değerlendirilmemelidir. Bu davada Bakanlığın hukukî niteliği paralel dava takip yetkisi ile açıklanmalıdır. Bir yıllık sürede paylaşmanın sona erdirilememesinin ya da mirasçılar tarafından açılan davanın reddedilmesinin getireceği dava yükü ve zaman kaybı dikkate alındığında, mirasçılar tarafından açılan her paylaşma davasının Tarım ve Orman Bakanlığı'na ihbarına yönelik bir düzenleme yapılması yerinde olacaktır.

HMK m. 382/2-c-9 uyarınca tarım arazileri özellikleri olan eşyanın dışında kalmaktadır. Çekişmesiz yargının hüküm ve sonuçları da bu yargılama bakımından söz konusu olmamaktadır. Bu nedenle, tarım arazilerinin özgülenmesi anılan hüküm kapsamında çekişmesiz yargı işi olarak nitelendirilemez.

KAYNAKLAR

- AKÇA, Kürşat; *"Anayasa Mahkemesi Kararlarında Mülkiyet Hakkı"*, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Özel Sayı Cilt 1, 2015.
- AKILLIOĞLU, Tekin; *"Kamu Yararı Üzerine Düşünceler"*, Amme İdaresi Dergisi, 24(2), 1991.
- AKİL, Cenk; *"Vesayete İlişkin Olanlar Dışında Türk Medeni Kanunu'nda Yer Alan Çekişmesiz Yargı İşleri"*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 62(4), 2013.
- AKYOL ASLAN, Leyla; *Medeni Usul Hukukunda Davadan Feragat*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2011.
- ANTALYA, Gökhan; *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2019.
- ANTALYA, Gökhan/SAĞLAM, İpek; *Miras Hukuku*, Legal Yayınları, 2015.
- ARAL, Fahrettin; *Türk Medeni Hukukunda Mirasın Taksimi Davası*, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara, 1979.
- ARSLAN, Aziz Serkan; *Medeni Usul Hukukunda Delillerin Toplanması ve Doğrudanlık İlkesi*, Adalet Yayınları, Ankara, 2012.
- ARSLAN, Ramazan/YILMAZ, Ejder/TAŞPINAR AYVAZ, Sema; *Medeni Usul Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016.
- ATALI, Murat; *Davanın İhbarı (İhbar)*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2007.
- ATALI, Murat; *"Hizmet Tespit Davasının Sosyal Güvenlik Kurumuna İhbarı" (SGK)*, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 16, Özel Sayı 2014, s. 631-652 (Basım Yılı: 2015) Prof. Dr. Hakan PEKCANİTEZ'e Armağan.
- ATALI, Murat/ERMENEK, İbrahim/ERDOĞAN, Ersin; *Medeni Usul Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2018.
- AVCI, Mehmet Özgür; *Mirasın Mahkeme Kararı İle Paylaşılması*, On İki Levha Yayınları, 2014.
- BAŞÖZEN, Ahmet; *Medenî Usûl Hukukunda İlk Görünüş İspatı*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010.
- BİLGE, Necip/ÖNEN, Ergun; *Medeni Yargılama Hukuku Dersleri*, Sevinç Matbaası, Ankara, 1978.
- BÖRÜ, Levent; *"Sifat ve Dava Takip Yetkisi"*, BATİDER, 27/3, 2011.
- BUDAK, Ali Cem/KARAASLAN Varol; *Medeni Usul Hukuku*, Adalet Yayınları, Ankara, 2019.

- DEREN YILDIRIM, Nevhis; *“Kolektif Hukuki Himaye Medeni Usul Hukukunda Sonun Başlangıcı Mı? Etkin Hukuki Himayenin Vazgeçilmez Unsuru Mu? (II)”*, Yargıtay Dergisi, 23/3, 1997.
- DURAL, Mustafa/ÖZ, Turgut; *Miras Hukuku*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2016.
- EDİS, Seyfullah; *“Hukukun Uygulanmasında Yargıca Tanınmış Takdir Yetkisi”*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 30/1, 1973.
- EGE, Önder; *Medeni Usul Hukukunda Keşif*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2014.
- ERDOĞAN, Kemal; *“Tarım Arazilerinin Miras Yoluyla İntikali”*, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 24, Sayı 1, 2016.
- EREN, Fikret; *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2018.
- EREN, Fikret; *Mülkiyet Hukuku (Mülkiyet)*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016.
- EREN, Fikret/BAŞPINAR, Veysel; *Toprak Hukuku*, Savaş Yayınları, Ankara, 2017.
- ERKAN, Mustafa; *“Bir Tabu: Taşınmazın Aynına İlişkin Davalarda Münhasır Yetki”*, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 20, Sayı 1, 2012.
- ERMENEK, İbrahim; *Davaların Birleştirilmesi ve Ayrılması (Birleştirme)*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014.
- ERMENEK, İbrahim; *Davayı Kabul (Kabul)*, Adalet Yayınları, Ankara, 2009.
- ERMENEK, İbrahim; *“Yargı Kararları Işığında Tüketici Sorunları Hakem Heyetleri Ve Bu Alanda Ortaya Çıkan Sorunlara İlişkin Çözüm Önerileri” (Tüketici)*, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XVII, Y.2013, Sa. 1-2.
- GÖKSU, Mustafa; *Hukuk Yargılamasında Elektronik Delil*, Adalet Yayınları, 2011.
- HANAĞASI, Emel; *“Kolektif Menfaatin Hukuki Himayesi Biçimi Olarak Topluluk Davaları”*, Haluk Konuralp Anısına Armağan, Ankara, 2009.
- İNAN, Ali Naim/ERTAŞ, Şeref/ALBAŞ, HAKAN; *Miras Hukuku*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2019.
- KALE, Serdar; *Medeni Yargılamada Taraf Ehliyeti*, On İki Levha Yayınları, 2010.
- KESER, Salih; *Medeni Yargılama Hukukunda Delil Başlangıcı*, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2016.
- KILIÇOĞLU, Ahmet; *Miras Hukuku*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2019.
- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip; *Miras Hukuku*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1978.
- KONURALP, Haluk; *Medeni Usul Hukukunda Yazılı Delil Başlangıcı*, Yetkin Yayınları, 2009.
- KURU, Baki; *İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı (El Kitabı)*, Adalet Yayınları, Ankara, 2013.
- KURU, Baki; *Medeni Usûl Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019.

- KURU, Baki/BUDAK, Ali Cem; Tespit Davaları, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2010.
- MERİÇ, Nedim; Medeni Yargılama Hukukunda Tasarruf İlkesi, Yetkin Yayınları, Ankara, 2011.
- MERİÇ, Nedim: “Medenî Yargılama Hukukunda Tasarruf ve Taleple Bağlılık İlkesinin Kapsamı ve Bazı Güncel Kararların Değerlendirilmesi” (Güncel Karar), Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Mihbir Özel Sayısı, 4(2), 2014.
- OĞUZMAN, Kemal; Miras Hukuku, Filiz Kitabevi, 1995, İstanbul.
- OĞUZMAN, Kemal/BARLAS, Nami, Medeni Hukuk, Vedat Kitapçılık, 2014, İstanbul.
- OĞUZMAN, Kemal/SELİÇİ, Özer/OKTAY ÖZDEMİR, Saibe; Eşya Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2014.
- OZANEMRE YAYLA, Tolunay; Mirasın Paylaşılması, Turhan Kitabevi, Ankara, 2011.
- ÖNEN, Ergun; “Gayrimenkul Davalarında Yetki”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 22-23(1-4), 1965-1966.
- ÖNEN, Ergun; İnşai Dava (İnşai Dava), Olgaç Matbaası, Ankara, 1981.
- ÖZAY, Osman Levent; Tarım İşletmelerinin ve Arazilerinin Miras Yoluyla İntikali, Yetkin Yayınları, Birinci Baskı, Ankara, 2015.
- ÖZÇELİK, Barış; “5403 Sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu’nda 6537 Sayılı Kanun’la Yapılan Değişiklikler ve Değerlendirilmesi”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XIX, Sayı 1, 2015.
- ÖZGÜR, Yılmaz; Müşterek Mülkiyetin Sona Ermesi, İstanbul, 1995.
- ÖZTAN, Bilge; Medeni Hukukun Temel Kavramları, Turhan Kitabevi, Ankara, 2017.
- PAKEL, Nafi; “Ortaklığın Giderilmesi Davası, Mahiyeti ve Özelliği”, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt 83, Sayı 2009/1.
- PEKCANİTEZ, Hakan/TAŞ KORKMAZ, Hülya/ÖZEKES, Muhammet/AKKAN, Mine; Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2017.
- POSTACIOĞLU, İlhan/ALTAY, Sümer; Medeni Usul Hukuku, Legal yayınları, İstanbul, 2015.
- SARAÇ, Osman; “Kamu Yararı Kavramı”, Maliye Dergisi, Sayı 139, 2002.
- SEROZAN, Rona/ENGİN, Baki İlkay; Miras Hukuku, Seçkin Yayınları, Ankara, 2019.
- SİRMEN, Lale; Eşya Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 2018.
- TANRIVER, Süha; Medenî Usûl Hukuku Cilt 1, Yetkin Yayınları, Birinci Baskı, Ankara, 2016.

- TAŞPOLAT TUĞSAVUL, Melis; Kolektif Hukuki Yarar Çerçevesinde Topluluk Davaları, On İki Levha Yayınları, 2016.
- TEZCAN, Murat; “Soyut Kamu Yararı Kararıyla Sınırlandırılan Mülkiyet Hakkı”, Terazi Hukuk Dergisi, 8(85), 2013.
- TOMBALOĞLU, Nermin; “Anayasa Mahkemesi Kararlarında Kamu Yararı Kavramı”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2014, 5(1).
- TOPUZ, Gökçen; Medenî Usûl Hukukunda Karinelerle İspat, Yetkin Yayınları, Ankara, 2012.
- UMAR, Bilge; Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014.
- YAVUZ, Cevdet/TOPUZ, Murat; “Toprak Koruma Ve Arazi Kullanımı Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun’un Türk Medeni Kanunu’nun Miras Hukukuna İlişkin Hükümlerinde Yaptığı Değişiklikler”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Araştırmaları Dergisi, Mehmet Akif Aydın’a Armağan, Cilt 21, Sayı 2.
- YILDIRIM, Kamil; Medeni Usul Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi, İstanbul, Kazancı Kitap, 1990.
- YILMAZ, Ejder; Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Yetkin Yayınları, Ankara, 2012.
- YILMAZ, Ejder; “Savcıların Hukuk Davalarındaki Görevleri” (Savcı), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 29/1, 1972.

www.sinerjimevzuat.com.tr

www.corpus.com.tr