



İnönü Üniversitesi
Hukuk Fakültesi Dergisi İnÜHFD
Inonu University Law Review InULR

Cilt: 11 – Sayı: 1
Ocak – Haziran 2020

Vol: 11 – No: 1
January – June 2020



2010 Yılından itibaren **TÜBİTAK - ULAKBİM** tarafından taranan dergiler arasındadır.

2010 Yılından itibaren **HEINONLINE** tarafından taranan dergiler arasındadır.

2010 yılından itibaren **EBSCOhost** tarafından taranan dergiler arasındadır.

2018 yılından geçerli olmak üzere **INDEX COPERNICUS** tarafından taranan dergiler arasındadır.



2017 yılından geçerli olmak üzere **INDEX TO FOREIGN LEGAL PERIODICALS** tarafından indekslenmeye başlanmıştır.



2019 yılından geçerli olmak üzere **DOAJ** tarafından indekslenmeye başlanmıştır.

2010 yılından itibaren **Cardiff Index to Legal Abbreviations** tarafından taranan dergiler arasındadır.



2010 yılından geçerli olmak üzere **ERIHPLUS** tarafından indekslenmeye başlanmıştır.



2010 yılından geçerli olmak üzere **WorldCat** tarafından indekslenmeye başlanmıştır.

2010 yılından geçerli olmak üzere ile **Scilit** tarafından indekslenmeye başlanmıştır.



2010 yılından geçerli olmak üzere ile **Google Scholar** tarafından indekslenmeye başlanmıştır.



2010 yılından geçerli olmak üzere **EuroPub** tarafından indekslenmeye başlanmıştır.



2010 yılından itibaren **Directory of Research Journals Indexing** tarafından taranan dergiler arasındadır.



2010 yılından geçerli olmak üzere **Crossref** tarafından indekslenmeye başlanmıştır.

2010 yılından geçerli olmak üzere **Sobiad** tarafından indekslenmeye başlanmıştır.

İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (İNÜHFD)

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

Inonu University Law Review (InULR)

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

Basım/Yayın Yeri: İnönü Üniversitesi

İLETİŞİM ADRESİ:

İnönü Üniversitesi, Elazığ Yolu 15. km, 44280-Malatya-Türkiye

Tel: +90 422 377 46 80

Fax : +90 422 377 46 81

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

e-posta : hukukdergi@inonu.edu.tr

Sahibi - Owner

Prof. Dr. Ahmet KIZILAY

Baş Editör – Editor-in-Chief

Prof. Dr. Tamer BUDAK

Alanya Alaaddin Keykubat Üniversitesi

Editörler-Editors

Dr. Öğr. Üyesi Adem YELMEN

İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Dr. Öğr. Üyesi Aslıhan KAYIK AYDINALP

İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Dr. Öğr. Üyesi Murat Buğra TAHTALI

İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Dr. Öğr. Üyesi Elif ÇELİK

İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Dr. Öğr. Üyesi Serdar DEMİRCİ

İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Editör Yardımcılar- Co-Editors

Arş. Grv. Burcu ERDİNÇ

İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Arş. Grv. Azim ÖNCÜ

İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Arş. Grv. Aybike KARAHAN

İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Mizanpaj Editör - Layout-Editors

Arş. Grv. Ferhat BÜYÜKAY

İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Genel Yayın Kurulu - General Editors

Prof. Dr. Michael N. Schmitt

School of Law, University of Exeter, United Kingdom

Prof. Dr. Alan C. Neal

School of Law, University of Warwick, United Kingdom

Prof. Dr. Neil Boister

School of Law University of Canterbury, New Zealand

Prof. Dr. Thom Brooks

School of Law, Durham University, United Kingdom

Prof. Dr. Kathleen Elizabeth Mahoney

Faculty of Law, University of Calgary, Canada

Prof. Dr. Hakan Karan

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Jeffrey A. Van Detta

Atlanta's John Marshall Law School, USA

Prof. Dr. Jason Chuah

School of Law, City University London, United Kingdom

Prof. Dr. Jean Allain

School of Law, Queen's University, Belfast, United Kingdom.

Prof. Dr. Haluk Emiroğlu

İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Zheng Sophia Tang

School of Law, Newcastle University, United Kingdom.

Prof. Dr. Maurizio Borghi

School of Law, Bournemouth University, United Kingdom.

Prof. Dr. Tomoya Obokata

School of Law, Keele University, United Kingdom.

Prof. Dr. Petra Butler

Faculty of Law, Victoria University of Wellington, New Zealand

Doç. Dr. Hayri Keser

Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Danışma Kurulu / Advisory Board

Prof. Dr. Arslan KAYA	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Aydın GÜLAN	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Ayşe HAVUTÇU	Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Bilge ÖZTAN	Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Devrim GÜNGÖR	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Erkan KÜÇÜKGÜNGÖR	Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Erol ULUSOY	İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi.
Prof. Dr. Fatih UŞAN	Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Fırat ÖZTAN	Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Hasan Tahsin FENDOĞLU	Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. İsmail KIRCA	TOBB ETÜ Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. K. Emre GÖKYAYLA	Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Kemal ŞENOCAK	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Mehmet DEMİR	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Mertol CAN	Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Mustafa FADIL YILDIRIM	Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Muharrem ÖZEN	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Müslüm AKINCI	Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Oguz Kürşat ÜNAL	Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Süha TANRIVER	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Şahin AKINCI	Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Talat CANPOLAT	Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Vahit DOĞAN	Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Vedat BUZ	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Yener ÜNVER	Özyeğin Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Zarife ŞENOCAK	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Oğuz S. AYDOS	Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. İpek SAĞLAM	Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Murat TOPUZ	Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Serkan AYAN	Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi İbrahim DURHAN	İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Metin CEYLAN	İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Murat Buğra TAHTALI	İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Elif ÇELİK	İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Aslıhan KAYIK AYDINALP	İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Serdar DEMİRCİ	İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Adem YELMEN	İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Mete ERDEM	İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi

İNÖNÜ ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ - İNÜHFD YAYIM İLKELERİ

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

PUBLICATION RULES OF INONU UNIVERSITY LAW REVIEW - InULR

1. Submissions should be accompanied by an assurance that the article has not been published, submitted, or accepted elsewhere previously. Articles cannot be published elsewhere without the permission of the Dean's Office.
2. All articles should be submitted 20 days prior to the first day of the month which the new issue is publishes (December - June). The articles sent after declared time will be considered for the next issue.
3. After the article is received, the editorial board will decide whether or not to send it back to the author to make necessary changes in accordance with the Journal's publication rules before the review procedure.
4. Submissions which are considered appropriate by the editorial board will be sent out for review. On the basis of the review reports, the author may be invited to revise and resubmit the article on the basis of the comments made by reviewers.
5. The articles, which pass review procedure and are more than 40 pages, may be publish in the next issue by the Editorial Board due to the workload.
6. Each article should include a summary, title and key words which are written in Turkish and English.
7. Each author must provide their educational profile such as their degrees, related intuition, contact information and e-mail address.
8. Citations should conform to APA style or Oxford Referencing Style (parenthesis or footnote).
9. The article should be written with 1.5 spaced and font type Times New Roman, font size 12 for main text, font size 10 for footnotes. The articles may also be sent to the editorial board via (<http://dergipark.gov.tr/journal/1237/submission/start>). The footnotes in the article should be given at the bottom of the page.
10. The title of the article should be capitalized and hyperlinked. Name of the author must be shown at the right bottom of the title with a footnote, which should state the university or the intuition of the author.

Example: Inonu University, School of Law

11. All the abbreviations in the text should be spelt out on first use with the abbreviation given immediately following in parentheses or the abbreviations should be shown on abbreviation list. The abbreviations which are used in footnotes must be shown only on abbreviation list.
12. All foreign words in the text must be written in italic font.
13. Turkish Supreme Court cases must be cited as follow:
Yarg. 11. HD, 17.10.2010, E. 2001, K. 9990.
14. Each author accepted that no royalty will be paid.

İÇİNDEKİLER/ CONTENTS

MAKALELER / ARTICLES

4857 SAYILI İŞ KANUNU ÇERÇEVESİNDE İŞ SÖZLEŞMESİNİN FESHİNDE İŞÇİNİN SAVUNMASININ ALINMASI <i>IN ACCORDANCE WITH LABOUR LAW NO.4857 RECEIVING THE DEFENSE OF THE WORKERS ON THE TERMINATION OF THE LABOR CONTRACT</i> Barış DUMAN	1-17
RESMİ SİCİL VE SENETLERLE İSPAT <i>PROOF WITH OFFICIAL REGISTRATION AND BILLS</i> Yalçın KAVAK	18-25
MİRASIN PAYLAŞILMASI SÖZLEŞMESİ VE BUNUN ARABULUCULUK BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ <i>THE CONTRACT OF SHARING OF THE INHERITANCE AND ITS APPROPRIATENESS TO THE MEDIATION</i> Miray ÖZER DENİZ	26-38
KARA TAŞITLARI KASKO SİGORTASI BAĞLAMINDA, TÜRK TİCARET KANUNU'NUN 1429/1. MADDESİNDE GEÇEN “SİGORTA ETTİREN VEYA SİGORTALININ FİİLİNDEN SORUMLU OLDUĞU KİŞİLER” KAVRAMINA İLİŞKİN KISA BİR DEĞERLENDİRME <i>A BRIEF EVALUATION OF CONCEPT OF “PERSONS WHOM POLICYHOLDER OR INSURED ARE RESPONSIBLE FOR THEIR ACTS” MENTIONED IN ARTICLE 1429/1 OF TURKISH COMMERCIAL CODE, IN THE CONTEXT OF COMPREHENSIVE VEHICLE INSURANCE</i> Damla KÜÇÜK	39-55
ALİ HAYDAR EFENDİ’NİN ALTIN, GÜMÜŞ GİBİ MADENLERLE SÂBİT OLAN BORÇLARIN EVRÂK-I NAKDİYYE İLE ÖDENEMEYECEĞİNE İLİŞKİN HUKUKÎ GÖRÜŞLERİ <i>THE LEGAL ASSESSMENT OF ALI HAYDAR EFENDİ’S ON DEBTS CONSTATED TO GOLD AND SILVER MINES CANNOT BE PAYABLE WITH THE PAPER MONEY</i> İrem KARAKOÇ	56-72
DERNEĞİN MAHKEME KARARIYLA SONA ERMESİ <i>DISSOLUTION OF ASSOCIATION BY COURT ORDER</i> Mehmet AKÇAAL	73-84
YÜKLENİCİNİN ESER MEYDANA GETİRME BORCU <i>THE OBLIGATION OF CARRYING OUT THE WORK OF THE CONTRACTOR</i> Pakize Ezgi AKBULUT	85-99
6098 SAYILI TÜRK BORÇLAR KANUNU HÜKÜMLERİNE GÖRE KEFİL İLE REHİN VEREN ÜÇÜNCÜ KİŞİ ARASINDAKİ İLİŞKİ <i>THE RELATIONSHIP BETWEEN THE GUARANTOR AND THE THIRD PARTY GIVING PLEDGE ACCORDING TO TURKISH CODE OF OBLIGATIONS (NUMBERED 6098)</i> Yasemin YÜCESOY YILMAZ	100-109
6769 SAYILI SİNAİ MÜLKİYET KANUNU’NA GÖRE MARKA HAKKINA TECAVÜZDEN DOĞAN İTİBAR KAYBI TAZMİNATI <i>COMPENSATION FOR LOSS OF REPUTATION AS A RESULT OF TRADEMARK INFRINGEMENT ACCORDING TO THE INDUSTRIAL PROPERTY LAW NO:6769</i> Bilge AYTUĞAR, Sultan KÜÇÜK	110-125
KANT’IN VE HEGEL’İN FELSEFESİNDE CEZANIN AMACI <i>PURPOSE OF PUNISHMENT IN KANT’S AND HEGEL’S PHILOSOPHY</i> Melike Belkis AYDIN	126-138
YARGITAY KARARLARI IŞIĞINDA İŞE İADE KARARI SONRASI İŞÇİNİN BAŞVURUSU VE İŞVERENİN DAVETİNDE “SAMİMİYET” OLGUSU <i>THE NOTION OF “SINCERITY” IN THE EMPLOYEE’S APPLICATION AND IN THE EMPLOYER’S INVITATION FOLLOWING THE JURISDICTION OF REINSTATEMENT WITH REGARD TO DECISIONS OF THE COURT OF CASSATION</i> Nazlı ELBİR	139-154

AVRUPA BİRLİĞİ İÇTİHA TLARI İŞİĞİNDA SEÇİCİ DAĞITIM SİSTEMLERİNDEKİ İNTERNETTEN SATIŞ YASAKLARI <i>INTERNET SALES BANS IN SELECTIVE DISTRIBUTION SYSTEMS IN THE LIGHT OF EUROPEAN UNION CASE LAW</i> Özge ÖZSOY	155-165
CUMHURBAŞKANLIĞI KARARNAMELERİNİN NORMLAR HİYERARŞİSİNDEKİ YERİ VE DENETİMİNDE MADDİ İÇERİK KRİTERİ <i>THE RANK OF PRESIDENTIAL DECREES IN HIERARCHY OF NORMS AND CRITERIUM OF MATÉRIEL CONTENT IN JUDICIAL REVIEW</i> Mehmet GÜNEŞ	166-179
AVRUPA'DA BURKA YASAKLARI ÜZERİNE BİR İNCELEME <i>AN ANALYSIS OF BURQA BANS IN EUROPE</i> Kemal Efe SAYIN	180-193
OSMANLI İMPARATORLUĞU'NDA DEFTERDARLIK VE GÜNÜMÜZ YANSIMALARI <i>"DEFTERDARLIK" AT THE OTTOMAN EMPIRE AND IT'S IMPACTS TO TODAY</i> Alican MERT	194-212
KAMU HİZMETLERİNDEN YARARLANMADA KADIN-ERKEK EŞİTLİĞİ <i>EQUALITY OF WOMEN AND MEN IN THE USE OF PUBLIC SERVICES</i> Hilal ALBAL	213-227
H.L.A. HART'IN "TAKDİR" METNİ ÜZERİNE BİR İNCELEME <i>AN ANALYSIS OF H.L.A HART'S "DISCRETION"</i> Zeynep İSPİR	228-241
TAŞINMAZ ÜZERİNDE GERİ ALIM HAKKI <i>THE RIGHT OF REPURCHASE ON IMMOVABLE PROPERTY</i> Pınar GÜZEL	242-259
ESKİ VAKIFLARDA TOPRAK MÜLKİYETİNDEN DOĞAN SORUNLARIN GÜNÜMÜZE YANSIYAN BİÇİMLERİ: TAVİZ BEDELİ <i>THE FORMS REFLECTED PRESENT OF THE PROBLEMS ARISING FROM THE LAND SYSTEM AND PROPERTY IN OLD WAQFS: CONCESSION FEE</i> Murat ÇAK, Demet ÇAK	260-270
6750 SAYILI TİCARİ İŞLEMLERDE TAŞINIR REHNİ KANUNU UYARINCA AYNI ALACAĞA TEMİNAT TEŞKİL ETMEK ÜZERE BİRDEN ÇOK TAŞINIRIN REHİN HAKKINA KONU OLMASI <i>MORE THAN ONE CHATTEL TO BE PLEDGED FOR A SINGLE DEBT ACCORDING TO THE LAW REGARDING PLEDGE OF CHATTELS IN COMMERCIAL TRANSACTIONS</i> Bahar ÖCAL APAYDIN	271-286
ZİNANIN HUKUK-İÇİ VE HUKUK-DIŞI SOYKÜTÜĞÜ <i>IN IURE AND EXTRA LEGEM GENEALOGY OF ADULTERY</i> Rabia SAĞLAM	287-302
YARGILAMAYI HIZLANDIRAN BİR MODEL OLARAK ALMAN CEZA MUHAKEMESİ HUKUKUNDA HÜKÜM ANLAŞMASI (§257c StPO) <i>NEGOTIATED AGREEMENT IN GERMAN CRIMINAL PROCEDURE LAW AS A TRIAL ACCELERATING MODEL (§257c StPO)</i> Meral EKİCİ ŞAHİN	303-320
ANONİM ŞİRKET GENEL KURUL KARARININ İPTALİNDE DAVA DİLEKÇESİNİN İSLAHI <i>AMENDMENT OF THE LAWSUIT PETITION IN THE ACTION FOR AVOIDANCE AGAINST THE JOINT-STOCK CORPORATION</i> Taner Emre YARDIMCI	321-337
İDARİ YARGILAMA USULÜNDE YARGILAMANIN YENİLENMESİ BAŞVURUSU <i>THE APPLICATION OF THE RETRIAL IN THE ADMINISTRATIVE JUDICIAL PROCEDURE</i> Barış ACUN	338-352
İDARİ YARGILAMA USULÜNDE KANUN YARARINA TEMYİZ <i>APPEAL FOR THE SAKE OF LAW IN ADMINISTRATIVE JUDICIAL PROCEDURE</i> Burkay Can KARA	353-371

**AİHM'İN ÖNLEYİCİ TUTUKLAMAYLA İLGİLİ VERDİĞİ KARARLAR BAKIMINDAN
TEMELLENDİRİLEBİLİR AYRIMCILIK**
*JUSTIFIABLE DISCRIMINATION IN THE CONTEXT OF ECHR'S DECISIONS ABOUT PREVENTIVE
DETENTION*
Muhammet KOÇAKGÖL

372-383

KARAR İNCELEMESİ / COURT DECISION ANALYZING

**ÇEVRE VE İNSAN HAKLARI İLİŞKİSİNE YENİ BİR YAKLAŞIM: AMERİKALILAR ARASI
İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ'NİN OC-23/17 SAYILI TAVSİYE GÖRÜŞÜ**
*A NEW APPROACH TO THE RELATIONSHIP BETWEEN ENVIRONMENT AND HUMAN RIGHTS: INTER-
AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS ADVISORY OPINION OC-23/17*
Bahar KONUK SOMMER

384-393

OTOBİYOGRAFİ / AUTOBIOGRAPHY

Prof. Dr. Sarper SÜZEK
Sarper SÜZEK

394-395

DÜZELTME / RECTIFICATION

**DÜZELTME: MİLLETLERARASI ARABULUCULUK UZLAŞMA SÖZLEŞMESİNİN SINIR-ÖTESİ
TENFİZİNE DAİR SÖZLEŞME TASLAĞI**
*RECTIFICATION: THE DRAFT "CONVENTION ON CROSS-BORDER ENFORCEMENT OF
INTERNATIONAL MEDIATED SETTLEMENT AGREEMENTS"*
Necla ÖZTÜRK, Güven YARAR

1-1

4857 SAYILI İŞ KANUNU ÇERÇEVESİNDE İŞ SÖZLEŞMESİNİN FESHİNDE İŞÇİNİN SAVUNMASININ ALINMASI

IN ACCORDANCE WITH LABOUR LAW NO.4857 RECEIVING THE DEFENSE OF THE
WORKERS ON THE TERMINATION OF THE LABOR CONTRACT

Barış DUMAN*  

Makale Bilgi

Gönderilme: 01/12/2019
Kabul: 14/01/2020

Anahtar Kelimeler

İş Güvencesi,
Fesih,
Savunma Hakkı,
İşçi Davranışı,
İşçi Verimliliği.

Article Info

Received: 01/12/2019
Accepted: 14/01/2020

Keywords

Labour-Job Protection,
Termination,
The Right of Defense,
Worker Behavior,
Worker Productivity.

Özet

İş hukukunun temel amaçlarından biri de işçi ve işveren arasındaki çalışma ilişkisinin devamlılığını sağlayacak tedbirlerin alınmasıdır. İş sözleşmesinin sona erdirilmesi öncesinde, savunma hakkı verilmesi, işçinin, hakkındaki iddiaları öğrenme olanağını sağlayacaktır. Hakkındaki fesih nedeni olabilecek iddiaları öğrenen işçinin yapacağı savunmanın mahiyeti, taraf olunan iş ilişkisi bakımından son derece önemlidir. İşçi yapacağı savunmayla işverenin objektif bir değerlendirmeyle fesih iradesini değiştirebilir. Diğer bir ifadeyle işveren, işçinin yapacağı savunmaya göre iş sözleşmesini sona erdirmeye yönündeki niyetinden vazgeçebileceği gibi yapılan savunmaya itibar etmeyerek aralarındaki sözleşmeyi sona erdirebilir. Yasal olarak iş güvencesi kapsamındaki iş ilişkilerinde, işveren tarafından işçi davranışı ve verimine bağlı fesih sebepleri karşısında tanınması zorunlu olan savunma hakkı, ileride yaşanabilecek uyuşmazlıklarda, ispat hukuku açısından yazılı olarak ve de fesih bildirim öncesinde kullanılması gerekir. Çalışmamızda İş Kanununun 19. maddesinde yer verilen ve işveren tarafından işçinin kişiliğine bağlı fesih sebepleri bakımından gerçekleştirilmesi muhtemel fesih işleminin geçerlilik koşulu olarak düzenlenen savunma hakkı, mevzuat, öğretici görüşleri ve Yargıtay kararları çerçevesinde değerlendirilmiştir.

Abstract

One of the main aims of labour law is to take measures to ensure the continuity of the working relationship between the worker and the employer. Prior to the termination of the employment contract, granting the right of defence would allow the worker to learn about the allegations against him/her. The nature of the defence to be made by the worker who learns the claims that may be the cause of termination against him is extremely important in terms of the business relationship to which he is a party. The employee may change the employer's will to terminate with an objective assessment through his/her defence. In other words, the employer may give up his intention to terminate the employment contract according to the defence of employee, or may terminate the contract between them by not giving credit to the defence made. The right of defense, which is legally required to be recognized by the employer in respect of the reasons for termination due to worker behavior and efficiency, in labor relations under the scope of labor security, must be exercised in writing in respect of the law of proof and before the notification of termination in future disputes. In our study, the right of defense, which is the condition of validity of the termination procedure, which is regulated in article 19 of the Labor Law and which is likely to be carried out by the employer in terms of reasons for termination due to the personality of the worker, has been evaluated within the framework of legislation, doctrine opinions and Supreme Court decisions.

I. GİRİŞ

İş hukukunun temel prensiplerinden birisi de işçinin içinde bulunduğu çalışma ilişkisi kapsamında, iş sözleşmesinin devamına ilişkin işveren iradesine bağlı olarak ortaya çıkabilecek, yarın ne olacak kaygısı yaşamadan iş görme edimini ifa etmesinin sağlanması; bir başka ifadeyle işverenin, iş sözleşmesinin sona erdirilmesine ilişkin keyfi uygulamalarına karşı işçinin güvence altında çalışacağı yasal bir ortamın teminidir¹. Söz konusu güvence işçinin iş sözleşmesinin devamı konusunda işverene karşı mutlak biçimde korunmasını değil; işçi, işveren ve işyeri denkleminde sözleşmenin işveren tarafından feshinde yasanın öngördüğü geçerli nedenlere dayalı olarak, yargısal denetime olanak verecek biçimde hareket edilmesini garanti ederken, yasal sınırların aşılarak hareket edildiğinin tespit edilmesi halinde de işverene hukuki olarak sorumluluk yüklenmesi sonucunu doğuracaktır².

İş güvencesi olarak adlandırılacak prensiple, işverenin iş sözleşmesinin feshi konusundaki özgürlüğü, sosyal devlet ilkesinin bir gereği olarak uluslararası ve ulusal düzenlemelerle sınırlandırılmıştır³. Avrupa Konseyine üye ülkeler tarafından kaleme alınan ve ülkemiz tarafından da bazı maddelerine çekince konularak 2006 yılında kabul edilen 1996 tarihli (Gözden Geçirilmiş) Avrupa Sosyal Şartının⁴ 24. maddesi, çalışanların iş sözleşmesinin feshinde geçerli neden aranmasını, geçerli neden olmaksızın yapılacak fesihler karşısında işçinin tazminat ve diğer yardımlar yoluyla korunmasında sözleşmeci devletlere yükümlülük getirmiştir. Türkiye tarafından 1994 yılında onaylanan, Uluslararası Çalışma Örgütü'nün (İLO) 158 sayılı "Hizmet İlişkisine Son Verilmesi" konulu sözleşmesi⁵ ise, iş sözleşmesinin sona ermesine ilişkin usul ve esasları belirlerken 7. maddesiyle de, işçinin fesih öncesi savunma hakkının verilmesinin garanti edilmesini düzenlemiştir. 158 sayılı Sözleşmeyi tamamlayıcı mahiyetteki 166 sayılı Tavsiye Kararıyla da işverenin iş sözleşmesini sona erdirirken fesih bildirimini yazılı olması ve işçinin fesih sebebini öğrenme hakkının tanınması ilkesine yer verilmiştir⁶.

1982 Anayasasının 49. maddesinde, çalışma herkesin hakkı ve ödevi olarak düzenlenirken, devletin çalışanları koruyucu, çalışmayı destekleyen ve de çalışma barışını gözeten tedbirleri alma ödevi düzenlenmiştir. 10.06.2003 tarih ve 25134 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 4857 sayılı İş Kanununun 18 ve devamı maddelerinde ise, 158 sayılı İLO sayılı Sözleşmesi esas alınarak iş güvencesine ilişkin hükümlere yer verilmiş olup, bu kapsamda işçinin yasal olarak bağlı olduğu statü, iş sözleşmesinin türü, işyerinde çalışan işçi sayısı, çalışma süresi ve de işveren vekili olmama ilişkili koşullara bağlı bir yasal çerçeve kabul edilmiştir.

İş Kanunu (ve Basın İş Kanunu) kapsamında, belirsiz süreli iş sözleşmesine dayalı olarak, otuz veya daha fazla işçinin çalışmakta olduğu işyerlerinde, en az altı aylık kıdemi bulunan işçilerin sözleşmesinin feshinde, işveren, Kanunda yer verilen sebeplere dayalı olarak ve usul hükümlerine uygun biçimde hareket etmediği takdirde, feshin geçersizliği, işe iade ve tazminat hükümleriyle karşı karşıya kalabilecektir. Bu noktada ifade etmek gerekir ki iş güvencesinin temelini oluşturan yasal düzenlemelerden biri de işveren tarafından sözleşmenin geçerli ve belirli sebeplerle feshi öncesinde, işçiye savunma hakkı verilmesidir. Savunma hakkının kullanılması işveren için yasal bir yükümlülük iken, işçi için iradi bir tasarruftur. Çalışmamızda iş güvencesi kapsamındaki iş ilişkilerinde işveren tarafından iş sözleşmesinin sona erdirilmesi sürecinde işçisine savunma hakkı tanınması zorunluluğunun 4857 sayılı İş Kanunundaki düzenleniş şekli,

¹ GÜZEL, Ali: "İş Güvencesine İlişkin Yasal Esasların Değerlendirilmesi", I. Oturum, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri, Galatasaray Üniversitesi 28-29 Mayıs 2004, 2004 yılı Toplantısı, İstanbul Barosu Yayını, İstanbul 2004, s.17; SOYER, Polat: "Feshe Karşı Korumanın Genel Çerçevesi ve Yargıtay Kararları Işığında Uygulama Sorunları", I. Oturum, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku 2005 Yılı Toplantısı, İstanbul 2005, s.27.

² GÜZEL, s.17; ALP, Mustafa: "İşçinin Feshe Karşı Korunması (İş Güvencesi Yasası)", DEHFD, 5(1), 2003, s.1.

³ ALPGAGUT, Gülsevil: "Yargıtay Kararları Işığında İş Güvencesi ve Çalışma Koşullarında Esaslı Değişiklik", Bankacılık Dergisi, S.65, 2008, s.89.

⁴ Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ni takviye eden bir sözleşme olarak, çalışma ve ekonomik hakları garanti eden Avrupa Sosyal Şartı (Avrupa Sosyal Haklar Sözleşmesi), ek protokoller ve yeni haklarla kapsamı genişleyerek Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı olarak çalışma hayatına nüfuz eden belge hakkında ayrıntılı değerlendirme için bkz. GÜLNUR, Emine: "Avrupa Sosyal Şartı ve Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı", TBB Dergisi, S.77, 2008, s.123-165.

⁵ https://www.ilo.org/ankara/conventions-ratified-by-turkey/WCMS_377301/lang--tr/index.htm (Erişim tarihi: 20.11.2019).

⁶ AKTUĞ, Semih Serkant: "İş Güvencesinin Uluslararası Dayanakları", EÜHFD, XIII(1-2), 2009, s.230.

yargı kararları ve öğreti görüşleriyle birlikte ortaya konulacaktır.

II. SAVUNMA HAKKI KONUSUNDAKİ HUKUKİ DÜZENLEMELER

İLO' nun 158 sayılı Sözleşmesinin 7. maddesinde, “İşverenden makul ölçülere göre beklenemeyecek haller hariç, hakkındaki iddialara karşı savunma fırsatı verilmeden bir işçinin hizmet ilişkisi, o işçinin davranışı ve performansı ile ilgili nedenlerle sona erdirilemez.” hükmüne yer verilmiştir.

İş Kanunu sistematüğinde, iş güvencesi kapsamındaki çalışma ilişkilerinde, iş sözleşmesinin işveren tarafından feshinde, işçiyi koruyucu düzenlemelerden biri de 19. maddenin ikinci fıkrasında yer verilen işçinin savunmasının istenmesi kuralıdır. 158 sayılı İLO Sözleşmesine dayanarak hazırlanan işbu Kanun hükmüne göre, “Hakkındaki iddialara karşı savunmasını almadan bir işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesi, o işçinin davranışı veya verimi ile ilgili nedenlerle feshedilemez. Ancak, işverenin 25 inci maddenin (II) numaralı bendi şartlarına uygun fesih hakkı saklıdır.”. Söz konusu düzenlemeyle öncesindeki 18. madde sistematüğü uyarınca, iş sözleşmesinin belirsiz olması kaydıyla, otuz ve daha fazla işçi çalıştıran işyerlerinde altı aydan fazla kıdemi olan işçinin davranışı ve verimliliğine ilişkin sebeplere bağlı fesihlerde işçinin savunmasının alınması gerekir.

Madde gerekçesinde, belirsiz süreli iş sözleşmesi, işçinin davranışı veya verimi ile ilgili bir nedenle feshediliyor ise, ona önce hakkındaki iddialara karşı savunma fırsatı verileceği; ancak, işçinin zihinsel veya bedensel yetersizliği, arkadaşları veya amirleri ile sıkça ve gereksiz yere tartışmaya girişmiş olması gibi durumlarda savunmasının alınmasının işverenden beklenemeyeceği ifade edilmiştir. 4857 sayılı İş Kanunu tasarısının TBMM’ deki genel kurul görüşmeleri sırasında, 19. Maddenin ikinci fıkrasının başlangıcında yer alan "İşveren bakımından beklenemeyecek haller hariç olmak üzere" ifadesi verilen bir önergeyle, subjektiflik ve belirsizlik içeren bir durumu tanımladığı ve kötüye kullanabileceği düşüncesiyle madde metninden çıkarılmıştır.

III. SAVUNMA HAKKININ AMACI

Belirsiz süreli iş sözleşmesinin, İş Kanununun 18. maddesi kapsamındaki bir çalışma ilişkisi içerisinde, işçinin kişiliğine bağlı olarak gelişen davranışları ve ya verimsizliği gerekçesiyle işveren tarafından sona erdirilmek istenmesi öncesinde, işçinin savunmasının alınması, bildirilecek fesih sebebi olarak iddia edilecek konularda işverenin yeniden bir değerlendirme yapmasına olanak tanıyarak, iş sözleşmesinin devamına ya da fesih gerekçesi olarak gösterilecek sebebin yerindelüğünün tespitine katkı sunacaktır⁷.

İşveren işletme, işyeri ya da işin gerekleri dışında, işçisinin çalışma ilişkisi bakımından yerinde görülme-yen tutum ve davranışlarıyla, çalışma veriminin düşmesinin arkasında yatan gerçek nedenleri, esas itibarıyla işçinin savunmasına başvurarak sağlıklı bir şekilde öğrenebilir. Sözleşmenin feshedilmesinden önce işçinin savunmasının alınması işverenin bir adım sonrasındaki fesih bildirimini konusundaki takdirine etki etmek kadar, işçinin kendisi hakkındaki iddiaları öğrenerek, davranışları ve iş verimi konusundaki yetersizliğinin gerekçesini bildirmek suretiyle işverenin fesih niyetinden vazgeçme ve böylelikle iş ilişkisinin devamını sağlama imkanını sağlayacaktır⁸.

İşveren işçisine yönelteceği olası kişisel fesih sebeplerine karşı yapılan savunmadaki gerekçelerle bağlı olmasa da, bu yolla, iş sözleşmesinin feshi ve sonrasında yaşanacak hukuki

⁷ SÜZEK, Sarper: İş Hukuku, Yenilenmiş 18. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2019, s.587; ALP, s.18; DOĞAN YENİSEY, Kübra: “İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı”, Yargıtayın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2016, Seminer Ankara 01-02 Aralık 2017, Oniki Levha Yayınları, İstanbul 2018, s.455; GÜLVER, Ender: “İş Sözleşmesinin İşçinin Savunması Alınmaksızın Sağlık Sebeplerine Dayanarak İşverence Derhal Feshi ve İşe İade”, Karar İncelemesi, İÜHFM, 2016, C.74, s.407; DULAY YANGIN, Dilek: “İş Sözleşmesinin İş Kanununu md. 25/I, b Uyarınca Haklı Nedenle Feshinde İşçinin Savunmasının Alınması Gerekli midir?”, Karar İncelemesi, DEÜHFD, Prof. Dr. Şeref Ertaş’a Armağan, C.19, Özel Sayı-2017, s.2052.

⁸ CENTEL, Tankut: İş Güvencesi, Legal Yayıncılık, İstanbul 2013, s.126; TAŞKENT, Savaş: “Türk İş Mevzuatında İş Güvencesi Sorunu ve Hazırlanan Yasa Tasarısının Esasları”, Sosyal Siyaset Konferansları Dergisi, S.45 , Ocak 2003, s.166; ASTARLI, Muhittin: “İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı”, Yargıtayın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2015, Seminer İstanbul 25-26 Kasım 2016, Oniki Levha Yayınları, İstanbul 2017, s.256; SARIBAY, Gizem: Türk İş Hukukunda İş Güvencesi Kapsamında Fesih Usulü, Feshe İtiraz ve Feshe İtirazın Sonuçları, Legal Yayıncılık, İstanbul 2007, s.92; UÇUM, Mehmet: Yeni İş Kanunu Seminer Notları, Legal Yayıncılık, İstanbul 2003, s.153.

süreç öncesinde tarafların karşılıklı olarak görüş ve bilgi alış verişinde bulunmaları temin edilmiş olmaktadır⁹. Bu noktada belirtmek gerekir ki işçiye savunma hakkı verilmesi feshin en son çare olması ilkesinin bir gereğidir¹⁰. Öğretide Soyer de, davranış ya da verimsizlik nedenine dayalı fesihlerde yasal olarak işçinin savunmasının alınması zorunluluğu getirilmesini, hukuki dinlenilme hakkının iş hukukundaki bir görünümü olarak değerlendirmiştir¹¹.

IV. İŞÇİNİN SAVUNMASININ ALINMASINI GEREKTİREN FESİH NEDENLERİ

İş Kanununun 19. maddesinde işçinin kişiliğine bağlı sebeplerle işverenin iş sözleşmesini feshederken işçinin savunmasının alınması zorunluluğu getirilmiştir. Hiç kuşkusuz savunma hakkı işçinin feshine karşı korunması amacına hizmet edecektir. Belirtmemiz gerekir ki iş güvencesine ilişkin yasal hükümler nispi emredici özellik göstermekle, kapsamı işçi lehine genişletilebilir¹². Bu nedenle Kanunda zorunlu olarak yer verilmeyen fesih sebeplerine dayalı olarak da sözleşmenin sona erdirilmesi öncesinde işçinin savunmasının alınması zorunluluğu bireysel ya da toplu iş sözleşmeleriyle getirilmiş olabileceği gibi işyeri uygulaması şeklinde işverenin iradesine bağlı olarak da gündeme gelebilir.

Yargıtay 7. Hukuk Dairesi verdiği bir kararda, “Somut olayda davalı tarafından davacının ihmali nedeniyle zarara uğradığını iddia ettiği son olay 22.07.2009 tarihinde meydana gelmiş, takip eden günde iş akdi işverence eylemler olarak feshedilmiştir. Hakkı fesih olgusunun varlığında işçinin yazılı savunmasının alınmasını gerektiren yönetmelik ya da Toplu İş Sözleşmesi bulunduğu ortaya konulmadığından yapılacak iş işverence gerçekleştirilen eylemler feshin hakkı nedene dayanıp dayanmadığını tespit etmektir.” şeklinde hüküm kurarak, işçi lehine bir bakış açısıyla savunma hakkı verilmesi zorunluluğunun Kanundan kaynaklanmayan fesih sebepleri için de uygulanabileceğini ortaya koymuştur¹³.

A. İşçinin davranışları

İş sözleşmesinin işveren tarafından sona erdirilmesinde, işçiye savunma hakkının tanınmasının yasal zorunluluk olduğu fesih sebeplerinden ilki işçinin iş sözleşmesine aykırı davranışlarıdır. İş Kanununun 18. maddesinde, iş güvencesi kapsamındaki çalışma ilişkilerinde, işveren tarafından belirsiz süreli iş sözleşmesinin feshedilmesinde geçerli sebep olarak yer verilen işçi davranışları; Kanunkoyucu tarafından 19. maddenin ikinci fıkrasında fesih öncesi savunma alınması zorunlu sebepler içinde düzenlenmiştir.

Savunma hakkının verilmesini zorunlu kılan işçi davranışlarından kaynaklanan geçerli fesih sebepleri, İş Kanununun 25 inci maddesinde belirtilenlerin dışında kalan ve işyerlerinde işin görülmesini önemli ölçüde olumsuz etkileyen sebeplerdir. Diğer bir ifadeyle işçinin davranışları nedeniyle iş sözleşmesinin feshedilebilmesi için, işçinin sözleşmeyi ihlal eden kusurlu bir davranışının varlığı ve bunun sonucunda iş ilişkisinin olumsuz bir şekilde etkilenmesi gerekir¹⁴.

İş Kanununun 18. maddesi gerekçesinde, geçerli fesih sebebi olarak kabul edilebilecek işçi davranışlarına örnekleyici biçimde yer verilmiştir:

“...25 inci maddede belirtilen derhal fesih için öngörülen sebepler niteliğinde olmamakla birlikte, işçinin iş sözleşmesine aykırı davranışları bulunabilir. Bunlara örnek olarak, işverene zarar vermek ya da

⁹ DOĞAN YENİSEY, s.455.

¹⁰ AKTUĞ, Semih Serkant: İş Güvencesinin Sosyal Ekonomik Hukuki Temelleri ve Türkiye Değerlendirmesi, Kamu-İş Yayınları, Ankara 2010, s.145, (Kısaltma: İş Güvencesi); NAZLI, Seçkin: “İş Sözleşmesinin İşçinin Davranışlarından Kaynaklanan Geçerli Nedenle Feshi”, Karar İncelemesi, TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi, 20(4-5), Kasım 2016-Şubat 2017, s.90.

¹¹ SOYER, s.57.

¹² ARAS, Talip: İş Güvencesinden Yararlanmanın Koşulları ve Emredicilik, TBB Dergisi, 2015, S.119, s.454.

¹³ Yargıtay 7. HD., 17.02.2015 tarih ve 2015/3305 E., 2015/1758 K. sayılı Karar, (Erişim: UYAP Bilişim Sistemi, 21.11.2019).

¹⁴ Yargıtay 9. HD., 27.05.2019 tarih ve 2019/230 E., 2019/12192 K. sayılı Karar, (Erişim: UYAP Bilişim Sistemi, 21.11.2019); “...davacının iş akdi, üst yöneticisi hakkında asılsız ithamlarda bulunması, bu ithamların kanıtlanamaması bu sebeple taraflar arasındaki güven unsurunun zedelenmesi ve iş ilişkisinin devamının işverenden beklenemeyeceği gerekçesi ile 4857 sayılı yasanın 17 ve 18. maddeleri uyarınca işçinin davranışlarından kaynaklanan nedenlerle feshedilmiştir. 4857 sayılı yasanın 19. maddesi uyarınca işçinin davranışı ya da verimi ile ilgili nedenlerle iş sözleşmesinin feshedilebilmesi için sözleşmenin feshinden önce savunma istenmesi zorunlu olup bu hususun yerine getirilmemesi feshi geçersiz kılar...”, bkz. Yargıtay 9. HD., 15.01.2015 tarih ve 2014/31051 E., 2015/618 K. sayılı Karar, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2016/1 (48), s.406.

zararın tekrarı tedirginliğini yaratmak; işyerinde rahatsızlık yaratacak şekilde çalışma arkadaşlarından borç para istemek; arkadaşlarını işverene karşı kıskırtmak; işini uyarılara rağmen eksik, kötü veya yetersiz olarak yerine getirmek; işyerinde iş akışını ve iş ortamını olumsuz etkileyecek bir biçimde diğer kişilerle ilişkilere girmek; işin akışını durduracak şekilde uzun telefon görüşmeleri yapmak; sık sık işe geç gelmek ve işini aksatarak işyerinde dolaşmak; amirleri veya iş arkadaşları ile ciddi geçimsizlik göstermek, sıkça ve gereksiz yere tartışmaya girişmek gibi haller verilebilir...İşçinin sosyal açıdan olumsuz bir davranışı, toplumsal ve etik açıdan onaylanmayacak bir tutumu işyerindeki üretim ve iş ilişkisi sürecine herhangi bir olumsuz etki yapmıyorsa geçerli sebep sayılamaz...”¹⁵.

İşçinin davranışları gerekçesiyle işveren tarafından bireysel iş sözleşmesinin feshi yoluna gidilirken, öncelikle işçiye somut olarak hangi sözleşmesel yükümlülüğün yüklendiğinin belirlenmesi, daha sonra işçinin, hangi davranışı ile somut sözleşme yükümlülüğünü ihlal ettiğinin tespit edilmesi; bu tespit sonrasında da işçinin yükümlülüğünü ihlal etmekten kaçınma olanağına sahip olup olmadığı ve de işçinin davranışlarına bağlı olarak işverenin işletmesel bir zararının doğup doğmadığının öncelikle belirlenmesi gerekir¹⁶. Savunma hakkının tanınması, işçinin kişiliğine bağlı gelişen davranış biçimlerinin kaynağının işveren tarafından sağlıklı ve gerçekçi biçimde bilgi edinilmesine imkan vereceğinden sözleşmeye aykırı davranış nedeniyle işçinin sorumluluğunu ortaya koymak, kusur ve ihmali değerlendirilerek bakımından son derece önemlidir. İşçinin iş görme edimini dürüstlük kuralına uygun biçimde ifa etme ödevini kasıt ve ya özensiz davranışlarıyla ihlal ettiğinin, sözleşmenin feshi sonrasında yaşanacak uyuşmazlıklarda işveren tarafından ispat edilmesi gerektiğinden, işçinin yapacağı savunmaya göre sözleşmenin feshi konusunda hareket edilmesi son derece önemlidir¹⁷.

B. İşçinin verimi / yetersizliği

İş güvencesi kapsamında işveren tarafından iş sözleşmesinin feshinde işçinin savunmasının alınması zorunlu kılan fesih sebeplerinden biri de işçinin verimidir (İK md. 19/2). Oysa ki İş Kanununun 18. maddesinde işçinin kişiliğine bağlı sözleşmenin fesih sebepleri, işçinin davranışları ya da yetersizliğine bağlı olarak ortaya konulmuştur. Bu durumda öncelikle değerlendirilmesi gereken husus, çalışma ilişkisinin kapsamı itibarıyla iş güvencesi hükümlerinin uygulanacağı belirsiz süreli iş sözleşmesinin işveren tarafından sona erdirilmesi öncesinde, fesih usulü belirlenirken, “verimlilik” ve “yeterlilik” kavramlarının aynı mahiyet arz edip etmediğidir.

İşyerindeki işin görülmesine önemli ölçüde olumsuz etki yapan, iş ilişkisinin sürdürülmesinin işveren açısından makul ölçüler içinde beklenemeyeceği sonuçlar doğuran ve bu halde dahi feshin en son çare olarak görülerek hareket edilmesi koşulunu taşıyan işçinin yetersizliği kavramı, İş Kanununun 18. maddesi gerekçesinde,

“...Ortalama olarak benzer işi görenlerden daha az verimli çalışma; gösterdiği niteliklerden beklenenden daha düşük performansa sahip olma, işe yoğunlaşmasının giderek azalması; işe yatkın olmama; öğrenme ve kendini yetiştirme yetersizliği; sık sık hastalanma; çalışamaz duruma getirmemekle birlikte işini gerektiği şekilde yapmasını devamlı olarak etkileyen hastalık, uyum yetersizliği, işyerinden kaynaklanan sebeplerle yapılacak fesihlerde emeklilik yaşına gelmiş olma halleridir...” şeklinde örneklendirilmiştir.

Öte taraftan fesih öncesi işçinin savunmasının alınması zorunluluğuna ilişkin yasal düzenlemenin gerekçesinde, “...İşçinin zihinsel veya bedensel yetersizliği, arkadaşları veya amirleri ile sıkça ve gereksiz yere tartışmaya girişmiş olması gibi durumlarda savunmasının alınması işverenden beklenemeyecektir...” ifadesine yer verilmiştir (İK md. 19/2).

Öğretide baskın görüş, İş Kanununun 18/1. maddesindeki fesih sebebiyle 19/2. maddesindeki savunma alınmasını gerektiren kişisel sebebin madde metinlerinde birbiriyle uyumlu olarak düzenlenmesi de, savunma hakkına ilişkin hükmün kaynağı olan 158 sayılı İLO Sözleşmesinin Fransızca metninde işçinin verimi ifadesi yerine “işçinin çalışması ile ilgili nedenler” ifadesine yer verilmesi karşısında, verime dayalı yetersizlik haliyle diğer yetersizlik halleri bakımından farklı bir kabul için haklı bir gerekçe bulunmadığı değerlendirilerek yapılarak,

¹⁵ <https://www2.tbmm.gov.tr/d22/1/1-0534.pdf>, (Erişim tarihi: 22.11.2019).

¹⁶ Yargıtay 9. HD., 01.07.2019 tarih ve 2019/1584 E., 2019/14662 K. sayılı Karar, ((Erişim: UYAP Bilişim Sistemi, 21.11.2019).

¹⁷ Yargıtay 9. HD., 11.10.2010 tarih ve 2009/27658 E., 2010/28515 K. sayılı Karar, ((Erişim: UYAP Bilişim Sistemi, 21.11.2019).

geniş bir yorumla işçinin yetersizliği halinde savunma hakkı verilmesi gerektiği yönündedir¹⁸. Ekonomi ise savunma alınmasını gerektiren sebepler içinde işçinin yetersizliği kavramına yer verilmediğini, bu nedenle Kanunun lafzı uyarınca sadece işçinin davranış ve ya verimi ile ilgili sebeplere bağlı olarak savunma hakkının tanınacağını belirtmiştir¹⁹. Gülver de benzer şekilde, iş sözleşmesinin verimsizlik dışındaki yetersizlik hallerine dayalı olarak feshedildiğinde, işçinin savunmasının alınmasına gerek bulunmadığını ileri sürerken²⁰; Dulay Yangın ise, savunma alınmasına ilişkin 19. maddede ifade edilen verim ifadesinin, işçinin performansının düşüşüne neden olan verimsizlik halleriyle sınırlı olarak yorumlanması gerektiğini dile getirmiştir²¹. Kılıçoğlu/Şenocak da, işçinin verimliliğine etkisine bakılmaksızın iş sözleşmesini geçerli olarak feshetme hakkı veren işçinin yetersizliğine ilişkin durumlarda savunmanın alınmasına gerek olmadığını; işçinin subjektif açıdan yetersizlik hallerinde işçinin savunmasının alınmasının zorunlu olduğunu belirtmiştir²².

İşveren tarafından sözleşmenin feshinde Kanunda geçerli sebep olarak yer verilen işçinin yetersizliğinden ayrı olarak işçinin fesih bildirim öncesinde savunmasının alınmasını zorunlu kılan sebep olarak “işçinin verimi” ne yer verilmiş olması, kanaatimizce Kanun koyucunun bilinçli bir tercihidir. İşçinin yetersizliği sebebine bağlı olarak sözleşmenin feshi hallerine İş Kanununun gerekçesinde örnek verilirken performans ve verim düşüklüğü dışında başkaca gerekçeler de gösterilmiştir. Hal böyle olunca, yasal bir değişiklik olmadıkça, savunma hakkının tanınması gereken fesih sebebinin işçinin kişiliğine bağlı geniş kapsamlı tüm yetersizlik halleri için değil, daha sınırlı bir kabul ile işçinin verimsizlik durumuna hasretmek gerekir.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, işçinin verimsizliğine bağlı geçerli fesih sebebine ilişkin olarak, “...Performans, en basit tanımıyla verimliliğin ölçülmesidir. İşçinin iş sürecinde harcadığı ve işin üretimine kattığı emeğin kalitesi ve düzeyi, işçinin performansını oluşturur. Birim zamanda işçinin harcadığı emeğin sonucu olan üretimin düzeyi ise işçinin verimliliğini gösterir. Başka bir anlatımla performans, iş sürecinde yer alan emeğin bir boyutu, verimlilik ise birim zamanda harcanan emeğin sonucudur. Buna göre performansı yüksek olan işçinin verimlilik düzeyinin de yüksek olması beklenir. İşçinin performans ve verimlilik sonuçlarının geçerli bir nedene dayanarak olabilmesi için objektif ölçütlerin belirlenmesi zorunludur. Performans ve verimlilik standartları işyerine özgü olmalıdır. Objektif ölçütü o işyerinde aynı işi yapanların aynı kurallara bağlı olması şeklinde uygulanmalıdır...” şeklinde hüküm kurmuştur²³.

Performans ve verimlilik sonuçlarına dayalı geçerli bir nedenin varlığı için süreklilik gösteren düşük veya düşme eğilimli sonuçların doğması gerekir; koşullara göre değişen, süreklilik göstermeyen sonuçlar geçerli neden için yeterli kabul edilmeyebilecektir²⁴. Böyle bir yetersizlik halinin sözleşmenin feshinde geçerli sebep olarak kabul edilebilmesi için gelecekte de devam ederek işçinin iş görme borcunu tam veya kısmen ifa edemeyeceğinin ve bu nedenle işverenin işyeri ve işletmeye ilişkin menfaatlerinin zarar göreceğinin öngörülmesi gerekir²⁵. İşçinin verimsizliği nedeniyle iş ilişkisinin sürdürülmesinin işveren açısından önemli ve makul ölçüler içinde beklenemeyeceği durumlarda, feshin geçerli sebeplere dayandığı kabul edilebilir²⁶.

¹⁸ GÜZEL, s.85; ÇELİK, Nuri/CANİKLİOĞLU, Nuri/CANBOLAT, Talat: İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 32. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2019, s.546; SÜZEK, s.588; CENTEL, s.84; SOYER, s.57; ŞAHLANAN, Fevzi: “Uzun Süreli Hastalık Nedeniyle İş Akdinin Feshinde de Savunma Alma Zorunluluğu”, Karar İncelemesi, S.435, Mart-Nisan 2018, s.3; ALP, s.18; s.SENYEN-KAPLAN, E. Tuncay: Bireysel İş Hukuku, Yenilenmiş 9. Baskı, Gazi Kitabevi, Ankara 2018, 288; AKTAY, A. Nizamettin/ARICI, Kadir/SENYEN-KAPLAN, E. Tuncay: İş Hukuku, Yenilenmiş 6. Baskı, Gazi Kitabevi, Ankara 2013, s.197; KAR da, işçinin verimi ifadesini geniş yorumlayarak, işçinin çalışmasını etkileyen objektif ve subjektif nedenler olarak anlaşılması gerektiğini ortaya koymuştur, bkz.KAR, Bektaş: İş Güvencesi ve Uygulaması, Yetkin Yayınları, Ankara 2017, s.137; ASTARLI, s.254; SARIBAY, s.94.

¹⁹ EKONOMİ, Münir: “Hizmet Aktinin Feshi ve İş Güvencesi Konulu Toplantının Konuşma Metni ve Genel Görüşmesi”, Çimento İşveren Dergisi Eki, C. 7, S.2, Mart 2003, s.14.

²⁰ GÜLVER, S.407.

²¹ DULAY YANGIN, s.2041.

²² KILIÇOĞLU, Mustafa/ŞENOCAK, Kemal: İş Güvencesi Hukuku, Legal Yayıncılık, İstanbul 2007, s.338.

²³ Yargıtay 9. HD., 14.11.2017 tarih ve 2017/398 E., 2017/18166 K. sayılı Karar, (Erişim: UYAP Bilişim Sistemi, 23.11.2019).

²⁴ Yargıtay 9. HD., 22.01.2015 tarih ve 2014/31423 E., 2015/1813 K. sayılı Karar, (Erişim: UYAP Bilişim Sistemi, 23.11.2019).

²⁵ Yargıtay 9. HD., 28.11.2016 tarih ve 2016/417 E., 2016/20904 K. sayılı Karar, (Erişim: UYAP Bilişim Sistemi, 23.11.2019).

²⁶ Yargıtay 9. HD., 26.11.2018 tarih ve 2018/2731 E., 2018/21462 K. sayılı Karar, (Erişim: UYAP Bilişim Sistemi, 23.11.2019).

Çalışma ilişkisi bakımından işçi hakkında objektif bir performans değerlendirmesi yapılabilmek, feshe dayanak olacak kişisel verimsizliliğin sürekliliğini belirlemek ve de olumsuz öngörü ilkelerini ortaya koymak adına, işveren tarafından yapılacak fesih bildirimini öncesinde işçinin savunmasına başvurulması son derece önemlidir. İşverenin işyeri ya da işin mahiyetine ilişkin sebeplerin gerekçesini bilebilecek durumda olmasına karşın, işçinin verimsizliğinin kaynağını bilebilmesi her zaman mümkün olmayacaktır. Verimsizlik sebebine bağlı olarak söz konusu durumun önüne geçerek iş ilişkisinin devamını temin etmek ya da sağlıklı veriye dayalı olarak fesih sürecini tamamlamak amacıyla işçiye savunma hakkı verilmesi, fesih niyeti aşamasında işçinin ve işverenin karşılıklı olarak değerlendirme yapması olanağını sağlayacaktır.

Öte taraftan işletme, işyeri ve işin gereklerine bağlı olarak yapılacak fesih sürecinde işçinin kişiliğinden kaynaklanan bir durum söz konusu olmadığından, işverenin işçisine savunma hakkı tanınması zorunluluğu yasal olarak bulunmadığı gibi işçinin böyle bir sebebe karşı savunma yapmasını beklemek anlamlı da olmayacaktır.

C. İş Kanununun 25. maddesinde yer verilen fesih sebeplerinin değerlendirilmesi

İş Kanununun 25/II. maddesinde yer verilen ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan haller ve benzeri fesih sebepleri, iş güvencesi kapsamında değerlendirilecek işveren tarafından iş sözleşmesinin sona erdirilmesi öncesinde işçiye savunma hakkı verilmesi zorunluluğuna ilişkin hükümün istisnası olarak düzenlenmiştir (md. 19/2). Bir başka ifadeyle, işçinin ahlak ve iyiniyet kurallarına aykırı hareketi halinde savunması alınmaksızın iş akdinin haklı olarak sona erdirilebileceği Kanunda hüküm altına alınmıştır²⁷. Öğretide, işçi davranış ve verimliliğine bağlı fesih sebeplerinin savunma hakkının tanınmasını sağlamasına karşın; daha nitelikli sebepleri barındıracak olan ahlak ve iyiniyet kurallarına aykırılık teşkil eden hallerde, işçinin savunmasının alınmasına gerek bulunmadığını öngören yasal hükümün hakkaniyete uygun olmadığı vurgulanmıştır²⁸.

İşçinin davranışlarından ve yeterliliğinden kaynaklanan nedenler, İş Kanununun 25/II. maddesinde belirtilen fesih sebepleri yanında, bu nitelikte olmamakla birlikte, işyerlerinde işin görülmesini önemli ölçüde olumsuz etkileyen ve de iş ilişkisinin sürdürülmesini işveren açısından önemli ve makul ölçüler içinde beklenemeyecek hale getiren ve her somut olayın özelliğine göre ayrıca değerlendirilmesi gereken durumları ifade eder²⁹. İşçinin sözleşmeyi ihlal eden davranışının türü ve ağırlığı itibarıyla, onun gelecekte sözleşmeye uygun davranması şartıyla işverenden iş ilişkisine devam etmesinin haklı olarak beklenebileceği durumlarda, fesih sebebinin haklı olarak değil geçerli sebep olarak değerlendirilebilecek olması gözetilerek, savunma hakkının verilmesinin gerekip gerekmeyeceğinin değerlendirilmesi yoluna gidilecektir.

²⁷ “...Haklı nedenle fesihte işçinin mutlaka savunmasının alınması gerekli olmayıp mahkemece yapılacak iş tutanak tanıklarının dinleyip olayın gerçekleşip gerçekleşmediği saptanıp çıkacak sonuca göre kıdem ve ihbar tazminatı hakkında karar vermek olacaktır...” bkz. Yargıtay 7. HD., 20.03.2013 tarih ve 2013/1750 E., 2013/3960 K. sayılı Karar, (Erişim: UYAP Bilişim Sistemi, 24.11.2019).

²⁸ SÜZEK, s.588; MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi/ASTARLI, Muhiittin/BAYSAL, Ulaş: İş Hukuku Ders Kitabı, C.1 Bireysel İş Hukuku, Güncellenmiş 2. Baskı, Lykeion Yayınları, Ankara 2018, s.293; EYRENCİ, Öner/TAŞKENT, Savaş/ULUCAN, Devrim: “Bireysel İş Hukuku”, 7. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2016, s.202; AKTAY/ARICI/SENYEN-KAPLAN, s.197; ŞAHLANAN, Fevzi: “4857 Sayılı İş Kanunu’nun İş Güvencesine İlişkin Hükümleri”, Bankacılar Dergisi, 2005, S.52, s.61. (Kısaltma: İş Güvencesi); ASTARLI, s.255; GÜNAY, Cevdet İlhan: “ İş Güvencesi Uygulamasında Hukuki Sorunlar ve Öneriler”, Osman Güven Çankaya’ya Armağan, Kamu-İş Yayınları, s.170, (Erişim: <http://www.kamu-is.org.tr/pdf/OGC6.pdf> 24.11.2019); ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT da benzer eleştiriyi yapmakla beraber, uygulamada çoğunlukla söz konusu gerekçeye dayalı fesihlerde savunma hakkının kullandırıldığını belirtmiştir, s.547; GÖKTAŞ ise, “...İş Kanunu’nun 25. maddesine göre yapılan fesihlerde savunma almak zorunluluğunun öngörülmemiş olması hakikaten Kanunun düzenlemesi gereğidir. Hem 19. maddenin 2. fıkrası, hem de 25. maddenin son fıkrası bunu açıkça belirtmiştir, ancak bu uygulamada son derece kötüye kullanılan bir düzenlemedir. Bu konuda da kanımca bir düzenleme yapılması ihtiyacı vardır...” şeklinde değerlendirmede bulunmuştur, GÖKTAŞ, Seracettin: İş ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri, 15 Yıl Toplantıları, 3-4 Haziran 2011, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2012, s.146.

²⁹ “...Davacının özellikle çalışma arkadaşlarına yönelik söz ve davranışlarının, işyerinin normal işleyişini ve işin yürüyüşünü bozduğu, çalışma barışını olumsuz etkilediği anlaşılmakta olup, iş ilişkisinin sürdürülmesi işveren açısından beklenemez bir hal almıştır. İşverence yapılan feshin, haklı sebebe dayalı değil ise de, geçerli sebebe dayalı olduğunun kabulü ile davanın reddine karar verilmesi gerekirken...” bkz. Yargıtay22. HD., 13.06.2017 tarih ve 2017/34978 E., 2017/14058 K. sayılı Karar, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2018/1; Ayrıntılı değerlendirme için bkz. ARSLAN ERTÜRK, Arzu: Feshin Geçersizliği ve İşe İade Talebinin Süresi-Geçerli Neden/Haklı Neden Ayrımı ve Feshin Hakkaniyete Uygunluğu, Karar İncelemesi, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2007/4 (15), s.153-171; KÖSEOĞLU, Ali Cengiz: “İş Sözleşmesinin İşçiden Kaynaklanan Nedenlerle Bildirimli Feshine Genel Bir Bakış”, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, 9(36), 2012, s.118.

İş Kanununun 25/I. maddesinde de işveren tarafından işçinin sağlık durumuna bağlı olarak iş sözleşmesinin haklı sebeple son verilebileceği düzenlenmiştir³⁰. İş Kanununun 18/3.f maddesinde, “Hastalık veya kaza nedeniyle 25 inci maddenin (I) numaralı bendinin (b) alt bendinde öngörülen bekleme süresinde işe geçici devamsızlık” hali geçerli bir fesih nedeni olarak kabul edilmemiştir. İşçinin uzun süre hastalığı nedeniyle aldığı sağlık raporu uyarınca işe devamsızlığı İş Kanununun 17. maddesinde yer verilen bildirim önellerinin altı hafta aşılıyor ise işveren için 25/I.b madde hükmünce haklı sebeple sözleşmenin feshi sebebi ortaya çıkmaktadır. Diğer taraftan 18. maddenin gerekçesinde ifade edilen işçinin sık sık hastalanma, çalışamaz duruma gelmeksizin işin gereği gibi yapılmasını devamlı olarak etkileyen hastalık halleri işveren tarafından sözleşmenin sona erdirilmesinde geçerli sebeptir.

Sözleşmenin feshedilmesi öncesinde işçinin savunmasının alınması kuralına yasal istisna olarak ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan haller gösterilmiş olup, sağlık sebepleri olarak yer verilen durumlara ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemiştir. İşçinin sağlık durumu kuşkusuz her şeyden önce çalışma ilişkisindeki performans ve verimliliğini etkileyecektir. Öte taraftan işçinin sağlığının olumsuz gelişmesine yol açacak kasıtlı ve ya bağımlılık arz eden tutumları da iş ilişkisindeki yükümlülüklerini ihlal sonucunu doğuracak davranışlar olarak karşımıza çıkacaktır.

Yargıtay 7. Hukuk Dairesi verdiği bir kararda,

“...İşçinin iş sözleşmesini ihlal edip etmediğinin tespitinde, sadece asli edim yükümlülükleri değil; kanundan veya dürüstlük kuralından doğan yan edim yükümlülükleri ile yan yükümlerin de dikkate alınması gerekir. Sadakat yükümü, sözleşmenin taraflarına sözleşme ilişkisinden doğan borçların ifasında, karşı tarafın şahsına, mülkiyetine ve hukuken korunan diğer varlıklarına zarar vermeme, keza sözleşme ilişkisinin kapsamı dışında sözleşme ile güdülen amacı tehlikeye sokacak özellikle karşılıklı duyulan güveni sarsacak her türlü davranıştan kaçınma yükümlülüğünü yüklemektedir....” değerlendirmesinde bulunmuştur³¹.

Hal böyle olunca sözleşmenin bildirimsiz feshi için haklı sebep olarak kabul edilen işçiden kaynaklı sağlık sebepleri, çalışma hayatında çok zaman işçinin davranış ve verimsizliğinin kaynağı olarak karşımıza çıkmaktadır. Öte taraftan İş Kanununun 18. maddesinin gerekçesinde “sık sık hastalanma; çalışamaz duruma getirmemekle birlikte işini gerektiği şekilde yapmasını devamlı olarak etkileyen hastalık” durumları işçinin yetersizliğinden kaynaklanan geçerli fesih sebeplerine örnek olarak sayılmıştır.

Öğretide baskın görüş İş Kanununun 25/I maddesi kapsamında işçinin sağlık sebeplerine dayalı olarak yapılacak fesihlerde, işçinin savunmasının alınması zorunluluğunun bulunmadığı yönündedir³².

³⁰ I- Sağlık Sebepleri:

a) İşçinin kendi kastından veya derli toplu olmayan yaşayışından yahut içkiye düşkünlüğünden doğacak bir hastalığa yakalanması veya engelli hâle gelmesi durumunda, bu sebeple doğacak devamsızlığın ardı ardına üç iş günü veya bir ayda beş iş gününden fazla sürmesi,

b) İşçinin tutulduğu hastalığın tedavi edilemeyecek nitelikte olduğu ve işyerinde çalışmasında sakınca bulunduğu Sağlık Kurulunca saptanması durumunda.

(a) alt bendinde sayılan sebepler dışında işçinin hastalık, kaza, doğum ve gebelik gibi hallerde işveren için iş sözleşmesini bildirimsiz fesih hakkı; belirtilen hallerin işçinin işyerindeki çalışma süresine göre 17 nci maddedeki bildirim sürelerini altı hafta aşmasından sonra doğar. Doğum ve gebelik hallerinde bu süre 74 üncü maddedeki sürenin bitiminde başlar. Ancak işçinin iş sözleşmesinin askıda kalması nedeniyle işine gidemediği süreler için ücret işlemez.

³¹ Yargıtay 7. HD., 20.12.2016 tarih ve 2016/31567 E., 2016/21651 K. sayılı Karar, (Erişim: UYAP Bilişim Sistemi, 24.11.2019).

³² ŞAHLANAN, s.4; ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT, s.547; KILIÇOĞLU/ŞENOCAK, s.14; ASTARLI, s.254; DEMİR, Fevzi: İş Hukuku ve Uygulaması, Albi Yayınları, İzmir 2018, s.341; ALP, s.18; DOĞAN YENİSEY, İş Kanununun 19. maddesinin iş güvencesine tabi iş ilişkilerinin süreli fesih usulünü düzenleyen bir madde olduğunu belirterek, Kanunun sistematığı gözetildiğinde sağlık sebeplerine bağlı sözleşme fesihleri öncesinde işçinin savunmasının alınmasının gerekmediğini, fiilen raporlu bir işçinin savunmasının alınmasının da işveren için ek bir bilgi içermeyeceğini dile getirmiştir, bkz. a.g.e. s.531; DULAY YANGIN, İşçinin sunacağı sağlık raporlarının sözleşmenin feshinin bağlandığı olgunun ortaya çıktığını gösteren tek belge olduğunu; alınacak savunmanın herhangi bir sonuca ulaşmaya elverişli olmadığını vurgulamıştır, bkz. a.g.m. s.2052; GÜLVER, s.414; ERGİN, İş Kanunu’nun 25/I.b bendinde işçinin kusurundan kaynaklanan bir fesih nedeni düzenlenmediğini ve işçinin tedavi edilemez hastalığa yakalanmasında kusuru bulunmadığını dile getirirken, İş Kanunu’nun 18. Maddesinde işçinin kusurundan kaynaklanan nedenlerin varlığı durumunda fesihle yazılı savunma alınması zorunlu olduğunu, ifade etmiştir, bkz. ERGİN, Hediye: “İşçinin Tedavisi Olanaksız Hastalığı Nedeniyle İşverenin Derhal Fesih Hakkı”, Sicil İş Hukuku Dergisi, 2017, s.38, s.62.; Öğretide UÇUM ise kanun lafzından hareketle, savunma hakkının İş Kanununun 18. maddesindeki “işçinin

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi daha önceki yıllarda vermiş olduğu kararlarda, işverenin 25/I. maddesinde sağlık nedenleri olarak belirtilen fesihten dolayı verimiyle ilgili olduğu için işçinin savunmasının gerektiğine hükmetmiştir:

“...Madde açıkça sadece işverenin 4857 sayılı İş Kanunu'nun 25/II numaralı bendinde sayılan haklı nedenlerle fesihte savunma alınmayacağını düzenlemiş, 25. maddenin diğer bentlerini dışında tutmamıştır. İşçinin sağlık nedeni ile iş görme edimini yerine getirmemesi, verimi ile ilgili olduğundan 19. madde uyarınca savunmasının alınması gerekir. Dosya içeriğine göre davacı işçinin iş sözleşmesinin, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 25/I maddesi uyarınca sağlık nedenleri ile davalı işverence feshedilmiş, ancak savunması alınmamıştır. Davacının iş sözleşmesinin sağlık sebepleri ile feshedilmesine karşın, fesih öncesinde savunmasının alınmaması feshin geçersizliği sonucunu doğurmaktadır. Diğer taraftan her ne kadar davalı işverence, İş Kanunu'nun 25/1-b maddesi uyarınca davacının iş sözleşmesinin feshedildiği savunulsa da, somut olayda işçinin tutulduğu hastalığın tedavi edilemeyecek nitelikte olduğu ve işyerinde çalışmasında sakınca bulunduğu hususları da ispatlanamamıştır. Tüm bu nedenlerle davanın kabulü yerine yazılı şekilde reddi hatalıdır...”³³.

Yargıtay 22. Hukuk Dairesi ise verdiği kararlarda işçinin sağlık sebeplerine bağlı olarak yapılacak sözleşme fesihlerinde savunma alınmasına gerek bulunmadığını hüküm altına almıştır:

“...Somut olayda 21.09.1984- 01.04.2002 tarihleri arasında servis görevlisi olarak çalışan davacının iş sözleşmesinin davalı işveren tarafından raporlu olduğu sürenin ihbar önelini altı hafta aşması üzerine 4857 sayılı Kanun'u 25/I- b fıkrasının 2. bendi uyarınca feshedilmiştir. Dosyadaki bilgi ve belgelere göre davacının kesintisiz biçimde raporlu olduğu sürenin ihbar önelini altı hafta aştığı ve bunun üzerine işverence yasadan doğan bildirimsiz fesih hakkını kullanarak iş sözleşmesinin sonlandırıldığı anlaşılmaktadır. Fesih sebebi ve feshin kanuni dayanağı itibari ile fesihten önce yazılı savunma alınma zorunluluğu bulunmadığı gibi personele yazılı fesih bildirim yapılması da koşul değildir. Davacının iş sözleşmesi haklı sebeple feshedildiğinden davanın reddi gerekirken yazılı şekilde kabulü hatalı olup bozmayı gerektirmiştir...”³⁴.

Yargıtay 9 ve 22. Hukuk Dairelerinin verdikleri Kararlarda işveren tarafından sözleşmenin sağlık sebepleriyle sona erdirilmesi öncesinde işçinin savunmasının alınması zorunluluğu konusunda görüş ayrılığı yaşanması üzerine, yapılan fesihlerde işçiden savunma alınmasının gerekip gerekmediği konusunda yaşanan içtihat ayrıklığının giderilmesi amacıyla, konu Yargıtay İçtihatı Birleştirme Hukuk Genel Kurulunun gündemine gelmiştir.

Yüksek Mahkeme, 19.10.2018 tarihinde verdiği İçtihadı Birleştirme Kararında,

“...İşçinin bekleme süresini aşan işe devamsızlığı nedeniyle iş sözleşmesinin haklı nedenle feshine neden olan sağlık sebepleri, 19 uncu maddenin ikinci fıkrasında belirtilen işçinin davranışı ya da verimi ile ilgili nedenler kapsamında değerlendirilmez...4857 sayılı İş Kanununun 25 inci maddesinin son fıkrası uyarınca haklı nedenle derhal fesihlerde, fesihten önce işçiden savunma alınmasını düzenleyen 19 uncu maddesinin ikinci fıkrası uygulanamayacağından, işverenin fesihten önce savunma alma zorunluluğu bulunmamaktadır. Hal böyle olunca 4857 sayılı İş Kanununun 25 inci maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi gereğince almış olduğu sağlık raporları nedeniyle derhal fesihlerde işçiden savunma alınmasının gerekmediği sonucuna varılmıştır...” değerlendirmesinde bulunarak, yargısal olarak görüş ayrılığına son vermiştir³⁵.

davranış ve yeterliliğinden kaynaklanan sebepler” ile 25. madde de düzenlenen sağlık sebepleri, zorlayıcı sebepler ve gözaltı ve tutukluluk hallerine özgülendiğini ileri sürmüştür, s.153.

³³ Yargıtay 9. HD., 31.10.2016 tarih ve 2015/35476 E., 2016/18795 K. sayılı Karar, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2017/3 (54), s.1587; Benzer mahiyette hükümler için bkz. Yargıtay 9. HD., 23.01.2017 tarih ve 2016/2983 E., 2017/510 K. sayılı Karar, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2017/4 (55), s.2307; Yargıtay 9. HD., 01.04.2013 tarih ve 2013/5239 E., 2013/10629 K. sayılı Karar, (Erişim: UYAP Bilişim Sistemi, 24.11.2019); Yargıtay 9. HD., 13.11.2017 tarih ve 2016/29598 E., 2017/18105 K. sayılı Karar, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2018/2 (57), s.916.

³⁴ Yargıtay 22.HD., 13.07.2012 tarih ve 2012/2321 E., 2012/16839 K. sayılı Karar, (Erişim: UYAP Bilişim Sistemi, 25.11.2019); Benzer değerlendirme için bkz. Yargıtay 22.HD., 16.01.2012 tarih ve 2011/5117 E., 2012/61 K. sayılı Karar, (Erişim: UYAP Bilişim Sistemi, 25.11.2019).

³⁵ Yargıtay İBHGK., 19.10.2018 tarih ve 2017/9 E., 2018/10 K. sayılı Karar, RG, 09.05.2019, 30769; Yargıtay 9. Hukuk Dairesi de, söz konusu İBK sonrasında, “...Davacının davalı işyerinde çalışırken 4.11.2016- 29.1.2017 tarihleri arasında geçirdiği iş kazasına bağlı olarak aralıksız ve devam eden istirahat raporları aldığı, kesintisiz istirahat raporu süresinin davacının kıdemine göre tabi olduğu ihbar süresini 6 haftadan fazla aştığı, davalı işverenin de iş akdini bu nedenle İş Kanununun 25/1-b maddesine göre haklı nedenle feshettiği dosyadaki bilgi ve belgelerden anlaşılmaktadır. Her ne kadar İlk Derece Mahkemesi ve Bölge Adliye Mahkemesi fesih öncesinde savunma alınmadığı için salt bu nedenle feshi geçersiz kabul etmişlerse de, Yargıtay İçtihatları Birleştirme Hukuk Genel Kurulu'nun 19/10/2018 tarih, 2017/9 Esas sayılı “4857 sayılı Kanununun 25/1-b maddesi gereğince almış olduğu sağlık raporları nedeniyle derhal fesihlerde işçiden savunma alınmasının gerekmediği” şeklindeki içtihadı birleştirme kararı karşısında savunma alınmasına gerek bulunmadığından işe iade davasının davalı işverenin İş Kanununun 25/1-b maddesi şartlarına uygun

4857 sayılı İş Kanununun sistematığı ve Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı nazara alındığında, işveren tarafından İş Kanununun 25. maddesinde yer verilen sağlık sebepleri, ahlak ve iyiniyet kurallarına aykırı haller, zorunlu sebepler ve de bildirim süresini aşan gözaltı ve tutukluluk hallerine dayalı olarak gerçekleştirilecek fesih sürecinde işçinin savunmasının alınması zorunluluğu bulunmamaktadır. Ancak hiç kuşkusuz, iş güvencesi kapsamındaki ilişkilerde işçinin davranış ve verimliliğine bağlı sebepler, 25. madde de yer verilen işçinin kişiliğine bağlı fesih sebepleriyle aynı ağırlıkta değildir. Hatta işveren, haklı sebep olarak değerlendirdiği bir gerekçeyle sözleşmeyi derhal feshetmesine rağmen, yargılama neticesinde işçiden kaynaklanan fesih sebebinin haklı sebep ağırlığında olmayan, geçerli bir sebep olarak kabul edilmesi durumuyla ve de böyle bir durumda işçiye savunma hakkının verilmemesi nedeniyle sözleşme feshinin geçersizliği sonucuyla karşı karşıya kalabilecektir³⁶. Feshin geçerli bir sebebe dayandığını ispat yükümlülüğü işverene aittir (İK md. 20/2). Hal böyle olunca kanaatimizce, İş Kanununun 19/2. maddesinde aynı Kanunun 25/II. madde ve fıkrasını istisna olarak düzenleyen hükümlerle, İş Kanununun 25/son madde ve fıkrasıyla aynı Kanununun 19. maddesindeki fesih usulünü bertaraf eden hüküm, özellikle 25/II. maddeler kapsamında yapılacak fesihler için yeniden düzenlenmesi uygun olacaktır³⁷. Bu kapsamda üzerinde durulması gereken bir başka konu da şüphe fesih halinde işçinin savunmasına başvuru zorunluluğu bulunup bulunmadığıdır. Genel olarak işçinin sadakat borcuna aykırılık oluşturan söz ve davranışları işverene fesih imkânı tanımaktadır. Şüphe feshi, işçinin iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerini esaslı bir biçimde ihlal ettiği veya suç niteliğinde bir eylemde bulunduğu konusunda giderilemeyen bir şüphe bulunması halinde, işverenin, güven temeli çökmüş bu ilişkiyi tek taraflı olarak sonlandırabilmesi imkânı veren bir fesih biçimidir³⁸. İş ilişkisinde kimi zaman işverenin işçisine karşı duyduğu şüphe, işçinin kişiliğinden kaynaklanan sebeplere bağlı olarak ortaya çıkıp, aralarındaki güven ilişkisinin zedelenmesine yol açmaktadır. Örneğin, işveren işyerinde yaşanan bir hırsızlık olayının delili bulunmasa da, geçmiş yaşamı nedeniyle özellikle bir işçisi tarafından yapılmış olabileceği şüphesine kapılabilir. Ciddi, önemli ve somut olayların haklı kıldığı şüphe, güven potansiyeline sahip olmaksızın ifa edilemeyecek iş için işçinin uygunluğunu ortadan kaldırdığından, şüphe feshi, işçinin davranış ve yeterliliğine ilişkin fesih türü olarak gündeme gelecektir³⁹. İşverenin sırf sübjektif değerlendirmesi yeterli olmayıp, yapılan incelemede işçinin şüphe edilen davranışının, büyük bir ihtimal dahilinde gerçekleşmiş olabileceğinin objektif vakıa ve emarelere dayalı olarak ortaya çıkması gerekir⁴⁰. Kanaatimizce iş güvencesinin var olduğu hallerde, işveren için şüphe

feshi nedeniyle reddi gerekirken, kabulü hatalıdır. ...” şeklinde hüküm kurmuştur, Yargıtay 9. HD., 08.04.2019 tarih ve 2018/9910 E., 2019/8054 K. sayılı Karar, (Erişim: UYAP Bilişim Sistemi, 24.11.2019).

³⁶ “...Mahkemenin davacının iş sözleşmesinin haklı nedenle feshedildiği yönündeki gerekçesi hatalı değerlendirmeye dayalıdır. Davacının iş sözleşmesi kıdem tazminatı ödenerek feshedildiğinden işverenin feshinin haklı nedene dayandığı kabul edilemez. Bunun yanında, davacının iş sözleşmesi davranışlarına dayalı savunması alınmaksızın feshedildiğinden feshin geçersizliğine karar verilmesi gerekirken yerinde olmayan gerekçe ile davanın reddi hatalıdır...”, Yargıtay 9. HD., 23.11.2017 tarih ve 2016/31255 E., 2017/18934 K. sayılı Karar, (Erişim: UYAP Bilişim Sistemi, 25.11.2019); Öğretide NARMANLIOĞLU, Yüksek Mahkemenin bu yöndeki değerlendirmesini eleştirerek, Kanuna aykırı yapılan bir bildirimsiz feshin, mahkemece geçerli nedene dayalı bir feshine dönüştürülmesine mahkemenin yetkili olmadığını; İş Kanununun 25. maddesine dayalı feshin kanuni gerekçelere uygun bulunmaması durumunda feshin geçersizliğinin tespitine karar verilmesi gerektiğini, yenilik doğurucu fesih hakkına dayanarak yapılan sebeple bağlılık kuralı da gözetilerek, haksızlığı anlaşılan feshin yerine geçerli sebebe dayalı olarak sözleşmenin feshedildiği şeklinde hüküm kurulmasının yerinde olmadığını ifade etmiştir, bkz. NARMANLIOĞLU, Ünal: “Kanuna Aykırı Yapılmış Bildirimsiz Feshin İş Güvencesi Prosedürü İçinde Kanuna Uygun Fesih Bildirimine Dönüşmesi (Kanuna Aykırı Olduğu Anlaşılan Bir Feshin Mahkeme Kararıyla Kanuna Uygun Sayılması)”, İÜHFİM, C. 74, 2016, s.567.

³⁷ Öğretide SÜZEK, “...İşverenin İş Kanununun 25. maddesinin II. bendine dayanarak yaptığı haklı nedenle derhal fesihlerde işçinin savunmasının alınmayacağı öngören Kanunun 19. maddesinin 2. fıkrasının son cümlesini isabetli bulmak mümkün değildir...” şeklinde değerlendirmede bulunmuştur, s.588; GÜZEL, “...Geçerli fesih nedenleri ile örtüşen diğer haklı nedenle fesih hallerini düzenleyen 25. madde hükmünün iş güvencesine ilişkin esaslarla uyum gösterecek biçimde yeniden düzenlenmesinde zorunluluk bulunmaktadır...” şeklinde görüş ortaya koymuştur, s.53; SOYER’e göre de “...Yasanın, İş Kanunu md. 25/II anlamındaki fesihlerde savunma alınmasını aramamış olması, önemli bir eksiklikler...” bkz. a.g.m, s.58; GÜLVER de benzer değerlendirmeyi yaparken, “...İş sözleşmesinin işverence geçerli nedenle feshinde uyulması gereken fesih usulüyle iş sözleşmesinin haklı nedenle feshinde uyulması gereken fesih usulü arasında ortak kuralların olmaması adaletli değildir...” eleştirisini getirmiştir, bkz., a.g.m., s.408; benzer değerlendirme için bkz. KILIÇOĞLU/ŞENOCAK, s.414.

³⁸ Ayrıntılı değerlendirme için bkz. BAYSAL, Ulaş: “Şüphe Feshi Kavramı ve Şüphe Feshine İlişkin Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi”, Sicil İş Hukuku Dergisi, 2016, S.35, s.87, (Kısaltma: Şüphe Feshi).

³⁹ Yargıtay 22. HD., 13.11.2017 tarih ve 2016/29598 E., 2017/18105 K. sayılı Karar, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2018/2 (57), s.915.

⁴⁰ Yargıtay 22. HD., 02.10.2017 tarih ve 2017/36622 E., 2017/20195 K. sayılı Karar, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2018/2 (57), s.1127.

feshi sebebi olarak değerlendirilebilecek olaylar nedeniyle de işçinin savunmasının alınması gerekir⁴¹. Aksi takdirde fesih işlemi geçersiz kabul edilecektir.

III. İŞÇİNİN SAVUNMAYA DAVET USULÜ

İşçinin davranışı veya verimi ile ilgili nedenlerle iş sözleşmesinin feshi öncesinde işçinin savunması alınırken, işçinin, hangi gerekçeyle fesih yaptırımıyla karşı karşıya kalabileceğinden haberdar olması gerekir. Diğer bir ifadeyle, işveren tarafından herhangi bir gerekçe ortaya konulmaksızın, örneğin “Sözleşmeniz feshedileceğinden savunmanızı veriniz” şeklindeki bir bildirim her şeyden önce dürüstlük kuralına aykırı bir yaklaşım olacaktır.

Kanunda fesih bildiriminde sebebin açık ve kesin bir şekilde yapılması gerektiği hüküm altına alınmış ise de savunma hakkının işveren tarafından işçiye nasıl tanınacağı konusunda bir düzenlemeye yer verilmemiştir (md. 19/1). Yargıtay ve öğreti görüşleri çerçevesinde yerleşen uygulamada, işçinin savunması alınmak istendiğinde, işveren tarafından fesihten önce işçi savunma vermeye davet edilmeli, davet yazısında davranışı nedeniyle işten çıkarmaya gerekçe olabilecek olay somut, açık ve kesin bir şekilde belirtilmelidir⁴².

İş Kanununun 19. maddesinin gerekçesinde, “işçinin zihinsel veya bedensel yetersizliği, arkadaşları veya amirleri ile sıkça ve gereksiz yere tartışmaya girişmiş olması gibi durumlarda savunmasının alınmasının işverenden beklenemeyeceği” Kanun koyucu tarafından ortaya konulmuştur.

İşçinin verimliliğinde yaşanan düşüklüğün, iş ilişkisinin mahiyeti ve işyeri koşulları itibarıyla önceden belirlenebilir ölçütlerle objektif olarak ortaya konulması, istenecek savunma konusunun da bu çerçevede işçinin kişisel olarak değiştirme olanağı bulunacak konulara ilişkin olması gerekir⁴³. İşin, işyerinin ve işletmenin gereklerinden kaynaklı sebepler, işçinin kişiliğine bağlı olmayıp, işveren tarafından işçiden bağımsız olarak bizzat fesih sebebi olarak kabul edilip edilmeyeceği değerlendirileceğinden, böylesi gerekçelerle işçiye savunma hakkı tanınması zorunluluğu bulunmamaktadır.

İşveren tarafından işçinin savunmasının istenmesine ilişkin yasal bir geçerlilik şekli öngörülmemesi ve de İş Kanununun 20. maddesi hükmünce feshin geçerli bir sebebe dayalı olduğunu işverenin ispatla yükümlü olması karşısında, işçinin savunmasının alınması prosedürünün yazılı olarak yapılmasını ispat koşulu olarak kabul etmek gerekir⁴⁴. İşçiye hakkındaki iddianın bildirilerek savunma vermeye davet edilmesi, elden adi yazılı bir belgenin imza karşılığı teslimi biçiminde yapılabileceği gibi noter ya da iadeli taahhütlü mektup aracılığıyla da yapılabilir⁴⁵. İşçinin savunmaya davet yazısını teslim almaması ya da resmi kanalla yapılan davete icabet etmemesi halinde, işveren bu durumu bir tutanakla tespit ederek, fesih işlemlerine devam edebilecektir. Yargısal uyuşmazlıklarda delil olması bakımından davet yazısının tebliği ya da tebellüğünden kaçınmaya ilişkin resmi belgenin işveren tarafından sunulması ispat açısından son derece önemlidir⁴⁶.

⁴¹ “...Bu konuda davacının savunması da alınmıştır. Gerçekten aynı işyerinde çalışıp da dosyada bulunan belgelerle yansıyan boyutta bir yolsuzluk vakiasından, gerek yolsuzluk zanlısı şahısla olan yakınlığı gerekse işyerindeki görevi ve pozisyonu göz önüne alındığında, davacının haberdar olmaması hayatın olağan akışına aykırıdır. Bu nedenle işverenin işçiye olan güveninin sarsıldığı açıktır. Buna bağlı olarak da iş sözleşmesi usulüne uygun olarak geçerli nedenle feshedildiği anlaşılmalı, işe iade talebinin reddine karar vermek gerekirken kabulü hatalı olmuştur...”, Yargıtay 7. HD., 30.04.2014 tarih ve 2014/2211 E., 2014/9720 K. sayılı Karar, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2014/4 (43), s.282.

⁴² Yargıtay 9. HD., 18.04.2018 tarih ve 2017/24063 E., 2018/8966 K. sayılı Karar, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2018/4 (59), s.2341; GÜZEL, s.83; EKONOMİ, s.14; TAŞKENT, s.166; DEMİR, s.339; KILIÇOĞLU/ŞENOCAK, s.415; DEMİRCİOĞLU, A. Murat/KORKMAZ, Doğan/KAPLAN, Hasan Ali: Yargıtay Kararları Işığında Sorularla 4857 Sayılı İş Yasası, Genişletilmiş 4. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2018, s.240; YİĞİT, Yusuf: “İşyerinde İnternetin Özel Amaçlı Kullanımı Nedeniyle İş Sözleşmesinin Feshi”, s.192.

⁴³ DULAY YANGIN, s.2045; KILIÇOĞLU/ŞENOCAK, 338; GÜNAY, s.162.

⁴⁴ BAYSAL, Ulaş: İş Sözleşmesinin Süreli Feshinde İşçinin Yeterliliğine İlişkin Geçerli Sebepler, Doktora Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Ankara 2011, s.177, (Erişim: <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezSorguSonucYeni.jsp>, 25.11.2019); GÖKTAŞ, s.34.

⁴⁵ DEMİR, Fevzi: İş Güvencesi ve 4857 Sayılı İş Kanununun Başlıca Yenilikleri, Türkiye Haber İş Sendikası Yayını, İzmir 2003, s.10, (Kısaltma: Yenilikler); Noterden işçinin adresine bir yazı gönderilmek suretiyle savunmasının talep edilmesi değerlendirmesi için bkz. KURT, Resul: “Devamsızlık Yapan İşçinin İş Sözleşmesinin Feshi”, Eylül-Ekim 2010, S.101, s.236.

⁴⁶ “...Mahkemece davalı tarafça davacıya gönderilen ihtarnamede devamsızlık tutanakları tutulduğu belirtilerek 17/10/2012 tarihinde davacıya yapılan yazılı bildirim ile davacının savunmasının istendiği ve 3 gün içerisinde

İşveren işçisine yaptığı savunma davetinde, belirtilen yer, gün ve saatte hazır bulunması, bulunmadığı takdirde yazılı bir savunma verebileceği; bildirilen yerde belirtilen gün ve saatte hazır bulunmadığı ve de buna rağmen yazılı bir savunma vermediği takdirde savunma vermekten vazgeçmiş sayılacağına kendisine hatırlatılması şarttır⁴⁷.

İşveren fesih bildirimini öncesinde işçisinden müstakil savunma almış olabileceği gibi işyerinde uygulana gelen disiplin tahkikatı süreci çerçevesinde makul sayılabilecek kısa bir süre önce de savunması alınmış olabilir. Söz konusu disiplin savunması alınması da yukarıda yer verildiği biçimde işletilmiş, ihtar sonrası yapılmış, fesih sebebi açık ve kesin biçimde ortaya konulup, bu sebeplerin altında yatan gerçek karşı gerekçenin ortaya çıkarılması imkanı tanınmış, ise yeniden, mükerrer mahiyet arz eden savuma alınması yoluna gidilmesine gerek yoktur⁴⁸.

İşçinin davranışı ya da verimi ile ilgili nedenlerle iş sözleşmesinin feshedilebilmesi için sözleşmenin feshinden önce savunma istenmesi zorunluluğunun yerine getirilmemesi feshi geçersiz kılar⁴⁹.

IV. İŞÇİNİN SAVUNMASININ İSTENECEĞİ TAKVİM

İş güvencesi kapsamındaki belirsiz süreli iş sözleşmesinin işveren tarafından feshinden önce işçiye savunma hakkının tanınması yasal olarak zorunludur. Söz konusu hakkın, fesih bildiriminden önce işçiye tanınması gerekmekte olup, fesih bildiriyle birlikte ya da fesih önelleri içerisinde işçinin savunmaya davet edilmesi, yapılan feshin geçersiz olması sonucunu doğuracaktır⁵⁰.

Kanunda yer verilmese de Yüksek Mahkemenin yerleşik uygulaması uyarınca, feshin son çare olması ilkesi gözetilerek, işçinin sözleşmeye aykırı davranışlarının, işveren tarafından iş güvencesi kapsamındaki ilişkilerde işçisine bildirilmesi ve aykırılığın devamının hukuki sonuç doğuracağına bildirilmesi, hukuki işlem benzeri bir vasıflandırmayla ihtar olarak adlandırılmaktadır⁵¹. İş sözleşmesinin işçinin davranışı nedeniyle geçerli bir şekilde feshedilebilmesi için, işçinin kendisine verilen ihtardan sonra bir defa daha yükümlülüğünü ihlal teşkil eden davranışta bulunması gerekir⁵². Eğer işçinin yükümlülüğünü ihlal etmekten kaçınma olanağına sahip olduğu tespit edilirse fesihten önce işçiye ihtar verilip verilmediği, ihtara rağmen davranışını tekrar etmesi halinde İş Kanunu'nun 19. maddesi uyarınca savunması alınarak iş sözleşmesinin feshedilip edilmediğine bakılacaktır⁵³. İşverenin savunma alma yükümlülüğü, sadece iş sözleşmesinin feshinden önce olup, işçiye ihtar verilirken bu şekilde bir yükümlülük yüklenmemiştir⁵⁴. Bu nedenle işçiye davranışı nedeniyle ihtar verilirken, savunmasının alınmaması ihtarı geçersiz kılmaz.

V. SAVUNMANIN MAHİYETİ

4857 sayılı İş Kanununda işçinin savunmasının alınması, işçinin davranışı veya verimi ile ilgili nedenlerle iş sözleşmesinin feshi için bir şart olarak öngörülmüştür. İşveren, fesih

svunmasını vermediğinden bahsedilmekte ise de davacının savunmasının istendiğine dair dosyada yazılı bir evrak görülmediği...”, Yargıtay 7. HD.,09.06.2015, 2014/18733 E., 2015/11582 K. sayılı Karar, (Erişim: UYAP Bilişim Sistemi, 26.11.2019).

⁴⁷ Yargıtay 7. HD., 30.04.2014 tarih ve 2014/2211 E., 2014/9720 K. sayılı Karar, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2014/4 (43), s.282.

⁴⁸ CENTEL, s.103.

⁴⁹ Yargıtay 9. HD., 15.01.2015, 2014/31051 E., 2015/618 K. sayılı Karar, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2016/1 (48), s.406.

⁵⁰ Yargıtay 9. HD., 27.04.2016 tarih ve 2015/29990 E., 2016/10625 K. sayılı Karar, (Erişim: UYAP Bilişim Sistemi, 25.11.2019); Yargıtay 9. HD., 07.02.2018 tarih ve 2017/26590 E., 2018/1797 K. sayılı Karar, (Erişim: UYAP Bilişim Sistemi, 26.11.2019). Öğretide ŞEN, İş Kanununun 19. maddesinde yer verilen “feshedilemez” ibaresinin, “fesih bildiriminde bulunulamaz” olarak anlaşılması gerektiğini belirtmiştir, bkz. ŞEN, Murat: “Geçerli Nedenlerle Fesih Fesih Bildiriminin Şekli, Süresi ve İspatı”, EÜHFD, X(3-4), 2006, s.386.

⁵¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. ASTARLI, Muhittin: “İş Sözleşmesinin İşçinin Davranışları Nedeniyle Geçerli Feshinde İhtar”, Legal İş Hukuku Ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, 2009, 6(23), s.963-99, (Kısaltma: İhtar); KÖSEOĞLU, s.123; DEMİR, Yenilikler, s.8.

⁵² Yargıtay 9. HD., 01.07.2019 tarih ve 2019/1584 E., 2019/14662 K. sayılı Karar, (Erişim: UYAP Bilişim Sistemi, 25.11.2019).

⁵³ Yargıtay 9. HD., 08.04.2019 tarih ve 2018/9463 E., 2019/8051 K. sayılı Karar, (Erişim: UYAP Bilişim Sistemi, 30.11.2019).

⁵⁴ Yargıtay 9. HD., 23.06.2008 tarih ve 2007/41010 E., 2008/17088 K. sayılı Karar, (Erişim: UYAP Bilişim Sistemi, 26.11.2019).

bildiriminde gösterdiği fesih sebebi ile bağlıdır.

Yargısal bir denetimde fesih usulünün geçerliliği incelenirken, işveren tarafından işçiye tanınacak savunma hakkına esas davette bildirilen sebeple, fesih bildirimindeki gerekçenin aynı mahiyette olup olmadığı üzerinde de durulacaktır⁵⁵. Savunma alınmasına konu işçi davranışı ile fesih bildiriminde yer verilen sebebin birbirinden farklı olması halinde, işçinin usulüne uygun savunmasının alınmaması gerekçesiyle fesih işleminin geçersizliği sonucunu doğuracaktır⁵⁶.

Öte taraftan işçi de kendisine yöneltilen iddialara ilişkin olarak, bir adım sonrasının iş ilişkisinin sona erme ihtimali olacağı bilinciyle hareket ederek, kendisiyle ilgili işveren tarafından doğru değerlendirme yapılmasına olanak sağlamak amacıyla açık, yalın ve kuşkuya yer bırakmayacak şekilde, gerekirse ilgili belgelerini de ekleyerek savunma yapması gerekir. İfade etmek gerekir ki işçinin savunmasında belirttiği mazeretlerle işveren bağlı olmayıp, alacağı savunma sonrasında fesih bildirim sürecini yine de işletebilir.

Kendisine yöneltilen konuların dışında yapılacak savunma, fesih sürecinde işçi aleyhine netice doğurabilecektir. Bu nedenle işçi kendisinden istenen savunmayı, fesih sürecinde şekli bir prosedürün tamamlanması olarak görmeyip, iş ilişkisinin devamını sağlayacak ya da sözleşmenin feshi sonrasında başvuracağı yargısal yollarda kendi lehine delil mahiyeti arz edecek bir hakkın kullanılması olarak görmesi gerekir.

İşçi işvereni tarafından kendisine yöneltilen ve daha sonra sözleşmenin feshi sebebi olarak karşısına çıkabilecek iddiaları, savunmasında kabul etmekle beraber, gerekçe olarak ifade edeceği somut olguların sözleşmenin devamını işveren bakımından önemli ölçüde sürdürülemez hale sokması gibi bir durum ortaya çıkmaması kaydıyla, işçinin dürüst davranışının, fesih işlemi öncesinde işveren tarafından iyiniyetli bir şekilde değerlendirilmesi adil olandır⁵⁷.

VI. SAVUNMANIN ŞEKLİ

İşçinin savunma hakkını kullanmasına ilişkin olarak yasada şekli bir geçerlilik kuralına yer verilmemiştir. Ancak yaşanacak hukuki uyuşmazlıklarda ispat hukuku bakımından işçinin savunmasını yazılı olarak yapması gerekir. Hiç kuşkusuz işçi kendisine yapılan davet üzerine yazılı olarak savunmasının hazırlayıp, işveren, işveren vekili ya da işyeri ilgili birimine elden sunabilecektir. Savunma hakkının bu şekilde adi bir belge ile sunulmasının yanı sıra noter, kargo, iadeli taahhütlü posta gibi muhatabına ulaştığı belirli olan yöntemler aracılığıyla da yapılması mümkündür.

Kişisel herhangi bir gerekçeyle işçi yazılı olarak savunmasını sunmakta zorlandığını ifade etmesi durumunda ise, savunmasını tutanağa geçirilmek üzere sözlü de yapabilir⁵⁸. Öte taraftan işçi savunmasını vekaletname ile görevlendireceği avukatının kaleme alacağı dilekçeyle yapabileceği gibi sözlü olarak savunmasını yapacak olması halinde bağlı bulunduğu sendika temsilcisinin ya da işyerinde birlikte çalıştığı arkadaşlarından birinin de hazır bulunmasını isteyebilir⁵⁹.

İster yazılı olarak savunma hakkının kullanılması durumu söz konusu olsun, isterse işçi tarafından yüz yüze sözlü savunma yapılıyor olsun; söz konusu sürecin işyerinde tamamlanması zorunluluğu bulunmamaktadır. İş sözleşmesi fesih arifesinde olan işçi, işyeri dışında bir başka mahalde de karşılıklı mutabakatla savunma hakkını kullanabilir.

İşverenin matbu olarak hazırladığı belge üzerinde boş bırakılan yerlerin işçi tarafından doldurulması suretiyle alınan savunma, taraflar arasında yaşanacak uyuşmazlıklarda hakkın

⁵⁵ SOYER, s.58; "...İşveren, fesih bildiriminde gösterdiği fesih sebebi ile bağlıdır. İşe iade davasındaki savunmasında ilaveten başka bir sebep ileri süremeyeceği gibi bu sebepten farklı bir sebebe dayanamaz. İşverenin bildirdiği nedenle bağlılığı, nedenin açık ve kesin bir şekilde belirtilmesini emreden kuralın gereğidir...", Yargıtay 9. HD., 01.09.2009 tarih ve 2009/7391 E., 2009/32545 K. sayılı Karar, (Erişim: UYAP Bilişim Sistemi, 27.11.2019).

⁵⁶ "...Buna göre 13.03.2015 tarihli savunma talepli yazı tüm fesih sebeplerini içermemekte olup, 26.03.2015 tarihli fesih bildiriminde fesih sebebi yapılan performans düşüklüğü ve sık sık rapor alma iddialarına yönelik savunma istenmediği anlaşılacakla, Mahkemece davanın kabulüne karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçe ile davanın reddi hatalıdır...", Yargıtay 9. HD., 13.11.2017 tarih ve 2016/29598 E., 2017/18105 K. sayılı Karar, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2018/2 (57), s.914.

⁵⁷ Öğretide DOĞAN YENİSEY, "...işçinin yapacağı savunma esnasındaki sözlerinin kendisine isnad edilen kusurun ispatında kullanılamayacağı gibi bir hukuki yapıya ihtiyaç olduğunu..." ortaya koymuştur, s.546.

⁵⁸ EKONOMİ, s.14; SARIBAY, s.96.

⁵⁹ EKONOMİ, s.14.

kısıtlanmış olması nedeniyle, hukuken geçerli kabul edilmeyecektir.

VII. SAVUNMA VERME SÜRESİ

İşçinin savunması, sözleşmenin feshinden önce alınmalıdır. İşçiye savunma hakkını kullanmak üzere verilecek sürenin kaç gün olacağı konusunda yasal bir düzenleme bulunmamaktadır. İşçinin fesihden önce savunma vermeye davet yazısında makul bir süre önceden belirtilen yer, gün ve saatte hazır bulunması, bulunmadığı takdirde yazılı bir savunma verebileceğinin bildirilmesi gerekir⁶⁰.

Yapılan işin mahiyeti ve de fesih sebebi olabileceği bildirilecek isnatların ağırlığına göre işçiye savunmasını hazırlaması için uygun sürenin verilmesi gerekir. Yapılacak davet sonrası işçi kendisine verilen sürede savunmasını hazırlayamayacağı işverene bildirmesi halinde söz konusu hakkın tanınmasındaki amaç nazara alınarak ek savunma süresi verilmesi gerekebilir. Bu gerekçeyle işçinin savunma hakkını kullanması için birkaç günden bir aya kadar, olayın mahiyetine göre değişecek şekilde bir sürenin verilmesi takdir edilmelidir⁶¹. Öte taraftan savunmanın alınmasından sonraki aşamada da işveren tarafından ölçülü biçimde davranılarak, makul süre içinde sözleşmenin feshedilip edilmeyeceğine karar verilmesi gerekir⁶².

VIII. SAVUNMA HAKKININ KULLANILMAMASI

İşveren tarafından yapılacak davette, makul bir süre önceden işçinin yazılı olarak savunmasını sunması ya da belirtilen yer, gün ve saatte tutanağa bağlanmak üzere sözlü savunma yapmak üzere hazır bulunması istenmesine rağmen; bildirilen yerde belirtilen gün ve saatte hazır bulunmadığı gibi yazılı bir savunma da vermediği takdirde savunma vermektен vazgeçmiş sayılacağı kendisine hatırlatılması şarttır⁶³.

İşçi kendisine yapılan davet sonrası savunma hakkını kullanıp kullanmamakta serbesttir. Ancak işçinin yazılı savunmasının işveren tarafından kabulden imtina edilmesi ya da bildirilen gün ve saatte istenen yerde sözlü savunmasını yapmak üzere işçinin hazır bulunmasına karşın işveren tarafından savunmanın alınmaması hallerinde, işçi üzerine düşen ödevi yerine getirmekle, işverenin daha sonradan savunma almadan yapacağı fesih işlemi geçersiz sayılacaktır⁶⁴. Bir başka ifadeyle savunma hakkının tanınması iş güvencesi kapsamındaki sözleşmelerin fesih sürecinde geçerlilik koşuludur.

IX. SONUÇ

Otuz veya daha fazla işçi çalıştıran işyerlerinde en az altı aylık kıdemi olan işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesinin, işçinin davranışı ve verimi nedeniyle işveren tarafından sona erdirilmesi öncesinde yasal olarak tanınması gereken savunma hakkı, objektif iyiniyet kurallarına göre sözleşmenin devamı imkanı olup olmadığını değerlendirmek bakımından son derece önemlidir. İşçiye fesih bildirimini öncesinde savunma hakkı verilmemesi, yapılacak feshin geçersizliği neticesini doğuracaktır.

Savunma hakkı işçinin fesih nedenini öğrenerek, bu konudaki gerçeğin ortaya çıkmasına ve de işverenin fesih konusundaki iradesini etkilemeye yarayan bir araçtır. Hal böyle olunca işçinin savunmasını yaparken özenli davranması, yapılan savunmanın da karşılıklı güven ilişkisine dayalı sürekli iş ilişkisinin devamı noktasında işveren tarafından dürüstlük kuralına uygun biçimde değerlendirilmesi gerekir.

⁶⁰ Yargıtay 9. HD., 21.04.2008 tarih ve 2007/30777 E., 2008/9219 K. sayılı Karar, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2008/3 (18), s.210.

⁶¹ SARIBAY, s.96; Öğretide EKONOMİ, savunmanın 3-4 gün içinde verilmesinin istenebileceği, işin özelliğine göre savunmanın daha kısa ya da daha uzun sürede alınması imkanının bulunduğunu haklı olarak ifade etmiştir, bkz. a.g.m, s.14; KURT ise işçinin savunmasını yapabildiği için 3 gün süre verilmesinin uygun olduğunu belirtmiştir, bkz. a.g.m, s.240.

⁶² CENTEL, haklı olarak, savunma alındıktan sonra fesih hakkının işveren tarafından baskı unsuru yapılmaması gerektiğini ifade etmiştir, 129; Yüksek Mahkeme işçinin savunmasının alınmasından dört ay sonra yapılan fesih işlemini, makul sürede yapılmadığından bahisle objektif doğruluk ve dürüstlük kurallarına uygun bulmayarak, feshi geçersiz saymıştır, bkz.Yargıtay 9. HD., 02.06.2006 tarih ve 2006/17797 E., 2006/25426 K. sayılı Karar, AVCI, Mustafa: “Geçerli Nedenlere Dayalı Fesih Hakkının Kullanılmasında Makul Süre”, Sicil İş Hukuku Dergisi, Mart 2007, 2, S.5, s.s.90.

⁶³ Yargıtay 9. HD., 05.04.2018 tarih ve 2017/24530 E., 2018/7670 K. sayılı Karar, (Erişim: UYAP Bilişim Sistemi, 26.11.2019); ALPAGUT, 102; DEMİR, Yenilikler, s.10.

⁶⁴ GÖKTAŞ, s.34.

İş Kanununun 19. maddesinde yer verilen savunma alma zorunluluğu, işçi davranışı ve verimi nedenine bağlı fesihler için söz konusudur. Madde metnindeki “işçi verimi” ifadesi, bu hakkın esasını oluşturan 18. maddedeki “işçinin yeterliliği” ifadesi ile uyumlu değildir. Kanaatimizce işveren iradi bir tasarruf olarak her halukarda fesih bildirim öncesi ileri süreceği nedenlerden ötürü işçisinin savunmasını isteme imkanına sahiptir. Yine ayrıca toplu iş sözleşmesi ya da bireysel iş sözleşmeleriyle savunma hakkının mahiyeti işçi lehine genişletilebilir. Ancak yasal değişiklik olmadığı sürece, işçinin tüm yetersizlik halleri için değil daha dar bir kapsamla, iş veriminde gözlenen performans düşüklüğüne bağlı hallerde savunma alınması zorunluluğu bulunmaktadır.

İşveren bakımından haklı nedenle feshi düzenleyen İş Kanununun 25. maddesinin son fıkrasında, bu maddede belirlenen haklı nedenler bulunmaksızın iş sözleşmesinin derhal feshi halinde iş güvencesi kapsamındaki işçinin Kanunun 18,20 ve 21. maddelerince yargı yoluna başvurabileceği düzenlenmiş iken, kanun koyucu tarafından savunma alma zorunluluğunun düzenlendiği 19. maddeye yer verilmemiştir. Öte taratan İş Kanununun 19. maddesinin ikinci fıkrasında işçinin davranış ve yetersizliğine ilişkin nedenlerden daha nitelikli özellik arz eden ve Kanunun 25/II. maddesinde yer verilen ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan haklı nedenlerin özellikle belirtilmesi, bu madde de yer verilen sebeplerinde özü itibariyle işçinin kişiliğine bağlı sebepler olmasına rağmen savunma alınması zorunluluğu kapsamında olmadığını vurgulamak içindir. Yoksa, Kanunun 25. maddesindeki haklı nedenler kapsamında sağlık sebepleri, zorlayıcı nedenler ve işçinin gözaltına alınması ve tutuklanması hallerinde yasal olarak zaten savunma alınması zorunluluğu bulunmamaktadır.

Uygulamada kimi işverenlerce özellikle işçinin ahlak ve iyiniyet kurallarına aykırılık teşkil eden davranışları gerekçesiyle fesih öncesi işçisinin savunmasının alınması yoluna gidildiği görülse de, işveren tarafından tek başına mahiyeti bilinemeyecek ve bu nedenle de sağlıklı, objektif ve iyiniyet kurallarına uygun değerlendirme imkanı sağlanamayacak, kişiliğe bağlı tüm fesih halleri bakımından savunma hakkının tanınması gerektiği yönünde yasal değişiklik yapılması işçi lehine bir adım olacaktır.

Savunma hakkının şekli kurallarına Kanunda yer verilmemiş olması ve de sınırlarının Yargıtay kararlarıyla çizilmiş bulunması esas itibariyle geniş bir takdir hakkının doğmasına neden olmaktadır. O nedenle savunmaya davet, savunma verme yöntemi ve içeriği, savunma için tanınacak süre gibi usul kurallarının yönetmelik hükümleriyle düzenlenmesinde yarar bulunmaktadır.

KAYNAKÇA

- AKTAY, A. Nizamettin/ARICI, Kadir/SENYEN-KAPLAN, E. Tuncay: İş Hukuku, Yenilenmiş 6. Baskı, Gazi Kitapevi, Ankara 2013.
- AKTUĞ, Semih Serkant: “İş Güvencesinin Uluslararası Dayanakları”, EÜHFD, XIII(1-2), 2009.
- AKTUĞ, Semih Serkant: İş Güvencesinin Sosyal Ekonomik Hukuki Temelleri ve Türkiye Değerlendirmesi, Kamu-İş Yayınları, Ankara 2010, (Kısaltma: İş Güvencesi)
- ALP, Mustafa: “İşçinin Feshe Karşı Korunması (İş Güvencesi Yasası)”, DEHFD, 5(1), 2003.
- ALPAGAGUT, Gülsevil: “Yargıtay Kararları Işığında İş Güvencesi ve Çalışma Koşullarında Esaslı Değişiklik”, Bankacılık Dergisi, S. 65, 2008.
- ARAS, Talip: İş Güvencesinden Yararlanmanın Koşulları ve Emredicilik, TBB Dergisi, 2015, S.119.
- ARSLAN ERTÜRK, Arzu: Feshin Geçersizliği ve İşe İade Talebinin Süresi-Geçerli Neden/Haklı Neden Ayırımı ve Feshin Hakkaniyete Uygunluğu, Karar İncelemesi, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2007/4 (15).
- ASTARLI, Muhittin: “İş İlişkinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı”, Yargıtayın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2015, Seminer İstanbul 25-26 Kasım 2016, Oniki Levha Yayınları, İstanbul 2017.
- ASTARLI, Muhittin: “İş Sözleşmesinin İşçinin Davranışları Nedeniyle Geçerli Feshinde İhtar”, Legal İş Hukuku Ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, 2009, 6(23).
- AVCI, Mustafa: “Geçerli Nedenlere Dayalı Fesih Hakkının Kullanılmasında Makul Süre”, Sicil İş Hukuku Dergisi, Mart 2007, 2(5).
- BAYSAL, Ulaş: “Şüphe Feshi Kavramı ve Şüphe Feshine İlişkin Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi”, Sicil İş Hukuku Dergisi, 2016, S.35, (Kısaltma: Şüphe Feshi).
- BAYSAL, Ulaş: İş Sözleşmesinin Süreli Feshinde İşçinin Yeterliliğine İlişkin Geçerli Sebepler, Doktora Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Ankara 2011, (Erişim: <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezSorguSonucYeni.jsp>, 25.11.2019).
- CENTEL, Tankut: İş Güvencesi, Legal Yayıncılık, İstanbul 2013.
- ÇELİK, Nuri/CANIKLIOĞLU, Nuri/CANBOLAT, Talat: İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 32. Bası, Beta Yayınları, İstanbul 2019.
- DEMİR, Fevzi: İş Hukuku ve Uygulaması, Albi Yayınları, İzmir 2018.
- DEMİR, Fevzi: İş Güvencesi ve 4857 Sayılı İş Kanununun Başlıca Yenilikleri, Türkiye Haber İş Sendikası Yayını, İzmir 2003, (Kısaltma: Yenilikler).
- DEMİRCİOĞLU, A. Murat/KORKMAZ, Doğan/KAPLAN, Hasan Ali: Yargıtay Kararları Işığında Sorularla 4857 Sayılı İş Yasası, Genişletilmiş 4. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2018.
- DOĞAN YENİSEY, Kübra: “İş İlişkinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı”, Yargıtayın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2016, Seminer Ankara 01-02 Aralık 2017, Oniki Levha Yayınları, İstanbul 2018.
- DULAY YANGIN, Dilek: “İş Sözleşmesinin İş Kanununu md. 25/I, b Uyarınca Haklı Nedenle Feshinde İşçinin Savunmasının Alınması Gerekli midir?”, Karar İncelemesi, DEÜHFD, Prof. Dr. Şeref Ertaş’a Armağan, C.19, Özel Sayı-2017.
- EKONOMİ, Münir: “Hizmet Aktinin Feshi ve İş Güvencesi Konulu Toplantının Konuşma Metni ve Genel Görüşmesi”, Çimento İşveren Dergisi Eki, 7(2), Mart 2003.
- ERGİN, Hediye: “İşçinin Tedavisi Olanaksız Hastalığı Nedeniyle İşverenin Derhal Fesih Hakkı”, Sicil İş Hukuku Dergisi, 2017.
- EYRENCİ, Öner/TAŞKENT, Savaş/ULUCAN, Devrim: “Bireysel İş Hukuku”, 7. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2016.
- GÖKTAŞ, Seracettin: İş ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri, 15 Yıl Toplantıları, 3-4 Haziran 2011, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2012.
- GÜLNUR, Emine: “Avrupa Sosyal Şartı ve Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı”, TBB Dergisi, S.77, 2008.
- GÜLVER, Ender: “İş Sözleşmesinin İşçinin Savunması Alınmaksızın Sağlık Sebeplerine Dayanarak İşverence Derhal Feshi ve İşe İade”, Karar İncelemesi, İÜHFM, C.74, 2016.
- GÜNAY, Cevdet İlhan: “ İş Güvencesi Uygulamasında Hukuki Sorunlar ve Öneriler”, Osman Güven Çankaya’ya Armağan, Kamu-İş Yayınları, (Erişim: <http://www.kamu-is.org.tr/pdf/OGC6.pdf>, 24.11.2019)
- GÜZEL, Ali: “İş Güvencesine İlişkin Yasal Esasların Değerlendirilmesi”, I. Oturum, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri, Galatasaray Üniversitesi 28-29 Mayıs 2004, 2004 yılı Toplantısı, İstanbul Barosu Yayını, İstanbul 2004.
- KAR, Bektaş: İş Güvencesi ve Uygulaması, Yetkin Yayınları, Ankara 2017.
- KILIÇOĞLU, Mustafa/ŞENOCAK, Kemal: İş Güvencesi Hukuku, Legal Yayıncılık, İstanbul 2007.

- KÖSEOĞLU, Ali Cengiz: “İş Sözleşmesinin İşçiden Kaynaklanan Nedenlerle Bildirimli Feshine Genel Bir Bakış”, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, 9(36), 2012.
- KURT, Resul: “Devamsızlık Yapan İşçinin İş Sözleşmesinin Feshi”, Eylül-Ekim 2010, S. 101.
- MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi/ASTARLI, Muhittin/BAYSAL, Ulaş: İş Hukuku Ders Kitabı, C.1 Bireysel İş Hukuku, Güncellenmiş 2. Baskı, Lykeion Yayınları, Ankara 2018.
- NARMANLIOĞLU, Ünal: “Kanuna Aykırı Yapılmış Bildirimsiz Feshin İş Güvencesi Prosedürü İçinde Kanuna Uygun Fesih Bildirimine Dönüşmesi (Kanuna Aykırı Olduğu Anlaşılan Bir Feshin Mahkeme Kararıyla Kanuna Uygun Sayılması)”, İÜHFM, C.74, 2016.
- NAZLI, Seçkin: “İş Sözleşmesinin İşçinin Davranışlarından Kaynaklanan Geçerli Nedenle Feshi”, Karar İncelemesi, TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi, 20(4-5), Kasım 2016-Şubat 2017.
- SARIBAY, Gizem: Türk İş Hukukunda İş Güvencesi Kapsamında Fesih Usulü, Feshe İtiraz ve Feshe İtirazın Sonuçları, Legal Yayıncılık, İstanbul 2007.
- SENYEN-KAPLAN, E. Tuncay: Bireysel İş Hukuku, Yenilenmiş 9. Baskı, Gazi Kitabevi, Ankara 2018.
- SOYER, Polat: “Feshe Karşı Korumanın Genel Çerçevesi ve Yargıtay Kararları Işığında Uygulama Sorunları”, I. Oturum, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku 2005 Yılı Toplantısı, İstanbul 2005.
- SÜZEK, Sarper: İş Hukuku, Yenilenmiş 18. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2019.
- ŞAHLANAN, Fevzi: “Uzun Süreli Hastalık Nedeniyle İş Akdinin Feshinde de Savunma Alma Zorunluluğu”, Karar İncelemesi, S.435, Mart-Nisan 2018.
- ŞAHLANAN, Fevzi: “4857 Sayılı İş Kanunu’nun İş Güvencesine İlişkin Hükümleri”, Bankacılar Dergisi, S.52, 2005 (Kısaltma: İş Güvencesi).
- ŞEN, Murat: “Geçerli Nedenlerle Feshte Fesih Bildiriminin Şekli, Süresi ve İspatı”, EÜHFD, X(3-4), 2006.
- TAŞKENT, Savaş: “Türk İş Mevzuatında İş Güvencesi Sorunu ve Hazırlanan Yasa Tasarısının Esasları”, Sosyal Siyaset Konferansları Dergisi, S.45, Ocak 2003.
- UÇUM, Mehmet: Yeni İş Kanunu Seminer Notları, Legal Yayıncılık, İstanbul 2003.

RESMİ SİCİL VE SENETLERLE İSPAT 

PROOF WITH OFFICIAL REGISTRATION AND BILLS

Yalçın KAVAK*  **Makale Bilgi**

Gönderilme: 07/11/2019
Kabul: 29/01/2020

Anahtar Kelimeler

*Resmi Sicil,
Resmi Senet,
Karine,
Delil,
İspat.*

Article Info

Received: 07/11/2019
Accepted: 29/01/2020

Keywords

*Official Register,
Official Deed,
Prima facie Evidence,
Evidence,
Proof.*

Özet

Resmi sicil, içeriği hakkında, ilgisi ve menfaati olan kişilerin bilgi edinmelerini sağlayan ve resmi memurlar tarafından tutulan kayıtlardır. Resmi senetler ise, kanun veya tarafların iradesiyle resmi şekle bağlanan, resmi görevli kişiler tarafından kanunda belirtilen şekle uygun olarak düzenlenen senetlerdir. Medeni Kanun m.7 hükmü, resmi sicil ve senetlerin doğruluğunu yansıttığı konusunda bir karine kabul etmiş ve bu karinenin aksinin her türlü delille kanıtlanmasına olanak sağlamıştır. Ancak Medeni Usul Hukuku Kanunu m.201 hükmü, senede karşı senet mecburiyeti getirmiştir. Ayrıca aynı Kanun m.204 hükmü, ilamlarla noterler tarafından düzenlenen senetleri, sahtelikleri ispat olunmadıkça, kesin delil saymış ve bu suretle resmi sicil ve senetlerin içeriğinin doğru olmadığını ispatı hususunda Medeni Kanun m.7/II hükmü ile getirilmiş bulunan delil serbestisi daraltılmıştır. İsviçre’de federal nitelikte bir medeni usul hukuku kanunu 2011 yılından beri vardır. Ayrıca, İsviçre’de taraflar arasında bir eşitlik sağlamak amacıyla, karinenin aksini ispatlayacak tarafa, resmi sicil ve senetlerin doğru olmadığını her türlü delille ispat etme imkanı verilmiştir. Bu nedenle, ülkemizde başka kanun hükümleri ile aksini ispat getirilmiş olan kısıtlamalar, MK.m. 7 hükmünün ruhu ve amacı ile bağdaşmamaktadır.

Abstract

Official registers are records that are kept by public officials and provide information about the contents of the information to the interested persons. Official bills, on the other hand, are the bills which are bound to the official form by the law or the will of the parties and issued by the official persons in accordance with the form specified in the law. The provision of Article 7 of the Civil Code adopted a pre-sumption that the official registers and bills reflect the truth and provided that the opposite of this presumption may be proved by all kinds of evidence. However, the provision of Civil Procedure Law article 201 has brought the obligation to counter-bill. In addition, the provision of Article 204 of the same Code, has considered, the deed or bill which are issued by notary publics, as definitive evidence unless their falsifications were proved, and thus the freedom of evidence brought with the provision of Article 7/II of the Civil Code has become narrowed. A federal civil procedure law exists in Switzerland since 2011. Furthermore, in Switzerland, by this regulation, the party who will prove the opposite of the presumption accepted by law is given the opportunity to prove by any evidence that the official registers and notes are not correct for the sake of convenience. Therefore, the restrictions brought by other rules of Act which narrow the opportunity of proving by any evidence in our Country, is incompatible with the spirit and purpose of the provision 7 of the Civil Code.

I. GİRİŞ

Medeni Kanun m.7 hükmü, “Resmi sicil ve senetler, belgeledikleri olguların doğruluğuna kanıt oluşturur. Bunların içeriğinin doğru olmadığı ispatı, kanunlarda başka bir hüküm bulunmadıkça, herhangi bir şekle bağlı değildir.” şeklinde bir düzenleme ile doğrudan doğruya resmi sicil ve senetlerin ispat gücünü düzenlemiş ve dolaylı olarak, resmi sicil ve senetlerin belgeledikleri olgulara dayanarak hak iddia eden kişilerin, bu iddialarını ispat etmiş olduklarını kabul etmiştir. Bu düzenleme ile, resmi sicil ve senetlere “kesin olmayan kanuni karine” niteliği verilmiş ve bu karinenin aksinin her türlü delille ispatına olanak sağlanmıştır¹. Ancak Medeni Usul Hukuku Kanunu m. 201, 204 ve Noterlik Kanunu m. 82 hükümleriyle, MK. m. 7/II hükmündeki delil serbestisine, resmi senetler yönünden önemli bir kısıtlama getirilmiş, bu nedenle bu hükmün amacına uygun uygulanma alanı, neredeyse sadece resmi sicillere tahsis edilmiştir. Ayrıca taşınmaz mülkiyetinin devrini sağlayan işlemlerin büyük bir kısmı, tapu sicil müdürü tarafından düzenlenen resmi senetlere dayandığından tapu sicili ile ilgili uygulamalarda da, MK.m.7 hükmünün uygulanmasına önemli bir kısıtlama getirilmiştir.

Medenî usul hukukunu da ilgilendiren bu çalışma, değişik kanun hükümleriyle, Medenî Kanunun “Başlangıç Hükümleri” arasında yer alan m.7 hükmünün uygulanma alanının oldukça daraltılmış olduğunun belirtilmesi amacıyla yapılmış ve inceleme konusunun sınırları içinde kalınmasına gayret edilmiştir.

II. RESMİ SİCİL VE SENET KAVRAMLARI

A. Resmi Siciller

Kanun koyucu, toplum yaşamında önemli bir rol oynayan bazı hukuki işlemlerin yetkili memurlar tarafından tutulan defterlere kaydedilmesini ve ilgisi veya menfaati olan kişilere bu kayıtların içeriği hakkında bilgi edinme olanağı sağlamak amacıyla resmi sicillerin tutulmasını öngörmüştür. Bu amaç gözönünde bulundurularak resmi sicil, “yetkili memurlar tarafından kanunda öngörülen şekilde tutulan ve ilgi veya menfaati olan kişilerin içeriği hakkında bilgi edinmelerini sağlayan resmi defter ve kayıtlar” şeklinde tanımlanabilir².

Kanun koyucu, bazı hukuki işlemlerin kurulmasını, değiştirilmesini ve sona erdirilmesini resmi sicile tescil şartına bağlamak suretiyle bunları alenileştirmek ve üçüncü kişilerin bilgilerine iletme istemiştir. Bu gibi durumlarda resmi sicillere tescil, bir geçerlilik şartına bürünmektedir³.

Ticaret Kanunu m. 24 hükmü çerçevesinde çıkarılmış olan Ticaret Sicil Yönetmeliği ile yaşama konmuş bulunan Ticaret Sicili, taşınmaz mülkiyetini nakil borcu doğuran sözleşmelerin ifası ve taşınmazlarla ilgili aynı hakların kurulması için Medenî Kanun m. 997 vd. hükümleri çerçevesinde tutulan tapu sicili, Nüfus Memurları tarafından tutulan kişisel durum sicili (MK.m.37), mahkemeler tarafından tutulan vakıf sicili (MK.m.102), icra dairelerince tutulan hayvan rehni sicili (MK.m.940)⁴.

B. Resmi Senetler

1. Genel Olarak Belge ve Senet

Medeni Usul Hukuku Kanunu m.199 hükmü, hem daha üst bir kavram olan belgeyi hem de kesin delil niteliğinde olan senedi düzenlemiş, uyuşmazlık konusu vakıaları ispata elverişli

¹ OĞUZMAN M. Kemal/BARLAS Nami, Medenî Hukuk Giriş Kaynaklar Temel Kavramlar, İstanbul 2012, s.337 vd.; AKİPEK, Jale/AKINTÜRK, Turgut/ATEŞ, Derya, Türk Medenî Hukuku, C.1, İstanbul 2016, s.217 vd.; EDİS, Seyfullah, Medenî Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, Ankara 1987, s.377 vd.; DURAL Mustafa/SARI Suat, Türk Özel Hukuku, C.I. Temel Kavramlar ve Medenî Kanunun Başlangıç Hükümleri, İstanbul,2013, s.258; ERMAN Hasan, Medenî Hukuk Dersleri Başlangıç Hükümleri ve Kişiler Hukuku, İstanbul2016, s.131, ANTALYA Gökhan, Medenî Hukuk Giriş Temel Kavramlar Başlangıç Hükümleri, İstanbul 2017, s.439 vd.; KILIÇOĞLU Ahmet M.Medeni Hukuk Temel Kavramlar Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku, Ankara 2016.

² AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ, s.220 vd., Beta, İstanbul 2016; EDİS, Seyfullah, Medenî Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, AÜHF Yayınları, B.3, Ankara 1987, s.377 vd.; OĞUZMAN Kemal/BARLAS NAMİ, Medenî Hukuk Giriş Kaynaklar Temel Kavramlar, İstanbul 2012, s.337 vd.; ERMAN Hasan, Medenî Hukuk Dersleri, DER, İstanbul 2016, s.131; DURAL/SARI, s.258 vd.

³ Bkz. OĞUZMAN/BARLAS, s.337 vd.; DURAL/SARI,s.258 vd.; GENÇCAN, Ömer Uğur, 4721 Sayılı Türk Medenî Kanunu Yorumu, C.1, Ankara 2015,s.181; KAVAK, Yalçın, Borçlar Hukukunda Yazılı Şekil, s.41 vd., İstanbul 2015.

⁴ İMRE, Zahit Medenî Hukuka Giriş, B.3, s.284, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1980; EDİS, s.377, Medenî Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, Ankara 1997; AKİPEK, Jale/AKINTÜRK, Turgut/ATEŞ, Derya, Türk Medenî Hukuku, C.1, B.13, İstanbul 2016, s.220 vd.; OĞUZMAN/BARLAS, s.337 vd.; DURAL /SARI, s.258vd.; ERMAN, s.131, Medenî Hukuk Dersleri, Başlangıç Hükümleri ve Kişiler Hukuku İstanbul 2016; KAVAK, s.42.

bilgi taşıyıcılarını belge olarak tanımlamış ve belgeye; yazılı veya basılı metinleri, senetleri, çizimleri, planları, krokileri, fotoğrafları, filmleri, görüntü veya ses kaydı gibi verileri, elektronik ortamdaki verileri ve benzer bilgi taşıyıcılarını örnek olarak saymıştır. Ancak belge kavramına giren veriler, bu hükümde sayılmış bulunanlardan ibaret değildir. Şu halde medeni usul hukuku bakımından belge, dava konusu vakıaları ispata elverişli bilgi taşıyıcısıdır⁵.

Belge ve senet arasındaki en önemli fark, belgenin, senet kavramını da içeren daha üst bir kavram olmasıdır. Şu halde, her senet bir belge olmasına karşın, her belge bir senet değildir. Ayrıca belgenin yazılı bir şekilde oluşturulmuş olması şart değildir. Örneğin fotokopi, faks metinleri, delil başlangıcı, çizim, plan, fotoğraf, film, görüntü ve ses kayıtları, yazılı bir şekilde oluşturulmamış oldukları halde HMK m.199 tarafından belge olarak kabul edilmiştir. Ancak belgenin ispat gücü, onun senet olup olmamasına göre değişmektedir⁶.

Genel anlamda senet ise, irade açıklamasını dış dünyaya yansıtan yazılı bir belgedir. Hukuksal anlamda senet, bir kişinin kendi aleyhine hazırladığı veya aleyhine sonuç doğuran yazılı belgedir. Ancak senedin mutlaka aleyhe delil veya ispat aracı oluşturma amacı ile yapılmış olması gerekmez. Hukukumuzda senet, uygulamada en çok görünen, önemli kesin delillerdendir. Ancak bir belgenin senet olarak nitelendirilebilmesi için öncelikle dış dünyada varlık kazanmış olması (cisimleşmiş olması) gerekir. Zira senet, dış dünyada varlık kazanmışsa içerdiği metnin bütünlüğü ve doğruluğu, zihin tarafından algılanabilir hale gelir. Başka bir ifadeyle bir belgenin senet olarak nitelendirilebilmesi için; herhangi bir dilde onu taşımaya elverişli bir cisim üzerine kolaylıkla anlaşılabilir şekilde harf ve rakamlarla yazılmış olmalıdır. Şu halde senet, taş, tahta, kumaş gibi cisimler üzerine de yazılmış olabilir. Keza usulüne göre güvenli elektronik imza ile oluşturulmuş bulunan elektronik verilerde senet hükmünde kabul edilmektedir (HMK m. 205/III). Senedin diğer bir unsuru ise imzadır. Zira ancak imza sayesinde yazılı belgede yer alan irade açıklamasının teyit edilmiş olduğu tespit edilmektedir⁷.

2. Resmi Senetler

a. Geçerlilik Şekli Resmi Senet

Geçerlilik şekli olan resmi senet veya resmi şekil, resmi memur veya makam tarafından resen düzenlenmiş olan senet veya hukuki işlemidir. Usul hukuku anlamındaki resmi senet ile maddi hukuk tarafından geçerliliği resmi şekle bağlanmış olan resmi senet farklıdır. Maddi hukuk yönünden geçerlilik şekli olarak öngörülen resmi şeklin bir türü olan resmi senet, ilişkin olduğu hukuki işlemin geçerlilik kazanabilmesi için varlığı aranan kanuni bir şart durumundadır. Maddi hukuk, bu şarta uygun olarak yapılmamış olan hukuki işlemleri, kural olarak, geçersiz saymaktadır (BK m.12/II)⁸.

Geçerlilik şekli olan resmi senet, kanun tarafından görevlendirilmiş olan memur veya makam tarafından “düzenleme biçiminde” yapılmış olan ve tamamı resmi memur tarafından düzenlenen senettir. Resmi senetleri düzenleme yetkisi, kural olarak, noterlerdedir (Noterlik Kanunu m. 60, 82, 84 vd.). Ancak kanun, bu yetkiyi başka makam veya kişiye vermiş olabilir. Örneğin taşınmazlarla ilgili resmi senetleri veya işlemleri düzenleme yetkisi Tapu Kanunu m. 26 hükmüyle tapu sicil müdürlerine verilmiştir. Medenî Kanun m. 532 hükmü, resmi vasiyetnameyi düzenlemeye yetkili memur olarak; sulh hakimi, noter veya kanunla kendisine bu yetki verilmiş diğer bir görevliyi belirtmiştir. Kanun tarafından resmi şekle bağlanmış olan hukuki işlemin değiştirilmesinde de, kural olarak, resmi şekle uyulması zorunludur (BK.m.13)⁹.

⁵ Bkz. ERDÖNMEZ/Pekcanitez Usul, İstanbul 2017, s.1771 vd.; ARSLAN Ramazan/YILMAZ Ejder/AYVAZ TAŞPINAR Sema/HANAĞASI Emel, Medenî Usul Hukuku, Ankara 2019,s.403 vd.; TANRIVER Süha, Medenî Usul Hukuku, C.I, Ankara 2016, s.828 vd.

⁶ ERDÖNMEZ, Pekcanitez Usul, s.1772; PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s.369; ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI, s.403; TANRIVER,s.829.

⁷ Bu konuda daha fazla bilgi için bkz. ERDÖNMEZ, Pekcanitez Usul, s.1773 vd.; PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s.369 vd.; ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI, s.402 vd.; TANRIVER,s.830 vd.

⁸ ERDÖNMEZ, Pekcanitez Usul, s.1779; ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI, s.402 vd.; TANRIVER,s.834.

⁹ Bkz. ERDÖNMEZ, Pekcanitez Usul, s.1779 vd.; PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s.373 vd.; ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI, s.409; TANRIVER, s.835 vd.

Bazen uyumsuzluk konusu vakıayı ispata yarayan ve tarafların içinde yer almadıkları bir resmi belge, kayıt veya tutanak mevcut ise, bunların da içerdiği hususlar hakkında resmi belge olarak ispat gücü var olabilir. Örneğin icra ve iflas dairelerince düzenlenen tutanaklar, içerdikleri hususlar hakkında resmi belge olarak kabul edilir (İİK m. 8/3, HMK m.204/2)¹⁰

Geçerlilik şekli olan resmi senetlere örnek olarak, taşınmaz satış vaadi sözleşmesi verilebilir. Bu senet noter veya tapu memuru tarafından düzenleme şeklinde yapılmazsa geçerli olmaz (Borçlar Kanunu m.237, Noterlik Kanunu m. 60 ve 89). Keza sağlararası işleme vakıf kurma, noter tarafından düzenlenen resmi senetle gerçekleştirilir (MK.m.102). Geçerlilik şekli olan resmi senetlere aşığıdaki örnekler de verilebilir: Taraflar evlenme başvurusu sırasında bir mal rejimini seçtiklerini yazılı olarak bildirmemişlerse, mal rejimi sözleşmesi, noterde düzenleme veya onaylama şeklinde yapılır (MK. m.205). Evlatlık ilişkisi, evlat edinmenin oturma yeri; birlikte evlat edinmede ise eşlerden birinin oturma yeri mahkemesi tarafından verilen kararlar kurulu (MK. m.315). Aile malları ortaklığı sözleşmesinin resmi şekilde yapılması ve bütün ortaklar veya temsilcileri tarafından imzalanmış olması gerekir (MK. m.374). Resmi vasiyetname, iki tanığın katılımıyla resmi memur tarafından düzenlenir (MK. m.532). Miras sözleşmesinin geçerli olması için resmi vasiyetname şeklinde düzenlenmesi gerekir (MK.m.545). Taşınmaz mülkiyetinin kanundan doğan kısıtlamalarının ortadan kaldırılması veya değiştirilmesine ilişkin sözleşmenin resmi şekilde düzenlenmesi ve tapu kütüğüne şerh edilmesi gerekir (MK. m.731). Taşınmaz satışına ilişkin sözleşmenin geçerliliği resmi şekle bağlıdır (BK. m.237). Ölünceye kadar bakma sözleşmesi de resmi şekle bağlıdır (BK. m.612/I)¹¹.

Noterlik Kanunu m.60 ve 84 hükümlerine göre, aksi herhangi bir yasada düzenlenmemiş ise noterler, resmi şekle tabi hukuki işlemleri yapmak üzere yetkili kılınmıştır. Noterlere verilmiş olan bu yetki, yurt dışında Türk Konsolosluklarına tevdi edilmiştir (Noterlik Kanunu m.191). Taşınmaz mülkiyetinin veya taşınmazlarla ilgili aynı hakların devrini amaçlayan resmi sözleşmeleri düzenleme yetkisi ise tapu sicil müdürlerine verilmiştir (Tapu Kanunu m.26)¹².

Yabancı bir devlet makamları tarafından düzenlenen veya onaylanan resmi senetlerin, o ülkenin kanunlarına göre yetkili makam veya memurlar tarafından, usulüne göre, düzenlenmiş veya onaylanmış oldukları hususu Türk Konsoloslukları tarafından onaylanmışsa, bu senetler de Türkiye’de resmi senet hükmünde sayılır (HMK m.224); Konsolosluk tasdiki yoksa, yabancı senetlerin resmi senet teşkil edip etmediğini mahkeme takdir eder¹³. Ancak 15.10.1961 tarihli “Yabancı Resmi Belgelerin Tasdiki Mecburiyetinin Kaldırılması Hakkında La Haye Sözleşmesi” Türkiye tarafından da 29.09.1985 tarihinde kabul edilmiş bulunduğundan, Anlaşma m.3 hükmü uyarınca bu anlaşmaya taraf olan yabancı bir ülkede düzenlenmiş olan resmi senet, Türk konsoloslüğünün onayına gerek kalmadan, sadece yetkili makamın “Apostille” onayı ile, Türkiye’de düzenlenmiş resmi senet hükmünde kabul edilir¹⁴.

Doğurduğu hüküm ve hukuki sonuç yönünden “güvenli elektronik imza”, elle atılan imza ile aynı hukuki değere sahip olarak kabul edilmiş olmasına karşın, 6728 sayılı ve 15.07.2016 tarihli Kanun m.45 hükmüyle değiştirilmiş bulunan 5070 sayılı Elektronik İmza Kanunu m.5 hükmüne göre, kanunlar tarafından resmi şekle veya özel bir merasime tabi tutulan hukuki işlemlerle ve “banka teminat mektupları dışındaki teminat sözleşmelerinin,” güvenli elektronik imza ile gerçekleştirilemeyeceği belirtilmiş bulunduğundan, güvenli elektronik imza ile resmi şeklin (elektronik resmi şeklin) düzenlenmesine henüz olanak tanınmamıştır¹⁵.

b. İspat Şekli Olarak Resmi Senet

Medeni usul anlamındaki resmi senet, kural olarak, bir geçerlilik şartı değil, ilgisine ispat hukuku bakımından, adi senetlere nazaran daha güvenli durum sağlayan bir ispat şeklidir (HMK

¹⁰ ERDÖNMEZ, Pekcanitez Usul, s.1782.

¹¹ ERDÖNMEZ, Pekcanitez Usul, s.1779 vd; ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI, s.408; TANRIVER, s.836 vd.; AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ, s.219 vd.; EREN,s.283; OĞUZMAN Kemal M./ÖZ Turgut M. Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.I, İstanbul 2012, s.142; KAVAK, s.39.

¹² KAVAK, s.37 vd.

¹³ ERDÖNMEZ, Pekcanitez Usul, s.1781; ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI, s.410; TANRIVER,s.840.

¹⁴ TANRIVER, s.840 vd.; NOMER Haluk, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2013, s.87; KAVAK, s.38.

¹⁵ İNAL, s.143; EREN, s.282; ERDÖNMEZ, Pekcanitez Usul, s.1779; TANRIVER, s.834; KAVAK, s.109 vd.

m.204)¹⁶. İspat şekli veya şartı olan resmi senet, resmi bir makam veya memurun senedin düzenlenmesine herhangi bir şekilde katılması suretiyle düzenlenmiş olan senettir. Resmi makam veya memurun senedin düzenlenmesine katılması, yalnız imza, tarih veya kimliğin onaylanması veya senedin resen düzenlenmesi şeklinde gerçekleşebilir. Medeni usul hukukunda kesin delille ispat edilmesi gereken bir hukuki işlemin mutlaka resmi senet biçiminde düzenlenmesi gerekmez. İmzası inkar edilmemiş olan adi senetlerle resmi senetler, ispat hukuku bakımından, kesin delil niteliğindedir. Ancak imza inkar edildiğinde resmi senetler, adi senetlere nazaran daha güçlü bir kesin delil niteliğine sahiptir. Zira resmi senede dayanarak iddiasını ispat etmek isteyen taraf, senedin doğruluğunu ayrıca ispat etmek zorunda değildir. Karşı taraf, bu senedin kendisi tarafından imzalanmadığını ileri sürse veya senedi inkar etse dahi, bu iddia, resmi senedin mahkeme tarafından delil olarak kullanılmasını engellemez. Zira imzası inkar edilmiş olan adi senetle, resmi senet arasında, ispat gücü yönünden, herhangi bir farklılık bulunmamaktadır¹⁷

HMK m.204/1 hükmüne göre, mahkeme ilamları ile düzenleme biçimindeki noter senetleri, sahteliği ispat edilmedikçe kesin delil sayılırlar. HMK m.204/2 hükmü, onaylama biçimindeki resmi senetleri, içeriklerinin tersi ispat edilinceye kadar, kesin delil olarak kabul etmiştir¹⁸.

HMK m.200-201 hükümleri uyarınca senetle ispat edilmesi gereken bir hukuki işlem, kural olarak, adi senetle ispat edilebilir. Bu gibi hallerde resmi senet düzenlenmesinin nedeni daha güçlü bir delil elde edilmesinin istenmiş olmasıdır. Ancak imza atamayanların mühür veya bir alet ya da parmak izi kullanarak yapacakları hukuki işlemleri içeren belgelerin senet niteliğini kazanabilmeleri için bunların noterler tarafından düzenleme şeklinde oluşturulması gerekir (HMK m.206)¹⁹.

Yukarıda belirtildiği gibi düzenleme biçiminde resmi şekle bağlı bir hukuki işlem, düzenleme biçiminde yapılmamış ise hukuken geçersiz olmakla birlikte bu belge, geçerlilik şartına bağlı olmayan hususlar bakımından ispat şartı olarak resmi senet oluşturabilir. Örneğin taşınmaz satış vaadi sözleşmesi resmi-düzenleme şekilde değil, sadece noterin imza ve kimlikleri onaylaması şeklinde yapılmışsa bu işlem, hukuken geçersiz olmakla birlikte, bu belgede satıcının satış bedelini tahsil ettiği yazılı ise, bu senet, satış bedelinin tahsil edildiği konusunda, medeni usul hukuku yönünden resmi senet ve kesin delil oluşturur²⁰.

c. Resmi Senetlerin Sahteliği

Yetkili memurlar tarafından yetkileri kapsamında usulüne uygun şekilde düzenlenen veya ilgili kişilerin irade açıklamalarına dayanarak onayladıkları senetler, aksi ispat edilinceye kadar kesin delil oluşturur (HMK m.204/2). Adi senetler bakımından senet içeriğindeki yazının veya senet altındaki imzanın sahte olduğunun ileri sürülmesi, “ön sorun” veya ayrı bir “sahtelik davası” ile ileri sürülmediği taktirde aleyhine delil olarak kullanılır (HMK m.208/1-3). Resmi bir belge veya senetteki yazı veya imzanın sahte olduğunun ileri sürülmesi ise, ilgili belge veya senede resmiyet kazandıran kişinin de taraf olarak gösterildiği ayrı bir sahtelik davası açılmasını gerektirir. Böyle bir dava açılmadan sadece asıl davada sahtelik iddiası ileri sürülmüşse bu davaya bakan hakim, gerektiğinde, resmi senetteki yazıyı veya imzayı inkar eden tarafa, sahtelik davası açması için iki haftalık (on beş günlük) kesin bir süre verir (HMK m.208/4)²¹.

Sahtelik davasına bakan mahkeme, incelemesini, HMK.m.211 vd. hükümleri çerçevesinde yapar, resmi senedin sahte olduğuna kanaat getirirse resmi senedin iptaline; resmi senedin sahte olmadığına kanaat getirirse sahtelik davasının reddine karar verir (HMK m.213/1-2)²².

¹⁶ ERDÖNMEZ, Pekcanitez Usul, s.1779 vd.; ARSLAN/YILMAZ/ AYVAZ/ HANAĞASI, s.408; TANRIVER, s.835 vd.

¹⁷ TANRIVER, s.835.

¹⁸ ERDÖNMEZ, Pekcanitez Usul, s.1779 vd.; ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI, s.409; TANRIVER, s.836..

¹⁹ ERDÖNMEZ, Pekcanitez Usul, s.1779 vd.; ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI, s.408; TANRIVER, s.835 vd.

²⁰ ERDÖNMEZ, Pekcanitez Usul, s.1779 vd.; ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI, s.409; TANRIVER, s.836.

²¹ Senetlerin sahteliği ve sahtelik davası için bkz. ERDÖNMEZ, Pekcanitez Usul, s.1783; ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI, s.411 vd.; TANRIVER, s.841 vd.

²² ERDÖNMEZ, Pekcanitez Usul, s.1783 vd.; ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI, s.412 vd; TANRIVER, s.841 vd.

III. RESMİ SİCİL VE SENETLERE İLİŞKİN KARİNE

A. Karine Kavramı

Karine, bilinen bir olaydan, bilinmeyen diğer bir olayın veya hukuksal durumun varlığı veya yokluğu sonucunun çıkarılmasına imkan tanıyan kuraldır. Başka bir ifadeyle karine, belli bir olaydan, belli olmayan başka bir olay için çıkarılan sonuçtur²³.

Şu halde karine, karinenin temelinden ve sonucundan oluşmaktadır. Örneğin zilyetliği mülkiyete karine olarak kabul eden kuralda zilyetlik, karinenin temeli, mülkiyet karinenin sonucudur. Bu örnekte ispatı gerekmeyen durum, karinenin sonucu olan mülkiyettir. Karine nedeniyle ispat yükü değişmemekte, sade bu yükün konusu değişmektedir. Örneğimizde ispatın veya ispat yükünün konusu, karinenin temelini teşkil eden zilyetliğin ispat edilmesine dönüşmüştür. Nitekim HMK m.190 hükmü dekanuni karineye dayanan tarafın ispat yükünün, karinenin temelini oluşturan vakıya ilişkin olarak devam ettiğini belirtmektedir²⁴.

1. Fiili Karineler

Fiili karineler, bir hukuk kuralına değil, hayat tecrübesine dayanılarak, tarafların vakıya iddialarının doğruluğu veya bir delilin değeri hakkında, hakim kanat oluşturmasına yarayan değer yargılarıdır. Burada hakim, tecrübe kurallarına dayanan bir değerlendirme yaparak, varlığı bilinen bir vakıyadan hareketle taraflar arasında tartışmalı olan bir vakıyanın gerçekleşmiş olduğu sonucuna varmaktadır. Fiili karineler de ispat yükünde bir değişiklik yaratmaz. Bu nedenle davada ispat yükü kendisine düşen taraf belli olan vakıyayı ispat ederse hakim, belli olmayan hususun ispat edilmiş olduğunu kabul eder²⁵.

2. Kanuni Karineler

Kanuni karineler, kesin karineler ve kesin olmayan karineler diye iki türdür. Kesin kanuni karinelerin aksi iddia ve ispat edilemez. Örneğin MK.m.1020 hükmü uyarınca, tapu kütüğünde kayıtlı olan hususların bilinmediği iddia ve ispat edilemez. Buna karşılık, HMK.m.190/2 hükmü uyarınca, kesin olmayan kanuni karinelerin aksi ispat edilebilir, ancak bu husus ispat edilinceye kadar karinenin doğruluğu kabul edilir²⁶.

Yukarıda belirtildiği gibi bir kanuni karineye dayanan tarafın, karine temelini teşhise yarayan somut vakıyaları iddia etmesi kural olarak yeterlidir. Karine sonucunu bertaraf eden somut maddi vakıyaları iddia etmek ise, kural olarak, davanın diğer tarafına aittir. Karine aleyhinde olan tarafın, karine sonucunu bertaraf eden somut vakıyaların varlığını açıkça belirterek bunu kanıtlayan delilleri ikame etmezse, aleyhindeki karinenin sonucunun uygulanmasına engel olamaz²⁷.

B. Resmi Sicil ve Senetlerle İlgili Karine

Medeni Kanun m.7 hükmü, “Resmi sicil ve senetler, belgeledikleri olguların doğruluğuna kanıt oluşturur. Bunların içeriğinin doğru olmadığı ispatı, kanunlarda başka bir hüküm bulunmadıkça, herhangi bir şekle bağlı değildir.” şeklinde bir düzenleme ile doğrudan doğruya resmi sicil ve senetlerin ispat gücünü düzenlemiş ve dolaylı olarak, resmi sicil ve senetlerin belgeledikleri olgulara dayanarak hak iddia eden kişilerin, bu iddialarını ispat etmiş olduklarını kabul etmiştir²⁸.

Yukarıda kanuni karinelerle ilgili açıklamalarımıza göre burada karinenin temeli resmi sicil ve senedin belgelediği olgudur. Karinenin sonucu ise resmi sicil ve senetle belgelenen olgunun doğru olarak kabul edilmesidir. Şu halde burada karineden yararlanmak isteyen tarafın ispat yükü,

²³ Bkz. TAŞPINAR Sema, “Fiili Karinelerin İspat Yükünün Dağılımındaki Rolü”, AÜHFD, 45(1-4), 1996, s.533-572; ATALAY, Pekcanitez Usul, s.1655 vd. ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI, s.387 vd. TANRIVER, s.882 vd.

²⁴ Daha fazla bilgi için bkz. ATALAY, Pekcanitez Usul, s.1655 vd.; ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI, s.387 vd.; TANRIVER, s.882 vd.

²⁵ ATALAY O.Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku, İstanbul 2017, s.1620 vd.; ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI, s.387 vd.; TANRIVER, s.789 vd.

²⁶ Bkz. ATALAY, Pekcanitez Usul, s.1655 vd.; ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI, s.387 vd.; TANRIVER, s.783 vd.

²⁷ Varsayımında ise, kanun, bir olaya doğrudan doğruya bir sonuç bağlamakta veya belirli bir olaya bağlılığı sonucu, diğer bir olay için de kabul etmektedir. Bkz. ATALAY, Pekcanitez Usul, s.1655 vd.; ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI, s.387 vd.; TANRIVER, s.783 vd.

²⁸ DURAL Mustafa/SARI Suat, Türk Özel Hukuku, C.I. Temel Kavramlar ve Medeni Kanunun Başlangıç Hükümleri, İstanbul, 2013, s.258.

karinenin temelini, yani hakkının resmi sicil veya senede dayandığını ispat etmesidir. Diğer tarafın ispat yükü ise, karinenin aksini ispat etmektir. Medenî Kanun m. 7/2 hükmü, kanunlarda başka bir hüküm bulunmadıkça, bu karinenin aksinin her türlü delille ispat edilmesine imkan sağlamıştır.

Ancak Medeni Usul Hukuku Kanunu m. 201 ve 204 hükümleriyle, MK. m. 7/II hükmünde karinenin aksinin ispat edilmesi konusunda tanınan delil serbestisine, resmi senetler yönünden önemli bir kısıtlama getirmiştir. Zira HMK m.201 hükmüyle senede bağlı her çeşit iddiaya karşı ileri sürülen ve onun hüküm ve kuvvetini azaltan veya ortadan kaldıran nitelikteki hukuki işlemlerin tanıkla ispat edilmelerine, kural olarak, olanak tanımamıştır. Keza HMK m. 204/1 hükmü, düzenleme şeklindeki noter senetlerini, sahteliği ispat olunmadıkça, kesin delil olarak saymıştır. HMK m. 204/2 hükmü ise, ilgililerin beyanına dayanılarak noterler tarafından tasdik edilen senetlerle diğer yetkili memurlar tarafından görevleri içinde usulüne uygun olarak düzenlenen belgeler, aksi ispatlanıncaya kadar, kesin delil olarak saymıştır. Ayrıca HMK m. 208/4 hükmüne göre resmi bir senetteki yazıyı veya imzayı inkar eden tarafın, hem resmi evrakı düzenleyen kişiye hem de karşı tarafa karşı ayrı bir “sahtelik davası” açarak, resmi senedin sahteliğini ispatlaması gerekir. Keza 1512 sayılı Noterlik Kanunu m.82 hükmü ile noterler tarafından düzenlenmiş olan hukuki işlemler, sahteliği ispat edilinceye kadar geçerli olarak kabul edileceğini belirtmiştir²⁹.

Yukarıda belirtildiği gibi taşınmaz mülkiyetinin devri, kanundan doğan kısıtlamalarının ortadan kaldırılması veya değiştirilmesi, taşınmaz reninin kurulması, bir taşınmazın veya taşınmaz üzerindeki bir ayni hakkın bağışlanması gibi hukuki işlemlerin de tapu sicil müdürü tarafından yapılması ve tapu siciline kaydedilmesi gerekir. Bu nedenle tapu sicili ile ilgili uygulamalarda da MK. m.7/2 hükmündeki delil serbestisine önemli bir

Ancak belirtmeliyiz ki, HMK m.201 hükmü ile senedin aksinin ispatına getirilmiş bulunan düzenleme, hukuki işlemler yönünden söz konusu olduğundan, resmi senette yer alan maddi fiillerin varlığının ispatını içermez. Bu nedenle örneğin nüfus siciline dayanarak henüz ergin olmadığını ve bu nedenle hukuksal işlemin geçersiz olduğunu iddia eden tarafa karşı diğer taraf, nüfus sicilinin söz konusu kişinin yaşını yanlış yansıttığını, bu kişinin aslında 18 yaşını bitirmiş olduğunu iddia etmek ve bu iddiasını her türlü delille ispatlamak imkanına sahiptir. Keza tapu siciline dayanarak malik olduğunu kanıtlayan kişiye karşı diğer taraf, tapuya yapılmış bulunan tescilin geçerli bir hukuki sebebe dayanmadığını (yolsuz tescil olduğunu) ileri sürerek bu hususu her türlü delille ispat etme imkanına sahiptir³⁰. Ancak işlemin tarafları ve külli halefleri, HMK m.203 hükmündeki istisnalara girmemektedir.³¹

Yargıtay, resmi memur tarafından yapılan senetlere karşı tanık dinlenemeyeceğini; nüfus sicilinin doğruyu yansıtmadığı hakkındaki iddiaların ise şahitle veya diğer delillerle ispat edilebileceğini belirtmiştir³².

IV. SONUÇ

Medenî Kanun m. 7 hükmü, resmi sicillerle senetlerin ispat gücünü kesin olmayan bir kanuni karine ile düzenleyerek, resmi sicil ve senetlerin belgledikleri olguların doğruluğunu kabul etmiş, fakat, kanunda aksine bir hüküm yoksa, bunların içeriğinin doğru olmadığını her türlü delil ile ispatına imkan tanımış ve bu konuda “delil serbestisi” getirmiştir. Ancak HMK m.201, 204 ve Noterlik Kanunu m. 82 hükümleriyle MK.m.7/II hükmüyle getirilmiş bulunan delil serbestisine önemli bir kısıtlama getirilmiştir. Ancak bu hükümlerle getirilmiş olan kısıtlama, hukuki işlemlerle ilgili olduğundan resmi senette yer alan maddi fiillerin varlığının kanıtlanmasını içermez.

²⁹ OĞUZMAN/BARLAS, s.341; ZEYİN, Zafer/ERGÜN, Ömer, Türk Medenî Hukuku, s.74; Ankara 2017.

³⁰ AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ, s.222; ALTAŞ, s.394; EDİS, s.378; ERMAN, s.133; KILIÇOĞLU, s.193.

³¹ AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ, s.222; VELİDEDEOĞLU, s.377, SCHWARZ, Andreas, Borçlar Hukuku Dersleri Umumi Hükümler, İ.Ü. Hukuk Fakültesi, İstanbul 1950. s.182; OĞUZMAN/BARLAS, s.340, Medenî Hukuk, Giriş - Kaynaklar - Temel Kavramlar, Vedat, İstanbul 2012; DURAL /SARI s.259.

³² YHGK. T.07.11.2012, E.2012/18-548, K.2012763. Bkz. GENÇCAN, Ömer Uğur, 4721 Sayılı Türk Medenî Kanunu Yorumu, C.I, Yetkin, Ankara 2015, s.184 vd.; Yargıtay 3. Hukuk Dairesinin 2013/13415 E. ve 2013/16339 K. sayılı 20.11.2013 tarihli kararı için bkz. <https://www.kazanci.com.tr/ET.28.09.2019>; Yargıtay 2.Hukuk Dairesi T.21.03.2013, E.2013/4488 ve K.2013/7770 sayılı kararı için bkz. GENÇCAN, s.185.

Medenî Kanun m.7 hükmünün kenar başlığı “Resmî belgelerle ispat” olmakla birlikte bu hükümle her türlü resmî belgenin değil, sadece resmî sicil ve resmî senet türündeki belgelerin ispat gücü düzenlediğinden, resmî memurlar tarafından tutulmayan özel sicil ve senetler, bu hükmün kapsamına girmez.

KAYNAKÇA

- AKİPEK Jale/AKINTÜRK Turgut/ATEŞ Derya: Türk Medenî Hukuku, Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, C.I, İstanbul 2016.
- AKYURT, S. Sami/ERDOĞAN, Kemal/TOKAT, Hüseyin: Türk Medenî Kanunu, Ankara 2019.
- ARSLAN Ramazan/YILMAZEjder/AYVAZ TAŞPINAR Sema/HANAGASI Emel: Medenî Usul Hukuku, Ankara 2019.
- ALANGOYA Yavuz/YILDIRIM Kamil/DEREN, Yıldırım Nevhis, Medenî Usul Hukuku Esasları, İstanbul 2011.
- ALTAŞHüseyin/DÖNGÜL, İ. Tuğçe: Medenî Hukuk Başlangıç Hükümleri, Ankara 2014.
- ANTALYA Gökhan/TOPUZ, Murat: Medenî Hukuk, Giriş-Temel Kavramlar - Başlangıç Hükümleri, İstanbul 2017.
- ARSLAN Ramazan: Medenî Usul Hukukunda Dürüstlük Kuralı, Ankara 1989.
- AYAN Mehmet: Medeni Hukuka Giriş, Konya, 2013.
- BAHTİYAR Mehmet: Ticari İşletme Hukuku, İstanbul 2014.
- BELGESAYM. Reşit: Türk Kanunu Medenisi Şerhi, İstanbul 1945.
- BİLGE Necip: Hukuk Başlangıcı Hukukun Temel Kavram ve Kurumları, B.3, Turhan, Ankara 2017.
- DİNÇKOL Abdullah: Hukuka Giriş, Hukukun Temel Kavramları, İstanbul 2017.
- DURAL Mustafa/SARI, Suat: Türk Özel Hukuku, Cilt I, Temel Kavramlar ve Medenî Hukukun Başlangıç Hükümleri, İstanbul 2013.
- EDİS Seyfullah: Medenî Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, Ankara 1997.
- ERMAN Hasan: Medenî Hukuk Dersleri, Başlangıç Hükümleri ve Kişiler Hukuku, DER, İstanbul 2016.
- GENÇCANÖ. Uğur: 4721 Sayılı Türk Medenî Kanunu Yorumu, Yetkin, Ankara 2015.
- GÖZÜBÜYÜK Şeref: Hukuka Giriş Ve Hukukun Genel Kavramları, Ankara 2013.
- HATEMİ Hüseyin: Medenî Hukuka Giriş, Onikilevha, B.8, İstanbul 2017.
- HELVACI Serap/ERLÜLE, Fulya: Medenî Hukuk, B.5, İstanbul 2018.
- İMRE Zahit: Medenî Hukuka Giriş, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1980.
- İNAL Emrehan: Sonuca Katılnalı Sözleşme Kavramı ve Gelir Paylaşımılı İnşaat Sözleşmesi, İstanbul 2011.
- İNANALİ Naim: Türk Medenî Hukuku, TMK Giriş Hükümleri, Kişiler-Aile-Miras ve Eşya Hukuku, Ankara, 2014.
- KAVAK Yalçın: Borçlar Hukukunda Yazılı Şekil, Kayhan, İstanbul 2015.
- KILIÇOĞLU Ahmet M.: Medenî Hukuk Temel Kavramlar Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku, Turhan, Ankara 2016.
- KURU Baki/ARSLAN Ramazan/YILMAZ Ejder: Medenî Usul Hukuku, Ankara, 2012.
- OĞUZMAN Kemal/BARLAS, Nami: Medenî Hukuk, Giriş – Kaynaklar - Temel Kavramlar, Vedat, İstanbul 2012.
- ÖZSUNAY Ergün: Medenî Hukuka Giriş, 5. Bası, İstanbul 1986.
- PEKCANİTEZ Hakan/ATALAY, Oğuz/ÖZEKES, Muammer: Pekcanitez Usul, Medenî Usul Hukuku, C.I-III, (Dinamik Kitap), İstanbul 2017
- SAYMEN Ferit Hakkı: Türk Medenî Hukuku, İstanbul 1960.
- SCHWARZ Andreas B.: Medenî Hukuka Giriş, (Çeviren H.Veldet), İstanbul 1946.
- TANRIVER Sûha: Medenî Usul Hukuku, C.I-II, Ankara 2016.
- VELİDEDEOĞLU Hıfzı Veldet: Türk Medenî Hukuku, İstanbul 1963.

MİRASIN PAYLAŞILMASI SÖZLEŞMESİ VE BUNUN ARABULUCULUK BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

THE CONTRACT OF SHARING OF THE INHERITANCE AND ITS APPROPRIATENESS TO THE MEDIATION

Miray ÖZER DENİZ*  

Makale Bilgi

Gönderilme: 07/10/2019
Kabul: 30/01/2020

Anahtar Kelimeler

Mirasın
Paylaşılması,
Paylaşma
Sözleşmesi,
Arabuluculuk,
İrade Serbestisi,
Miras Hukuku.

Article Info

Received: 07/10/2019
Accepted: 30/01/2020

Keywords

Partition of The Estate,
Contract of Division,
Freedom of Will,
Mediation,
Inheritance Law.

Özet

Mirasın paylaşılması, miras ortaklığının sona erme biçimlerinden biridir. Mirasın paylaşımı mahkeme kararıyla veya iradi olarak yapılabilir. Mirasın sözleşmeyle paylaşılabilmesi için tüm mirasçılarının bu yönde anlaşması gerekir. Mirasın paylaşılması sözleşmesinde irade özgürlüğü prensibi esastır. Bu ilke kapsamında, öncelikle paylaşma her zaman istenebilir. Ayrıca, paylaşmanın ne şekilde yapılacağına dair hükümler emredici nitelikte değildir. Bir başka deyişle, hem mirasbırakan hem de mirasçılar, mirasın paylaşımı konusunda irade serbestisi prensibine dayanarak kendi kurallarını belirleyebilirler. Miras hukukunda genellikle birden fazla taraf vardır. Bu durum, özellikle mirasçılara ulaşmayı ve mirasın mahkeme aracılığıyla paylaşılmasını zorlaştırır. Dolayısıyla, genelde uygulamada miras davaları oldukça uzun sürmekte ve epey masraflı olmaktadır. Bu noktada, yargılama süresini ve masrafını azaltmayı amaçlayan arabuluculuk yönteminin mirasın paylaşımına elverişliliği değerlendirilmelidir. Arabuluculuk yöntemi, gönüllülük ve bağımsızlık esasına dayanır ve sürece yargı yolundan daha esneklerdir. Gerek mirasçılar gerekse mirasbırakanın alacaklıları bakımından, mirasın paylaşılmasının uzun süren dava yerine kısa sürede daha esnek çözümler sunan arabuluculuk yöntemiyle yapılması her taraf için daha yararlı olacaktır.

Abstract

The share of inheritance is one of the ways of termination of the community of heirs. Division can be made by voluntarily or judicial. Voluntarily division is required unanimous approval of heirs. The principle of freedom of will is essential for the contract of division. According to that principle, the division can be asked anytime. Also, the provisions of division in the Civil Law are not binding for the parties. Thus, both heirs and deceased can order their own rules of partition. Usually, there are multiple parties in Heritage Law. Therefore, reaching heirs and judicial division last for a long time. This results in a long and costly process. In this point, mediation should be regarded because of its practical and less costly advantages. The meditation method is based on voluntarism and independence and is more flexible than the judiciary. In terms of both the heirs and the creditors of the inheritance, it will be more beneficial for all parties to share the heritage by mediation method, which provides more flexible solutions in a short time, rather than the long-lasting case.

I. GİRİŞ

“Paylaşma” kavramı, miras hukuku bakımından, mirasa konu mal veya nesnelere bölünmesi paylaşılması veya eski deyişle taksimidir. Bir malın paylaşılmasının sebeplerinin başında, malın birden çok sahibinin olması gelir. Miras hukukunda, terekedeki malların paylaşmaya konu olabilmesi için öncelikle birden çok mirasçının varlığı gerekir¹.

Mirasbırakanın ölümü ile birlikte, mirasçılar bir bütün olarak intikale elverişli hak ve borçlara külli halef olarak sahip olurlar². TMK m.640’ a göre, birden çok mirasçının varlığı halinde, mirasçılar ölüm anından itibaren tereke üzerinde elbirliği ile malik olurlar. Elbirliğiyle mülkiyette, mirasçılar tereke üzerinde belirli bir paya değil; terekenin tamamı üzerinde hakka sahip olurlar³. Bu sebeple, mirasçılar tereke üzerindeki her işlemi birlikte yaparlar. Miras ortaklığı, miras paylaşılınca kadar devam eder⁴.

Türk hukukunda mirasın paylaşılması⁵, hem dar hem geniş anlamda paylaşmayı içine alacak şekilde düzenlenmiştir. Mirasın geniş anlamda tasfiyesi, miras ortaklığını sona erdirecek tüm işlemleri ifade eder. Mirasın dar anlamda tasfiyesi ise tereke içerisindeki mal ve hakların fiilen paylaşılmasıdır⁶. Paylaşmanın amacı, terekede yer alan ve elbirliği ile malik olunan değerlerin her birinin mirasçılar arasında bölüşülüp paylaşılmasıdır⁷.

Mirasın paylaşılması sürecinde bazı ilkeler esastır. Mirasın paylaşılmasına hâkim ilkelerden birincisi irade özgürlüğü ilkesidir⁸. Aslında bu ilke, iki farklı konuyu kapsar. İlk olarak, bu ilke kapsamında mirasçılar, mirası diledikleri gibi paylaşabilirler⁹. Bir diğer deyişle, mirasçılar, oybirliği ile olduğu sürece, mirasbırakanın tasarruflarını dahi değiştirip kendi anlaştıkları gibi paylaşım yapabilirler¹⁰. İkinci olarak, paylaşma engeli bulunmadığı sürece, mirasçılar istedikleri zaman mirasın paylaşılmasını talep edebilirler. Dilerlerse ölümün üstünden 3 ay ya da 3 sene geçebilir. Paylaşma talebinin bir zamanaşımı süresi yoktur¹¹. Mirasçılar, dilerler ise paylaşma yapmadan miras ortaklığına devam edebilmesine (*ortaklığa devam özgürlüğü- olumsuz özgürlük*) denilir¹².

İkinci ilke eşitlik ilkesidir¹³. TMK m.646 ve 649’ a göre, mirasçılar terekedeki tüm değerler üzerinde eşit hakka sahiplerdir¹⁴. Bunun anlamı, mirasçının kadın veya erkek olmasının, evlilik içi ve dışı doğmuş olmasının, atanmış veya yasal mirasçı olmasının bir önemi olmamasıdır¹⁵. Bu

¹ ACAR, Faruk: “Miras Hukukunda Paylaşma Kuralı”, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 5(1), 2006, s.121.

² SEROZAN, Rona/ENGİN, Baki İlkey: Miras Hukuku, Seçkin Yayınları, Ankara, 2019, s.95; SARI FİDAN, Özlem: Miras Ortaklığı, Adalet yayınları, Ankara 2016, s.6; EREN, Fikret/YÜCER AKTÜRK, İpek: Miras Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019, s.538.

³ SARI FİDAN, s.6; SEROZAN/ENGİN, s.561; OZANEMRE YAYLA, Hatice Tolunay: Mirasın Paylaşılması, Turhan Kitabevi, Ankara 2011, s.11; MAMÜK, Damla: “Mirasın Paylaşılmasında Mirasçıların İrade Özgürlüğü ve Bu Özgürlüğün İstisnaları”, Ankara Barosu Dergisi, 2013/2, s.319; ERGÜNE, Mehmet Serkan: “Terekedeki Münferit Mallar İçin Kısmi Paylaşma Davası Açma İmkânının Değerlendirilmesi”, Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan, Legal Yayınları, İstanbul, 2012, s.1063; DURAL, Mustafa/ÖZ, Turgut: Türk Özel Hukuku Cilt IV Miras Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul 2015, s.8.

⁴ Mirasın paylaşılması, miras ortaklığını sona erdiren sebeplerden biri olmakla birlikte tek sebep değildir. Terekede hiç aktif olmaması, elbirliği mülkiyetinin paylı mülkiyete veya başka bir ortaklığa dönüştürülmesi, yalnızca bir tane mirasçı kalması da miras ortaklığını sona erdirir. SEROZAN/ENGİN, s.562; OZANEMRE YAYLA, s.15-16; SARI FİDAN, s.109 vd.

⁵ Eski MK’da “paylaştırılması” kelimesi kullanılmakta idi; ancak yeni TMK “paylaşma” terimini kullanmaktadır.

⁶ ACAR, s.123.

⁷ İNAN, Ali Naim/ERTAŞ, Şeref/ALBAŞ, Hakan: Miras Hukuku, Seçkin Yayınları, Ankara 2019, s.567; DURAL/ÖZ, s.468; ACAR, s.122; Doktrindeki diğer tanımlar için bkz. OZANEMRE YAYLA, s.21 vd.

⁸ Yargıtay 2. HD E: 2012/108, K: 2012/20426, T: 05.09.2012; Yargıtay 2. HD, E: 2011/8159, K: 2011/8580, T:17.05.2011. corpus.com.tr (ET: 01.05.2019)

⁹ Yargıtay 16. HD, E: 2002/533, K: 2002/315 T: 28.01.2002. corpus.com.tr (ET: 01.05.2019)

¹⁰ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararı kararına göre oybirliğinin yanı sıra tüm mirasçılarının paylaşmaya katılımı zorunludur. E: 2009/8-371 K: 2009/409 T: 07.10.2009. corpus.com.tr (ET: 01.05.2019)

¹¹ Paylaşmanın her zaman istenebilmesinin istisnaları olabilir. Bu istisnalar, kanundan, mahkeme kararından, mirasbırakanın paylaşım kurallarından veya mirasçıların kendi anlaşmalarından kaynaklanabilir. Bknz, OZANEMRE YAYLA, s.46.

¹² ACAR, s.124.

¹³ Yargıtay 3. HD, E: 2014/3792, K: 2014/10912 T: 02.07.2014. corpus.com.tr (ET: 01.05.2019)

¹⁴ ÖZÜĞÜR, Ali İhsan: Türk Medeni Kanunundan Önce ve Sonra Miras Hukuku Cilt: 2, Seçkin Yayıncılık, Ankara, s.1577.

¹⁵ Zira eski dönemde, kadın- erkek mirasçılar ile evlilik içinde ve dışında doğan çocukların miras payları birbirinden farklıydı. SEROZAN/ENGİN, s.41.

ilkeye göre, mirasçılarının pay oranlarının ne olduğunun dahi bir önemi yoktur; 1/4'lük pay sahibi ile 1/32'lik pay sahibinin paylaşma talep etme bakımından aynı haklara sahiptir¹⁶. Miras hukukundaki “denkleştirme” kurumu da mirasçılarının eşit olduğunun bir göstergesidir.

Kanun eşitlik ilkesine iki istisna öngörmüştür. Bu istisnalar, sağ kalan eşin mirasçılığı (TMK m.652) ve tarımsal arazilerin miras yoluyla intikalidir¹⁷. Aile konutu ve ev eşyasının sağ kalan eşe özgülenmesini düzenleyen TMK m.652, mirasın paylaşılması kurallarının içinde yer almaktadır¹⁸. Her iki istisna bakımından kanunda paylaşım kuralı düzenlenmiştir. Bu her iki istisnanın detaylı açıklaması kanuni paylaşım başlığı altında incelenecektir.

Mirasın paylaşılmasında üçüncü ilke ise aynen paylaşım ilkesidir¹⁹. Buna göre, tereke içerisinde yer alan malvarlıklarının, koşullar imkân verdiği ölçüde aynen paylaşılmasına çalışılır²⁰. Aynen paylaşımın mümkün olmadığı hallerde ise TMK m.653'e göre bu mallar satılır veya miras payına mahsup edilmek üzere bir mirasçıya özgülenir. Bu ilke de yine mirasçılarının oybirliğiyle anlaşması halinde bertaraf edilebilir²¹.

Bir diğer ilke ise bilgi verme ilkesidir. TMK m.646/3'e göre, tereke mallarına zilyet olan veya mirasbırakana borçlu bulunan mirasçılar, paylaşım sırasında bu konuda eksiksiz bilgi vermekle yükümlüdürler. Ayrıca TMK m.649/2 uyarınca, mirasçılar, mirasbırakan ile aralarındaki ilişkiler hakkında paylaşımın eşitliğe ve adalete uygun olması için göz önüne alınması gereken bütün bilgileri birbirlerine vermekle yükümlüdürler. Bu ilkenin öngörülme amacı, kanun koyucunun, terekedeki mal ve haklar hakkında tarafların tam ve doğru bilgi sahibi olmalarını istemesidir²². Mirasçılarının, bildirim yükümlülüğüne aykırı davranışları ise tazminat sorumluluğuna yol açar²³. Bu yükümlülük, mirasbırakanın iradesiyle ortadan kaldırılamaz²⁴. Özetle, mirasın paylaşılması bu ilkeler gözetilerek yasal ve atanmış mirasçılar arasında dava yoluyla veya sözleşmeyle yapılabilir.

II. PAYLAŞMA KURALLARI

A. Kanuni Paylaşım Kuralları

Paylaşım kuralları, terekedeki malvarlıklarının mirasçılara ne şekilde dağıtılacağını belirleyen kurallardır²⁵. Bu kurallar, Medeni Kanunda belirlendiği gibi, mirasbırakanın ölümüne bağlı tasarrufu ile de belirlenebilir. Bunun yanında, mirasçılar, ölümüne bağlı tasarrufta veya kanunda yer verilen paylaşım kurallarını oybirliği ile anlaşarak bertaraf edip, kendi anlaşmalarına göre terekeyi paylaşabilirler²⁶. Bu, mirasın paylaşımına hâkim olan iradilik ilkesinin bir sonucudur. Türk Medeni Kanunu, birtakım paylaşım kuralları öngörse de bunların hiçbiri emredici nitelikte değildir. Dolayısıyla, gerek mirasbırakan gerekse mirasçılar bu kuralları dışarda bırakıp kendi paylaşım kurallarını belirleyebilirler.

Kanuni olarak düzenlenen paylaşım kurallarından birisi sağ kalan eşin miras payının belirlenmesidir. Kanun koyucu, sağ kalan eşe hem mal rejiminin tasfiyesinden dolayı hem de miras hukukundan kaynaklı birbirine benzer hak tanımıştır. TMK m.652'ye göre, eşlerden birinin ölümü halinde tereke malları arasında ev eşyası veya eşlerin birlikte yaşadıkları konut varsa; sağ kalan eş, bunlar üzerinde kendisine miras hakkına mahsuben mülkiyet hakkı tanınmasını isteyebilir. Haklı sebeplerin varlığı halinde, sağ kalan eşin veya mirasbırakanın diğer yasal mirasçılardan birinin istemi üzerine, mülkiyet yerine intifa veya oturma hakkı tanınmasına da karar verilebilir.” şeklinde düzenlenmiştir.

¹⁶ DURAL/ÖZ, s.469.

¹⁷ EREN/YÜCER AKTÜRK, s.545.

¹⁸ TMK m.652 “Eşlerden birinin ölümü halinde tereke malları arasında ev eşyası veya eşlerin birlikte yaşadıkları konut varsa; sağ kalan eş, bunlar üzerinde kendisine miras hakkına mahsuben mülkiyet hakkı tanınmasını isteyebilir. Haklı sebeplerin varlığı halinde, sağ kalan eşin veya mirasbırakanın diğer yasal mirasçılardan birinin istemi üzerine, mülkiyet yerine intifa veya oturma hakkı tanınmasına da karar verilebilir.” şeklinde düzenlenmiştir.

¹⁹ Yargıtay 14. HD, E: 2014/13185 K: 2015/7202 T: 29.06.2015; Yargıtay 14. HD, E: 2014/8778 K: 2014/13158T: 20.11.2014 corpus.com.tr (ET: 01.05.2019)

²⁰ SEROZAN/ENGİN, s.590.

²¹ DURAL/ÖZ, s.473.

²² GINALI, Ayşe: “Mükellefin Ölümü Halinde Mirasçılarının Sorumluluğu”, İstanbul SMMMO Mali Çözüm, (103), İstanbul, 2011, s.235.

²³ SEROZAN/ENGİN, s.590.

²⁴ SEROZAN/ENGİN, s.590.

²⁵ OZANEMRE YAYLA, s.67;

²⁶ Mirasçılarının bu haklarının kaynağı, Medeni Kanun'daki ilgili hükümlerin tamamlayıcı nitelikte hukuk kuralı olmasıdır. OZANEMRE YAYLA, s.67; DURAL/ÖZ, s.471.

mirasçılarının birinin istemi üzerine, mülkiyet yerine intifa veya oturma hakkı tanınmasına da karar verilebilir. Sağ kalan eşin aile konutu ve ev eşyasının kendisine özgülenmesini talep etme hakkı, sağ kalan eşe sıkı sıkıya bağlı, kullanılması seçimlik ve mirasçılara karşı yöneltilmesi gereken bir haktır²⁷.

Söz konusu maddenin uygulanabilmesi için öncelikli olarak evliliğin ölüm ile sona ermesi gerekir. Eşlerden birinin ölümünden önce evlilik başka bir nedenle sona ermiş ise eski eş bu haktan yararlanamayacaktır. Bu haktan yararlanabilmek için aile konutu ve ev eşyalarının tereke içinde yer alması gerekir²⁸. Ayrıca sağ kalan eşin, bu haktan yararlanabilmesi için mirasçı sıfatına haiz olabilmesi gerekir²⁹. TMK m.652/2'ye göre, “*Mirasbırakanın bir meslek veya sanat icra ettiği ve altsoyundan birinin aynı meslek ve sanatı icra etmesi için gerekli olan bölümlerde, sağ kalan eş bu hakları kullanamaz. Tarımsal taşınmazlara ilişkin miras hukuku hükümleri saklıdır.*” Bizim de katıldığımız görüşe göre, tarımsal arazilerine ilişkin düzenleme dışındaki hükümler emredici değildir³⁰. Bu iki halde sağ kalan eşin mirasçı sıfatıyla sahip olduğu hak sınırlanmıştır. Ancak görüldüğü gibi, genel hatlarıyla kanun koyucu, sağ kalan eş, diğer mirasçılara göre biraz daha fazla koruyucu bir hüküm öngörerek ona miras payına mahsuben seçimlik hak tanımıştır³¹. Kanun koyucunun sağ kalan eşe, mirasçılarının eşitlik ilkesinden ayrılarak daha farklı bir hak tanınmasının başlıca nedeni, sağ kalan eşin eski yaşantısına devam edebilmesi imkânının tanınmasıdır³². Sağ kalan eş, her iki hükme dayanamaz; mutlaka mal rejiminden veya miras hukukundan kaynaklanan haklarından birini seçmek zorundadır³³.

Kanunda öngörülen paylaşma kurallarından bir diğeri ise TMK m.653' te yer alan bütünlük oluşturan eşya, aile belgeleri ve özel anı değeri olan eşyanın özgülenmesidir. Maddeye göre, mirasçılardan birinin karşı çıkması halinde, nitelikleri veya özgüledikleri amaç gereği bir bütünlük oluşturan eşya birbirinden ayrılamaz³⁴. Aile belgeleri ile aile için özel anı değeri olan eşya³⁵, mirasçılardan birinin karşı çıkması halinde satılamaz. Bu eşya kategorisine malvarlığı değeri çok yüksek olan bir eşya girebilir. Örneğin, mirasbırakan ünlü biriye onun hatıra defteri, resmi, bir müzik eseri gibi eşyalar hem aile için özel anı değerine sahiptir hem de malvarlığı değeri olabilir. Yine de bu durum, onun madde kapsamından çıkmasını engellemez. Mirasçılar arasında anlaşmazlık çıkarsa sulh hâkimi, yerel adetleri, adet yoksa kişisel durumları göz önünde tutarak bu eşyanın, payına mahsup edilmek veya edilmemek suretiyle mirasçılardan birine özgülenmesine ya da satılmasına karar verir³⁶.

Değerinde azalma olmaksızın bölünemeyen tereke değerine ilişkin kural da kanuni paylaşım kurallarından birisidir. 5403 sayılı Kanunda değişiklik yapan 6537 sayılı Kanun, tarım arazilerine ilişkin TMK' nun 659-668. maddelerini yürürlükten kaldırmıştır. Tarım arazilerinin miras yoluyla bölünüp küçük parçalara ayrılarak zamanla tarımsal arazi niteliğini kaybetmesini önlemek ve tarımsal faaliyetlerin devamını sağlamanın yanında, tarımsal ekonominin gelişebilmesi adına, miras yoluyla intikal halinde farklı bir düzenleme öngörmüştür. Buna göre, terekede ekonomik bütünlüğe sahip bir tarım arazisi varsa bu tarım arazisi, talep halinde, ehil mirasçıya özgülenmelidir³⁷. TMK' da yer almasa da terekenin içinde tarım arazisi mevcutsa ve bu tarım arazisi Gıda, Tarım ve Hayvancılık Bakanlığı tarafından belirlenen asgari

²⁷ ŞENOCAK, Zariye: “Miras Hukukunda Sağ Kalan Eşin Aile Konutunun ve Ev Eşyasının Özgülenmesini Talep Etme Hakkı”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, 25(2), Haziran 2009, s.103.

²⁸ EREN/YÜCER AKTÜRK, s.547.

²⁹ GEZDER, Ümit: “Mirasın Paylaşılmasında Aile Konutunun ve Ev Eşyasının Sağ Kalan Eşe Özgülenmesi”, İÜHFM, LXV(2), s.239.

³⁰ TMK m.652'in emredici olup olmadığı doktrinde tartışmalıdır. Bir görüşe göre TMK m.652 miras hukukunu tamamlayan emredici nitelikte bir hükümdür. Aksi görüşe göre ise TMK m.652'nin emredici nitelik taşımadığıdır. Tartışmalar için bkz. ŞENOCAK, s.122.

³¹ DURAL/ÖZ, s.499 vd.; ŞENOCAK, s.101.

³² GEZDER, s.241.

³³ EREN/YÜCER AKTÜRK, s.547.

³⁴ Burada kastedilen, kullanım amaçları bakımından ayrıldıkları zaman bir anlam ifade etmeyecek sofa takımı gibi eşyalardır. Ayrıldıklarında malvarlığı değerlerinin de azalması gerekmez. DURAL/ÖZ, s.495.

³⁵ DURAL/ÖZ, s.498.

³⁶ Mirasçılar itiraz etse dahi hâkimin özgüleme kararı geçerlidir. DURAL/ÖZ, s.497; İNAN/ERTAŞ/ALBAŞ, s.567; EREN/YÜCER Aktürk'e göre, TMK m.653'ün yasaklayıcı ifadesi üzerine kural olarak hâkimin bu eşyaların satışına karar verememesi gerekir. EREN/YÜCER AKTÜRK, s.555.

³⁷ ERDOĞAN, Kemal: “Tarım Arazilerinin Miras Yoluyla İntikali”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 24(1), Yıl 2016, s.123-179, s.138, EREN, Fikret/BAŞPINAR, Veysel: Toprak Hukuku, Ankara 2017, 170 vd.

miktardan az ise artık bu arazi hukuken bölünemez nitelikte kabul edilecektir³⁸.

Bir diğer paylaşım kuralı ise TMK m.654'te yer alan hükümdür. Maddeye göre, mirasbırakanın bir mirasçıda alacağı, paylaşım sırasında o mirasçının payına mahsup edilir. Paylaşımın daha kolay ve pratik olabilmesi için kanunda yer alan bu hüküm, mirasçılardan kanuni paylaşım kuralıdır. Bu hüküm, ayrıca diğer mirasçılara, borçlu mirasçıya takip veya dava açmadan alacağına kavuşabilir³⁹.

TMK' da yer almamakla birlikte, Kat Mülkiyeti Kanunu'nda paylaşmaya ilişkin bir kural yer alır. KMK m.10'a göre, kat mülkiyetine konu olmaya elverişli bir gayrimenkul üzerindeki ortaklığın giderilmesi davalarında, mirasçılardan veya ortak maliklerden biri, paylaşımın, kat mülkiyeti kurulması ve bağımsız bölümlerin tahsisi suretiyle yapılmasını isterse, hâkim, o gayrimenkulün mülkiyetinin, 12'nci maddede yazılı belgelere dayanılarak kat mülkiyetine çevrilmesine ve paylar denkleştirilmek suretiyle bağımsız bölümlerin ortaklara ayrı ayrı tahsisine karar verebilir.

B. Mirasbırakanın Paylaşım Kuralları

Kanun koyucu, mirasbırakana da terekesine ilişkin paylaşım kuralları belirleme hakkı tanımıştır. Mirasbırakan, yaptığı bir ölüme bağlı tasarruf ile terekenin bir süre paylaşılmamasını isteyebilir⁴⁰. Örneğin, mirasbırakanın vasiyetnamesinde, mirasın torunu 18 yaşına gelinceye kadar paylaşılmamasını kaleme alabilir. Mirasbırakanın ölüme bağlı tasarruf ile vasiyeti yerine getirme görevlisi ataması durumunda, mirasçılardan yine de kendi paylaşım kurallarını uygulayabilecekleri hususu tartışmalıdır. Bazıları, mirasbırakanın artık kendi paylaşım kurallarının vasiyeti yerine getirme görevlisi tarafından uygulanacağını; bazıları ise her halde mirasçılardan oy birliğiyle kendi paylaşım kurallarını belirleyebileceklerini savunmaktadır. Bizce, mirasçılardan oy birliğiyle anlaşılabilirlerse, vasiyeti yerine getirme görevlisi atanmış olsa dahi, mirasbırakanın paylaşım kuralları bertaraf edilebilir⁴¹.

Sağ kalan eşe aile konutu ve ev eşyasının özgülenmesine ilişkin TMK m.652 bakımından mirasbırakanın paylaşım kuralı öngörebilmesinin de değerlendirilmesi gerekir. Yukarıda açıklandığı gibi, TMK m.652 sağ kalan eşe bazı haklar tanır ve bunun nedeni sağ kalan eşi biraz daha korumaktır. Sağ kalan eşin korunması mirasbırakana karşı değil mirasçılara karşıdır⁴². Dolayısıyla, mirasbırakanın ölüme bağlı tasarruf ile aile konutu ve ev eşyası üzerinde farklı bir paylaşım kuralı benimseyebilir. Ancak tekrar belirtmek gerekirse, mirasçılardan ve sağ kalan eşin oy birliğiyle anlaşarak, mirasbırakanın aile konutu ve ev eşyası bakımından istenen paylaşım kuralını bertaraf etmeleri mümkündür.

Bununla beraber, mirasbırakanın kural belirlemesi sınırsız değildir. TBK m.27 atfıyla ve TMK m.515 gereğince, ölüme bağlı tasarrufla, mirasçılara mirasın paylaşılmamasını öngöremez. Bu şekilde yapılan bir ölüme bağlı tasarruf "iptal edilebilir" olup, mirasçılara bağlamayacaktır⁴³.

C. Mirasçılardan Paylaşım Kuralları

Mirasbırakanın belirli paylaşım kuralları öngörmesi durumunda⁴⁴ dahi, mirasçılardan oy birliğiyle bu kuralı ortadan kaldıracırlar. Örneğin, mirasçılardan için mirasın paylaşılması zorunlu değildir; dolayısıyla elbirliği ortaklığı istedikleri kadar sürebilir. Miras hukukundaki elbirliği mülkiyeti, mirasçılardan birinin paylaşım talebine kadar devam edebilir.

Buna ek olarak, mirasın tamamının paylaşılmadan sadece münferit malların paylaşılması da mümkündür⁴⁵. Miras hukukundaki irade serbestisi prensibi gereği, mirasçılardan her zaman mirasın paylaşılmasını talep edebilirler. Mirasçılardan sahip olduğu bu hak, zamanaşımına uğramaz

³⁸ Aynı görüşte, EREN/BAŞPINAR, s.162.

³⁹ EREN/YÜCER AKTÜRK, s.549.

⁴⁰ EREN/YÜCER AKTÜRK, s.559.

⁴¹ DURAL/ÖZ, s.472.

⁴² ŞENOCAK, s.125.

⁴³ SEROZAN/ENGİN, s.591; MAMÜK, s.324.

⁴⁴ Bunların ön vasiyet mi paylaşım kuralı mı olduğuna dair tartışmalar için bkz. OZANEMRE YAYLA, s.87 vd.; SEROZAN/ENGİN, s.648.

⁴⁵ OZANEMRE YAYLA, s.95; SEROZAN/ENGİN, s.645; ERGÜNE, s.1068 vd

ve miras ortaklığı sürdükçe devam eder⁴⁶. Bununla beraber, nadir de olsa paylaşım talep etmeden sürüp gidebilen miras ortaklıklarına da rastlanabilir; ancak bu durum, elbirliği mülkiyetinin zor yönetiminden dolayı oldukça istisnai bir durumdur.

D. Paylaşmanın Ertelenmesi

Her ne kadar mirasçılardan her zaman paylaşmayı talep etme hakları olsa da paylaşmanın ertelenmesi söz konusu olabilir. Bunların bir kısmı hâkim kararıyla bir kısmı da kanuni bir zorunluluk olarak ortaya çıkar. Kanuni bir zorunluluk olan ertelenme halleri şu şekilde sıralanabilir.

- Öncelikle, TMK m.643/1' e göre, mirasçılar arasında cenin varsa mirasın paylaşılması için ceninin doğması beklenir⁴⁷. Ceninin varlığının mirasın paylaşılmasının ertelenmesine sebep olabilmesi için iki şart gerekir. Birinci olarak, mirasçılar arasında bir cenin olması ve ikinci olarak bu ceninin yasal veya atanmış mirasçı olması gerekir⁴⁸. Buna göre, örneğin mirasbırakan, kızı hamile iken ölmüş ise yasal mirasçısı kızı olacağından cenin olan torunun doğmasının beklenmesi gerekmez.

- Bir diğer ertelenme sebebi ise TMK m.649/3 uyarınca, tereke borçlarının ödenmesi veya güvenceye bağlanması talep edilmiş ise bunların ifa edilene kadar beklenmesidir⁴⁹.

- TMK m.642/3' e göre, paylaşmanın derhal yapılması, paylaşım konusu malın değerinin azalmasına yol açacaksa, mirasçılardan birinin talebi ve sulh mahkemesi hâkiminin kararıyla paylaşımın ertelenir. Örneğin, terekedeki bir arazinin yakınlarına yeni bir yerleşim merkezi kurulacak ve bu arazinin değerini arttıracaksa, paylaşımın ertelenmesi gündeme gelebilir⁵⁰. Mirasın paylaşılmasını erteleyecek olayın, bir mirasçının tahmininden çok objektif bir veriye dayanması gerekir⁵¹. Burada, duruma göre, piyasa ve ekonominin dikkatle incelenip güncel verilere dayanılarak karar verilmesi gerekir.

Bunların dışında mirasçılar, sözleşme özgürlüğü ilkesi uyarınca, mirasın paylaşılmasını erteleme sözleşmesi yapabilirler. Buna, “uzatılmış miras ortaklığı” veya “mirasın paylaşılmasının ertelenmesi” denir⁵². Miras paylaşılmasının ertelenmesi kısa süreli olabileceği gibi uzun süre için de olabilir. Ancak doktrindeki görüşe göre, çok uzun süreler için erteleme yapılacak ise miras ortaklığının şekil şartlarına uygun olarak aile malları ortaklığına veya adi ortaklığa geçirilmesi uygun olur⁵³.

III. MİRASIN PAYLAŞILMASI

Mirasın paylaşılması, yukarıda değinildiği gibi, miras ortaklığını sona erdiren sebeplerden biridir. Mirasçılar, mirası tamamen veya kısmen paylaşabilirler. Mirasın tamamen paylaşılması durumunda, miras ortaklığı sona erer⁵⁴. Mirasın kısmi paylaşılması durumunda ise bazı mirasçılar malları paylaşıp miras ortaklığından ayrılır iken diğer mirasçılar miras ortaklığına devam ederler.

Mirasın paylaşımına, öncelikle mirasçı veya kök sayısına bakarak payların belirlenmesiyle başlanır. Mirasçılar, miras paylarını kendileri belirleyebilecekleri gibi sulh hukuk mahkemesine başvurarak miras paylarının belirlenmesini talep edebilirler. Bu şekilde miras payları belirlendikten sonra, terekedeki hak ve malların hangi paya isabet ettiği bulunmalıdır. Daha sonra, terekenin özgülmesi aşamasına geçilir. Tereke içerisinde yer alan mal ve hakların hangi mirasçıya özgülüneceği belirlenir. Mirasçılar bunu kendi aralarında anlaşarak belirleyebilecekleri gibi mahkemeye de başvurabilir.

Mirasın paylaşılması aynen paylaşma veya anlaşma ile paylaşma olabilir⁵⁵. Aynen paylaşma durumunda, tereke içerisindeki hak ve malların aynen taksimi yapılır. Anlaşma ile

⁴⁶ SEROZAN/ENGİN, s.593; OZANEMRE YAYLA, s.45.

⁴⁷ Mirasçılar anlaşarak dahi cenin doğmasından önce miras paylaşımını yapamazlar; yapmışlarsa dahi cenin tam ve sağ olarak doğarsa, tekrar yapmaları gerekir. DURAL/ÖZ, s.485; GENÇCAN, Ömer Uğur: Miras Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2016, s.743.

⁴⁸ EREN/YÜCER AKTÜRK, s.561.

⁴⁹ SEROZAN/ENGİN, s.593; OZANEMRE YAYLA, s.46 vd.

⁵⁰ MAMÜK, s.322.

⁵¹ EREN/YÜCER AKTÜRK, s.562.

⁵² EREN/YÜCER AKTÜRK, s.559.

⁵³ EREN/YÜCER AKTÜRK, s.559.

⁵⁴ ÖZUĞUR, s.1578.

⁵⁵ İNAN/ERTAŞ/ALBAŞ, s.568.

paylaşma halinde ise mirasçılar terekedeki mal ve hakları oybirliği ile yazılı bir sözleşme yaparak paylaşır. TMK m.676'ya göre, mirasçılar arasında payların oluşturulması ve fiilen alınması veya aralarında yapacakları paylaşma sözleşmesi mirasçıları bağlar. Başka bir deyişle, mirasçılar terekeyi ya elden paylaşır ya da paylaşma sözleşmesiyle paylaşabilir.

Elden paylaşma için öncelikle, tüm mirasçıların katılımı ve paylaşma konusunda oybirliğiyle anlaşmaları gerekir. Daha sonra anlaşma üzerine, taşınır eşyalar için mülkiyetin geçirilmesi amacıyla zilyetliklerin devri, taşınmazlar için taşınmazların tescili, alacaklar bakımından da devir sözleşmesi gerekir.

Elden paylaşma yapılamazsa, mirasçılar kendilerini bağlayacak yazılı bir paylaşma sözleşmesi yapabilirler⁵⁶. Paylaşma sözleşmesi, borç doğuran bir sözleşmedir. Dolayısıyla, üzerinde anlaşılan malvarlıkları kendiliğinden karşı tarafa geçmez⁵⁷. Paylaşma sözleşmesinin varlığına rağmen mirasçılardan biri diğerine teslim veya tescilden kaçınıyorsa, ifa davası açılabilir.

Miras paylaşma sözleşmesinin geçerli olması için yazılı olması yeterlidir⁵⁸. Adi şekilde yapılan paylaşma sözleşmesiyle terekede yer alan taşınmazların devrinin mümkün olması, taşınmaz mülkiyetini nakil borcu doğuran sözleşmelerin resmi şekilde yapılması kuralına istisnadır⁵⁹. Bu istisna, Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararında “*Miras taksim sözleşmesinin yazılı olarak yapılmasını yeterli gören MK'nin 611/2. maddesi, Noterlik Kanunu'nun 89. maddesine nazaran daha özel bir hükmüdür. Bu yönden de Medeni Kanun'un bu özel hükmüne göre, yazılı olarak yapılan "miras taksim sözleşmesini" geçerli kabul etmek zorunludur.*” şeklinde ifade edilmiştir. Bu karar uyarınca, tüm mirasçıların oybirliğiyle adi yazılı şekilde yapılan paylaşma sözleşmesine dayanarak taşınmazlar bakımından tescil davası açılabilir⁶⁰.

IV. PAYLAŞMANIN SONUÇLARI

TMK m.679'a göre, mirasçıların her biri diğer mirasçılara karşı satış hükümlerine göre sorumludur. Dolayısıyla, paylaşma sonucu, bir eşyanın ayıplı çıkması veya zapt edilmesi halinde, satış hükümleri kıyasen uygulanır⁶¹. Ancak doğal olarak, borçlar hukukunun satış sözleşmelerine ilişkin her hükmü, miras hukukundaki mirasçılar arasındaki ilişkiye uygulanamaz⁶². Örneğin, TBK m.227'de düzenlenen dönme ve bedel indirimi, miras hukukuna uymayan ve uygulanamayacak hükümlerdendir.

Bunun yanında, TMK m.679 hükmü düzenleyici bir hukuk kuralıdır. Paylaşmanın yapılmasında olduğu gibi, paylaşma sonraki sorumluluğun belirlenmesi konusunda mirasçılar kendi aralarında farklı karar verebilirler. Mirasçılar, kendi aralarında yapacakları sözleşme ile paylaşmadan sonra birbirlerine olan sorumluluklarını TBK m.214 ve m.221 çerçevesinde, ortadan kaldıracak veya azaltabilir⁶³.

Mirasçılar, paylaştıkları alacakların varlığı ve geçerliliği bakımından ise diğer mirasçılara karşı garanti vermiş kabul edilirler⁶⁴. Kural olarak, mirasçılar, tereke borçlarından paylaşmadan sonraki beş yıl süre ile şahsi ve müteselsil olarak üçüncü kişilere karşı sorumlu olurlar. Ayrıca, TMK m.679/2'ye göre, borsaya kayıtlı kıymetli evrak dışında, alacağın mirasçılar hakkında mahsup edilen miktarı için borçlunun ödeme gücünden adi kefil gibi sorumlu olurlar. Mirasçılar bakımından üçüncü kişilere olan bu sorumluluk her halükarda geçerlidir⁶⁵.

⁵⁶ Mirasçılar arasında sınırlı ehliyetsiz var ise yasal temsilcisi onun adına imzalar; eğer vesayet altında olan bir mirasçı var ise ayrıca vesayet makamından izin alınması gereklidir. Sulh mahkemesi, sadece kayyumun katılmasına da karar verebilir. DURAL/ÖZ, s.477.

⁵⁷ DURAL/ÖZ, s.478.

⁵⁸ İNAN/ERTAŞ/ALBAŞ, s.568; GENÇCAN, s.1413.

⁵⁹ Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı Esas: 1980/5, Karar: 1980/3, Tarih: 26.11.1980, corpus.com.tr (ET: 01.05.2019)

⁶⁰ Bu karar ise TMK m.716 uyarınca mülkiyeti kendiliğinden karşı tarafa geçirir.

⁶¹ DURAL/ÖZ, s.523; EREN/YÜCER AKTÜRK, s.628; İNAN/ERTAŞ/ALBAŞ, s.608.

⁶² EREN/YÜCER AKTÜRK, s.628.

⁶³ EREN/YÜCER AKTÜRK, s.628.

⁶⁴ GENÇCAN, s.1460.

⁶⁵ EREN/YÜCER AKTÜRK, s.634; İNAN/ERTAŞ/ALBAŞ, s.609.

V. MİRASIN PAYLAŞILMASININ ARABULUCULUĞA ELVERİŞLİLİĞİ

A. Arabuluculuk Kavramı

Arabuluculuk, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu⁶⁶'nın “tanımlar” başlıklı 2. maddesinde, “sistemik teknikler uygulayarak, görüşmek ve müzakerelerde bulunmak amacıyla tarafları bir araya getiren, onların birbirlerini anlamalarını ve bu suretle çözümlerini kendilerinin üretmesini sağlamak için aralarında iletişim sürecinin kurulmasını gerçekleştiren, tarafların çözüm üretmediklerinin ortaya çıkması halinde çözüm önerisi de getirebilen, uzmanlık eğitimi almış olan tarafsız ve bağımsız bir üçüncü kişinin katılımıyla ve ihtiyari olarak yürütülen uyuşmazlık çözüm yöntemini ifade eder.” şeklinde tanımlanmıştır⁶⁷.

Arabuluculuk, karşılıklı anlaşmaya dayalı ve yaratıcı çözüm odaklı bir yöntemdir. Yargıda çözümlenebilecek uyuşmazlıkları, zamandan ve masraftan tasarruf ederek çözmeyi sağlar. Arabuluculuk sürecinin iradi olması, tarafların sürece başlama⁶⁸ ve sürecin devam etmesinde zorunlu olmaması anlamına gelir. Bunun yanında, arabuluculuğu yargılama yolundan ayıran en önemli farklılıklardan bir tanesi de sürecin gizli olmasıdır. Gizliliğin birden çok boyutu vardır. Birinci olarak, arabuluculuk müzakereleri davadan farklı olarak aleni değildir. Görüşmelere, tarafların bizzat kendileri veya iradi temsilcileri katılabilir. Bunun dışında bir kişinin görüşmeye katılabilmesi için tarafların izin vermesi gerekir. Gizliliğin bir diğer boyutu da müzakereye katılanların sır saklama yükümlülüklerinin olması ve müzakereler sırasında ileri sürülen ikrar, ibra ve iddiaların ileride kullanılmamasıdır⁶⁹. Bu da, tarafların daha rahat olmasını sağlar.

B. Arabuluculuğun Miras Hukukuna Uygunluğu

Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu (HUAK) m.1/2' de hangi uyuşmazlıkların arabuluculuğa elverişli olduğu açıklanmıştır. Buna göre, yabancılık unsuru taşıyanlar da dâhil olmak üzere, ancak tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş veya işlemlerden doğan özel hukuk uyuşmazlıklarının çözümlenmesinde arabuluculuk uygulanır⁷⁰.

Miras hukuku, irade serbestisinin en fazla olduğu ve gerek mirasçılardan gerekse mirasbırakanın üzerine serbestçe tasarruf edebilecekleri uyuşmazlıkların söz konusu olabileceği bir alandır. Mirasın paylaşılması konusunda yukarıda da değinildiği gibi iradilik esastır⁷¹. Mirasçılardan oybirliği ile anlaşması halinde, kanuni düzenlemeler ile mirasbırakanın ölüme bağlı tasarruf ile öngördüğü paylaşma kuralları bertaraf edilebilir. Bizce, iradilik ilkesi, mirasçılardan paylaşmayı arabulucu eşliğinde yapabilmelerine dayanarak oluşturur. Bunun yanında, terekede yer alan taşınır ve taşınmazlar da aynı şekilde tarafların üzerlerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri özel hukuk konusudur. Sonuç olarak, kuşkusuz, miras hukuku ile ilgili uyuşmazlıklara arabuluculuk hükümleri uygulanabilecektir.

C. Arabuluculuğun Miras Hukukunda Uygulanmasının Yararları

Miras hukuku uyuşmazlıkları büyük çoğunlukla çalışmamızın esasını oluşturan mirasın paylaşılması konusunda yaşanmaktadır. Bazı ailelerde, mirasçılardan arasındaki ilişki mirasbırakan hayatta iken dahi kopmuş, bazılarında mirasbırakanın tasarrufları aile ilişkilerini etkilemiş veya

⁶⁶ 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu 28331 sayılı ve 22.6.2012 tarihli Resmi Gazetede

⁶⁷ Arabuluculuk, uyuşmazlıkların kısa sürede çözümlenmesini sağlayan, uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin alternatif çözüm yollarından biridir. Arabuluculuk hakkında detaylı bilgi için bkz, ÖZBEK, Mustafa Serdar: Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013; s.555 vd.; GOODMAN, Andrew: Arabuluculukta Etkili Taraf Vekilliği, Adalet Bakanlığı Yayın İşleri Başkanlığı, Ankara, 2017, s.15 vd.; SİĞRİ, Ünsal/VAROĞLU, Kadir: Müzakere ve Arabuluculuk, Siyasal Kitapevi, Ankara 2013, s.23; MOORE, Christopher: Arabuluculuk Süreci (The Mediation Process), Çev. Tarkan Kaçmaz/Mustafa Tercan, Nobel Yayınları, Adana, 2016; s.3; İLDIR, Gülgün: Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, Seçkin Yayınları, Ankara, 2003; s.88.

⁶⁸ 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu 3. Maddesiyle “Kanuna, bireysel veya toplu iş sözleşmesine dayanan işçi veya işveren alacağı ve tazminatı ile işe iade talebiyle açılan davalarda, arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır.” Hüküm eklenmiştir. Ayrıca, 01.01.2019 tarihinde yürürlüğe giren 7155 sayılı Abonelik Sözleşmesinden Kaynaklanan Para Alacaklarına İlişkin Takibin Başlatılması Usulü Hakkında Kanunla 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'na eklenen 5/A maddesi, ticari davalardan, konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri hakkındaki uyuşmazlıklarda, dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olmasını dava şartı haline getirmiştir. Böylece, yukarıda belirtilen iş ve ticari alacaklar bakımından, arabulucuya başvurma iradi değil; zorunlu hale gelmiştir. Buna karşın, süreci devam ettirmek ve sona erdirmek bakımından taraflar için iradilik devam eder.

⁶⁹ YAZICI TIRTIK, Çiğdem: Arabuluculukta Gizliliğin Korunması, On iki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013, s.35 vd.; ÖZBEK, s.1052 vd.

⁷⁰ ÖZBEK, s.1020 vd.

⁷¹ ÖZBEK, s.277.

aileye sonrada dâhil olan (ikinci/dini nikâhlı eş/evlilik dışı çocuk kişilerin varlığı mirasçıları uyuşmazlığa düşürmüş olabilir.

Miras hukuku ilişkileri, tıpkı aile hukuku ilişkileri gibi mahrem olması gereken bir alandır. Dar veya geniş aileyi ilgilendiren bu konu, aile ve toplumun sosyal yapısına uygun olarak olabildiğince barışçıl ilişkiler içinde çözümlenmelidir. Arabuluculuğun, gizlilik içinde yürütülmesi ve dışarıya kapalı olması bu şekilde çözümü destekler. Nitekim arabulucu, sadece mirasçılar ve varsa onların yasal ve iradi temsilcilerinin dâhil olacağı bir oturum yaparak, aile içerisindeki konuların dışarı yansımalarına engel olur. Arabulucu, gerekirse, özel görüşmeler yaparak, mirasçılar içindeki uyuşmazlıkları diğer mirasçılara dahi yansıtmadan çözebilir.

Arabuluculuğun, bir diğer faydalı noktası ise yargı yolundan daha esnek çözümler sunabilmesidir⁷². Hâkimlerin yetkileri kanunen belirlenmiştir. Hâkimin takdir yetkisinin tanındığı hallerde bu yetkinin sınırı çizilmiştir. Arabuluculuk ise sistematik teknikler uygulayarak görüşmek ve müzakerelerde bulunmak amacıyla tarafları bir araya getiren ve bu surette çözümlerini kendilerinin üretmesini sağlayan bir uyuşmazlık çözüm yöntemidir.

Kanunumuzda düzenlenmese de günlük hayatta karşılaşılabilecek bir diğer önemli mesele mirasbırakanın hayvanlarının durumudur. Bilindiği gibi, ev hayvanları kanunlarımızda eşya olarak kabul edilmektedir⁷³. Mirasbırakan için çok değerli ve özel bir yere sahip olabilen hayvan, aslında onun malvarlığında yer alan bir taşınır mal olarak kabul edilir. Mirasbırakanın, sahip olduğu hayvan adına bir ölüme bağlı tasarruf yapmasında hukuken bir engel yoktur⁷⁴. Mirasbırakanın yazdığı bir vasiyetnamede köpeğinin bakımını kızına bırakması, İsviçre Medeni Kanunu'na kıyasla bizim hukukumuzda da yüküleme olarak kabul edilir⁷⁵.

Lehine yapılan bir yüküleme ile kendisine hayvan özgülenen mirasçının bu hayvanı istememesi ya da diğer mirasçıların da bu hayvanın kendilerine özgülenmesini istemesi durumunda, bir uyuşmazlık doğacaktır. Somut olayın konusunun, bir hayvan/canlı olduğu bir kenara bırakılıp, kanundaki gibi taşınır bir mal olarak düşünülürse, uyuşmazlık ortaya çıktığında şöyle bir yol izlenir. Hayvan salt taşınır mal olarak kabul edilirse TMK m.651/3 gereği, “mirasçılar bir tereke malının bölünmesi veya özgülenmesi konusunda anlaşamazlarsa, o mal satılır ve bedeli bölüştürülür.” hükmü gereği, hayvanın satılıp bedelinin bölüştürülmesi gerekir. Kuşkusuz, ev hayvanı gibi bir hayvanın mirasçılar anlaşamadığı için satılması etik bir davranış olmayacaktır⁷⁶. Hayvanın manevi olmamakla birlikte maddi olarak çok büyük değeri varsa

⁷² ILDIR, s.25; MOORE, s.407 vd.; ÖZBEK, s.261.

⁷³ UYUMAZ, Alper: “Bir Hukuk Sorunsalı Olarak Güncel Gelişmeler Işığında Türkiye’de Hayvan Hakları”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, XX(3), 2016, s.139; Hayvanı taşınır eşya sayma kuralı Roma Hukukundan gelmektedir. Şu an hayvanların hukuki konumu olarak üzerinde uzlaşılmış tek bir görüş yoktur. Türk Hukuku gibi bazı hukuk sistemleri hayvanları eşya olarak kabul etmektedir. (Örneğin, TMK m.768). Hayvanları eşya sayan görüşte, yine de hayvanlara karşı eziyet edilmemesi ve işkence görmemesi gerektiği kabul edilerek, onları çevrenin korunması kapsamında korumak gerektiği düşünülür. Bu görüşte, hayvanlar kişiler gibi hak öznesi olamazlar; çünkü hak ehliyeti yalnızca insanlara bahşedilmiştir. Bazı kişiler ise hayvanların kişi benzeri olarak kabul edilmesi gerektiğini ileri sürer. Bu görüş, hayvanların kendilerine özgü bir şekilde hak ehliyetine sahip olabileceğini hatta bunun tüzelkişiliklerin hak ehliyetine benzemesi gerektiğini düşünürler. Hayvanları, kişi olarak kabul edilmesi gerektiğini düşünenler ise onların kısmen düşünülmesine ve özellikle duygusal olarak hissedebilmelerine ve acı çekebilmelerini vurgular. Bu görüş, hangi hayvanların hak sahibi olması gerektiğinin belirlenmesinin zorluğu ve hayvanların hak sahibi olsalar da bunu bizzat kendilerinin kullanmasının mümkün olmamasından dolayı oldukça eleştirilmiştir. bknz. KOÇHİSARLIOĞLU Cengiz/SÖĞÜTLÜ ERİŞGİN Özlem, “Hayvanın Hukuki Konumu”, Journal of Yaşar University, 8, s.1710 vd. Bizce, hayvanlar sırf canlı oldukları için birtakım temel haklara sahip olabilmelidir. Zira hayvanların hiçbir şey hissedemeyen bir masa veya kalemden farklı olarak değerlendirilmesi gerekir. Hayvanlar eşya olarak kabul edilse dahi onların yaşama, eziyet çekmeme veya işkence görmeme hakları da olmalıdır. Nitekim 15 Ekim 1978 tarihinde, “Hayvan Hakları Evrensel Beyanamesi” kabul edilmiş ve hayvanların bazı temel hakları kabul edilmiştir. Hayvan haklarının iyileştirilmesi amacıyla Alman Medeni Kanunu 90. maddesine “Hayvanlar nesne değildirler. Özel yasalarla korunurlar. Nesnelere ilişkin hükümler, hayvanlara ilişkin aksi yönde hüküm bulunmadığı durumda uygulanırlar.” şeklinde hüküm eklenmiştir. Yine benzer şekilde, İsviçre Medeni Kanunu’na “hayvanlar nesne değildirler, aksine hüküm yoksa, nesnelere ilişkin düzenlemeler hayvanlar için de geçerlidir.” hükmü eklenmiştir.

⁷⁴ İsviçre Medeni Kanunu 482/4’ e göre, “Bir hayvana yapılan ölüme bağlı kazandırma, onunla uygun tarzda ilgilenme yüklemesi/mükellefiyeti olarak kabul edilir.” Dolayısıyla, hayvan sahibi mirasbırakan yaptığı bir ölüme bağlı tasarrufla, mirasçılarından hayvanlarına bakmasını isteyebilir ve bu yüküleme olarak kabul edilir.

⁷⁵ Yüküleme, her ilgi tarafından yapılması talep edilen ve yüklenilen kişiye alacak hakkı sağlamayan, mirasbırakanın yasal veya atanmış mirasçılarına ölüme bağlı tasarruf ile yaptığı miras hukukuna özgü son bir iştir. SEROZAN/ERGIN, s.398 vd.

⁷⁶ Hatta böyle bir durumun varlığının öğrenilmesi halinde, hayvan hakları derneklerinin dahi yüklemenin ilgilisi sıfatıyla davaya müdahil olmaları düşünülebilir.

örneğin bir yarış atı olsa da bu durum kabul edilmemelidir.⁷⁷ Bu şekilde bir olay bakımından arabuluculuk yolunun tercih edilmesi, uyuşmazlığın çözümünün çok kısa olması göz önüne alındığında, hem uyuşmazlık konusu hayvanın bakımı hem de mirasçılar arasındaki sorunun giderilmesi bakımından yararlı olur. Arabuluculuk müzakerelerinde, hayvanın bakımı ve yerleşimiyle ilgili daha farklı ve taraflara uygun çözümler bulunabilir. Bu kapsamda örneğin uyuşmazlık konusu hayvanın mülkiyetinin bir mirasçıda semerelerinin bir kısmının diğer bir mirasçıda kalmasına karar verilebilir. Ev hayvanı gibi taşınması kolay bir hayvan için ise hayvanın belirli aralıklar ile bakımının mirasçılar arasında paylaşılması konusunda uzlaşma sağlanabilir.

Aile konutu bakımından da yukarıda belirtildiği gibi TMK’ da özel düzenleme mevcuttur. Uygulamada özellikle, mirasbırakanın sonradan başka bir evlilik yapması ve mirasçılar arasında her iki evlilikten doğan çocukların olması durumunda, aile konutunun akıbeti oldukça tartışmalıdır. Yukarıda belirtildiği gibi, miras hukukunda aile konutunun sağ kalan eşe özgülenmesine yönelik bir hüküm bulunmaktadır. Buna karşın, uygulamada her zaman sağ kalan eş ile mirasçılar arasındaki ilişki gereği sağ kalan eş bu hakkını kullanamamaktadır. Bu anlamda, gerek aile konutunun akıbetinin kolaylıkla belirlenmesi gerekse bunların aile içinde kalması bakımından arabuluculuk faydalı olacaktır.

D. Arabuluculuk Süreci

Mirasın paylaşılmasının arabulucu müzakereleri ile yapılabilmesi için öncelikle, mirasçılarının hepsinin bu çözüm yolunu kabul etmeleri gerekir. Bir diğer deyişle, mirasçılardan herhangi biri yargı yolunu seçmek isterse artık arabuluculuk yöntemine başvurulamaz. Bunun yanında, mirasçılarının hepsinin arabulucunun şahsında da anlaşmaları gerekir. Mirasçılarının hepsi, süreci yönetecek arabulucu üzerinde anlaşmalıdır. Yine, bir mirasçının başka bir arabulucuyu seçmesi durumunda, bu konuda bir anlaşma sağlanamayacaktır. Özetle, miras hukukunda arabuluculuk yönteminin seçilebilmesi için tüm mirasçılarının oybirliğiyle hem arabuluculuk sürecine hem de arabulucunun şahsına katılmaları gerekir.

Mirasın paylaşılmasına ilişkin hak kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olmadığından⁷⁸, mirasçı mirasın paylaşılması, paylaşma usulünün arabuluculuk yöntemiyle yapılması ve arabulucunun seçimi konusunda iradi temsilci kullanabilir. Uyuşmazlığın çözümüne katkı sağlayabilecek uzman kişiler de müzakerelerde hazır bulundurulabilir⁷⁹.

Tüm mirasçılarının bu iki hususta anlaşabilmeleri durumunda, arabuluculuk süreci başlar. Mirasçılarının, hem arabuluculuk hem de arabulucunun şahsında anlaşmasından sonra, belirlenen arabulucu tarafları en kısa sürede bir araya getirmek amacıyla bir oturum günü ve oturum yeri belirler. Bu oturumda, taraflar kendi miras paylarını belirleyebilecekleri gibi önceden hâkim tarafından belirlenmiş paylara da riayet edebilirler⁸⁰.

HUAK m.15’ e göre, taraflar, emredici hukuk kurallarına aykırı olmamak kaydıyla arabuluculuk usulünü serbestçe kararlaştırabilirler. Mirasın paylaşılması hem miras paylarının belirlenmesini hem de bu belirlenen paylara göre terekenin paylaşılmasını kapsar. TMK m.646/2’ ye göre, aksine düzenleme olmadıkça mirasçılar, paylaşmanın nasıl yapılacağını serbestçe kararlaştırırlar. Daha sonra terekede malvarlıkları gerek tapu kayıtları gerekse mirasçılarının beyanlarıyla belirlenir. Mirasçılarının terekeye dâhil malvarlıklarının varlığı veya yokluğu ile ilgili bir iddiaları olduğu zaman bu durum görüşmeye ara verilip incelenebilir. Taraflar, aynı mahkemedeki gibi keşif yapılmasını veya bir uzmandan görüş alınmasını da talep edebilirler. Böyle bir durumda, oturuma ara verilip uyuşmazlık konusu yerin keşfi yapılabilir. Örneğin, terekede bir apartman dairesinin olduğu ve bir mirasçının bu daireye bakım yaptırdığını iddia

⁷⁷ Bu halde, hayvanın TMK m.653 kapsamında özel anı değeri olan eşya olarak kabulü gerekir. İlgili madde uyarınca, aile için özel anı değeri olan eşya, mirasçılardan birinin karşı çıkması hâlinde satılamaz. Mirasçılar arasında anlaşmazlık çıkarsa sulh hâkimi, yerel âdetleri, âdet yoksa kişisel durumları göz önünde tutarak bu eşyanın, payına mahsup edilmek veya edilmemek suretiyle mirasçılardan birine özgülenmesine ya da satılmasına karar verir.

⁷⁸ OZANEMRE YAYLA, s.174.

⁷⁹ Bu kişiler, aileye uzun yıllar hizmet etmiş aile emektarı, aileyi yakinen tanıyan kişiler, mirasçı olmayan aile üyeleri olabilir. Bu kişilerin oturuma katılmalarına da diğer mirasçılarının onay vermesi gerekir. Ayrıca, arabuluculuğa hâkim olan gizlilik esası bu kişiler için de geçerlidir.

⁸⁰ Zira TMK m.650, emredici nitelikte bir hüküm değildir. Bu maddede mirasçılar, paylarını belirleyemezse hâkimden talep edebileceklerini düzenler. Her ne kadar uygulamada, mirasçılar öncelikle hâkimden miras payının belirlenmesini talep etse de kendilerinin miras paylarını belirlemesine de yasal bir engel yoktur. Aynı şekilde, OZANEMRE YAYLA, s.176.

etmesi veya bir meyve bahçesinde meyvelerin o anki piyasa değerinin belirlenmesi için ilgili yerlere gidilebilir. Arabulucu, böyle bir durumda, görüşme tutanağına tarafların uyuşmazlık konusu yerin gezilip görülmesi konusunda anlaştıklarını ve bu nedenle görüşmelerin bir sonraki oturuma ertelenmesine karar verildiğini yazıp imzalatır. Dolayısıyla, taraflar arabuluculuk görüşmelerinde, hangi malvarlığı değerinin hangi mirasçıya özgüleneceğine karar verebilirler. Örneğin, bölünemeyen bir malın, denkleştirme bedelinin ödenmesi halinde bir mirasçıya özgülenmesine karar verilmişse, arabuluculuk görüşmeleri sırasında bu bedelin ne kadar olacağı, ne zamana kadar ödeneceği, ödenmezse faiz işlenip işlenmeyeceği ve faiz oranı belirlenir. Bu miktar ve süreler, tutanağa geçirilir⁸¹.

Tereke içerisinde tarım arazisinin olması durumu, özellikli bir durumdur. Zira 5403 sayılı Kanunda değişiklik yapan 6537 sayılı Kanun uyarınca, tarımsal araziler ekonomik bütünlüğünü korumak adına Bakanlıkça belirlenen miktarlar altında bölünemez⁸². Aynı Kanun'a göre, tarımsal arazilerin devri konusunda mirasçılardan bir yıl içerisinde anlaşmaları gerekir. Esasında arabuluculuk yönteminin hızı düşünülürse, bu süre 2-4 haftaya dahi düşebilir. Nitekim mirasçılar bir araya gelerek kendilerine miras kalan tarım arazisinin işletilmesinin veya mülkiyetinin kime ait olacağına karar verebilirler. Zira mirasçılardan kendilerinin anlaşamaması durumunda, olay hâkim önüne geldiğinde, hâkim resen ehil olan bir mirasçı belirleyip tarım arazisinin o mirasçıya atanmasına karar verecektir. Arabuluculuk görüşmelerinde, taraflar özgür iradeleriyle, tarım arazisinin kullanımı ve işlenmesi konusunda, kanunun emredici düzenlemelerine aykırı olmadıkça, karar alabilirler.

Terekedeki taşınır mallar bakımından malın geçerli devri için zilyetliğin devri gerekir. Bir taşınır mala zilyet olan bir mirasçının o maldaki zilyetliğinin devam etmesine karar verilmişse, bu durum tutanağa geçirilir ve mal ilgili mirasçıda kalır. Bir malın zilyetliğinin başka bir mirasçıya geçirilmesi karar verilmişse, tercihen, hangi mirasçıya zilyetliğin devredileceği, ne zaman devrin gerçekleşeceği, devir tarihine kadar alınabilecek koruma önlemleri ve taşınır malın durumu tutanağa yazılmalıdır. Ayrıca, mirasçılardan talebi üzerine belirlenene tarihte devir yapılmaması halinde ifa edilmek üzere bir ceza koşulu da öngörülebilir⁸³.

Taşınmazlar bakımından ise durum biraz daha farklıdır. TMK m.706/2' ye göre, ölüme bağlı tasarruflar kendilerine özgü şekillere tâbidir. Bu hüküm sebebiyle, mirasbırakan kişi, bir taşınmazın bir mirasçısına bırakmış ve diğer mirasçılar arabuluculuk müzakerelerinde mirasbırakanın tasarrufuna göre paylaşmayı kabul etmiş ise zaten bu mirasçı taşınmaz üzerinde kendiliğinden hak sahibi olacaktır⁸⁴.

Buna karşın, mirasbırakan bir ölüme bağlı tasarruf yapmamış veya mirasçılar oybirliği ile mirasbırakanın paylaşma kurallarından başka şekilde paylaşmayı kabul etmiş iseler durum farklılaşacaktır. Bu halde, bir taşınmazın kime ait olacağına arabuluculuk görüşmelerinde karar verilecektir. Mirasçılardan, arabulucu görüşmelerinde belirli taşınmazın bir mirasçıya devri üzerinde anlaşmaları durumunda, bu anlaşmanın arabuluculuk tutanağına geçirilip taraflarca imzalanması gerekir. Burada belirlenmesi gereken bir husus, mirasın paylaşılmasına dair arabuluculuk anlaşma tutanağının, tapuda devir için gerekli olan sebebin varlığını oluşturup oluşturamayacağıdır⁸⁵.

Konuyla ilgili Yargıtay 10.12.1952 tarih ve 2/4 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararına göre⁸⁶, miras paylaşma sözleşmesi taşınmaz devrini bile içerse, TMK m.676' ya göre miras paylaşma sözleşmesinin yazılı şekilde yapılmışsa devir için yeterlidir ve Tapu Kanunu 26. maddesine göre düzenlenecek bir resmi senet gerekmez. Bu açıdan bakıldığında, arabuluculuk anlaşma metni,

⁸¹ Bunu, işe iade davalarında, işe iade yönünde anlaşılması halinde, işe ne zaman döneleceğinin, işe dönülmezse ne kadar tazminat alınacağına belirtilmesine benzetebiliriz.

⁸² EREN/BAŞPINAR, s.162 vd.

⁸³ Arabuluculuk belgesine cezai şart konulabileceği hakkında bkz. <http://www.adb.adalet.gov.tr/sablonlar/isciisverenuyusmazliklari.pdf> (ET: 01.05.2019)

⁸⁴ OĞUZMAN/SELİÇİ/ÖZDEMİR, s.297.

⁸⁵ Taşınmazların tescilinin sonuç doğurmasında Tapu Kanunundan kaynaklı bir engel vardır. Öncelikle bilindiği gibi, taşınmaz mülkiyetinin kazanılması için tapu siciline tescil zorunludur. Tescil için öncelikle yetkili kişinin tescil talebinde bulunması ve bu kişinin tasarruf yetkisini ve tescilin sebebinin belgelenmesi gerekir. Hukukumuzda kabul edilen sebebe bağlılık ilkesi gereği, taşınmazın devrini gerektiren sebebin belgelenmesi gerekir.

OĞUZMAN/SELİÇİ/ÖZDEMİR, s.172.

⁸⁶ Resmî Gazete 13.3 1953, sayı 8358.

yazılı şekilde yapılmış bir sözleşmedir. Bu yazılı metnin oluşmasındaki sürece arabulucunun katılması, belgenin hukuki niteliğini değiştirmeyecektir. Bu nedenle, kanaatimizce, arabuluculuk müzakereleri sonucunda yazılı şekilde yapılmış bir paylaşma metni, adı arabuluculuk son tutanağı olarak geçse de geçerli olmalıdır.

Uygulamada, tapu müdürlüklerinde arabuluculuk anlaşma belgesi ilam niteliğinde olmadığından, buna dayanarak tapuda devir işlemi yapılamamaktadır. Tapuda bu belge ile işlem yapılmasa da arabuluculuk müzakereleri sonucu imzalanan belge her halükarda anlaşma metnidir. Bu metin geçerli ve tarafları bağlayıcı olacaktır. Bu belge, mahkemede kesin delil niteliği taşır. Taraflar, bu belge ile tescil davası açıp tescile yanaşmayan mirasçıyı tescile zorlayabilir.

Burada belirtilmesi gereken husus, arabulucunun tapuda bu şekilde bir sorun yaşanabileceğini taraflara imzalamadan önce bildirmesi gerekliliğidir. Hatta buna ek olarak taraflara ceza koşulu önerebilir. Bunun yanında, arabuluculuk metninde, devir ve ödemenin aynı gün olacağı gibi seçenekler de sunabilir. Önemli olan, anlaşma metninde net ve açık ifadeler ile icra edilebilirliğe müsait anlaşma metinleri hazırlanmasıdır.

E. Arabuluculuk Tutanağının Düzenlenmesi Ve Hükmü

Taraflar, arabuluculuk müzakereleri sonrasında anlaşmaya veya anlaşmamaya karar verebilirler. Öncelikle belirtmek gerekir ki her iki durumun tutanağa geçirilmesi gerekir. Taraflar arabuluculuk faaliyeti sonunda bir anlaşmaya varamazlarsa, anlaşamadıkları yönündeki iradeleri tutanağa geçirilip taraflarca imzalanır. Bu belgeden sonra, tarafların dava yoluyla mirasın taksimini istemeleri mümkündür.

Tarafların anlaşması durumunda ise tarafların üzerinde anlaştıkları hususlar açıkça ve net olarak belirtildikten sonra taraflarca imzalanmalıdır. Taraflar dilerlerse, bu anlaşma belgesinin icra edilebilirliğine ilişkin şerh verilmesini talep edebilirler⁸⁷. Sulh mahkemesi hakimi tarafından icra edilebilir şerhi içeren anlaşma tutanağı, ilam niteliğinde belge sayılır⁸⁸.

Arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılması hâlinde, üzerinde anlaşılan hususlar hakkında taraflarca dava açılmaz. Dolayısıyla, mirasçılardan mirasbırakanın terekesini arabuluculuk müzakereleriyle paylaşıp anlaşmaya varması durumunda, mirasçılar paylaşılan malvarlıkları bakımından paylaşma davası açamaz.

VI. SONUÇ

Mirasın paylaşılması, mirasçılar arasında miras paylaşma sözleşmesinin akdedilmesi ile ya da hâkimden mirasın paylaşılmasının talep edilmesiyle gerçekleşir. Mirasın paylaşımının dava ile yapıldığı durumlarda, mirasın paylaşılması davalarının çok uzun sürdüğü ve bunun mirasçıları maddi ve manevi açıdan yorduğu söylenebilir. Mirasın paylaşılması, özellikle mirasçı sayısının çok olduğu veya mirasçılara ulaşmanın zor olduğu zamanlarda sürecin oldukça uzun geçmesine sebep olabilir. Bazı ailelerin karmaşık yapısı da sürecin uzamasına veya paylaşımın yapılmasının karmaşık hale gelmesine sebep olabilir.

Mirasın paylaşılmasının arabulucu eşliğinde yapılması kanunen mümkündür. Buna dayanak olarak, mirasçılardan irade özgürlüğü verilebilir. Mirasçılar, kanuni istisnalar saklı kalmak kaydıyla, mirası diledikleri gibi paylaşabilirler. Bizce, mirasçılardan diledikleri gibi paylaşımının kapsamına paylaşmanın usulü de girer. Mirasçılar, oybirliği ile karar aldıkları sürece, mirasın paylaşımını arabuluculuk yöntemi ile yapabilir.

Miras paylaşımının arabuluculuk yöntemi ile yapılması, öncelikle, paylaşımın dava yoluna kıyasen daha kısa sürmesini sağlar. Bunun yanında, yargılama giderleri bakımından arabuluculuğun daha ucuz bir yöntem olduğu söylenebilir. Dava açılması durumunda yıllar sürecek bir miras paylaşımı, arabuluculuk yöntemiyle bir veya iki görüşme sonrası sona erebilir. Mirasçılardan kendi aralarında anlaştıkları konuların tekrar müzakere edilmemesi süreci kısaltacaktır. Mirasçılar, arabuluculuk görüşmelerinde, en çekişmeli ve uygulamada uzun süren konularda, kendilerine uygun çözüm yöntemini arabulucunun yardımıyla bulabilirler. Özellikle,

⁸⁷ HUAK m.18/2' ye göre, Dava açılmadan önce arabuluculuğa başvurulmuşsa, anlaşmanın icra edilebilirliğine ilişkin şerh verilmesi, arabulucunun görev yaptığı yer sulh hukuk mahkemesinden talep edilebilir. Davanın görülmesi sırasında arabuluculuğa başvurulması durumunda ise anlaşmanın icra edilebilirliğine ilişkin şerh verilmesi, davanın görüldüğü mahkemeden talep edilebilir.

⁸⁸ Miras hukuku bakımından bu mahkeme sulh hukuk mahkemesi olacaktır.

tereki içerisinde bölünemeyen bir malın, aile belgesi ve anı eşyası ya da aile bireyleri için önemli olan bir hayvan olduğu durumlarda arabuluculuk oldukça yararlı olur. Bunun en temel sebebi, tarafların yargı yoluna nazaran esnek çözümler üretebilmesidir. Arabuluculuk sürecinin gizli olması da miras paylaşımında arabuluculuk yönteminin tercih edilmesinde önemli bir rol oynayacaktır.

KAYNAKÇA

- ACAR, Faruk: “Miras Hukukunda Paylaşma Kuralı”, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 5(1), 2006, s.121-159.
- DURAL, Mustafa/ÖZ, Turgut: Türk Özel Hukuku, Cilt IV Miras Hukuku, Filiz Kitapevi, İstanbul 2015.
- ERDOĞAN, Kemal: “Tarım Arazilerinin Miras Yoluyla İntikali”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 24(1), 2016, s.123-179.
- EREN, Fikret /BAŞPINAR, Veysel: Toprak Hukuku, Ankara 2017.
- EREN, Fikret/YÜCER AKTÜRK, İpek: Miras Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019.
- ERGÜNE, Mehmet Serkan: “Terekedeki Münferit Mallar İçin Kısmi Paylaşma Davası Açma İmkânının Değerlendirilmesi”, Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan, Legal Yayınları, İstanbul, 2012, s.1063-1085.
- GINALI, Ayşe: “Mükellefin Ölümü Halinde Mirasçılarının Sorumluluğu”, İstanbul SMMMO Mali Çözüm, (103), İstanbul, 2011, s.231-238.
- GENÇCAN, Ömer Uğur: Miras Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2016.
- GEZDER, Ümit: “Mirasın Paylaşılmasında Aile Konutunun ve Ev Eşyasının Sağ Kalan Eşe Özgülenmesi”, İÜHFİM, LXV(2), s.237-352.
- GOODMAN, Andrew: Arabuluculukta Etkili Taraf Vekilliği, Adalet Bakanlığı Yayın İşleri Başkanlığı, Ankara, 2017.
- ILDIR, Gülgün: Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, Seçkin Yayınları, Ankara, 2003.
- İNAN, Ali Naim/ERTAŞ, Şeref/ALBAŞ, Hakan: Miras Hukuku, Seçkin Yayınları, Ankara 2019.
- KOÇHİSARLIOĞLU, Cengiz /SÖĞÜTLÜ ERİŞGİN, Özlem: “Hayvanın Hukukî Konumu”, Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi Özel Sayısı, 2, 2013, s.1691-1723.
- MAMÜK, Damla: “Mirasın Paylaşılmasında Mirasçılarının İrade Özgürlüğü ve Bu Özgürlüğün İstisnaları”, Ankara Barosu Dergisi, (2), 2013, s.315-330.
- MOORE, Christopher: Arabuluculuk Süreci (The Mediation Process), Çev. Tarkan Kaçmaz/Mustafa Tercan, Nobel Yayınları, Adana, 2016.
- OZANEMRE YAYLA, Hatice Tolunay: Mirasın Paylaşılması, Turhan Kitabevi, Ankara, 2011.
- ÖZBEK, Mustafa Serdar: Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013.
- ÖZUGUR, Ali İhsan: Türk Medeni Kanunundan Önce ve Sonra Miras Hukuku Cilt: 2, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018.
- SARI FİDAN, Özlem: Miras Ortaklığı, Adalet yayınları, Ankara 2016.
- SEROZAN, Rona/ENGİN, Baki İlkay: Miras Hukuku, Seçkin Yayınları, Ankara, 2014.
- SİĞRİ, Ünsal/VAROĞLU, Kadir: Müzakere ve Arabuluculuk, Siyasal Kitapevi, Ankara 2013.
- ŞENOCAK, Zarife: “Miras Hukukunda Sağ Kalan Eşin Aile Konutunun ve Ev Eşyasının Özgülenmesini Talep Etme Hakkı”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, 25(2), Haziran 2009, s.97-29.
- UYUMAZ, Alper: “Bir Hukuk Sorunsalı Olarak Güncel Gelişmeler Işığında Türkiye’de Hayvan Hakları”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, XX(3), 2016, s.133-184.
- YAZICI TIRTIK, Çiğdem: Arabuluculukta Gizliliğin Korunması, On iki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013.

KARA TAŞITLARI KASKO SİGORTASI BAĞLAMINDA, TÜRK TİCARET KANUNU’NUN 1429/1. MADDESİNDE GEÇEN “SİGORTA ETTİREN VEYA SİGORTALININ FİİLİNDEN SORUMLU OLDUĞU KİŞİLER” KAVRAMINA İLİŞKİN KISA BİR DEĞERLENDİRME

A BRIEF EVALUATION OF CONCEPT OF “PERSONS WHOM POLICYHOLDER OR INSURED ARE RESPONSIBLE FOR THEIR ACTS” MENTIONED IN ARTICLE 1429/1 OF TURKISH COMMERCIAL CODE, IN THE CONTEXT OF COMPREHENSIVE VEHICLE INSURANCE

Damla KÜÇÜK*  

Makale Bilgi

Gönderilme: 22/08/2019
Kabul: 10/02/2020

Anahtar Kelimeler

*Kasko Sigortası,
TTK m.1429/1,
Fiilinden Sorumlu
Olan Kişiler,
Riskin
Gerçekleştirilmesi,
Rıza.*

Article Info

Received: 022/08/2019
Accepted: 10/02/2020

Keywords

*Labour-Job Protection,
Termination,
The Right of Defense,
Worker Behavior,
Worker Productivity,
Assent.*

Özet

Türk Ticaret Kanunu’nun 1429/1. maddesinde, aksine sözleşme olmadığı sürece sigortacının, sigorta ettiren veya sigortalının hukuken fiillerinden sorumlu oldukları kişilerin teminat altına alınmış riski, ihmal veya tazminat ödenmesini sağlamak amaçları olmadığı sürece kasıtlarıyla gerçekleştirdiklerinde de sigorta tazminatını ödemekle yükümlü olacağı düzenlenmiştir. Türk Hukuku’nda bu hüküm Yargıtay tarafından en çok kara taşıtları kasko sigortası bağlamında ortaya çıkan uyuşmazlıklara uygulanmaktadır. Halbuki maddede geçen sigorta ettiren veya sigortalının fiilinden sorumlu olduğu kişi kavramı, üzerinde anlaşmaya varılmış bir içerik ve kapsama sahip değildir. Dolayısıyla hem doktrin hem de Yargıtay tarafından, bu kavrama farklı anlamlar verilmiştir. Bir uyuşmazlığı hukuk önünde kesin olarak sonlandırma yetkisi Yargıtay’da olduğu için, konu hakkındaki yorum ve uygulaması daha ön plana çıkmaktadır. Oysa verilen kararlar değerlendirildiğinde, Yargıtay tarafından da yeterli ve makul kriter ve gerekçelerin oluşturulmadığı görülmektedir. Bu bakımdan, çalışmada esas olarak sigorta ettiren veya sigortalının fiilinden sorumlu oldukları kişi kavramı, 1429/1. maddenin konuluş amacı gözeticilerle yorumlanmaya ve bazı öneriler getirilmeye çalışılmıştır.

Abstract

In the Article 1429/1 of the Turkish Commercial Code, it is regulated that unless otherwise agreed, insurer shall pay insurance indemnity, when the persons whom policyholder or insured are responsible for their acts cause risk with their gross negligence or deliberately unless they aim for paying indemnity. In Turkish Law, this provision of Article 1429/1 is mostly applied to disputes related to comprehensive vehicle insurance. However, concept of person whom policyholder or insured are responsible for his act which is mentioned in this Article hasn’t got a common content and scope that agreed on. Thus, both the doctrine and the Supreme Court have given different meanings to the concept. Since, it has the authority to finalize a dispute before the law, interpretation and practice of the Supreme Court on subject comes to the forefront. But when the decisions taken are evaluated, it is seen that sufficient and reasonable criteria and reasons cannot be established by the Supreme Court. In this regard, in the study, it has been tried to interpret concept of person whom policyholder or insured are responsible for his act and bring some recommendations, considering purpose of Article 1429/1.

I. GİRİŞ

Türk Ticaret Kanunu'nun (TTK) 1429/1. maddesine göre; “sigortacı, aksine sözleşme yoksa sigorta ettirenin, sigortalının, lehtarın ve bunların hukuken fiillerinden sorumlu buldukları kişilerin ihmallerinden kaynaklanan zararları tazmin ile yükümlüdür. Sigorta ettiren, sigortalı ve tazminat ödenmesini sağlama amacı ile hareket ettikleri takdirde bunların hukuken fiillerinden sorumlu oldukları kişilerin, rizikonun gerçekleşmesine kasten sebep olmaları durumundaysa, sigortacı tazminat borcundan kurtulur ve aldığı primleri geri vermez.”

Bu düzenlemede, sigorta ettiren, sigortalı, lehtar ve bunların, fiillerinden hukuken sorumlu oldukları kişiler olarak, dört kategori kişiye yer verilmiştir. Bunlardan sigorta ettiren, sigortalı ve lehtarın tespiti, sigorta hukukunda, üzerinde anlaşmaya varılmış anlam ve içeriğe sahip oldukları için kolaydır. Ancak anlaşılan o ki “sigorta ettiren veya sigortalının fiilinden sorumlu oldukları kişiler”¹ kim olduğu meselesi, 1429/1. maddenin en çok uygulandığı ve bir mal sigortası türü olan kara taşıtları kasko sigortasında (kasko sigortası) ciddi bir sorun çıkarmaktadır. Yargıtay'ın bu düzenlemeyi, konuluş amacıyla çok da bağlantılı olmayan şekilde yorumlama tarzı, çelişkili durumların ortaya çıkmasına yol açmaktadır. Keza sigortalının fiilinden sorumlu olduğu kişilerin tespitinde, sigortalı aracın üçüncü kişiye rızayla verilmesi kriterine dayanılarak, sigorta korumasını haksız denilebilecek derecede genişleten kararlar verilmiştir. Gerçi 2012 yılından itibaren tam tersi kararlar çıkmaya başlamıştır. Ancak bu değişiklik sorunun halli için yeterli olmayacaktır. Çünkü Yargıtay, hâlâ 1429/1. madde bağlamında sigortalının fiilinden sorumlu tutulduğu kişilerin nasıl ve hangi kritere göre tespit edileceği sorusunu cevapsız bıraktığı gibi, rıza kriterinden de tam olarak vazgeçmiş değildir. Dahası, 2012 öncesi görüşü yansıtan kararlar verilmesine devam edildiği de görülmektedir. Oysa neredeyse birbirinin aynı iki olay karşısında, bu tür bir içtihat değişikliği yapılabilmesi için, bu değişikliğin haklı gerekçelerinin ortaya koyulması hukuk güvenliğinin gereğidir.

Çalışmada önce Türk ve İsviçre Hukukları'nda doktrin ve yargı tarafından, sigortalının fiilinden sorumlu olduğu kişi kavramına atfedilen anlam ve kapsam, tespitite kullanılan kriterlere göz atılarak irdelenmeye çalışılmış, ayrıca Karayolları Trafik Kanunu'nun (KTK) işleteni, sürücü veya yardımcı kişilerin kusurundan kendi kusuru gibi sorumlu tutan 85/5. maddesi bağlamında, trafik sigortasındaki duruma değinilmiştir. Ardından zarar veren şahsın, sigortalının fiilinden sorumlu olduğu kişi olarak kabulünün ortaya çıkardığı sonuçlar üzerinde durulmuştur. Son olarak, doktrin ve yargının tutumunun bir eleştirisi yapılmış ve bu kavramın nasıl anlaşılması gerektiği ve kapsamına ilişkin değerlendirme ve önerilerde bulunulmaya çalışılmıştır.

II. SİGORTA ETTİREN VEYA SİGORTALININ FİİLLERİNDEN HUKUKEN SORUMLU OLDUĞU KİŞİLER VE TESPİTTE KULLANILAN KRİTERLER

A. İsviçre Hukukunda

TTK'nin 1429/1. maddesine benzer bir düzenleme, İsviçre Sigorta Sözleşmesi Kanunu'nun (*Versicherungsvertragsgesetz/VVG*) 14/3. maddesinde de bulunmaktadır. İki hukuk düzeni arasındaki bağ dikkate alındığında, VVG'nin 14/3. maddesi bağlamında, sigortalının fiilinden sorumlu olduğu kişilerin kimlerden ibaret olduğunun ortaya koyulması, TTK'nin 1429/1. maddesinde yer alan düzenleme bağlamında, sigortalının fiilinden sorumlu olduğu kişilerin nasıl tespit edilebileceği meselesinin çözümünü kolaylaştırabilecektir.

VVG'nin, Genel Hükümler altında dört fıkra halinde düzenlenen 14. maddesine göre: ‘Sigortacı, sigorta olayının (riskin) sigorta ettiren veya sigortalı tarafından kasten gerçekleştirilmesi halinde, tazminat borcundan kurtulacaktır.

Sigorta ettiren veya sigortalı, sigorta olayının gerçekleşmesine ağır ihmalleriyle neden olmuşlarsa, sigortacı ödeyeceği tazminatın miktarını, karşı tarafın ihmalinin derecesine göre indirebilecektir.

Sigorta olayı, sigorta ettiren veya sigortalıyla birlikte yaşayan ev halkı veya sigorta ettiren veya sigortalının fiillerinden sorumlu olduğu kişilerin kasıt ve ağır ihmaliyle gerçekleştirilmişse ve sigorta ettiren veya sigortalı bu kişiler üzerindeki denetim/gözetim yükümlülüklerini, bu kişilerin görevlendirilmesi veya istihdamındaki ağır ihmalleriyle ihlal etmişlerse sigortacı,

¹ Bu kavram, tekrardan kaçınmak ve sözcük kısıtlaması nedeniyle, ayrıca belirtilmesi gerekmedikçe, bundan sonra sigorta ettireni de içine alacak şekilde “sigortalının fiilinden sorumlu olduğu kişiler” olarak anılacaktır.

tazminatı sigorta ettiren veya sigortalının kusuruyla orantılı olarak azaltılabilecektir.

Sigorta ettiren veya sigortalı, sigorta olayını hafif ihmalle gerçekleştirmişse yahut bunların birlikte yaşadığı veya fiilinden sorumlu olduğu kişilerle ilgili denetim/gözetim yükümlülüklerini ihlalleri hafif ihmal derecesindeyse veya sigorta ettiren veya sigortalının birlikte yaşadığı veya fiillerinden sorumlu oldukları kişiler sigorta olayını hafif ihmalleriyle gerçekleştirmişlerse, sigortacı tazminatın miktarında indirime gidemeyecektir.⁴

Tabi bu düzenlemenin TTK'nin 1429/1. maddesinden farklı yönleri vardır. Örneğin hafif/ağır ihmal ayırımına gidildiği gibi, fiilinden sorumlu olunan kişiler dışında, ev halkı da hükmün kapsamına alınmıştır. Dahası sigortacının, tazminatta indirime gidebilmesi için, sigorta olayının fiilinden sorumlu olunan kişilerce, kasit veya ağır ihmalle gerçekleştirilmesi şartına ek olarak, sigorta ettirenin veya sigortalının da bu kişiler üzerindeki denetim ve gözetim yükümlülüklerini ağır ihmalle ihlal etmesi şartı getirilmiştir².

Yine de, bu farklılıklara rağmen tıpkı TTK'nin 1429/1. maddesinde olduğu gibi, burada da riskin sigortalı ve onunla belli türden bir bağı olan üçüncü kişiler tarafından gerçekleştirilmesi halinde, bu durumun sigortacının tazminat ödeme borcuna olan etkisi düzenlenmiştir.

Sigortalıyla bir süreklilik içinde, ortak bir evde yaşayıp, ev ekonomisinde ve tüketiminde yeri olan herkes, ev halkından sayılır³. Sigortalının, ev halkından sayılacak kişiler üzerinde İsviçre Medeni Kanunu'nun 331. maddesi (*Schweizerisches Zivilgesetzbuch* - Türk Medeni Kanunu m.367) anlamında bir otoritesinin olmasının gerekip gerekmediği tartışmalıdır. Bir kısım yazar, VVG'nin 14. maddesi uyarınca getirilen; sigortalının gözetim ve denetim yükümlülüğünü ağır ihmaliyle ihlal etmesi şartı nedeniyle, bunu gerekli görürken⁴, ikinci bir görüş bu şartın 14. maddenin sözünün ötesine geçtiği ve 14. maddede aranan sigortalının kusuru şartıyla, ev halkının kimden oluştuğu meselelerini birbirine karıştırdığı gerekçeleriyle aksini savunur⁵. Bu kapsamda, evlatlıklar ve akrabalar dahil gerçek aile üyelerinin yanında, akdi bir ilişki temelinde aynı evde yaşayan hizmetli, çırak, pansiyoner gibi kişiler de ev halkından kabul edilir⁶.

Sigortalının fiillerinden sorumlu olduğu kişilere⁷ gelince bunların, işlerini yaptıkları sırada işledikleri haksız fiil nedeniyle, sigortalının İsviçre Borçlar Kanunu'nun (*Schweizerische Obligationenrecht/OR*) 55. maddesi (Türk Borçlar Kanunu (TBK) m.66) bağlamında sorumlu olmasına yol açan bağımlı yardımcıları olduğu kabul edilir⁸. Bu kişilerin riskin gerçekleşmesine işlerini yaptıkları sırada yol açmaları gerektiği de vurgulanmaktadır⁹. Kanunda bir sınır koyulmadığından, başka hangi kişilerin bu kapsama gireceği belli değildir. Ancak hakim görüş; OR'nin 101. maddesi (TBK m.116) uyarınca bir sözleşme bağlamında hakkın kullanımı veya borcun ifası için kullanılan yardımcıların, VVG'nin 14/3. maddesinin kapsamı dışında kaldığı¹⁰ yönündedir¹¹. Yine İsviçre Karayolu Trafik Kanunu'nun (*Strassenverkehrsgesetz/SVG*) 58/4. maddesi uyarınca işletenin, kusurlarından kendi kusuru gibi sorumlu tutulduğu sürücü ve

² KOENIG, Willy: *Schweizerisches Privatversicherungsrecht*, 3. Auflage, Verlag Herbert Lang & Cie, Bern 1967, s.298; SIEBER, Philipp/HÜSSER, Heinz: *Kommentar zu den schweizerischen Haftpflichtbestimmungen*, Dike Verlag AG, 2016, s.2403.

³ KOENIG, s.297; KELLER, Max/TÄNNLER, Karl: *Kommentar zum Schweizerischen Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag Die Allgemeinen Bestimmungen*, Band I, Verlag K J Wyss Erben AG, Bern 1968, s.243, 244; SIEBER/HÜSSER, s.2404, 2025.

Krş. KILIÇOĞLU, Ahmet: "Özel ve Sosyal Sigortalarda Halefiyet ve Rücu", AÜHFD, 31(1), 1974, s.405.

⁴ KOENIG, s.297; KELLER, s.244.

⁵ SIEBER/HÜSSER, s.2404.

⁶ KOENIG, s.297; KELLER, s.244.

⁷ KILIÇOĞLU, bu grubu sigortalının yardımcıları olarak adlandırır, s.405.

⁸ KOENIG, s.297; SIEBER/HÜSSER, s.2405; SÜSSKIND, Marcel: "Versicherungsvertragsgesetz Nachführungsband (Basler Kommentar)", in Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/Schnyder, Anton K./Grolimund, Pascal (ed.), Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel 2012, s.85.

⁹ KOENIG, s.297.

¹⁰ Bu görüşe ilişkin açıklama şu şekilde yapılmaktadır: 'İsviçre Hukuku'nda sigorta ettirenin sigorta olayının gerçekleşmesini engelleme borcu yoktur. Dolayısıyla yardımcı kişinin sigorta olayını gerçekleştirilmesi, sözleşmenin ihlali anlamına gelmeyecek, sigorta ettirenin OR 101. madde uyarınca sorumluluğu da doğmayacaktır. Kaldı ki sigorta ettirenin kişisel ve ekonomik özgürlüğü, sigorta sözleşmesinin akdi yoluyla sınırlandırılmamalıdır. Bu nedenle, sözleşmenin ihlalden doğan tazminat yükümlülüğü açısından 14. maddede öngörüldüğü üzere sigorta tazminatının azaltılmasını istemek bir hata olacaktır', KOENIG, s.297–301 vd.; SÜSSKIND, s.85; Bundesgericht, 5C.36/2001 (29.10.2002).

¹¹ KOENIG, s.297; SIEBER/HÜSSER, s.2405. Aksi görüşte KELLER, s.244, 245.

işletmeye katılan yardımcı kişilerin, VVG 14/3. madde anlamında sigortalının fiillerinden sorumlu olduğu kişilerin kapsamına girip girmediği doktrinde tartışmalıdır¹². Bununla birlikte İsviçre Federal Mahkemesi açık bir şekilde 14/3. maddedeki düzenlemenin, araç sahibinin (işletenin) SVG'nin 58/4. maddesi uyarınca doğan sorumluluğunu kapsamadığına karar vermiştir¹³. Nitekim kararda VVG'nin 14/3. maddesi uyarınca sigortalının fiilinden sorumlu olduğu kişilerin; sigortalının ev halkı ve OR m.55 uyarınca fiilinden sorumlu olarak görülebileceği kişilerden ibaret olduğu ve 14/3. maddede belirtilenlerin dışında kalan üçüncü kişilerin kusurlarıyla sigorta olayını gerçekleştirmesinin, sigortacıya tazminat borcunu indirme hakkı vermeyeceği kabul edilmiştir.

Ayrıca tüzel kişilerin organlarının fiili, tüzel kişinin kendi fiili gibi kabul edildiğinden yine VVG'nin 14/3. maddesinin uygulanması söz konusu olmaz¹⁴.

Özetle, İsviçre Hukuku'nda, VVG'nin 14/3. maddesi uyarınca, sigortalının fiillerinden sorumlu olduğu belirtilen kişilerin; sigortalının, OR m.55 uyarınca sözleşme dışı sorumluluğuna yol açan çalışanlar olduğu söylenebilecektir¹⁵.

B. Türk Hukuku'nda

1. Doktrinde

TTK'nin 1429/1. maddesi bağlamında sigortalının fiillerinden sorumlu olacağı kişilerin kapsamı veya tespitinin nasıl yapılacağı, Türk Doktrini'nde çokça tartışılan bir husus olmamıştır.

6102 s. TTK'nin 1429/1. maddesi, aslında küçük bazı değişiklikler dışında 865 s. eTTK'nin 953. maddesinin bir tekrarıdır. Keza, 865 s. eTTK'de mal sigortasına ilişkin hükümler arasında yer verilen 953. maddede; “Hilafı meşrut olmadığı surette sigortacının, sigorta ettiren veya sigortadan intifaı meşrut olan kimsenin veya hukukan efalinden mesul bulunduğu eşhasın kusurlarından mütevellit hasaratı zamin olacağı” belirtilmiştir. Çalışmamızın konusuna ilişkin tespit edebildiğimiz ilk ve nispeten en geniş açıklamalardan birisi, işte bu madde bağlamında *Atabek* tarafından yapılmıştır. Yazara göre, sigortalı sadece kendi fiilinden değil, belli bazı kişilerin fiillerinden de sorumludur. Nitekim tüzel kişi, organlarının; ev reisi, kısıtlı aile efradının; işveren, istihdam ettiği kişinin hizmet esnasında gerçekleştirdiği zarar doğuran fiillerinden sorumlu tutulmuştur. İşte bu düzenlemelerde olduğu gibi kanunen başkasının fiilinden sorumlu tutulan kişi, sigorta sözleşmesiyle malvarlığını bu gibi tehlikelere karşı koruyabilecektir. Yazara göre kanun koyucu 953. maddede bunu mümkün hale getirmiş ve hatta sigortalının fiillerinden sorumlu tutulduğu kişilerin ihmali dışında –sigortalıyla aralarında bir anlaşma olmadıkça– kasıtlarıyla hasıl olacak zarara karşı dahi sigorta yapılabileceğini ifade etmiştir¹⁶.

Buna göre eTTK'nin 953. maddesinde sigortalının fiilinden sorumlu olduğu belirtilen kişiler, sigortalının herhangi bir kanun hükmüyle fiilinden sorumlu tutulduğu kişilerden ibarettir. Yani 953. maddedeki düzenlemeyle sigorta hukukuna özgü bir sorumluluk hali ihdas edilmiş değildir. Zarar veren kişinin, sigortalının fiilinden sorumlu olduğu kişilerden olduğunun söylenebilmesi, bu sorumluluğu ihdas eden ayrı bir yasal düzenlemeyi gerektirdiği için de, aslında fiilinden sorumlu olunacak kişiler sınırlı sayıdadır. Bununla birlikte Yazar'ın, sigortacının halefiyeti meselesinde, “sigortalının efalinden sorumlu kişiler” kavramını bu sefer; sigortalının aile efradı, kendisiyle aynı evde oturan kişiler, müstahdem, işçi, hizmetçi ve şoförü kapsayacak şekilde kullandığı da belirtilmelidir¹⁷.

Görülebileceği gibi *Atabek* 953. maddedeki düzenlemeyi, bir yasa hükmüyle başkasının fiilinden sorumlu tutulan kişinin, malvarlığını bu kişilerin verdikleri zarar nedeniyle muhatap olacağı tazminat taleplerine karşı korumak üzere sigorta sözleşmesi yapmasına izin veren bir düzenleme olarak tarif etmiştir. Bu görüş dikkate alınırca, 953. maddedeki düzenlemenin sadece sorumluluk sigortasıyla ilgili bir düzenleme olduğunun kabulü de gerekir. *Atabek* dışında, aynı hususa hem de 6102 s. TTK bağlamında değinen ikinci yazar *Ünan*'dır. Yazar bu meseleye TTK'nin 1412. ve bu maddede kullanılan “temsilci” kavramı bağlamında yaklaşır. Yazar'a göre

¹² SIEBER/HÜSSER, s.2405.

¹³ BGE 91 II 226, E. 2b; OGer LU vom 29.06.2007, 4.2. Aynı yönde SÜSSKIND, s.85.

¹⁴ SIEBER/HUSSER, s.2405.

¹⁵ SÜSSKIND, s.85.

¹⁶ ATABEK, Reşat: Sigorta Hukuku, Duygu Matbaası, İstanbul 1950, s.126, 127.

¹⁷ ATABEK, s.183.

1429/1. maddedeki “fiilinden sorumlu olma” kriteri yerine, “sigorta hukukuna özgü temsilci” (*Represântant*) kavramına yer verilmelidir¹⁸. Bu bakımdan temsilci kavramı; “sigorta konusu rizikonun ilgili bulunduğu etkinlik bakımından temsil veya benzeri bir ilişki çerçevesinde sigorta ettirenin yerini alan kişi”yi ifade eder¹⁹. Örneğin kiracılar gibi, sigortalı malın her bakımdan emanet edildiği kişiler, temsilcidir²⁰. Dolayısıyla, sigorta sözleşmesinde 1429/1. maddenin aksine bir düzenlemeyle sigortacının riskin kusurla gerçekleştirilmesinden sorumlu olmayacağı kararlaştırılmışsa ve temsilci kusuruyla riske neden olursa, sigortacı tazminat ödemekten kurtulacaktır²¹.

Ünan’ın görüşü, sigortalı aracın (malın) kiraya verildiği kişilerin de, sigortalının fiilinden sorumlu olduğu kişilerden sayılmasına yol açması bakımından, Yargıtay’ın ilk dönem görüşüne yaklaşıyor. Tabii bu noktada akla, sigortacının halefiyete dayalı olarak temsilciye rücu edip edemeyeceği sorusu gelse de, Yazar bu hususta bir açıklama yapmamıştır.

Yazar ayrıca maddede kullanılan “sigortalının eylemlerinden sorumlu olduğu kişi” kavramının “sözleşme dışı sorumluluk hukuku mu yoksa sözleşmesel sorumluluk hukukunu mu veya her ikisini birden mi kapsadığının belirsiz olduğu” eleştirisini de getirmiş ve bu kavramın kapsamına ifa yardımcılarının da dahil olması gerektiğini belirtmiştir²².

2. Yargıtay’ın Görüşü

a. Genel Olarak

Türk Doktrini’ndeki kısıtlı tartışmalara rağmen, Yargıtay’ın özellikle kasko sigortasıyla ilgili uyuşmazlıklarda, 1429/1. madde bağlamında sigortalının fiilinden sorumlu olduğu kişi kavramını kullanarak sonuca ulaştığı pek çok kararı vardır. Tabii uyuşmazlıkların kesin çözüm mercî olarak, Yargıtay’ın konuya ilişkin kabul ve yorumları, irdelemeye çalıştığımız meselenin de kaynağını oluşturmaktadır.

İlgili kararlara bakıldığında, olaylar arasındaki büyük benzerliklere rağmen -2012 öncesi ve sonrası olarak- birbirine zıt kararların çıktığı iki dönemin olduğu görülür. Tabii bu durum ilk bakışta bir içtihat değişikliğine işaret eder ve 2012 öncesinin yok sayılmasına yol açabilir. Ancak Yargıtay 2012 sonrasında verdiği kararlarda, 1429/1. madde bağlamında sigortalının fiilinden sorumlu tutulacağı kişilerin tespitini nasıl yaptığını doyurucu bir şekilde gerekçelendirmediği gibi, hâlâ 2012 öncesi yorumunu yansıtan kararlar da vermektedir. Kaldı ki meselenin anlaşılması iki dönem arasında bir kıyası da zorunlu kılmaktadır.

Son olarak, kararların çoğu kasko sigortasına ait olsa da, Yargıtay’ın aynı yorum tarzını üçüncü şahıslara karşı mali mesuliyet sigortası²³, makine kırılması sigortası²⁴ gibi diğer bazı sorumluluk ve mal sigortalarında kullandığı da belirtilmelidir.

b. 2012 Öncesi

Yargıtay’ın 2012 öncesi görüşünü yansıtmaması bakımından, bahsi gereken ilk karar şöyledir: Sigortacı halefiyet hakkına dayanarak, zarar veren üçüncü kişiye karşı dava açmıştır. Yargıtay ise 6762 s. eTTK’nin 1278. maddesini anarak (6102 s. TTK m.1429/1), kasko sigortasında sigortalının oluruyula aracı kullanan kişinin fiilini sigortalının dışında mütalaa etmenin ve bu kimseyi üçüncü kişi olarak kabul etme olanağının olmadığını ifade etmiştir. Böylece somut uyuşmazlık bakımından zarar talep edilen kişinin, sigortalının rızasıyla aracı kullanan kimse olduğunun belirlenmesi halinde, sigortacının bu kişiye karşı rücu edemeyeceği sonucuna ulaşılmıştır²⁵.

¹⁸ ÜNAN, Samim: Türk Ticaret Kanunu Şerhi Altıncı Kitap Sigorta Hukuku, C. I Genel Hükümler, On İki Levha Yayıncılık A.Ş., İstanbul 2016, s.299.

¹⁹ ÜNAN, s.300.

²⁰ ÜNAN, s.299, 300.

²¹ ÜNAN, s.299.

²² ÜNAN, s.300.

²³ Y. 11. HD, 06.06.2014, E. 2014/4364, K. 2014/10853.

²⁴ Y. 11. HD, 22.01.2018, E. 2016/13646, K. 2018/501.

²⁵ Y. 11. HD, 30.11.2006, E. 2005/12444, K. 2006/12592.

Makalede kullanılan yargı kararlarına [“https://proxy.sakarya.deep-knowledge.net/MuseSessionID=0212h7apj/MuseProtocol=https/MuseHost=www.lexpera.com.tr/MusePath/ictihat”](https://proxy.sakarya.deep-knowledge.net/MuseSessionID=0212h7apj/MuseProtocol=https/MuseHost=www.lexpera.com.tr/MusePath/ictihat) adresinden ulaşılmıştır.

Başka bir olaydaysa sigortalı, aracını davalı şirkete kiralamış, bu sırada davalı şirketin çalışanlarından birisi aracı gizlice alarak kaza yapmıştır. İlk derece mahkemesi hem çalışan hem şirkete karşı açılan davada, sigortacının rücu talebini kabul etmiştir. Ancak karar Yargıtay tarafından; aracın, sigortalının rızasıyla ve sözleşme gereği davalıya verildiğini, 6762 s. eTTK'nin 1278. maddesi gereğince aracın, sigortalının rızasıyla verildiği anlaşılan davalı şirketten böyle bir tazminatın istenip istenemeyeceğinin değerlendirilip, tartışılması gerektiği belirtilerek bozulmuştur²⁶.

Öncelikle, bu iki kararın da açıkça gösterdiği üzere, Yargıtay'ın 1429/1. madde uyarınca sigortalının fiilinden sorumlu olduğu kişilerin tespitinde kullandığı temel kriter; sigortalının rızasıdır. Yani Yargıtay'a göre 1429/1. maddede sigorta hukukuna özgü bir sorumluluk hali ihdas edilmiştir.

Ayrıca, Yargıtay sigortalının fiilinden sorumlu olduğu kişilerin tespitinde, temel kriter olarak rızanın varlığına baktığından, aracın üçüncü kişiye verilmesini sağlayan sözleşmeler (komisyon, eser, saklama, ödünç, kira yahut hizmet gibi) rızanın varlığına bir delil olmanın ötesinde çok da önem arz etmemekte, böylece bu sözleşmelerin karşı tarafı ve/veya çalışanları da, sigortalının fiilinden sorumlu olduğu kişiler olarak kabul edilmektedir:

Dava konusu olayda sigortalı, aracını satılması için davalıya ait galeriye bırakmıştır. Araç, oto pazarında teşhis edilmek için davalının çalışanına teslim edilmiş, ancak bu çalışan tarafından evine götürüldüğü sırada çalınmıştır. Sigortacı tazminatı ödedikten sonra, kazadan sorumlu tuttuğu galeri sahibine rücu etmiştir. Yargıtay açıkça istihdam eden durumundaki davalının, çalışanlarının hizmetlerini ifa sırasında neden oldukları zarardan, mülga Borçlar Kanunu'nun 55. maddesi gereği sorumlu olduğunu kabul etmiş ancak uyuşmazlığı, aracı çaldıran çalışanın 6762 s. eTTK'nin 1278. maddesi (6102 s. TTK m.1429/1) bağlamında sigortalının fiilinden sorumlu olduğu kişilerden olduğunu kabul ederek çözmüştür. Yargıtay'a göre; sigortalıyla davalı arasındaki aracılık sözleşmesiyle, davalı sigortalı aracı dilediği yerde ve zamanda alıcıya göstermek için yetkilendirilmiştir. O halde sigortalının oluruyla galeriye bırakılan aracın, davalının çalışanı tarafından (ertesini gün) oto pazarında teşhir edebilmek için, akşam evine götürülme fiilini, sigortalının dışında mütalaa etmenin ve bu kişiyi üçüncü kişi olarak kabul etmenin olanağı yoktur. Aksine yorum kasko sigortasının amacına ve 1278. maddenin hükmüne aykırı düşer²⁷.

Benzer şekilde, bir başka karara konu olayda sigortalı araca, tamirhanede çalışan kişi tarafından kullanıldığı sırada verilen zarar da, araç sigortalının izniyle kullanıldığından sigortalının fiilinden sorumlu kişinin verdiği zarar olarak kabul edilmiş ve sigortacının rücu talebi reddedilmiştir²⁸.

Dahası, Yargıtay sigortalı aracı sigortalının izniyle kullanan kişinin aracı verdiği diğer kişileri dahi aynı mantık doğrultusunda, fiilinden sorumlu olunan kişiler kapsamına sokabilmektedir²⁹. Örneğin 2008 tarihli HGK kararına konu olayda, sigortalı araç, sigortalı şirketin çalışanı tarafından, anahtarı ve ruhsatıyla birlikte geçici olarak kullansın diye X'e bırakılmıştır. X'in şehir dışına çıkması gerekince, muhafaza ve dönüşte iade etmek üzere X tarafından anahtar ve ruhsatıyla Y'ye verilmiştir. Bu sırada Z tarafından çekmecedeki araç anahtarları alınarak araç çalınmış ve kaza yapılmıştır. İlk derece mahkemesi, aracın kullanılmasında sigortalının rızası olduğu gerekçesiyle, sigortacının halefiyete dayalı rücu talebini ret etmiştir. Temyiz üzerine ilgili Hukuk Dairesi X'in emaneten aldığı aracı sahibinden teslim alırken, bir başkasına teslim etmek için rızasını almadığını belirterek, X gibi Y'nin de

²⁶ Y. 11. HD, 16.10.2001, E. 2001/5867, K. 2001/7986.

²⁷ Y. 11. HD, 10.05.2001, E. 2001/1960, K. 2001/4102.

²⁸ Y. 17. HD, 10.04.2008, E. 2007/5255, K. 2008/1861.

Benzer kararlar için Y. 17. HD, 25.02.2010, E. 2009/7903, K. 2010/1595; Y. 17. HD, 24.11.2008, E. 2008/4291, K. 2008/5466.

Ayrıca Y. 17. HD, 14.07.2008, E. 2008/920, K. 2008/3940; Y. 11. HD, 03.03.1980, E. 1980/1171, K. 1980/1979.

²⁹ Bununla birlikte benzer başka davalarda, farklı yönde kararlar çıkmıştır: Örneğin yine sigortalı aracın satılmak için bırakıldığı bir olayda, aracın bırakıldığı kişi (X), aracı bir ikinci kişiye (Y) bırakmış, bu ikinci kişi de aracı oğluna teslim etmiş, araç bu sırada çalınmıştır. Ancak Yargıtay, bu defa yerel mahkemenin sigortacının X'e rücu edebileceği yönündeki kararını 6762 s.eTTK'nin 1278. maddesi bağlamında sigorta ettirenin fiilinden sorumlu olduğu kişilerden olduğu gerekçesiyle bozarken, Y'ye rücu edilebileceğine ilişkin kararını onamıştır, Y. 17. HD, 13.02.2012, E. 2011/6870, K. 2012/1470. Benzer bir başka karar için Y. 17. HD, 30.10.2012, E. 2012/7058, K. 2012/11495.

aracın saklanması gerekli özeni göstermediğini ve aracı başkasına kullandırmada ne sigortalı malikin ne X'in onayının alındığını, dolayısıyla her iki davalının da aracı emanet bırakan ve teslim edenin rızasına aykırı davrandığını belirterek, ilk derece mahkemesinin kararını bozmuştur. Oysa Hukuk Genel Kurulu, sigortalı ile X arasında ariyet (kullanma ödöncü), X ile Y arasındaysa vedia (saklama) sözleşmesinin olduğunu, ariyet veren sigortalının, aracı X'e kendi rızasıyla verdiğinde kuşku olmadığını, X ile Y arasındaki vedia sözleşmesi de tarafların rızasıyla yapıldığından, aracın çaldığı andaki konumunun sigortalının bilgisi ve onayı dahilinde olduğu, bu nedenle davalıların 6762 s. eTTK'nin 1278. maddesi anlamında sigortalının fiilinden sorumlu olduğu kişiler konumunda olduğunu ifadeyle ilk derece mahkemesinin direnme kararını onamıştır³⁰.

Bir diğer karardaysa sigortalı araç sigortalı tarafından haricen satılarak, X'e teslim edilmiş, kaza aracın X'in yeğeni tarafından kullanıldığı sırada meydana gelmiştir. Sigortacı tazminatı ödemeyi reddedince iş yargıya taşınmıştır. Yargıtay ise uyuşmazlığın çözümü için yine 6762 s. eTTK'nin 1278. maddesine dayanmıştır. Aracı sigortalı davacının izniyle kullanan X'in yeğeni olan sürücünün de aracı izin alarak kullandığını, bu nedenle 1278. maddesi uyarınca fiilinden sorumlu olunan kimse olduğunun kabulü gerektiğine karar vermiştir³¹.

Sigortalının fiilinden sorumlu olduğu kişilerin tespitinde kullanılan temel kriter rıza olunca, bu kişilerin arasına tüzel kişiler de girmektedir. Örneğin 2008 tarihli karara konu olayda; sigortacı, su baskınında hasar gören araç için tazminat ödedikten sonra, zarardan sorumlu tuttuğu iki tüzel kişiye rücu etmiştir. Araç, anonim şirket olan sigortalı tarafından, bir diğer anonim şirkete kiralandığı sırada hasar görmüştür. İlk derece mahkemesi kamu kuruluşu olduğu anlaşılan ilk davalı hakkındaki talebi reddederken, ikinci davalı şirket hakkındaki talebi kabul ederek, zararı ödemeye mahkum etmiştir. Yargıtay ise sigortacının, sigortalının rızasıyla aracı kullanan davalı şirketin kusurundan kaynaklanan zararları da tazminle yükümlü olduğuna karar vererek, hükmü bozmuştur³².

Öte yandan, Yargıtay'ın sadece zarar veren kişi, sigortalının kendi bağımlı çalışanı olduğunda ve zararın işin yapıldığı sırada gerçekleştiği durumlarda, rıza unsurunu tartışmadan bu kişileri doğrudan fiilinden sorumlu olunan kişiler olarak kabul ettiği de söylenebilir. Örneğin aracın, sigortalı işverenin çalışanı olduğu ispatlanmış bir kişi tarafından çaldığı bir davada - aracın alınmasında ve kullanılmasında rızası olmadığı halde- çalışan, sigortalının fiilinden sorumlu kişi olarak kabul edilmiştir. Ancak Kara Taşıtları Kasko Sigortası Genel Şartları'nın bu tarihte yürürlükte olan ve sigortalının fiilinden sorumlu olduğu kimseler tarafından, aracın çalınması nedeniyle meydana gelen zararı teminat dışı bırakan hükmü nedeniyle, sigorta tazminatının ödenmesi talebi ret edilmiştir³³. Tabi yine de Yargıtay'ın bu kararında, yukarıda örnekleri verilen diğer kararlarında olduğu gibi aradaki hizmet sözleşmesini sigortalının rızasının varlığına bir delil olarak kabul ettiği için mi, yoksa doğrudan TBK'nin 66. maddesindeki (818 s. eBK m.55) düzenlemeden hareketle mi çalışanın sigortalının fiilinden sorumlu kişilerden olduğu sonucuna vardığını ayırt etmek mümkün değildir³⁴. Ayrıca ne yazık ki bu yorum tarzı da istikrarlı bir şekilde takip edilmemektedir³⁵.

Sigortalıyla birlikte yaşayan aile üyelerine gelince, tespit edebildiğimiz tek bir kararda Yargıtay'ın rıza unsuruna bakmadan bu kişileri de, fiilinden sorumlu olunan kişilerden saydığı görülmektedir. Örnek olarak gösterilebilecek bir karara konu olayda annesiyle yaşayan kız, annesinin arabasını kaçırıp kaza yapmıştır. Meydana gelen zararın teminat dışı olup olmadığına ilişkin çıkan uyuşmazlık, Kara Taşıtları Kasko Sigortası Genel Şartları'nın sigortalıyla birlikte yaşayan kişilerin aracı çalması veya kaçırması sırasında meydana gelen zararların teminat dışı olduğunu söyleyen düzenlemesi karşısında, Yargıtay tarafından yine 6762 s. eTTK'nin 1278. maddesine başvurulmuş ve çözülmüştür. Yargıtay'a göre 1278. maddede sigortalının fiilinden sorumlu tutulan kişilerin kasıtlı verdikleri zarar teminat dışı kabul edilmişken, sigortalıyla birlikte yaşayan kişilerin aracı kaçırması nedeniyle oluşan zararlar için bir düzenleme yoktur. Dolayısıyla Genel Şartlar'ın bu düzenlemesi yasaya aykırı değildir³⁶. Kararda rıza unsuru tartışılmadan,

³⁰ YHGK, 09.04.2008, E. 2008/17-299, K. 2008/302.

³¹ Y. 11. HD, 28.01.2008, E. 2006/13862, K. 2008/659.

³² Y. 17. HD, 01.05.2008, E. 2007/5661, K. 2008/2246.

³³ Y. 17. HD, 24.04.2017, E. 2016/10043, K. 2017/4450.

³⁴ Y. 17. HD, 26.06.2012, E. 2012/7298, K. 2012/8165.

³⁵ Bkz. aşa. dn. 42.

³⁶ Y. 17. HD, 25.05.2010, E. 2009/7005, K. 2010/4781.

sigortalıyla birlikte yaşayanlar 1278. madde hükmü bağlamında fiilinden sorumlu olunan kişi olarak değerlendirmeye alınmıştır. Oysa diğer kararlarda sürdürdüğü mantığı uygulayacak olsaydı, sigortalının rızası olmadığı için, riskin ihmal veya kasıtlı gerçekleştirilip gerçekleştirilmediğine bakmaksızın rıza yokluğu nedeniyle ret kararı vermesi gerekirdi.

c. 2012 Sonrası

2012 yılından itibaren -ısrarlı muhalefet nedeniyle, büyük kısmı oy çokluğuyla alınmış olsa da- Yargıtay, tam aksi yönde kararlar vermeye başlamıştır. 2012 öncesi ve sonrası verilmiş iki kararın kıyası, durumu daha iyi açıklayacaktır:

Sigortalı, arabasını hastanenin park işini de yapan güvenlik görevlisine teslim etmiştir. Görevli, sigortalı aracı kullanırken kaza yapmıştır. Zararı tazmin eden sigortacı halefiyet hakkına dayanarak, görevli ve güvenlik şirketine rücu etmiş, ilk derece mahkemesi davalıların müteselsilen sorumluluğuna karar vermiştir. Yargıtay ise 2012 tarihinde verdiği kararında; araç anahtarlarını sigortalının kendisi verdiği için, görevlinin 6762 s. eTTK'nin 1278. maddesi (6102 s. Kanun m.1429/1) anlamında, sigortalının fiilinden sorumlu kişilerden olduğu, bu nedenle sigortacının davalılara rücu etmesine hukuken olanak olmadığı sonucuna ulaşmıştır³⁷.

2012 sonrasındaysa şöyle bir karar verilmiştir: Sigortalı, aracını yemek için geldiği kafenin valesine vermiş, araç bu kişinin kullanımında iken hasara uğramıştır. Sigortacı zararı tazmin ettikten sonra halefiyet hakkına dayanarak, vale ve işletmeye rücu etmek istemiştir. İlk derece mahkemesi park görevlisinin 6762 s. eTTK'nin 1278. maddesi uyarınca sigortalının fiilinden sorumlu kişilerden olduğu gerekçesiyle davayı reddetmiştir. Oysa Yargıtay 2013 yılında oy çokluğuyla aldığı kararda bu sefer sigortalının aracını teslim etmekle, sigortalıyla davalılar arasında 818 s. eBK'nin 463. maddesinde (6098 s. TBK m.561) düzenlenen vedia (saklama) sözleşmesinin kurulduğu, davalıların sorumluluğunun 818 s. eBK'nin 481. maddesi kapsamında (6098 s. TBK m.579) saklama borcunu kötü ifa etmiş olmalarından kaynaklandığının kabul edilmesi gerektiği sonucuna ulaşmıştır. Yargıtay'a göre 6762 s. eTTK'nin 1278. maddesinin olaya uygulanması mümkün değildir. Zira aracın teslimiyle zilyetlik davalıya geçmiştir. Davalının aracı aldığı gibi teslim etmesi gerekirken, saklama sözleşmesinin kendisine yüklediği özenle koruma yükümlülüğünü ihlal ederek zarara neden olmuştur. Dolayısıyla aracın rızayla teslim edildiğinden bahisle sigortacının rücu edemeyeceği yönündeki kabule katılmanın mümkün olmadığına karar verilmiştir³⁸.

Görüleceği üzere iki olay, neredeyse aynıdır. Buna rağmen Yargıtay artık sigorta ettirenin zarar verenle yaptığı sözleşmeleri, zarar veren kişinin sigortalının fiilinden sorumlu olduğu kişi olarak görülmesini engelleyen bir gerekçe olarak kullanmaya başlamıştır. Oysa 2012 yılından önce verilen kararlarda bu sözleşmeler, tam tersine zarar veren kişinin, fiilinden sorumlu olunan kişi olarak kabul edilebilmesi için aranan rıza unsurunun varlığına kanıt olarak gösterilmekteydi³⁹. Ayrıca bu son dönem kararlarında, sigortalıyla yapılan sözleşmenin ve koruma yükümlülüğü gibi bu sözleşmeden doğan bir yükümlülüğün zarar veren kişinin, fiilinden sorumlu olunan kişi olarak görülebilmesine ne şekilde engel olduğuna dair hukuken doyurucu bir açıklama da yapılmamıştır. Örneğin işçinin kendisine teslim edilen taşıtı özenle korumak (TBK m.396) ve mantıklı olarak hizmet sözleşmesinin sonunda da teslim etme yükümlülüğü, bu taşıta zarar veren işçinin de fiilinden sorumlu kişi olarak görülmesini engelleyecek midir? Kısacası bu gerekçenin de bir izahı yoktur. Dahası Yargıtay'ın rıza kriterinden de tam olarak vazgeçtiği söylenemez:

³⁷ Y. 17. HD, 06.11.2012, E. 2012/5588, K. 2012/12148.

³⁸ Y. 17. HD, 29.01.2013, E. 2012/9462, K. 2013/772.

Benzer kararlar için Y. 17. HD, 27.02.2012, E. 2011/7897, K. 2012/2209; Y. 17. HD, 11.06.2012, E. 2012/3749, K. 2012/7627; Y. 17. HD, 08.10.2012, E. 2012/6666, K. 2012/10720.

³⁹ "Ariyet veren durumundaki dava dışı sigortalının, aracı davalı W.G.'a kendi rızasıyla verdiğinde kuşkuya yer yoktur. ... Dolayısıyla çalışma anındaki konumu dava dışı sigortalının bilgisi ve rızası dahilindedir ve bu nedenle davalılar TTK 1278. madde anlamında sigortalının fiilinden sorumlu bulunduğu kişiler durumundadır", YHGK, 09.04.2008, E. 2008/17-299, K. 2008/302.

Sigortalı şirkete ait araç, şirket çalışanı tarafından, davalı şirketin park görevlisine teslim edilmiş, araç bu sırada çalınmıştır. Yargıtay ise kararında; sigortalıyla davalı şirket arasında bir vedia sözleşmesinin kurulduğunu ve bu vedia sözleşmesinin sigortalının rızasıyla yapılmış olduğunun kabulünün gerekeceğini belirterek, sigortacının 6762 s.eTTK'nin 1278. maddesi kapsamında sigortalının fiilinden sorumlu olduğunu kabul ettiği davalıya rücu etmesine izin vermemiştir, Y. 17. HD, 30.10.2008, E. 2008/1813, K. 2008/4960.

Lokantaya giden sigortalı, lokantanın hakimiyetindeki otoparka yerleştirilmesi için aracını otopark görevlisine teslim etmiş, bu sırada anahtarları üzerinde olan araç çalınmıştır. Taraflar arasında araç çalınması klozu altında yapılan düzenlemeyle; aracın ... anahtarının üzerinde bırakılması nedeniyle çalınmasının, duruma göre ... sigortalı veya fiilinden hukuken sorumlu buldukları kimselerin kusuru olarak kabul edileceği ve sigortacının bundan kaynaklanan zararı tazminle yükümlü olmayacağı kararlaştırılmıştır⁴⁰. İlk derece mahkemesi otopark görevlisi, sigortalının fiilinden sorumlu kişilerden olduğundan, sigortacının rücu edemeyeceğine karar vermiştir. Hukuk Genel Kurulu ise, 818 s. eBK'nin vedia sözleşmesine ilişkin 463, 464, 481 (6098 s. TBK m.561, 562, 579) ve istihdam edenin sorumluluğuna ilişkin 55. maddesine (6098 s. TBK m.66) atıfla, taraflar arasında vedia akdinin kurulduğu ve park görevlisinin davalı işletmenin sahibinin çalışanı olduğunun çekişmesiz olduğunu, dolayısıyla davalıların bu akdi yükümlülükler ve halefiyete ilişkin düzenlemeler gereğince zarardan sorumlu olduğuna karar vererek, uyuşmazlığa 6762 s. eTTK'nin 1278. maddesinin uygulanmasını reddetmiştir.

Kararda dikkat çeken açıklamaysa şudur: Hukuk Genel Kurulu'na göre aracını park görevlisine emin sıfatıyla teslim eden sigortalının aracın çalındığı andaki konumunu bilmesi kendisinden beklenemez⁴¹. Bu nedenle araç çalınması klozu altında düzenlenen şart ihlal edilmemiştir. Keza sigortalının aracın yeterli muhafaza sağlanmadan kırk beş dakika anahtarları üzerinde her an çalınabilecek şekilde bırakılmasına rıza gösterdiğinin kabulü mümkün değildir.

Anlaşılan, sigortalının aracın bu şekilde bırakılmasına rızası olduğu kabul edilebilseydi, özel şartla getirilen istisna hükmü işleyecekti. Tabi bu da - aracın çalınmasına neden olan park görevlisi olduğuna göre- park görevlisinin sigortalının fiilinden sorumlu kişilerden olduğu kabul edilmek suretiyle yapılacaktır. Yani Yargıtay aslında yine rıza kriterine dayanmıştır.

Ancak Yargıtay'ın bu içtihat değişikliğini tutarlı bir şekilde sürdürdüğü de söylenemez. Örneğin 21.02.2018 tarihinde verilen bir kararda yine 2012 öncesi görüşe dönülmüştür:

Sigortalı, biçerdöver aracını dava dışı X'e kiralamıştır. Biçerdöver, X'in çalışanı Y'nin bir başka biçerdöveri tamiri sırasında çıkan yangında hasar görür. Sigortacı hasarın teminat dışı olduğu gerekçesiyle tazminat ödemez. Yargıtay ise yine 1429/1. maddeye atıfla, kiralayanın çalışanını sigortalının, fiilinden sorumlu kişi olarak kabul etmiş ve sigortacıyı tazminat ödemeye mahkûm etmiştir⁴². Üstelik bu davada, kiralayanın çalışanı, 1448. madde uyarınca zararı önlemek ve azaltmak (artmasına engel olmakla) yükümlülüğü altında da tutulmuştur. Oysa TTK'nin 1412. maddesinde sigorta ettirenin dışında bilgisi ve davranışına sonuç bağlanabilecek kişiler sigortalı, temsilci ve can sigortaları için lehtar olarak tespit edilmiştir.

Öte yandan, Yargıtay önceleri sigortalının, sigortalı aracı kira, saklama, ödünç vb bir sözleşmeyle kullandığı kişilerin çalışanlarını, rıza unsuruna bağlı olarak sigortalının fiilinden sorumlu olduğu kişi olarak kabul ederken⁴³, 2012'den sonra bu tür olaylarda –her zaman olmasa da- isabetli bir şekilde zarar veren kişinin kimin çalışanı olduğunu tetkik etmeye başladığı da söylenmelidir. Buna göre eğer zarara neden olan kişi, sigortalının çalışanıysa 1429/1 anlamında fiilinden sorumlu olunan kişi olduğu kabul edilmektedir⁴⁴.

3. Karayolları Trafik Kanunu'nun 85/5. Maddesi Bağlamında Trafik Sigortası'nda

KTk'nin 85/5. maddesiyle işleten, aracın sürücüsünün ya da aracın kullanılmasına katılan yardımcı kişinin kusurundan kendi kusuru gibi sorumlu tutularak, Türk Hukuku'nda ayrı bir "başkasının fiilinden sorumluluk" hali düzenlenmiştir⁴⁵.

Aynı Kanun'un 91. maddesindeyse işletene, motorlu aracın işletilmesi nedeniyle doğacak sorumluluk için sorumluluk sigortası yaptırma zorunluluğu getirilmiştir. Bu düzenlemeye istinaden yapılacak sigortada, sigortacı işletenin fiilinden sorumlu olduğu kişilerin

⁴⁰ YHGK, 21.03.2018, E. 2017/3076, K. 2018/498.

⁴¹ 30 ve 39. dn'lerde anılan kararla krş.

⁴² Y. 17. HD, 21.02.2018, E. 2015/11492, K. 2018/1176.

⁴³ Örnek için 27. dn'ye bkz.

⁴⁴ Y. 11. HD, 28.06.2018, E. 2016/11534, K. 2018/4903; Y. 11. HD, 06.06.2014, E. 2014/4364, K. 2014/10853; Y. 11. HD, 22.01.2018, E. 2016/113646, K. 2018/501; Y. 11. HD, 15.12.2014, E. 2014/13341, K. 2014/19806.

⁴⁵ ÖZSUNAY, Ergun: "Trafik Hukukunda Araç Sahibinin Fiil ve Davranışlarından Sorumlu Olduğu Şahıslar", BATİDER, IV, 1967, s.5; ÇELİKTAŞ, Demet: 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nda İşletenin Hukuki Sorumluluğu, Karınca Matbaacılık, İzmir 1987, s.70.

gerçekleştirdiği riskler nedeniyle de tazminat ödemek durumundadır. Yani işletenin fiilinden sorumlu olduğu kişilerin tespiti bu sigortada da önemlidir.

Her ne kadar, 85/5. maddede, işletenin fiilinden sorumlu olduğu kişiler, sürücü ve yardımcı kişiler olarak belirlenmiş ve her iki kavram da Kanun’da ayrıca tanımlanmış olsa da hangi sürücü ve hangi yardımcı kişi soruları cevaba muhtaçtır.

Ancak TTK’nin 1429/1. maddesinin aksine, trafik sigortası bağlamında işletenin fiilinden sorumlu olduğu sürücü ve yardımcı kişilerin kapsamı ve nasıl tespit edileceğine dair doktrinde doyurucu açıklamalar bulmak mümkündür. Ayrıca doktrindeki görüşler ile Yargıtay’ın kararları arasında da uyum vardır.

Kanun’un 3. maddesinde sürücü; “karayolunda, motorlu veya motorsuz bir aracı veya taşıtı sevk ve idare eden kişi” olarak tanımlanmıştır. Sürücü, izinli sürücü ve izinsiz sürücü olarak ikiye ayrılır. İşletenin fiilinden sorumlu olduğu sürücü kural olarak; aracı, işletenin açık veya kapalı rızasıyla kullanan izinli sürücülerdir⁴⁶. Bu yönden, aradaki akdi ilişkiye binaen aracın kullanımının bırakıldığı profesyonel sürücü; aracın kullanımının rızayla ancak geçici olarak bırakıldığı aile üyesi, arkadaş, yolcu, kamu görevlisi, bilirkişi, aracı deneme amaçlı kullanan kişi; işletenin aracı kısa süreli olarak kiraladığı veya ariyet olarak verdiği kişi gibi arazi sürücüler izinli sürücü kategorisinde anılır⁴⁷. Hatta Türk Hukuku’nda geçerli anlayışa göre sürücünün, aracın kullanımını işletenin rızası ve bilgisi dışında bıraktığı üçüncü kişi dahi, işletenin fiilinden sorumlu olduğu kişi kategorisine sokulmaktadır⁴⁸

İzinsiz sürücülerse; “aracı, işletenin rızası olmaksızın hukuka aykırı olarak ele geçiren” kişilerdir⁴⁹ ki KTK’nin 107. maddesindeki düzenleme nedeniyle Türk Hukuku’nda aracı çalmak veya gasp etmek suretiyle işletenin izni olmadan kullanan sürücüleri, ifade eder. Ancak işleten bu kişilerin fiillerinden de, kendisi veya fiilinden sorumlu olduğu kişilerden birinin aracın çalınmasında veya gasp edilmesinde kusurlu olmadığını ispat etmedikçe sorumlu tutulmuştur (KTK m.107).

İşletenin fiilinden sorumlu olduğu ikinci grubu oluşturan yardımcı kişiler için KTK’de hizmetli kavramı kullanılmakta ve 3. maddede “araçlarda, sürücü hariç, araç veya taşıma hizmetlerinde süreli veya süresiz çalışan kişiler ile iş makinelerinde sürücüden gayri kişiler” olarak tanımlanmaktadır.

Eren’e göre yardımcı kişi kavramı geniş yorumlanmalıdır⁵⁰. Bu bakımdan şoför muavini, aracın manevra yapması sırasında işaret eden kişi gibi ücretli veya ücretsiz olarak aracın işletilmesine yardım eden kişiler bu kavramın kapsamında yer alır. Önemli olan; işletenin somut durumda, bir başkasının hizmetinden tabiiyet ilişkisi içinde yararlanmış ve yardımcının fiilinin aracın işletilmesiyle ilgisinin olmasıdır⁵¹. Ayrıca bir kişinin yardımcı sayılması için, aracın işletilmesi ve kullanılmasında kendisine bir görev verilmiş olması da gerekir. Meseleye işletenin, araçta bulunan yolcuların fiilinden sorumluluk bağlamında da değinen *Eren*’e göre; aracın kullanılmasına ilişkin olarak, sürücünün rızasıyla işlediği fiil nedeniyle bir başkasına zarar veren yolcunun bu fiilinden, işleten sorumlu olur. Oysa aracın işletilmesi ve kullanılmasında herhangi bir görev verilmemiş yolcunun yardımcı kişi sayılması, dolayısıyla işletenin bu kişinin verdiği zararlardan sorumluluğu söz konusu olmaz. Bununla birlikte kişi, sürücünün izni olmasa da, kazayı önlemek için aracın kullanımına müdahale etmişse, doğacak zarardan da işleten sorumlu olmalıdır⁵².

⁴⁶ EREN, Fikret: “Karayolları Trafik Kanununa Göre Motorlu Araç İşletenin Akit Dışı Sorumluluğunun Hukuki Niteliği ve Unsurları”, AÜHFD, 39(1), 1987, s.188; BOLATOĞLU, Bolat: Karayolları Trafik Kanununa Göre Motorlu Araç İşletenin Hukuki Sorumluluğu (İşleten Kavramı ve Sorumluluğun Şartları), Kazancı Hukuk Yayınları, Ankara 1988, s.118.

⁴⁷ EREN, s.189; ÖZSUNAY, Trafik Hukuku, s.64.

⁴⁸ EREN, s.189; ÖZSUNAY, Trafik Hukuku, s.50, 51.

Örnek kararlar için Y. 17. HD, 15.12.2016, E. 2014/17501, K. 2016/11569; Y. 17. HD, 05.07.2017, E. 2014/24856, K. 2017/7230.

⁴⁹ EREN, s.188; BOLATOĞLU, s.119.

⁵⁰ EREN, s.190. Aynı yönde ÇELİKTAŞ, s.71, 72.

⁵¹ EREN, s.191; BOLATOĞLU, s.121.

⁵² EREN, s.191. Aynı yönde BOLATOĞLU, s.127.

Görüldüğü üzere trafik sigortasında, işletenin fiilinden sorumlu olacağı kişilerin tespitinde kullanılan temel kriter; sigortalı aracı kullanan kişinin, işletenin rızasıyla kullanılmadığıdır. Böylece işletenin sorumluluk alanının da genişletilmesi sağlanmaktadır⁵³. Keza yukarıda belirtildiği üzere aracı çalan veya gasp eden kişiler, aracın kullanımında işletenin rızası olmadığı için, fiilinden sorumlu olunan kişilerden kabul edilmemekte ve işletene teminat veren sigortacı bu zararı tazmin etmekten kurtulabilmektedir. Dahası bu sigortada rıza unsuru mümkün olduğunca geniş de yorumlanmaktadır: Nitekim izinsiz kullanım KTK'nin 107. maddesindeki düzenleme uyarınca, ancak işletenin veya onun fiilinden sorumlu olduğu kişilerin herhangi bir kusuru olmadan sigortalı aracın çalınması veya gasp edilmiş olması durumunda ortaya çıkmaktadır⁵⁴. Hatta bazen rıza unsurunun göz ardı edilmesi dahi mümkündür⁵⁵.

Tabi işletenin, fiilinden sorumlu olduğu kişilerin bu şekilde geniş bir yorum tarzıyla belirlenmesi, trafik sigortası için gayet yerinde bir tutumdur. Keza akdi zorunlu da olan trafik sigortasıyla, işletenin menfaatinin korunmasının ötesinde, kaza nedeniyle mağdur olan kişilerin mümkün olduğunca tazminatsız kalmamasına ilişkin sosyal bir politika da gerçekleştirilmek istenir⁵⁶.

III. ZARAR VEREN ŞAHSIN, SİGORTA ETTİREN VEYA SİGORTALININ FİİLİNDEN SORUMLU TUTULAN KİŞİ OLARAK KABULÜNÜN ORTAYA ÇIKARDIĞI SONUÇLAR

1429/1. maddede yer alan düzenleme, sigortacının tazminat ödeme borcu üzerinde ortaya çıkanlar hariç, Yargıtay'ın konuya ilişkin kabullerinin de etkisiyle sigortacının halefiyet hakkı ve sigortalının fiilinden sorumlu olduğu kabul edilen zarar veren üçüncü kişinin haksız fiile ilişkin tazminat sorumluluğu üzerinde de bazı sonuçlar doğurmaktadır.

Bu noktada şu husus belirtilmelidir: TTK'de, 1429/1. maddeye 6. Kitap'ta Genel Hükümler arasında yer verilmiştir. Zaten madde metninde sigorta ettiren ve sigortalının yanı sıra lehtardan da bahsedilmiştir. Dolayısıyla 1429/1. maddenin teorik olarak hem can, hem zarar sigortasında uygulanması mümkündür⁵⁷. Tabi bu durum, sigorta sözleşmesinin türüne göre farklı sonuçların çıkmasına yol açar. Ancak 1429/1. maddede yer alan düzenleme, bu çalışmada bir mal/zarar sigortası türü olan kasko sigortası bağlamında ele alındığından, zarar/mal sigortası bağlamında ortaya çıkan sonuçlar üzerinde durulacaktır.

A. Sigortacının, Sigorta Tazminatını Ödeme Borcu Üzerinde Doğan Sonuçlar

1429/1. madde, temin edilen riskin, sigorta ettiren veya sigortalının yanı sıra, bunların fiilinden sorumlu oldukları üçüncü kişiler tarafından gerçekleştirilmesi durumunda, sigortacının hangi koşullar altında tazminat ödeyeceğine ilişkin esasları belirleyen bir maddedir.

Olağan şartlar altında, sigortalının fiilinden sorumlu olduğu kişi sigorta sözleşmesine yabancı üçüncü bir kişi olduğundan, bu kişinin kasıt veya ihmalle olsun riski gerçekleştirdiği her durumda, sigortacının tazminat ödemesi gerekirdi. Ancak riski gerçekleştiren üçüncü kişinin

⁵³ ÇELİKTAŞ, s.73.

⁵⁴ Olayda, işleten, aracını dinamosundaki arızanın tamiri için buzdolabı tamircisine bırakmış, 20 dakika içinde de onarım gerçekleştirilmiştir. Sonrasında kontak anahtarı üzerinde olduğu halde dükkânın önünde duran araç, başkası tarafından izinsiz alınarak kullanıldığı sırada kaza gerçekleşmiştir. Yargıtay tamircinin, motorlu araçlarla ilgili mesleki faaliyette bulunan kişilerden olduğunun söylenemeyeceği ve yirmi dakika içinde gerçekleşen onarım ve araç üstünde bırakılan anahtar nedeniyle araç üstündeki hakimiyetin eylemli olarak tamirciye geçtiğinden bahsedilemeyeceği, bu nedenle KTK'nin 104. maddesi anlamında farazi işleten olarak kabul edilemeyeceği, ayrıca olaydaki gerçekleşme tarzına göre izinsiz kullanmanın KTK'nin 107. maddesi bakımından gerçek işletenin sorumluluğunu kaldırır nitelikte olmadığı sonucuna varmıştır, Y. 4. HD., 02.10.1989, E. 1989/5722, K. 1989/7198.

Bir başka karar için Y. 17. HD, 06.05.2013, E. 203/1288, K. 2013/6353.

⁵⁵ TANDOĞAN, Haluk: “İsviçre Hukukunda Motorlu Taşıt Aracı İşletenin Sorumluluğunun Niteliği, Şartları Birden Fazla İşletenin Sorumluluğu ve Türk Hukuku İçin Öneriler”, V. Ticaret ve Banka Hukuku Haftası 1973, s.200, 201.

⁵⁶ ÖZSUNAY, Ergun: “Çalınan ya da “İşleten”in İzni Dışında Yararlanılan Motorlu Taşıtların Neden Oldukları Zararlardan Dolayı Sorumluluk ve Buna İlişkin Gelişmeler”, Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler IV. Sempozyumu, 7–8 Mart, Ankara 1980, s.13, 14–42; COHEN, Richard S.: “Insurance – Omnibus Clause – Unauthorized Driver Covered Where Car Used for Permitted Purpose”, William & Mary Law Review, 3(2), 1962, s.520.

⁵⁷Bu yönde ÜNAN, s.298. Gerçi Yazar maddede zararın tazmin edilmesinden bahsedilmesi durumunun can sigortalarına uygulanamayacağına işaret ettiğini de belirtir, s.298. Bu eleştiriye katılmakla birlikte, 1429/1. maddenin can sigortalarında da uygulama olanağı bulabileceği düşüncesindeyiz. Örneğin hayat sigortasında sigortalının, sigorta ettiren ve lehtar dışında, hizmetli gibi sigortalının fiilinden sorumlu tutulabilecek bir kişi tarafından ihmalle öldürülmesi hali de bu düzenleme sayesinde aksine bir düzenleme yapılarak, teminat dışı bırakılabilecektir.

sigortalıyla belli bir ilişki içinde olması, bu sonucu değiştirmektedir ki 1429/1. maddede işte bu değişen sonuçlar gösterilmiştir:

İlk zamanlarda sigortacının ancak tesadüfi olarak gerçekleşen risklerden sorumlu olup, sigortalının kusuruyla gerçekleştirdiği risklerin tazmin edilmeyeceği görüşü geçerli olsa da, yaşanan gelişmeler kusurdan doğan risklerin de teminat kapsamına alınmasını zorunlu kılmıştır⁵⁸. Bu durum, kanun koyucuları, kusurun sigortacının tazminatı ödeme borcuna olan etkisini ayrıca düzenlemeye zorlamış olmalıdır. Nitekim yukarıda ifade edilmeye çalışıldığı üzere, İsviçre kanun koyucusu ağır ihmali sigorta tazminatında indirim nedeni olarak kabul etmişken, Türk kanun koyucusu tercihini aksinin kararlaştırılmasına da izin vererek, sigorta tazminatının tam olarak ödenmesi yönünde kullanmıştır.

İşte 1429/1. maddedeki düzenlemeyle ilk olarak, sigortalının yanı sıra, onunla belli bir bağı olan üçüncü kişilerin, riski ağır kusurlarıyla gerçekleştirmiş olmasının sigortacının tazminat borcu üzerinde etkisi olmayacağı açıklığa kavuşturulmuştur. Ancak tarafların bu düzenlemenin aksini kararlaştırmalarının mümkün olduğu da belirtilmiştir. İkinci olarak ise 1429/1 maddede sigortalıyla belli bir bağı olan üçüncü kişinin, riski sigortalı lehine kasıtlı olarak gerçekleştirmesi halinde, sigortacının tazminatı ödemekten kurtulacağı ifade edilmiştir.

B. Sigortacının Halefiyet Hakkını Kullanamaması

1429/1. maddedeki düzenleme -Yargıtay'ın bu konudaki içtihadı nedeniyle- sigortacının halefiyet hakkına dayanarak, zarar veren ancak sigortalının fiilinden sorumlu olduğu kişilere rücu etmesini de engellemektedir.

Aslına bakılırsa, 1429/1. maddede bu hususa ilişkin doğrudan bir düzenleme yoktur. Ayrıca sigortacının halefiyet hakkının düzenlendiği TTK'nin 1472. maddesinde istisna getirilmeden sigortacının, zarardan sorumlu olan herkese karşı halefiyet hakkını kullanabileceği belirtilmiştir.

Yine de doktrin ve Yargıtay'ın içtihatlarıyla, sigortacının halefiyet hakkını kullanamayacağı bir grup kişinin oluşturulduğu görülür. Bunlardan ilki başkası lehine yapılan sigortalarda, zararı gerçekleştiren sigorta ettirendir. Gerek doktrin gerek Yargıtay bakımından, hakim görüş sigortacının, sigorta ettirene karşı halefiyet hakkını kullanamayacağı yönündedir⁵⁹.

Yargıtay tarafından, sigortacının halefiyet hakkına dayanarak rücu edemeyeceği kabul edilen diğer bir grup ise 1429/1. madde kapsamında sigortalının fiilinden hukuken sorumlu olduğu kişilerdir.

Aslında TTK'de olmasa da, farklı gerekçe ve amaçlarla sigortacının halefiyet hakkını, sigortalıyla belli türden ilişkisi olan kişilere karşı kullanamayacağını söyleyen düzenlemelere, başka ülkelerde rastlanılmaktadır⁶⁰. Bu konuda dile getirilen gerekçelerden başındaysa, sigortalının, uğradığı zarara rağmen, aralarındaki ilişkinin niteliği gereği tazminat talebinde bulunmayacağı kabul edilen kişilere karşı, sigortacının da halefiyet hakkını kullanmaması gerektiğine ilişkin görüş vardır⁶¹. Gerçekten de, sigortalının zarara neden olan eşinden tazminat

⁵⁸ ARSEVEN, Haydar: Sigorta Hukuku, 2. Baskı, Beta Basım Yayım, İstanbul 1991, s.190.

⁵⁹ Bu görüşün temelinde 6762 s. eTTK'de halefiyet hakkının düzenlendiği 1301. maddedeki düzenlemeyle ilgili tartışma vardır. Bu düzenlemeye göre sigorta ettirenin maruz kaldığı zarardan dolayı üçüncü şahsa karşı sahip olduğu dava hakkı, tazmin ettiği bedel nispetinde sigortacıya intikal eder. Tartışma bu düzenlemede kullanılan "üçüncü şahıs" kavramına ilişkindir ve metinde de işaret edildiği gibi, çoğunluk sigorta sözleşmesinin tarafı ve primleri ödeyen sigorta ettirenin, 1301. madde uyarınca üçüncü şahıs sayılamayacağını kabul eder. Bu konuda KENDER, Rayegan: Türkiye'de Hususi Sigorta Hukuku, 16. Baskı, X11. Levha Yayıncılık, İstanbul 2017, s.372.

Örnek kararlar için Y. 11. HD, 02.07.2014, E. 2014/1878, K. 2014/12678; Y. 11. HD, 08.04.2011, E. 2009/3060, K. 2011/4079.

6102 s.TTK'de bu kavram kullanılmamış olmasına rağmen doktrin ve Yargıtay eski görüşünü sürdürüyor gözükmektedir. Kaldı ki 6762 s.eTTK zamanında da 1301. maddede anılan üçüncü kişi kavramının sigorta sözleşmesini akdetme eyleminden bağımsız olarak değerlendirilmesi ve bu kavramın menfaati sigorta edilmeyen kişi şeklinde anlaşılması gerektiğine dair görüşler ileri sürülmüştür, Y. 11. HD, 08.04.2011, E. 2009/3060, K. 2011/4079 s.kararda yer alan karşı görüş. Yine KILIÇOĞLU da sigortalının farklı bir kimse olduğu durumlarda, sigorta ettirenin dahi rücu edilebilecek kişileri anlatan üçüncü kişi kavramının kapsamına gireceğini söyler, s.409.

⁶⁰ BASEDOW, Jürgen/BIRDS, John/CLARKE, Malcolm/COUSY, Herman/HEISS, Helmut/LOACKER, Leander D. (Ed.): Principles of European Insurance Contract Law: (PEICL), European Law Publishers GmbH, Munich 2009, s 259, 260; KILIÇOĞLU, s.402 vd; OMAĞ, Merih Kemal: Türk Hukukunda Sigortacının Kanuni Halefiyeti, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2011, s.119, dn. 15.

⁶¹ BASEDOW/BIRDS/CLARKE/COUSY/HEISS/LOACKER, s.259; KILIÇOĞLU, s.403. Krş. OMAĞ, s.123.

talebinde bulunmayacağını kabul etmek, garip bir varsayım olmasa gerektir.

Sigortacının halefiyet hakkı uyarınca zarar verilen kişiye ödetilecek tazminatın –yine aralarındaki ilişkinin niteliği gereği- neticede sigortalının bütçesine yansiyacak olması da başka bir gerekçedir⁶². Örneğin eşe ödetilecek tazminatın, sigortalıya yansiyacağı barizdir. Keza zararı ödeyen kişinin, bu meblağ için hukuki (de jure) veya fiili (de facto) olarak, sigortalıya başvurabilecek bir konumda olması da böyledir⁶³. Başka bir gerekçeyse sigorta sözleşmesinin örtülü olarak bu kişilerin de lehine yapılmış olduğuna dair kabulden doğar⁶⁴. Ancak sigortalının çalışanları söz konusu olduğunda, dile getirilen temel gerekçe, çalışma barışının korunmasıdır⁶⁵.

Bu yönden, Yargıtay 1429/1. madde anlamında fiilinden sorumlu olunan kişilere adeta sigortalıymış gibi muamele etmekte olup, sigortacının kendi sigortalısına rücu edemeyeceği ilkesini işletiyor gibi gözükmektedir⁶⁶:

Sigortalı; kiralama işi yapan bir şirkettir. X'e kiraladığı araç hasar görünce, X ve sigortacıya karşı zararın tazmini için dava açmıştır. İlk derece mahkemesi her iki davalı bakımından da kabul kararı vermiştir. Yargıtay ise araç kiralandığından, X'in aracı sigortalının onayıyla kullandığını, 6762 s. eTTK'nin 1278 (6102 s. TTK m.1429/1) maddesi uyarınca aracı sigortalının onayıyla kullanan kişinin fiilinin sigortalının dışında mütalaa edilmesinin, dolayısıyla X'in üçüncü kişi olarak görülmesinin mümkün olmadığını, ancak X'in aracı aynen iadeyle yükümlü olduğundan aradaki kira sözleşmesi nedeniyle hasardan sorumlu olduğunu belirtmiştir. Yine de Yargıtay'a göre; (X, sigortalının fiilinden sorumlu olduğu kişi olduğundan) hasarı sigortacı ödeyecektir. Sigortacı tazminatı ödemediğindeyse, 1278. madde gereğince sorumluluğu ortadan kalkacağından, tahsilde tekerrür olmasın diye ilk derece mahkemesinin kararı X lehine bozulmuştur⁶⁷.

Oysa sigorta sözleşmesinin kanun⁶⁸ veya taraflar arasındaki anlaşma gereğince, fiilinden sorumlu olunan kişilerin de lehine yapıldığı söylenemediği sürece bu mümkün değildir. Ek olarak 1429/1. madde, poliçede somut olarak gösterilenler dışında başka kimlerin de menfaatinin koruma altına alınmış sayılacağına ilişkin bir düzenlemeyi içermez. Tersine maddede sigorta sözleşmesine yabancı, ancak sigortalıyla ilişkisi olan üçüncü kişilerin fiillerinin sigorta tazminatı üzerindeki etkisi düzenlenmiştir. Nitekim, *Atabek*'e göre; Kanun'da bir açıklık olmadığı için sigortacı, halefiyet hakkına dayanarak sigortalının hukuken fiilinden sorumlu olduğu kişiler

⁶² KILIÇOĞLU, s.403; BOZER, Ali: Sigorta Hukuku, Güzel İstanbul Matbaası, Ankara 1965, s.215. Krş. OMAĞ, s.123.

⁶³ BASEDOW/BIRDS/CLARKE/COUSY/HEISS/LOACKER, s.259.

⁶⁴ BASEDOW/BIRDS/CLARKE/COUSY/HEISS/LOACKER, s.259.

⁶⁵ Report of the Inter – Departmental Committee, Ministry of Labour and National Service: “Lister v. The Romford Ice and Cold Storage Company Limited”, https://archive.org/stream/op1265954-1001/op1265954-1001_djvu.txt (Erişim Tarihi: 02.05.2019); HARPWOODS, Vivienne H., Modern Tort Law, Seventh Edition, Routledge – Cavendish, Abington Oxon 2009, s.364.

Sigortacının, zarardan sorumlu çalışana niçin rücu edemeyeceği, temel olarak çalışanın haksız fiili için tazminat ödeyen işverene, işçisine rücu etme hakkının verilmesinin yerindeliği, verilecekse de şartlarının ne olması gerektiğine ilişkin tartışmaya dayanır. Keza çalışana karşı rücu edilmesine izin vermenin sanayinin gelişimi, işçi – işveren ilişkileri, modern risk dağılımının gerçekleştirilmesi ve nimeti elde edenin külfetine katlanmasını sağlama amacı güden adam çalıştırmanın sorumluluğunun etkinliği üzerinde olumsuz etkileri olacaktır. Bu konudaki tartışmalar için WEIR, Tony: “Subrogation and Indemnity”, The Cambridge Law Journal, 71(1), 2012, s.1–7; FOLKENROTH, John C: “The Employer’s Indemnity Action”, Louisiana Law Review, 34(1), 1973, s.87; PROCACCIA, Uriel: “Vicarious Tort Liability, Employer’s Liability Insurance and Subrogation: A Problem of Conflicting Policies”, Insurance Law Journal, 1972, s.471–476; DOWLING, Thomas: “Can Employers Sue Employees for Insured Wrongs?”, <https://hdm.ie/can-employers-sue-employees-for-insured-wrongs/> (Erişim Tarihi: 03.05.2019).

Türk kanun koyucusuysa adam çalıştırandan yana tavır alarak, çalışana rücu edilmesine izin vermiştir (TBK m.66/4), ÇELİK, Nazlı Hilal: Adam Çalıştırmanın Sorumluluğu, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2017, s.268 vd.

⁶⁶ Örnek olarak: Y. 11. HD, 28.06.2018, E. 2016/11534, K. 4903; Y. 11. HD, 06.06.2014, E. 2014/4364, K. 2014/10853.

⁶⁷ Y. 17. HD, 24.11.2009, E. 2009/5652, K. 2009/7951.

Yargıtay, bu görüşünü bazı kararlarında Kara Taşıtları Kasko Sigortası Genel Şartları'nın hükümleriyle destekliyor olsa da (Y. 11. HD, 15.09.2003, E. 2003/1768, K. 2003/7801; Y. 3. HD, 10.06.1992, E. 1992/1204, K. 1992/12050; Y. 11. HD, 30.11.2006, E. 2005/12444, K. 2006/12592; Y. 11. HD, 03.03.1980, E. 1980/1171, K. 1980/1979) , aynı mantığı Genel Şartlar'a hiç atfı yapılmayan kararlarında (Y. 11. HD, 10.05.2001, E. 2001/1960, K. 2001/4102; Y. 17. HD, 14.07.2008, E. 2008/920, K. 2008/3940; Y. 17. HD, 24.11.2008, E. 2008/4291, K. 2008/5466) veya üçüncü şahıs mali sorumluluk sigortası gibi diğer türden sigorta sözleşmelerinde de (Y. 11. HD, 06.06.2014, E. 2014/4364, K. 2014/10853; Y. 11. HD, 28.06.2018, E. 2016/11534, K. 4903) kullanmaktadır.

⁶⁸ Mesela TTK'nin 1473/2. maddesinde; sigortalının işletmesiyle ilgili sorumluluğu için yapılan sigortanın, aksine düzenleme olmadıkça sigortalının temsilcisi ve işletmenin veya işletmenin bir kısmının yönetiminde, denetiminde ve işletmede çalıştırılan kişilerin sorumluluğunu da karşılayacağı düzenlenmiştir.

aleyhine de dava açabilecektir⁶⁹. Ayrıca bu yorum tarzıyla, tarafların yaptıkları sigorta sözleşmesinin kapsamına, sorumluluk sigortası teminatı da eklenmiş olmaktadır.

Peki acaba 1429/1. maddede sigortacı tazminat ödemeye mahkum edildiği için, dolaylı olarak sigortacının halefiyet hakkına dayanarak fiilinden sorumlu olunan kişilere rücu etmesinin yasaklandığı söylenebilir mi?

Yukarıda İsviçre Sigorta Sözleşmesi Kanunu'nun, TTK'nin 1429/1. maddesinin muadili olarak kabul edilebilecek 14/3. maddesiyle riskin, sigortalının ev halkından veya fiillerinden sorumlu olduğu kişilerden birisi tarafından kasit veya ağır ihmalle gerçekleştirilip, sigortalının da bunların üstündeki gözetim ve denetim yükümlülüğünü ağır ihmalle ihlal ettiği durumlarda, sigorta tazminatının indirimli olarak, sigortalının gözetim yükümlülüğünü hafif ihmalle ihlal ettiği veya riskin, sigortalı, sigortalının ev halkı veya fiilinden sorumlu olduğu kişilerden birisince hafif ihmalle gerçekleştirildiğindeyse, tazminatın tam olarak ödeneceğinin düzenlendiğinden bahsedilmişti. Oysa bu düzenlemeye karşılık VVG'nin 72/3. maddesinde; sigortacının halefiyet hakkını ancak, zararın sigortalıyla birlikte yaşayan veya sigortalının fiilinden sorumlu olduğu bir kişinin hafif ihmaliyle gerçekleşmesi durumunda kullanamayacağı belirtilmiştir.

Avustralya'da ise sosyal ilişkileri zedeleyeceği gerekçesiyle sigortalının, açık veya örtülü olarak sigortalı aracı kullanmasına izin verdiği⁷⁰ veya aralarında ailevi yahut diğer bir kişisel ilişki olduğu için, tazminat talep etmediği ve etmeyeceğinin de mantıklı olarak beklenebileceği üçüncü kişilere karşı, sigortacının da halefiyet hakkına dayanarak rücu etmesi kanunla yasaklanmıştır⁷¹. Ancak zarar veren kişinin sigortalıya karşı doğan sorumluluğu için kendine ait bir sigortası olduğu veya davranışında ağır kusurlu veya kasıtlı olduğu sürece bu yasak da kalkmaktadır⁷².

Yani riskin sigortalıyla belli bir ilişkisi olan kişilerce gerçekleştirilmesi durumunda, sigortacının tazminatı ödemekle yükümlü olup olmayacağı başka, bu kişiler tarafından gerçekleştirilen zararı tazmin eden sigortacının, bu kişilere halefiyet hakkına dayanarak rücu edip edemeyeceği başka bir meseledir ve ayrı ayrı yahut birbiriyle bağlantılı olarak çözülmesi, ilgili toplumun adalet anlayışı ve tabii olduğu koşullara bağlıdır. Dolayısıyla 1429/1. maddede sigortalının fiilinden sorumlu olduğu kişilerin verdiği zararı tazminle yükümlü tutulmuş olması tek başına, sigortacının bunlara karşı halefiyete dayalı olarak rücu etmesinin yasaklandığı şeklinde yorumlanmasını sağlamaz.

C. Zarar Veren Şahsın İşlediği Haksız Fiilden Sorumsuzluğunun Ortaya Çıkması

Bilindiği üzere, zarar sigortalarına hakim ilkelerin başında, zenginleşme yasağı gelir. Burada sigortanın fonksiyonu; sigorta ettirenin malvarlığının zarar olayından önceki duruma getirilmesidir⁷³. Dolayısıyla sigorta tazminatını alan sigortalı, aynı zarar için zararı gerçekleştiren

⁶⁹ ATABEK, s.183.

⁷⁰ Bu hükmün düzenlendiği Avustralya Sigorta Sözleşmeleri Kanunu'nun 65. maddesinde ayrıca bir tarif yapılmaması olsa da, aracı kullanmasına izin verilen kişiler bir başka kaynaktan, sigortalıyla yakın ailevi veya benzeri kişisel ilişki içinde olan kişiler olarak tanımlanmıştır, The Law Reform Commission: "Report Consumer Insurance Contracts" (2015), s.142, https://www.lawreform.ie/_fileupload/Reports/r113.pdf (Erişim Tarihi: 08.05.2019).

Avustralya Sigorta Sözleşmeleri Kanunu'nun (Insurance Contracts Act) 65. maddesindeki bu düzenleme için bkz. Insurance Contracts Act 1984, <https://www.legislation.gov.au/Details/C2019C00115> (20.02.2020).

⁷¹ MERKIN, Rob/STEELE, Jenny: Insurance and the Law of Obligations, Oxford University Press, Great Britain/New York 2013, s.135; SKINNER, Matthew/COSS, Justin: "Subrogation", s.13, <https://www.allens.com.au/pubs/pdf/insur/pap7jun06.pdf> (Erişim Tarihi: 08.05.2019); Australian Law Reform Commission: "Insurance Contracts" ((1982) ALRC 20), Australian Government Publishing Service Canberra 1982, Summary of Recommendations, Subrogation, Rights Again Employees, 61. paragraf, <http://www.austlii.edu.au/cgi-bin/sinodisp/au/other/lawreform/ALRC/1982/20.html?stem=0&synonyms=0&query=law%20reform%20insurance%20contracts> (Erişim Tarihi: 09.05.2019). Ayrıca, Australia Insurance Contracts Act 1984, Part VIII – Subrogation, Section 66.

⁷² SKINNER/COSS, s.13; MERKIN/STEELE, s.135; Australian Law Reform Commission: "Insurance Contracts" ((1982) ALRC 20), Australian Government Publishing Service Canberra 1982, Subrogation, Rights Again Family, 60. paragraf, <http://www.austlii.edu.au/cgi-bin/sinodisp/au/other/lawreform/ALRC/1982/20.html?stem=0&synonyms=0&query=law%20reform%20insurance%20contracts> (Erişim Tarihi: 09.05.2019); The Law Reform Commission: "Report Consumer Insurance Contracts" (2015), s.142, https://www.lawreform.ie/_fileupload/Reports/r113.pdf (Erişim Tarihi: 08.05.2019);

BROOK CLYDE, Nigel (ed.): Insurance & Reinsurance: Jurisdictional Comparisons, Jurisdictional Comparisons, Sweet & Maxwell - Thomson Reuters UK Limited, London 2012, s.33. Ayrıca, Australia Insurance Contracts Act 1984, Part VIII – Subrogation, Section 65.

⁷³ OMAĞ, s.4, 5.

kişiye de başvuramaz. Bu hak halefiyet yoluyla, ödediği tazminat miktarınca sigortacıya geçer⁷⁴.

Bir önceki başlıkta açıklanmaya çalışıldığı üzere Yargıtay verdiği kararlarla 1429/1 uyarınca sigortalının fiilinden sorumlu olduğu kişilere karşı, sigortacının halefiyete dayanarak rücu etmesini engellemektedir. Oysa zenginleşme yasağı nedeniyle, sigortacıdan tazminat alan sigortalı da -ödenen tazminat miktarınca- zararı gerçekleştirmesine rağmen bu kişilere başvuramayacaktır⁷⁵. Böylece 1429/1. maddede, sigortalının fiilinden sorumlu olduğu belirtilen kişiler için haksız fiil sorumluluğundan muafiyet hali ortaya çıkarılmaktadır. Bu sonuç, Yargıtay'ın sigortalının fiilinden sorumlu olduğu kişilerin tespitinde tek başına rıza kriterini kullandığında, hem sigortacı, hem primleri ödeyen kişi olarak sigorta ettiren açısından haksız sonuçların ortaya çıkmasına yol açmaktadır. Keza sigortacının riskini üstlenmeyi taahhüt etmediği; prim almadığı üçüncü kişiler de teminat kapsamına dahil olmaktadır.

VI. DEĞERLENDİRME

Bize göre, 865 s. eTTK'den bu yana, 6102 s. TTK'nin 1429/1. maddesinde yer verilen düzenlemenin amacı; riskin sigorta ettiren veya sigortalının yanı sıra, bunlarla belli bir bağı olan üçüncü kişilerce gerçekleştirilmesi durumunda, sigortacının hangi koşullarda tazminat ödeyeceğini göstermektir. Dolayısıyla maddede geçen fiilinden sorumlu olunan kişi kavramının da bu amaç doğrultusunda yorumlanması gerekir.

Bu doğrultuda 1429/1. maddede yer alan düzenlemenin, sorumluluk sigortasına özgü bir düzenleme olarak görülemeyeceği düşüncesindeyiz. Kanun koyucunun amacı, fiilinden sorumlu olunan kişinin verdiği zarardan ötürü ödenecek tazminat için sigorta yapılabileceğini bildirmek olsaydı, ayrıca sigorta ettiren ve sigortalının (sigortadan faydalanan) kasıtlı veya ihmalkâr davranışlarının sonuçlarını düzenlemezdi. Kaldı ki özellikle 6102 s. TTK bakımından bu görüşün kabulüne olanak yoktur. Zira madde Genel Hükümler içinde tüm sigortaları kapsayacak şekilde düzenlenmiştir.

1429/1. maddenin amacı ile çelişeceği için, meseleye TTK'nin 1412. maddesinde anılan "temsilci" kavramı bağlamında da yaklaşamayacağı düşüncesindeyiz. Zira bu durumda riskin, kiracılar gibi sigortalının davranışları üzerinde kontrol ve bilgisi olmadığı kişilerce gerçekleştirilmesi halinde dahi, sigortacının tazminat ödeme borcundan kurtulması gündeme gelebilecektir.

Yargıtay'ın konuyla ilgili uygulamasına gelince; öncelikle Yargıtay'ın fiilinden sorumlu olunan kişileri, sadece sigortalı aracın sigortalı tarafından rıza ile verilip verilmediği kriterine göre belirleyen görüşüne katılmıyoruz. Gerçi son dönemde farklı yönde kararlar alınıyor olsa da, bu yorum tarzından vazgeçilip geçilmediği hala belirsizdir.

Her şeyden önce biz, Yargıtay'ın kasko sigortası bakımından fiilinden sorumlu olunan kişilerin tespitinde kullandığı rıza kriteri için, trafik sigortasında işletenin fiilinden sorumlu olduğu kişilerin tespitinde kullanılan rıza kriterinden esinlendiğini düşünüyoruz. Halbuki, trafik sigortasında rıza kriterinin kullanılması, mağdura zararını tazmin olasılığını artırma amacına hizmet eder. Bir mal sigortası olan kasko sigortasındaysa, teminatın bu derece genişletilmesine izin veren, bu tür sosyal amaçlar yoktur.

Yine de acaba 429/1. madde bağlamında sigortalının fiilinden sorumlu olacağı kişiler rıza kriterine göre belirlenemez mi? Sorusu cevaplanmalıdır:

Bize göre 1429/1. maddenin düzenlenme amacı esas olarak, riskin sigortalıyla yakın ve/veya bağımlı bir ilişki içinde olan üçüncü kişilerce gerçekleştirilmesinin, sigorta tazminatı üzerindeki etkisini düzenlemektir. Dolayısıyla aracın sigortalının rızasıyla verildiği herkesin, sigortalı bu türden bir ilişki içinde olduğunun kabul edilmesi anlamlı bir sonuç değildir ki Yargıtay kararlarında görüldüğü üzere, fiilinden sorumlu olunan kişilerin park görevlisi hatta tüzel kişilere kadar genişlemesine yol açar. Dolayısıyla, sigortalının fiilinden sorumlu olduğu kişilerin tespitinde, tek başına rıza kriterinin kullanılmasının sigorta mantığına aykırı ve haksız

⁷⁴ OMAĞ, s.43; JACOBWITZ, Beth: "Denial of Subrogation Rights – A Question for the Court or the Legislature: Weinberg v. Dinger", St. John's Law Review, 62:99, 1987, s.112, dn. 72.

⁷⁵ Halefiyet hakkının aynı zamanda zarar verenin, herhangi bir karşılık ödemediği halde sigorta sözleşmesinin varlığı sayesinde sorumluluktan kurtulmasını engelleme amacına da hizmet ettiğine dair OMAĞ, s.45–122; JACOBWITZ, s.112, dn. 72, 113.

sonuçlara yol açtığı düşüncesindeyiz.

Dahası Kara Taşıtları Kasko Sigortası Genel Şartları'nda da sigortalının fiilinden sorumlu kişilerin tespiti rıza unsuruna bağlanmamıştır. Keza, A.5/5.6. maddede taşıtın, sigortalının fiilinden sorumlu olduğu kişilerce kaçırılması veya çalınmasından doğan zararlar teminat dışında bırakılmıştır. Buna göre rıza kriteri esas alınmış olsaydı, aracın kaçırılmasında veya çalınmasında sigorta ettirenin rızası olamayacağına göre, aracı kaçırın veya çalan kişinin de fiilinden sorumlu kişi olarak görülüp tanımlanmasına imkan olmazdı.

Öte yandan Yargıtay'ın -özellikle sigortalının fiilinden sorumlu olduğu kişinin tespitinde tek başına rıza kriterini kullanmaktan vazgeçmediği veya 1429/1. maddenin düzenleme amacına uygun bir kriter belirlemediği sürece- 1429/1. maddeyi, sigorta korumasını, fiilinden sorumlu olunan kişilere de teşmil eden ve sigortacının halefiyet hakkını sınırlandıran bir madde olarak gören anlayışına da katılmıyoruz. Keza bu anlayış mal sigortalarına hakim olan zenginleşme yasağı nedeniyle, haksız fiil sorumluluğundan haklı bir gerekçe olmadığı halde muaf tutulan geniş bir kitle oluşturmaktadır⁷⁶.

Peki 1429/1. madde ve burada geçen sigortalının hukuken fiilinden sorumlu olduğu kişi kavramı nasıl yorumlanmalıdır.

Yukarıda 1429/1. maddede aslen riskin, sigortalının yanı sıra fiilinden sorumlu tutulduğu üçüncü kişilerce gerçekleştirilmesinin, sigorta tazminatının ödenmesine olan etkilerinin düzenlendiğinden bahsedilmişti. Nitekim düzenlemede riskin kasıtlı gerçekleştirilmesi halinde sigortacının tazminat ödemekten kurtulacağı, ihmalle gerçekleştirilmesi durumundaysa kural olarak tazminatın tam olarak ödeneceği açıklanmıştır. Dikkati çeken; riskin kusurla gerçekleştirilmesinin, sigortalı ve fiilinden sorumlu tutulduğu üçüncü kişi bakımından aynı sonuca bağlanmış olmasıdır. Yani sigortalı, bu üçüncü kişinin fiilinden sanki kendisinin fiili gibi etkilenecektir. Bu yönden, Yargıtay'ın 1429/1. madde açısından fiilinden sorumlu olunan kişileri “fiili, sigortalının fiili gibi görülebilecek kişiler” olarak yorumlayan görüşü isabetlidir. Bize göre üçüncü kişinin fiilinin sigortalının fiili gibi görülmesini sağlayacak kriter, sigortalı ile bu kişi arasında yakın ve/veya bağımlı ilişkinin varlığıdır. Dolayısıyla bir kişinin, fiilinden sorumlu olunan kişi olarak kabulü için sigortalıyla, fiili sigortalının fiiliymiş gibi kabul edilebilecek derecede yakın ve/veya bağımlı bir ilişki içinde olması gerekir.

Bu bakımdan 1429/1. maddede “fiili sigorta ettiren veya sigortalının fiili gibi kabul edilebilecek kadar sigorta ettiren veya sigortalıyla yakın ve/veya bağımlı bir ilişki içinde bulunan kişi ve çalışanlar”dan bahsedilmesi daha isabetli olurdu. Bu deyim ayrıca maddede yer verilmemesi bir eksiklik olan eş, çocuk, ebeveyn, partner gibi kişileri de kapsayacak genişliktedir.

Bu kişilerin kapsamıysa, hayat tecrübeleri dikkate alınarak, doktrin ve yargı tarafından belirlenmelidir. Ancak sigortalıyla, hayatını evlilik, akrabalık ve bunlara benzer bir temelde paylaşanlar ve sigortalıya ekonomik açıdan bağımlı olup, emir ve talimatı altında olanların bu kapsamda olacağı hemen söylenebilir. Bu yönden TBK'nin 66. maddesi uyarınca bağımlı çalışanların kapsama dahil olduğu, 116. maddede düzenlenen ve bağımlı bir ilişkinin zorunlu olmadığı yardımcı kişilerinse kural olarak kapsam dışı olduğu da kabul edilmelidir.

V. SONUÇ

6102 s. TTK'nin 1429/1. maddesindeki düzenlemenin temel amacı riskin, sigorta ettiren ve sigortalının yanı sıra, bu ikisi ile ilişkisi olan üçüncü kişilerce gerçekleştirilmesi halinde, sigorta tazminatını ödeme borcunun hangi koşullar altında doğacağını göstermektir. Bu bakımdan maddede geçen sigorta ettiren veya sigortalının hukuken fiilinden sorumlu olduğu kişi kavramı, zarar veren üçüncü şahsın sigorta ettiren veya sigortalı yakın ve/veya bağımlı bir ilişki içinde olup olmadığı dikkate alınarak yorumlanmalıdır. Bu nedenle fiilinden sorumlu olunan kişilerin tespitinde, sigortalı aracın rızayla verilmiş olması tek başına bir kriter olarak kullanılamaz. Ek olarak son dönemde verilen Yargıtay kararları bakımından sigortalıyla, zarara yol açan üçüncü kişi arasında yapılmış sözleşmeler, bu sözleşmelerin üçüncü kişi için doğurduğu yükümlülükler bakımından değil, aradaki bu yakın ilişkiye işaret edip etmediği bakımından değerlendirilmelidir.

⁷⁶ Gerçi, olması gereken bakımından sigortalının kendisine verdiği zarara rağmen tazminat talep etmeyeceği kabul edilebilecek, ailevi ve benzeri kişisel bir ilişki içinde olduğu kişiler ile sigortalının gözetim ve denetimi altında olup, ekonomik yönden ona bağlı çalışanlarına karşı, sigortacının halefiyet hakkını kullanamaması gerektiğini düşünüyoruz.

KAYNAKÇA

- ARSEVEN, Haydar: Sigorta Hukuku, 2. Baskı, Beta Basım Yayım, İstanbul 1991.
- ATABEK, Reşat: Sigorta Hukuku, Duygu Matbaası, İstanbul 1950.
- BASEDOW, Jürgen/BIRDS, John/CLARKE, Malcolm/COUSY, Herman/HEISS, Helmut/LOACKER, Leander D. (Ed.): Principles of European Insurance Contract Law: (PEICL), European Law Publishers GmbH, Munich 2009.
- BOLATOĞLU, Bolat: Karayolları Trafik Kanununa Göre Motorlu Araç İşletenin Hukuki Sorumluluğu (İşleten Kavramı ve Sorumluluğun Şartları), Kazancı Hukuk Yayınları, Ankara 1988.
- BOZER, Ali: Sigorta Hukuku, Güzel İstanbul Matbaası, Ankara 1965.
- BROOK CLYDE, Nigel (ed.): Insurance & Reinsurance: Jurisdictional Comparisons, Jurisdictional Comparisons, Sweet & Maxwell - Thomson Reuters UK Limited, London 2012.
- COHEN, Richard S.: "Insurance – Omnibus Clause – Unauthorized Driver Covered Where Car Used for Permitted Purpose", William & Mary Law Review, 3(2), 1962, s.520–522.
- ÇELİK, Nazlı Hilal: Adam Çalıştırmanın Sorumluluğu, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2017.
- ÇELİKTAŞ, Demet: 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nda İşletenin Hukuki Sorumluluğu, Karınca Matbaacılık, İzmir 1987.
- DOWLING, Thomas: "Can Employers Sue Employees for Insured Wrongs?", <https://hdm.ie/can-employers-sue-employees-for-insured-wrongs/> (Erişim Tarihi: 03.05.2019).
- EREN, Fikret: "Karayolları Trafik Kanununa Göre Motorlu Araç İşletenin Akit Dışı Sorumluluğunun Hukuki Niteliği ve Unsurları", AÜHFD, 39(1), 1987, s.159–212.
- FOLKENROTH, John C: "The Employer's Indemnity Action", Louisiana Law Review, 34(1), 1973, s.79-87.
- HARPOODS, Vivienne H., Modern Tort Law, Seventh Edition, Routledge – Cavendish, Abington Oxon 2009.
- JACOBWITZ, Beth: "Denial of Subrogation Rights – A Question for the Court or the Legislature: Weinberg v. Dinger", St. John's Law Review, 62(1), 1987, s.99–113.
- KELLER, Max/TÄNNLER, Karl: Kommentar zum Schweizerischen Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag Die Allgemeinen Bestimmungen, Band I, Verlag K J Wyss Erben AG, Bern 1968.
- KENDER, Rayegan: Türkiye'de Hususi Sigorta Hukuku, 16. Baskı, X11. Levha Yayıncılık, İstanbul 2017.
- KILIÇOĞLU, Ahmet: "Özel ve Sosyal Sigortalarda Halefiyet ve Rücu", AÜHFD, 31(1), 1974, s.395–446.
- KOENIG, Willy: Schweizerisches Privatversicherungsrecht, 3. Auflage, Verlag Herbert Lang & Cie, Bern 1967.
- MERKIN, Rob/STEELE, Jenny: Insurance and the Law of Obligations, Oxford University Press, Great Britain/New York 2013.
- OMAĞ, Merih Kemal: Türk Hukukunda Sigortacının Kanuni Halefiyeti, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2011.
- ÖZSUNAY, Ergun: "Trafik Hukukunda Araç Sahibinin Fiil ve Davranışlarından Sorumlu Olduğu Şahıslar", BATİDER, IV, 1967, s.1–64, (Trafik Hukuku).
- ÖZSUNAY, Ergun: "Çalınan ya da "İşleten" in İzni Dışında Yararlanılan Motorlu Taşıtların Neden Oldukları Zararlardan Dolayı Sorumluluk ve Buna İlişkin Gelişmeler", Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler IV. Sempozyumu, 7–8 Mart, Ankara 1980, s.11-52.
- PROCACCIA, Uriel: "Vicarious Tort Liability, Employer's Liability Insurance and Subrogation: A Problem of Conflicting Policies", Insurance Law Journal, 1972, s.471–476.
- SIEBER, Philipp/HÜSSER: Heinz, Kommentar zu den schweizerischen Haftpflichtbestimmungen, Dike Verlag AG, 2016.
- SKINNER, Matthew/COSS, Justin: "Subrogation", s.1 - 22, <https://www.allens.com.au/pubs/pdf/insur/pap7jun06.pdf> (Erişim Tarihi: 08.05.2019).
- SÜSSKIND, Marcel: "Versicherungsvertragsgesetz Nachführungsband (Basler Kommentar)", in Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/Schnyder, Anton K./Grolimund, Pascal (ed.), Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel 2012.
- TANDOĞAN, Haluk: "İsviçre Hukukunda Motorlu Taşıt Aracı İşletenin Sorumluluğunun Niteliği, Şartları Birden Fazla İşletenin Sorumluluğu ve Türk Hukuku İçin Öneriler", V. Ticaret ve Banka Hukuku Haftası 1973, s.195–235.
- ÜNAN, Samim: Türk Ticaret Kanunu Şerhi Altıncı Kitap Sigorta Hukuku, C. I Genel Hükümler, On İki Levha Yayıncılık A.Ş., İstanbul, 2016.
- WEIR, Tony: "Subrogation and Indemnity", The Cambridge Law Journal, 71(1), 2012, s.1–7.
- Report of the Inter – Departmental Committee, Ministry of Labour and National Service: "Lister v. The Romford Ice and Cold Storage Company Limited", https://archive.org/stream/op1265954-1001/op1265954-1001_djvu.txt (Erişim Tarihi: 02.05.2019)
- Australian Law Reform Commission: "Insurance Contracts" ((1982) ALRC 20), Australian Government Publishing Service Canberra 1982, <http://www.austlii.edu.au/cgi-bin/sinodisp/au/other/lawreform/ALRC/1982/20.html?stem=0&synonyms=0&query=law%20reform%20insurance%20contracts> (Erişim Tarihi: 09.05.2019).
- The Law Reform Commission: "Report Consumer Insurance Contracts" (2015), https://www.lawreform.ie/_fileupload/Reports/r113.pdf (Erişim Tarihi: 08.05.2019).

ALİ HAYDAR EFENDİ’NİN ALTIN, GÜMÜŞ GİBİ MADENLERLE SÂBİT OLAN BORÇLARIN EVRÂK-I NAKDİYYE İLE ÖDENEMEYECEĞİNE İLİŞKİN HUKUKÎ GÖRÜŞLERİ

THE LEGAL ASSESSMENT OF ALI HAYDAR EFENDİ’S ON DEBTS CONSTATED TO GOLD AND SILVER MINES CANNOT BE PAYABLE WITH THE PAPER MONEY

İrem KARAKOÇ*  

Makale Bilgi

Gönderilme: 12/12/2019
Kabul: 27/02/2020

Anahtar Kelimeler

Evrâk-ı Nakdiyye Kanunu,
Tevhîd-i Meskûkât Kanunu,
Madeni Altınla Sâbit Olan Borç,
Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye.

Article Info

Received: 12/12/2019
Accepted: 27/02/2020

Keywords

The Law of Money-equivalent Documents,
Law on Unity of Metallic Moneys,
Obligations Fixed with Financial Gold,
Mecelle-i Ahkâm-Adliyye.

Özet

Çalışmamızın konusu, Osmanlı hukukçusu ve Adliye Nâzırı Ali Haydar Efendi’nin “Risâletü fi Kazâi’-d-Düyûn ve İktizâühü” adlı eserinin “Deynin Sûret-i İdaresi ve İcârenin Ehad-i Âkideynin Vefatı Hâlinde Adem-i İnfisâhı Hakkındaki Ahkâm” başlıklı makalesinin Birinci Risâle’si olan “Ma’denî Altınla Sâbit Olan Düyûnun Ma’denî Altın İ’tâsıyla Te’diyesi Lâzım Geleceğine Dâirdir” başlıklı kısmında yer verdiği görüşleridir. Yazar, 1331 ve 1332’de çıkarılan kanunlarla, borçların ödenmesinde evrâk-ı nakdiyyenin Osmanlı mâlî sisteminde zorunlu ödeme aracı kabul edilmesinin sonuçlarını ele almıştır. Kanun’dan önce altın üzerinden akdedilen borç sözleşmelerinin ifası, düzenlemelerden sonra kâğıt parayla yapılmak zorundaydı. Kanunlardan biri, 31 Ekim 1915 (18 Teşrinievvel 1331) tarihli “Evrâk-ı Nakdiyye Kanunu”; diğeri, 8 Nisan 1916 (26 Mart 1332/5 Cemâziyelâhir 1334) tarihli “Tevhîd-i Meskûkât Kanunu”dur. Ancak borç sözleşmelerinde borcun konusu altın veya gümüş gibi kendi değeri olan madenlerse, alacaklı için bunun aynen ödenmesi önemlidir. Borçlu ise, kâğıt parayla ifayı tercih eder. “Evrâk-ı Nakdiyye Kanunu”ndan önce kurulan fakat Kanun’dan sonra ödenecek olan borçlarda Ali Haydar Efendi, ortaya çıkan karışıklığa çözüm önermiştir. Sorun temelde, 1331 ve 1332 tarihli düzenlemelerin yürürlüğe girmesinden önce yapılan borç sözleşmelerinde ifası gereken borcun altın mı, yoksa evrâk-ı nakdiyye olarak mı ödeneceğidir. Risâlenin giriş kısmında 1331 (1915-1916) ve 1335 (1919) olmak üzere iki tarih vardır.

Abstract

The subject of our study, Ali Haydar Efendi’s views in the article that entitled “About With Certainty The Debtor-Creditor Relationship on Gold Currency Must be Paid With Gold Payment (Gold Standard)”. In 1331 and 1332, the author dealt with the consequences of the adoption of compulsory payment instruments in the Ottoman financial system in the payment of debts. The execution of debt contracts concluded on gold before the Law had to be made with paper-money after the law arrangements. One of the aforementioned laws, 31 October 1915 dated “The Law of Money-equivalent Documents” and the other, 8 April 1916 dated “Law on Unity of Metallic Moneys”. However, in contracts, if the subject of the debt is metals of its own value, such as gold or silver, it is also important to pay the same for creditor. The debtor prefers paper money in paying his debt. Ali Haydar Efendi proposed a solution to the confusion arising from the debts which were established before the Law but which will be paid after it. The problem is basically whether the debt to be fulfilled in debt contracts before the entry into force of the regulations is to be paid in gold or in paper.

I. GİRİŞ

Osmanlı son dönem hukukçularından Ali Haydar Efendi'nin¹ “Risâletü fi Kazâi'd-Düyûn ve İktizâuhû” adlı eserinin “Deynin Sûret-i İdaresi ve İcârenin Ehad-i Âkideynin Vefatı Hâlinde Adem-i İnfisâhı Hakkındaki Ahkâm” adlı bölümünün Birinci Risâlesi olan “Ma'denî Altınla Sâbit Olan Düyûnun Ma'denî Altın İ'tâsıyla Te'diyesi Lâzım Geleceğine Dâirdir” başlıklı kısmı Türk malî ve borçlar hukuku tarihleri bakımından önem taşımaktadır. Aynı risâlenin içinde bulunan “Mûcir [ve]ya Müste'cirin Vefatıyla İcâre Münfesi Olamaz” başlıklı İkinci Risâle, başka bir çalışmanın konusu olacak kadar geniş ve farklı kapsamı nedeniyle bu çalışmaya dâhil edilmemiştir.

Osmanlı Devleti'nde Tanzimat Dönemi'nde gerek toplum hayatında gerekse hukukta birçok yenilik ve değişiklikler yapılmıştı. Araştırmamıza konu olan makalede yazar, kendi döneminde misli borç ilişkisinden doğan para borçlarının ifasında meydana gelen karışıklığa dikkat çekmiş ve bu sorunun çözümü için izlenmesi gereken yolu belirtmek istemiştir. Burada halli gereken sorun, aşağıda sözü edilen kanunî düzenlemelerin yürürlüğe girmesinden önce yapılan borç akitlerinde ifa edilecek borcun madenî altın olarak mı, yoksa evrâk-ı nakdiyye olarak mı ödeneceğidir.

Yazarın belirttiğine göre 18 Teşrinievvel 1331 (31 Ekim 1915) tarihli Evrâk-ı Nakdiyye Kanunu ve 26 Mart 1332 (5 Cemâziyelâhir 1334/8 Nisan 1916) tarihli Tevhîd-i Meskûkât Kanunu'nun çelişkili hükümleri nedeniyle mahkemelerde farklı kararlar verilmiş ve hukukî bir karışıklık meydana gelmişti. Dönemine göre yeni olan düzenlemelerin Mecelle'nin muâmelâta ilişkin 158, 232, 242, 416, 787, 891'inci maddeleri ile şer'î hukukun genel kâideleriyle nasıl bir uyumsuzluk gösterdiği Ali Haydar Efendi tarafından ortaya konulmuştur. Çünkü o devirde bu konuda açılan/açılacak olan davalar Mecelle'yi uygulamak üzere kurulan Nizamiye mahkemelerinde görülecekti. Bu yüzden çıkarılan yeni kanunların Mecelle ile ve genel ilkelerle uyumlu olması gerekirdi. İlgili genel kâideler arasında ilk bakışta sayılabilecek olanlar “Bir kanunun hükmü mâkabline şâmil değildir”²; “Mâtufün aleyhin hükmü, mâtufta dahi câri olur”³; “Mutlakın ıtlâkı üzere câri olması esastır”⁴ ilkeleridir. Ali Haydar Efendi'nin bu sorunun çözümü için bir önerisi de vardı.

¹Osmanlı'nın son dönem hukukçularından Ali Haydar Efendi (Küçük) (1853-1935) aynı zamanda Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye'ye şerh yazmıştır. “Hocazâde”, “Eminefendizâde”, “Hoca Eminefendizâde” “Dardağanzâde” olarak da tanınmaktadır. Sonradan Arsebük soyadını almıştır. Devlette, akademik görevlerde ve kanun çalışmalarında bulunmuştur (AYDIN, Mehmet Akif: “Ali Haydar Efendi Küçük”, DİA, C.2, İstanbul 1989, s.396. Ayrıca bkz. BİLMEN, Ömer Nasûhi: Hukuk-ı İslâmiyye ve İstulâhât-ı Fikhiyye Kâmusu, (İstanbul Matbaacılık T.A.O Yayınları), C.1, İstanbul 1949, s.349; GÜNAY, Mehmet: “Son Devir Osmanlı Hukukçusu Küçük Ali Haydar Efendi, (1853-1935): Hayatı, İlmi Faaliyetleri ve Eserleri”, İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi, S.6, 2005, s.179; NARİN, İsmail: “Son Devir Osmanlı Âlimlerinden Ali Haydar Efendi'nin Hayatı, Hukukçuluğu ve Eserleri”, İLTED, Erzurum S.46, 2016/2, s.51).

² Bir kanunun hükmü, yürürlüğe girdiği andan itibaren geçerlidir, geçmişi etkilemez; kural olarak bir hüküm konuluş tarihinden önce meydana gelen olaylara (geçmişe) uygulanmaz. Bu kuralın istisnası lehe olan kanun hükümlerinin geçmişe de sirâyet kabiliyetinin bulunmasıdır.

³ Buradaki genel hükmün anlamı, bir hüküm cümlesinde hükmün atfedildiği bir özne ile yanında da bir diğeri varsa, hakkında atıfta bulunulana (özne/mâtuf) yönelen bu hüküm, aralarındaki yakınlıktan (mukârenet-i kelâmîyeden) dolayı diğer kişiyi de (mâtufün aleyh) hükme dâhil eder. Hükmün kapsamına girmesi için ikincinin de ayrıca sayılması ya da belirtilmesi gerekmez (Bu konu Bilmen tarafından fâsid istidlaller kısmında ele alınmıştır (BİLMEN, C.1, 1949, s.91). Örneğin, “(A) ile (B) sorumludurlar” dendiğinde sadece (B) değil (A) da bu hüküm cümlesinin yüklemine/sonucuna tâbidir. Aynı şekilde hukukî bir hükümden örnek de verilebilir. Kira sözleşmesini yapabilmek için gereken ehliyet şartlarının karz akdini kuracak kişide de aranması buna örnek verilebilir. Her birini tek tek saymak gerekmez. Bu konular fıkıhta nasslarda geçen ifadelerin anlamlandırılmasında geçmektedir. Ayrıca bkz. ATAR, Fahrettin: Fıkıh Usûlü, Beşinci Baskı, İFAV Yayınları, İstanbul, 2002, s.237-238.

⁴Lâfz-ı mutlak ve lâfz-ı mukayyed için bkz. BİLMEN, C.1, 1949, s.15-16. “Mutlak”la ilgili bu hüküm, Mecelle'nin 64'üncü maddesinde, “Mutlak ıtlâkı üzere câri olur. Eğer nassan yahut delâleten takyid delili bulunmaz ise” şeklinde hükme bağlanmıştır. Mutlaklık (ıtlak) veya kayıtlılık (takyid), nasslardaki (veya kanunlardaki) çeşitli ifadelerin (lâfız) anlamlandırılmasında dikkat edilen özelliklerdir. Mutlak ifade, belirli olmayan (gayri muayyen) bir varlığı gösteren ve herhangi bir sıfatla sınırlandırılmış olmayan sözcüklerdir. Mukayyet ise “bir sıfatla veya vasıfla belirli hâle getirilmiş varlıkların adlarıdır. Örneğin “kişi, fakülte ve öğrenci” sözcükleri mutlak ifadeler; “dürüst kişi, tüzel kişi, hukuk fakültesi, terbiyeli öğrenci, hukuk öğrencileri” şeklinde bazı kayıtlarla söylendiğinde bu ifadeler mukayyet hâle getirilmiştir (KOCA, Ferhat: “Mutlak”: DİA, C.31, İstanbul 2006, s.403). Mutlak-mukayyed ayrımı hakkında genel açıklama için bkz. ATAR, s.173 vd, 237 vd. Kanunî hükmün ifade ediliş şekline mutlak olduğu anlaşılırsa, bu hüküm, başka bir hükümle ya da ifadeyle kayıtlandırıldığına ilişkin bir açıklık bulunmadığı müddetçe mutlaklığını sürdürecektir.

Evrâk-ı Nakdiyye ile ilgili doktrindeki kaynakların hemen hemen hepsi konunun iktisadî boyutunu ele almışlar ve parada yapılan değişiklikleri, bir devlet politikası olması açısından değerlendirmişlerdir. Bunlara göre evrâk-ı nakdiyye devletin paraya ihtiyacı olduğu dönemlerde bunu elde edebilmesinin başka bir deyişle, devletin borçlanması bir araçtır. İşin iktisadî yönünü ele alan çalışmalar için tarihî olguyu devlet açısından değerlendirmek doğaldır. Oysa konunun bir de özel hukukun borçlar hukuku alanındaki karz (tüketim ödücü) akitlerinin ifasını ilgilendiren yönü vardır. Kişiler arasında yapılan ödünç akitlerinde ödeme aracı olan paradaki değişiklikler önemli sonuçlar doğurmaktadır. Ali Haydar Efendi'nin bu çalışması, evrâk-ı nakdiyyeye geçilmeden önceki bir tarihte alınan borç paranın Kanun'dan sonra ödenmesi gerekli olduğu borç ilişkilerinde hukukî ifanın neyle yapılması gerektiğini ele alması bakımından çok önemlidir. Tarihe mâl olmuş olan bu makalenin bugünkü Türkçe ile ifade edilmesinin günümüz hukukçuları için de faydalı olacağı kanaatindeyiz.

Konunun iktisadî, hukukî ve tarihî yönleri olması açısından Osmanlı Devleti'nin malî sisteminde kâğıt paraya geçişin çok boyutlu bir tarihî olgu olduğu söylenebilir. Çalışmamızın konusu olan risâle ise, evrâk-ı nakdiyyeye geçiş gibi çok boyutlu bir tarihî olguyu borçlar hukuku bakımından değerlendirmiştir. Özellikle hukuk tarihinde bir düzenlemeyi anlamaya çalışırken yerine göre içinde bulunulan dönemin sosyal, iktisadî, siyasî ve bazen de askerî şartlarını bilmek gereği vardır. Bu düşünceden hareketle çalışmamıza konunun iktisadî boyutunu açıklayan bir bölüm eklenmiştir.

Yazarın dönemi itibariyle tanımlamaya ve açıklamaya lüzum görmediği kimi konuların bugün için açıklanması gereği olduğundan bunlara dipnotlarda yer verilmiştir. II. Başlık altında makalenin Osmanlıca aslı tarafımızdan latinize edilmiştir. Latinize metinde, açıklama amaçlı yapılan tüm eklemelerimiz köşeli paranteze alınmıştır. Fakat bazı kelime ve müesseselerin daha etraflıca açıklanmasına ihtiyaç hissedildiğinden bunları dipnotlara kaydırmak gerekmiştir. Metnin aslında mevcut olmayan bu dipnotları diğerlerinden ayırmak için köşeli paranteze almayı uygun bulduk.

II. MAKALENİN GÜNÜMÜZ TÜRKÇESİ İLE YAZILMIŞ OLAN METNİ

Risâletü Fî Kazâi'd-Düyûn ve İktizâühü [Borçların Ödenmesi ve Gereklere Üzerine Risâle]

1331 [1915] sene-i maliyesi nısf-ı âhirinden [son yarısından] sonra evrâk-ı nakdiyyenin tedâvülü mecburî kılınmış olduğundan daha evvelce zimemde [zimmelerde] sâbit olan düyûn ile evrâk-ı mezbûrenin tedâvülünden sonra zimeme müterettip bulunan düyûnun sûret-i te'diyesinde iştibah [kuşku] hâsıl olmuş ve hattâ mehâkim dahi suver-i muhtelifede [farklı sûretlerde] içtihadatta bulunmuştur.

Mansûsun hilâfına içtihadta mesağ bulunmadığına^[5] ve bu gibi içtihadta mebnî mukarrerat ittihaz edenlerin ma'zeretleri kabul olunmayacağına binâen başka türlü anlayanların hakka daveti ve kavânîn-i mevzûaya istinâden bu mesâilin tavzîhi ve hakkaniyetin izhârı lâzım gelmiş olmakla tavzîhat ve teşrihat-ı âtiyeye [gelecek açıklamalara] ibtidâr olunur [sûratla başlanır].

18 Teşrinievvel Sene 1331 [31 Ekim 1915/ H. 22 Zilhicce 1333] tarihli Evrâk-ı Nakdiyye Kanunu'nun^[6] 2'nci maddesinde “İşbu evrâk-ı nakdiyyenin Memâlik-i Osmaniyye'nin her tarafında gerek devletle efrad arasında gerek beyne'l-efrad vukû' bulacak bi'l-cümle te'diyat ve sarfiyat ve ahz ü i'tâda nakit gibi tedâvül ve kabulü mecburîdir” denilmiştir^[7].

Bu kanunun tarih-i mer'isinden evvel zimemde sâbit olan düyûnun sûret-i te'diyesi bu Kanun hükmüne asla tâbi' değildir. Zira muhaffef [hafif] ceza olan ahkâm-ı kanuniyyeden mâ'dâ kavânîn ve nizâmat mâkablîne şâmil olmaz her hadisenin zaman-ı vukû'unda mer'î olan kavânîn ve nizâmata tevfiikan hâl ve tesviyesi âhıran [geçenlerde/son zamanlarda] 2 Cemâziyelâhir sene

⁵Mecelle m.14: “Mevrîd-i nassda içtihadta mesağ (izin, ruhsat, cevaz) yoktur” (Hakkında âyet ve hadisten kesin delil bulunan hususlarda içtihadta izin yoktur).

⁶Söz konusu Kanun, *Düstur*'da “.....,, 6 liralık Evrâk-ı Nakdiyye İhracı ve Tedâvülünün Mecburiyeti Hakkında Kanun” olarak yer almaktadır. Kanun No: 368; Tarih: 18 Teşrinievvel 1331 (*Düstur*, Tertib-i Sâni, C.7, s.771). https://acikerisim.tbmm.gov.tr/xmlui/handle/11543/71_199609306-c7.pdf, 14. 09.2019.

⁷Bu mecburiyetlere uymayanlar için maddenin ikinci fıkrasında “...bir liradan on beş liraya kadar ceza-yı nakdiyye veya yirmi dört saatten bir aya kadar hapis cezası hükmolunur” şeklinde bir müeyyideye yer verilmiştir.

1329 [31 Mayıs 1911/18 Mayıs 1327] tarihli Kanun'un^[8] beşinci maddesine münkalib olan [dönüşen] 25 Rabîülâhîr sene 1279 [20 Ekim 1862/8 Teşrînievvel 1278] tarihli "Mevadd-ı Umûmiye" serlevhalı [başlıklı] Kanun^[9] ile vaz' edilmiş bir kâide-i esasiyyedir. Mezkûr Evrâk-ı Nakdiyye Kanunu'nun tarih-i neşrinden müteber olduğu onda musarrahtır [apaçiktır]. Bu mesâilde hadise, deynin [borcun] medyûnda [borçluda] sübut ve terettübü müstelzim bulunan akd-i karz [misli mal ödücü] ve mübâyaa [alım-satım] ve icâre [kira] gibi ahvâl olup^[10] yoksa dava olmadığı bedihîdir [açıktır]. Nitekim âtide munderiç Tevhîd-i Meskûkât Kanunu'ndan dahi münfehîm olur [anlaşılır].

Binâenaleyh mezkûr Evrâk-ı Nakdiyye Kanunu'nun mer'iyetinden mukaddem [önce] zimmette sâbit olan düyûn, altın [ve]ya gümüş üzerine vâki' olmuşsa, altın [ve]ya gümüş ile te'diyesi lâzım geleceği gibi; kuruş üzerine vâki' olmuşsa, o vakit ma'denî altın yüz sekiz kuruşa râic olmakla ma'denî altın yüz sekiz kuruş itibariyle tesviyesi [ödenmesi] vâcib olur. Düyûn-ı merkûmeden hiçbirî dâyinin [alacaklının] rızası olmadıkça evrâk-ı nakdiyye ile te'diye olunamaz.

Mezkûr Evrâk-ı Nakdiyye Kanunu'nun mer'iyetinden sonra zimemde sâbit olan düyûna gelince, şu kadar ma'denî altın [ve]ya gümüş diye sâbit olmuşsa, her hâlde yine ma'denî altın veya gümüş ile te'diyesi vâcib olur. Zira:

Evvelen, Mecelle Şerhi'nin Cild-i Sâlis'inin 309[uncu] sahifesindeki ahkâm-ı karz ve düyûn hakkında tafsilen beyan ve 17[nci] mesele'sinde muvazzahen ityân olduğu [delillendirilerek açıkça belirtildiği] üzere dâyin, alacağının hılâf-ı cinsini [cins olarak yerine geçeni/mislini] ve hattâ ecvedü a'lâsını [çok daha üstünü] kabule mecbur değilken, elyevm [bugün] bir varaka-i nakdiyye bir ma'denî altının ancak beşte biri değerinde olduğu hâlde, ma'denî altının yerine varaka-i nakdiyyeyi kabule icbar olunamayacağı cây-ı istibah değildir [kuşkuyla yer bırakmayacak kadar açıktır].

Sâniyen, müstekriz [borçlu/medyun] bin adet ma'denî altını bugün sabahan ba'del istikraz [borç aldıktan sonra] vakt-i zuhûrda [öğlen vaktinde] bir ma'denî altını beş varaka-i nakdiyyeye olmak üzere iki yüz ma'denî altını bin varaka-i nakdiyyeye bozdurup bu dâyinine [alacaklısına] verip de o da kabule mecbur edilse, müstakriz iki yüz ma'denî altın ile borcunu bi't-te'diye sekiz yüz ma'denî altını kazanmış olur ki, bunun adalete muvâfık [uygun] olduğunu âlem-i hukuk ve hâkim değil, bir ferd-i âdî bile iddia edemez.

Sâlisen, düyûnun bir kısmı da bedelât-ı mansûbedir. Mecelle'nin 158[inci] maddesiyle şerhine müracaat oluna^[11].

Meselâ bir kimse Kavâim-i Nakdiyye Kanunu'nun mer'iyetinden evvel [ve]ya sonra diğer kimsenin yirmi ma'denî altını bi'l-gasp istihlâk yahut nezdindeki yirmi ma'denî altın vediasını umûrına (umura/işlere) sarfla itlâf etse, Mecelle'nin 787 ve 891[inci] maddeleri mücibince o kimse üzerine zamân lâzım gelir (tazmin etmesi gerekir)^[12]. Ve Mecelle'nin 416[nci] maddedeki

⁸"Kavânin ve Nizâmatın Usûlü ve Neşr ve İlâmı Hakkında Kanun" Tarihi: 2 Cemâziyelâhîr 1329; Kanun no: 138, s.417-418 (https://acikerisim.tbmm.gov.tr/xmlui/handle/11543/71_199609285-c3.pdf, 14. 09.2019). (Fakat bu Kanun'un numarası ve sayfası *Düstur*'un fihristinde "Kanun No: 137" ve "s.413" olarak yer almaktadır. Biz *Düstur*'un içindeki sayfa ve kanun numarasını esas aldık).

⁹Kanunun başlığı "Mevadd-ı Umûmiye"dir. Tarihi: 25 Rebiülâhîr 1289 (*Düstur*, Tertib-i Evvel, C.1, s.16) (Bu Kanun aşağıda verilen linkte mevcut olan *Düstur*'un "İçindekiler" kısmında yer almamaktadır. Ancak içeride, on altıncı sayfada bulunmaktadır) [https://acikerisim.tbmm.gov.tr/xmlui/handle/11543/67_199609231-c1\(5\).pdf](https://acikerisim.tbmm.gov.tr/xmlui/handle/11543/67_199609231-c1(5).pdf), 14. 09.2019.

¹⁰Burada belirtilen ödünç, alım satım ve kira akitlerinde borç, borçlunun üzerinde sabittir ve ona bağlı olup görev olarak ona düşer (sübut ve terettüb eder).

¹¹Mecelle m.158: "Deyn; zimmette sabit olan şeydir. Meselâ bir kimsenin zimmetinde şu kadar kuruş borcu ve meydanda mevcut olmayan şu kadar kuruş ve meydanda mevcut olan akçenin yahut bir yığın buğdayın kable'l-ifraz (parçası bulunduğu yığın veya tomardan ayrılmadan önce) bir mikdar-ı muayyeni hep deyn kabulindedir. Çünkü kable'l-ifraz, mikdar-ı muayyene işaret kâbil değildir.

Sekizinci madde şerhinde beyan kılındığı vecihle zimmet; nefis, zât ma'nâsına gelir ki buradaki [zimmetten] maksat odur ve [deyn] bir vasıftır. Vasıflar mahall-i talep olamayacağından zât-ı vasıf yani medyûn mutâlebe olunur (borçludan talep edilir) (HACI REŞİD PAŞA: Rûhü'l-Mecelle, Tarih-i Usûl-i Fıkha Dâir Bir Medhâl ile Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye'nin Şerhini Hâvî Olup Sekiz Cilt Üzere Tertib Olunmuştur", Dârü'l-Hilâfetü'l-Âliyye (İstanbul), C.1, 1326, s.42).

¹²Mecelle m.787: "Müstevdâ'ın teaddî veya taksiri hâlinde vedîa telef veya hod kıymetine (kendi değerine) noksan târî olsa (değerinde eksilme olsa) zaman (tazminat) lâzım gelir" (Açıklaması için bkz. HACI REŞİD PAŞA: Rûhü'l-Mecelle, Kitâbü'l-İcârat ile Kitâbü'l-Kefâle'nin Şerhidir, Dersaadet (İstanbul), Matbaa-i Hayriye ve Şûrekâsı, C.3, 1328, s.154 vd).

tarifine göre bu hâdisede yirmi ma'denî altının te'diyesi vâcib olur. Mecelle'nin 242[nci] maddesine dahi müracaat oluna^[13].

Bu sûrette hâdis-e mezkûrede evrâk-ı nakdiyye ile te'diye olunur denilse, Mecelle'nin mezkûr mevaddının mülgâ olması lâzım geleceği gibi bedelât-ı mağsûbe, düyûndan ma'dud değildir [sayılmaz] dense safсата olur.

Râbian, mezkûr madde-i kanuniyyede "...bi'l-cümle te'diyât..." ta'biri, ma'denî altın yerine varaka-i nakdiyyenin te'diyesini âmirdir diye iddia olursa, düyûnun bir kısmı hinta [buğday] ve şair [arpa] gibi misliyyat olabileceğinden mezkûr ta'bir umumî vecihle bir kimsenin diğer kimseye elli kile buğday borcu bulursa, mezkûr borcun varaka-i nakdiyye ile te'diyesine mesağ gösterilmiş [izin verilmiş] olur ki bunun sakâmet [bozukluk] ve butlanı kimesneye hafî [gizli] değildir.

Hâmisen, farz olursa ki mezkûr Kanun'daki "... bi'l-cümle te'diyât..." ta'biri ma'denî altın borca bedel evrâk-ı nakdiyyenin i'tâsıyla te'diye tecviz ve emrediyor, âtîde münderiç Tevhîd-i Meskûkât Kanunu'nun sekizinci maddesiyle bu maddede ki "...bi'l-cümle te'diyât..." tabirindeki umum fesh ve ilgâ edilmiş olacağı aşîkârdır.

Bu evrâk-ı nakdiyyenin tedâvülünden evvel zimemde sâbit olan düyûnun evrâk-ı nakdiyye i'tâsıyla te'diyenin câiz olamayacağı, "bir kanunun hükmü mâkabline şâmil değildir" kâide-i esasîyesîyle ve diğer edille ile ispat edildi.

Evrâk-ı nakdiyyenin zuhûrundan evvel hattâ zuhûrundan sonra zimemde sâbit olan düyûnun sûret-i te'diyesi 26 Mart sene 1332 [5 Cemâziyelâhir 1334/8 Nisan 1916] tarihli Tevhîd-i Meskûkât Kanunu'nun^[14] yedinci maddesinde tafsîl olunmuştur.

Madde-i mezkûre şudur: Bu Kanun'un mer'iyetinden evvel zimmette sâbit olan düyûn, akçenin nev'ı veya kıymeti tasrih olunmayarak kuruş üzerine terettüb etmiş ise, zimmete taallûku tarihindeki akçe râici ile ifa olunur. Akçenin^[15], nev'i veya kıymeti tayin ve tasrih edilmiş olduğu takdirde onunla ifa olunur ve mezkûr Kanun'un sekizinci maddesi dahi budur: Bu Kanun ahkâmına muğayir olan bilumum kavânin ve nizâmat ve mukarrerat mefsuhtur.

Mezkûr yedinci maddede "bu kanunun mer'iyetinden evvel.." ta'biri mevcut olmakla ta'bir-i mezkûr Kavâim-i Nakdiyye Kanunu'nun tarih-i mer'iyetinden mukaddeme [öncesine] şâmil olduğu gibi zaman-ı mer'iyetinden sonra yani Evrâk-ı Nakdiyye Kanunu'nun tarih-i neşri olan 18 Teşrinievvel sene 1331 tarihinden Meskûkât Kanunu'nun tarihi bulunan 26 Mart 1332 tarihi arasında geçen beş ay yirmi gün müddete dahi âmm [genel/yaygın] olur.

Bu sûrette 1331 senesi Teşrinievvelinin son on dört günü ile Teşrinisânî, Kânunievvel,

Mecelle m.891: "Mal-ı mağsubu gâsıb istihlâk ettikte zâmin olması lâzım geldiği gibi gerek onun teaddîsîyle ve gerek bilâ teaddî telef ya zâyî olduğu takdirde dahi zâmin olur" Madde-i sâbika hükmünce gâsıbın mal-i mağsubu aynen sahibine red ve teslimi mümkün olmaz ise, "Aslın ifası kâbil olunmadığı hâlde bedeli ifa olunur" kâidesine binâen bedelini vermek lâzım gelir. Mağsub gerek gâsıbın teaddî veya taksiri ile istihlâk edilmiş ve gerek bilâ-teaddî veya taksir telef ya zâyî olmuş olsun. Çünkü fiil-i gâsp zaten teaddî olduğundan mal-i mağsub gâsıb yedinde mücerred gâsp sebebiyle mazmûn olup zaman için başkaca teaddî veya taksir gibi bir sebebe hacet yoktur. Ve madde-i mezbûrede vâkı' [teaddî] kelimeleri taksire dahi şâmilidir (Açıklamanın devamı için bkz. HACI REŞİD PAŞA: Rûhü'l-Mecelle, Kitâbü'l-Hibe, Kitâbü'l-Gâsp, Kitâbü'l-Hacr ve'l-İkrah ve Şu'f'ânın Şerhidir, Dersaadet (İstanbul), Matbaa-i Hayriye ve Şürekâsı, C.5, 1328, s.94 vd).

¹³Mecelle m.242: "Semenin vasfı beyan olunarak pazarlık olunduğu sûrette akid her hangi nev'i nakid üzerine vâkı' olmuş ise, ondan verilmek lâzım gelir" (Açıklama için bkz. HACI REŞİD PAŞA, Rûhü'l-Mecelle, Kitâbü'l-Büyû'un Şerhidir, Tercüman-ı Hakikat Matbaasında tab' olunmuştur, Dârü'l-Hılâfetü'l-Âliyye (İstanbul), C.2, 1327, s.109 vd).

¹⁴"Tevhîd-i Meskûkât Hakkında Kanun-ı Muvakkat", Kanun No: 406, *Düstur*, 2. Tertib, C.8, s.892.

¹⁵İslâm devletlerinde genel olarak gümüş sikkelere dirhem, altın sikkelere ise dinar veya miskal denirdi. Gümüş para, dirhem (2.97 gram); altın para ise, miskal ağırlığındaydı (4.25 gram). İlk Osmanlı paraları bu ölçülere uymadığından "beyaz, parlak, temiz" anlamlarına gelen "akçe" denmiş olabilir. İlk gümüş para/akçe (0.68 gram) Osman Gâzi tarafından bastırılmış, sonraki akçelerse çeşitli ağırlıklarda olmuştur. Osmanlılarda ilk sikkenin hangi sultan tarihinde kestirildiği kesin olarak bilinmemekle birlikte Orhan Gazi'ye ait olduğu yaygın olarak kabul edilmiştir (AKDAĞ, Mustafa: Türkiye'nin İktisadî ve İçtimai Tarihi, (YKY), İstanbul 2010, s.356; Şevket PAMUK: Osmanlı İmparatorluğu'nda Paranın Tarihi, Üçüncü Baskı, Tarih Vakfı Yurt Yayınları, İstanbul, Mart 2002, s.33-34, 266; BİLMEN, C.4, Tarihsiz, s.120-121). Fakat son çalışmalarda Osman Bey'e ait bir gümüş sikkeden söz edilmektedir (ARTUK, İbrahim: "Osmanlı Beyliğinin Kurucusu Osman Gazi'ye Ait Sikke", Türkiye'nin Sosyal ve Ekonomik Tarihi (1071-1920)", Ankara 1980, s.27-31). Ayrıca bkz. SAHİLLİOĞLU, Halil: "Akçe", DİA, C.2, İstanbul, 1989, s.224-25; AKYILDIZ, Ali: "Para", DİA, C.34, İstanbul 2007, s.163; UZUNÇARŞILI, İsmail Hakki: Osmanlı Devleti'nin Saray Teşkilâtı, TTK Basımevi, Ankara, 1988. s.348).

Kânunısânî, Şubat ayları ve 1332 senesi Mart'ının ilk yirmi beş günü tarihlerinde (ki bu aylar ve günlerde kavâim-i nakdiyye tedâvül etmekteydi) ma'denî altın üzerine vâkî' olan müdâyenâtın [borçlanmaların] ma'denî altınla te'diyesi lâzım geleceğine Kanun sarâhaten âmirdir [açıkça emretmektedir].

Bu aylar ve günlerde vâkî' olan altın ile müdâyenenin [borçlanmanın] bu Kanun mücibince altın ile te'diyesi lâzım ama sonraki aylardaki ma'denî altın ile olan müdâyenenin evrâk-ı nakdiyye ile te'diyesi câizdir diye iddianın garip ve gayrimâkul olduğu cây-ı iştibah değildir [şüphesizdir].

18 Teşrînevvel sene 1331 tarihli Kanun ile mevki'-i tedâvüle vaz' olunan evrâk-ı nakdiyye zamanında ma'denî altın ile vâkî' olan müdânenenin ma'denî altın ile te'diyesi lâzım geleceği vech-i meşruh üzere Kanun'da musarrâh ve bundan sonra kavanîn-i tâliye [ikincil kanunlar] ile ihraç edilen evrâk-ı nakdiyyenin keyfiyet-i tedâvülü mezkûr fî 18 Teşrînevvel sene 331 [1331] tarihli Kanun'a mâtuf bulunduğuna ve "Mâtuf-ı aleyhin hükmü mâtufta dahi cârî olduğu"na mebnî evrâk-ı nakdiyye-i müteahhiranın tedâvülü o esnâ'da ma'denî altın üzerine vâkî' olan müdânenenin ma'denî altın ile te'diyesi vâcib olduğu münfehim olur [anlaşılır].

Bu sûrette düyûnun zimmete terettübü dört zamanda olabilir.

1- İlk Kavâim-i Nakdiyye Kanunu'nun mer'iyetinden evvel.

2- " " " " " sonra.

3- Meskûkât Kanunu'nun mer'iyetinden evvel.

4- " " " " sonra.

Akçenin nev'i veya kıymeti tayin ve tasrih olunmuş ise, bâlâdaki suver-i erbaanın cümlesinde tayin ve tasrih mu'teber olup onunla ifası lâzım gelir^[16].

Akçenin nev'i veya kıymeti tayin ve tasrih olunmayıp da kuruş üzerine vâkî' olmuş ise, deynin tarih-i sübûtu evrâk-ı nakdiyyenin tedâvülünden evvel ise, ma'denî altının yüz sekiz kuruş itibariyle te'diye edilmesi lâzım gelir ve deynin tarih-i sübûtu evrâk-ı nakdiyyenin tedâvülünden sonra ise, evrâk-ı nakdiyye ile te'diye olunması iktizâ eder.

Zaten Tevhîd-i Meskûkât Kanunu'nun meşhur yedinci maddesi iki fıkrayı muhtevî olup maddedeki "mer'iyetinden evvel" kaydı o iki fıkraya râcî' ve ikinci fıkra mutlak olarak bâkî ve "mutlakın itlâkı üzere cârî olması" kavâid-i umumiye iktizâsındandır^[17].

Binâenaleyh Meskûkât Kanunu'ndan ahkâm-ı âtiyye [aşağıdaki hükümler] münfehim olur [anlaşılır].

Evvelen; Tevhîd-i Meskûkât Kanunu'nun mer'iyetinden evvel

Sâniyen; " " " " sonra

Sâlisen; Evrâk-ı Nakdiyye " " evvel

Râbian; " " " " sonra

Altın [ve]ya gümüş ile vâkî' olan müdâyenât altın (ve)ya gümüş ile te'diye edilmek lâzım gelir.

Hâmisen; Evrâk-ı Nakdiyye Kanunu'nun mer'iyetinden yani evrâk-ı nakdiyyenin tedâvüle vaz'ından mukaddem akçenin nev'i veya kıymeti tasrih olunmayarak müdâyene kuruş üzerine vâkî' olmuş ise, zimmete taallûku tarihindeki akçe-i râcî ile ifâ olunur.

Yani o zaman ma'denî altın yüz sekiz kuruşa râcî idi ise, yüz sekiz kuruş hesabı ile bi'l-i'tâ hesap olunur.

Sâdisen; Evrâk-ı nakdiyyenin tedâvüle ihracından sonra akçenin nev'i veya kıymeti tasrih olunmayarak müdâyene kuruş üzerine vâkî' olmuş ise, yine zimmete taallûku tarihindeki akçe-i râcî ile ifâ olunur.

¹⁶Borç akdi yapılırken ödeme konusu olarak kabul edilen akçenin, sözleşmede belirlenmiş ve açıklanmış olan şekliyle ifası gerekir.

¹⁷Mecelle m.64.

Yani yüzlük evrâk-ı nakdiyye yüz kuruş itibarıyla ifa edilir.

Burada mühim bir meselenin halli lâzım gelir. Şöyle ki evrâk-ı nakdiyye ile ma'denî altının kıymetleri müsâvî veyahut aralarındaki fark pek az iken akçenin nev'i veya kıymeti muayyen olmayarak kuruş üzerine sâbit olan düyünü el-hâletü hâzihî [şimdi/günümüzde] aralarında fark-ı azîm [büyük fark] mevcut iken evrâk-ı nakdiyye ile istifaya [ifa etmeye] kazâen cebr câiz olur mu? Mecelle'nin 241[inci] maddesi şerhine mürâcaat oluna^[18].

Atık Dördüncü Cild *Düstur*'un 346[ncı] sahifesindeki fi 7 Ağustos 295 [19 Ağustos 1879] tarihli kararname'nin mütâlaası tavsiye olunur.

Meskûkât Kanunu'nun yedinci maddesinde “kuruş üzerine terettüb etmiş ise” deniliyor. Mecelle şerhinin bâlâda mezkûr mübâhasedeki mesâilin yirmi yedinci meselesinde beyan olunan akvâl-i selâseden [üç görüşten] İmam Ebû Yusuf'un kavli bu kanunda tercih edildiği anlaşılıyor ki inde'l-fukahâ sevaba akrab olan [yakın olan,] kavlimize göredir.

Hükümet-i seniyye evrâk-ı nakdiyye ile ma'denî altının her hususta müsâvî olmadığını muâmelât-ı âtiyye ile kabul ve tasdik eylemiş oluyor.

- (a) İstikraz-ı dahilî kuponlarıyla [iç borçlanma senetleriyle] re'sü'l-malı ma'denî altınla te'diye edeceğini taahhüt eylemiştir.
- (b) Harbiye Nezâretindeki Tedkik-i Seyyat Komisyonu^[19] ma'denî altınları evrâk-ı nakdiyyeye tebdil edenler hakkında icrâ-yı tedkikat etmekte olup sübutu takdirinde tertib-i mücazât edecektir [cezalandıracaktır].
- (c) Bursa'da hattâ köşe sarraflarında her gün ma'denî altın ile evrâk-ı nakdiyye azîm fark ile mübadele ve fark-ı fiyat gazetelerle ilân olunuyor^[20].
- (d) Maliye Nezâreti kendisine lâzım olan altınları büyük farkla Bursa'dan mübâyaa ediyor [satın alıyor].

İşte hem Şer'-i Âliyyenin hem de kanunun ahkâm-ı sarîhası bâlâda tafsil olduğu vech üzere olduğuna göre elyevm yapılagelen muâmelât-ı âtiyye şer'a ve kanuna külliyyen muhâlif ve muhâlefeti, vâkia, pek bedihî ve bârizdir.

- 1- Müdâyene ma'denî altın üzerine vâkî' olmuş ve vefâ-i bey' (ve)ya ferağ ile deyn temin edilmiş iken medyûn (borçlu) ma'denî altının adedince varaka-i nakdiyyeyi Defter-i Hakanî Emaneti'ne bi't-tevdi dâyininin rızası bulunmadan vefa'en fek olunuyor [bozuluyor].
- 2- Bankalara, Emniyet Sandığı'na ahâlî tarafından yatırılan ma'denî altınların bedeline bilâ rızâü'd-dâyin [alacaklının rızası hilâfına] evrâk-ı nakdiyye veriliyor.
- 3- Emvâl-i eytam ve evkaftan [yetim ve vakıf mallarından] ma'denî altın olarak ikraz olunmuş iken evrâk-ı nakdiyye i'tâsı [verme-ödeme] ile te'diye ettiriliyor.

Muâmelât-ı mezkûre sarâhat-i kanuniyye ve ahkâm-ı Âliyye-i Şer'iyyeye muhâlif olduğundan dâyinler, kendi rızalarıyla bâkî hukukunu iskat eylememiş iseler, bakıyyede hakk-ı davaları mahfuz olduğu gibi eytam ve evkaf düyününün [yetim ve vakıf borçlarının], başkasının

¹⁸ Mecelle m.241: “Kuruş üzerine pazarlık olundukta müşteri râic olan meskûkâtın memnu' olmayan her hangi nev'inden ister ise verebilir”. Her ne kadar kuruş kırk paraya denilip kırk paralık sikke-i madrûbe [darbedilmiş/basılmış] dahi var ise de [Kuruş] tabiri bir altın yüz kuruş ve bir Mecidiye on dokuz kuruş gibi ale'l-umum Meskûkât-ı Osmanîye'nin takdir-i kıymetinde mukâyese ittihaiz olunmuş olduğundan ale'l-ittlak semen-i mebia “şu kadar kuruştur” denilmesi semenin ma'lûmiyetine kâfi olduğu gibi resmen on dokuz kuruş kıymet takdir olunan sim [gümüş] Mecidiye ile ufaklığı olan beş, iki, bir nisf-ı kuruşun revâcında [sürümünde] “yani piyasasında” fark var ise de esasen maliyetçe fark olduğundan kuruş üzerine pazarlık edildikte müşteri sim meskûkâtın eczâsından ber-müceb-i örf verebileceği misillü bir kuruş kırk para hesabıyla altın ve sâir meskûkâttan dahi revacı ile i'tâ edebilir. Ve suver-i muharrere şer'an şâyân-ı kabul nizâ'a bâdî [çekişmeye yol açan] olmayacağından [Kuruş] hesabı pazarlık edilmesi akd-i bey'in fesadını mücib olmaz (HACI REŞİD PAŞA, C.2, s.107 vd).

¹⁹Mondros Mütarekesi'ni müteakiben İttihat ve Terakki'ye karşı yolsuzluk tartışmaları karşısında hükümetçe Harbiye Nezâreti'nde kurulan komisyondur (28 Teşrîsânî 1918) (ÇAVDAR, Necati: “Tevfik Paşa Hükümeti'nin Sulh Hazırlıkları ve Paris Sulh Konferansı'na Sunduğu Ermeni Meselesine Dair Bir Çözüm Önerisi”, Sosyal Bilimler Araştırmaları Dergisi, I, (2011), s.19-33; ÇORUK, Ali Şükrü: “İttihat ve Terakki Tarafından Birinci Dünya Savaşı Sırasında Basın ve Edebiyat Dünyasına Yapılan Örtülü Ödenek Harcamaları”, Türk Dili ve Edebiyatı Dergisi, 58(1), 2018, 75-97)

²⁰Bursa'nın kredi sözleşmeleri bakımından malî önemi için bkz. PAMUK, s.86 vd.

akdiyle terettüb etmiş ise, iskâtî zaten bâtil olduğundan vasîleri ve mütevellîleri bâkî hukuku her hâlde talep ve dava eyleyebilirler.

Şimdi bâlâda bast-ı edille ile beyan olunan ahkâmı telhîs edelim [özetleyelim].

- 1- Ma'denî altın [ve]ya gümüş üzerine vâkî' olan müdâyenât [borçlanmalar] her hâlde ma'denî altın (ve)ya gümüş ile ifası lâzım gelir. Bunun zimmete terettübü gerek evrâk-ı nakdiyye [ve]ya Tevhîd-i Meskûkât kanunlarının mer'iyeti tarihinden evvel olsun gerek sonra olsun hükümde hiçbir fark yoktur.
- 2- Ale'l-ıtlak kuruş üzerine vâkî' olup da paranın cins ve nev'i tasrih olunmayan müdâyenâta nazar olunur. Tarih-i müdâyenede râic olan kuruş hangi nev'i para ve kıymeti hâiz ise o vecihle te'diye olunur.

Bu sûrette kavâim-i nakdiyyenin tedâvülünden evvel İstanbul'da ale'l-ıtlak kuruş üzerine müdâyene vâkî' olmuş ise ol vakit ma'denî altın yüz sekiz ve sim [gümüş para] yirmilik mecdiye yirmi kuruşa râic olmakla medyûn dilerse, ma'denî altını yüz sekiz ve dilerse, sim mecdiye yirmi kuruşa olmak üzere deynini te'diye eder. Yoksa dâyin "ma'denî altın elyevm Tevhîd-i Meskûkat Kanunu mücibince yüz kuruşa olmakla yüz kuruştan ziyadeye almam" diyemeyeceği gibi; medyûn dahi, "elyevm evrâk-ı nakdiyye i'tâsiyle te'diye-i deyn edeceğim" diyemez.

Evrâk-ı nakdiyyenin tedâvülü tarihinden sonra ale'l-ıtlak kuruş üzerine vâkî' olan müdâyenât evrâk-ı nakdiyye i'tâsiyle te'diye olunur. Fakat bu takdirde evrâk-ı nakdiyyenin tedâvülünden ve ondan sonra te'diye olunacak olsa ref'i zamanında yani son anda -buna vakt-i inkıtâ' denilir- evrâk-ı nakdiyyenin mâ'denî para ile kıymeti her ne ise, o kıymet üzerine ma'denî para i'tâsî ile te'diye olunmak lâzım gelir, yoksa medyûn "tedâvülden her nev'i evrâk-ı nakdiyye i'tâsiyle te'diye edeceğim" diyemez.

İhtilâf-ı fukahâ: Bu meselede İmam Ebî Yusuf vakt-i akiddeki o nev'i paranın kıymeti lâzım geleceğinden ve İmam Muhammed vakt-i inkıtâ'daki o nev'i paranın kıymeti iktizâ eyleyeceğine zâhib ve bu vecihle aralarında ihtilâf vâkî' olmuş ve meşâyih-i İslâmiyye tarafından İmam Ebî Yusuf'un kavliyle iftâ olunmuş ise de, atık Dördüncü Cild *Düstur*'un 346[nci] sahifesinde munderiç fi 7 Ağustos sene 295 tarihli karar-ı tâmmenin üçüncü maddesinde İmam Muhammed mezhebi kabul olunmuş olduğundan bunda dahi bu vecihle yazılmıştır. Mecelle'nin 232[nci] maddesi şerhine müracaat oluna.

- 3- Müdâyene, evrâk-ı nakdiyye üzerine vâkî' olmuş, yani meselâ yüz adet yüzlük evrâk-ı nakdiyye istidâne edildiği tasrih kılınmış ise, evrâk-ı nakdiyye i'tâsiyle te'diye olunur.

Fakat bu takdirde evrâk-ı nakdiyyenin tedâvülden ref'inden sonra te'diye olunacak olsa, bâlâda izah olunacağı üzere, son zamanda evrâk-ı nakdiyyenin ma'denî para ile kıymeti ne idiye, o kıymet üzerinden ma'denî altın ile ödenmek vâcib olur.

Yoksa medyûn tedâvülden merfu' bulunan evrâk-ı nakdiyye i'tâsiyle te'diye edeceğim diyemez.

Bâlâda bast ve beyan olunan ahkâm ilk mevki'-i icrâya vaz' olunan fi 18 Teşrinievvel sene 331 tarihli Evrak-ı Nakdiyye Kanunu ile fi 26 Mart sene 332 tarihli Meskûkat Kanunu ahkâmına müsteniddir. Mezkûr iki kanundan sonra diğer Evrâk-ı Nakdiyye İhrâcına Dâir bir iki kanun daha neşrolunmuş ise de, bunlarda cedîd ahkâm bulunmayıp evrâk-ı nakdiyye-i âhire ile sûret-i muamele fi 18 Teşrinievvel sene 331 tarihli Kanuna atfolunur.

-Nihayet-

III. EVRÂK-I NAKDİYYENİN KARZ AKİTLERİNİN İFASINA ETKİSİ

A. Genel Açıklama

Değişim ve ödeme aracı olan para, kendi dışındaki tüm iktisadî varlıkların değerini ölçmeye yarar. Paranın işlevleri mübâdele aracı, değer ölçüsü birimi ve değer birikim aracı; ileride

yapılacak ödemelerin ölçüsü; itibar karşılığı ve müddehar olmasıdır²¹. Doktrindeki tanımlar bu unsurların bir kısmını veya hepsini içerebilmektedir²².

En eski devirlerde değerli maden çubuklar para sayılır ve tedâvül ederdi. Ancak altın-gümüş de ticaret malı olup tartı ile alınıp verilir. Madeni olanlar, bunu eşit ağırlıkta çubuklara böler, üzerine ağırlık ve ayarını²³ belirten bir mühür basarak kendine ait bir para yapmış olurdu. Onu ve mührünü tanıyanlar işlerinde bu çubukları kullanırlardı. Zaman geçtikçe bu işi devlet yürütmüştür. Madenin üzerine ayırt edici şekilde tarihî ve sanatsal unsurlar eklenerek basılmasına “sikke” (çoğ. meskûkât) denir. Para basmak bir bağımsızlık simgesi ve egemenlik hakkının göstergesi olduğundan meskûkat ancak devlet tarafından bastırılmış, devletin devredilemez hakkı sayılmıştır²⁴.

On beşinci yüzyılda İtalya’da güvenilir ağırlık ve boyutlarda metal paranın üretilmesi standarda geçişi göstermektedir. İktisat tarihçileri bundan önceki döneme Mal Para/ Madeni para standardı Dönemi adını vermişlerdir. Bunun ardından uluslararası Para Sistemi Dönemi’ne geçildiği kabul edilmektedir²⁵.

Osmanlı Devleti’nde kuruluştan Tanzimat’a kadar madenî para sistemi vardır. Hazine ihtiyaç duydukça meskûkâtta ayar düşürerek (tağşiş) gelir elde etmiştir²⁶. Fakat ilk kez 1840’ta hazine, içine düştüğü maddî krizi aşmak için bir tür borçlanma senedi olmak üzere evrâk-ı nakdiyyeye başvurmuştur. İktisat tarihi alanında konuyla ilgili birçok çalışma vardır. Araştırmaların, konunun iktisadî boyutuna yoğunlaşmasının temelinde evrâk-ı nakdiyyenin (kâime) devletin içinde bulunduğu malî kriz dönemlerinde çıkarılmış sonradan kaldırılmış olmasının etkisi vardır.

Çalışmamızın konusu eski bir borçlar hukuku makalesi olduğundan konunun para ve iktisat boyutuna kısaca ve özetle değinme ihtiyacı doğmuştur. Gâyemiz konunun Borçlar Hukuku boyutunu ele almaktır. Başka bir deyişle, devletin malî/para sisteminde yaptığı değişiklik veya geçişlerin kişiler arasında kurulan karz akitlerinin²⁷ ifasını nasıl etkilediğidir. Parada meydana getirilen değişiklikler ve düzenlemeler, onun değerini²⁸ etkilediğinden bu, borçların ifasına da yansımaktadır. Böylece borç sözleşmelerinin temelinden sarsılması gibi bir sonuç meydana çıkabilmekte sözleşmenin taraflarınca mahkemeye uyarlama davaları açılabilir.

Ali Haydar Efendi makalesinde devletin halka veya yabancı devletlere borçlanmasını değil kişilerin birbirlerinden aldıkları borçların ifasının Evrâk-ı Nakdiyye Kanunu’ndan önce ve sonraki durumunu değerlendirmiştir. Yazının başında evrâk-ı nakdiyyenin tedâvülünün kanunla zorunlu kılınmasının, altın veya gümüş madenî paralar esas alınarak yapılan borç akitlerindeki ödemelerde sorun yarattığını; hattâ, mahkemelerden bu hususta birbirinden farklı kararlar çıktığından görüş birliğine varılması gerektiğini belirtmiştir. 1915 yılının sonlarına doğru tedâvüle çıkarılan ikinci tertip evrâk-ı nakdiyyelere halkın güveni düşük olduğundan altın lira ile kâğıt lira arasında bir değer farkı doğmuştur. Bunun doğal sonucu olarak borç ödemelerinde borçlu taraf, altın yerine kâğıt parayı tercih etmiştir. Alacaklının bunu kabul etmeyeceği açıktır fakat kanunî zorunluluk karşısında kabule mecbur kalındığından altın lira giderek tedavülden çekilmiştir. Artık alışverişlerde esnaf, kâğıt parayı bozduranlara, üzerini altın para ile vermemeye başlamıştır. O dönemde bir liradan küçük değerde kâğıt para da olmadığından bozukluğa gerek

²¹ Sarf edilecek durumda olan para tedâvülde demektir. Müddehar ise, paranın tedâvülden çekilip saklanmaya müsait bir özellik taşıdığını anlatmaktadır (KUYUCAK, Hazim Atif: Para ve Banka, C.1, (Maarif Matbaası), İstanbul 1939, s.14).

²²Paranın işlevleri için bkz. KUYUCAK, s.23-25.

²³Bir alışım içindeki kıymetli madenin ağırlığının tüm alışımın ağırlığına oranına ayar denir (Hasan Ferid, Nakid ve İtibar-ı Mâlî, C.1, 1914, s.129’dan aktaran, KUYUCAK, s.45).

²⁴Paranın geçirdiği süreç için bkz. KUYUCAK, s.39-40. Ayrıca sikkenin tanımı için bkz. KUYUCAK, s.207.

²⁵KUYUCAK, s.51 vd; PAMUK, Şevket: Osmanlı İmparatorluğu’nda Paranın Tarihi, Üçüncü Baskı, Tarih Vakfı Yurt Yayınları, İstanbul, Mart 2002, s.9, 18; BALTAOĞLU, Süren: Para Sistemleri Tarihi, İstanbul 2008, s.5, 11, 20.

²⁶ENGELHARDT, Eduard Philippe: Tanzimat ve Türkiye, Kaknüs Tarih Yayınları, (Çev. Ali Reşad), İstanbul Kasım 1999, s.76; PAMUK, s.45 vd.

²⁷Karz ödünç verilen mal anlamına geldiği gibi, bir kişinin nakit/para veya mekîlât gibi bir malını sonradan mislini almak üzere bir başka kişiye vermesine de karz/ikraz denir. Ödünç verene “mukriz”, ödünç alana “müstakriz”, ödünç alma işine ise, “istikraz” denir. Bir ödünç karşılığında alınan fazlalık miktara “ribh” (faiz), faizsiz olarak verilen borca karz-ı hasen (güzel borç) denmektedir (BİLMEN, Ömer Nasuhi: Hukuk-ı İslâmiyye ve İstîlâhât-ı Fıkhiyye Kâmusu, İÜHF Yayınları, C.5, İstanbul 1952, s.14, 103).

²⁸Paranın değeri veya kıymeti “bir para vâhidinin (biriminin), meselâ bir liranın, eşya ve hizmetlerden satın alabildiğidir” (Tanım için bkz. KUYUCAK, s.77).

duyanlar, elindeki kağıt parayı nominal değerinden düşüğe sarraflarda bozdurmak zorunda kalmıştır²⁹.

Aslında konu sadece altın-gümüş para üzerinden akdedilmiş münferit bir borç akdinin evrâk-ı nakdiyyeden sonra nasıl ödeneceği değildir. Kâime, hazinenin borçlanma aracı olarak ilk çıkarıldığı 1840-1863 sürecinden itibaren 1876-1877 ve 1912-1916 yılları arasında olmak üzere birçok kereler ve her seferinde “sonradan kaldırılmak üzere” tedâvüle çıkarılmıştır. Bu yüzden bazen kâimeyle ödenmesi konusunda anlaşılan sözleşmelerin, evrakın kaldırılmasına denk gelen dönemde, meskûkat olarak ödenmesi sorunu gündeme gelmiş bazen de tam tersi olmuştur. Devletin kâimeye geçme süreci, doğrudan günümüzdeki gibi kâğıt para kullanmaya başlamak biçiminde olmadığından, başka bir deyişle, 1840’tan itibaren makalenin yazıldığı tarih olan 1913’e kadarki süreçte kademeli ve zorunlu bir geçiş yaşandığından sürecin aşamalarının kısaca da olsa açıklanması gerekli görülmüştür.

B. Kâime ve Evrâk-ı Nakdiyye’nin Osmanlı Malî ve Hukukî Sistemine Girişi

1. Genel Olarak

Osmanlı Devleti’nde ilki, 1840-1863 tarihleri arasında Tanzimat yenilikleri; ikincisi, 1876-1877 tarihleri arasında Osmanlı-Rus Savaşı’nın³⁰ finansmanı ve üçüncüsü, 1912-1916 yılları arasında Birinci Dünya Savaşı’nın finansmanı için olmak üzere kâime çıkarılmıştır. Geçmişe doğru bakıldığında her girişimin amacının ya içte isyanların bastırılması ya yenilik hareketleri veya dışta savaşların yol açtığı para ihtiyacını karşılamak için yapılan borçlanmalar olduğu görülmektedir. Bu ana sebeplere ayrıca vergi sisteminin değiştirilmesi; yeni vergi memurlarının tecrübesizliği; kapitülasyonlar sebebiyle gümrük vergilerinin beklenen geliri sağlamaması; değerli maden ve yabancı sikkelerin gümrük vergisinden muaf tutulmaları³¹; hububat hasadının kötü durumda olması ve aşarın düşmesi; hazinenin tükenmesi ve eski tedbirlerin açığı kapamaya yeterli olamaması gibi talî sebepler de eklenebilir. Sonuç olarak 1840’ta³² yaşanan bir hazine krizine bağlı olarak gelir bulma amacıyla yapılan tartışmalar sırasında, sonradan şeyhülislam olacak olan Arif Hikmet Bey tarafından getirilen öneriyle³³ kâğıt para çıkarılmasına karar verilmiştir³⁴. Bununla ilgili açıklamalara geçmeden önce, kaynaklarda Osmanlı Devleti’nde malî krizin klâsik döneme kadar uzandığı belirtildiğine göre, 1840 krizinden önce sultanların, hazinenin para sıkıntısını aşmak için ne gibi yollara başvurduklarına da bakılmalıdır. Bunlar arasında en başta madenî paranın değerini düşürmek³⁵, esham satmak³⁶ ve Galata bankerlerinden borç almak gibi yollar vardır³⁷.

Bu aşamada neden bu klâsik yöntemlerin yeterli gelmediği sorusu akla gelmektedir. On altıncı yüzyılda başlayan paranın değerinin düşmesi on dokuzuncu yüzyılda had safhaya ulaşmış,

²⁹Birinci Dünya Savaşı yıllarında Osmanlı altın lirasının kâğıt para ile taban ve tavan değerlerini karşılaştıran bir grafik için bkz. TOPRAK, Zafer: Türkiye’de Milli İktisat, 1908-1918, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul, Ağustos 2019, s.365. Ayrıca hükümetin çeyrek liralık kâğıt para bastırabilmesi için Düyün-ı Umumiyye idaresiyle sözleşme (17 Şubat 1916) yapması gerekmiştir (TOPRAK, s.364).

³⁰Osmanlı Devleti Rusya ile 1677-1918 tarihleri arasında on üç kez savaşmak durumunda kalmıştır. Bunlar 1677-1681, 1686-1699, 1711, 1712, 1713, 1726-1730, 1768-1774, 1787-1792, 1807-1812, 1828-1829, 1853-1866, 1877-1878 (93 Harbi) ve 1914-1918 savaşlarıdır.

³¹PAMUK, s.80.

³²Kâimenin ilk çıkış tarihi hakkında farklı bilgiler vardır (Farklı kaynakların verdikleri bilgiler için bkz. DAVİSON, Roderic: “Osmanlıların Kâğıt Parayla İlk Deneyimi”, (The First Ottoman Experiment with Paper Money), (Çev. Durdu Mehmet Durak), Ankara Üniversitesi Osmanlı Tarihi Araştırma ve Uygulama Merkezi Dergisi, 2001, S.12, s.247, dpn. 7-8; ÇAKIR, Coşkun: Tanzimat Dönemi Osmanlı Maliyesi, 2. Baskı, (Küre Yayınları), İstanbul, Haziran 2012, s.76).

³³AKYILDIZ, Ali: “Kâime”, DİA, C.21, İstanbul 2001, s.213.

³⁴DAVİSON, s.246-247. İlk kâimenin bir gâyesi de Asâkir-i Mansûre-i Muhammediyye kurulmasının masraflarıdır. Üstelik o dönemde, II. Mahmud zamanında çıkan Kavalalı Mehmed Ali Paşa isyanı da halâ sürmekteydi (EROL, Mine: Osmanlı İmparatorluğu’nda Kâğıt Para (Kâime), TTK Basımevi, Ankara 1970, s.1).

³⁵19’uncu yüzyıl başında altınla alışverişte kabul edilen “beşlik” ve “altılık” tedâvülü buna örnek verilebilir (DAVİSON, s.245). Ayrıca ilk akçe Fatih ve Bayezid zamanından itibaren hem vezin hem de ayar bakımından birçok kez değiştirilmiştir (AKDAĞ, s.635 vd). Eski akçeler karşısında bir dirhem gümüş 2 ¾ akçeye karşılık gelmekteyken bazı akçeler bir şer’î dirhem 2/25’ine eşitti (BİLMEN, C.1, 1949, s.121). Ancak Fatih Sultan Mehmed devrinde sadece ekonomik kriz ve para ihtiyacında değil, hazinede fazla para olduğunda da tağşiş yoluna gidilmiştir. İktisatçılar bu dönemde tağşişin, bir vergiye dönüştürüldüğü, sadece acil ihtiyaçları karşılamak değil hazineyi daha da güçlendirmek maksatlı kullanıldığı kanaatindedirler (PAMUK, s.51).

³⁶Esham, gelecekteki gelirlerle ödenecek kısa vadeli devlet tahvilleridir (DAVİSON, s.246).

³⁷DAVİSON, s.246; KAZGAN, Haydar: Osmanlı Finansında Galata Bankerleri, Yayına Hazırlayanlar: Mustafa Dönmez-Ertuğrul Tokdemir, Yayınevinde Birinci Baskı, Tarihçi Kitabevi, İstanbul, Ocak 2014, s.38 vd.

gümüş akçe basımına son verilmiştir. II. Mahmud zamanında altın para 35, gümüş ise, 37 kere değişikliğe uğratılmıştır. Yeniçeri Ocağı'nın kapatılarak yerine kurulan sistemin malî yükü, Yunan isyanı, Osmanlı-Rus savaşı (1828-1829) yanında Mısır isyanı (1831-1841) ve Tanzimat yenilikleri istikrarsız para rejimine eklenince altından kalkılamamıştır. Devletin ülkesindeki Galatalı bankerlerden borç aldığı geri öderken verdiği faiz Avrupalı bankerlerin iştahını kabartınca borç verme konusunda daha iyi şartlarda teklifte bulunmuşlardır³⁸. Bu işin organizasyonu için 1856'da İngiliz sermayesiyle Bank-ı Osmanî kurulmuş, 1863'te Fransız sermayesi de katılarak büyütülmüş³⁹ yeni "Bank-ı Osmanî-i Şâhâne"ye devlet bankası niteliği kazandırılmıştır⁴⁰.

2. Sultan Abdülmecid ve Abdülaziz Dönemi Kâimeleri

Abdülmecid zamanında, 4 bin keselik (1 kese=500 kuruş ve 1 lira=100 kuruş olmak üzere) faizli (%8) ve 32 bin keselik muacceleli (160 bin liralık) kâime çıkarılmıştır. Sekiz yıl içinde kaldırılmak şartıyla tedâvüle çıkarılan ilk kâğıtların adı "Kâime-i Nakdiyye-i Mûtebere"dir. Bunlar hem İstanbul hem taşrada para gibi kullanılacaktır⁴¹.

İkinci sürümde kâimenin, nakit paranın dengi olduğu belirtildiğinden doktrinde buna evrakın "nakit hükmünde tedâvül etmesi" denmiştir⁴². Bu ikinci sürüm kâimeler, devletin daha önce yaptığı borç alma ve kredi işlemlerinde kullandığı kâğıtlardan farklı olup elinde önceki sürümden kalan kâime bulunanların, bunları yenileriyle değiştirmesi gereği halka duyurulmuştur⁴³. Devletin halka borçlanması anlamına gelen kâimeler, çıkarıldığı gibi, alınan borcun ödenmesi sûretiyle kaldırılmalıydı da. İlk ciddi kaldırma girişimi, 1848'de "iâne-i umûmiyye" adıyla halkın zorunlu yardımına başvurulmasıdır⁴⁴. Piyasaya sürülen kâimelerin kaldırılması zamanı gelince bunun için ayrılan ödenek -ki o da borç alınmıştır- 1853'te çıkan Kırım Savaşı'na harcandığından kâimenin kaldırılması ertelenmiştir. Buna karşılık "ordu kâimesi" çıkarılmıştır⁴⁵.

³⁸5 Şubat 1840'ta İstanbul London Times muhabiri, yerel sarrafların devlete yaklaşık bir milyon poundluk, iki yıl içinde %18 faizle, 6 ayda bir ödenecek borç verdiklerini bildirmiştir (The Times, 2 March 1840, p. 5). O dönemde normalde ortalama %12 faizle borç alınmaktadır. 18 Şubat 1840 tarihli bir haberde ise, devletin kâğıt para çıkaracağı bildirilmiştir (DAVİSON, s.248). Ayrıca bkz. PAMUK, s.87.

³⁹O dönemde bu bankaya tanınan yetkiler, İngiliz ve Fransız Merkez Bankalarının sahip olduklarının çok üzerindedir (Mukavelenin metni için bkz. Mecmua-i Mukavelat (İmtiyâzat ve Mukâvelât Mecmuası), C.1, İstanbul 1302, s.250-253'ten aktaran, KAZGAN, s.67, dpn. 29). Ayrıca bkz. TOPRAK, s.205 vd.

⁴⁰Galata bankerlerinin bankaya tepkiler için bkz. KAZGAN, s.60 vd; PAMUK, s.230. Fuat Paşa'nın Galata bankerlerine fiilen ödendiğini belirttiği %20'ye ulaşan faiz nedeniyle Osmanlı Devleti'ne borç verme konusunda Galata bankerleriyle Avrupa bankerleri yarışa girmiştir (KAZGAN, s.64).

⁴¹EROL, s.1. Kâimenin sözlük anlamı, "ayakta duran, bir şeyin yerine geçen"dir. "Esham kavâimi (revenue bonds) (MORDTMANN, J.H: Encyclopaedia of Islam, Vol. 2, "Kâime" maddesi, s.643), evrâk-ı nakdiyye, kavâim-i nakdiyye, kavâim-i nakdiyye-i mu'tebere, varaka-i nakdiyye, nakid kâğıdı, kavâim-i mu'tebere, kâime-i nakdiyye" gibi başka adları da olan evrak, piyasada sikkeyi temsilen tedâvül etmiştir (EROL, s.1; KAZGAN, s.38. Kâime, Türk kâğıt parası olup onun yerini sonradan evrâk-ı nakdiyye almıştır (MORDTMANN, s.643-644, AKYILDIZ, "Kâime", s.212-213). Ayrıca bkz. ENGELHARDT, s.76; TOPRAK, s.322.

⁴²Takvim-i Vekâyi, No: 206'dan aktaran DAVİSON, s.251, dpn. 21. Kâimeye başvurunun asıl sebebi hazine krizi olmasına rağmen devlet bunun sadece ticareti kolaylaştırmak için bir yöntem olduğunu ifade etmiştir. Hükümet açıklamalarında kâimenin madenî/nakid paraya eşdeğer bir araç olduğu vurgulanmıştır. Örneğin, Takvim-i Vekâyi'de, kâimenin birinci ve ikinci serisinin Sultanın hâkimiyeti altındaki her yerde geçerli olduğu belirtilmiştir. Oysa uygulamada bunların sadece devlet dairelerinde kabulünün zorunlu tutulabilmiş, özel kişiler kabule hiçbir zaman zorlanamamıştır (DAVİSON, s.251).

⁴³Osmanlı Devleti'nin tüm kâimelerinin örnekleri için bkz. EROL, s.37 vd; KAZGAN, s.39-41.

⁴⁴Toplanan paralar, 1860 Şam olaylarında harcandığından asıl açığı kapatamamıştır. Fransız Mires ile yüksek faizli 16 milyon sterlinlik bir borç anlaşması imzalanmış; bazı Galata bankerlerine bir banka kurdurup kâimeyi bu yolla ortadan kaldırmak düşünülmüştür (Mires olayının ayrıntısı için bkz. KAZGAN, s.65). Sonunda hükümet, siyasi önem taşıyan -Cidde ve Yemen gibi- yerler hariç tüm ülkede tedâvül etmek üzere 12.5 milyon liralık kâime çıkarmıştır. Fakat bu esnâda kâimenin fiyatı çok düşmüş, piyasada geçmez hâle gelmiş; işlerini kapatan esnaftan parası olan evine birkaç günlük ekme almış; halk câmilere toplanarak beklemeye başlamıştır. Bunun üzerine sarrafların faaliyetleri durdurulmuş, malî konulara tek yetkili sıfatıyla sadrazam yapılan Fuad Paşa'nın çabasıyla İngiltere'den alınan borçla kâimenin kaldırılması kararlaştırılmıştır. 1862'de kâimenin tedâvülünden kaldırıldığı resmen ilân edilmiştir. O dönemde İstanbul'da ekmeççi esnafından başka alışverişlerde kâimeyi kabul eden kimse kalmamıştır. İşte bu dönemde II. Abdülhamid saraydaki altın ve gümüş mutfak eşyasını Meskûkât İdaresi'ne göndererek elde edilen parayı kâimenin kaldırılmasına hasretmiştir (AKYILDIZ, "Kâime", s.213-214; ÇAKIR, s.81). Galata bankerleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. KAZGAN, s.60 vd.

⁴⁵Bu sırada tedâvülde daha 350.000 keselik faizli ve faizsiz kâime vardır. Yeni basılacakların taklit edilemeyecek ve kolay eskimeyecek şekilde basılması için gereken alet ve aksamın, teknolojinin Avrupa'dan getirilmesi için bir yıl

Osmanlı Bankası kurulurken Osmanlı Devleti, hükümetin hiçbir durumda kendisinin kâğıt para basmayacağı ve başka bir kuruma da bastırmayacağı konusunda taahhütte bulunmuş⁴⁶ yani Osmanlı Bankası'na otuz yıl müddetle "banknot"⁴⁷ basma imtiyazı (tekel) verilmiştir. Banka ilk olarak 1863'te, istediği zaman altına çevrilmek üzere, üstünde Maliye Nezareti ve kendi mührü olan banknotları piyasaya sürmüştür⁴⁸. Banknot ihracı 1863-1914 yılları arasında⁴⁹ çeşitli şekil ve miktarlarda devam etmiştir. Ama banka ile devlet ilişkilerinin uyum içinde gittiği söylenemez. Devlet her istediğinde banknot çıkaracağı zannedilen banka bu talepleri reddetmeye başlamıştır. Örneğin, Birinci Dünya Savaşı sırasında banka, devletin avans ve banknot çıkarılması talebini açıkça reddetmiştir. Çıkan anlaşmazlık, bankanın, savaş döneminde, kendi sahip olduğu banknot çıkarma imtiyazını kullanmayacağını açıklamasıyla kapanmış gibi görünse de, Osmanlı yönetimi banknot çıkarmak istediğinde karşılık göstermek zorundaydı. 1915'ten itibaren savaş uzadığından altın ve Alman hazine bonoları karşılık gösterilerek dört yıl boyunca yedi seferde toplam 160 milyon liradan fazla banknot çıkarılmıştır⁵⁰.

3. V. Murad ve II. Abdülhamid Dönemi Kâimeleri

Önceden devralınmış ağır dış borç yükünün olduğu bu dönemde Abdülhamid saltanatı süresince bazı dış tavizlere rağmen -ağır bir mâliyet gerektirdiği için- mümkün olduğunca savaşlardan kaçınmış, dış politikada büyük devletlerin kendi aralarındaki rekabetten yararlanarak diplomasinin temel alındığı bir denge siyaseti izlemeyi tercih etmiştir⁵¹. Saray masraflarını kısarak idareli davranmıştır. Dış borçları temizlemek için, Muharrem Kararnâmesi (1881) ve Düyûn-ı Umumiyye teşkili gibi somut adımlar atmıştır⁵². 1876-1877 Osmanlı-Rus Savaşı'nın finansmanı için devlet mecburen Osmanlı Bankası ile anlaşmalı olarak tekrar kâime ihracı yoluna gitmiştir. 1876'da tahta geçen Abdülhamid devrinde basılan (1876, 1877) kâimeler faizsizdir⁵³. 27 Ağustos 1877 tarihli kararını dayanak göstererek bütçe açıklarının bir kısmını kapamak ve acil giderlere harcanmak üzere 6 milyon liralık daha kâime çıkarılınca piyasadaki toplam kâime miktarı ikinci uygulamanın en üst sınırı olan 16 milyon liraya ulaşmıştır. Kâimenin çıkarılmasına ilişkin kararnamede, kâimenin yavaş yavaş tedâvülden kaldırılması için başta Ereğli madenleri olmak üzere bazı gelirler karşılık gösterilmiştir. Bu gelirleri, kurulacak bir komisyon toplayacaktır. Komisyon 1 Nisan 1878'de çalışmalarına başlamış ve karşılığı ödenerek halktan geri toplanan kâimeler, halkın maliyeye karşı sarsılan güvenini yeniden sağlamak amacıyla, meydanlarda yakılmıştır⁵⁴. Bunların kullanımı Hicaz, Yemen ve Trablusgarp dışındaki her yerde mecburî tutulmuştur. İkinci seferde çıkarılanlara, Hazine-i Hassa'dan Ereğli madenleriyle krom madenlerinin gelirinin devlet hazinesine bırakılması sûretiyle bir karşılık sağlanmıştır.

8 Mart 1295 (20 Mart 1879) tarihinde Abdülhamid devrinde çıkarılan kâimelerin kaldırılması için yapılan çalışmalar kapsamında yedi maddeden oluşan bir Kararnâme de hazırlanmıştır⁵⁵. Kavâim-i nakdiyyenin kaldırılacağı ilân edildikten sonra padişah, bu kaldırma işleminin hukukî yönden sonuçlarını içeren bir çalışma istemiştir. Çünkü o dönemde, Kararnâmenin yayınlanmasından önce evrâk-ı nakdiyye esas alınarak akdedilmiş olan borç sözleşmeleriyle cinsi belirtilmemiş kuruş üzerine düzenlenen senetlerin, kaldırma Kararnâmesi'nden sonra, meskûkatla ödenirken, ne şekilde bir hesaplama yapılacağı konusunda hâkimler tereddüt etmişlerdir. Bu konuda üç esas belirlenmiştir. Öncelikle kâime tedâvüldeyken

kadar bir zaman lâzımdır ve bu Osmanlı Devleti için çok uzundur (!). Bu yüzden bu fikirden vazgeçilip, taklit edilebileceği bilinmesine rağmen, elde mevcut sistemle yeniden basım yapılmıştır (EROL, s.5).

⁴⁶Süreç için bkz. EROL, s.19; KAZGAN, s.67.

⁴⁷1863'te Osmanlı Bankası'nın kuruluşu ile birlikte sisteme giren banknotlar, Osmanlı ülkesinde hiç bir zaman Batı'daki benzerleri gibi bir tedâvül aracı olarak kullanılmamıştır. Osmanlı Bankası banknotları çok sınırlı bir kesimin para transferinde kullanılmış, günlük hayatta piyasada alışverişlerde banknot görülmemiştir. Ticaretin gelişip paraya ihtiyaç duyulduğu dönemde, para kıtlığı yabancı paralarla karşılanmıştır (TOPRAK, s.323).

⁴⁸TOPRAK, s.323; AKYILDIZ, "Kâime", s.213.

⁴⁹Bu dönemde dünyadaki durumla mukayese için bkz. BALTAOĞLU, s.22 vd.

⁵⁰Bunlar "Evrâk-ı Nakdiyye" adı ile Türkiye Cumhuriyeti'ne intikal etmiştir (EROL, s.33). Ayrıca Cumhuriyet döneminde basılan ilk kâğıt para örnekleri için bkz. EROL, s.247 vd.

⁵¹KÜÇÜK, Cevdet: "Abdülhamid II", DİA, C.1, s.219, İstanbul 1988.

⁵²Dönemin siyasi, askerî ve ekonomik gelişmeleri için bkz. KÜÇÜK, s.216-224.

⁵³EROL, s.17.

⁵⁴Ayrıntı için bkz. AKYILDIZ, "Kâime", s.213. Devletin içinde bulunduğu malî durum hakkında bkz. Mehmed Zeki PAKALIN: Son Sadrazamlar ve Başvekiller, C.5, İstanbul 1948, s.539 vd.

(http://ekitaparsivi.com/uploads/kitap/20160131/o_002611_2013-03-06-172515_e-kitap-arsivi.pdf, 15. 10. 2019).

⁵⁵EROL, s.21.

yapılan borç sözleşmelerinde, kâimenin piyasada yüzlük altın karşısındaki fiyatı kaç kuruşta hesaplanarak ona göre ödenmesi gerektiği belirtilmiştir. Kavâimin kaldırılması için çıkarılan Kararnâme'ye göre, dört yüzlük kâime karşılığı bir altından hesaplanmalıydı. Bu yöntem, kişiler arasındaki borçların ödenmesinde de uygulanmalıydı⁵⁶. Fakat alacaklıların haklarının korunması için bu dört yüzlük kâimenin üzerine az bir miktar daha eklenerek borçların ödenmesine karar verilmiş ve bir Kararnâme lâyihası bu doğrultuda hazırlanmıştır.

Ali Haydar Efendi'ye göre, Kavâim-i nakdiyyenin neşrinden önce altın ve gümüş madeni üzerinden yapılan borç sözleşmelerinin ve cins belirtilmeyen kuruş borçlarının râyiç akçe ile nakden ödenmesi ve faizlerinin de ana borcun cinsinden olması gerekmektedir. Kavâim zamanında akdedilen fakat ödemesi sonra yapılacak olan her tür altın-gümüş ve sözleşmede belirtilerek beşlik ve madenî paralar üzerine akdedilen borçlar -mademki, tür ve cinsleri senette yazılıdır- başka türlü ödenmesi kabul olunamayacaktır, aynen ödenmesi gerekirdi. Adet üzerine “bir kâime, 100 kuruş” hesabıyla akdedilen borçlar 4.5 kâime bedeline bir yüzlük altın veya borcun ödeme gününde bir yüzlük altın kaç kâimeyse, o miktar verilerek ödenecekti. Cins belirtmeden kuruş üzerine yapılan borç akitlerinde her yüzlük kâime yerine 130 kuruş verildiğinde borç kapanmış sayılacaktı⁵⁷. Bir başka deyişle, kâime kaldırma kararından önce yapılan kâime borçlarının, kaldırma işleminden sonra nasıl meskûkâta çevrileceği de önemlidir. Fakat bizim çalışmamız, kâime çıkarıldıktan sonra, önceden yapılmış meskûkât borçlarının, sonrasında ne şekilde kâime olarak ödeneceğine ilişkindir.

4. Mehmed Reşad ve Mehmed Vahdeddin Dönemi Kâimeleri

30 Mart 1915'de çıkarılan 210 numaralı “150 milyon Franklık Altın Mukabilinde 6.583.094 Liralık Evrâk-ı Nakdiyye İhracı ve Tedâvülünün Mecburiyeti Hakkında Kanun”un⁵⁸ başlığında bu ibarenin yer almasıyla birlikte kâimelere “Evrâk-ı Nakdiyye”⁵⁹ denmeye başlanmıştır. Kanun'un ardından 211 numaralı “Evrâk-ı Nakdiyye Mesârifîçün 1331 Maliye Bütçesine 805.600 Kuruşluk Tahsisât-ı Fevkalâde İlâvesi Hakkında Kanun” (19 Rabülevvel 1334/12 Kânunisânî 1331/25 Ocak 1916)⁶⁰ çıkarılmıştır. Bunun birinci maddesinde 30 Mart 1331 (12 Nisan 1915) tarihli Kanun-ı Muvakkat gereğince tedâvüle çıkarılan evrâk-ı nakdiyyenin basım vs. masrafları için 805.600 kuruşun, 1331 senesi maliye bütçesine tahsisât-ı fevkalâde olarak eklendiği belirtilmiştir⁶¹. Aynı şekilde *Düstur*'da bunu takip eden 212 numaralı “Evrâk-ı Nakdiyye Mesârifîçün 20.000 Lira Tahsisıyla Meblâğ-ı Mezbûra Mahsûben 1331 Maliye Bütçesine 513.000 Kuruş Tahsisât-ı Fevkalâde İlâvesi Hakkında Kanun”un birinci maddesinde “Mevkî-i tedâvüle ihraç olunan 6.583.094 liralık evrâk-ı nakdiyyenin mevkî-i tedâvüle hîn-i ihraciyle nakde tahvilî esnasında Düyûn-ı Umumiyye İdaresince ihtiyar olunacak masrafa mukabil 20.000 lira tahsis olunmuştur” denmiştir. İkinci maddede ise, birinci maddede belirtilen meblâğa mahsûben evrâk-ı nakdiyyenin basım masraflarına ilişkin ayrılan tahsisât-ı fevkalâde fasl-ı mahsûsuna ek olarak 513.000 kuruşun sarfı için maliye nezaretine yetki verildiği belirtilmiştir⁶².

210 numaralı ve “150 milyon Franklık Altın Mukabilinde 6.583.094 Liralık Evrâk-ı Nakdiyye İhracı ve Tedâvülünün Mecburiyeti Hakkında Kanun”un ilk maddesinde “Tamamen altın olarak Düyûn-ı Umumiyye-i Osmaniyye idaresine 150 milyon frank bi't-tevdi mukabilinde altı milyon 583.094 liralık evrâk-ı nakdiyye ihracına maliye nezareti mezundur”; ikinci maddesinde ise, “işbu evrâk-ı nakdiyye Memâlik-i Osmaniyye'nin her tarafında gerek devletle

⁵⁶Kararnâme'de altınla kavâim değiştirilirken (mübâdelesinde) fiyatın belirlenmesi ve kavâimin tamamen kaldırılması için devlet tarafından bir borçlanma (istikraz) yapılmasına karar verilmiştir. Bu yeterli gelmezse gümrükler ve başkaca devlet gelirlerinin de bir kısmı bu işe harcanmalıydı (EROL, s.26).

⁵⁷EROL, s.26-27.

⁵⁸Kanun'un 6'ncı maddesinden sonra konulan paragrafta, “Kuvve-i icrâiyyece 27 Cumâdelülâ 1333 ve 30 Mart 1331 tarihinde tanzim ve muvakkaten mevkî-i tatbîke vaz' olunan işbu Kanun lâyihası, 31 Kânunievvel 1331'de Meclis-i Umumiyyece aynen kabul edilmiştir. Meclis-i Âyan ve Mebusanca aynen kabul edilen bu lâyihanın kanuniyeti ve kavânin-i devlete ilâvesini irade eyledim” şeklinde bir ifade vardır. Buradan söz konusu muvakkat kanunun padişah onayının 12 Kânunisânî 1331 (25 Ocak 1916/19 Rabülevvel 1334) tarihinde yapıldığı anlaşılmaktadır (*Düstur*, Tertib-i Sâni, C.8, s.331-332).

⁵⁹Sözlük anlamı “para yerine geçen kâğıt” demek olan bu evrak, aslında tam olarak günümüzdeki parayı değil, faiz getiren borç senedi ya da hazine bonosunu ifade etmektedir (AKYILDIZ, “Kâime”, s.212).

⁶⁰Takvim-i Vekâyi ile neşir ve ilânı: 3 Rebiülâhîr 1234, 25 Kânunisânî 1331-Numara: 2431.

⁶¹*Düstur*, Tertib-i Sâni, C.8, s.332.

⁶²*Düstur*, Tertib-i Sâni, C.8, s.333.

efrad arasında gerek beyne'l-efrad (kişiler arasında) vukû' bulacak bi'l-umum te'diyat ve sarfiyat ve ahz u i'tâda aynı nakid gibi tedâvül ve kabulü mecburidir” denmiştir. Hükümün devamında, aykırı davranacaklar için ön görülen para ve hürriyeti bağlayıcı cezalar belirtilmiştir. Evrâk-ı nakdiyyenin karşılığının sulhün imzalanmasını takiben altı ay sonra İstanbul'da ibrazı hâlinde altın olarak hâmillerine ödeneceği de aynı Kanun'un 3'üncü maddesinde yer almıştır. Son olarak 4'üncü maddede, bu evrâkın vâcibü't-te'diye olduğu tarihten itibaren beş yılın sonuna kadar ellerindeki evrâkı yetkili mercilere ibraz etmemiş olanların evrâkının, Hazine lehine zamanaşımına uğrayacağı hükmü getirilmiştir⁶³.

Ali Haydar Efendi'nin makalesi Osmanlı Devleti'nin üçüncü kâime uygulaması zamanında yazılmıştır. Devlet, bu tedbire bu defa Birinci Dünya Savaşı'nı finanse etmek için başvurmuştur. Çünkü Birinci Dünya Savaşı, 211 milyar dolara ulaşan maliyetiyle o güne kadar yapılmış olan en pahalı savaştır. Katılan tüm devletler bütün kaynaklarını kullanmaya zorlandığı gibi, Osmanlı hükümeti de hem enflasyonist bir politikaya yönelmek zorunda kalmış, hem de savaşın maliyetini karşılamak için daha fazla tedbire ihtiyaç duymuştur⁶⁴. Bu bağlamda hükümet başta, Osmanlı Bankası'na, Almanya'dan⁶⁵ alınacak borç karşılığında 15 milyon liralık banknot çıkarmasını önermiş fakat banka kabul etmemiştir. Müttefik Almanya ise, savaşın başından beri hükümeti kâğıt para çıkarmaya doğru yönlendirmiştir⁶⁶.

1914'te Maliye nâzırı olan Câvid Bey, bu işin güçlü bir malî kurumun desteğinden yoksun yapılamayacağı kanaatinde olduğundan evrak, geçici olarak Düyûn-ı Umumiyye tarafından tedâvüle çıkarılmalıydı. Düyûn-ı Umumiyye, kâimenin karşılığı olan altın sağlanırsa, teklifi kabul edeceğini belirtmiştir⁶⁷. Bunun için 20 Haziran 1331'de (3 Temmuz 1915) Düyûn-ı Umumiyye İdaresi ile bir sözleşme imzalanmıştır⁶⁸. Savaş boyunca Osmanlı hükümeti Almanya'dan toplam 235.056.344 Osmanlı lirası borç almıştır⁶⁹.

Yabancı ülkelerden alınan bu borç paralar karşılık gösterilerek çıkarılan, 6.583.094 liralık evrâk-ı nakdiyye, tedâvülü zorunlu şekilde 10 Temmuz 1915'ten itibaren piyasaya sürülmüştür. 30 Mart 1331'de evrâk-ı nakdiyye ihracına ilişkin Kanun-ı Muvakkat çıkarılmıştır⁷⁰.

Her kâime çıkarmada iç ve dış kalpazanlıklara karşı devletin önlem alamaması, kendi parasını basabilecek teknolojiyi üretememesi, bu konuda düşman devletlere güvenmesi ve kâimenin değerinin düşmesi, halkın devlete olan güvenini azaltmıştır. Bu durum kişilerin birbirlerinden almış oldukları ve konusu altın/gümüş veya mecidiye/kuruş olan ödünçleri, ödeme günü geldiğinde aldıkları şekliyle mi, yoksa esham/kâime ile mi ödeyeceklerini bilemez bir duruma düşürmüştür. Kâimenin sebep olduğu belki de en kötü sonucun, halkın devlete olan güveninin kaybı olduğu söylenebilir⁷¹.

IV. SONUÇ

Ali Haydar Efendi, malî krizde hükümetçe yapılan hukukî düzenlemelerin mevcut kanunlarla ve fiilî durumla çelişki yarattığını düşünmüştür. Birbirinden borç alan kişilerin ifayı ne şekilde yapacakları, alacaklıların bunu kabul edip etmeme hakkı olup olmadığı gibi hususlara

⁶³Düstur, Tertib-i Sâni, C.8, s.331.

⁶⁴Devletlerin borçlanma sebepleri ve borçlanma türleri ile ilgili olarak bkz. MEHMED CÂVID: Ma'lûmat-ı İktisadiyye, Kanaat Matbaası, Dersaadet, 1329, s.282- 290. Mehmed Câvid Bey (1875-1926) hakkında bkz. İLKİN, Selim: "Câvid Bey, Mehmed", DİA, İstanbul 1993, s.175-176.

⁶⁵Müttefik Almanya Hazine Bakanı Karl Helfferich bu durumu "Türkiye'nin para ihtiyacının finansmanı çok müşkül ve karışık bir şekilde tekevvün etmiştir. Bir kere Türkiye Bulgaristan'dan çok daha geniş bir ölçüde dâhili para ihtiyacının temini için dahi, Almanya'ya tabi bulunuyordu..." şeklinde ifade etmiştir (ÇELİK, Akın: "Savaşın Maliyetine Bir Çözüm: Bir Borçlanma Hikâyesi", Türkiyat Mecmuası, C.25/Güz, 2015, s.113).

⁶⁶Almanya'dan alınan beş milyonluk avansa harcağından, evrâk-ı nakdiyye çıkarılmamış sonradan Almanya ve Avusturya'dan yüz elli milyon daha alınmıştır. Paranın nakden Türkiye'ye getirilmesi zor olduğundan ödenmesi, Düyûn-ı Umumiyye'nin Almanya şubesine devredilmiştir. Bu anlaşmaya göre evrâk-ı nakdiyyenin altın olarak karşılığı Berlin ve Viyana'da Düyûn-ı Umumiyye idaresine teslim edilecekti. Bu idare de bunların bedellerini sulh akdinden altı ay sonra ödemeyi yükümlenmişti (EROL, s.30). Ayrıca bkz. TOPRAK, s.363; PAMUK, s.242.

⁶⁷TOPRAK, s.362.

⁶⁸KUYUCAK, s.349; EROL, s.29-30. Câvid Bey'in ekonomi ve sanayi konusundaki diğer görüşleri için bkz. TOPRAK, s.81 vd.

⁶⁹ÇELİK, s.114; PAKALIN, s.237. Devlet 1903'den itibaren Muharrem Kararnamesi dışında kalan 1854, 1855, 1871 ve 1877 borçlarını ödemiştir (BAYRAKTAR, Yüksel: "Borç Kısılcında Türkiye Ekonomisine Tarihsel Bir Bakış: Borçlanma Üzerine Çıkarılacak Dersler", [https://dergipark.org.tr > download > article-file, 22.09.2019](https://dergipark.org.tr/download/article-file/22.09.2019).

⁷⁰EROL, s.29.

⁷¹AKYILDIZ, "Kâime", s.215; TOPRAK, s.364.

hukuken açıklık kazandırmak gerekmiştir. Çalışmamız için seçilen makalenin konusu bir “dava” değil ifadır. Yani borcun, borçluda sabit ve sonucunun onun üzerinde doğmasını gerektiren karz akdi (misli mal/tüketim öduncü), alım-satım ve kira gibi sözleşmelerde borcun ödenme şeklidir. Tüketim öduncü akdi, ödünç verenin, tüketilebilen bir şeyi ve genellikle bir miktar parayı ödünç alana devretmeyi, ödünç alanın da aynı nitelik ve miktarda şeyi geri vermeyi üstlendiği sözleşmelerdir⁷². Karz akdinin konusu, misli mallar ve genellikle paradır. Osmanlı Devleti’nde 1840’tan önce, madeni para ölçüsü geçerli olduğundan para ödünçlerinde ifa amaçlı ödemeler meskûkât ile yani altın veya gümüş paralarla yapılmaktaydı. Dönem dönem sözü geçen bu madenlerin hangisinin ölçü alındığı veya ayarları değişebilmiştir. Fakat 1840’ta ilk kez devletin finansman amacıyla evrâk-ı nakdiyye/kâimeyi sisteme dâhil etmesiyle birlikte hukukî bir karışıklık yaşandığı görülmektedir. Bu uygulamanın amacı aslında devletin borçlanması olduğundan tabii olarak bu borcu ödediğinde kâime de tedâvülden kaldırılacaktır. Nitekim bu “tedâvüle ihraç” ve “tedâvülden kaldırma” işleri, özellikle iç-dış savaşlar-isyenlar ve yenilik hareketleri nedeniyle devlet paraya ihtiyaç duydukça tekrarlandığından kişiler arası ödemelerin neyle yapılacağı uyumsuzluklara konu olmuştur. Sonuçta, altın olarak alınan bir borcun altın olarak ödenmesiyle, kâğıt olarak ödenmesi hem alacaklı hem borçlu bakımından aynı değildir.

Her ihtiyaç duyulduğunda başvuru ve sonrasında kaldırılan (kaldırılmaya çalışılan) kâğıt para, Osmanlı Devleti’nin malî konulardaki sorununa kalıcı çözüm olamamıştır. Asıl sorun, hazineye para olmayışı ve bu yüzden devletin paraya olan acil ihtiyacıdır. Kâğıt parayı bir borçlanma aracı olarak görerek mecburen benimsemekle, eğer kâğıt para düzenine geçilecekse bile, sağlıklı malî şartlar altında, doğru hukukî düzenlemelerle bu geçişi sağlamak arasında fark vardır. Halk ve devlet o güne kadar bir malın değerini altın üzerinden belirlemeye alıştığı için, tüm işlemlerde ve ödemelerde kâğıt paranın altına göre rayici belirlenmeye çalışılmaktaydı. Oysa ülkede altın dolaşımıyla birlikte farklı şehirlerde kâğıt paranın altına oranla değeri de farklılaşmıştır. Örneğin, başkentten uzaklaştıkça paranın değerinin düştüğü görülmektedir. Anadolu, Irak ve Suriye’de köylü kâğıt parayı neredeyse hiç tanımamakta, malına karşılık madeni para istemektedir. Bu şartlarda köylüyle alışverişe girmek isteyen tüccar, önce elindeki kâğıt parayı madenle değiştirmek zorunda kalmıştır. Çıkarılan kâğıt paraların bozukluğu olmadığından para üstü vermede bozuk para kıtlığını aşmak isteyen bazı idari yönetimler, halkın fırından ekmek alabilmesi için birer kuruşluk kâğıt paralar bastırması bu iş için girişler kurmuştur⁷³.Tevhid-i Meskûkât Kanunu sarraflığı resmen kaldırmışsa da, para krizi, zengin olmayı bile sarraflık işine yöneltmiştir.

18 Teşrinievvel Sene 1331 (31 Ekim 1915) tarihinde Evrâk-ı Nakdiyye Kanunu’yla birlikte evrâk-ı nakdiyyenin ülkenin her tarafında gerek devletle kişiler ve gerekse kişiler arasındaki tüm ödeme, harcama ve tasarruflarla ahz ve i’tada nakit gibi tedâvül etmesi zorunlu hâle getirilmiştir. Ali Haydar Efendi makalesinde bu Kanun’un yürürlüğe girmesinden önce alınan borçlarda veya akdedilen borç sözleşmelerinde, altın/gümüş gibi madeni paralarla ödeme kararlaştırılmışsa, kâğıt parayı zorunlu kılan Kanun’dan sonra ifaların kâime ile yapılamayacağını ileri sürmüştür. Başka bir deyişle, Kanun’dan önce zimmette sâbit olan borçların ödenmesiyle ilgili olarak altın ya da gümüş üzerine anlaşılmışsa, altın ya da gümüş ile ödenmesi gerektiğini savunmuş ve bu düşüncesinin hukukî dayanaklarını izah etmiştir. Eğer ödemenin kuruş olarak yapılacağı konusunda anlaşılmışsa, madeni altının değeri yüz sekiz kuruşa karşılık geldiğinden dolayı, rayiç bu şekilde hesaplanarak borç ödenmeliydi. Başka bir deyişle, altın veya kuruş hesabı üzerinden ödeme kararlaştırılmışsa, borç evrâk-ı nakdiyye ile te’diye olunamamalıydı. Kendisi bu görüşünün o dönemde mahkemelerden verilen birbirine aykırı kararlara ışık tutacağını düşünmüştür. Sonuç olarak, borcun nasıl ödeneceği konusunda önceden üzerinde anlaşmaya varılan ödeme şeklinin, alacaklının rızası olmadıkça değiştirilemeyeceğini vurgulamıştır.

⁷²Türk Borçlar Kanunu, m.386.

⁷³TOPRAK, s.350.

KAYNAKÇA

- AKDAĞ, Mustafa: Türkiye'nin İktisadî ve İçtimai Tarihi, (YKY), İstanbul 2010.
- AKYILDIZ, Ali: "Kâime", DİA, C.21, İstanbul 2001, s.212, (Kâime).
- AKYILDIZ, Ali: "Para", DİA, C.34, İstanbul 2007, s.163-166, (Para).
- ALİ HAYDAR EFENDİ: "Risâletü fi Kazâi'd-Düyûn ve İktizâühü" adlı eserinin "Deynin Sûret-i İdaresi ve İcârenin Ehadd-i Âkideynin Vefatı Hâlinde Adem-i İnfisâhı Hakkındaki Ahkâm" başlıklı makalesinin Birinci Risâlesi olan "Ma'denî Altınla Sâbit Olan Düyûnun Ma'denî Altın İ'tâsıyla Te'diyesi Lâzım Geleceğine Dâirdir", Ali Haydar 1331, İstanbul Necmi İstikbal Matbaası, 1335, "Risâletü fi Kazâi'd-Düyûn ve İktizâühü".
- ARTUK, İbrahim: "Osmanlı Beyliğinin Kurucusu Osman Gazi'ye Ait Sikke", Türkiye'nin Sosyal ve Ekonomik Tarihi (1071-1920), Ankara 1980, s.27-31.
- ATAR, Fahrettin: Fıkıh Usûlü, İstanbul, Beşinci Baskı, (İFAV Yayınları), 2002.
- AYDIN, Mehmet Akif: "Ali Haydar Efendi Küçük", DİA, C.2, İstanbul 1989.
- BALTAOĞLU Süren: Para Sistemleri Tarihi, İstanbul 2008.
- BAYRAKTAR, Yüksel: "Borç Kıskaçında Türkiye Ekonomisine Tarihsel Bir Bakış: Borçlanma Üzerine Çıkarılacak Dersler", [https://dergipark.org.tr/download/article-file, 22.09.2019.](https://dergipark.org.tr/download/article-file/22092019)
- BİLMEN, Ömer Nasûhi: Hukuk-ı İslâmiyye ve Istilâhât-ı Fıkhiyye Kâmusu, (İstanbul Matbaacılık T.A.O Yayınları), C.1, İstanbul 1949.
- BİLMEN, Ömer Nasûhi: Hukuk-ı İslâmiyye ve Istilâhât-ı Fıkhiyye Kâmusu, (İÜHF Yayınları), C.5, İstanbul 1952.
- ÇAKIR, Coşkun: Tanzimat Dönemi Osmanlı Maliyesi, 2. Baskı, (Küre Yayınları), İstanbul, Haziran 2012.
- ÇAVDAR, Necati: "Tevfik Paşa Hükümeti'nin Sulh Hazırlıkları ve Paris Sulh Konferansı'na Sunduğu Ermeni Meselesine Dair Bir Çözüm Önerisi", Sosyal Bilimler Araştırmaları Dergisi, I, 2011, s.19-33.
- ÇELİK, Akın: "Savaşın Maliyetine Bir Çözüm: Bir Borçlanma Hikâyesi", Türkiyat Mecmuası, C.25/Güz, 2015, s.107-165. <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/173179>, (9. 10. 2019).
- ÇORUK, Ali Şükrü: "İttihat ve Terakki Tarafından Birinci Dünya Savaşı Sırasında Basın ve Edebiyat Dünyasına Yapılan Örtülü Ödenek Harcamaları", Türk Dili ve Edebiyatı Dergisi, Cilt: 58, Sayı: 1, 2018, 75-97; <https://dergipark.org.tr/download/article-file/489454>. DOI: 10.26650/TUDED425598, 25.09.2019).
- DAVİSON, Roderick: "Osmanlıların Kâğıt Parayla İlk Deneyimi", (The First Ottoman Experiment with Paper Money), (Çev. Durdu Mehmet Durak), Ankara Üniversitesi Osmanlı Tarihi Araştırma ve Uygulama Merkezi Dergisi, S.12, 2001, s.245-260. <https://dspace.ankara.edu.tr/xmlui/handle/123456789/64265>, (22.09.2019).
- ENGELHARDT, Eduard Philippe: Tanzimat ve Türkiye, (Kaknüs Tarih Yayınları), (Çev. Ali Reşad), İstanbul Kasım 1999.
- ERDEM, Ekrem: "Osmanlı Para Sistemi ve Tağşiş Politikası: Dönemsel Bir Analiz", Bankacılar Dergisi, S.6, 2006, s.10-27. https://www.tbb.org.tr/Dosyalar/Arastirma_ve_Raporlar/osmanli_para_sistemi.pdf, (15.09.2019).
- EROL, Mine: Osmanlı İmparatorluğu'nda Kâğıt Para (Kâime), (TTK Basımevi), Ankara, 1970.
- GÜNAY, Mehmet: "Son Devir Osmanlı Hukukçusu Küçük Ali Haydar Efendi, (1853-1935): Hayatı, İlmi Faaliyetleri ve Eserleri", İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi, S.6, 2005,
- HACI REŞİD PAŞA: Rûhü'l-Mecelle, Tarih-i Usûl-i Fıkha Dâir Bir Medhâl ile Mecelle-i Ahkam-ı Adliyye'nin Şerhini Hâvî Olup Sekiz Cilt Üzere Tertib Olunmuştur", C.1, Dârü'l-Hilâfetü'l-Âliyye (İstanbul), 1326.
- HACI REŞİD PAŞA: Rûhü'l-Mecelle, Kitâbü'l-Büyû'un Şerhidir, C.2, Tercüman-ı Hakikat Matbaasında tab' olunmuştur, Dârü'l-Hilâfetü'l-Âliyye (İstanbul), 1327.
- HACI REŞİD PAŞA: Rûhü'l-Mecelle, Kitâbü'l-İcârât ile Kitâbü'l-Kefâle'nin Şerhidir, C.3, Dersaadet (İstanbul), Matbaa-i Hayriye ve Şürekâsı, 1328.
- HACI REŞİD PAŞA: Rûhü'l-Mecelle, Kitâbü'l-Hîbe, Kitâbü'l-Gasp, Kitâbü'l-Hacr ve'l-İkrah ve Şuf'â'nın Şerhidir, C.5, Dersaadet (İstanbul), Matbaa-i Hayriye ve Şürekâsı, 1328.
- İLKİN, Selim: "Câvid Bey, Mehmed", DİA, İstanbul 1993, s.175-176.
- KAZGAN, Haydar: Osmanlı Finansında Galata Bankerleri, Yayına Hazırlayanlar: Mustafa Dönmez-Ertuğrul Tokdemir, Yayınvinde Birinci Baskı, (Tarihçi Kitabevi), İstanbul, Ocak 2014.
- KOCA, Ferhat: "Mutlak", DİA, C.31, İstanbul 2006, s.402-405.
- KUYUCAK, Hazim Atıf: Para ve Banka, C.1, (Maarif Matbaası), İstanbul 1939.
- MEHMED CÂVİD: Ma'lûmat-ı İktisadiyye, Kanaat Matbaası, Dersaadet, 1329.

- MORDTMANN, J.H: Encyclopaedia of Islâm, A Dictionary of The Geography, Etnography and Biography of the Muhammadan Peoples, Prepared by a number of leading orientalists, Edited by: M.Th. Houtsma, A.J. Wensink, H.A.R Gibb, W. Heffening, E. Levi Provençal, Vol. 2 (E-K), Leyden (Holland) Late E.J. Brill Limited 1927, London Luzak and Co. 46 Great Russel Street,
(<https://archive.org/details/in.ernet.dli.2015.529972/page/n3>, 30.09.2019;
Book Source: Digital Library of India Item 2015.529972, Public Library of India).
- NARİN, İsmail: “*Son Devir Osmanlı Âlimlerinden Ali Haydar Efendi'nin Hayatı, Hukukçuluğu ve Eserleri*”, *İLTED*, S.46. Erzurum 2016/2,
- PAKALIN, Mehmed Zeki: *Son Sadrâzamlar ve Başvekiller*, (Ahmet Sait Matbaası), C.5, İstanbul 1948.
- PAMUK, Şevket: *Osmanlı İmparatorluğu'nda Paranın Tarihi, Üçüncü Baskı, Tarih Vakfı Yurt Yayınları, İstanbul, Mart 2002.*
- SAHİLLİOĞLU, Halil: “Akçe”, *DİA*, C.2, İstanbul, 1989, s.224-227, (Akçe).
- TABAKOĞLU, Ahmet: *Türkiye İktisat Tarihi*, (Dergâh Yayınları), 12. Baskı, İstanbul, Mart 2014.
- TOPRAK, Zafer: *Türkiye'de Milli İktisat, 1908-1918, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul, Ağustos 2019.*
- UZUNÇARŞILI, İsmail Hakkı: *Osmanlı Devleti'nin Saray Teşkilâtı*, TTK Basımevi, Ankara, 1988.

DERNEĞİN MAHKEME KARARIYLA SONA ERMESİ

DISSOLUTION OF ASSOCIATION BY COURT ORDER

Mehmet AKÇAAL*  

Makale Bilgi

Gönderilme: 22/01/2020
Kabul: 27/02/2020

Anahtar Kelimeler

*Tüzel Kişiler,
Derneğin Sona
Ermesi,
Derneğin Feshi,
Dağıtılma,
Mahkeme Kararı.*

Article Info

Received: 22/01/2020
Accepted: 27/02/2020

Keywords

*Legal Persons,
Termination of
Association,
Dissolution of
Association,
To be Dissolved,
Court Order.*

Özet

Dernekler, ideal bir amaçla kurulan tüzel kişiliğe sahip kişi topluluklarıdır. Söz konusu tüzel kişilerin sona ermesi ya kendiliğinden ya da bir kararla gerçekleşir. Derneğin kendiliğinden sona ermesi hâlinde, bunun için ayrıca bir karara veya işleme gerek yoktur. Kararla sona ermenin ilk görünümü ise, genel kurul kararıdır. İkinci olarak, dernekler mahkeme kararıyla da sona erebilirler. İnceleme kapsamında önce derneğin sona ermesi hakkında genel bilgiler verildikten sonra, mahkeme kararıyla sona ermeye ilişkin terimlerden söz edilmiştir. Çalışmanın devamında ise, mahkeme kararıyla sona ermenin şartları açıklanmıştır. Bunlar, sona erme sebeplerinden birinin varlığı, istemde bulunulması ve mahkeme kararıdır. Sona erme sebeplerinden derneğin amacının kanuna veya ahlâka aykırı hâle gelmesi uygulama bakımından özellikle önem arz etmektedir. Zira, Yargıtay, bu sebeple derneğin feshi için kanuna veya ahlâka aykırı birden çok fiilin tespit edilmiş olmasını aramaktadır. İstemde bulunabilecek olanlar ise, cumhuriyet savcısı ile ilgililerdir. Burada sona erme bakımından hangi mahkemenin yetkili ve görevli olduğu ile bu kapsamda alınabilecek önlemler de incelenmiştir. Nihayet, derneğin mahkeme kararıyla sona ermesinin sonuçlarına da değinilmiştir.

Abstract

Associations are composed of persons with legal personality established for an ideal purpose. The termination of such legal persons shall take place either automatically or by a decision. If the association terminates automatically, there is no need for a separate decision or procedure. The first appearance is the decision of the general meeting. Secondly, associations may end by court order. After providing general information about the termination of the association within the scope of the article, the terminology related to the termination by court order is mentioned. The conditions of termination by court order are explained, as well. These are the existence of one of the reasons for the termination, the request and finally the court order. It is particularly important in practice that the objects of the association to be unlawful or immoral for the termination. For this reason, the Turkish Court of Appeal says that there must be more than one act determined against the law or morality for the termination of the association. Those who may request are interested party and the public prosecutor. The competent court and measures that can be taken are also examined. Finally, the consequences of the association's termination by court decision are also mentioned.

I. GİRİŞ

Dernekler, en az yedi kişinin kazanç paylaşma dışında belirli ve ortak bir amacı gerçekleştirmek üzere bilgi ve çalışmalarını sürekli olarak birleştirmek suretiyle oluşturdukları kişi topluluklarıdır (TMK m.56/I; DK m.2, b. a). Görüldüğü üzere, derneğin ilk unsuru, kişidir. Derneği oluşturan kişilere ise üye denir. Nitekim, derneğin kurulabilmesi için en az yedi gerçek veya tüzel kişinin bilgi ve çalışmalarını birleştirmesi gerekir. Şüphesiz ki, kurulduktan sonra da derneğe üye olarak katılmak mümkündür¹.

Derneğin ikinci unsuru amaçtır. Zira, dernek şeklindeki kişi topluluğu belirli ve ortak bir amacı gerçekleştirmek üzere bir araya gelmiş olmalıdır. Hemen belirtilmelidir ki, derneğin amacı hukuka veya ahlâka aykırı olamaz (TMK m.56/II). Ayrıca bunun ideal, yani ekonomik nitelik taşımayan bir amaç olması gerekir². Nihayet, dernek şeklindeki kişi toplulukları aynı zamanda tüzel kişilikle donatılmıştır (TMK m.56/I; DK m.2, b. a, m.9/I). Bu sayede, derneğin, kendisini oluşturan üyeleredeki değişikliklerden etkilenmemesi sağlanmış olur³.

Derneklerin kuruluşu bakımından esas itibarıyla serbest kuruluş sistemi geçerlidir. Gerçekten de, herkes önceden izin almaksızın dernek kurma hakkına sahiptir (AY m.33/I). Bununla beraber, TMK m.59/I gereğince derneğin tüzel kişilik kazanması için kanunda sayılan belgelerin yetkili mercie verilmesi de gerekmektedir⁴.

Aşağıda önce sırasıyla derneğin sona erme sebepleri hakkında açıklamada bulunulmuştur. Devamında ise, çalışmanın konusu çerçevesinde tüzel kişilik kazanmış bulunan derneğin mahkeme kararıyla sona ermesi incelenmiştir.

II. DERNEĞİN SONA ERMESİ

Derneğin tüzel kişilik kazanması gibi, bunu kaybetmesi, yani sona ermesi de mümkündür. Derneklerin sona erme sebepleri daha ziyade 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu'nda düzenlenmektedir. Derneği sona erdiren sebepler esas itibarıyla ikiye ayrılabilir. Söz konusu sebeplerden ilki, derneğin kendiliğinden sona ermesidir. Bunun yerine, doktrinde infisah, dağılma gibi deyimler de kullanılmaktadır⁵. Diğer sona erme sebeplerinde ise dernek ya yetkili bir organ ya da makamın kararı ile ortadan kalkar. Derneklerin tüzel kişiliğine bu şekilde bir kararla son

¹ ÖZSUNAY, Ergun: Medenî Hukukumuzda Tüzel Kişiler, Tüzel Kişilerin Genel Teorisi – Dernekler – Vakıflar, 3. Baskı, İstanbul 1974, s.77; HATEMİ, Hüseyin/KALKAN OĞUZTÜRK, Burcu: Kişiler Hukuku (Gerçek Kişiler – Tüzel Kişiler), İstanbul 2014, s.87; ZEYTİN, Zafer/ERGÜN, Ömer: Türk Medenî Hukuku, 4. Baskı, Ankara 2018, s.113; SEROZAN, Rona: Medenî Hukuk, Genel Bölüm, Kişiler Hukuku, İstanbul 2011, s.448; İNAN, Ali Naim: Medenî Hukuk, 2. Baskı, Ankara 2005, s.153; KILIÇOĞLU, Ahmet M.: Medenî Hukuk Temel Bilgiler, 7. Baskı, Ankara 2018, s.230; OĞUZMAN, M. Kemal/SELİÇİ, Özer/OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe: Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler), 18. Baskı, İstanbul 2019, s.330; DURAL, Mustafa/ÖĞÜZ, Tufan: Türk Özel Hukuku, C.II, Kişiler Hukuku, 10. Baskı, İstanbul 2010, s.254; AKINTÜRK, Turgut/ATEŞ, Derya: Medenî Hukuk, 25. Baskı, 2019, s.197; AKİPEK Jale G./AKINTÜRK, Turgut/ATEŞ KARAMAN, Derya: Türk Medenî Hukuku, Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku, C.1, 9. Baskı, İstanbul 2012, s.565 vd.; ÖZTAN, Bilge: Medenî Hukukun Temel Kavramları, 21. Baskı, Ankara 2006, s.340; HELVACI, Serap/ERLÜLE, Fulya: Medenî Hukuk, 2. Baskı, İstanbul 2011, s.105; BOZKURT, Enver: Hukukun Temel Kavramları, 13. Baskı, Ankara 2018, s.195; SAKA, Zafer: Dernekler Hukuku, İstanbul 2010, s.2-3.

² ÖZSUNAY, s.110 vd.; SEROZAN, s.448; İNAN, s.157-158; DURAL/ÖĞÜZ, s.271; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s.330; ZEYTİN/ERGÜN, s.113; AKINTÜRK/ATEŞ, s.197; ÖZTAN, s.341; KILIÇOĞLU, s.232-233; HELVACI/ERLÜLE, s.105; ARAT, Serdar: Ehliyetleri Açısından Dernek ve Vakıf Tüzel Kişilikleri (Medenî Hukuk Tüzel Kişilikleri), Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2007, s.36 vd.

³ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s.330; AKINTÜRK/ATEŞ, s.197; SEROZAN, s.448; DURAL/ÖĞÜZ, s.255; KILIÇOĞLU, s.230; ÖZTAN, s.342; HELVACI/ERLÜLE, s.105; ZEYTİN/ERGÜN, s.115; HGK. T. 17.4.2002, E. 2002/3-163 K. 2002/308 “... Tüzel kişiler (örneğin dernekler) medeni haklardan istifade (hak) ehliyetine sahiptir, bu nedenle taraf ehliyetine de sahiptir. Tüzel kişilerin kişiliği ve bununla medeni haklardan istifade (hak) ehliyeti tüzel kişiliğin nihayet bulması ile sona erer...” (KBİBB).

⁴ DURAL/ÖĞÜZ, s.264; ZEYTİN/ERGÜN, s.117; HATEMİ/KALKAN OĞUZTÜRK, s.91; KILIÇOĞLU, s.232; HELVACI/ERLÜLE, s.107. Derneklerin kuruluşu bakımından normatif sistemin geçerli olduğu hakkında bkz. ZEVLİLİLER, Aydın/ERTAŞ, Şeref/HAVUTÇU, Ayşe/ACABEY, M. Beşir/GÜRPINAR, Damla, Yeni Medenî Kanuna Göre Medenî Hukuk (Temel Bilgiler), 10. Baskı, Ankara 2018, s.153.

⁵ TELLİOĞLU, Filinta Rozerin, “Derneğin Mahkeme Kararı İle Sona Ermesi”, DÜAMYOD, 2(3), 2018, s.3; ZEVLİLİLER/ERTAŞ/HAVUTÇU/ACABEY/GÜRPINAR, s.186; İNAN, s.168; HATEMİ/KALKAN OĞUZTÜRK, s.100; SEROZAN, s.452; AKINTÜRK/ATEŞ, s.212; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s.387; DURAL/ÖĞÜZ, s.311; ÖZTAN, s.381; SAKA, s.227; AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ KARAMAN, s.649.

verilmesine ise doktrinde fesih (dağıtılma) denir⁶.

Kendiliğinden sona erme sebeplerinden biri bulunduğu takdirde, derneğin hak süjesi niteliğini kaybetmesi için herhangi bir karara veya işleme gerek yoktur. Bu takdirde, dernek kendiliğinden kanun hükmü gereği (ipso iure) sona erer. Bununla birlikte, böyle bir durumda her ilgili derneğin kendiliğinden sona erdiğinin tespitini sulh hâkiminden isteyebilir (TMK m.87/II)⁷. Ancak, cumhuriyet savcısı Kanun'da açıkça öngörülmediği için böyle bir davayı açamaz⁸. Yargıtay'a göre, tespit davasında husumet derneğin kendisine yöneltilmelidir⁹. Tüzel kişiliğin kendiliğinden sona ermesi ihtimalinde davanın derneğe yöneltilmesinin çelişkili olduğu düşünülebilir. Çünkü bu durumda taraf ehliyetinin varlığından dahi söz edilemez (HMK m.114/I, b. d). Diğer taraftan, burada davanın derneğe yöneltilmesi onun daha lehine bir yaklaşım tarzıdır. Çünkü, söz konusu dava reddedilirse, derneğin tüzel kişiliğinin sona ermediği tespit edilmiş olur. Bu amaçla, derneğin tüzel kişiliğini koruduğuna yönelik savunmada bulunmasına imkân tanınmalıdır. Nitekim TMK m.87/II hükmünde açıkça derneğin sona erdiğinin tespitinin istenebileceği belirtilmektedir. Hükümde geçen ifadeden hareketle, buradaki davanın çeşidinin çekişmeli yargı kapsamındaki bir tespit davası olduğu da anlaşılmaktadır (HMK m.106). Üstelik özellikle davacının derneğin üyesi olması durumunda tespit davası için aranan hukukî yarar şartının varlığı da barizdir.

Derneklerin hangi hâllerde kendiliğinden sona ermiş sayılacağı hususu TMK m.87/I hükmünde düzenlenmektedir. Buna göre, amacın gerçekleşmesi veya gerçekleşmesinin imkânsız hâle gelmesi söz konusu sebeplerden biridir (TMK m.87/I, b. 1). Meselâ, dernek 2030 Dünya Kupasının Türkiye'de yapılması amacıyla kurulmuş ve bu kupa Türkiye'de yapılmışsa artık kendiliğinden sona erer. Şayet kuruluş sırasında derneğin tüzüğünde devam edeceği süre öngörülmüşse bunun sona ermesi de başka bir işleme gerek olmaksızın tüzel kişinin dağılmasına yol açar. Dernek mülkî amirin kuruluş bildirimini uygunluğunu yazılı olarak kendisine bildirmesinden itibaren altı ay içinde ilk genel kurul toplantısı yapmamış ve zorunlu organların oluşturulmuşsa bu da bir kendiliğinden sona erme sebebidir (TMK m.87/I, b. 2, m.62)¹⁰. Derneğin borç ödemediği acze düşmüş olması da buraya dâhildir (TMK m.87/I, b. 3). Bunun için, derneğin borçlarını ödeyemeyecek durumda olması gerekir¹¹. Meselâ, derneğe karşı başlatılan icra takipleri sonucunda alacaklılara aciz belgesi verilirse durum böyledir. Dernek tüzüğü gereğince yönetim kurulunun oluşturulmasının imkânsız hâle gelmesi de kendiliğinden sona ermeye sebep olur (TMK m.87/I, b. 4). Meselâ, dernek üye sayısı dörde düşerse artık yönetim kurulu oluşturulamaz (TMK m.84/I). Ancak, bunun için yönetim kurulunun oluşturulmaması

⁶ AKINTÜRK/ATEŞ, s.212; TELLİOĞLU, s.3; ZEVKLİLER/ERTAŞ/HAVUTÇU/ACABEY/GÜRPINAR, s.187; HATEMİ/KALKAN OĞUZTÜRK, s.100; SEROZAN, s.452; KILIÇOĞLU, s.233; İNAN, s.169; AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ KARAMAN, s.653; SAKA, s.235.

⁷ HATEMİ/KALKAN OĞUZTÜRK, s.101; ÖZTAN, s.381; ZEYTİN/ERGÜN, s.135; AKINTÜRK/ATEŞ, s.212; ZEVKLİLER/ERTAŞ/HAVUTÇU/ACABEY/GÜRPINAR, s.186; İNAN, s.168; SAKA, s.227-228; 2. HD. T. 4.2.2009, E. 2007/16488 K. 2009/1441 (KBİBB); 2. HD. T. 6.12.2007, E. 2007/16492 K. 2007/17085 (KBİBB); 2. HD. T. 12.6.2006, E. 2006/2649 K. 2006/9301 (KBİBB); 18. HD. T. 12.1.2015, E. 2014/20992 K. 2015/34 (KBİBB); 2. HD. T. 27.6.2002, E. 2002/7549 K. 2002/8557 (KBİBB).

⁸ 18. HD. T. 17.11.2015, E. 2015/17877 K. 2015/16618 “...Yukarıda gösterilen yasal düzenlemeler ve yapılan açıklamalar dikkate alındığında Cumhuriyet Savcısının özel hukuk alanında dava açma hak ve yetkisinin sınırlı olduğu, bu yetkinin sınırının yine yetkiyi veren kanun ile düzenlendiği anlaşılmaktadır. Kanununun açıkça yetki vermediği bir konuda Cumhuriyet Savcısının davaname ile dava açarak derneğin feshini istemesi durumunda, Cumhuriyet Savcısının kaynağını Anayasa'dan ve kanunlardan almayan bir devlet yetkisini kullanmış olacağı, diğer bir anlatımla bu şekilde dava açmakta yetkisiz olduğu da her türlü duraksamadan uzaktır. Hâl böyle olunca, davacı Cumhuriyet Savcılığının dava açma hakkı bulunmadığı gözetilerek davanın reddine karar verilmesi gerekirken, işin esasına girilerek davanın kabulüne karar verilmesi doğru görülmemiştir...” (KBİBB).

⁹ 7. HD. T. 4.2.2013, E. 2012/8871 K. 2013/723 “...Sonradan oluşan dağıtılma hâlinin tespiti davasında husumetin kuruculara değil doğrudan derneğe yöneltilmesi ve taraf teşkilinin bu şekilde sağlanması gerekir...” (KBİBB). Farklı yönde bir karar için bkz. 2. HD. T. 24.2.2005, E. 2004/16831 K. 2005/2728 “... Dava Türk Medenî Kanununun 87/2. maddesine dayalıdır. Davada geçici yönetim kuruluna temsil yetkisi verilmediğinden tüm yönetim kurulunun davalı gösterilmesi gerekirken...” (KBİBB).

¹⁰ 2. HD. T. 12.6.2007, E. 2007/2649 K. 2007/9301 (KBİBB); 2. HD. T. 14.6.2007, E. 2007/8968 K. 2007/10079 “... Dosyaya sunulan belgelerden davalı dernek, ilk genel kurul toplantısını, yasada belirlenen altı aylık süre içinde yapmış ve zorunlu organlarını oluşturmuştur. Genel kurul sonuçlarına ilişkin bildirim, Dernekler İl Müdürlüğüne, genel kurulu izleyen 30 gün içinde verilmemiş olması, cezai yaptırımı gerektiren bir husus olup, derneğin kendiliğinden dağıldığının tespitini gerektirmez...” (KBİBB); 2. HD. T. 22.1.2004, E. 2004/32 K. 2004/736 (KBİBB).

¹¹ 7. HD. T. 17.9.2009, E. 2009/3512 K. 2009/3725 “... Aciz hâlden söz edilebilmesi için bu alacağın tahsili yönünde yürütülmüş yasal takiplerin (icra takibi v.s.) sonuçsuz kalması gerekmektedir. Dosya içeriğine göre davalı derneğe karşı girişilmiş bir icra takibinin varlığı söz konusu değildir. Derneğin 2.444 TL borcunun olması onun acze düştüğü anlamına gelmez...” (KBİBB).

süreklilik göstermelidir. Nihayet, olağan genel kurul toplantısının iki defa üst üste yapılamamasında da durum böyledir (TMK m.87/I, b. 5)¹². Gerçekten de, olağan genel kurul toplantısı, TMK m.78/II’de öngörülen toplantı yeter sayısı bulunmadığı için üst üste iki defa yapılamazsa derneğin sona erdiğinin tespiti istenebilir¹³.

Derneğin kararla sona erme hâlinin ilk görünüm şekli, derneğin yetkili organının kararı ile gerçekleşir. Bu konuda karar verme yetkisi dernek genel kuruluna aittir (TMK m.88). Söz konusu yetki, hiçbir şekilde başka bir organ tarafından kullanılamaz (TMK m.81). Derneği sona erdirmeye kararını için toplantı yeter sayısı, katılma hakkı bulunan üyelerin üçte ikisidir. Ancak, ilk toplantıda toplantı yeter sayısı sağlanamazsa, ikinci toplantıda bu oranda katılım aranmaz. Bu takdirde, katılanların sayısının, yönetim ve denetleme kurulları üye tam sayılarının toplamının iki katından az olmaması yeterlidir (TMK m.78/II). Genel kurulun derneği sona erdirmesi için karar yeter sayısı ise, toplantıya katılan üyelerin üçte iki çoğunluğudur (TMK m.81, c.2). Bununla beraber, dernek tüzüğünde toplantı veya karar yeter sayısı için daha ağır oranlar öngörülebilir. Nihayet, derneğin genel kurul kararı ile sona ermesi hâlinde bu durum yönetim kurulu tarafından mülkî amire bildirilir (DK m.23, DY. m.92)¹⁴. Derneğin bir kararla sona ermesinin ikinci görünüm şekli ise, mahkeme kararına dayanır. Bu konu ise, aşağıda ayrıntılı olarak incelenmiştir.

III. TERMİNOLOJİ

Üst başlığında anlaşılacağı üzere TMK m.87’de derneğin sona erme sebepleri düzenlenmektedir. Bu kapsamda, “*Mahkeme Kararı İle*” şeklindeki başlığı gereğince TMK m.89 derneğin mahkeme kararıyla sona ermesine ilişkindir. Aynı hükmün içeriğinde ise, “*derneğin feshi*” deyimini tercih edilmektedir. Kanunda olduğu gibi, derneğin mahkeme kararı ile sona ermesi bakımından doktrinde çeşitli deyimler kullanılmaktadır. Meselâ, derneğin temelli olarak kapatılması¹⁵ bunlardan biridir. Nitekim, 2908 sayılı eski Dernekler Kanunu’nda da aynı deyim esas alınarak derneğin mahkeme kararı ile sona ermesi düzenlenmekteydi (eDK m.52/I). Keza, derneğin yargı organının kararıyla dağıtılması¹⁶ ve feshi¹⁷ de bunlardan bazılarıdır. 5253 sayılı Dernekler Kanunu’nda da derneğin feshine karar verileceğinden söz edilmektedir (DK m.32, b. n, p). Uygulamada da aynı deyimlerin kullanıldığı görülmektedir¹⁸.

IV. MAHKEME KARARIYLA SONA ERMENİN ŞARTLARI

A) Mahkeme Kararı

Dernekler, gerçek kişilere nazaran devletin menfaatlerine ve güvenliğine ilişkin konularda daha etkin bir rol üstlenebilirler. Dolayısıyla devletler, kamu düzenini, iç ve dış güvenliği ya da huzuru bozan derneklerin varlıklarını devam ettirmelerine izin vermezler. Böyle amaçlara

¹² 18. HD. T. 3.7.2012 E. 2012/7561 K. 2012/8389 “...Dosya içindeki bilgi ve belgelerin incelenmesinden, davalı derneğin genel kurul toplantısını 31.06.2006 tarihinde yaptığı, derneğin tüzüğüne göre iki yılda bir genel kurul toplantısı yapmak zorunda olduğu ve 22.01.2010 tarihinde olağan genel kurul toplantısını yaptığı anlaşılmaktadır. Buna göre TMK’nın 87/5. maddesinde öngörülen ard arda iki genel kurul yapmama olgusunun somut olayda gerçekleşmediği anlaşıldığından, davanın reddine karar verilmesi gerekirken, delillerin değerlendirilmesinde yanlışlığa düşülerek yazılı şekilde hüküm kurulması doğru değildir...” (KBİBB); 18 HD. T. 26.6.2012, E. 2012/6217 K. 2012/8108 (KBİBB); 2. HD. T. 10.3.2008, E. 2007/581 K. 2008/2991 (KBİBB).

¹³ HATEMİ/KALKAN OĞUZTÜRK, s.101-102; TELLİOĞLU, s.4 vd.; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s.388; AKINTÜRK/ATEŞ, s.212; ZEVKLİLER/ERTAŞ/HAVUTÇU/ACABEY/GÜRPINAR, s.186-187; ÖZTAN, s.381-382; KILIÇOĞLU, s.237; ZEYTİN/ERGÜN, s.135; DURAL/ÖĞÜZ, s.311-312; AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ KARAMAN, s.649 vd.; İNAN, s.169; HELVACI/ERLÜLE, s.114; ERGÜN, Ömer: Medenî Hukuk Tüzel Kişilerinin Ehliyet Durumu, İstanbul 2010, s.92 vd.; Saka, s.229 vd.; SALDIRIM, Mustafa: “Cumhuriyet Savcısı’nın Özel Hukukta Dernek ve Sendika Tüzel Kişiliğinin Sona Erdirilmesine İlişkin Görevleri”, TBBĐ., S.59, 2005, s.369 vd.

¹⁴ EGGER, Andreas: İsviçre Medenî Kanunu Şerhi, Giriş ve Kişinin Hukuku, m.1-89, Çev. Volf Çernis, Ankara 1947, s.145; HATEMİ/KALKAN OĞUZTÜRK, s.99; ZEVKLİLER/ERTAŞ/HAVUTÇU/ACABEY/GÜRPINAR, s.187; AKÜNAL, Teoman: Türk Medenî Hukukunda Tüzel Kişiler, İstanbul 1995, s.106; AKINTÜRK/ATEŞ, s.212; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s.386-387; KILIÇOĞLU, s.234; TELLİOĞLU, s.7; DURAL/ÖĞÜZ, s.313; AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ KARAMAN, s.653-654; İNAN, s.169; HELVACI/ERLÜLE, s.114; ZEYTİN/ERGÜN, s.136; SAKA, s.235.

¹⁵ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s.390.

¹⁶ SEROZAN, s.452; AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ KARAMAN, s.654; ZEVKLİLER/ERTAŞ/HAVUTÇU/ACABEY/GÜRPINAR, s.187; SAKA, s.235.

¹⁷ SALDIRIM, s.362; DURAL/ÖĞÜZ, s.313; AKINTÜRK/ATEŞ, s.212; ÖZTAN, s.382; SEROZAN, s.452; KILIÇOĞLU, s.237; ZEYTİN/ERGÜN, s.136.

¹⁸ 2. HD. T. 7.4.2003, E. 2003/3876 K. 2003/5008 (KBİBB); 18. HD. T. 13.1.2015, E. 2014/21559 K. 2015/35 (KBİBB).

yönelen derneklerin tüzel kişiliği devlet tarafından sona erdirilir. Bu konuda, devlet organlarından yargı münhasır yetkilidir. Dernek kurma özgürlüğünün (Vereinsfreiheit) bir sonucu olarak bu husus aynı zamanda anayasal güvence altındadır¹⁹. Gerçekten de, AY m.33/V'e göre ancak hâkim kanunda öngörülen hâllerde derneğin sona erdirilmesine karar verebilir. Benzer bir düzenleme, TMK m.89'da da bulunmaktadır. Söz konusu hükme göre, mahkeme istem üzerine amacı kanuna veya ahlâka aykırı hâle gelen derneğin feshine karar verir²⁰. Mahkemenin yenilik doğuran kararı sayesinde dernek geleceğe etkili (ex nunc) olarak ortadan kalkar²¹.

İdarenin böyle bir yetkisi kural olarak yoktur. Ancak, bir görüşe göre, yabancı dernekler bakımından bu konuda bir istisna söz konusudur²². Öncelikle belirtilmelidir ki, yabancı dernekler Dışişleri Bakanlığının görüşü ve İçişleri Bakanlığının izni alınmak suretiyle Türkiye'de faaliyette ve işbirliğinde bulunabilirler. Bu kapsamda, şube açabilirler, üst kuruluşlar kurabilirler ve kurulmuş üst kuruluşlarda yer alabilirler (TMK m.92/II). Buna ilâveten, DK m.5/II sayesinde, yabancı derneklerin Türkiye'de temsilcilik açmaları da mümkün hâle gelmiştir. Ancak, kendisine izin verilmiş durumdaki yabancı dernek, sonradan millî menfaatlere veya kanuna aykırı faaliyette bulunursa, aynı yol izlenerek İçişleri Bakanlığının izni kaldırılabilir. Böylece, alınan başka bir idarî kararla söz konusu derneğin Türkiye'de faaliyette bulunması yasaklanmış olur. Sonuçta, yabancı derneğin alınan idarî bir kararla dağıtılması söz konusudur²³. Nitekim, DK m.32, g hükmünde doğrudan olmasa da bu konuda göz önünde bulundurulabilecek bir düzenleme vardır. Buna göre, yetkili mercilerin izni olmaksızın yabancı derneklerin Türkiye'de temsilciliklerini veya şubelerini açanlar, faaliyetlerini yürütenler, bunlarla işbirliğinde bulunanlar veya bunları üye kabul edenlere bin Türk Lirası idarî para cezası verilir ve izinsiz açılan şube veya temsilciliğin de kapatılmasına karar verilir.

Kanaatimizce, yabancı dernekler için verilen izin yukarıdaki gerekçelerle kaldırılabilir. Böylece, bu tür derneklerin Türkiye'de faaliyette bulunması yasaklanabilir, şubeleri ya da temsilcilikleri kapatılabilir. Aynı durumun Türkiye'de izinsiz faaliyette bulunan yabancı dernekler bakımından da geçerli olduğu zaten kanunda açıkça öngörülmektedir. Ancak, burada sözü edilen hususlar, yabancı derneğin idarî kararla sona erdiği anlamına gelmez. Başka bir deyişle, Anayasa'da ve kanunda öngörülen ancak mahkeme kararıyla bir derneğin kapatılabileceğine ilişkin düzenlemenin burada bir istisnasından söz edilemez. Aksi takdirde, burada Anayasa'ya aykırı bir kanunî düzenlemenin bulunduğu da kabul edilmelidir.

B) İstemde Bulunulması

Derneğin feshine ilişkin kimlerin istemde bulunabileceği hususu TMK m.89'da açıkça öngörülmektedir. Buna göre, cumhuriyet savcısı veya ilgililer böyle bir istemde bulunabilir. Görüldüğü üzere söz konusu dava, ilk olarak cumhuriyet savcısı tarafından açılabilir. Ancak, İçtihadı Birleştirme Kararı'nda belirtildiği üzere, derneğin feshi davasında cumhuriyet savcısının davacı sıfatıyla hazır bulunmasına gerek yoktur²⁴.

Derneğin feshi davası ilgililer tarafından da açılabilir. Ancak, öncelikle ilgililer kavramından ne anlaşılması gerektiği belirlenmelidir. Korunmaya değer maddî veya manevî menfaati olan herkes derneğin feshi davasını açabilir²⁵. İlk olarak dernek üyeleri buraya dâhildir. Aynı şekilde, dernekle aynı amacı güden diğer bir dernek de ilgili olarak değerlendirilmelidir.

¹⁹ Dernek özgürlüğü hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. PALANDT, Otto: Bürgerliches Gesetzbuch, Bd. 7, 65. Auf., München 2006, s.23; TUOR, Peter/SCHNYDER, Bernhard/SCHMID, Jörg/RUMO-JUNGO, Alexandra: Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 12. Auf., Zürich-Basel-Genf 2002, S.146; HONSELL, Heinrich/VOGT, Nedim Peter/GEISER, Thomas: Basler Kommentar Zum Schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch II, 2. Auf., Basel 2003, s.433-434; DOĞANOĞLU, Ali Erdem: Türk Anayasa Hukukunda Dernek Özgürlüğü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2013, s.179 vd.; YILMAZ, Canan: Uluslararası belgelerde ve Türk Hukukunda dernek özgürlüğü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2008, s.21 vd.; CANER, Zehra: Dernek Özgürlüğü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Konya 2016, s.33 vd.; DÜNDAR SEZER, Tijen: "Dernek Kurma Özgürlüğünün İçeriği ve Gelişim Süreci Üzerine Karşılaştırmalı Bir İnceleme", DEÜSBED, 10(1), 2008, s.6 vd.

²⁰ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s.390; AKINTÜRK/ATEŞ, s.212; KILIÇOĞLU, s.237; DURAL/ÖĞÜZ, s.313; AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ KARAMAN, s.654.

²¹ HONSELL/VOGT/GEISER, s.505; SALDIRIM, s.366, 368.

²² AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ KARAMAN, s.658; SAKA, s.242; HELVACI/ERLÜLE, s.114.

²³ AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ KARAMAN, s.658; SAKA, s.242.

²⁴ YİBK. T. 17.1.1974, E. 1971/3 K. 1972/2. Bkz. RG. T. 16.4.1972, S.14161. Aksi yönde bir karar için bkz. 2. HD. T. 25.2.2003, E. 2003/1065 K. 2003/2391 "... Dava cumhuriyet savcısı tarafından davaname ile açılmıştır. Bu nedenle davanın cumhuriyet savcısı huzur ile görülmesi gerekir..." (KBİBB).

²⁵ AKÜNAL, s.109; ÖZTAN, s.382; İNAN, s.170; DURAL/ÖĞÜZ, s.314.

Keza, dernek alacaklıları da somut olaya göre derneğin feshini dava edebilirler²⁶.

Mülkî amirin ilgililer kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği hususu ise tartışmalıdır. Bir görüşe göre, mülkî amir de derneğin feshine yönelik istemde bulunabilir²⁷. Gerçekten de, ilgililer deyimi geniş anlamda ele alınmaya elverişlidir. Böylece, burada cumhuriyet savcısının sayılmış olmasının, mülkî amirin ilgililer kapsamının dışında tutulmasına yol açmadığı düşünülebilir. Ancak, diğer bir görüşe göre, en büyük mülkî amir ilgililer kavramına dâhil edilemez²⁸. Zira, kamu menfaatinin temsilcisi olarak istemde bulunma yetkisi idarî amirlere değil, cumhuriyet savcılarında tanınmıştır. Böyle bir durumda, mülkî amir ancak derneğin feshi davasını açması için cumhuriyet savcısına bildirimde bulunabilir. Nitekim, eski Dernekler Kanunu'nda da bu yönde düzenleme bulunmaktaydı (eDK m.10/II, m.50/II). Sonuç olarak, mülkî amir kanunda açıkça sayılmadığı için kanaatimizce de ikinci görüş daha isabetlidir.

C) Mahkeme Kararıyla Sona Erme Sebeplerinden Birinin Varlığı

Bir derneğin mahkeme kararıyla sona ermesi için sebebin kanunda açıkça öngörülmesi gerekir. Gerçekten de, dernek özgürlüğünün bir sonucu olarak Kanun'da sayılan sona erme sebepleri tahdidî nitelikte olup, genişletici bir yorumla tâbi tutulamaz²⁹.

1. Derneğin Amacının Kanuna veya Ahlâka Aykırı Hâle Gelmesi

Derneğin amacı kanuna veya ahlâka aykırı hâle gelirse bu bir kapatma sebebidir. Ancak, burada öncelikle amacın başlangıçta mı yoksa daha sonra mı kanuna veya ahlâka aykırı olduğunun belirlenmesi gerekir. Zira, derneğin amacı başlangıçta hukuka veya ahlâka aykırı ise, bu durum onun tüzel kişilik kazanmasına engel oluşturur (TMK m.47/II, m.56/II; DK m.30, b. b)³⁰. Tüzel kişiliğin kazanılmadığı hâllerde dernek kurulmasına yönelik işlem baştan itibaren geçersizdir, yani dernek hak ehliyetini kazanamamıştır. Böyle bir durumda derneğin tüzel kişilik kazanamamış olması ancak bir tespit davasına konu edilebilir³¹.

Kanuna veya ahlâka aykırılığın anlamının belirlenmesi bakımından borçlar hukukundaki kurallardan kıyasen de olsa yararlanılabilir (TMK m.5). Dolayısıyla amacın hukuka aykırı olmasından maksat, tüzel kişinin amacının emredici hukuk kurallarına, kamu düzenine ve kişilik haklarına aykırı olmasıdır. Derneğin amacının hukuka aykırı olup olmadığı belirlenirken göz önünde bulundurulması gereken ise dernek tüzüğünün içeriğidir. Keza, derneğin amacına yönelik olarak gerçekleştireceği çalışma biçimleri ve faaliyetlerinin de amacın hukuka aykırılığının tespitinde değerlendirmeye tâbi tutulması gerektiği belirtilmektedir. Aynı şekilde, amaca ulaşmak için başvurulacak araçların hukuka veya ahlâka aykırı olması da dernek tüzel kişiliğinin kazanılmasına engeldir³².

Ahlâka aykırılıktan maksat, derneğin amacının toplumda yerleşik ahlâkî kurallara aykırı

²⁶ ÇAĞIRGAN, Senar: Derneklerin Hak ve Fiil Ehliyeti, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İzmir 2006, S.191.

²⁷ VELİDEDEOĞLU, Hıfzı Veldet/ATAAY, Aytekin: Türk Cemiyetler Hukuku, İstanbul 1956, s.107; Saka, s.240.

²⁸ AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ KARAMAN, s.657.

²⁹ SALDIRIM, s.362; TELLİOĞLU, s.8; HGK. T. 4.3.2015, E. 2013/7-1732 K. 2015/897 “... Yukarıda belirtilen mevzuat incelenmesinde; hukuk sistemimizde dernek kurma hakkı bakımından özgürlük sisteminin benimsendiği anlaşılmıştır. Bu nedenle öngörülen istisnâî hâller dışında yeni kapatma nedenleri oluşturulamayacağı gibi, isim benzerliğinin kapatma nedenleri arasında düzenlenmemesi nedeniyle Anayasanın dernek kurma özgürlüğü ilkesine aykırı olarak kapatma nedeni olarak kabul edilmesi mümkün değildir... Somut uyuşmazlıkta davacı vekili, müvekkilinin isminin Mersin Toroslar İlçe ve Beldeleri Pazarcıları Koruma ve Dayanışma Derneği olduğunu, daha sonra kurulan ve aynı ilçede faaliyet gösteren davalı Toroslar Beldesi Pazarcıları Koruma ve Dayanışma Derneği'nin isim benzerliği ve isminde ayırıcı unsur bulunmadığını gerekçe göstererek kapatılmasını istemiş ise de; taraf dernek tüzükleri incelendiğinde, derneklerin isimlerinin aynı olmadığı, her iki derneğin de dernek tüzükleri ile kuruluş bildirimlerini İl Dernekler Müdürlüğüne verdikleri, Valilikçe yapılan araştırma sonunda mevzuata aykırılık görülmediğinden derneklerin kurulmalarına izin verildiği anlaşılmaktadır...” (KBİBB); 7. HD. T. 15.7.2008, E. 2008/2176 K. 2008/3185 “... 5253 Sayılı Kanunda derneklerin feshiyle ilgili hüküm bulunmamaktadır. Bu kanunun 34. maddesi hükmünde yollama nedeniyle (atf gereğince) 4721 sayılı TMK'nun dernek feshiyle ilgili hükümlerinin uygulanması zorunlu ve gereklidir...” (KBİBB).

³⁰ ABLUM, Bahattin/SÜRBAHAN, Sadrettin: Açıklamalı Dernekler Kanunu, Ankara 1973, s.47; DURAL/ÖĞÜZ, s.273.

³¹ BGE 112 II 6; BGE 108 II 403; HONSELL/VOGT/GEISER, s.504; BENLİ, Fatma: Derneklerin sona erme nedenleri, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2014, s.99; ÇAĞIRGAN, s.190-191; HATEMİ/KALKAN OĞUZTÜRK, s.102; ZEVKLİLER/ERTAŞ/HAVUTÇU/ACABEY/GÜRPINAR, s.161; ZEYTİN/ERGÜN, s.134; SALDIRIM, s.365.

³² HONSELL/VOGT/GEISER, s.504; DURAL/ÖĞÜZ, s.227.

olmasıdır. Başka bir deyişle, burada ahlâka aykırılık genel ahlâka aykırılığı ifade eder³³.

Yargıtay'a göre, lezbiyen, gey, biseksüel, travesti ve transeksüel kişiler arasında dayanışma sağlamak amacıyla kurulan derneğin kapatılmasına ilişkin dava reddedilmelidir³⁴. Zira, kanunda buna ilişkin bir yasak bulunmamaktadır. Söz konusu davada her ne kadar derneğin feshi ele alınmışsa da, burada aslında derneğin amacının başlangıçta hukuka veya ahlâka aykırı olup olmadığının belirlenmesi söz konusudur.

Başlangıçta amacı hukuka veya ahlâka aykırı olmayan bir derneğin sonradan buna yönelmesi de mümkündür. Amacı sonradan hukuka veya ahlâka aykırı hâle gelen dernek tüzel kişiliği, istem üzerine mahkeme tarafından sona erdirilir. Demek ki, derneğin feshine karar verilmesi için amacın kurulduktan sonraki süreçte hukuka veya ahlâka aykırı hâle gelmiş olması gerekir³⁵. Aynı şekilde, tüzel kişilik kazandıktan sonra amacı kazanç paylaşmaya dönüşen derneğin de mahkeme kararıyla sona erdirilmesi mümkündür³⁶.

Mahkeme kararıyla sona erme bakımından göz önünde bulundurulması gereken, derneğin fiilen izlemekte olduğu amacın kanuna veya ahlâka aykırı hâle gelip gelmediği hususudur. Bu bakımdan, tüzük değişikliğinin yapılmış olmasına ise gerek yoktur³⁷.

Derneğin amacının ne zaman kanuna veya ahlâka aykırı hâle gelmiş sayılacağı burada cevaplanması gereken bir sorudur. Bir derneğin tüzüğüne aykırı tek bir faaliyette bulunmuş olması, genellikle feshi için yeterli sayılmaz. Bu konuda açık bir düzenleme olmasa da, kanundaki derneklere ilişkin hükümlerin genel yapısından hareketle bu sonuca ulaşmak mümkündür. Keza, derneğin amacı ve konusu dışında bir faaliyette bulunmuş olması da mahkeme kararıyla feshedilmesine yol açmaz³⁸.

Bir derneğin kanuna veya ahlâka aykırı faaliyetlerinin tekrarlanarak sürekli bir hâl almasında ise durum farklıdır. Zira, derneğin bu şekilde süreklilik kazanan faaliyetleri onun amacının aslında fiilen değişmiş olduğunu gösterir. Meselâ, yoksullara yardım etmek üzere kurulan bir derneğin ırk veya mezhep esasına göre yardımda bulunması ya da aynı konularda ayrımcılığı ve bölücülüğü içeren broşür ve kitaplar yayımlaması, konferanslar düzenlemesi kanuna aykırı faaliyetlerdir. Keza modern resim sanatını yaymak amacıyla kurulan bir derneğin sürekli şekilde müstehcen ve sanat değeri bulunmayan resimlerden oluşan sergiler açması, bunları dağıtması, değişen amacını gerçekleştirmek üzere söz konusu tarzda reklam broşürleri ya da filmler hazırlaması ahlâka aykırı faaliyette bulunduğunu gösterir³⁹.

Yargıtay tarafından da süreklilik unsurunun arandığı anlaşılmaktadır⁴⁰. Yüksek Mahkeme'ye göre, suça konu tek bir fiil, davalı derneğin bu suçun kaynağını oluşturduğu anlamına gelmez. Bir derneğin feshedilebilmesi için onun suç sayılan eylemlerin kaynağı hâline geldiğinin, süregelen ve birden fazla eylemin varlığının tespit edilmiş olması gerekir. Sadece bu durumda dernek üyelerinin gerçek amaçlarının dernek faaliyeti yürütmek değil de, dernek adı altında suç işlemeye veya ahlâka aykırı çalışmalar yapmaya yönelik kanunî zemin hazırlamak olduğundan söz edilebilir. Karara konu olaylarda ise, feshi istenen davalı dernekte yapılan aramada kumar oynandığı anlaşılmıştır. Bu gerekçe ile bir olayda dernek başkanı, diğerinde ise başkan yardımcısı hakkında kumar oynanması için yer ve imkân sağlamak suçundan (TCK. m.228) dolayı dava açılmış ve sonuçta suçun işlendiği sabit olduğu için sanığın cezalandırılmasına karar verilmiştir⁴¹.

³³ EGGER, s.22; HONSELL/VOGT/GEISER, s.505; DURAL/ÖĞÜZ, s.227.

³⁴ 7. HD. T. 25.11.2008, E. 2008/4109 K. 2008/5196 (KBİBB).

³⁵ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s.390; DURAL/ÖĞÜZ, s.314; AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ KARAMAN, s.654; SALDIRIM, s.365.

³⁶ HONSELL/VOGT/GEISER, s.504.

³⁷ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s.390; TELLİOĞLU, s.9; SALDIRIM, s.365-366.

³⁸ EGGER, s.147; HONSELL/VOGT/GEISER, s.504; SALDIRIM, s.362; AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ KARAMAN, s.656.

³⁹ AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ KARAMAN, s.656; TELLİOĞLU, s.9; SAKA, s.240.

⁴⁰ 18. HD. T. 10.7.2012, E. 2012/6816 K. 2012/8976 (KBİBB); 18. HD. T. 13.1.2015, E. 2014/21559 K. 2015/35 (KBİBB).

⁴¹ 18. HD. T. 13.1.2015, E. 2014/21559 K. 2015/35 "... Dosyadaki bilgi ve belgeler ile suça konu tek eylem davalı derneğin bu suçun kaynağı hâline geldiğini göstermeye yeterli nitelikte kabul edilemez. Nitekim, Anayasa Mahkemesi de benzer hüküm taşıyan, Siyasi Partiler Yasasının 103. maddesindeki "... kanunsuz siyasî faaliyetlerin mihrakı olmayı suçun kesif şekilde işlenmesi, birden fazla mahkumiyet, ..." şeklinde yorumlamıştır. (Anayasa Mahkemesi'nin 14.7.1993 tarihli, 92/1-93/1 sayılı kararı) Açıklanan bu olgular gözetildiğinde davalı derneğin kapatılma istemine dair davanın

Kanunda amacın kanuna veya ahlâka aykırı hâle gelmesi bakımından açıkça süreklilik unsuru öngörülmemiştir. Bununla beraber, derneğin kendi sürekliliği göz önünde bulundurulunca böyle bir unsurun aranması makûl karşılanabilir. Zira, dernek özgürlüğünün temelinde derneklerin varlık güvencesine sahip olması yer alır. Ancak derneklere tanınan söz konusu güvence, hukuka uygun bir amaca ulaşmak için hukuka uygun faaliyetlerde bulunan derneklerin korunması bakımından geçerlidir⁴². Dolayısıyla Yargıtay'ın yukarıdaki yaklaşımı isabetli değildir. Çünkü, gerekçede belirtildiğinin aksine böyle bir durumda dernek üyelerinin “bireysel” nitelikte suç işlediklerinden söz edilemez. Aksine, dernek aslında kumar, fuhuş, uyuşturucu satışı gibi kanuna veya ahlâka aykırı faaliyetlerin merkezi hâline dönüşmüşse burada artık derneğin feshine karar verilmelidir. Dernek yöneticisinin böyle bir suçtan dolayı ceza almış olması da bunun en önemli delilidir. Kumar oynanması için yer ve imkân sağlama suçunun işlenmesi için burada kullanılan mekân derneğe aittir, bunu sağlayan da bizzat dernek başkanı ya da yardımcısıdır. Burada artık aynı suçtan dolayı ikinci bir aramanın yapılmasının ve bunun sonucunda başka bir üyenin de ceza almasının beklenmesi anlamsız olur. Aynı durum, hukuka uygun amaçlarla kurulmuş derneğin sonradan örgüt faaliyetlerinde kullanılması misalinde de karşımıza çıkar. Gerçekten de, yöneticilerin bazıları tarafından dernek merkezinin terör örgütüne yardım ve yataklıkta kullanılması sonucunda suçu işleyenler hakkında ceza verildiğini düşünelim. Burada da aynı suçtan dolayı dernek yöneticileri hakkında tekrar ceza verilmesi beklenmemelidir. Aksine bir yaklaşım ise, sadece kanuna veya ahlâka aykırı faaliyetlerde aracı olarak kullanılan derneklerin önünün açılmasına yardımcı olur. Diğer taraftan, belirtilmelidir ki, dernek hakkındaki tek bir ihbar ya da tek bir polis tutanağı vs. ise derneğin kapatılmasına gerekçe olamaz. Burada derneğin amacının sürekli biçimde kanuna veya ahlâka aykırı hâle geldiğinden söz edilemez. Aynı şekilde, dernek yöneticisinin dernek faaliyetlerini ilgilendirmeyen bir suçtan dolayı ceza almış olması da derneğin kapatılmasına yol açmaz. Meselâ, dernek yöneticisinin hırsızlık suçundan ceza almış olmasında durum böyledir.

Nihayet, kanuna aykırılıktan dolayı derneğin sona erdirilmesi bakımından 5072 sayılı Dernek ve Vakıfların Kamu Kurum ve Kuruluşları ile İlişkilerine Dair Kanun'daki düzenlemeden de söz edilmelidir. 5072 sayılı Kanun m.3/III gereğince, dernek tüzüğü bu kanuna aykırı olan veya bu kanuna aykırı işlemleri tespit edilen dernekler genel hükümlere göre kapatılır. Kapatılan dernek malları hazineye intikal eder. Bu takdirde, dernek yöneticileri eylemleri başka bir suç oluşturmadığı takdirde, üç aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Benzer bir düzenleme, aynı Kanun'da geçici m.1/II'de öngörülmektedir. Buna göre, dernek tüzüğünü altı ay içinde bu Kanuna uygun hâle getirmeyen veya söz konusu Kanuna aykırı işlemleri tespit edilen dernekler yine genel hükümlere göre kapatılır. Burada da dernek mallarının akıbeti ile dernek yöneticilerinin cezaî sorumluluğu, aynı kanunun 3. maddesine uygun şekilde düzenlenmektedir⁴³.

2. Kuruluştaki Kanuna Aykırılıkların veya Eksikliklerin Giderilememesi

Dernekler kuruluş bildirimini, dernek tüzüğünü ve gerekli diğer belgeleri yerleşim yerinin bulunduğu yerin en büyük mülkî amirine verdikleri anda tüzel kişilik kazanırlar. Bunun ardından, kuruluş bildirim ve belgelerin doğruluğu ile dernek tüzüğü en büyük mülkî amir tarafından altmış gün içinde dosya üzerinden incelenir (TMK m.60/I). Görüldüğü üzere dernek, tüzel kişiliğini söz konusu incelemeyen önce kazanır, yeter ki amacı başlangıçta hukuka veya ahlâka aykırı olmasın. İnceleme sonucuna göre ise, geçerli bir şekilde kurulmuş bulunan derneğin feshi söz konusu olmaktadır⁴⁴.

Kuruluş bildiriminin, tüzüğün ve kurucuların hukukî durumlarının idare tarafından incelenmesinde kanuna aykırılık veya noksanlık tespit edilmiş olabilir. Bu takdirde, bunların tamamlanması veya giderilmesi kuruculardan istenir. Aykırılık veya noksanlık, bu istemin tebliğinden itibaren otuz gün içinde giderilirse, söz konusu durum derneğe yazıyla bildirilir ve dernek de kütüğe kaydedilir (TMK m.60/III; DK m.17). Ancak, aynı sürede belirtilen noksanlık tamamlanmaz ve kanuna aykırılık giderilmezse, en büyük mülkî amir durumu cumhuriyet

reddine karar verilmesi gerekirken, yerinde olmayan gerekçe ile kabulüne karar verilmesi doğru görülmemiştir...” (KBİBB); 18. HD. T. 10.7.2012, E. 2012/6816 K. 2012/8976 (KBİBB).

⁴² DOĞANOĞLU, s.254.

⁴³ AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ KARAMAN, s.657-657.

⁴⁴ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s.297; ÖZTAN, s.383; KILIÇOĞLU, s.237; AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ KARAMAN, s.654-655; ZEVKLİLER/ERTAŞ/HAVUTÇU/ACABEY/GÜRPINAR, s.187; SALDIRIM, s.363; TELLİOĞLU, s.8; SAKA, s.241.

savcısına bildirir. Mülkî amirin bildirimini üzerine cumhuriyet savcısı tarafından derneğin feshi davası açılır ve sonuçta dernek yine mahkeme kararı ile feshedilir (TMK m.60/II)⁴⁵. Ancak, derneğin feshedilebilmesi için kanuna aykırılıkların veya eksikliklerin giderilmesine yönelik ihtarda bulunulmuş olmalıdır. Aksi takdirde, derneğin feshine karar verilemez⁴⁶.

3. Zorunlu Organların Oluşturulamaması veya Olağan Genel Kurul Toplantısının

Tüzükte Belirtilen Zamanda Yapılmaması

Derneklerin zorunlu organları üç tanedir. Bunlar, genel kurul, yönetim kurulu ve denetim kuruludur (TMK m.72/I). Söz konusu organlardan genel kurulun ilk toplantısı (TMK m.62) bir kenara bırakılırsa, biri olağan diğeri olağanüstü olmak üzere iki tür genel kurul toplantısı vardır. Olağanüstü genel kurul toplantısı bakımından herhangi bir zaman sınırlaması yoktur. Olağan genel kurul toplantısı ise, dernek tüzüğünde belirlenen zamanlarda ve yönetim kurulunun çağrısı üzerine yapılır (TMK m.74/I; DY. m.13/I, b. a). Ancak, tüzükte herhangi bir hüküm öngörülmemiş olsa bile, olağan genel kurul toplantısının en geç üç yılda bir defa yapılması zorunludur (TMK m.74/II, DY. m.13/II)⁴⁷.

Zorunlu organların oluşturulmamış veya olağan genel kurul toplantısının zamanında yapılmamış olmasının derneğin tüzel kişiliğine etkisi 2908 sayılı eski Dernekler Kanunu'nda açıkça düzenlenmekteydi. Buna göre, dernek merkezinin bulunduğu yerin en büyük mülki amirinin derneğe yapacağı yazılı ihtarla rağmen üç ay içinde bu zorunluluklar yerine getirilmezse, derneğin feshine karar verilebilirdi⁴⁸. Gerçekten de, mülkî amirin yazılı bildirimini üzerine cumhuriyet savcılığının istemde bulunmasıyla asliye hukuk mahkemesi derneğin feshine hükmedebilirdi (eDK m.50/I, b. 2-II). 5253 sayılı Dernekler Kanunu'nda ve 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu'nda ise buna benzer açık bir hüküm yer almamaktadır. Ancak, lafzından da anlaşılacağı üzere TMK m.74/II emredici bir hükümdür. Dolayısıyla söz konusu hükme aykırılığın müeyyidesinin de derneğin mahkeme kararıyla feshedilmesi olduğu kabul edilebilir⁴⁹.

4. Dernekler Kanunu'nda Sayılan Bir Suçun Dernek Yöneticisi Tarafından İşlenmesi

"Ceza Hükümleri" üst başlıklı DK m.32 vd.'nda iki hâl bakımından dernek yöneticilerinin kanunda öngörülen yasaklara uymaması sebebiyle derneğin mahkeme kararıyla feshine karar verileceği düzenlenmektedir. Bunlardan ilki, DK m.32, b. n hükmüdür. Söz konusu düzenleme gereğince, DK m.28'de sayılan kelimeleri izinsiz kullanan ya da DK m.29'da belirtilen yasaklara yazılı olarak uyarılmalarına rağmen aykırı hareket eden, yani bunlara uymamakta ısrar eden dernek yöneticileri yüz günden az olmamak üzere adli para cezası ile cezalandırılır ve derneğin feshine de karar verilir. Burada sözü edilen DK m.28 gereğince dernek adlarında; Türk, Türkiye, Millî, Cumhuriyet, Atatürk, Mustafa Kemal, şehit, gazi kelimeleri ile bunların baş ve sonlarına getirilen eklerle oluşturulan kelimeler ancak İçişleri Bakanlığının izni ile kullanılabilir. DK m.29 hükmü ise bazı ad ve işaretlerin kullanılmasını yasaklamaktadır. Buna göre dernekler, mevcut veya mahkeme kararıyla kapatılmış ya da feshedilmiş bir siyasi partinin, bir sendikanın yahut da üst kuruluşunun, bir derneğin veya üst kuruluşunun adını, amblemini, rumuzunu, rozetini ve benzeri işaretlerini kullanamaz. Aynı yasak başka bir ülkeye ve daha önce kurulmuş Türk devletlerine ait bayrak, amblem ve flamalar bakımından da geçerlidir⁵⁰.

Diğer düzenleme DK m.32, b. p'de öngörülmektedir. Buna göre, DK m.30, b. b bendine aykırı harekette bulunan dernek yöneticileri, fiilleri daha ağır bir cezayı gerektirmese bir yıldan üç yıla kadar hapis ve elli günden az olmamak üzere adli para cezası ile cezalandırılır ve derneğin de kapatılmasına karar verilir. Burada sözü edilen DK m.30, b. b'ye göre ise, Anayasa ve kanunlarda açıkça yasaklanan amaçları veya konusu suç oluşturan fiilleri gerçekleştirmek amacıyla dernek kurulamaz⁵¹. Aksi takdirde, söz konusu yasak amaçlarla kurulan bir dernek asla

⁴⁵ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s.390; AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ KARAMAN, s.655; SAKA, s.241; 7. HD. T. 15.7.2008, E. 2008/2176 K. 2008/3185 (KBİBB).

⁴⁶ 2. HD. T. 16.4.1998, E. 2893 K. 4387 (SALDIRIM, s.364, dpn. 11).

⁴⁷ SEROZAN, s.449; AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ KARAMAN, 602 vd.; HATEMİ/KALKAN OĞUZTÜRK, s.98.

⁴⁸ 2. HD. T. 5.12.195, E. 9780 K. 10257 (GÖNENCAN, Zahit: Derneklerin Türk Hukukundaki Yeri, Ankara 1998, s.199).

⁴⁹ DURAL/ÖĞÜZ, s.314; AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ KARAMAN, s.655.

⁵⁰ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s.393; TELLİOĞLU, s.10; SAKA, s.241.

⁵¹ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s.392-393; SAKA, s.241-242.

tüzel kişilik kazanamaz. Dolayısıyla böyle bir derneğin aslında feshine de ihtiyaç yoktur⁵². Ne var ki, DK m.32 hükmü 2008 tarihli değişiklik⁵³ ile tekrar düzenlenmiş olmasına rağmen buradaki sorun giderilememiştir.

V. YETKİLİ VE GÖREVLİ MAHKEME

Derneğin feshi kararını vermeye yetkili mahkeme, dernek merkezinin bulunduğu yerdeki mahkemedir. Görevli mahkeme ise, asliye hukuk mahkemesidir (TMK m.60/II)⁵⁴.

Yargılama usulüne ilişkin Dernekler Kanunu'nda özel bir hüküm bulunmaktadır. Buna göre, Dernekler Kanunu ile ilgili olarak hukuk mahkemelerinde bakılacak davalarda basit yargılama usulü uygulanır (DK m.18/I; HMK m.316 vd.)⁵⁵.

VI. ALINABİLECEK ÖNLEMLER

Derneğin sona erdirilmesine yönelik dava sırasında mahkeme tarafından gerekli önlemlerin alınabileceği hususu TMK m.89, c. 2'de düzenlenmektedir. Buna göre mahkeme, dava sırasında bütün önlemleri alır. Buna derneği faaliyetten alıkoyma, başka bir deyişle derneğin faaliyetinin yasaklanması da dâhildir. AY m.33/V gereğince, derneğin kapatılmasında olduğu gibi, faaliyetten alıkonulması için de hâkim kararının varlığı şarttır. Benzer bir düzenleme, TMK m.90/III'te öngörülmektedir. Buna göre, dernek faaliyetleri ile ilgili yasak ve sınırlamalara aykırılık hâlinde cumhuriyet savcısının istemi üzerine mahkeme tarafından faaliyetten alıkoyma (men) kararı verilebilir. Kanaatimizce, kanun koyucu bu düzenleme sayesinde derneğin feshi davası açılmamış olsa bile söz konusu önlemin alınmasını mümkün kılmıştır⁵⁶.

Mahkeme, yargılamanın her aşamasında gerekli önlemleri almaya yetkilidir. Derneğin sona erdirilmesinden farklı olarak, bunun için bir istemde bulunma zorunluluğu yoktur. Hâkim, istem üzerine olduğu gibi, re'sen de bütün önlemleri alabilir⁵⁷. Hatta, kanun koyucu burada "alır" diyerek, bu önlemlerin alınıp alınmamasını hâkimin takdirine bırakmamıştır.

Kolluk kuvvetlerinin yetkisi DK m.20'de düzenlenmektedir. Buna göre, kolluk kuvvetleri, kural olarak dernek ve eklentilerine giremez, arama yapamaz ve buradaki eşyaya el koyamaz. Söz konusu kuralın istisnası ise aynı hükümde öngörülmektedir. Buna göre, derneğe girme, burada arama yapma ve buradaki eşyaya el koyma, kural olarak ya kamu düzeninin korunması ya da suç işlenmesinin önlenmesi sebeplerinden birinin varlığı hâlinde ve usulüne göre verilmiş hâkim kararının varlığına bağlıdır. Burada sayılan önlemlerin alınması, derneği faaliyetten alıkoymasına yol açmamalıdır. Ancak, aynı sebeplerden biri varsa gecikmesinde sakınca bulunan durumlarda mülkî idare amirinin yazılı emriyle de bu önlemler alınabilir. Bu takdirde, mülkî idare amirinin kararı yirmi dört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını el koymadan itibaren kırk sekiz saat içinde açıklar; aksi hâlde, el koyma kendiliğinden kalkar. Sonuçta hâkim kararı, mülkî idare amiri tarafından dernek yöneticilerine yazıyla duyurulur⁵⁸.

⁵² AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ KARAMAN, s.657. Aksi görüş için bkz. TELLİOĞLU, s.11; ÇAĞIRGAN, s.193-194.

⁵³ RG. T. 8.2.2008, S.26781.

⁵⁴ HONSELL/VOGT/GEISER, s.505; BALLAR, Suat: Türk Dernekler Hukuku, İstanbul 1987, s.201; AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ KARAMAN, s.658; 18. HD. T. 26.4.2012, E. 2012/3037 K. 2012/4604 "... Davanın açıldığı ve hükmün verildiği tarihte yürürlükte bulunan 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 8. maddesinde, sulh mahkemesinin görevli olduğu dava ve işler sayılmış, bunlar arasında derneğin feshine ilişkin davaya yer verilmemiştir. Sulh hukuk mahkemesi dar yetkili mahkeme olup, ancak kanunların kendisini görevlendirdiği dava ve işlere bakabilir. Bunun dışındaki davalarda ise asliye hukuk mahkemesinin görevli olduğu kuşkusuzdur. Görev kamu düzenine ilişkin olup yargılamanın her aşamasında kendiliğinden dikkate alınır. Mahkemece, görevli mahkemenin asliye hukuk mahkemesi olduğu kabul edilerek görevsizlik sebebiyle dava dilekçesinin reddine karar verilmesi gerekirken, açıklanan hukuki olgular göz ardı edilerek esas hakkında karar verilmesi doğru görülmemiştir..." (KBİBB).

⁵⁵ AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ KARAMAN, s.658; 7. HD. T. 3.2.2011, E. 2010/5128 K. 2011/612 "...Açıklanan hukuksal olgular birlikte değerlendirildiğinde dernekler ile ilgili hukuk davalarında mahkemelerce duruşma yapılması, yargılamanın basit yargılama usulüne göre yürütülerek sonuçlandırılması gerektiği kuşkusuzdur..." (KBİBB); 7. HD. T. 10.12.2009, E. 2009/6386 K. 2009/5848 (KBİBB).

⁵⁶ Söz konusu düzenleme sayesinde, derneğin sürekli olarak faaliyetleriyle ilgili yasak ve sınırlamalara aykırı davranmasının bir tür müeyyidesinin öngörüldüğü görüşü için bkz. AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ KARAMAN, s.656-657.

⁵⁷ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s.390; DURAL/ÖĞÜZ, s.313.

⁵⁸ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s.385; SALDIRIM, s.367.

Mahkemenin aksine, idarenin derneğe müdahale ederek onu faaliyetten alıkoyma yetkisi bulunmamaktadır. Başka bir deyişle, kolluk müdahalesi derneğin yönetim işlerinin durdurulmasına, yani derneğin yönetimsiz kalmasına yol açmamalıdır. Zira, derneğin faaliyetten alıkoyması için mahkeme tarafından verilmiş faaliyetten men tarzında bir önlem kararının varlığı şarttır⁵⁹.

VII. DERNEĞİN MAHKEME KARARI İLE SONA ERMESİNİN SONUÇLARI

Diğer sona erme sebeplerinde olduğu gibi, derneğin mahkeme kararı ile feshedilmesi hâlinde de derneğin asıl ve onursal üyelerinin üyelik sıfatları da artık ortadan kalkar. Aynı şekilde, mahkeme kararıyla kapatılma da derneğin tüzel kişiliğinin sona ermesine yol açar⁶⁰. Ancak, derneğin kişiliği, ehliyeti tasfiye amacıyla sınırlı olmak üzere malvarlığının tasfiyesi aşamasında da devam eder (TMK m.52)⁶¹.

Derneğin mahkeme kararı ile sona ermesinin iki önemli sonucu daha bulunmaktadır. Bunlar, derneğe ait malvarlığının tasfiyesi ve tasfiyede ortaya çıkan fazlalık varsa bunun özgülmesi (tahsisi)'dir. Tasfiye usulüne mahkeme tarafından karar verilir. Tasfiye kapsamında önce malvarlığında yer alan kıymetlerin değerlendirilmesi gerekir. Sonra da derneğin alacakları tahsil edilip, borçları ödenir. Böylece, derneğin net malvarlığı tespit edilmiş olur. Borçların ödenmesinden bir değer arta kalırsa, bu da özgülmenin konusunu oluşturur. Ancak mahkeme kararı ile sona eren derneğin malvarlığının özgülmesi, TMK m.54'te tüzel kişilere ilişkin genel esastan ayrılır. Keza, söz konusu sonuç, genel kurulu kararı ile feshedilen veya kendiliğinden sona erdiği tespit edilen derneğin durumundan da farklıdır. Zira, genel kurul kararı ile feshetme veya kendiliğinden sona erme hâlinde, derneğin para, mal ve hakları öncelikle tüzüğünde belirtilen esaslar çerçevesinde özgülür. Hâlbuki, mahkeme kararı ile sona eren derneklerde tüzüğe bakılmaz. Bu takdirde, derneğin bütün para, mal ve hakları, mahkeme kararıyla derneğin amacına en yakın ve kapatıldığı tarihte en fazla üyeye sahip derneğe devredilir (DK m.15/I, c. 2; DY. m.89). Burada derneğin kapatılması mahkeme kararı sonucunda olacağı için kapatılma tarihinden maksat aslında karar tarihidir. DY. m.89/I, b. b hükmünde ise, dernek malvarlığının kendisine özgülüneceği derneğin kapatılan dernekle aynı ilde olması gerektiğinden söz edilmektedir. Ancak, bu ilâve unsurun kanuna aykırı biçimde yönetmelikte öngörülmüş olması eleştiriye açıktır. Mahkeme kararı ile sona ermesine karar verilen derneklerin tasfiye ve özgülme işlemleri tamamlandıktan sonra dernekler kütüğündeki kayıtları silinir (DK m.15/II; DY. m.90)⁶².

Kapatılması için hakkında soruşturma veya dava açılmış olan bir dernek, genel kurul kararı ile feshine ve buna bağlı olarak dernek mallarının devrine, daha doğrusu özgülmesine ilişkin bir karar almış olabilir. DK m.15/III gereğince, bu karar, soruşturma ve dava sonuçlanıncaya kadar yürürlüğe konulamaz, dolayısıyla da böyle bir özgülme işlemi yapılamaz⁶³.

VIII. SONUÇ

Dernek kurulmasında olduğu gibi, sona ermesinde de dernek özgürlüğü göz önünde bulundurulmalıdır. Bu doğrultuda, derneklerin bir defaya mahsus hâller sebebiyle sona erdiği kabul edilemez. Nitekim, kendiliğinden sona erme sebeplerinden biri olan yönetim kurulunun oluşturulmasının imkânsız olmasında bu husus dikkate alınmakta ve böylece imkânsızlığın sürekli olması gerektiği isabetli olarak kabul edilmektedir. Aynı yaklaşım, derneğin mahkeme kararı ile sona ermesi için de geçerli olmalıdır. Bu sebeple, derneğin amacının kanuna veya ahlâka

⁵⁹ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s.385-386.

⁶⁰ Dan. 3. D. "... Tüzel kişiliği sona eren dernek adına düzenlenen ihbarnamelerin herhangi bir hukuksal sonuç doğurmayacağı açık olup, dernek kütük kaydının silinmesinden sonra derneğin haklara sahip olması, borçlu kılınması ve temsili olanaklı olmadığından..." (KBİBB).

⁶¹ AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ KARAMAN, s.659; HATEMİ/KALKAN OĞUZTÜRK, s.103; SEROZAN, s.452; KILIÇOĞLU, s.227; SAKA, s.242; 1. HD. T. 24.10.2007, E. 2007/8092 K. 2007/10045 "...Bilindiği üzere, Dernekler Türk Medeni Kanunu'nun 56. maddesi gereğince tüzel kişiliğe sahip topluluklardır. Sona eren tüzel kişinin kişiliği, ehliyeti tasfiye amacıyla sınırlı olmak üzere tasfiye sırasında da devam edeceği yine Medeni Yasanın 52. maddesi hükmü gereğidir..." (KBİBB); 7. HD. T. 28.10.2010, E. 2010/4274 K. 2010/6213 "...Tüzel kişilik kazanan derneğin ne zaman tüzel kişiliğinin son bulduğu konusunda herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak, 3. kişiler açısından tüzel kişiliğin sona erdiği tarihin, derneğin tasfiyesinin tamamlanıp dernekler sicilinden terkin edildiği tarih olduğu genel kabul ve uygulamanın sonucudur..." (KBİBB).

⁶² DURAL/ÖĞÜZ, s.315; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s.393-394; AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ KARAMAN, s.659; ÖZTAN, s.383; HELVACI/ERLÜLE, s.115; ZEYTİN/ERGÜN, s.137-138; TELLİOĞLU, s.14; SAKA, s.243-244.

⁶³ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s.394; ÖZTAN, s.383; AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ KARAMAN, s.659; ZEYTİN/ERGÜN, s.138.

aykırı hâle geldiğinden söz edebilmek için de süreklilik unsuru göz önünde bulundurulmalıdır. Böylece, dernek kapsamındaki münferit bir faaliyetten dolayı derneğin kapatılması onun toplum hayatındaki işlevini ortadan kaldırmaz. Ancak süreklilik unsurundan hareketle, hukuka veya ahlâka aykırı faaliyetlerde paravan olarak kullanılan bir derneğin kapatılmaması da isabetli olmaz. Aksi takdirde, dernekler bu tarz hukuka veya ahlâka aykırı faaliyetlerin gerçekleştirilmesinde yönetici ve üyelere meşru bir zemin sağlar. Hâlbuki, kanun koyucunun dernekler sayesinde gerçekleştirmek istediği amaç bu değildir. Dolayısıyla dernekte kumar oynatıldığı için yöneticisi hem de ceza almış bir derneğin kapatılmaması doğru bir yaklaşım değildir.

KAYNAKÇA

- ABLUM, Bahattin/SÜRBAHAN, Sadrettin: Açıklamalı Dernekler Kanunu, Ankara 1973.
- AKINTÜRK, Turgut/ATEŞ, Derya: Medenî Hukuk, 25. Baskı, 2019.
- AKİPEK Jale G./AKINTÜRK, Turgut/ATEŞ KARAMAN, Derya: Türk Medenî Hukuku, Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku, C.1, 9. Baskı, İstanbul 2012.
- AKÜNAL, Teoman: Türk Medenî Hukukunda Tüzel Kişiler, İstanbul 1995.
- ARAT, Serdar: Ehliyetleri Açısından Dernek ve Vakıf Tüzel Kişilikleri (Medenî Hukuk Tüzel Kişilikleri), Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2007.
- BALLAR, Suat: Türk Dernekler Hukuku, İstanbul 1987.
- BENLİ, Fatma: Derneklerin sona erme nedenleri, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2014.
- BOZKURT, Enver: Hukukun Temel Kavramları, 13. Baskı, Ankara 2018.
- CANER, Zehra: Dernek Özgürlüğü, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Konya 2016.
- ÇAĞIRGAN, Senar: Derneklerin Hak ve Fiil Ehliyeti, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İzmir 2006.
- DOĞANOĞLU, Ali Erdem: Türk Anayasa Hukukunda Dernek Özgürlüğü, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2013.
- DURAL, Mustafa/ÖĞÜZ, Tufan: Türk Özel Hukuku, C.II, Kişiler Hukuku, 10. Baskı, İstanbul 2010.
- DÜNDAR SEZER, Tijen: “Dernek Kurma Özgürlüğünün İçeriği ve Gelişim Süreci Üzerine Karşılaştırmalı Bir İnceleme”, DEÜSBED., C.10, S. 1, 2008, s.1-58.
- EGGER, Andreas: İsviçre Medenî Kanunu Şerhi, Giriş ve Kişinin Hukuku, m.1-89, Çev. Volf Çernis, Ankara 1947.
- ERGÜN, Ömer: Medenî Hukuk Tüzel Kişilerinin Ehliyet Durumu, İstanbul 2010.
- GÖNENCAN, Zahit: Derneklerin Türk Hukukundaki Yeri, Ankara 1998.
- HATEMİ, Hüseyin/KALKAN OĞUZTÜRK, Burcu: Kişiler Hukuku (Gerçek Kişiler – Tüzel Kişiler), İstanbul 2014.
- HELVACI, Serap/ERLÜLE, Fulya: Medenî Hukuk, 2. Baskı, İstanbul 2011.
- HONSELL, Heinrich/VOGT, Nedim Peter/GEISER, Thomas: Basler Kommentar Zum Schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch II, 2. Auf., Basel 2003.
- İNAN, Ali Naim: Medenî Hukuk, 2. Baskı, Ankara 2005.
- KILIÇOĞLU, Ahmet M.: Medenî Hukuk Temel Bilgiler, 7. Baskı, Ankara 2018.
- OĞUZMAN, M. Kemal/SELİÇİ, Özer/OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe: Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler), 18. Baskı, İstanbul 2019.
- ÖZSUNAY, Ergun: Medenî Hukukumuzda Tüzel Kişiler, Tüzel Kişilerin Genel Teorisi – Dernekler – Vakıflar, 3. Baskı, İstanbul 1974.
- PALANDT, Otto: Bürgerliches Gesetzbuch, Bd. 7, 65. Auf., München 2006.
- SAKA, Zafer: Dernekler Hukuku, İstanbul 2010.
- SALDIRIM, Mustafa: “Cumhuriyet Savcısı’nın Özel Hukukta Dernek ve Sendika Tüzel Kişiliğinin Sona Erdirilmesine İlişkin Görevleri”, TBBD., S.59, 2005, s.359-376.
- SEROZAN, Rona: Medenî Hukuk, Genel Bölüm, Kişiler Hukuku, İstanbul 2011.
- TELLİOĞLU, Filinta Rozerin: “Derneğin Mahkeme Kararı İle Sona Ermesi”, DÜAMYOD., C.2, S.3, 2018, s.1-18.
- TUOR, Peter/SCHNYDER, Bernhard/SCHMID, Jörg/RUMO-JUNGO, Alexandra: Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 12. Auf., Zürich-Basel-Genf 2002.
- VELİDEDEOĞLU, Hıfzı Veldet/ATAAY, Aytekin: Türk Cemiyetler Hukuku, İstanbul 1956.
- YILMAZ, Canan: Uluslararası belgelerde ve Türk Hukukunda dernek özgürlüğü, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2008.
- ZEVKLİLER, Aydın/ERTAŞ, Şeref/HAVUTÇU, Ayşe/ACABEY, M. Beşir/GÜRPINAR, Damla: Yeni Medenî Kanuna Göre Medenî Hukuk (Temel Bilgiler), 10. Baskı, Ankara 2018.
- ZEYTİN, Zafer/ERGÜN, Ömer: Türk Medenî Hukuku, 4. Baskı, Ankara 2018.

YÜKLENİCİNİN ESER MEYDANA GETİRME BORCU

THE OBLIGATION OF CARRYING OUT THE WORK OF THE CONTRACTOR

Pakize Ezgi AKBULUT*  

Makale Bilgi

Gönderilme: 28/12/2019
Kabul: 12/03/2020

Anahtar Kelimeler

Şahsen İfa,
Yüklenici,
Alt Yüklenici.

Article Info

Received: 28/12/2019
Accepted: 12/03/2020

Keywords

Personal Performance,
Contractor,
Subcontractor.

Özet

Yüklenicinin eseri doğrudan kendisinin meydana getirmesi veya kendi yönetimi altında yaptırması gerekir (TBK 471 III, c. 1). Ancak TBK 471 III, c. 2’de, eserin meydana getirilmesinde yüklenicinin kişisel özelliklerinin önem taşımadığı hallerde, işi başkasına da yaptırabileceği ifade edilmiştir. Çalışmamızda yüklenicinin eser meydana getirme borcu kapsamında hangi hallerde eseri doğrudan kendisinin meydana getirmesi gerektiği, hangi hallerde kendi yönetimi halinde yaptırabileceği incelenmiş ve eserin meydana getirilmesini alt yüklenicilere devredebilmesine yönelik şartlar değerlendirilmiştir. Bununla birlikte yüklenicinin eseri doğrudan kendisinin meydana getirmesi gerektiği hallerde, yardımcı kişi kullanmasının sonuçları incelenmiş ve yetkisi olduğu hallerde eserin yapımını alt yüklenicilere devretmesi halinde, alt yüklenici ile asıl eser sözleşmesi taraflarının arasındaki hukuki ilişki ele alınmıştır. Bu hukuki ilişki çerçevesinde yüklenicinin alt yüklenici kullanma yetkisinin bulunmadığı hallerde iş sahibinin başvurabileceği hukuki yollar araştırılmıştır. Ayrıca yüklenicinin yetkisi olmaksızın eserin meydana getirilmesini alt yükleniciye devrettiği hallerde, alt yüklenicinin eylemlerinden doğan zarardan sorumluluğu ile alt yüklenici kullanma yetkisinin bulunduğu hallerde meydana gelen zarardan iş sahibine karşı sorumluluğu konuları incelenmiştir.

Abstract

A contractor must carry out the work in person or have it carried out under their own direction (TCO 471 III, s. 1). However TCO 471 III, s. 2 states that, if the contractor's personal characteristics are not important in the carrying out the work, they may have the work done by someone else. In our study, the circumstances under which the contractor is obliged to carrying out the work directly and in which cases they can have the work done under his own direction are examined. Also the conditions of transferring of the carrying out the work to the subcontractors are evaluated. Besides in cases where the contractor is required to carrying out the work directly, the results of using a subsidiary person are discussed. Within the framework of this legal relationship, the legal ways has been investigated that the owner can apply in case of the main contractor is not authorized to use the subcontractor. In addition, in cases where the main contractor transfers the carrying out the work to the subcontractor without the authorization, the liability of the subcontractor for the damage caused by the actions of the subcontractor and in cases where the main contractor transfers the carrying out the work to the subcontractor with the authorization, the liability of the main contractor for the damage caused by the actions of the subcontractor are examined.

I. GİRİŞ

İş görme sözleşmelerinin bir türü olan eser sözleşmesinde yüklenicinin, esas olarak eser meydana getirme ve –eserin hukuki niteliğinin gerektirdiği ölçüde- bu eseri iş sahibine teslim etme olmak üzere iki asli ediminin mevcut olduğu kabul edilir¹. Eser meydana getirme borcu kapsamında yüklenicinin eseri doğrudan kendisinin meydana getirme veya kendi yönetimi altında yaptırma (TBK 471 III), eserin ayıpsız olmasını sağlama (TBK 474 vd.) borçları bulunur ve yüklenicinin ayrıca araç- gereç ve malzeme temin etmesi (TBK 471 IV, 472) sadakat ve özen borcu (TBK 471 I, II), işe zamanında başlama, devam etme (TBK 473 I) gibi yan borçları da mevcuttur².

Çalışma konumuzda yüklenicinin eser meydana getirme borcu incelenmektedir. Bu borç kapsamına her ne kadar doğrudan veya dolaylı diğer bazı borçları dâhil olsa da, çalışma konumuz, yüklenicinin eseri şahsen ifa etmesi veya kendi yönetimi altında yaptırması ile bu borcun çeşitli koşullar altında alt yüklenicilere devredilmesi konuları ile sınırlandırılmıştır. Bu çerçevede çalışmamızda öncelikle yüklenici kavramı ve uygulamada sıklıkla karşılaşılan inşaat sözleşmelerinde yer alan yüklenici türlerine değinilmiş, ardından yüklenicinin eser sözleşmesi kapsamında doğrudan kendisinin meydana getirmesi borcu, eseri kendi yönetimi altında yaptırması ve eğer koşulları mevcutsa eserin yapımını alt yüklenicilere devretme yetkisi ve şahsen ifa borcuna aykırı davranması halinde meydana gelen sonuçlar incelenmiştir. Son olarak yüklenicinin eser meydana getirme borcunu alt yüklenicilere devretmesi halinde iş sahibi ve borcu devrettiği alt yüklenici ile olan hukuki ilişkisi ve alt yüklenicinin eylemlerinden doğan sorumluluğu konuları ele alınmıştır.

II. YÜKLENİCİ KAVRAMI

A. Genel Olarak

Tam iki taraflı bir sözleşme olan eser sözleşmesinde eser meydana getirip, teslim etme borcu altına giren taraf yüklenici, bunun karşılığında bedel ödemeyi üstlenen taraf da iş sahibidir. Eser sözleşmesinde eseri meydana getirip, teslim etmeyi üstlenen yüklenicinin kural olarak gerçekleştirileceği iş bakımından uzman olduğu kabul edilir³.

Eser sözleşmesinde yüklenicinin bir gerçek veya tüzel kişi olması mümkündür. Bunun yanında eser sözleşmesinin yüklenici tarafını bir veya birden fazla kimse de oluşturabilir. Böyle bir durumda iş sahibi ile yüklenici arasında bireysel bir ilişki olabileceği gibi ortaklık ilişkisi de bulunabilir. Eğer yüklenici birden fazla kişiden oluşmaktaysa genelde, ortada aralarında adi ortaklık ilişkisi olan konsorsiyum veya joint venture bulunur⁴.

B. Özel Olarak İnşaat Sözleşmelerinde Yüklenici Kavramı

Uygulamada eser sözleşmesi ile ilgili uyuşmazlıkların büyük bir çoğunluğu inşaat sözleşmesinden doğan ihtilaflardan kaynaklanır. İnşaat sözleşmelerinde yükleniciler işin niteliğine göre genel yüklenici, kısmi yüklenici, tam yüklenici, yan yüklenici, alt yüklenici olarak ortaya çıkabilir⁵.

¹ Bkz. aşağıda II/B/1.

² Bu yönde ayırım için bkz. KURT, Leyla Müjde: Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunda Temerrüdü, Yetkin Yayınları, Ankara 2012, s.56 vd. Eser sözleşmesinde yüklenicinin borçları çerçevesinde yapılan çeşitli ayırımlar için bkz. ARAL, Fahrettin/AYRANCI, Hasan: Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, 12. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2019, s.343 vd.; EREN, Fikret: Borçlar Hukuku, Özel Hükümler, 7. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2019, n.2076 vd.

³ “...yüklenici işinin uzmanı sayılan, sorumlu meslek adamıdır”. Yarg. T. 16.6.2014, 15. HD. 15. HD., E. 2013/4399 K. 2014/4148 (Lexpera İçtihat Bankası).

⁴ GAUCH, Peter: Der Werkvertrag, 6. Auflage, Zürich- Basel- Genf 2019, N.243 vd.; TANDOĞAN, Haluk: Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, Cilt II, 5. Tıpkı Basım, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2010, s.96 vd.; EREN, n.2068; YAVUZ, Cevdet: Türk Borçlar Hukuku, Özel Hükümler, 9. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 2014, s.979. Birden fazla yüklenicinin işi üstlenmesi halinde aralarında yer aldığı kabul edilen adi ortaklık ilişkisi sonucunda, iç ilişkide ortaya çıkan uyuşmazlıklar TBK 620 vd. hükümlerine göre çözümlenir. ZEVKLİLER, Aydın/GÖKYAYLA, K. Emre: Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, Turhan Kitabevi, Ankara 2016, s.504; AVCI, Mehmet Özgür: “Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Şahsen İfa Borcu”, Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan, MÜHFAD., Özel Sayı, 22(3), 2016, s.303-323.

⁵ İnşaat sözleşmelerinde yüklenici türleri hakkında bkz. BÜHLER, Theodor: Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilrecht, Band V/2d, Der Werkvertrag, Art. 363-379 OR, Zürich 1998, Art. 363, N.117 vd.; KOLLER, Alfred: Berner Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band VI: Das Obligationenrecht, Band/Nr. VI/2/3/1, der Werkvertrag Art. 363-366 OR, Art. 363, N.201 vd.; ZINDEL, Gaudenz/PULVER, Urs: Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 5. Auflage, Basel- Bern-Zürich 2011, Art. 363, N.12 vd.; GAUCH,

Genel yüklenici, genel yüklenicilik sözleşmesi sonucunda iş sahibi (inşaat sahibi) tarafından birden fazla yükleniciye farklı eser sözleşmeleri ile yaptırılacak bir yapının tümüne yönelik işi üstlenen kişidir⁶. Genel yüklenici, çoğunlukla iş sahibi tarafından yapılan plan ve projeye uygun olarak işlerini yürütür ve gerekirse eserin tamamının veya belirli kısımlarının yapılmasını alt yüklenicilere verebilir⁷. Genel yüklenici ile iş sahibi arasındaki sözleşme de eser sözleşmesi niteliğindedir⁸. Tam yüklenici ise genel yükleniciden farklı olarak tam yüklenicilik sözleşmesi sonucunda meydana getirilecek yapının bütününe ilişkin planlama ve proje faaliyetlerini de üstlenir⁹. Kısmi yüklenici inşaat sözleşmelerinde en çok karşılaşılan yüklenici türü olarak, eserin belirli bir kısmının yapımını (örneğin elektrik, su tesisatı gibi) üstlenen kimsedir¹⁰. Bir eserin yapımında uzmanlık alanına göre birden fazla kısmi yüklenicinin bulunması mümkündür. Bunun yanında kısmi yüklenici ile iş sahibi arasındaki sözleşme de eser sözleşmesi niteliğindedir¹¹. Kısmi yüklenici ile sözleşme yapan taraf iş sahibi olabileceği gibi başka bir yüklenici de (örneğin genel yüklenici) olabilir¹². Birden fazla kısmi yüklenicinin aynı anda çalışması halinde, bu yükleniciler birbirinin yan yüklenicisi olur, eğer art arda iş görmektelerse ön yüklenici ve art yüklenici olarak kabul edilirler¹³. Alt yüklenici ise, yüklenicinin inşaat sözleşmesinden doğan borçlarının tamamını veya bir kısmını kendi adı ve hesabına yerine getirmesi için anlaştığı kimsedir¹⁴.

III. YÜKLENİCİNİN ESER MEYDANA GETİRME BORCU VE KAPSAMI

A. Genel Olarak

Eser sözleşmesinde yüklenici bir eser meydana getirmeyi, iş sahibi de karşılığında bedel ödemeyi üstlenir (TBK 470). Eser sözleşmesinde TBK 470 uyarınca yüklenicinin ilk asli edimi; eser meydana getirmektir. Yüklenici iş sahibi ile arasındaki sözleşmeye uygun olarak eseri meydana getirmekle yükümlüdür. Eser meydana getirme borcu bu anlamda eser sözleşmesinin karakteristik edimini teşkil eder¹⁵. Ayrıca eser meydana getirmenin bir –nitelikli- “yapma borcu” olduğunu belirtmek gerekir¹⁶.

İş görme sözleşme türlerinden olan eser sözleşmesinde, yüklenici sadece bir iş görme edimini değil, aynı zamanda bir eser meydana getirmeyi borçlanır. Dolayısıyla yüklenici eser meydana getirme borcu çerçevesinde sadece iş görme değil, aynı zamanda belirli bir sonucu meydana getirme yükümlülüğü (iş görme sonucu) altındadır¹⁷. Yüklenicinin borçlandığı bu iş görme sonucuna da eser adı verilir.

TBK 470’te yüklenicinin asli edimi sadece “eser meydana getirme” olarak düzenlenmişse de eser meydana getirme borcunun kapsamına yeni bir eser meydana getirme, mevcut eseri değiştirme, onarma, bakım veya ortadan kaldırma da dâhildir¹⁸. Bu anlamda örnek olarak mevcut

N.217 vd.; EREN, n.2068; GÜMÜŞ, Alper: Borçlar Hukuku, Özel Hükümler, Cilt II, İstanbul 2012, s.8; GÖNEN, Doruk: İnşaat Sözleşmesinde Bedel, On İki Levha Yayınevi, İstanbul 2016, s.33 vd.

⁶ BÜHLER, Art. 363, N.118; GAUCH, N.222 vd.; KOLLER, Art. 363, N.204; EREN, n.2071; GÜMÜŞ, s.8.

⁷ BÜHLER, Art. 363, N.118; GAUCH, N.223; EREN, n.2071

⁸ GAUCH, N.223; ZINDEL/PULVER, Art. 363, N.15; EREN, n.2071.

⁹ GAUCH, N.233; KOLLER, Art. 363, N.202; EREN, n.2072. Bu halde ortada eser sözleşmesi ile vekâlet sözleşmesinden oluşan karma nitelikte bir sözleşme bulunduğu yönünde bkz. PEDRAZZINI, s.508 (GÜMÜŞ, s.8, dn.47’ den naklen). Eser sözleşmesi niteliğinde bir sözleşme olduğu yönünde bkz. GAUCH, N.235; ZINDEL/PULVER, Art. 363, N.13; KOLLER, Art. 363, N.203; EREN, n.2072; GÜMÜŞ, s.8.

¹⁰ GAUCH, N.218; KOLLER, Art. 363, N.205; EREN, n.2070; GÜMÜŞ, s.8.

¹¹ KOLLER, Art. 363, N.205; EREN, n.2070.

¹² Başka bir yüklenicinin kısmi yüklenici ile sözleşme yapması halinde, kısmi yüklenicinin alt yüklenici sayılacağı yönünde bkz. KOLLER, Art. 363, N.205; EREN, n.2070.

¹³ GAUCH, N.219; GÜMÜŞ, s.8.

¹⁴ Alt yükleniciye ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. aşağıda III/C.

¹⁵ GAUCH, N.15 vd.; ZINDEL/PULVER, Art. 363, N.2; KURT, s.35.

¹⁶ GAUCH, N.18.

¹⁷ BÜHLER, Art. 364, N.34; GAUCH, N.18; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s.490; ARAL/AYRANCI, s.361; KURT, s.35. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. ŞENOCAK, Zarife, Eser Sözleşmesinde Ayıbın Giderilmesini İsteme Hakkı, Turhan Kitabevi, Ankara 2002, s.6 vd. “Eser sözleşmelerinin en önemli unsuru `eser`dir. Başka bir anlatımla; bu önemli unsur sonuçtur. Yüklenici, eser sözleşmesiyle sadece bir faaliyette bulunmayı değil, aynı zamanda bir sonucu (eser) gerçekleştirmeyi de taahhüt etmektedir.” Yarg. 15. HD., T. 19.2.2007, E. 2006/64, K. 2007/1015, (Lexpera İçtihat Bankası). “Eser yüklenicinin sanat ve becerisini gerektiren bir emek sarfı ile gerçekleşen sonuç olup, yüklenici eseri iş sahibinin yararına olacak şekilde ve ona hiçbir zarar vermeden meydana getirmek yükümlülüğü altındadır”. Yarg. 15. HD., T. 26.11.2018, E. 2018/4621, K. 2018/4686 (Kazancı İçtihat Bankası).

¹⁸ BÜHLER, Art. 363, N.33; GAUCH, N.25 vd.; ZINDEL/PULVER, Art. 363, N.3; ARAL/AYRANCI, s.365-366.

elektrik tesisatının tamir edilmesi veya mevcut bir binanın yıkılması da eser niteliğinde sayılır.

Bununla birlikte eser kavramı hakim görüş uyarınca; sadece maddi (cismani) varlığı olanları değil, maddi varlığı olmayan (örneğin fikri eserler) şeyleri de kapsar¹⁹. Örneğin bir mobilyanın, binanın meydana getirilmesi kadar bir film senaryosu yazılması, fotoğraf çekimi gerçekleştirilmesi, opera bestesi yapılması, sanatçı ile konser vermesi için anlaşılması da eser teşkil eder²⁰. Böylece objektif olarak taahhüt edilebilen ve objektif esaslara göre belirlenebilen maddi olmayan çalışma sonuçlarının da eser niteliğinde sayılacağını belirtebiliriz²¹. Maddi olmayan çalışma sonuçlarının eser niteliğinde sayılabilmesi için kanımızca maddi bir şey üzerinde devamlılık arz ederek varlığını sürdürmesi koşuluna ihtiyaç bulunmamalıdır²². Zira maddi olmayan çalışma sonucunun eser niteliğinde sayılması için maddi varlığı olan şey üzerinde (cismani nitelikte) kendini göstermesi gerekmektedir birlikte, borçlunun taahhüdünün sözleşme taraflarının eser sözleşmesinden bekledikleri sonuca ilişkin olması yeterli kabul edilmelidir²³. Dolayısıyla objektif olarak belirlenebilen çalışma sonuçları bir bütünlüğe sahipse ve maddi bir şey üzerinde varlık bulmasa ve hatta geçici nitelikte olsa dahi eser sayılmalıdır. Örneğin bir binanın yapımı kadar şarkı besteleme veya konser verme taahhütleri de eser sözleşmesi niteliğinde sayılır. Eklemek gerekir ki, maddi olmayan çalışma sonuçlarının da eser kabul edilmesinin önemli sonuçlarından biri, maddi olmayan eserler hakkında da ayıptan dolayı sorumluluk hükümlerinin uygulanabilmesidir²⁴. Bu doğrultuda maddi olmayan çalışma sonuçlarının, cismani bir varlık üzerinde varlığını sürdürmesi gerektiğini savunan görüş uyarınca, eğer bu hususa dikkat edilmezse, eser hakkında ayıptan dolayı sorumluluk hükümlerinin de uygulanamayacağı savunulmaktadır. Her ne kadar maddi olmayan çalışma sonuçlarının eser sayılabilmesi için, kanımızca maddi bir şey üzerinde devamlılık arz ederek varlığını sürdürmesi gerekmeseydi, maddi bir şey üzerinde varlığını sürdüren fikri eserlerin ayıptan dolayı sorumluluk çerçevesinde tespit edilebilmesi daha kolaydır. Ancak bu husus kanımızca eserin varlığına ilişkin maddi hukuk sorunu olmaktan ziyade ispat hukukunu ilgilendirir. Zira doktrinde de haklı olarak ifade edildiği üzere, günümüzde birçok sanatsal faaliyetin, spor etkinliğinin, teknolojik imkânlar kullanılarak kayıt altına alındığı da göz önünde bulundurulursa ispat hukuku bakımından da öne sürülen zorluk aşılmış olur²⁵.

¹⁹ GAUCH, N.33 vd.; KOLLER, Art. 363, N.64 vd.; HÜRLIMANN, ROLAND/SIEGENTHALER, THOMAS: CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Vertragsverhältnisse Teil 2: Arbeitsvertrag, Werkvertrag, Auftrag, GoA, Bürgschaft, 3. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG, Art. 363, N.2; TANDOĞAN, s.2 vd.; ZEVLİLİLER/GÖKYAYLA, s.490; ARAL/AYRANCI, s.361; EREN, n.2017; YAVUZ, s.956; BAYGIN, Cem: Türk Hukukuna Göre İstisna Sözleşmesinde Ücret Ve Tabi Olduğu Hükümler, Beta Yayınevi, İstanbul 1999, s.8 vd.; AYDOĞDU, Murat/KAHVECİ, Nalan: Türk Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, 4. Baskı, Adalet Yayınevi, s.750. Bu konudaki görüşler hakkında ayrıca bkz. KURT, s.28 vd.

²⁰ “Gerek, hukuk öğretisinde ve gerekse uygulamada eserin kapsamı genişletilerek; insan emeğinin ürünü olmak ve maddi bir varlıkta kendini göstermek kaydıyla, maddi olmayan şeylerin bile eser kavramı içine gireceği kabul edilmektedir. Burada önemli olan, yüklenici sanatçının, eser sözleşmesi konusu olan şeyin “sonuç sorumluluğunu” yani sonucun ortaya çıkmasını üstlenmiş ve sanat gücünü kullanarak, bağımlı olmadan yaptığı işlerin bağımlı işlere oranla üstün olmasıdır. Yüklenicinin sonuç sorumluluğunu üstlenebileceği her şey, ister maddi varlığı bulunsun, ister bulunmasın “eser” olarak kabul edilmelidir”. HGK, E. 2009/15-459, K. 2009/541, T. 18.11.2009 (Kazancı İçtihat Bankası). Bir televizyon programının sunuculuğunu ve oyunculuğunu davalının, yapımcılığını ise davacının üstlendiği bir sözleşmenin eser sözleşmesi niteliğinde olduğu yönünde bkz. HGK, E. 2010/15-214, K. 2010/236, T. 28.4.2010. Yargıtay’ın bilgisayar yazılımı yapmayı borçlanmayı eser niteliğinde kabul ettiği bir kararı için bkz. Yarg. 15. HD., E. 2014/676, K. 2014/6942, T. 1.12.2014 (Kazancı İçtihat Bankası). “Bu itibarla temelinde, konusu fotoğraf ve video çekimi olup, eser sözleşmesinden kaynaklanan uyumsuzluk bulunan davaya...”. Yarg. 3. HD. E. 2014/5462, K. 2014/12813, T. 1.10.2014 (Kazancı İçtihat Bankası).

İsviçre Federal Mahkemesi de önceden sadece maddi varlığı olanları eser niteliğinde kabul ederken, sonradan bu görüşten vazgeçmiş ve maddi varlığı olmayanları da eser saymıştır. Karş. BGE 98 II 305, S.311, BGE 109 II 34, S.37 (www.bger.ch).

²¹ KURT, s.33.

²² Bu görüşte bkz. KOLLER, Art. 363, N.71; ZINDEL/PULVER, Vorbem. Art. 363-379, N.5; EREN, n.2022; ZEVLİLİLER/GÖKYAYLA, s.494; KURT, s.32. Aksi yönde: GAUCH, N.43 vd.; HÜRLIMANN/SIEGENTHALER, Art. 363, N.2; YAVUZ, s.958. Karş. ARAL/AYRANCI, s.361 vd. Maddi olmayan çalışma sonuçlarının meydana getirilmesine yönelik sözleşmelerin sui generis nitelikte sözleşme olduğu yönünde bkz. GÜMÜŞ, s.6.

²³ KURT, 32 ve orada dn.29’da anılan yazarlar.

²⁴ Bu konuda bkz. KURT, 29, 32 vd.

²⁵ Bu konuda bkz. KURT, s.33.

Eser meydana getirmenin yanında ayrıca yüklenicinin –TBK’ da açıkça sayılmasa da meydana getirdiği eseri teslim etmesi de borçları arasında sayılır²⁶. Bu durumda eser sözleşmesinde yüklenicinin sözleşmeye uygun olarak eseri meydana getirme ve meydana gelen eseri teslim etme üzere iki asli edimi bulunmaktadır²⁷. Dolayısıyla yüklenici kural olarak eseri sözleşmeye uygun olarak meydana getirip, teslim etmekle borcundan kurtulur²⁸. Aşağıda daha ayrıntılı incelendiği üzere; eser meydana getirme borcu uyarınca, yüklenicinin kural olarak borcunu şahsen ifa etmesi veya kendi yönetimi altında yaptırması gerekir. Bunun yanında yüklenicinin -çalışmamızda incelenmeyen- eserin ayıpsız olmasını sağlama, araç- gereç ve malzeme temini, sadakat ve özen borcu, işe zamanında başlama, devam etme gibi borçları da mevcuttur.

B. Yüklenicinin Eser Meydana Getirme Borcu Çerçevesinde Şahsen İfa Yükümlülüğü

1. Eserin Şahsen veya Kendi Yönetimi Altında Meydana Getirilmesi

Yüklenici kural olarak eseri doğrudan kendisi yapmalı yahut kendi yönetimi altında başkasına yaptırmalıdır (TBK 471 III, c. 1). Böylece eser sözleşmesinde temel prensip; eserin bizzat yüklenici tarafından yapılması veya yüklenicinin yardımcılarının çalışmasını bizzat yönetmesidir. Hâlbuki TBK 83’te alacaklının menfaatine aykırı olmadığı sürece borçlunun borcunu şahsen ifa etme yükümlülüğünün bulunmadığına ilişkin genel hüküm mevcuttur. Ancak eser sözleşmesinin niteliği gereği, eserin bizzat yüklenici tarafından veya onun yönetimi altında meydana getirilmesinde alacaklının menfaatinin bulunduğu gerekçesiyle TBK 471 III, c. 1, TBK 83 düzenlemesinin istisnai hallerinden biri kabul edilir²⁹. Çünkü ilk etapta sözleşmenin kurulmasında hem maddi edimler hem de hizmet edimleri bakımından yüklenicinin kişiliği ve yeteneği ile becerisi önem arz eder. TBK 471 III, c. 2’de ise eserin meydana getirilmesinde yüklenicinin kişisel özelliklerinin önem taşımadığı hallerde, işin başkasına da yaptırılabilceği düzenlenmiştir. Bu bağlamda eser sözleşmeleri bakımından yüklenicinin eseri meydana getirmesi, kişisel nitelikte edim arz ettiği karine kabul edilir ve yüklenici eserin yapımında kişiliğinin veya yeteneklerinin önem arz etmediğini iddia etmekteyse bu iddiasını ispatlamakla yükümlüdür³⁰.

TBK 471 III, c. 1’in, TBK 83’ten farklı şekilde düzenlenme nedeninin eser sözleşmesinin yüklenicinin kişisel özelliklerinin dikkate alınması suretiyle akdedilmesine dayanmaktadır. Ancak günümüzde eser sözleşmesinde yüklenicinin ediminin kişisel nitelikte olduğu yönündeki karine eleştirilmektedir. Zira gelişen teknolojik ve ekonomik koşullar iş hayatında, iş bölümü ve iş paylaşımı ihtiyacını arttırmıştır³¹. Örneğin bir binanın yapımını üstlenen yüklenicinin, bu binaya ait bütün iş görme edimlerini kendisinin gerçekleştirmesi veya kendi yönetimi altında yaptırması beklenemez. Yüklenicinin bu eserin meydana getirilmesinde uzmanlık alanlarına göre bağımsız ifa yardımcıları ile anlaşması hayatın olağan akışına aykırı düşmeyecektir.

²⁶ GAUTSCHI, Georg: Berner Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band/Nr. VI/2/3, Der Werkvertrag, Art. 363- 379 OR, Stämpfli Verlag AG 1967, Art. 363, N.4a vd.; GAUCH, N.605; ZINDEL/PULVER, Art. 363, N.2; KOLLER, Art. 363, N.253 vd.; TANDOĞAN, s.124-125; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s.490; YAVUZ, s.989; GÜMÜŞ, s.28.

²⁷ GAUTSCHI, Art. 363, N.4a vd.; GAUCH, N.605; KOLLER, Art. 363, N.253 vd.; TANDOĞAN, s.124- 125; ARAL/AYRANCI, s.369; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s.496; ERMAN, Hasan: Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, 3. Baskı, Der Yayınları, İstanbul 2010, s.32; ÖZ, M. Turgut: İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi, Kazancı Kitap, İstanbul 1989, s.20; AYDOĞDU/KAHVECİ, s.755.

²⁸ KURT, s.56, 84. Eserin niteliğine göre bazı hallerde teslim edilmesi gerekmez. Örneğin; bir bahçıvan ağaçları kesip, bahçeyi sözleşmeye uygun olarak bırakıp, terk etmesiyle borcunu yerine getirmiş sayılır. Bu durumda yüklenici eserin sözleşmeye uygun olarak tamamlanmasıyla borcundan kurtulur. KOLLER, Art. 363, N.312.

²⁹ BÜHLER, Art. 364, N.47; GAUCH, N.617; ARAL/AYRANCI, 369; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, 537; KILIÇOĞLU, Ahmet, M.: “Müteahhidin Eseri Şahsen Yapma veya Kendi İdaresi Altında Yaptırma Borcu”, AHFD, 32, 1975, s.188. TBK 83 (OR Art. 68) hükmüne karşılık, TBK 471, III’ün özel nitelikte bir düzenleme olduğu ve yüklenicinin edimini ifa etmesinde onun kişisel özellikleri dikkate alınarak sözleşme akdedildiyse ortada şahsen ifa borcu bulunacağı ve bunun öncelikle tarafların arasındaki anlaşmaya, ikincil nitelikte olarsa hukuki işlemin niteliğine bakılarak, sözleşmenin yorumu kuralları çerçevesinde tarafların farazi iradeleri esas alınmak suretiyle tespit edileceği yönünde bkz. KOLLER, Art. 364, N.47. Karş. GAUTSCHI, Art. 364, N.7a vd.

³⁰ KOLLER, Art. 364, N.47; HUBER, Felix/SCHWENDENER, Niklaus: Orell Füssli Kommentar zum Schweizerisches Obligationenrecht, 3. Auflage, Orell Füssli Verlag AG 2016, Art. 364; N.6; ARAL/AYRANCI, s.370; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s.538-539; YAVUZ, s.977; AVCI, s.306.

³¹ BÜHLER, Art. 364, N.47; GAUCH, N.617; ARAL/AYRANCI, 370. Ayrıca bkz. GAUTSCHI, Art. 364, N.9e; KERMAN, Evrim: “Eser Sözleşmelerinde Şahsen İfa, Şahsi Yönetim Altında İfa ve Eseri Başkasına Yaptırma”, İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S.2, Aralık, 2017, s.24.

TBK 471 III hükmü emredici nitelikte olmadığından taraflar bu hükmün aksine sözleşme yapabilirler³². Taraflar TBK 471 III hükmünün aksini kararlaştırmadıkları sürece yüklenicinin şahsen ifa borcuna yönelik şu sonuçlar ortaya çıkar:

• Eğer eser sözleşmesi sadece yüklenicinin kişiliği ve yeteneği ön planda tutularak yapılmışsa, başka bir anlatımla iş sahibi yükleniciyle sözleşmeyi sırf onun kişisel niteliği ve özellikleri sebebiyle akdetmişse, ortada kişiye sıkı sıkıya bağlı edim (mutlak şahsilik ilkesi) mevcuttur³³. Bu halde eser özgün yapısını, değerini ve özelliklerini bizzat yüklenicinin kişisel yeteneğinden alır. Yüklenici eseri kendi yönetimi altında yardımcı kişi kullanarak meydana getirse dahi aynı nitelikte eser ortaya çıkmayacaksa, yüklenicinin eseri bizzat meydana getirmesi gerekir³⁴. Dolayısıyla yüklenicinin bu hallerde borcun ifasını başkasına devredemeyeceği, eserin meydana getirilmesinde yardımcı kişi de kullanamayacağı kabul edilir. Ancak günümüzdeki teknolojik imkânlar da hesaba katıldığında eser sözleşmelerinin konusunu, kişiye sıkı sıkıya bağlı edimlerin oluşturduğu örneklerin oldukça az olduğunu eklemek gerekir. Eser sözleşmesinde yüklenicinin kişiye sıkı sıkıya bağlı edimle yükümlü olduğu haller özellikle el işçiliğine, sanat eserlerine dayanan edimlere ilişkindir. Örneğin bir ressamın iş sahibinin portresini yapmayı taahhüt etmesi halinde, iş sahibi sözleşmeyi sırf ressamın kişisel yeteneğinden dolayı akdettiğinden, burada kişiye sıkı sıkıya bağlı edimin varlığı kabul edilebilir ve ressam eseri şahsen ifa etmekle yükümlü olur³⁵.

• Bazı hallerde eser sözleşmesi yüklenicinin kişiliği ve yeteneğinden dolayı kurulmuş olsa da, eserin bizzat meydana getirilmesi yüklenicinin kişiliğine doğrudan bağlı olmayabilir. Örneğin bir evin boyanmasına yönelik yapılan eser sözleşmesinde yüklenicinin kendi yönetimindeki yardımcıları ile borcunu yerine getirmesi böyle kabul edilebilir. Yüklenicinin tüzel kişi olduğu durumda da eser, tüzel kişinin yönetiminde, onun organları veya gerçek kişiler tarafından meydana getirilir³⁶. Bu hallerde ortada artık kişiye sıkı sıkıya bağlı edim bulunmadığından, yüklenici eserin meydana getirilmesini yönetmekle yükümlü olup, eseri bizzat meydana getirmek zorunda değildir³⁷. Dolayısıyla yüklenici borcun ifasında bağımlı ifa yardımcısı (örneğin iş sözleşmesi kapsamında çalıştırdığı işçi, mühendis, müdür gibi), başka bir anlatımla kendi talimatlarıyla ve kendi denetimi altında çalışan yardımcı kişi kullanılabilir³⁸. Eserin yüklenicinin yönetimi altında yardımcı kişi kullanılarak meydana getirildiği hallerde yüklenicinin, yardımcı kişiyi seçmede özenli davranma, yardımcı kişileri ve önemli araç-gereci hazır tutma, onlara gerekli talimatları verme ve işin yapılmasını denetleme yükümleri bulunur³⁹.

• Eserin meydana getirilmesinde yüklenicinin kişiliği ve yeteneği önem arz etmemekteyse, yüklenici asıl yüklenici olarak kalmak suretiyle borcun ifasını alt yüklenici sözleşmesi ile bağımsız ifa yardımcısı niteliğindeki alt yüklenicilere (taşeron) tamamen veya kısmen devredebilir. Uygulamada eser sözleşmesinin sıklıkla karşılaşılan türü olan inşaat sözleşmelerinde bu husus ayrı önem arz eder. Ancak bu halde de tarafların, yüklenicinin borcun ifasını alt yüklenicilere devretmesini engellemeye yönelik anlaşmaları mümkündür.

2. Yüklenicinin Şahsen İfa ve Eserin Meydana Getirilmesini Kendi Yönetimi Altında Yaptırma Borcuna Aykırı Davranması

Yüklenici, ortada kişiye sıkı sıkıya bağlı edim bulunmasına rağmen –caiz olmayan şekilde– mutlak nitelikteki şahsen ifa borcuna aykırı davranarak eseri kendi yönetimi altında yaptırmış yahut yetkisi olmadığı halde borcun ifasını kısmen veya tamamen alt yükleniciye devretmişse,

³² KOLLER, Art. 364, N.19; ZINDEL/PULVER, Art. 364, N.54; TANDOĞAN, s.73; EREN, n.2081; AYDOĞDU/KAHVECİ, s.755; AVCI, s.307.

³³ ZINDEL/PULVER, Art. 364, N.30; EREN, n.2079; GÜMÜŞ, s.11. Ayrıca bkz. ARAL/AYRANCI, s.369-370; ŞENOCAK, s.20.

³⁴ GAUCH, N.609; ZINDEL/PULVER, Art. 364, N.30; ARAL/AYRANCI, s.370; YAVUZ, s.977; AVCI, s.307.

³⁵ ARAL/AYRANCI, s.370; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s.538. Uygulamada geniş yer kaplayan ve eser sözleşmesi niteliğinde olan inşaat sözleşmeleri bakımından ise Yargıtay yüklenicinin borcunu şahsen ifa etmek zorunda olmadığı yönünde kararlar vermektedir. Bkz. aşağıda III/C.

³⁶ GAUCH, N.610; ZINDEL/PULVER, Art. 364, N.31; HUBER/SCHWENDENER, Art. 364, N.5; ARAL/AYRANCI, s.370; YAVUZ, s.977.

³⁷ GAUCH, N.610; ZINDEL/PULVER, Art. 364, N.31; EREN, n.2080; ARAL/AYRANCI, s.370; GÜMÜŞ, s.11.

³⁸ GÜMÜŞ, s.11; AVCI, s.309. Ayrıca bkz. HUBER/SCHWENDENER, Art. 364; N.5; KILIÇOĞLU, s.190. İsviçre Federal Mahkemesi de yüklenicinin eserin meydana getirilmesinde bağımsız ifa yardımcısı (alt yüklenici) kullanmasını şahsen ifa borcuna aykırı bulmuştur. BGE 103 II 52 (www.bger.ch).

³⁹ GAUTSCHI, Art. 364, N.11c; ZINDEL/PULVER, Art. 364, N.34; TANDOĞAN, s.75; ARAL/AYRANCI, s.370.

TBK 112 uyarınca sözleşmeyi ihlal etmiş olur (sözleşmenin müspet ihlali)⁴⁰. Yüklenicinin bu sorumluluğu doğrudan kendi fiiline ve kusuruna dayandığından, bu sorumluluktan kurtulabilmesi için kusurlu olmadığını ispatlaması gerekir⁴¹.

Yüklenicinin şahsen ifa borcuna aykırı davranması ayrıca haksız fiil de teşkil edebilir (TBK 49 vd.). Bu durumda haksız fiil hükümlerinden ve sözleşmeden doğan sorumluluk yarışır⁴². Ayrıca yüklenicinin şahsen ifa borcuna aykırı davranması sebebiyle sözleşme tarafı olmayan üçüncü kişiler zarar görürse yine yüklenicinin üçüncü kişilere karşı haksız fiil hükümlerine göre sorumluluğu bulunur⁴³.

Yüklenicinin yardımcı kişi kullanması hususunda yetkili olduğu hallerde eğer yüklenicinin kendi yönetiminde eseri meydana getiren kişiler -veya alt yüklenici- iş sahibine bir zarar vermişse, yüklenici ayrıca TBK 116 uyarınca sorumlu olur⁴⁴. Belirtmek gerekir ki, bu sorumluluk yüklenicinin şahsen ifa borcuna aykırı davranmasına dayanan sorumluluktan farklıdır. Zira yüklenicinin hem iş sahibi ile aralarındaki sözleşme uyarınca –veya işin niteliği gereği kişisel özelliklerinin önem arz etmediği durumda- yardımcı kişi kullanma yetkisinin hem bulunduğu hem de bulunmadığı hallerde, yardımcı kişinin eyleminin iş sahibine verdiği zarar bakımından sorumluluğu mevcut olur. Dolayısıyla yüklenici eseri şahsen meydana getirme borcunu ihlal etmemiş olsa da, eserin meydana getirilmesinde kullanılan yardımcı kişinin iş sahibine verdiği zarardan sorumlu tutulur.

Yüklenici yetkisi bulunmaksızın işi yardımcı kişilere yaptırdığı hallerde –gerek şahsen ifa gerekse eseri kişisel yönetimi altında yaptırma borcuna aykırı davrandığı hallerde- iş sahibine karşı, yardımcı kişinin eylemi nedeniyle meydana gelen zarardan, hakim görüşüne göre TBK 116 uyarınca sorumludur⁴⁵. Bununla birlikte yüklenicinin ayrıca TBK 112 uyarınca sözleşmeyi ihlal etmiş sayılacağını tekrarlamak gerekir. İş sahibi bir zarar meydana geldiği takdirde, TBK 112 ve TBK 116 hükümlerinden dilediğine başvurmak suretiyle yükleniciden zararının karşılanmasını isteyebilir. Bu durumda TBK 112 ve 116 hükümlerinin yarıştığı kabul edilir⁴⁶. TBK 116'ya dayanan sorumluluk çerçevesinde yüklenici yardımcı kişinin seçiminde, denetiminde ve ona talimat vermede kusuru bulunmadığını ispatlarsa da sorumluluktan kurtulamaz⁴⁷. Yüklenicinin yardımcı kişiye başvurmuş olması ve zarar ile yardımcı kişinin fiili arasındaki illiyet bağı sorumluluk için yeterli ve gereklidir. Bununla birlikte yüklenicinin bilgisi olmaksızın eserin meydana getirilmesine katılan kişinin fiilinden ya da eserin meydana getirilmesiyle ilgili olmayan bir fiilden, yüklenici TBK 116'ya göre sorumlu tutulamaz⁴⁸. Eserin meydana getirilmesinde yardımcı kişinin verdiği zarardan sorumlu tutulmaması için yüklenicinin, zarara sebep olan eylem kendisi tarafından yapılmış olsaydı, bu zararın meydana gelmesinde kendisinin kusurlu sayılmayacağını ispatlaması gerekir⁴⁹. Ayrıca yardımcı kişinin fiilinin aynı zamanda haksız fiil teşkil ettiği hallerde, -sonuçları itibarıyla iş sahibi tarafından tercih edilme olasılığı düşük olmakla birlikte- meydana gelen zarara karşılık, haksız fiil hükümleri çerçevesinde iş sahibinin yardımcı

⁴⁰ GAUCH, N.639 vd.; TANDOĞAN, s.76; ARAL/AYRANCI, s.374; YAVUZ, s.978, 981, dn.126. Yüklenicinin yetkisi olmaksızın yardımcı kişi kullandığı hallerde, iş sahibinin TBK 473 II hükmünde düzenlenen koşullar uyarınca işi üçüncü kişiye yaptırabileceği hakkında bkz. aşağıda III/C/4.

⁴¹ GAUTSCHI, Art. 364, N.13a; TANDOĞAN, s.76; KILIÇOĞLU, s.191; AVCI, s.309.

⁴² KILIÇOĞLU, s.191; AVCI, s.309.

⁴³ KILIÇOĞLU, s.191, 192; AVCI, s.309.

⁴⁴ GAUCH, N.177, 640; KOLLER, Art. 364, N.73; ZINDEL/PULVER, Art. 364, N.46; YAVUZ, s.978; KILIÇOĞLU, s.192. Yüklenicinin eserin yapımında alt yüklenici kullanımının caiz olduğu ve olmadığı hallerde meydana gelen zarar bakımından sorumluluğu hakkında bkz. aşağıda III/C/4.

⁴⁵ GAUCH, N.177, 640; KOLLER, Art. 364, N.73; TANDOĞAN, s.92; ARAL/AYRANCI, s.374; GÜMÜŞ, s.13; AKKANAT, s.160; ŞENOC AK, s.22; KURT, s.58; AVCI, s.310. TBK 116 hükmüne başvurulmasına gerek olmadığı yönünde bkz. KILIÇOĞLU, s.192. Yazar yardımcı kişi kullanılmasının caiz olmadığı hallerde yüklenicinin bu borca aykırı davranarak yardımcı kişi kullanıp eseri meydana getirdiği durumda, TBK 116 hükmünde başvurulmasına gerek olmadığını belirtip, sadece TBK 112 hükmüne göre sorumluluğu bulunduğunu kabul etmektedir. Asıl yüklenicinin yetkisi olmaksızın alt yüklenici kullanılması halindeki sorumluluğu hakkında geniş bilgi için bkz. aşağıda III/C/4.

⁴⁶ GAUCH, N.640; GÜMÜŞ, s.13; AVCI, s.310. Karş. AKKANAT, s.160- 161; ŞENOC AK, s.22.

⁴⁷ KILIÇOĞLU, 193; AVCI, s.309-310.

⁴⁸ KILIÇOĞLU, s.193; AVCI, s.310. Örnek olarak boyacının çırağının eserin meydana getirilmesi sırasında boyayı halıya dökmesi halinde yüklenici olan boyacının TBK 116'ya göre sorumluluğu bulunur. KILIÇOĞLU, a.e., s.193. Ayrıca Tandoğan bu hususta örnek olarak; yükleniciye malzeme veya araç-gereç getiren kişilerin verdiği zarardan, -bu kişiler eserin meydana getirilmesinde yardımcı kişi sayılmayacağından yüklenicinin- TBK 116'ya göre sorumlu olmayacağını vermektedir. TBK 112'ye nazaran daha ağır nitelikte sorumluluk yükleyen TBK 116 hükmünün anlam ve amacından da böyle anlaşılır. TANDOĞAN, s.76.

⁴⁹ TANDOĞAN, s.76.

kişiyi başvurur imkânı da bulunur (TBK 49 vd.)⁵⁰.

Yükleniciye, yardımcı kişinin sözleşme tarafı olmayan üçüncü kişilere verdiği zarardan dolayı TBK 66 uyarınca adam çalıştırmanın sorumluluğu çerçevesinde başvurulması mümkündür⁵¹. Bu halde yüklenicinin sorumluluktan kurtulabilmesi için yardımcı kişiyi seçmekte, denetlemekte ve ona talimat vermekte zararın doğmasını önlemek üzere objektif özen yükümlülüğüne uygun davrandığını ispatlaması gerekir⁵². Belirtmek gerekir ki; yüklenicinin eserin meydana getirilmesi çerçevesinde üçüncü kişilere verdiği zararlardan iş sahibi kural olarak –aksi kararlaştırılmadıkça– sorumlu tutulamaz⁵³.

Son olarak eğer yüklenici şahsen ifa borcuna aykırı davranmış ve ortaya ayıplı bir eser meydana gelmişse bu durumda kural olarak ayıptan doğan sorumluluk hükümlerine göre hareket edilir⁵⁴.

C. Şahsen İfa Borcunun İstisnası: Alt Yüklenicilik Sözleşmesi

1. Genel Olarak

Eserin meydana getirilmesinde yüklenicinin kişisel özelliklerinin önem arz etmediği hallerde yüklenici –eğer sözleşmede aksi kararlaştırılmamışsa– TBK 471 III, c. 2 uyarınca borcun ifasını -kısmen veya tamamen- başka bir yükleniciye devredebilir. TBK 471 III hükmü emredici nitelikte olmadığından eser sözleşmesinin taraflarının aksini kararlaştırabileceğini tekrarlamak gerekir. Buna göre taraflar sözleşmede yüklenicinin işin bir kısmını veya tamamını başkasına bırakmasına yönelik anlaşabilecekleri gibi niteliği gereği şahsen ifa edilmesi gerekmeyen bir eserin yapımının -kısmen veya tamamen- başkasına devrini de yasaklayabilirler.

Yüklenicinin işin tamamını veya bir kısmını alt yüklenicilere yaptırması halinde ortada alt yüklenicilik sözleşmesi bulunur. Örneğin bir binanın yapımına ilişkin eser sözleşmesinde tesisat işlerinin başka bir üçüncü kişiye devredilmesi halinde ortada alt yüklenicilik sözleşmesi mevcuttur. Alt yüklenicilik sözleşmesinde alt yüklenici genellikle işin niteliği gereği belirli bir uzmanlığa sahiptir. Özellikle inşaat sözleşmelerinde, kapsamlı imalat işlerinde uygulamada alt yüklenicilik sözleşmesine sıkça rastlanır.⁵⁵

Alt yüklenicilik sözleşmesinde kendi ad ve hesabına yaptığı sözleşmeyle, borcun kısmen veya tamamen ifasını devreden taraf asıl yüklenici, onun ad ve hesabına eseri meydana getiren taraf da alt yüklenici (taşeron) adını taşır⁵⁶. Asıl yüklenici, alt yükleniciyle kendi adına ve hesabına alt yüklenicilik sözleşmesini yaptığı için –eğer aksi kararlaştırılmamışsa– yüklenici, iş sahibi adına ve hesabına alt yükleniciyle sözleşmeyi gerçekleştirirse, asıl yüklenicilik sözleşmesine aykırı hareket etmiş olur ve iş sahibi onay vermezse ortada yetkisiz temsil (TBK 46

⁵⁰ KILIÇOĞLU, s.193; AVCI, s.310-311.

⁵¹ AVCI, s.311.

⁵² Objektif özen yükümlülüğü hakkında bilgi için bkz. NOMER, Haluk Nami: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 16. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2018, n.118.11 vd.

⁵³ Zarar gören üçüncü kişinin iş sahibine başvurması kabul edilmemektedir. Yarg. 4. HD. T. 28.03.2002, E. 2001/12559 K. 2002/3721; 4. HD. T. 23.05.2005, E. 2004/10805 K. 2005/5532 (Kazancı İçtihat Bankası). Ancak Yargıtay, eser sözleşmesinde iş sahibine yükleniciye emir ve talimat verme, işi denetleme yetkisinin tanındığı hallerde, iş sahibi ile yüklenicinin çalıştırdığı kişi arasında bağımlılık ilişkisinin kurulduğunu ve yüklenicinin yanı sıra iş sahibinin de adam çalıştırıcı sıfatıyla zarardan sorumlu tutulacağına karar vermektedir. “İş sahibi ile yüklenici arasındaki sözleşmede iş sahibine yükleniciye emir ve talimat verme, yapılan işi kontrol ve denetleme yetkisinin tanınmış olması halinde, iş sahibi ile yüklenici arasında bağımlılık ilişkisi kurulmuş olduğundan iş sahibinin “adam çalıştırıcı” sıfatıyla zarardan sorumlu tutulması gerekeceği ve sorumluluk türünün de aynı Kanun’un 51/2. maddesi hükmü uyarınca müteselsil (zincirleme) sorumluluk olacağı kuşkusuzdur”. Yarg. 7. HD. T. 7.4.2009, E. 2008/6736 K. 2009/1124, 7.HD. T. 18.01.2011, E. 2010/7458, K. 2011/98; 4. HD. T. 16.12.2015, E. 2014/18143, K. 2015/14825 (Lexpera İçtihat Bankası). Ayrıca bkz. NOMER, n.118.1.

⁵⁴ Bu konuda bkz. TANDOĞAN, s.93; KURT, s.58. Ancak ayıp sonucunda doğan zarar, alt yüklenicinin eyleminden kaynaklanıyorsa TBK 116’nın uygulanmasının mümkün olduğu yönünde bkz. GAUCH, N.178; TANDOĞAN, s.93.

⁵⁵ KERMAN, Evrim: Contrat De Sous-Traitance Du Point De Vue Du Droit Turc Et Suisse, 1. Baskı, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2018, s.26 vd.

⁵⁶ Terimler hakkında bilgi için bkz. GAUTSCHI, Art. 364, N.19b; GAUCH, N.620; ZINDEL/PULVER, Art. 363, N.26; TANDOĞAN, s.77; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s.540; EREN, n.2082 vd.; YAVUZ, s.980; AKKANAT, Halil: Taşeronluk (Alt Müteahhitlik Sözleşmesi), Filiz Kitabevi, İstanbul 2000, s.8; ŞENOCAK, s.20; BAYGIN, s.22; GÜMÜŞ, s.12; AVCI, s.313.

vd.) bulunur⁵⁷⁻⁵⁸. Bu durumda eserin meydana getirilmesinde işin niteliği gereği yüklenicinin kişisel özellikleri önem arz etmese dahi, kural olarak iş sahibi adına ve hesabına sözleşme yapma yetkisi bulunmamaktadır⁵⁹.

Yüklenicinin eserin meydana getirilmesinde alt yüklenici ile anlaşabilmesi için kural olarak kendisinin kişisel özelliklerinin eser sözleşmesinin akdedilmesinde önem arz etmemesi gerekir (TBK 471 III, c. 2). Bu çerçevede yüklenicinin kişisel özelliklerinin tespitinde esas alınması gereken kıstasların neler olacağı hususunu aydınlatmak gerekir. İsviçre Borçlar Kanunu'nda TBK 471. maddenin üçüncü fıkrasına tekabül eden OR Art. 364, Abs. 2'de yüklenicinin kişisel özelliklerinin ve yeteneği ifadesi yerine hukuki işlemin niteliği gereği yüklenicinin kişisel özelliklerinin önem arz ettiği haller ifadesi kullanılmıştır. 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 356. maddesinin ikinci fıkrası ise "Müteahhit, imal olunacak şeyi bizzat yapmağa veya kendi idaresi altında yaptırmaya mecburdur. Fakat işin mahiyetine nazaran şahsi maharetinin ehemmiyeti yok ise, taahhüt ettiği şeyi başkasına dahi imal ettirebilir." şeklinde düzenlenmekteydi. 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun bu anlamda İsviçre Borçlar Kanunu'nun ilgili maddesinde yer alan ifadeyle daha benzer olduğu görülmektedir. TBK 471 III, c. 2'de ise işin niteliği gereği ifadesi kaldırılmış ve sadece yüklenicinin kişisel özelliklerinin önem taşımadığı hallerde işi başkasına yaptırabileceği düzenlenmiştir. TBK 471 III, c. 2'de her ne kadar işin niteliği gereği ifadesi kaldırılmış olsa da, yüklenicinin işi başkasına bırakıp bırakamayacağı hususunda kişisel özelliklerinin önem arz etmesinin işin niteliğine bakılmak suretiyle belirlenmesi gerekir⁶⁰. Örneğin bir kimsenin altın varaklı çerçeve içinde portresini yapmayı üstlenen ressamın, iş sahibi tarafından portresini yaptırmak üzere kişisel özellikleri sebebiyle seçildiği açıktır⁶¹. Buna karşılık –tarafar aksini kararlaştırmamışlarsa- ressamın bu portrenin çerçevesini bu alanda uzman meslek sahibine bırakması işin niteliği gereğidir.

Bunun yanında eserin meydana getirilmesinde yüklenicinin kişiliği ve yeteneğinin, özelliklerinin önem arz etmediği hallerde işi alt yükleniciye devredebilmesi için iş sahibi sözleşmeyi, yüklenicinin güvenilir olması, ödeme gücü, iş sahibi ile yakınlığı gibi kıstasları dikkate alarak gerçekleştirip gerçekleştirmediğine bakılmamalıdır⁶². Yüklenicinin kişisel özelliklerinin ve yeteneğinin tespitinde esas alınması gereken yüklenicinin edimi olmalıdır⁶³. Yüklenicinin kişisel yeteneği ve özelliklerinin belirlenmesinde yüklenicinin ediminin dikkate alınması ise eser sözleşmesinin konusuyla ilgili teamül ve uygulamaya göre belirlenir⁶⁴. Keza yüklenicinin tüzel kişi olduğu hallerde, tüzel kişinin personelinin sayısı, eğitim seviyesi, sahip oldukları patentler, know-how, tecrübe ve projeleri işletmenin edimi ile ilgili özellikleri ifade eder⁶⁵.

Uygulamada özel önem arz eden inşaat sözleşmelerinde, yüklenicinin işin bir kısmını veya tamamını alt yüklenicilere devredip devredemeyeceği hususunda dikkate alınacak olan kıstaslar

⁵⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. GAUCH, N.642 vd.; TANDOĞAN, s.95-96; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s.541-542; YAVUZ, s.983; Yüklenicinin iş sahibi adına ve hesabına yaptığı alt yüklenicilik sözleşmesine iş sahibi onay verirse sözleşme ile bağlı olur. İş sahibi onay vermezse, alt yüklenici sözleşmenin geçersizliğinden dolayı yükleniciden uğramış olduğu zararı talep edebilir. Böyle bir durumda alt yüklenicinin meydana getirdiği işe yönelik iş sahibinden bir talep hakkı bulunmaz. Fakat alt yüklenici iş sahibinin taşınmazı üzerinde yapı meydana getirmişse bundan doğan hakları (TMK 723, 893 I, b. 3) saklıdır. TANDOĞAN, s.95; AVCI, s.319-320. Bu konuda İsviçre Federal Mahkemesi de iş sahibinin TMK 723, 893 I, b. 3 (ZGB Art. 672, 837) hükümlerine başvurabileceğini kabul etmiştir. BGE 95 II 221, S.230, (www.bger.ch). Ayrıca bkz. aşağıda III/C/4.

⁵⁸ Asıl yüklenicinin, iş sahibinin rızası olmaksızın onun adına ve hesabına alt yüklenici ile yaptığı sözleşmenin niteliği ile iş sahibi ile arasındaki sözleşmeyi kendi adına başkasına devretmesi (TBK 196) birbirinden farklıdır. İlk halde ortada yetkisiz temsil bulunur ve iş sahibi buna rıza gösterse dahi ilk eser sözleşmesi varlığını devam ettirir. Oysa ikinci halde iş sahibi bu sözleşmeye rıza gösterirse artık "alt yüklenici", asıl yüklenici yerine geçer. TANDOĞAN, s.96.

⁵⁹ GAUCH, N.642; TANDOĞAN, s.95.

⁶⁰ Nitekim doktrinde de yüklenicinin kişisel özelliklerinin işin niteliği uyarınca belirleneceği kabul edilmektedir. ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s.538; EREN, n.2082; YAVUZ, s.980; AYDOĞDU/KAHVECİ, s.755; GÜMÜŞ, s.11; KURT, s.57.

⁶¹ Örnek için bkz. ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s.538.

⁶² GAUCH, N.614; ARAL/AYRANCI, s.371; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s.539.

⁶³ TANDOĞAN, s.71; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s.539; AVCI, s.313; KURT, s.59. Eserin yapımının yüklenicinin yeteneğine ve bireysel özelliklerine bağlı olmadığı hallerde ya da yüklenicinin yeteneği ve bireysel özelliklerinin eserin yapımına etkisi oldukça düşük olduğu durumda yahut dürüstlük kuralı gereğince eserin meydana getirilmesi –veya yüklenicinin kendi yönetimi altında yaptırması- yükleniciden beklenmemekte ise yüklenicinin eserin meydana getirilmesini üçüncü kişilere bırakabilmesinin mümkün olduğu yönünde bkz. GAUCH, N.613.

⁶⁴ GAUCH, N.614; ARAL/AYRANCI, s.371; KURT, s.59.

⁶⁵ ZINDEL/PULVER, Art. 364, N.38; ARAL/AYRANCI, s.371; AVCI, s.313. Ayrıca bkz. GAUCH, 613a-614.

da uzun süre tartışılmıştır⁶⁶. Birden fazla uzmanlık alanı gerektiren inşaat sözleşmelerinde Yargıtay önceki kararlarında, yüklenicinin kişisel özelliklerinin önem arz ettiği gerekçesiyle yüklenicinin alt yüklenicilere devir yetkisinin bulunmadığı hususunda karar vermektedir⁶⁷. Ancak Yargıtay sonradan görüş değiştirmiş ve inşaat sözleşmelerinde yüklenicinin kişisel özelliklerinin dikkate alınmayacağı yönünde hüküm kurmuştur⁶⁸. Bu çerçevede doktrinde inşaat sözleşmeleri bakımından işin tamamının üstlenildiği ve tamamının üstlenilmediği eser sözleşmeleri ayrı ayrı değerlendirilir: İşin tamamının üstlenildiği inşaat sözleşmelerinde (genel yüklenicilik veya tam yüklenicilik sözleşmeleri gibi) yüklenicinin eserin meydana getirilmesine ilişkin bütün işleri gerçekleştirmesi beklenemeyeceğinden, işin bir kısmını veya tamamını alt yüklenicilere devretmesinin mümkün olduğu kabul edilir⁶⁹. Ancak bu halde yüklenicinin işlerin tamamını tek bir genel yükleniciye devretmesi kabul görmez⁷⁰. Dolayısıyla yüklenicinin bu tür inşaat sözleşmelerinde işin tamamını veya bir kısmının gerçekleştirilmesini başka alt yüklenicilere bırakması olağan karşılarken, kendisini işin dışında bırakarak, eserin tamamını başka bir alt yükleniciye devretmesi –aksi taraflarca kararlaştırılmadığı sürece- mümkün değildir.

Eğer yüklenici inşaat sözleşmesinde eserin meydana getirilmesinin tamamını üstlenmemişse, işi alt yüklenicilere bırakması kural olarak kabul edilmez⁷¹. Bu halde yüklenici, ancak kendi denetimi altında çalışan yardımcı kişilere yaptırabilir. Örneğin bir binanın sadece elektrik tesisatını gerçekleştirmeyi üstlenen yüklenicinin, bu işi alt yükleniciye devretmesi uygun olmaz. Zira söz konusu yüklenici iş sahibi tarafından bu iş için kişisel özelliği ve uzmanlığı nedeniyle seçilmiştir. Dolayısıyla yüklenicinin işin tamamını üstlenmediği hallerde işi alt yüklenicilere bırakma yetkisinin bulunmadığı karine kabul edilmelidir⁷². Ancak eser sözleşmesinin taraflarının aksini kararlaştırabileceklerini tekrarlamak gerekir.

Asıl yüklenici ile alt yüklenici arasında da bir eser sözleşmesi mevcuttur⁷³. Alt yüklenicinin, asıl yüklenicinin bağımlı ifa yardımcısı olup olamayacağı, başka bir ifadeyle onun denetimi ve gözetimi altında çalışıp çalışmayacağı ise tartışmalıdır⁷⁴.

⁶⁶ Bu konuda bkz. GAUCH, N.614; KURT, s.59 vd. Ayrıca bkz. SELİÇİ, Özer: İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1978, s.21 vd.

⁶⁷ “Yasanın adı geçen 371/1. maddesinde yüklenicinin kişisel yetenekleri söz konusudur. Sosyal ve Ekonomik hayatın normal akışına göre, apartman yapımı kişisel yetenek isteyen bir şey olmakla esere sözleşmesinde esas tutulacak kişisel nitelikler arasında yüklenicinin özel mesleki bilgisi kuvvetle güven vermesi, özel krediye layık olması tecrübesi, denemiş olması ve ünü gibi kişisel ve mal varlığına ilişkin özellikler sayılabilir. Bu özellikler göz önünde tutularak eser sözleşmesinin yapılmış olması doğal olmakla yasanın 371. maddesi emrettiği buyurucu- nitelikte bir hükümdür”. Yarg. 15. HD. T. 7.7.1975, E. 1975/3149, K. 1975/3436 (Kazancı İçtihat Bankası). Karar hakkında bkz. KURT, s.60. Kararın eleştirisi hakkında bkz. ÖZ, 162-163. İsviçre Federal Mahkemesi inşaat sözleşmelerinde eserin yüklenici tarafından kural olarak şahsen ifa edilmesi (olaydı kendi yönetimi altında) gerektiğine ve işi alt yükleniciye bırakamayacağına karar vermiştir. BGE 103 II 52, S.55 (www.bger.ch). Kararın eleştirisi hakkında bkz. GAUCH, N.625. Karş. KOLLER, Art. 364, N.50. Anılan son yazar İsviçre Federal Mahkemesi kararını haklı bulmaktadır. Zira yazara göre yüklenicinin caiz olmayan nitelikte alt yükleniciye işi bıraktığı hallerde yüklenicinin işin niteliği gereği alt yükleniciye işin devredilebilmesi kuralına dayanamaması gerekir.

⁶⁸ “Taraflar arasındaki uyumsuzluk inşaat sözleşmesinden kaynaklanmaktadır... Sözleşmede, inşaatın bizzat davacı tarafından yapılacağı taraflarca kararlaştırılmış değildir. Davacı kendi sorumluluğu altında inşaatın bir bölümünü üçüncü kişilere de yaptırabilir. Bu işte davacının şahsi mahareti sonuca etkili görülmemiştir (BK. m. 36)”. Yarg. 15. HD. T. 10.12.1990, E. 1990/2197, K. 1990/5383 (Kazancı İçtihat Bankası). “Oysa somut olayda yüklenici normal bir apartman inşaatı işini yüklenmiş olup bu işin yerine getirilmesi özel veya üstün bir beceriyi gerektirmediğinden, ölümü, sözleşmenin sona ermesini gerektirmez”. HGK, T. 1.11.1995, E. 1995/15-652, K. 1995/900, Yarg. 15. HD., T. 22.4.1993, E. 1993/1866, K. 1993/1907 (Kazancı İçtihat Bankası).

⁶⁹ GAUTSCHI, Art. 364, N.18b; GAUCH, N.625-626; TANDOĞAN, s.79-80; ERMAN, s.44; KURT, s.60.

⁷⁰ TANDOĞAN, s.80; ERMAN, s.44; KURT, s.60. Genel yüklenicilik veya tam yüklenicilik sözleşmesinde yüklenicinin işlerin tamamını tek bir genel yükleniciye devretmesi halinde bu kuralın fazla esnetilmiş olacağı ve yüklenicinin buna yetkisinin bulunup bulunmadığının her somut olaya göre değerlendirilmesi gerektiği yönünde bkz. GAUCH, N.626.

⁷¹ GAUTSCHI, Art. 364, N.18c; TANDOĞAN, s.80; KURT, s.60.

⁷² TANDOĞAN, s.80.

⁷³ GAUTSCHI, Art. 364, N.19b; TANDOĞAN, s.82; ARAL/AYRANCI, s.373; ZEVLİLER/GÖKYAYLA, s.540; EREN, n.2085; YAVUZ, s.980; ERMAN, s.45; AKKANAT, s.69; GÜMÜŞ, s.14.

⁷⁴ Alt yüklenicinin bağımsız ifa yardımcısı olarak çalışması gerektiği yönündeki görüş için bkz. GAUTSCHI, Art. 364, N.11a vd.; ZEVLİLER/GÖKYAYLA, s.540; EREN, n.2082; ARAL/AYRANCI, s.372-373; KILIÇOĞLU, s.195; GÜMÜŞ, s.12. Ayrıca bkz. Yarg. 4. HD, T. 15.09.1980, E. 1980/8100, K. 1980/9498. Alt yüklenicinin genel itibariyle bağımsız ifa yardımcısı niteliğinde olduğunu, ancak tam bağımsız hareket etme zorunluluğunun bulunmadığını ve işin niteliği gereğince ya da tarafların anlaşmasıyla alt yüklenicinin asıl yüklenicinin yönetimi altında çalışabileceğini kabul eden görüş için bkz. GAUCH, N.177, 620 vd.; ZINDEL/PULVER, Art. 364, N.31; TANDOĞAN, s.77-78; ERMAN, s.45-46.

Tandoğan, alt yüklenicinin bağımlı veya bağımsız ifa yardımcısı olabilmesi yönündeki görüşlerin farklarını şu şekilde açıklamaktadır: Alt yüklenicinin eğer bağımsız ifa yardımcısı olması gerektiği kabul edilirse, asıl yüklenicinin işin bir kısmını veya tamamını devretmesi bakımından alt yüklenicinin alanında –asıl yükleniciye nazaran- uzman bir kimse olması beklenir⁷⁵. Oysa alt yüklenici bağımlı ifa yardımcısı niteliğinde olabilirse, alt yüklenicinin gerçekleştireceği iş çerçevesinde, alanında uzman kişi olması beklenmez. Dolayısıyla alt yüklenicinin bağımsız ifa yardımcısı olarak kabul edildiği halde asıl yüklenici alanında uzman kimseyi seçmemişse, gerekli özeni göstermemiş olur. Bağımsız ifa yardımcısı niteliğindeki alt yüklenici üzerinde asıl yüklenicinin denetim, gözetim yetkisi de kural olarak bulunmaz⁷⁶. Bununla birlikte asıl yüklenici ile bağımlı ifa yardımcısı arasında genellikle hizmet sözleşmesi mevcut olur⁷⁷. Oysa asıl yüklenici ile alt yüklenici arasında bir eser sözleşmesinin var olduğu kabul edilir.

Belirtmek gerekir ki, hangi görüş kabul edilirse edilsin, genel itibariyle alt yüklenicinin borcun ifası hususunda asıl yüklenicinin TBK 116’ya göre ifa yardımcısı niteliğinde olduğu kabul edilir⁷⁸. Aynı şekilde asıl yüklenici, alt yüklenicinin çalıştırdığı kişilerin veya başvurduğu ikinci derecedeki alt yüklenicilerin gerçekleştirdiği fiillerden de iş sahibine karşı TBK 116 uyarınca sorumludur⁷⁹.

Alt yüklenicilik sözleşmesi çerçevesinde iş sahibi de alt yüklenici ile asıl yüklenici arasındaki sözleşmenin kural olarak tarafı değildir. Ayrıca eğer asıl yüklenici ve iş sahibi arasındaki sözleşmede, borcun ifasının kısmen veya tamamen alt yükleniciye devri iş sahibinin rızasına bağlanmışsa, ancak bu rıza sonucunda ifanın alt yükleniciye devrinin mümkün olabileceğini tekrarlamak gerekir. Bu çerçevede asıl yüklenicinin işin tamamını veya bir kısmını alt yükleniciye bırakmasına yönelik yetkisi sözleşmede açıkça kararlaştırılabileceği gibi sözleşmede iş sahibinin rızasına da tabi tutulmuş olabilir⁸⁰.

2. Asıl yüklenici ve Alt Yüklenici Arasındaki İlişki

Alt yüklenicilik sözleşmesinin de bir eser sözleşmesi olduğunu ve asıl yüklenicinin alt yüklenici ile kendi adı ve hesabına sözleşme gerçekleştirdiğini tekrarlamak gerekir. Bu sözleşme asıl yüklenici ile iş sahibi arasında yapılan eser sözleşmesinden bağımsızdır⁸¹. Asıl yüklenici ve alt yüklenici arasındaki eser sözleşmesi, yüklenici ve iş sahibi arasındaki asıl eser sözleşmesinden bağımsız olsa da, bu sözleşmenin konusu, kapsamı ve yükümleri asıl eser sözleşmesine göre belirlenir⁸². Ayrıca asıl eser sözleşmesi ile alt yüklenicilik sözleşmesi arasında, taraflar birbirine bağlı kayıtlar kararlaştırabilirler⁸³.

Asıl yüklenici borcun ifasını kısmen veya tamamen alt yükleniciye devrettiği hallerde alt yükleniciyi seçerken gerekli özeni göstermek zorundadır. Alt yüklenici ise eser sözleşmesinde kararlaştırılan eseri sözleşmeye uygun şekilde yerine getirmekle ve asıl yükleniciye teslim

⁷⁵ TANDOĞAN, s.77. Ayrıca bkz. EREN, n.2082.

⁷⁶ TANDOĞAN, s.77. Ayrıca bkz. EREN, n.2082.

⁷⁷ TANDOĞAN, s.77.

⁷⁸ BÜHLER, Art. 364, N.52; GAUCH, N.177; TANDOĞAN, s.94; ARAL/AYRANCI, s.372-373; YAVUZ, s.981; GÜMÜŞ, s.12; KURT, s.61. Alt yüklenicinin, alt yüklenicilik sözleşmesi ile asıl yüklenicinin yerine geçtiği yönünde bkz. KILIÇOĞLU, s.195; AVCI, s.314. Ancak bu görüş de alt yüklenicinin ifa yardımcısı olduğunu kabul etmemesine rağmen, alt yüklenicinin eylemlerinden dolayı asıl yüklenicinin iş sahibine karşı olan sorumluluğunun TBK 506 vd. hükümlerine değil, TBK 116 hükmüne dayanacağını belirtmektedir. KILIÇOĞLU, s.198. Karş. YAVUZ, s.981 vd.

⁷⁹ GAUCH, N.177; TANDOĞAN, s.93; YAVUZ, s.982; GÜMÜŞ, s.12; KURT, s. 61-62.

⁸⁰ 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu’nun 66. maddesi, Kamu İhale Kanunu’nun 15. maddesi, Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesi’nin 18 V ve 46. maddeleri ile Kamu İhale Sözleşmeleri’nin 16. maddesi uyarınca alt yüklenicilik sözleşmesinin kurulması kural olarak iş sahibinin iznine bağlanmıştır.

⁸¹ BÜHLER, Art. 364, N.52; GAUCH, N.146; TANDOĞAN, s.83; EREN, n.2085; ARAL/AYRANCI, s.373; GÜMÜŞ, s.14.

⁸² GAUCH, N.146; TANDOĞAN, s.83; ARAL/AYRANCI, s.373; GÜMÜŞ, s.14; AVCI, s.315.

⁸³ GAUCH, N.146; EREN, n.2082. Tarafların sözleşmede alt yüklenicinin ediminin kapsamının veya niteliklerinin asıl eser sözleşmesine göre belirleneceğini açıkça veya örtülü olarak kararlaştırabilecekleri; ancak tereddüt halinde iki sözleşme arasında bağlantının mevcut olmadığının kabul edilmesi gerektiği yönünde bkz. TANDOĞAN, s.83. Ayrıca bkz. GAUCH, N.146 vd. Asıl eser sözleşmesine alt yüklenicilik sözleşmesinin içeriğine yönelik koyulan kayıtlar ise sözleşmelerin nispiyeti ilkesi gereğince bağlayıcı nitelikte sayılmaz. AKKANAT, s.190. Tarafların alt yüklenicilik sözleşmesinde iş sahibi tarafından asıl yükleniciye yapılacak ödemenin, alt yüklenicinin bedel alacağını ifa edilmesine, “muacceliyet tarihi” veya “erteleyici şart” olarak bağlanabileceği yönünde bkz. TANDOĞAN, s.83-84; GÜMÜŞ, s.14.

etmekle yükümlüdür⁸⁴. Bu nedenle alt yüklenici üstlendiği edimi iş sahibine değil, asıl yükleniciye ifa eder ve alt yüklenici sözleşmeye aykırı davrandığında asıl yükleniciye karşı sorumlu olur. Bu halde alt yüklenicinin sözleşmeye aykırı davranması sonucunda, asıl yüklenicinin iş sahibine borcunu ifa edemeyerek sorumluluğu oluşursa, asıl yüklenici zararının karşılanması alt yükleniciden talep edebilir⁸⁵. Ayrıca alt yüklenicinin, meydana getirdiği eserdeki ayıp sebebiyle de –ayıptan doğan sorumluluk çerçevesinde- asıl yükleniciye karşı sorumluğu bulunur⁸⁶.

3. İş Sahibi ile Alt Yüklenici Arasındaki İlişki

Alt yüklenicilik sözleşmesi, asıl yüklenici ile alt yüklenici arasında akdedildiğinden kural olarak iş sahibinin alt yüklenici ile arasında bir sözleşme ilişkisi bulunmamaktadır⁸⁷. Bu nedenle iş sahibinin alt yükleniciye karşı eserin meydana getirilip, kendisine teslimine ilişkin bir talep hakkı veya onun üzerinde yönetim ve denetim yetkisi mevcut değildir. İş sahibinin kural olarak alt yükleniciden koşulları mevcutsa sadece haksız fiil hükümlerine göre (TBK 49 vd.) bir talep hakkı olabilir⁸⁸. Genel kural iş sahibinin alt yükleniciye karşı herhangi bir talep hakkı bulunmaması olsa da, bazı hallerde bu kuralın da istisnaları mevcuttur. Bunlardan ilki; asıl yüklenici ile alt yüklenici arasındaki sözleşmenin, iş sahibi lehine yapılmış gerçek (tam) üçüncü kişi yararına sözleşme niteliğinde olması (TBK 129 II) halinde ortaya çıkar⁸⁹. Bu halde iş sahibinin alt yükleniciye gerçek üçüncü kişi yararına sözleşme hükümlerinden kaynaklanan talepleri (taahhüt edilen edimin yerine getirilmesi) mevcut olur. Bir diğer istisnai hal; alt yüklenicinin sözleşme ile iş sahibine karşı kendisine verilen işleri tam olarak ve zamanında yapacağına ilişkin –açık veya örtülü- taahhütte bulunmasıdır⁹⁰. Alt yükleniciyle iş sahibinin arasında böyle bir sözleşmenin bulunduğu hallerde –örneğin yapılan sözleşmede alt yüklenicinin eseri ayıpsız teslim edeceğine ilişkin taahhüdü bulunmaktaysa-, iş sahibi aralarındaki sözleşmeye dayanarak alt yükleniciden talepte bulunabilir.

Bu doğrultuda alt yüklenici de iş sahibinden kural olarak bedeli talep edemez. Ancak bu kuralın çeşitli istisnaları mevcuttur. Asıl iş sahibi alt yükleniciye, asıl yüklenicinin borcuna karşılık müteselsil borçlu ya da kefil olarak bedel ödeme taahhüdünde bulunmuş veya garanti vermiş ise asıl iş sahibinin alt yükleniciye bedel ödeme borcunun doğduğu kabul edilir⁹¹. Ayrıca TMK 893 I, b. 3 uyarınca, alt yüklenici iş sahibinin taşınmazı üzerinde bir eser yapımı için malzeme vererek veya vermeyerek emek sarf etmişse asıl yükleniciden olan bedel alacağı için bu taşınmaz üzerinde kanuni ipotek hakkının tescilini talep edebilir⁹². Bu hakkın kullanılması için iş sahibi ile alt yüklenici arasında sözleşme ilişkisinin varlığı aranmamakla birlikte, alt yüklenicinin alt yüklenicilik sözleşmesinden kaynaklanan borcunu sözleşmeye uygun olarak yerine getirmesi yeterlidir⁹³. Alt yüklenicinin bu hakkının, asıl yüklenicinin eserin yapımını caiz olmayan nitelikte

⁸⁴ EREN, n.2086; ARAL/AYRANCI, s.373.

⁸⁵ TANDOĞAN, s.84; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s.541.

⁸⁶ GAUCH, N.145; TANDOĞAN, s.82.

⁸⁷ BÜHLER, Art. 364, N.67; GAUCH, N.162 vd.; ZINDEL/PULVER, Art. 363, N.32; TANDOĞAN, s.84; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s.541; EREN, n.2087; ARAL/AYRANCI, s.373; GÜMÜŞ, s.15; AVCI, s.315. “...davacı alt taşeron ile davalı taşeron K... A.Ş. arasında düzenlenmiş tarihsiz sözleşme bulunmasına rağmen davacı alt taşeron ile iş sahibi arasında herhangi bir yazılı sözleşme bulunmadığı gibi davacı ile davalı iş sahibi arasında akdi ilişki kurulduğu davacı tarafından ispatlanamamıştır”. Yarg. 15. HD., T. 10.9.2019, E. 2018/3520, K. 2019/3407 (Kazancı İçtihat Bankası).

⁸⁸ GAUCH, N.171; TANDOĞAN, s.85; EREN, n.2087; ARAL/AYRANCI, s.373; YAVUZ, s.982; AVCI, s.316.

⁸⁹ GAUCH, N.173 vd.; HÜRLIMANN/SIEGENTHALER, Art. 363, N.6; EREN, n.2087; ARAL/AYRANCI, s.374. Uygulamada bu tür bir ilişkinin gerçekleşme oranının oldukça düşük olduğu yönünde bkz. YAVUZ, s.982. Andığımız son yazar ayrıca vekâlet sözleşmesine ilişkin TBK 507 III’ ün kıyasen eser sözleşmesine uygulanarak, iş sahibi tarafından asıl yükleniciye karşı sahip olunan hakların alt yükleniciye de yöneltilebileceğini kabul etmektedir. YAVUZ, s.982-983. Karş. GAUCH, N.166; TANDOĞAN, s.85 vd.

⁹⁰ GAUCH, N.164 vd.; TANDOĞAN, s.85; HÜRLIMANN/SIEGENTHALER, Art. 363, N.6; ARAL/AYRANCI, s.374; EREN, n.2087; YAVUZ, s.982.

⁹¹ GAUCH, N.174; TANDOĞAN, s.88; ARAL/AYRANCI, s.374.

⁹² TANDOĞAN, s.88; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s.540; YAVUZ, s.983; AKKANAT, s.282 vd. Ancak iş sahibinin kamu tüzel kişisi olması ve taşınmazın da kamu malı sayılması halinde kanuni ipotek hakkı kullanılamaz. EREN, n.2090. Bu konuda İsviçre Federal Mahkemesi de iş sahibinin kamu tüzel kişisi olduğu ve eserin de kamu malı sayıldığı hallerde alt yüklenicinin –veya yüklenicinin- kanuni ipotek hakkının tescilinin istenemeyeceği yönünde karar vermiştir. BGE 108 II 305 (www.bger.ch). Ayrıca alt yüklenicinin ücreti, iş sahibinin zararına olacak nitelikte kasten yüksek tuttuğu hallerin hakkın kötüye kullanımı teşkil edeceği yönünde bkz. TANDOĞAN, s.89.

⁹³ AVCI, s.316.

alt yüklenicilere bıraktığı hallerde de mevcut olduğunu tekrarlamak gerekir.

4. Asıl Yüklenici ile İş Sahibi Arasındaki İlişki

a. Genel Olarak

Asıl yüklenici TBK 471 III uyarınca eseri meydana getirme işini alt yükleniciye bıraktığı hallerde, şahsen ifa borcundan kurtulur. Ancak daha önce de açıklandığı üzere asıl yüklenicinin, alt yüklenicinin eylemlerinden dolayı iş sahibine sorumluluğu mevcut olur. Kural olarak iş sahibi alt yüklenicilik sözleşmesinin bir tarafı haline gelmez ve iş sahibinin asıl yüklenici ile gerçekleştirmiş olduğu eser sözleşmesinden doğan borcunu asıl yükleniciye ifa etmesine yönelik yükümlülüğü devam eder. Bununla birlikte alt yükleniciye yaptırılmış olan işler için asıl yüklenici, iş sahibinden ücret de talep edebilir⁹⁴. Böyle bir durumda iş sahibi doğrudan alt yükleniciye de ödeme yapabilir. İş sahibinin alt yükleniciye yaptığı bu ödeme ise –aksi kararlaştırılmadıkça- asıl yüklenicinin bedel alacağını etkilemez⁹⁵. Ancak iş sahibinin doğrudan alt yükleniciye ödeme yapması halinde, asıl yüklenici –alt yükleniciye karşı- bu ödeme tutarında kendi –bedel ödeme- borcundan kurtulur⁹⁶.

Alt yüklenicinin, asıl yüklenici ile arasındaki sözleşmeden kaynaklanan bedel alacağına yönelik TMK 893 I, b.3 hükmü uyarınca kanuni ipotek hakkını kullanmasının mümkün olduğunu belirtmiştik. Alt yüklenicinin bu hakkını kullanması halinde iş sahibi taşınmazını kanuni ipotekten kurtarmak amacıyla ödemede bulunmuşsa, onun alacağına kanunen halef olur (TBK 127 I, b.1, TMK 884 II)⁹⁷. Böylece iş sahibi, asıl yükleniciden bu alacağa yönelik talepte bulunabilir ya da bu bedel asıl yüklenicinin iş sahibinden olan alacağı ile takas edebilir. Ayrıca alt yüklenicinin bedel alacağından asıl yüklenici ile müteselsil sorumlu olmayı kabul eden iş sahibinin, TBK 167 vd. hükümleri uyarınca asıl yükleniciye rücu hakkı mevcut olur⁹⁸.

b. Asıl Yüklenicinin İş sahibine Karşı Alt Yüklenicinin Fiillerinden Dolayı Sorumluluğu

Asıl yüklenici eserin yapımı için alt yüklenici ile anlaşmasının mümkün olduğu hallerde iş sahibine karşı, ifa yardımcısı niteliğinde olan alt yüklenicinin eylemlerinden dolayı TBK 116 hükmüne (yardımcı kişinin fiilinden sorumluluk) göre sorumlu olur⁹⁹. Aynı şekilde asıl yüklenici, ikinci derecede alt yüklenicilerin eylemlerinden de TBK 116 uyarınca sorumlu kabul edilir¹⁰⁰.

Asıl yüklenicinin, alt yüklenici ile anlaşmasının caiz olduğu hallerde, alt yükleniciyi seçmekte ve ona talimat vermekte kusuru varsa bundan dolayı iş sahibine karşı sorumlu olur¹⁰¹. Ancak asıl yüklenicinin bu halde, alt yükleniciyi iyi seçtiğine ve ona iyi talimat verdiğine ilişkin kurtuluş kanıtı getirmek suretiyle sorumluluktan kurtulup kurtulamayacağı hususu tartışmalıdır. Bir görüş uyarınca; asıl yüklenicinin alt yükleniciyle anlaşmasının caiz olduğu hallerde, alt yüklenicinin iş sahibine verdiği zarardan, asıl yüklenici TBK 507 II hükmünün kıyasen uygulanması suretiyle sorumluluktan kurtulabilir¹⁰². Buna göre asıl yüklenici, alt yükleniciyi seçerken ve ona talimat verirken gerekli özeni gösterdiğini ispatlarsa, sorumluluğu bulunmaz. Eğer asıl yüklenici bunu ispatlayamaz ise TBK 116 uyarınca sorumluluğu devam eder. Bizim de katıldığımız diğer görüş ise vekâlet sözleşmesine ilişkin TBK 507 II hükmünün özel nitelikte bir hüküm olduğu gerekçesiyle eser sözleşmesine uygulanamayacağını ve asıl yüklenicinin alt yükleniciyi iyi seçtiğini ve ona iyi talimat verdiğini ispatlaması ile sorumluluktan kurtulamayacağını kabul etmektedir¹⁰³. Zira alt yüklenici bağımsız da olsa, asıl yüklenicinin ifa yardımcısı niteliğindedir¹⁰⁴. Bu nedenle asıl yüklenici, alt yükleniciyi seçerken ve ona talimat verirken gerekli özeni gösterdiği gerekçesiyle sorumluluktan kurtulamaz. Asıl yüklenici, ancak alt yüklenicinin yerinde kendisi olsaydı, aynı davranış borç ilişkisine aykırı düşmeyecek ve

⁹⁴ GAUCH, N.179; TANDOĞAN, s.94.

⁹⁵ GAUCH, N.179; TANDOĞAN, s.94.

⁹⁶ GAUCH, N.180; TANDOĞAN, s.94; YAVUZ, s.981. Yazarlar bu halde ayrıca, iş sahibinin somut olaya göre TBK 529 I veya TBK 530 hükümlerine dayanarak asıl yüklenicinin bu ödeme oranında zenginleştiği tutarı kendisinden talep edebileceğini belirtirler.

⁹⁷ GAUCH, 180a; TANDOĞAN, s.95; AKKANAT, s.188; AVCI, s.319.

⁹⁸ TANDOĞAN, s.95; YAVUZ, s.981; AKKANAT, s.188; AVCI, s.319.

⁹⁹ BÜHLER, Art. 364, N.67; GAUCH, N.177; GAUTSCHI, Art. 364, N.21a vd.; ZINDEL/PULVER, Art. 363, N.31; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s.541; ARAL/AYRANCI, s.374; EREN, n.2091; ERMAN, s.49; AVCI, s.317.

¹⁰⁰ GAUCH, N.177; TANDOĞAN, s.93.

¹⁰¹ TANDOĞAN, s.93; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s.541; YAVUZ, s.982; KILIÇOĞLU, s.198.

¹⁰² YAVUZ, s.982; KERMAN, s.284 vd.

¹⁰³ TANDOĞAN, s.93-94; EREN, n.2092; KILIÇOĞLU, s.198; AKKANAT, s.155 vd.; GÜMÜŞ, s.13; AVCI, s.317.

¹⁰⁴ Bkz. yukarıda III/C/1.

kendisini sorumlu kılmayacak idiyse ve bu durumu ispatlamak suretiyle sorumluluktan kurtulabilir¹⁰⁵.

Eğer asıl yüklenicinin alt yükleniciye borcun ifasını devir yetkisi bulunmaksızın alt yüklenicilik sözleşmesi yapılmış ve alt yüklenicinin eyleminden dolayı zarar meydana gelmişse, asıl yüklenicinin iş sahibine karşı sorumluluğu hususunda hakim görüş uyarınca TBK 112 ve TBK 116 hükümlerinin yarıştığını tekrarlamak gerekir¹⁰⁶. Buna göre TBK 116 sadece borcun ifasının alt yükleniciye devrinin caiz olduğu hallerde değil caiz olmadığı hallerde de uygulanır. Ayrıca bu halde asıl yüklenici sözleşmeyi TBK 112 uyarınca ihlal etmiştir¹⁰⁷. Asıl yüklenicinin alt yükleniciye yetkisi bulunmaksızın borcun ifasını devretmesi halinde iş sahibinin, yetkisiz kullanılan alt yüklenicinin işten uzaklaştırılması yönünde talepte bulunması mümkündür¹⁰⁸. Eğer asıl yüklenici buna rağmen alt yüklenicinin çalışmaya devam etmesine izin verirse, iş sahibi zararının karşılanmasını asıl yükleniciden talep edebilir¹⁰⁹. Doktrinde ayrıca TBK 473 II hükmünün kıyasen uygulanarak, iş sahibinin eseri bir üçüncü kişiye yaptırabileceği kabul edilir¹¹⁰. Eğer asıl yükleniciye alt yükleniciyi iş sahibi tavsiye etmişse ve asıl yüklenici alt yüklenicinin yetersizliği hususunda iş sahibini uyarılmışsa; ancak iş sahibi yine de işin söz konusu alt yükleniciye verilmesinde ısrar etmişse, asıl yüklenicinin ayıptan doğan sorumluluktan kurtulması mümkündür¹¹¹.

IV. SONUÇ

Eser meydana getirme borcuna ilişkin TBK 471 III uyarınca yüklenicinin borcunu kural olarak şahsen ifa etmesi veya kendi yönetimi altında yaptırması gerekir. Ancak bu hüküm emredici nitelikte olmadığından taraflar aksini kararlaştırabilir. Bununla birlikte TBK 471 III, c. 2 uyarınca yüklenicinin kişisel özellikleri eserin meydana getirilmesinde önem arz etmiyorsa, yüklenici bu borcun ifasını alt yüklenicilere devredebilir. Bu koşullar bulunmamasına rağmen yüklenici eseri doğrudan kendisi meydana getirmemiş veya yetkisi olmadan alt yükleniciye devretmişse, sözleşmeyi ihlal etmiş sayılır ve TBK 112 uyarınca sorumluluğu doğar. Bununla birlikte iş sahibi, caiz olmayan nitelikte kullanılan ifa yardımcılarının eyleminden zarar görürse, yüklenicinin hakim görüşe göre TBK 116 uyarınca sorumluluğu bulunur. Bu halde TBK 112 ve 116 hükümleri yarıştığı kabul edilir. Ayrıca böyle bir durumda iş sahibi, alt yüklenicinin işten uzaklaştırılmasını isteyebilir.

Yüklenicinin eserin meydana getirilmesine yönelik borcunu alt yüklenicilere devretmeye yetkili olduğu hallerde, alt yüklenicinin iş sahibine verdiği zarardan yine TBK 116 uyarınca sorumludur. Yüklenici bu sorumluluktan; ancak alt yüklenicinin yerinde kendisi olsaydı, aynı davranış borç ilişkisine aykırı düşmeyecek ve kendisini sorumlu kılmayacak idiyse ve bu durumu ispatlamak suretiyle sorumluluktan kurtulabilir.

¹⁰⁵ TANDOĞAN, s.94; EREN, n.2092; ERMAN, s.49. Bu konuda geniş bilgi için bkz. OĞUZMAN, M. Kemal/ÖZ, Turgut, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C. II, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2013, s.427 vd.; EREN, Fikret: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 24. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2019, n.3348 vd.; NOMER, n.180 vd.

¹⁰⁶ BÜHLER, Art. 364, N.69; GAUCH, N.177; ZINDEL/PULVER, Art. 364, N.51; TANDOĞAN, s.92; ARAL/AYRANCI, s.374-375; AKKANAT, s.159; GÜMÜŞ, s.13; AVCI, s.318.

¹⁰⁷ Buradaki ihlalin sözleşmenin kurulmasıyla değil, alt yüklenicinin fiilen çalışmasıyla oluştuğu kabul edilir. BÜHLER, Art. 364, N.68; GAUCH, N.639; TANDOĞAN, s.92; ARAL/AYRANCI, s.374. YAVUZ, s.981, dn.126. Asıl yüklenicinin caiz olmayan nitelikte kullandığı alt yüklenicinin eseri sözleşmeye uygun halde meydana getirdiği hallerde iş sahibinin yüklenicinin şahsen ifası hususunda bir özel menfaati bulunmamağaysa yapılan eserin kabul edilmemesi halinde iyi niyet kurallarına aykırılık teşkil edeceğini kabul eden görüş için bkz. AVCI, s.318.

¹⁰⁸ GAUCH, N.640; TANDOĞAN, s.92; HÜRLIMANN/SIEGENTHALER, Art. 364, N.8; ARAL/AYRANCI, s.375; ZEVLİLER/GÖKYAYLA, s.541; GÜMÜŞ, s.13. İsviçre Federal Mahkemesi ise asıl yüklenicinin alt yükleniciye borcun ifasını devretme yetkisinin bulunmamasına rağmen devretmesi halinde, iş sahibinin borçlu temerrüdü hükümleri (TBK 123-125, OR Art. 107-109) uyarınca sözleşmeyi feshedebileceğine karar vermiştir. BGE 103 II 52, S.55 (www.bger.ch). İsviçre Federal Mahkemesi'nin söz konusu kararı hakkında eleştiriler için bkz. GAUCH, N. 640-640a; ZINDEL/PULVER, Art. 364, N. 52. İsviçre hukukunda hakim görüş, bu halde borçlu temerrüdü hükümlerine başvurulamayacağı yönündedir. Bu görüşü savunan yazarlar hakkında bilgi için bkz. KOLLER, Art. 364, N.68. Ancak andığımız son yazar borçlu temerrüdü hükümleri uyarınca iş sahibinin sözleşmeden dönme hakkının bulunduğunu kabul etmektedir. İş sahibinin, şahsen ifa borcuna aykırılık halinde borçlu temerrüdüne dayanarak yüklenici ile arasındaki eser sözleşmesinden dönemeyeceği; fakat TBK 473 II uyarınca iş sahibinin işi başkasına yaptırabileceği ve TBK 473 I uyarınca dönme hakkını kullanabileceği yönünde bkz. GÜMÜŞ, s.14.

¹⁰⁹ TANDOĞAN, s.92.

¹¹⁰ BÜHLER, Art. 364, N.70; GAUCH, N.640; TANDOĞAN, s.92; ZINDEL/PULVER, Art. 364, N.52; GÜMÜŞ, s.13.

¹¹¹ TANDOĞAN, s.94.

KAYNAKÇA

- AKKANAT, Halil: Taşeronluk (Alt Müteahhitlik Sözleşmesi), Filiz Kitabevi, İstanbul 2000.
- ARAL, Fahrettin/AYRANCI, Hasan: Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, 12. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2019.
- AVCI, Mehmet Özgür: “Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Şahsen İfa Borcu”, Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan, MÜHFAD., Özel Sayı, 22(3), 2016, s.303- 323.
- AYDOĞDU, Murat/KAHVECİ, Nalan: Türk Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, 4. Baskı, Adalet Yayınevi, İstanbul 2019.
- BAYGIN, Cem: Türk Hukukuna Göre İstisna Sözleşmesinde Ücret Ve Tabi Olduğu Hükümler, Beta Yayınevi, İstanbul 1999.
- BÜHLER, Theodor: Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilrecht, Band V/2d, Der Werkvertrag, Art. 363-379 OR, Zürich 1998.
- EREN, Fikret: Borçlar Hukuku, Özel Hükümler, 7. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2019.
- EREN, Fikret: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 24. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2019.
- ERMAN, Hasan: Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, 3. Baskı, Der Yayınları, İstanbul 2010.
- GAUCH, Peter: Der Werkvertrag, 6. Auflage, Zürich- Basel- Genf 2019.
- GAUTSCHI, Georg: Berner Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band/Nr. VI /2 /3, Der Werkvertrag, Art. 363-379 OR, Stämpfli Verlag AG 1967.
- GÖNEN, Doruk: İnşaat Sözleşmesinde Bedel, On İki Levha Yayınevi, İstanbul 2016.
- GÜMÜŞ, Alper: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Cilt II, İstanbul 2012.
- HUBER, Felix/SCHWENDENER, Niklaus: Orell Füssli Kommentar zum Schweizerisches Obligationenrecht, 3. Auflage, Orell Füssli Verlag AG 2016.
- HÜRLIMANN, Roland/SIEGENTHALER, Thomas: CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Vertragsverhältnisse Teil 2: Arbeitsvertrag, Werkvertrag, Auftrag, GoA, Bürgschaft, 3. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG.
- KERMAN, Evrim: Contrat De Sous-Traitance Du Point De Vue Du Droit Turc Et Suisse, 1. Baskı, On iki Levha Yayınları, İstanbul 2018.
- KERMAN, Evrim: “Eser Sözleşmelerinde Şahsen İfa, Şahsi Yönetim Altında İfa ve Eseri Başkasına Yaptırma”, İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl: 3, S.2, Aralık, 2017, s.17-31.
- KILIÇOĞLU, Ahmet, M.: “Müteahhidin Eseri Şahsen Yapma veya Kendi İdaresi Altında Yaptırma Borcu”, AHFD, C.32, 1975, s.185-199.
- KOLLER, Alfred: Berner Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band VI: Das Obligationenrecht, Band/Nr. VI/2/3/1, der Werkvertrag Art. 363-366 OR, Bern 1998.
- KURT, Leyla Müjde: Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunda Temerrüdü, Yetkin Yayınları, Ankara 2012.
- NOMER, Haluk Nami: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 16. Bası, Beta Yayınları, İstanbul 2018.
- OĞUZMAN, M. Kemal/ÖZ, Turgut, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C.II, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2013.
- ÖZ, M. Turgut: İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi, Kazancı Kitap, İstanbul 1989.
- SELİÇİ, Özer: İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1978.
- ŞENOCAK, Zarife, Eser Sözleşmesinde Ayıbın Giderilmesini İsteme Hakkı, Turhan Kitabevi, Ankara 2002.
- TANDOĞAN, Haluk: Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, C.II, 5. Tıpkı Basım, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2010.
- YAVUZ, Cevdet: Türk Borçlar Hukuku, Özel Hükümler, 9. Baskı, 9. Baskıya Hazırlayanlar: Prof. Dr. Cevdet YAVUZ- Doç. Dr. Faruk ACAR- Doç. Dr. Burak ÖZEN, Beta Yayınevi, İstanbul 2014.
- ZEVKLİLER, Aydın/GÖKYAYLA, K. Emre: Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, Turhan Kitabevi, Ankara 2016.
- ZINDEL, Gaudenz/PULVER, Urs: Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 5. Auflage, Basel- Bern-Zürich 2011.

6098 SAYILI TÜRK BORÇLAR KANUNU HÜKÜMLERİNE GÖRE KEFİL İLE REHİN VEREN ÜÇÜNCÜ KİŞİ ARASINDAKİ İLİŞKİ

THE RELATIONSHIP BETWEEN THE GUARANTOR AND THE THIRD PARTY GIVING PLEDGE ACCORDING TO TURKISH CODE OF OBLIGATIONS (NUMBERED 6098)

Yasemin YÜCESOY YILMAZ *  

Makale Bilgi

Gönderilme: 11/11/2019
Kabul: 13/03/2020

Anahtar Kelimeler

*Kefil,
Kefalet Sözleşmesi,
Rehin Veren Üçüncü
Kişi,
Halefiyet,
Rücu Hakkı.*

Article Info

Received: 11/11/2019
Accepted: 13/03/2020

Keywords

*Guarantor,
Bail Contract,
The Third Party Giving
Pledge,
Subrogation,
The Recourse Right.*

Özet

Bir alacağı teminat altına almak için hem kefalet sözleşmesi yapılması, hem de rehin tesis edilmesi mümkündür. Kefaletin mutlaka asıl borçlu dışında üçüncü bir kişi tarafından verilmesi gerekir. Ancak rehin, asıl borçlu tarafından ya da üçüncü bir kişi tarafından verilebilir. Alacaklının kefil ya da rehin veren üçüncü kişi tarafından tatmin edilmesi hâlinde, yapılan ödeme bakımından anılan bu kişilerin (kefil ve rehin veren üçüncü kişi) halefiyete dayalı olarak birbirlerine rücu edip edemeyecekleri, çalışmanın konusunu oluşturmaktadır. Konu ile ilgili 818 sayılı Borçlar Kanunu (BK)'ndan farklı olarak 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu (TBK) m. 596'da özel düzenlemeler yer almaktadır. Anılan hükmün ikinci fıkrasında alacaklıyı tatmin eden kefilin kural olarak, kefalet sözleşmesi kurulmadan önce ya da en geç sözleşmenin kurulması anında borçlu dışında üçüncü kişi tarafından verilen rehin haklarına başvurabileceği düzenlenmiştir. Aynı hükmün dördüncü fıkrasında ise kural olarak, rehin kefaletten sonra verilmesi hâlinde rehin veren üçüncü kişinin kefile başvurabileceği düzenlenmiştir. Bu konuda ayrıca TBK m. 127/f. I, b. 1 ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu m. 884 hükümlerinde de düzenlemeler yer almaktadır. Ancak TBK m. 596 hükmü daha özel bir düzenleme olduğundan, uyumsuzluk ortaya çıktığında öncelikle uygulanmalıdır.

Abstract

In order to secure a receivable, it is possible to conclude a bail agreement and to establish a pledge. Bail must be given by a third party other than the original debtor. However, the pledge may be given by the principal debtor or by a third party. In the event that the creditor is satisfied by the guarantor or the third party giving the pledge, the subject of the study that is mentioned in terms of the payment, the guarantor and the third person giving pledge can be recourse to each other. Unlike the Code of Obligations (Numbered 818) on the subject, the Turkish Code of Obligations (Numbered 6098) article 596 has special provisions. In the second paragraph of the said provision (the Turkish Code of Obligations (Numbered 6098) article 596), as a rule, it is arranged that the guarantor satisfying the creditor may apply to the pledge rights granted by the third party before the establishment of the bail contract or at the latest at the time of the establishment of the contract. In the fourth paragraph of the said provision (the Turkish Code of Obligations (Numbered 6098) article 596), as a rule, it is arranged that the third person who pledges may apply to the guarantor before the establishment of the pledge rights. On this subject arrangements are also made in the Turkish Code of Obligations (Numbered 6098) article 127 and the Turkish Civil Code (Numbered 4721) article 884. But since the Turkish Code of Obligations (Numbered 6098) article 596 is a more specific regulation, it should be applied first when the dispute occurs.

I. GİRİŞ

Bir alacağın hem kefaletle, hem de rehinle teminat altına alınması mümkündür. Kefaletin asıl borçlu dışında üçüncü bir kişi tarafından verilmesi zorunlu olduğu hâlde, rehin asıl borçlu ya da üçüncü bir kişi¹ tarafından verilebilmektedir. Alacaklının kefil veya rehin veren üçüncü kişi tarafından tatmin edilmesi hâlinde, yapılan ödeme bakımından anılan bu kişilerin (kefil ve rehin veren üçüncü kişi) birbirlerinden talepte bulunup bulunamayacakları sorunu ortaya çıkmaktadır. TBK m. 596/f. II hükmü uyarınca alacaklıyı tatmin eden kefil, kefalet sözleşmesi kurulmadan önce ya da en geç sözleşme kurulduğu anda üçüncü kişi tarafından verilen rehin haklarına² başvurabilmektedir. TBK m. 596/f. IV hükmü uyarınca ise alacaklıyı tatmin eden rehin veren üçüncü kişi, rehlin kefaletten sonra verilmesi hâlinde kefile başvurabilmektedir³. Ancak kefil ile alacaklı arasında yapılacak bir anlaşma ile kefilin, kefaletin rehinden önce verilmesi hâlinde dâhi rehin verene başvurabileceği kararlaştırılabileceği gibi, rehin veren üçüncü kişi ile kefil arasında yapılacak bir anlaşma ile de rehin veren üçüncü kişinin, rehlin kefaletten önce veya kefaletle aynı anda kurulması hâlinde kefile başvurabileceği kararlaştırılabilmektedir⁴. Bu konuya ilişkin olarak ayrıca TBK m. 127/f. I, b. 1 hükmünde, başkasının borcu için rehnedilen bir şeyi rehinden kurtaran ve bu şey üzerinde mülkiyet veya başka bir aynî hakkı bulunan üçüncü kişinin, alacaklının haklarına halef olacağı düzenlenmiştir. Yine TMK m. 884 hükmünde, borçtan şahsen sorumlu olmayan rehlinli taşınmaz malikinin, borçluya ait koşullar içinde borcu ödeyerek taşınmazın üzerindeki ipoteğin kaldırılmasını isteyebileceği, ayrıca alacağın da borcu ödeyen malike geçeceği düzenlenmiştir.

Çalışmada öncelikle kefilin rehin veren üçüncü kişiye karşı halefiyete⁵ dayalı rücu hakkı⁶, akabinde rehin veren üçüncü kişinin kefile karşı halefiyete dayalı rücu hakkı incelenecektir. İnceleme yapılırken mülga BK hükümleri ile TBK hükümleri ayrı ayrı tartışılacak, yeri geldiğinde Yargıtay kararlarından da faydalanılacaktır.

II. KEFİLİN REHİN VEREN ÜÇÜNCÜ KİŞİYE KARŞI HALEFİYETE DAYALI RÜCU HAKKI

A. Genel Olarak

Alacaklıyı tatmin eden kefil, ifade bulunduğu ölçüde alacaklının haklarına halef olmakta, ödediği miktarın rücuen kendisine ödenmesini isteyebilmektedir⁷. Kefaletten kaynaklı halefiyet

¹ TMK m. 881/f. II hükmünde açıkça ipoteğe konu olacak taşınmazın, borçlunun mülkiyetinde bulunması gerekmediği düzenlenmiş olmasına rağmen, taşınır rehni bakımından bu yönde açık bir düzenleme yer almamaktadır. Doktrinde ipoteğe ilişkin bu düzenlemenin taşınır rehnine de uygulanması gerektiği belirtilerek, taşınır rehlinin de borçlu dışında üçüncü bir kişi tarafından verilebileceği kabul edilmektedir (Bkz. MAKARACI BAŞAK, Aslı; Taşınır Rehni Sözleşmesi, İstanbul 2014, s. 21).

² Bu bağlamda alacağına bağlı taşınır ve taşınmaz rehinleri (ipotek, ipotekli borç senedi, irat senedi, alacak ve diğer haklar üzerindeki rehin hakları) alacaklıyı tatmin eden kefile halefiyet yoluyla geçecektir. Kiralayana ait hapis hakkı ile bir tür taşınır rehni olan genel hapis hakkı da, kefile geçecek haklar arasında yer almaktadır (Bkz. KOYUNCU, Berk Kenan; Kefilin Halefiyete Dayalı Rücu Hakkı, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2013, s. 74-75).

³ ACAR, Özlem; Türk Borçlar Hukukunda Mütessesil Kefalet Sözleşmesi, İstanbul 2015, s. 358-360.

⁴ ACAR, s. 361.

⁵ Başkasına ait borcu ödeyen bir kimsenin, kanun hükmüne dayalı olarak alacaklının yerine geçmesini ifade etmek için halefiyet kavramı kullanılmaktadır. Halefiyette alacak bir sözleşme ile değil, kanun hükmü gereğince borcu ödeyen kimseye geçmektedir (Bkz. TEKİNAY, Selâhattin Sulhi/AKMAN, Sermet/BURCUOĞLU, Halûk/ALTOP, Atilla; Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, İstanbul 1993, s. 208; EREN, Fikret; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 23. Baskı, Ankara 2018, s. 957; OĞUZMAN, M. Kemal/ÖZ, M. Turgut; Borçlar Hukuku Genel Hükümler C.1, 12. Bası, İstanbul 2014, s. 268-269; ANTALYA, O. Gökhan; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. III, İstanbul 2017, s. 19, 23; KILIÇOĞLU, Ahmet M.; Türk Borçlar Hukukunda Kanunî Halefiyet, Ankara 1979, s. 3 vd.). Burada söz konusu olan halefiyet ile mirasta olduğu gibi bir malvarlığının tüm hak ve borçları ile birlikte intikalini ifade eden küllî halefiyet kavramları birbiri ile karıştırılmamalıdır. Zira bu tür halefiyette küllî halefiyetten farklı olarak, yalnızca bir borç ilişkisindeki alacak hakkı üçüncü kişiye geçmektedir (Bkz. OĞUZMAN/ÖZ, s. 269). Yine buradaki halefiyet, alacaklıyı tatmin eden kefile vekâletsiz iş görmeye veya sebepsiz zenginleşmeye dayanan rücu hakkından daha teminatlı bir durum sağlamaktadır. Zira böyle bir hâlde halefiyete dayanan kefil, vekâletsiz iş görme veya sebepsiz zenginleşme şartlarını ispatla yükümlü değildir (Bkz. OĞUZMAN/ÖZ, s. 273).

⁶ Başkasına ait borcu ödeyen bir kimsenin, kendi malvarlığında oluşan kaybı gidermeye yönelik tazminat niteliğindeki talep hakkına, rücu hakkı denilmektedir (Bkz. KILIÇOĞLU, s. 13; YENİCE, A. Özge; Teminat Sözleşmelerinde Rücu İlişkileri, İstanbul 2009, s. 40).

⁷ ZEVLİLİLER, Aydın/GÖKYAYLA, K. Emre; Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 15. Bası, Ankara 2015, s. 728; YAVUZ, Cevdet/ACAR, Faruk/ÖZEN, Burak; Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), 14. Baskı, İstanbul 2016, s. 816.

ve rücu hakkının doğması, geçerli bir kefalet borcunun bulunmasına⁸, kefilin alacaklıyı tatmin etmesine⁹ ve asıl borçluya ait olup kefil tarafından bilinen veya bilinmesi gereken def'ilerin ileri sürülmüş olmasına¹⁰ bağlıdır. Kefil alacaklıyı borcu ödeyerek tatmin edebileceği gibi, ödeme yerine geçen bir şey vererek ya da takas yoluyla da tatmin edebilmektedir¹¹. Buradaki rücu hakkı kanundan doğmakta olup, bu haktan önceden feragat geçerli değildir. Bununla birlikte kefil, ödemediği sonra rücu hakkından feragat edebilmektedir¹².

Alacaklıyı tatmin eden kefilin onun haklarına halef olmasının bir sonucu olarak, TBK m. 596/f. II uyarınca rehin hakları da belirli şartlarla kefile geçmekte, bu şekilde kefilin asıl borçluya karşı sahip olduğu rücu hakkı güvence altına alınmaktadır¹³. Anılan hükme göre kefalet anında var olan rehin hakları, ister asıl borçlu isterse üçüncü kişi tarafından verilsin, alacaklıyı tatmin eden kefile geçmektedir¹⁴. “Kefalet anında var olan” ifadesi ile kefalet sözleşmesi kurulduğu sırada rehin haklarının aynî hak olarak ortaya çıkmış bulunması ifade edilmektedir. Bu sebeple kefalet anında tek başına rehin kurma borcu doğuran hukukî işlemin meselâ, rehin sözleşmesinin varlığı yeterli değildir. Ayrıca bu borçlandırıcı işlemin ifası niteliğinde tasarruf işleminin de yapılmış olması gerekmektedir. Buna göre kefaletin kurulduğu sırada ipotek tapuya tescil edilmiş¹⁵, rehin konusu taşınır da teslim edilmiş olmalıdır¹⁶. TBK'nın anılan hükmünün, üçüncü kişi tarafından verilen rehin haklarına kefilin halef olabilmesi bakımından bir zaman sınırı öngördüğü anlaşılmaktadır¹⁷. BK'nın yürürlükte olduğu dönemde böyle bir sınırlama bulunmadığından, alacaklıyı tatmin eden kefil, kefalet sözleşmesinin kurulmasından önce ya da sonra kim tarafından verirse verilsin, rehin haklarına halef olabilmektedir¹⁸.

Öte yandan kefalet sözleşmesinin akdedildiği sırada var olan ancak asıl borç için verilmeyip, bir diğer kefilin borcu için verilmiş olan rehin hakları, halefiyetin kapsamına girmemektedir. Elbette alacaklıyı tatmin eden kefilin, kendisiyle birlikte borç altına giren diğer kefile halefiyet çerçevesinde rücu hakkı bulunmaktadır. Ancak bu hak, kefil ile sınırlıdır. Yoksa alacaklıyı tatmin eden kefilin, diğer kefilin kefalet borcunun teminatı olarak verilmiş rehinlere başvuru hakkı bulunmamaktadır¹⁹.

B. Kefaletin Rehinden Önce Verilmesi Hâlinde Rücu Hakkı

Kefaletten sonra verilen bir rehin hakkının halefiyet yoluyla kefile geçmesi, asıl borçlu tarafından özel olarak kefalet konusu borç için verilmesine ve bu borç ile ilişkilendirilmesine

⁸ ÖZTÜRK, İdil Zeynep; Kişisel Teminat Sözleşmelerinde Rücu İlişkileri, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2012, s. 84; EREN, Fikret; Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 5. Baskı, Ankara 2017, s. 789; ELÇİN GRASSINGER, Gülçin; “Kefalet Sözleşmesinde Kefil İle Asıl Borçlu Arasındaki Hukuki İlişki”, İÜHM., C. LV (1996), s. 400; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 817; KOYUNCU, s. 38; Geçerli bir kefalet borcunun bulunması, öncelikle geçerli bir asıl borcun bulunmasına bağlıdır. TBK m. 582/f. I hükmünde kefalet sözleşmesinin, mevcut ve geçerli bir borç için yapılabileceği açıkça düzenlenmiştir (Bkz. KOYUNCU, s. 38).

⁹ EREN, Özel Hükümler, s. 789; KOYUNCU, s. 49; ÖZTÜRK, s. 86; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 817; ELÇİN GRASSINGER, Hukuki İlişki, s. 400.

¹⁰ ELÇİN GRASSINGER, Gülçin; Borçlar Kanunu'na Göre Kefilin Alacaklıya Karşı Sahip Olduğu Savunma İmkânları, İstanbul 1996, s. 228-229; EREN, Özel Hükümler, s. 785. Bu husus hakkında bkz. TBK m. 591.

¹¹ REİSOĞLU, Seza; Türk Kefalet Hukuku, Ankara 2013, s. 275; EREN, Özel Hükümler, s. 789; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 817; Kefilin halefiyete dayalı rücu hakkının doğması için alacaklıya kendi malvarlığından bir ödemedi bulunması gerekmektedir. Bu sebeple alacaklının kefilini ibra etmesi hâlinde halefiyet gerçekleşmeyeceğinden, rücu hakkı da doğmaz (Bkz. REİSOĞLU, s. 275).

¹² EREN, Özel Hükümler, s. 789; ÖZEN'e göre kefilin halefiyete dayalı rücu hakkından feragat etme yasağı, kefil ile alacaklı arasındaki ilişkide söz konusu olmaktadır. Başka bir deyişle kefalet sözleşmesi kurulurken kefilin, halefiyetten yararlanamayacağı şeklinde bir kararlaştırma yapılması mümkün değildir. Ancak alacaklının tatmin edilmesinden sonra kefil, halefiyete dayalı rücu hakkından feragat edebilmektedir. Alacaklı ile kefil arasında alacaklı tatmin edilmeden yapılacak bir anlaşma ile kefilin halefiyetten yararlanamayacağının kararlaştırılması mümkün değilse de, borçlu ile kefil arasında yapılacak bir anlaşma ile rücu hakkının kullanılmayacağının kararlaştırılması mümkündür. Böyle bir hâlde bu anlaşma TBK m. 596/f. III hükmü uyarınca kefilin rücu talebine karşı borçlu tarafından def'î olarak ileri sürülebilmektedir (Bkz. ÖZEN, Burak; 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Kefalet Sözleşmesi, 4. Bası, İstanbul 2017, s. 479).

¹³ ELÇİN GRASSINGER, Hukuki İlişki, s. 400; ACAR, s. 336; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 817.

¹⁴ ÖZEN, s. 518; KOYUNCU, s. 71; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 818; REİSOĞLU, s. 267, 281.

¹⁵ İpotek için tescil talebinde bulunulmuş, ama tescil gerçekleşmeden kefalet sözleşmesi yapılmışsa, kanaatimizce bu durumda ipotek hakkı doğmayacağından (Bkz. SİRMEN, A. Lâle; Eşya Hukuku, 3. Bası, Ankara 2015, s. 559) alacaklıyı tatmin eden kefile de geçmeyecektir.

¹⁶ ÖZEN, s. 519.

¹⁷ KOYUNCU, s. 70.

¹⁸ ACAR, s. 337.

¹⁹ ÖZEN, s. 519.

bağlıdır. Rehin hakkının özel olarak kefaletle konu borç için verilmesi, yalnızca bu borç için verilmesi anlamına gelmemektedir. Başka borçlarla birlikte, özel olarak kefaletle konu borç için de rehin verilmesi mümkündür. Bununla birlikte kefaletten sonra başka bir borç için asıl borçlu tarafından verilen rehine, “genel teminat kaydı” konulması sebebiyle başvurulabilse dâhi bu rehin, halefiyet yoluyla kefile geçmemektedir²⁰.

TBK m. 596/f. II hükmü uyarınca kural olarak, kefalet sözleşmesi kurulmadan önce ya da en geç sözleşmenin kurulduğu anda üçüncü kişi tarafından verilen rehin hakları kefile geçmekte, sözleşmenin kurulmasından sonra verilen rehin hakları geçmemektedir. Böyle bir hâlde kefalet sözleşmesinin rehin varlığına güvenilerek yapılmamış olması, anılan düzenlemeyi isabetli kılmaktadır. Ancak bu kural²¹ aksi kararlaştırılmadığı sürece uygulanacağından, kefalet anından sonra üçüncü kişilerce verilen rehin haklarının halefiyet yoluyla kefile geçeceğinin kararlaştırılması mümkündür²². Buna göre kefil ile alacaklı, kefalet sözleşmesi yapıldıktan sonra kurulan bir rehin hakkının kefile geçeceğini kararlaştırmışlarsa alacaklıyı tatmin eden kefil, kefaletten sonra rehin veren üçüncü kişiye başvurabilecektir²³. Bununla birlikte kefil ile rehin veren üçüncü kişinin, kefalet sözleşmesi kurulmadan önce ya da en geç sözleşmenin kurulması anında üçüncü kişi tarafından verilen rehin, halefiyetin kapsamı dışında kalacağını kararlaştırmaları mümkündür²⁴.

Halefiyet gereği rehin haklarının kefile geçişi, kendiliğinden gerçekleşmektedir²⁵. Geçiş için rehin konusu taşınmazın kayıtlı olduğu tapu sicilinde tescil yapılmasına²⁶ veya taşınırın teslimine gerek bulunmamaktadır. Böyle bir hâlde tescil ve teslim, kefilin başvuru haklarını kullanmasını sağlayan şekli işlemler olarak ortaya çıkmaktadır. TBK m. 592/f. III, c. 2 hükmünde öngörülen rehin haklarının kefile devri bakımından tescil, kurucu nitelikte değil, açıklayıcı

²⁰ ÖZEN, s. 519.

²¹ Bununla birlikte ÖZEN ve YAVUZ/ACAR/ÖZEN, halefiyetin yasa gereğince ortaya çıkan kapsamının kefilin aleyhine daraltılmayacağını, zira kefilin halefiyetine ilişkin TBK m. 596/f. II hükmünün nisbi emredici nitelikte olduğunu, bu sebeple kefil lehine değiştirilmesi mümkün ise de, aleyhine değiştirilmesinin söz konusu olamayacağını, halefiyete konu rehin haklarının kapsamını kefil aleyhine daraltan anlaşmaların geçersiz olacağını savunmaktadır (Bkz. ÖZEN, s. 520-521; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 818-819; ACAR, s. 338); İsviçre’deki hâkim görüş de bu yöndedir (Bkz. AYAN, Serkan; Kefalet Sözleşmesinde Kefilin Sorumluluğu, Ankara 2013, s. 608); Yine ÖZEN ve YAVUZ/ACAR/ÖZEN’e göre, kefilin halefiyetten doğan rücu hakkını derhal kullanmasını engelleyen anlaşmalar da geçersizdir. Kısmi ödeme yapan kefilin, borç tamamen ödenmeden rücu hakkını kullanamayacağını kararlaştırılması hâlinde durum böyledir (Bkz. ÖZEN, s. 521; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 819; ACAR, s. 338). AYAN ise kefalet sözleşmesinde kefil lehine her zaman düzenleme yapılabileceğini, TBK m. 596/f. II hükmünün anlam ifade edebilmesi için kefil aleyhine de düzenleme yapılmasının mümkün olduğunu kabul edilmesini gerektiğini, bu kabulün sonucu olarak kefalet anında var olan bir rehin hakkının kefile geçmeyeceğinin kararlaştırıldığı anlaşmaların geçerli olacağını ifade etmektedir. Yine aynı yazara göre kefilin rücu hakkını daraltan böyle bir anlaşma yapılmışsa, alacaklının kefile karşı özen borcu da bu doğrultuda daralacaktır (Bkz. AYAN, s. 608-609).

²² ÖZEN, s. 520; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 818; REİSOĞLU, s. 267; Bununla birlikte AYAN, alacaklı ile kefilin anlaşarak kefaletten sonra üçüncü kişi tarafından verilen bir rehin hakkının kefile halefiyet yoluyla geçeceğini kararlaştırmalarının mümkün olmadığını savunmaktadır (Bkz. AYAN, s. 609).

²³ “...TBK’nın 596/2. madde hükmünde “aksi kararlaştırılmadıkça” denilmektedir. Bununla kastedilen alacaklıya ödemede bulunan kefile intikal eden rehinlerin ve diğer güvencelerin kefil ile alacaklı arasındaki bir anlaşma ile genişletilmesidir. Örneğin kefaletin verilmesinden sonra üçüncü kişiler tarafından verilecek rehinlerin ve borçlu tarafından kefil olunan alacağı da kapsayacak şekilde verilecek genel nitelikteki rehinlerin de kefile intikali kararlaştırılabilir. Rehin veren açısından alacaklının değişmesi-alacaklı yerine kefil-bir farklılık oluşturmayacağından; borçlunun bu yasal düzenlemeye itirazı söz konusu olmayacaktır...” Yarg. 23. HD., 12.10.2015 T., 2015/284 E.-2015/6456 K. (Yarg. Başkanlığı-UYAP).

²⁴ ÖZEN, s. 521; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 819. Zira YAVUZ/ACAR/ÖZEN’e göre nisbi emredicilik, kefil ile alacaklı arasında yapılacak anlaşmalar bakımından geçerli olup, rehin veren üçüncü kişi ile kefil arasında yapılacak anlaşmalar bakımından geçerli değildir (Bkz. YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 819).

²⁵ ACAR, s. 338; KOYUNCU, s. 79; ÖZTÜRK, s. 102; Halefiyet doğrultusunda fer’i nitelikteki teminat hakları kendiliğinden kefile geçecektir (Bkz. BİLGE, Necip; “Kefilin Alacaklıya Halef Olmasından Doğan Meseleler”, AÜHFD., C. 11, S. 1-2, Y. 1954, s. 284; ACAR, s. 338); Halefiyet kanuni bir devir niteliğinde olduğundan, devre ait hükümlerin uygun olduğu ölçüde halefiyete ve halef olan kefile de uygulanması gerekmektedir. Buna göre TBK m. 189 hükmü uyarınca alacakla birlikte fer’i haklar ile rüçhan hakları da kefile geçmektedir. Ayrıca alacaklı tarafından başlatılan bir takibi, yeni bir ödeme emri veya icra emri göndermeye gerek olmaksızın devam ettirmek gibi usul hukukunu ilgilendiren hakların da fer’i haklar kapsamında kefile geçeceği kabul edilmektedir (Bkz. BİLGE, s. 284-285). Fer’i nitelikte olmayan teminat haklarının ise kendiliğinden kefile geçişi söz konusu değildir. Bu cümleden olarak bir taşınmaz, üzerinde rehin hakkı kurulmaksızın teminat amacıyla alacaklıya devredilmişse, alacaklının bu taşınmazı borcu ödeyen kefile devretmesi gerekmektedir (Bkz. ACAR, s. 338).

²⁶ Kanuni halefiyet yoluyla ipotegün kefile geçişi, borcun ifa edilmesine bağlı olarak kendiliğinden gerçekleşmekte, tapu siciline güvenilerek ve dayanılarak gerçekleşmemektedir. Geçersiz bir ipotekle teminat altına alınan geçerli bir borç, iyi niyetli kefil tarafından ödenmiş olsa bile, kefil TMK m. 1023 uyarınca ipotek hakkını kazanamamaktadır (Bkz. ÖZÇELİK, Ş. Barış; “İpotegün Alacağına Bağlılığı”, BATİDER, Y. 2017, C. XXXIII, S. 4, s. 24).

niteliktedir²⁷. TBK m. 589/f. II, b. 2 uyarınca, rehin haklarının kefile devredilmesinden kaynaklanan masraflardan kefil sorumludur. Ancak daha sonra kefilin yaptığı bu masrafları asıl borçludan talep etmesi mümkündür²⁸.

C. Kefaletin Rehinle Aynı Anda veya Rehinden Sonra Verilmesi Hâlinde Rücu Hakkı

TBK m. 596/f. II hükmü uyarınca kefaletten önce veya kefaletle aynı anda üçüncü kişiler tarafından verilen rehin hakları, alacaklıyı tatmin eden kefile geçmektedir. Daha önce ifade edildiği gibi BK'nın yürürlükte olduğu dönemde bu yönde bir düzenleme bulunmadığından, kefalet sözleşmesinin kurulmasından önce veya sonra asıl borçlu veya üçüncü kişi tarafından verilen rehin hakları, alacaklıyı tatmin eden kefile geçmekteydi. Bu çerçevede borçlunun ödeme güçsüzlüğü içinde olması sebebiyle zarara uğramak istemeyen kefil, alacaklıyı tatmin ederek herhangi bir sınırlamaya tâbi olmaksızın rehin veren üçüncü kişiye başvurabilmekteydi²⁹. Ancak TBK döneminde alacaklıyı tatmin eden kefile, yalnızca kefalet sözleşmesinin kurulmasından önce ya da kurulması anında üçüncü kişi tarafından verilen rehin hakları geçeceğinden, kefilin ödeme yapmadan önce bu hususu özellikle değerlendirmesi gerekmektedir. Zira borçlunun ödeme güçsüzlüğü içinde olması sebebiyle alacaklıyı tatmin eden kefil, kefaletten sonra üçüncü kişi tarafından verilen rehin haklarına kural olarak başvuramayacaktır. Bu tür rehin haklarına başvurmak isteyen kefilin, alacaklı ile bu yönde bir anlaşma yapması gerekmektedir.

TBK m. 592/f. I hükmünde ise alacaklının kefalet sırasında var olan rehin haklarını, kefilin zararına azaltması hâlinde, kefilin sorumluluğunun buna uygun miktarda azalacağı düzenlenmiştir. Anılan bu düzenleme, TBK m. 596/f. II hükmü ile uyumludur³⁰.

TBK m. 596/f. II hükmünde ayrıca alacaklıya kısmen ifade bulunan kefilin, rehin hakkının sadece bunu karşılayan kısmına halef olacağı, alacaklının rehin konusu üzerinde geriye kalan alacak hakkının, kefilin rehin hakkından önce geleceği düzenlenmiştir³¹. Böylece “*alacaklı zararına halefiyet olmaz*” ilkesi benimsenmiştir³². BK'da bu yönde bir düzenleme bulunmamaktaydı. Ancak o dönemde de alacaklıya kısmen ifade bulunan kefilin, ifade bulunduğu oranda alacaklının haklarına, bu arada rehin haklarına halef olacağı, alacaklının rehin konusu üzerinde geriye kalan alacak hakkının devam edeceği kabul edilmekteydi. Bu yönde bir kabul dâhi, uygulamada sorunlara yol açmaktaydı. Özellikle rehin konusu her iki alacağı karşılamaya yeterli olmadığında, kefilin hakkına mı, alacaklının hakkına mı öncelik verileceği tartışılmaktaydı³³. Yukarıda anılan madde hükmü bu tartışmaları bertaraf edecek niteliktedir. Zira alacaklının rehin konusu üzerinde geriye kalan alacak hakkının, kefilin rehin hakkından önce geleceği açıkça düzenlenmiştir. Buna göre 100.000,00 TL bir borcun, 60.000,00 TL'lik kısmının kefil tarafından ödendiği, geriye 40.000,00 TL'lik bir borcun kaldığı, alacağın tamamının daha önce 70.000,00 TL değerinde bir rehinle teminat altına alındığı düşünüldüğünde³⁴, alacaklıya kısmen ifade bulunan kefil, ifade bulunduğu 60.000,00 TL'lik kısım için rehin hakkına halef

²⁷ KOYUNCU, s. 79-80.

²⁸ KOYUNCU, s. 84; Rehin haklarının devir masraflarından, TBK m. 589/f. II, b. 2 hükmüne göre kefil sorumlu ise de, kefilin sorumluluğu kefalet limiti ile sınırlıdır. Limitin tamamı kadar ödemedede bulunan kefiliden, rehinlerin devir masraflarının istenilmesi söz konusu değildir (Bkz. AYAN, s. 611, dn. 2012).

²⁹ ACAR, s. 337, 358-359.

³⁰ ÖZEN, s. 518; “...Davaya konu genel kredi sözleşmesi 05/06/2006 tarihinde düzenlenmiştir. Sözleşmenin teminatı olarak tesis edilen ipoteğin ise 02/06/2006 tarihinde tesis edildiği, davacı tarafından bankaya 24/09/2010 tarihinde yapılan ödemeden sonra davacının eşine ait taşınmaz üzerindeki ipoteğin 23/11/2010 tarihinde terkin edildiği anlaşılmıştır. Uyuşmazlık tarihinde yürürlükte bulunan 818 Sayılı BK'nun 499 (TBK 592) md'si hükmü uyarınca alacaklı kefalet sırasında var olan rehin haklarını, güvenceyi kefilin zararına olarak azaltırsa kefilin sorumluluğu da bu oranda azalır. Ayrıca alacaklı ödeme halinde rehinleri, ödeme yapan kefile teslimine mecburdur. Somut olayda davacı alacaklı bankaya ödeme yapmış olduğundan borcun teminatını teşkil eden ipotek hakkını devralarak ipoteğin paraya çevrilmesi yolu ile takip yapması mümkünken ipotek akdini devralmaksızın ipoteğin terkinini sağladığından, ipotekli taşınmaz maliki eşi lehine diğer davalı kefillerin durumunu ağırlaştırmış olup davacının TMK 2.md'si uyarınca iyiniyetli olarak hareket etmemesi nedeniyle diğer kefillere yönelik rücu hakkını kullanamaz...” Yarg. 19. HD., 29.03.2018 T., 2016/15052 E.-2018/1658 K. (Yarg. Başkanlığı-UYAP).

³¹ ARAL, Fahrettin/AYRANCI, Hasan; Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 11. Baskı, Ankara 2018, s. 500-501.

³² YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 819; ÖZEN, s. 522; Böyle bir hâlde alacağın tamamı değil kefil tarafından karşılanan kısmı kefile geçtiğinden, alacaklı lehine tanınan rehin hakkı da kısmen kefile geçmektedir (Bkz. ÖZEN, s. 522). Alacaklıya kısmen ifade bulunan kefil, alacaklının tamamen tatmin edilmesini beklemeden derhal kısmi halefiyete dayalı rücu hakkını kullanabilecektir (Bkz. ÖZEN, s. 528).

³³ BİLGE, s. 286-287.

³⁴ BİLGE, s. 287.

olacaktır. Ancak alacaklının rehin konusu üzerinde bakiye alacak hakkı kefilin rehin hakkından önce geleceğinden, rehin konusu paraya çevrildiğinde alacaklı tatmin edilmeden kefile ödeme yapılmayacaktır. Basit bir hesapla rehin konusu 60.000,00 TL'ye satıldığında 40.000,00 TL alacaklıya ödenecek, geriye kalan 20.000,00 TL kefile ödenecektir³⁵.

III. REHİN VEREN ÜÇÜNCÜ KİŞİNİN KEFİLE KARŞI HALEFİYETE DAYALI RÜCU HAKKI

A. Genel Olarak

TBK m. 596/f. IV hükmünde, bir alacağın güvencesini oluşturan rehin paraya çevrildiğinde veya borç rehin veren üçüncü kişi tarafından ödendiğinde malikin, kefile karşı rücu hakkını, ancak kefil ile kendisi arasında bu yönde bir anlaşma varsa ya da rehin kefaletten sonra verilmişse kullanabileceği düzenlenmiştir³⁶. Bu hükümde açıkça değinilmemiş olsa bile rehin veren üçüncü kişinin kefile başvuru hakkının kaynağı, tıpkı kefil gibi kanun gereği alacaklının haklarına halef olmasıdır³⁷. TBK'dan farklı olarak BK'da bu yönde bir düzenleme bulunmamaktaydı. Uyuşmazlık ortaya çıktığında TMK m. 884 ve BK m. 109 hükümlerinin uygulanacağı ifade edilmekteydi³⁸. Buna göre rehin veren üçüncü kişi, daha önce takip edilmiş veya alacaklıyı kendi rızasıyla tatmin etmişse, onun haklarına halef olarak kefaletin ne zaman verildiğine bakılmaksızın kefile başvurabilmekteydi³⁹. Daha doğrusu kanun hükümlerinin lafzından böyle bir sonuca varılmaktaydı⁴⁰.

B. Rehnin Kefaletten Önce veya Kefaletle Aynı Anda Verilmesi Hâlinde Rücu Hakkı

TBK m. 596/f. IV hükmüne göre alacaklıyı tatmin eden rehin veren üçüncü kişi kural olarak, kefile karşı rücu hakkını ancak rehnin kefaletten sonra verilmesi hâlinde kullanabilmektedir. Kefalet sözleşmesi kurulmadan önce ya da sözleşmenin kurulması anında rehin veren üçüncü kişi alacaklıyı tatmin etmiş olsa bile, kefile karşı rücu hakkını kullanamamaktadır⁴¹. Böyle bir hâlde kefile karşı rücu hakkını kullanmak isteyen rehin veren üçüncü kişinin, kefil ile rücuca ilişkin bir anlaşma yapması gerekmektedir⁴². Bu bağlamda rehin

³⁵ YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 819; ÖZEN, s. 522.

³⁶ ARAL/AYRANCI, s. 501; "...Taraflar dava dışı ... Ltd. Şti. 'nin kullanmış olduğu genel krediden dolayı her biri kendi taşınmazını rehin vermişler, ayrıca ipotek akit tablosuyla da ipotek limiti miktarınca müşterek müteselsil kefil olmuşlardır. Davacının dayandığı icra dosyası getirilip incelendiğinde davanın kefalete dayalı değil, kredi kullandıran bankanın gerek davacı gerekse davalı aleyhine vermiş oldukları ipotekler nedeniyle ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla takip başlatıldığı ve bu takipte davacının taşınmazının 08.02.2009 tarihinde satış ilanının yapıldığı görülmüştür. Davacı ise 09.10.2012 tarihinde bankaya ödeme yaparak satış şerhinin kaldırılmasını sağladığını iddia etmiştir. Davacının ödeme yaptığı tarihte yürürlükte bulunan TBK'nun 496/4. fıkrasına göre, "Bir alacağın güvencesini oluşturan rehin paraya çevrildiği veya borç rehin veren malik tarafından ödendiği takdirde malik, kefile karşı rücu hakkını, ancak kefil ile kendisi arasında böyle bir anlaşma varsa ya da rehin sonradan bir üçüncü kişi tarafından verilmişse kullanılabilir." Bu durumda, davacının aleyhine ipotekli takip başlatıldığı ve davacının bu takipte borcu ödendiği gözetildiğinde davacının davalıya rücu hakkı bulunup bulunmadığı konusunda bir değerlendirme ve inceleme yapılarak sonucuna göre bir karar verilmek gerekirken anılan hükmün değerlendirilmemesi ve davanın kefilin kefile rücu kapsamında görülmesi doğru olmadığından, ..." Yarg. 11. HD., 27.04.2017 T., 2016/3910 E.-2017/2506 K. (Yarg. Başkanlığı-UYAP); İlamda madde hükmününün TBK m. 596/4 olarak yazılması gerekirken, sehven 496/4 olarak yazıldığı anlaşılmaktadır.

³⁷ REİSOĞLU, s. 281.

³⁸ ACAR, s. 358-359.

³⁹ ACAR, s. 359; BİLGE, s. 289-290.

⁴⁰ BİLGE, s. 289.

⁴¹ YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 819.

⁴² "...Dava, icra takibi nedeniyle borçlu bulunmadığının tespiti istemine ilişkindir. Davalı, davacının müşterek borçlu ve müteselsil kefil olarak imzalamış olduğu genel kredi sözleşmesinde kullandırılan kredi borcunun teminatı amacıyla ipotek veren 3. kişi konumundadır. Davalı, alacaklı tarafından ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla icra takibi yapılması neticesinde kredi borcunu ödemiş ve alacaklıdan alacağı temlik alarak icra takibine devam etmiştir. Genel kredi sözleşmesi ve ipotek tesisi aynı gün yapılmıştır. 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu 596/4. maddesinde "...Bir alacağın güvencesini oluşturan rehin paraya çevrildiği veya borç rehin malik tarafından ödendiği takdirde malik, kefile karşı rücu hakkını, ancak kefil ile kendisi arasında böyle bir sözleşme varsa ya da rehin sonradan üçüncü kişi tarafından verilmişse kullanılabilir." denilmiştir. Somut olayımızda, genel kredi sözleşmesi ve ipotek tesisi aynı gün yapılmış olması nedeniyle, rehin veren 3. kişinin, kefile karşı rücu hakkını kullanabilmesi için kefile arasında bir anlaşma olması gerekir. Mahkemece, bu hususlar doğrultusunda değerlendirme yapılmaksızın yanlışlıkla gerekçe ile yazılı şekilde karar verilmesi doğru görülmemiş, mahkeme kararının bozulması gerekmektedir..." Yarg. 19. HD., 08.05.2017 T., 2016/12777 E.-2017/3508 K. (Yarg. Başkanlığı-UYAP); bu anlaşma çok değişik şekillerde ortaya çıkabilmektedir. Rehin verenin her hâlde kefile rücu etmesi kararlaştırılabileceği gibi, kefil ile rehin verenin birbirlerine karşı hiçbir şartta rücu edemeyeceği de düzenlenebilir. Ayrıca kefil ile rehin veren üçüncü kişi yapacakları bir anlaşma ile borçlunun ödeme gücünün bulunmamasına ilişkin riski, aralarında belirli oranlarda paylaşabileceklerdir. Bu anlaşmanın geçerliliği herhangi bir şekil şartına bağlı değildir (Bkz. YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 820).

veren üçüncü kişi ile kefil arasında, kefalet sözleşmesi kurulmadan önce veya sözleşmenin kurulması sırasında verilen rehinler yönünden de rehin veren üçüncü kişinin kefile başvurabileceğine yönelik bir anlaşma yapılmışsa, rehin veren üçüncü kişi kefile rücu edebilmektedir⁴³.

C. Rehin Kefaletten Sonra Verilmesi Hâlinde Rücu Hakkı

TBK m. 596/f. IV hükmü uyarınca alacaklıyı tatmin eden rehin veren üçüncü kişi, rehlin kefaletten sonra verilmesi hâlinde kefile karşı rücu hakkını kullanabilmektedir⁴⁴. Rücu hakkının kullanılması bakımından bu hâl özellik göstermemektedir.

TBK m. 596/f. IV hükmündeki düzenleme bu yönde olmakla birlikte, TBK m. 127/f. I, b. 1 ile TMK m. 884 hükümlerinin de burada tartışılması gerekmektedir. Zira bu hükümlerde de, halefiyete ilişkin düzenlemeler yer almaktadır.

TBK m. 127/f. I, b. 1’de, başkasının borcu için rehnedilen bir şeyi rehinden kurtaran ve bu şey üzerinde aynı hakkı bulunan üçüncü kişinin ifası ölçüsünde alacaklının haklarına halef olacağı düzenlenmiştir. Hükme göre başkasının borcu için rehnedilen bir şeyi, borcu ödeyerek veya alacaklıyı bir şekilde tatmin ederek rehinden kurtaran üçüncü kişi, bu şey üzerinde meselâ intifa veya bir rehin hakkı bulunduğu takdirde, alacaklının haklarına halef olmaktadır⁴⁵. Rehnedilen şeyin taşınır veya taşınmaz olması önemli değildir⁴⁶. Üçüncü kişi her ne kadar borçtan şahsen sorumlu olmasa da, borç ödenmediği takdirde aynı hak sahibi olduğu rehin konusu mal paraya çevrilecektir. Bu sebeple borcu ödemesinde veya alacaklıyı bir şekilde tatmin etmesinde menfaati bulunmaktadır⁴⁷. Böyle bir hâlde madde hükmünde öngörülen halefiyet gereği, ödenen alacak, alacağa bağlı fer’î haklar (rehin, kefalet vs.) ve alacaklının şahsından kaynaklanan rüçhan hakları dışındaki diğer rüçhan hakları üçüncü kişiye geçmektedir⁴⁸. Anılan madde hükmünde, üçüncü kişinin alacağa bağlı fer’î haklardan kefalete başvurabilmesi için bir zaman sınırının öngörülmediği anlaşılmaktadır. Bu bakımdan ilk bakışta TBK m. 127/f. I, b. 1 hükmü, TBK m. 596/f. IV hükmü ile çelişkili görünmektedir. Ancak her iki hüküm ayrıntılı incelendiğinde bir çelişki bulunmadığı anlaşılmaktadır. TBK m. 596/f. IV hükmünde, bir alacağın güvencesini oluşturan rehin paraya çevrildiği veya borç rehin veren malik tarafından ödendiği takdirde malikin, kefile karşı rücu hakkını, ancak kefil ile kendisi arasında bir anlaşma bulunması ya da rehlin kefaletten sonra borçlu dışında bir üçüncü kişi tarafından verilmesi hâlinde kullanabileceği düzenlenmiştir. Burada düzenlenen, borçlu dışında üçüncü bir kişi tarafından rehin verilmesi hâlidir. Rehin veren maliktir. Bu düzenleme TBK m. 127/f. I, b. 1 hükmüne göre özel bir düzenlemedir. O hâlde, borçlu dışında üçüncü bir kişi tarafından rehin verilmesi hâlinde kefile rücu bakımından TBK m. 596/f. IV hükmü uygulanmalıdır. Oysa TBK m. 127/f. I, b. 1 hükmü daha genel bir düzenlemedir. Bu hüküm uyarınca alacaklının haklarına halef olacak üçüncü kişinin mutlaka rehin konusu şey üzerinde mülkiyet hakkına sahip olması, başka bir deyişle rehin konusu şeyin maliki olması gerekmektedir. Rehin konusu şey üzerinde mülkiyet dışında başka bir aynı hakka (intifa veya rehin hakkı) sahip olan üçüncü kişi de borcu ödeyerek veya alacaklıyı bir şekilde tatmin ederek alacaklının haklarına halef olabilecektir⁴⁹.

⁴³ ACAR, s. 360-361.

⁴⁴ YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 820.

⁴⁵ ANTALYA, s. 21. Eğer alacaklı ödemeyi kabul etmezse rehnedilen şeyi rehinden kurtarmak hakkına sahip olan üçüncü kişi, TBK m. 107 vd. hükümler uyarınca tevdi suretiyle borcu ödeyerek alacaklının haklarına halef olabilmektedir (bkz. von TUHR, Andreas (Çev. Cevat EDEGE); Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı, C. 1-2, Yargıtay Yayını No: 15, 2. Baskı, Ankara 1983, s. 490-491).

⁴⁶ ANTALYA, s. 21; TBK m. 127 hükmünde, alacaklının haklarına halef olmak bakımından rehinden kurtarılan şeyin taşınır bir eşya olması gerektiği yönünde bir emare bulunmamaktadır. İsviçre Federal Mahkemesi’nin görüşü de bu yöndedir. TMK m. 884 hükmünü dayanak göstererek aksi görüşü savunmak da mümkün değildir. Zira TMK m. 884 hükmü ile borçtan kişisel olarak sorumlu olmayan taşınmaz malikine, borcu ödeyerek alacaklının haklarına halef olma hakkı tanınmıştır. Mülkiyet dışında taşınmaz üzerinde başkaca bir aynı hakka sahip olan üçüncü kişilerin bu madde hükmünden faydalanmaları mümkün değildir. Konuya ilişkin TMK’da başka bir hüküm de yer almadığından, TBK m. 127/f. I, b. 1 hükmünün hem taşınırlar, hem de taşınmazlar bakımından uygulama yeri olduğunu kabul etmek gerekmektedir (Bkz. OĞUZMAN/ÖZ, s. 271-272).

⁴⁷ OĞUZMAN/ÖZ, s. 271; ANTALYA, s. 21.

⁴⁸ OĞUZMAN/ÖZ, s. 272.

⁴⁹ TBK m. 127/f. I, b. 1 hükmüne göre rehlinle temin edilen bir alacağın alacaklısını tatmin eden üçüncü kişi, ancak rehinden kurtarılan şey üzerinde aynı bir hakka sahip olduğu takdirde alacaklının haklarına halef olmaktadır. Rehinden kurtarılan şey üzerinde kiracılık gibi bir nisbî hakka sahip olan üçüncü kişi, alacaklının haklarına halef olamamaktadır (Bkz. von TUHR, s. 490, dn. 46).

BK'da, TBK m. 596/f. IV hükmü gibi açık bir düzenleme olmadığından, üçüncü kişinin maliki bulunduğu malı rehinden kurtarmak için borcu ödemesi ya da alacaklıyı bir şekilde tatmin etmesi hâlinde, kefile başvurup başvuramayacağı konusunda farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bazı yazarlar böyle bir hâlde kefaletin sona ereceğini savunmuş, bazıları ise kefalet rehinden sonra verilmişse malikin kefile başvuramayacağını, rehinden önce verilmişse başvurabileceğini kabul etmişlerdir⁵⁰. Yargıtay tarafından verilen bir kararda da son görüş benimsenmiştir⁵¹. TBK m. 596/f. IV hükmü karşısında konu artık tartışmalı olmaktan çıkmıştır⁵².

Uygulamada sorun yaratabilecek ve TBK m. 127/f. I, b.1 hükmü bağlamında tartışılması gereken bir diğer husus ise, rehnedilen şey üzerinde mülkiyet veya başkaca bir aynî hakkı bulunan üçüncü kişinin, alacaklıyı kendi rızası ile tatmin etmemesi, başka bir deyişle rehin konusunun cebri icra yoluyla satılması hâlinde alacaklının haklarına halef olup olamayacağıdır. Hükümde açıkça “başkasının borcu için rehnedilen bir şeyi rehinden kurtardığı” ifadesi kullanılmış olduğundan, rehin konusunun cebri icra yoluyla satılması hâlinde TBK m. 127/f. I, b.1 hükmü uyarınca halefiyet söz konusu olmayacaktır⁵³. Ancak cebri icra yoluyla satılan rehinli malın malikinin, TBK m. 596/f. IV hükmündeki şartlarla alacaklının haklarına halef olarak kefile başvurabileceği kabul edilmelidir.

TMK m. 884 hükmünde ise, borçtan şahsen sorumlu olmayan rehinli taşınmaz malikinin, borçluya ait şartlar içinde borcu ödeyerek taşınmazın üzerindeki ipoteğin kaldırılmasını isteyebileceği ve ayrıca alacağın borcu ödeyen malike geçeceği düzenlenmiştir. Böyle bir hâlde malik lehine rehin meydana gelmektedir⁵⁴. Bu hüküm TBK m. 127/f. I, b.1 hükmü ile aynı doğrultuda düzenlenmiş bir hükümdür. Böyle bir hâlde alacak ve alacağına bağlı fer'î haklar, TBK m. 185⁵⁵ hükmü uyarınca taşınmaz malikine geçmektedir⁵⁶. Anılan madde hükmünde borçtan şahsen sorumlu olmayan taşınmaz malikinin alacaklının halefi olarak kefile başvurabilmesi bakımından bir zaman sınırının öngörülmediği anlaşılmaktadır. Söz konusu madde hükmünden çıkan sonuç şudur ki borcu ödeyen taşınmaz maliki, kefalet ister rehinden önce verilsin, ister rehinden sonra verilsin kefile başvurabilecektir. Ancak böyle bir hâlde TMK m. 884 hükmünün, daha özel bir düzenleme olan TBK m. 596/f. IV hükmü ile birlikte değerlendirilmesi gerekmektedir. Böylece kefalet sonradan verilmişse, kefil ile kendisi arasında rücu hakkının kullanılabilmesine dair anlaşma bulunması hâlinde taşınmaz maliki kefile başvurabilecektir⁵⁷.

TMK m. 884 hükmü uyarınca malikin borcu ödeyerek alacaklının haklarına halef olması, borcu sona erdirme yetkisinin doğmuş bulunmasına bağlıdır. Bu yetki doğmuş olmasına rağmen

⁵⁰ OĞUZMAN/ÖZ, s. 272-273.

⁵¹ “... Dava dışı banka ile davalı kredi müşterisi ve kefiller arasındaki kredi sözleşmesi 06.07.2007 tarihli olup davacı tarafından bu sözleşme ipotek veren sıfatıyla imzalanmış ve daha sonra 27.07.2007, 30.05.2008 tarihlerinde üç adet taşınmazı üzerinde ipotek tesis edilmiş ve ipotekli taşınmazlar cebri icra sonucu satılarak paraya çevrilmiştir.

6098 sayılı TBK 'unu 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe girmiş olup genel kredi sözleşmesinin imzalandığı ve ipoteklerin tesis edildiği tarihte 818 sayılı BK 'unu yürürlükte. 6101 sayılı Türk Borçlar Kanununun yürürlük ve uygulama şekli hakkındaki kanunun 1. maddesi gereğince somut olayda 818 sayılı Borçlar Kanununun uygulanması gerekmektedir. Bu itibarla somut olayda TBK 'unun 596/1-4 uygulanma imkanı bulunmamaktadır. Olaya uygulanması gereken TBK 596. maddesinin muadili BK 'unun 496. maddesinde ise rehinle ilgili bir düzenleme bulunmamaktadır. Yine somut olaya uygulanması gereken BK 109. maddesi ile TMK 884. maddelerinin de davalı kefiller yönünden davacıya bir rücu hakkı vermediği görülmektedir. Davacı ipotek verenin ipotekli taşınmazların paraya çevrilmesi nedeniyle uğradığı zararlar konusunda lehine ipotek verdiği asıl borçlu davalı şirkete yönelik olarak talepte bulunması mümkün ise de kefillere yönelik olarak talepte bulunması mümkün değildir. Mahkemece davalı asıl borçlu şirket ile birlikte asıl borçlunun kefilleri yönünden de kabul kararı verilmesi doğru görülmemiş kararın bozulması gerekmektedir...” Yarg. 19. HD., T. 04.04.2018, 2017/4585 E.-2018/1831 K. (Yarg. Başkanlığı-UYAP).

⁵² OĞUZMAN/ÖZ, s. 273.

⁵³ OĞUZMAN/ÖZ, s. 271; Ancak İsviçre Federal Mahkemesi, rehinden yararlanan alacaklının rehin konusu eşyayı icra yolu ile sattırıp alacağını alması hâlinde de rehin verenin, TBK m. 127 hükmünde düzenlenen halefiyetten faydalanacağına hükmetmiştir (Bkz. OĞUZMAN/ÖZ, s. 271, dn. 53).

⁵⁴ ÖZÇELİK, s. 24, dn. 97.

⁵⁵ “Alacağın devri kanun veya mahkeme kararı gereğince gerçekleşmişse, bu devir özel bir şekle ve önceki alacaklının rızasını açıklamasına gerek olmaksızın, üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilir.”

⁵⁶ ŞİRMEN, A. Lâle; Eşya Hukuku, 3. Bası, Ankara 2015, s. 598; Bu durumda borç sona ermemekte, aksine borçlu sorumlu olmaya devam etmektedir. Borçluya ait şartlar içinde borcu ödeyen taşınmaz maliki, alacakla birlikte alacağına bağlı fer'î hakları da kazanmaktadır. Bu kapsamda taşınmaz üzerindeki ipotek sona ermemekte, alacağına bağlı olarak malik lehine devam etmektedir. Ancak böyle bir hâlde ipoteğin hükümleri askıda olup, malik alacağı üçüncü bir kişiye devrederse, devirle birlikte ipotek de devralan üçüncü kişiye geçmekte ve askıda olan hükümler etki göstermeye başlamaktadır (Bkz. OĞUZMAN, M. Kemal/SELİÇİ, Özer/OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe; Eşya Hukuku, 18. Baskı, İstanbul 2015, s. 961).

⁵⁷ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 961-962.

malikin ödemesini kabul etmeyen alacaklı, TBK m. 106 vd. hükümler uyarınca alacaklı temerrüdüne düşecektir. Malikin böyle bir hâlde borç tutarını tevdi etme hakkı vardır (TBK m. 107)⁵⁸.

TMK m. 884 hükmü bağlamında tartışılması gereken bir diğer husus, borçtan şahsen sorumlu olmayan taşınmaz malikin alacaklıyı kendi rızası ile tatmin etmemesi, başka bir deyişle rehin konusu taşınmazın cebri icra yoluyla satılması hâlinde alacaklının haklarına halef olup olamayacağı sorunudur. Böyle bir hâlde taşınmaz malikin alacaklının haklarına halef olacağı ve TBK m. 596/f. IV hükmündeki şartlarla kefile başvurabileceği kabul edilmektedir⁵⁹.

IV. SONUÇ VE DEĞERLENDİRME

Bir alacak hem kefaletle, hem de rehinle teminat altına alınabilmektedir. Kefaletin asıl borçlu dışında üçüncü bir kişi tarafından verilmesi zorunludur. Ancak rehin, asıl borçlu ya da üçüncü bir kişi tarafından verilebilmektedir. Alacaklıyı ödeme yaparak veya başka bir şekilde tatmin eden kefil ya da rehin veren üçüncü kişi, yaptığı ifa oranında alacaklının haklarına halef olmaktadır. Böyle bir hâlde yapılan ödeme bakımından anılan bu kişilerin (kefil ve rehin veren üçüncü kişi) birbirlerinden talepte bulunup bulunamayacaklarına ilişkin, BK'dan farklı olarak TBK m. 596'da özel düzenlemeler yer almaktadır.

TBK m. 596/f. II hükmüne göre kural olarak kefil, kefalet sözleşmesi kurulmadan önce ya da en geç sözleşmenin kurulması anında üçüncü kişi tarafından verilen rehin haklarına başvurabilmektedir. Sözleşmenin kurulmasından sonra verilen rehin haklarına başvuramamaktadır. Bu düzenleme, kefaletin rehin hakkının varlığına güvenilerek verilmemiş olması karşısında isabetlidir. Bununla birlikte kefil ile alacaklının, kefalet sözleşmesi yapıldıktan sonra kurulan bir rehin hakkının kefile geçeceğini kararlaştırmaları mümkündür. Böyle bir hâlde alacaklıyı tatmin eden kefil, kefaletten sonra rehin veren üçüncü kişiye başvurabilecektir. Ancak kefil ile rehin veren üçüncü kişi, kefilin hiçbir hâlde rehin veren üçüncü kişiye başvuramayacağını kararlaştırabilirler. TBK m. 596/f. II'de alacaklıya kısmen ifada bulunan kefilin, rehin hakkının sadece bunu karşılayan kısmına halef olacağı, alacaklının rehin konusu üzerinde geriye kalan alacak hakkının, kefilin rehin hakkından önce geleceği düzenlenmiştir. TBK m. 592/f. I'de de TBK m. 596/f. II ile uyumlu bir düzenleme yapılmış, alacaklının kefalet sırasında var olan rehin haklarını kefilin zararına azaltması hâlinde, kefilin sorumluluğunun buna uygun miktarda azalacağı hüküm altına alınmıştır. Halefiyet gereği rehin hakları kefile kendiliğinden geçtiğinden, geçiş için ayrıca rehin konusu taşınmazın kayıtlı olduğu tapu sicilinde tescil yapılmasına veya taşınırın teslimine gerek yoktur.

TBK m. 596/f. IV hükmüne göre ise kural olarak rehin veren üçüncü kişi, kefile ancak rehin kefaletten sonra verilmesi hâlinde başvurabilmektedir. Kefalet sözleşmesi akdedilmeden önce ya da sözleşmenin akdedilmesi sırasında rehin veren üçüncü kişi, kefile başvuramaz. Böyle bir hâlde kefile başvurmak isteyen rehin veren üçüncü kişinin, kefil ile bu yönde bir anlaşma yapması gerekmektedir.

TBK m. 596 hükmü dışında, TBK m. 127/f. I, b.1 ile TMK m. 884'te de halefiyete dayalı rücu hakkı bakımından düzenlemeler yer almaktadır. TBK m. 127/f. I, b. 1'e göre başkasının borcu için rehnedilen bir şeyi rehinden kurtaran ve bu şey üzerinde mülkiyet veya başka bir aynî hakkı bulunan üçüncü kişi, ifası ölçüsünde alacaklının haklarına halef olmaktadır. Hükümde başkasının borcu için rehnedilen bir şeyi, borcu ödeyerek veya alacaklıyı bir şekilde tatmin ederek rehinden kurtaran üçüncü kişinin, bu şey üzerinde mülkiyet veya başkaca bir aynî hakkı (intifa veya başka bir rehin hakkı) bulunması hâlinde, alacaklının haklarına halef olacağı düzenlenmiştir. Bu madde hükmünde üçüncü kişinin alacağına bağlı fer'î haklardan kefalete başvurabilmesi için bir zaman sınırı öngörülmediğinden, ilk bakışta TBK m. 127/f. I, b. 1 ile TBK m. 596/f. IV'ün birbiri ile çelişkili olduğu düşünülebilir. Ancak her iki hüküm dikkatle incelendiğinde bir çelişkinin bulunmadığı görülmektedir. Zira TBK m. 596/f. IV'te, bir alacağın güvencesini oluşturan rehin paraya çevrildiği veya borç rehin veren tarafından ödendiği takdirde malikin kefile karşı rücu hakkını, ancak kefil ile kendisi arasında bir anlaşma bulunması ya da rehin kefaletten sonra verilmesi hâlinde kullanabileceği düzenlenmiştir. Hükümün kapsamına yalnızca borçlu

⁵⁸ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 961.

⁵⁹ SİRMEN, s. 598-599.

dışında üçüncü kişi tarafından rehin verilmesi hâli girer. Bu düzenleme TBK m. 127/f. I, b. 1'e göre özel hüküm niteliği taşır. Oysa TBK m. 127/f. I, b. 1 daha genel bir düzenleme olup, burada alacaklının haklarına halef olacak üçüncü kişinin mutlaka rehin konusu şey üzerinde mülkiyet hakkına sahip olması gerekmemektedir. Rehin konusu şey üzerinde mülkiyet dışında başkaca bir aynî hakka sahip olan üçüncü kişi de borcu ödeyerek veya alacaklıyı bir şekilde tatmin ederek alacaklının haklarına halef olabilmektedir.

TMK m. 884'te ise borçtan şahsen sorumlu olmayan rehinli taşınmaz malikinin, borçluya ait şartlar içinde borcu ödeyerek taşınmazın üzerindeki ipoteğin kaldırılmasını isteyebileceği ve ayrıca alacağın borcu ödeyen malike geçeceği düzenlenmiştir. Hükümde borçtan şahsen sorumlu olmayan taşınmaz malikinin alacaklının halefi olarak kefile başvurabilmesi bakımından bir zaman sınırı öngörülmemiştir. Ancak böyle bir hâlde TMK m. 884 hükmü, daha özel bir düzenleme olan TBK m. 596/f. IV hükmü ile birlikte değerlendirilerek sonuca varılmalıdır.

KAYNAKÇA

- ACAR, Özlem: Türk Borçlar Hukukunda Müteselsil Kefalet Sözleşmesi, İstanbul 2015.
- ANTALYA, O. Gökhan: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. III, İstanbul 2017.
- ARAL, Fahrettin/AYRANCI, Hasan: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 11. Baskı, Ankara 2018.
- AYAN, Serkan: Kefalet Sözleşmesinde Kefilin Sorumluluğu, Ankara 2013.
- BİLGE, Necip: "Kefilin Alacaklıya Halef Olmasından Doğan Meseleler", AÜHFD., C. 11, S. 1-2, Y. 1954, (s. 281-295).
- EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 23. Baskı, Ankara 2018.
- EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 5. Baskı, Ankara 2017, (Kısaltılmışı: EREN, Özel Hükümler).
- ELÇİN GRASSINGER, Gülçin: Borçlar Kanunu'na Göre Kefilin Alacaklıya Karşı Sahip Olduğu Savunma İmkânları, İstanbul 1996.
- ELÇİN GRASSINGER, Gülçin: "Kefalet Sözleşmesinde Kefil İle Asıl Borçlu Arasındaki Hukuki İlişki", İÜHM., C. LV (1996), (s. 389-412), (Kısaltılmışı: ELÇİN GRASSINGER, Hukuki İlişki).
- KILIÇOĞLU, Ahmet M.: Türk Borçlar Hukukunda Kanunî Halefiyet, Ankara 1979.
- KOYUNCU, Berk Kenan: Kefilin Halefiyete Dayalı Rücu Hakkı, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2013.
- MAKARACI BAŞAK, Aslı: Taşınır Rehni Sözleşmesi, İstanbul 2014.
- OĞUZMAN, M. Kemal/ÖZ, M. Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler C.1, 12. Bası, İstanbul 2014.
- OĞUZMAN, M. Kemal/SELİÇİ, Özer/OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe: Eşya Hukuku, 18. Baskı, İstanbul 2015.
- ÖZÇELİK, Ş. Barış: "İpoteğin Alacağa Bağlılığı", BATİDER, Y. 2017, C. XXXIII, S. 4, (s. 1-34).
- ÖZEN, Burak: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Kefalet Sözleşmesi, 4. Bası, İstanbul 2017.
- ÖZTÜRK, İdil Zeynep: Kişisel Teminat Sözleşmelerinde Rücu İlişkileri, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2012.
- REİSOĞLU, Seza: Türk Kefalet Hukuku, Ankara 2013.
- SİRMEN, A. Lâle: Eşya Hukuku, 3. Bası, Ankara 2015.
- TEKİNAY, Selâhattin Sulhi/AKMAN, Sermet/BURCUOĞLU, Halûk/ALTOP, Atillâ: Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, İstanbul 1993.
- von TUHR, Andreas (Çev. Cevat EDEGE): Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı, C. 1-2, Yargıtay Yayımları No: 15, 2. Baskı, Ankara 1983.
- YAVUZ, Cevdet/ACAR, Faruk/ÖZEN, Burak: Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), 14. Baskı, İstanbul 2016.
- YENİCE, A. Özge: Teminat Sözleşmelerinde Rücu İlişkileri, İstanbul 2009.
- ZEVKLİLER, Aydın/ GÖKYAYLA, K. Emre: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 15. Bası, Ankara 2015.

**6769 SAYILI SİNAİ MÜLKİYET KANUNU'NA GÖRE MARKA HAKKINA
TECAVÜZDEN DOĞAN İTİBAR KAYBI TAZMİNATI **COMPENSATION FOR LOSS OF REPUTATION AS A RESULT OF TRADEMARK
INFRINGEMENT ACCORDING TO THE INDUSTRIAL PROPERTY LAW NO:6769Bilge AYTUĞAR*  / Sultan KÜÇÜK* **Makale Bilgi**Gönderilme:29/01/2020
Kabul: 20/03/2020**Anahtar Kelimeler***Marka,
İtibar Kaybı,
Marka Hakkına
Tecavüz,
Tazminat,
Haksız Fiil.***Özet**

Marka hakkına tecavüz fiilleri neticesinde marka hakkı sahibinin maddi ve manevi bütünlüğünün yanında doğrudan markanın itibarında da zarar ortaya çıkabileceğini öngören kanun koyucu, maddi ve manevi tazminat talepleri ile birlikte veya onlardan ayrı şekilde istenebilecek itibar kaybı tazminatını açıkça hükme bağlamıştır (SMK m.150/2). Markanın itibarı ile kastedilen, markanın tüketiciler nezdinde oluşturduğu saygınlık, güven duygusu, müşterilerin markaya olan rağbetidir. İtibar kaybı tazminatıyla marka imajında ortaya çıkan eksilmenin telâfi edilmesi amaçlanır. İtibar kaybı tazminatına hükmedilmesinde, tazminatın hukuki niteliği, şartları ve hesaplanması konuları büyük öneme sahiptir. Markanın, marka hakkı sahibinin mal varlığı değerlerine dâhil bir unsur olması gerekçesiyle markadaki itibar kaybının, marka hakkı sahibinin maddi; fakat dolaylı zararına yol açacağı düşünülmektedir. Markanın itibar kaybına yol açan tecavüz fiillerinin esas itibarıyla haksız fiil teşkil etmesi gerekçesiyle haksız fiil sorumluluğunun esaslarının geçerli olacağı kabul edilmektedir. Nihayet markanın, maddi olmayan mal varlığı unsuru olması gerekçesiyle itibarındaki kaybın hesaplanmasındaki güçlük, birtakım çözüm önerileri ile aşmaya çalışılmış; bu hususta hâkime geniş bir takdir yetkisi verilmiştir. Bu çalışmamızda, borçlar hukuku temelli görüş ve değerlendirmelere markanın itibar kaybını ilgilendirdiği ölçüde temas edilmiş; bilhassa tazminatın hesaplanması konusunda uygulamaya ışık tutması amacıyla birtakım çözüm önerileri sunulmuştur.

Article InfoReceived: 29/01/2020
Accepted: 20/03/2020**Keywords***Trademark,
Loss in Reputation,
Trademark
Infringement,
Compensation,
Tortious Act.***Abstract**

The law-maker who set forth that, as a consequence of trademark infringements, damage would be inflicted directly on the reputation of trademark as well as the pecuniary and non-pecuniary integrity of trademark holder clearly ruled that compensation for the loss in reputation and pecuniary & non-pecuniary damages could be either jointly or separately claimed (Code of Industrial Property Law, Art.150/2). What is meant by trademark's reputation pertains to the feeling of respect and trust expressed by consumers to the trademark and the magnitude of customer demand for the trademark. The compensation for the loss in reputation aims to compensate for the damage inflicted on the prestige of trademark. Issues such as the legal character, conditions and calculation of the compensation are highly important to the ruling to be delivered on the compensation for the loss in reputation. On the grounds that the trademark is a component of trademark holder's assets, it is thought that the loss in trademark's reputation will give rise to pecuniary, though indirect, damage to be incurred on the trademark holder. On account of the fact that any infringement bringing about the loss in trademark's reputation is essentially a tortious act, it is accepted that rules regulating tortious liability will be applicable. To this end, by virtue of the fact that the trademark was a component of non-pecuniary assets, certain solutions were suggested to overcome the difficulty in calculating the loss in trademark's reputation, and, in this respect, the judge was granted with broad judicial discretion. In this study, views and assessments based on the law of obligations were taken into consideration as long as they were related to the loss in trademark's reputation, and certain solutions were proposed in order to light the way for the practical application particularly in relation to the calculation of compensation.

Bu eser [Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/) ile lisanslanmıştır

* Dr. Arş. Gör., Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku ABD.

* Sınai Mülkiyet Uzmanı, Türk Patent ve Marka Kurumu.

I. GİRİŞ

6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu (SMK), 22.12.2016 tarihinde kabul edilerek 10.01.2017 tarihinde Resmî Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. İlgili Kanunla birlikte başta sınai mülkiyet mevzuatının tek bir kanun çatısı altında düzenlenmesi olmak üzere birçok değişiklik yapılmıştır. Genel olarak baktığımızda markalar ile ilgili olarak 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname’deki (KHK) bir kısım hükümlerin değiştirilmeden yeni Kanun’da yer aldığı; ancak bilhassa markanın tescili ve tescil başvurularının incelenme süreci gibi kimi konularda önemli değişiklikler gerçekleştirildiği görülmektedir. Marka hukukunda tazminat ile ilgili hükümlerde ise yoksun kalınan kazancın hesaplanması ve itibar tazminatı konularında birtakım değişikliklere gidilmiştir.

Marka hakkı tecavüze uğrayan hak sahibinin SMK m.149’da belirtilen taleplerde bulunabileceği belirtilmiş; bu talepler arasında, hak sahibinin maddi-manevi zararının tazmini zikredilmiştir. Marka hakkına tecavüz fiillerinde, ortada soyut bir hakkın ihlali ve bundan doğan bir zarar söz konusu olduğundan, haksız fiil sorumluluğuna kıyasla tecavüz fiili ve bunun ağırlığı ile kusur ve zararın tespiti daha güç şekilde gerçekleşmektedir¹. Bu gerekçe ile SMK’de tazminat ve hesaplanması konuları ayrıntılı olarak düzenlenmiştir (SMK m.150, m.151). Diğer taraftan, daha önce de mevzuatımızda yer alan maddi ve manevi tazminatın yanında markanın itibarının uğradığı zarar için istenebilecek tazminat, SMK m.150/2 ‘de yeniden ve daha ayrıntılı şekilde kaleme alınmıştır (karş. KHK m.68). Bu düzenleme, SMK’nin beşinci kitabı olan “*Ortak ve Diğer Hükümler*” kısmında yer aldığı için diğer sınai mülkiyet hakları için de uygulanabilir niteliktedir.

II. İTİBAR KAYBI TAZMİNATI KAVRAMI

İtibar, Arapça “*i’tibār*” kelimesinden gelen “*saygınlık, borç ödemede güvenilir olma durumu, kredi*” anlamlarında bir kelimedir. Markanın itibarı ile kastedilen, markanın tüketiciler nezdinde oluşturduğu saygınlık, güven duygusu; müşterilerin markaya olan rağbetidir². Diğer bir anlatımla “*markanın itibarı*” kavramından, markanın, üzerinde yer aldığı emtia ve hizmetlerin kalite ve standardı konusunda yarattığı saygınlık anlaşılmalıdır.

Esasen maddi ve manevi olarak iki şekilde karşımıza çıkan tazminat, zarar verici olayın mal varlığında veya kişilik değerlerinde irade dışı meydana getirdiği eksilmeyi gidermek veya en aza indirmek amacını güden bir tür özel hukuk kurumudur³. İtibar kaybı tazminatı ise, haksız fiil sorumluluğu gereği öngörülen tazminatın istenebilme şartlarından farklı olarak, zarar, amaç unsurları ile zarara sebebiyet veren fiiller açısından özellik arz eder⁴. İtibar kaybı tazminatından söz edebilmemiz için markanın ilgili çevrede oluşturduğu saygınlık ve güvenin, Kanun’da öngörülen marka hakkına tecavüz teşkil eden fiiller ile zarar görmüş olması gereklidir.

Marka üzerindeki hak, marka hakkı sahibinin mal varlığı değerleri arasında yer alır⁵ ve hukuk düzeni tarafından korunan, marka sahibine inhisari yararlanma hakkı sağlayan mutlak haklardandır⁶. Dolayısıyla her ne kadar markanın kaybettiği itibarı karşılığı ödenecek tazminat, markanın kişiliği bulunmadığından marka hakkı sahibi gerçek veya tüzel kişinin kayıplarını telâfi edecek olsa da bu tazminat ile telafi edilmek istenilen zararın, doğrudan markanın piyasada kaybettiği güven ve saygınlığın, öz değerinin karşılığı olduğu unutulmamalıdır.

Uluslararası hukukta ve Avrupa Birliği düzenlemelerinde de markanın itibarının korunması fikri yerleşmiştir. Sınai hakların korunması hususunda 20 Mart 1883 tarihinde imzalanmış ve çok kere revize edilmiş olan Paris Sözleşmesi’nin ticari ve sınai hususlarda haksız rekabeti

¹ Bu yönde bkz. EREN, Fikret: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2018, s. 619; TEKİNALP, Ünal: “*İtibar Tazminatı ve Bazı Sorunlar*”, Prof. Dr. Selâhattin Sulhi Tekinay’ın Hatırasına Armağan, İstanbul 1999, s. 592, (İtibar Tazminatı).

² BOZGEYİK, Hayri: *Marka Hakkının Korunması*, B. 2, İstanbul 2019, s. 187. Karş. ÇOLAK, Uğur: *Türk Marka Hukuku*, B. 4, İstanbul 2018, s. 818. Yar. 11. HD., T. 05.05.2016, E. 2015/8175, K. 2016/5114 sayılı kararı için bkz. <https://www.corpus.com.tr/#!/Yargitay>, (Erişim Tarihi: 14.11.2019). Markanın imajı hakkında ayrıca bkz. BABÜR TOSUN, Nurhan/BURAK DERELİ, Aytaç: “*Reklamda Parodi Kullanımının Marka İmajına Etkisi*”, Marmara Üniversitesi Öneri Dergisi, C. 12, Sa. 46, 2016, s. 326.

³ EREN, s. 749 vd.; OĞUZMAN, M. Kemal/ÖZ, M. Turgut: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C. 2, B. 10, İstanbul 2013, s. 38 vd.

⁴ TEKİNALP, *İtibar Tazminatı*, s. 590; TEKİNALP, Ünal: *Fikri Mülkiyet Hukuku*, B. 5, İstanbul 2012, s. 505, N. 60, (Fikri Mülkiyet); SARAÇ, Tahir: *Patentten Doğan Hakta Tecavüz ve Hakkın Korunması*, Ankara 2003, s. 299.

⁵ EREN, s. 546; ÇOLAK, s. 818.

⁶ AYHAN, Rıza/ÇAĞLAR, Hayrettin/ÖZDAMAR, Mehmet: *Ticari İşletme Hukuku Genel Esaslar*, B. 12, Ankara 2019, s. 329.

düzenleyen 10.maddenin mükerrer 1 hükmünde, ticari faaliyet esnasında ortaya atılan, bir rakibin ticarethanesini, mallarını veya sınai ya da ticari faaliyetlerini itibardan düşürecek cinsten sahte iddiaların yasaklanacağı belirtilmiştir. Benzer bir düzenleme Avrupa Birliği markası hakkındaki 2017/1001 sayılı düzenlemenin⁷ Art.9/2,c bendinde, marka sahibinin markanın kullanımını önleyebileceği hallerden olarak markanın itibarına ya da saygınlığına zarar veren haller zikredilmiştir.

III. İTİBAR KAYBI TAZMİNATININ HUKUKİ NİTELİĞİ

İtibar kaybı tazminatının hukuki niteliği konusunda doktrinde fikir birliği bulunmamaktadır⁸. Bu konuda bir yargıya varmadan önce zarar kavramı ile bu konuda yapılan ayrımlara kısaca temas etmek faydalı olacaktır.

Zarar, en yalın şekliyle bir kimsenin mal varlığı ve/veya kişilik değerlerinde rızası dışında meydana gelen eksilmedir⁹. Bununla birlikte zarar, etkilerine, hesaplanmasına, gerçekleştiği yere ve zamana göre çeşitli açılardan tasnife tâbi tutulmaktadır¹⁰. Bu sınıflandırma içinde yer alan en temel ayırım, mal varlığı veya şahıs varlığına verilen zararlar arasında maddi ve manevi zarar ayırımıdır.

Maddi zarar, bir kişinin mal varlığında iradesi dışında meydana gelen eksilme iken; manevi zarar, kişilik değerlerindeki objektif kayıplardır. Maddi zarar içerisinde mütalaa edilen fiili zarar, mal varlığının net miktarındaki azalma iken; yoksun kalınan kâr, mal varlığında gelecek zaman için meydana gelmesi beklenen artışların önlenmesi durumunda ortaya çıkan zarardır¹¹. Zarar verici olayın direkt sonucu olan zarar doğrudan zarar; bu zarara bağlı olarak eklenen bir başka sebeple uğranılan zarar ise dolaylı zararı oluşturmaktadır¹². Somut (sübjektif) zararda ihlal edilen varlığın zarar gören için ifade ettiği sübjektif değer esas alınırken; soyut (objektif) zararda, bu varlığın objektif değeri hesaplamada dikkate alınır¹³. Kısaca yapılan bu ayırmada markanın itibar kaybının hangi zarar kategorisi içerisinde değerlendirilebileceği, tazminatın hukuki niteliğini tespit etmeye yarayıcı olacaktır.

⁷ Regulation (EU) 2017/1001 of the European Parliament and of the Council of 14 June 2017 on the European Union trade mark, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32017R1001>, (Erişim Tarihi: 20.12.2019).

⁸ TBK’de yer almayan Sınai Mülkiyet Kanunu’na özgü bir tazminat olduğu yönünde bkz. ERKAN, Vehbi Umur: “6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu’na Göre Patent Hakkına Tecavüz Edilmesi Durumunda İtibar Kaybı Tazminatı (SMK md. 150/2)”, Terazi Hukuk Dergisi, C. 13, Sa. 144, 2018, s. 15 ve s. 18-19. Maddi zararın tazmini başlığı altında ele alan görüş için bkz. AYHAN/ÇAĞLAR/ÖZDAMAR, s. 342. Marka imajının zarar görmesinde tamamen maddi zararın söz konusu olduğu yönünde bkz. OHLY, Ansgar: “Schadensersatzansprüche wegen Rufschädigung und Verwässerung im Marken- und Lauterkeitsrecht”, GRUR Heft 11/2007, s. 934. İtibar tazminatının maddi ve manevi zarar türü olduğu; fakat fiili zarar ve yoksun kalınan zararın söz konusu olmadığı yönünde bkz. ÇOLAK, s. 818; TEKİNALP, Fikri Mülkiyet, s. 506, N. 62. Ayrıca bkz. MERAN, Necati: Marka Hakları ve Korunması, B. 3, 2014, s. 485. Fiili zarar olarak nitelendirilen görüş için bkz. ARKAN, Sabih: Ticari İşletme Hukuku, Ankara 2019, s. 340. Patent konusu buluşun itibarının zedelenmesi halinde manevi zarar ortaya çıkacağı; bununla birlikte buluşun itibarının zarara uğramasında patent sahibinde oluşan manevi zararların giderilmesi değil; bizatihi patentin korunmasının amaçlandığı yönünde bkz. POLATER, Salih: “Patent Hakkının Birden Fazla Kişi Tarafından İhlali ve Açılabilir Davalar”, TBB Dergisi, 2015 (119), s.418-419. İtibar tazminatı ile telafisi amaçlanan zararın sadece maddi veya manevi alanda gerçekleşen zarar olmadığı yönünde bkz. BOZGEYİK, s. 187. Maddi ve manevi zarara ilişkin unsurları bünyesinde taşıyan ancak onlardan ayrı bir kalem olduğu yönünde bkz. KAYA, Arslan: Marka Hukuku, İstanbul 2006, s. 300; ÜLGEN, Hüseyin/HELVACI, Mehmet/KAYA, Arslan/NOMER ERTAN, N. Fusun: Ticari İşletme Hukuku, B. 6, İstanbul 2019, s. 523; TEKİNALP, İtibar Tazminatı, s. 593-594; KARASU, Rauf/SULUK, Cahit/NAL, Temel: Fikri Mülkiyet Hukuku, B. 2, Eylül 2018, s. 411; SARAÇ, s. 301; ERGÜN, Mecvi: Fikri Mülkiyet Hukuku, Ankara 2020, s. 598; maddi ve manevi tazminattan ayrı dava konusu olması nedeniyle ayrı vekalet ücretine hükmedilmesi sonucunu doğuracağı yönünde bkz. Yar. 11. HD., T. 01.06.2015, E. 2015/2112, K. 2015/7408 sayılı kararı için ÇOLAK, s. 819. Maddi ve manevi tazminat davası içinde değerlendirilebileceği yönünde bkz. KILIÇOĞLU, Ahmet: “Fikri Hakların İhlalinde Hukuksal Koruma Yolları (Sınai Haklarla Karşılaştırmalı Olarak)”, TBB Dergisi, Sa. 54, 2004, s. 90. Diğer zararlar içinde ele alan görüş için bkz. EREN, s. 553; TİFTİK, s. 52. Yar. 11. HD., T. 22.01.2007, E. 2005/13781, K. 2007/565 sayılı kararında, maddi ve manevi tazminattan farklı bir tazminat türü olarak ele almıştır (bkz. <https://www.corpus.com.tr/#!/Yargitay>, (Erişim Tarihi: 14.11.2019)). Aynı yönde bkz. Yar. 11. HD., T. 05.05.2016, E. 2015/8175, K. 2016/5114 sayılı kararı.

⁹ Geniş anlamda zarar tanımı olduğu yönünde bkz. EREN, s. 545.

¹⁰ Bu hususta bkz. EREN, s. 544 vd.; OĞUZMAN/ÖZ, s. 40 vd.

¹¹ EREN, s. 550. Mevcut ve müstakbel zarar ayırımı için ayrıca bkz. OĞUZMAN/ÖZ, s. 43; BÜYÜKSAĞIŞ, Erdem: Yeni Sosyo-Ekonomik Boyutuyla Maddi Zarar Kavramı, İstanbul 2007, s. 88-89; ORUÇ, Murat: Haksız Rekabette Maddi Tazminat Davası, İstanbul 2009, s. 82.

¹² OĞUZMAN/ÖZ, s. 42. Yoksun kalınan kârın dolaylı zarar teşkil ettiği yönünde bkz. EREN, s. 554.

¹³ EREN, s. 555.

Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere itibar kaybı, markanın müşteriler nezdinde kazandığı saygınlık ve güvenin kaybıdır. Marka üzerindeki hak, hak sahibinin gayri maddi mallar üzerindeki mutlak haklarından ve hak sahibinin paraya çevrilebilen değerler bütünü içerisinde yer alan mal varlığı değeridir. Marka hakkına tecavüz neticesinde hak sahibinin bir mal varlığı değerinde iradesi dışında bir eksilme meydana geleceğinden bu zarar, maddi tazminat taleplerine konu edilebilecektir. İtibar kaybı tazminatı ile güdülen amaçlardan birisi, markanın itibarının düzeltilmesi için yapılan giderlerin karşılanması olduğu için¹⁴ bu yönüyle itibar kaybı tazminatının *fiili zarar*ı karşılamak amacıyla öngörüleceği söylenebilir¹⁵. Markanın itibar kaybı sonucu, sahip olduğu saygınlık ve güven sayesinde gelecekte sağlaması beklenen kazancı hak sahibine sağlamaması gündeme gelebileceğinden, bu yönüyle de itibar kaybına uğrayan markanın, hak sahibinin *yoksun kalınan kazancına* yol açacağı söylenebilecektir¹⁶. Buna ilave olarak markaya tecavüz fiiline bağlı olarak eklenen bir başka sebeple uğranılan zarar olması, itibar kaybının *dolaylı zarar* şeklinde ortaya çıktığını gösterir¹⁷. Kanun'da açıkça tecavüz fiilinin yanında hakka konu ürün veya hizmetlerin kötü şekilde kullanılması veya üretilmesi, bu şekilde üretilen ürünlerin temini yahut uygun görülmeyecek bir tarzda piyasaya sürülmesi sonucunda itibarın zarar görmesinden söz edildiğinden, tecavüz fiili sonucu uğranılan zarar doğrudan zarar; kötü kullanım, üretim veya piyasaya sürme neticesinde itibarın da zarara uğraması hali dolaylı zarar teşkil edecektir. Marka itibarındaki zararın belirlenmesinde, markanın mağdur için taşıdığı ekonomik önem ile bunun mal varlığındaki diğer unsurlarla birlikte meydana getirdiği bütünlük değil; markanın objektif değeri esas alınacağından bu yönüyle itibar kaybının, soyut (objektif) zararı oluşturduğu ifade edilebilir¹⁸.

Marka hakkına tecavüz edilmesi, maddi ve manevi zarara yol açabilmekte; bu fiiller gerçekleştiği zaman hakka konu ürün/hizmetlerin kötü kullanımı, üretimi veya uygun olmayan şekilde piyasaya sürülmesi neticesinde markanın saygınlığı ve güvenilirliği zarara uğrarsa fiili zarar ve/veya yoksun kalınan kazanç olarak¹⁹ ve tecavüz fiilinin dolaylı sonucu olarak maddi tazminat talebine konu edileceği düşünülmektedir²⁰. Kanaatimizce kanun koyucu, itibar kaybı tazminatının maddi ve manevi tazminatın yanında “*ayrıca istenebileceği*”ni öngörmekle yeni bir tazminat türü ortaya çıkarmak amacıyla değildir²¹. Daha ziyade hak sahibinin dolaylı zararı mahiyetinde markanın itibarındaki kaybın giderilmesinin de mümkün olacağını ve ortaya çıkan zararın özelliği gereği buna neden olabilecek fiiller ile uygun illiyet bağıını göstermek istemiştir. Bu kabulden hareketle itibar kaybı tazminatının, şartları özel olarak düzenlenmiş maddi tazminatın bir türü olduğu ifade edilebilir.

Nihayet markanın itibar kaybı durumunda istenebilecek tazminatın, marka hakkına tecavüz sonucu marka hakkı sahibi gerçek veya tüzel kişinin ticari itibarının zedelenmiş olabileceği gerekçesiyle manevi tazminat türü olduğu yönündeki görüşe²² hükmün koruduğu menfaat farklılığı nedeniyle katılmaya imkân görmüyoruz. Öncelikle marka hakkı sahibinin ticari itibarı, bu kişinin piyasada kazandığı imaj ve güvenden teşekkül eden manevi ticari varlığıdır ve bunda meydana gelen kayıp ve zararlar, manevi tazminat davasının konusunu oluşturur²³. İtibar kaybı

¹⁴ BOZGEYİK, s. 187.

¹⁵ Bu yönde bkz. ARKAN, s. 340. Aksi yönde bkz. ÇOLAK, s. 818.

¹⁶ Markanın yatırım fonksiyonu ile itibar zararı arasındaki ilişki hakkında bkz. NEVERAUSKAS, Giedre: “*Markennutzung bei Keyword-Advertising in Vertriebsverhältnissen Rechtsvergleichende markenschutz- und wettbewerbsrechtliche Untersuchung*”, ZIK - Publikationen aus dem Zentrum für Informations- und Kommunikationsrecht der Universität Zürich Band/Nr. 63, 2016, s. 151, N. 298. Ayrıca bkz. LAREDO, Guido: “*Der Sonderschutz der berühmten Marke*”, Zeitschrift für Immaterialgüter-, Informations- und Wettbewerbsrecht, sic! 2006, s. 152, N. 304.

¹⁷ Aynı yönde bkz. OĞUZ, Arzu/ÖZDEN MERHACI, Selin: “*Fikri ve Sınâi Hakların İhlal Edilmesinden Doğan Tazminat Talepleri*”, Prof. Dr. Erdal Onar’a Armağan, C. II, Ankara 2013, s. 970.

¹⁸ Karş. TEKİNALP, İtibar Tazminatı, s. 594.

¹⁹ Aynı yönde bkz. UZUNALLI, Sevilay: Markanın Korunmasının Kapsamı ve Tazminat Talebi, Ankara 2012, s. 435. Karş. OHLY, s. 931-932.

²⁰ Markanın itibarına verilen zararda bir mal varlığı zararının söz konusu olduğu yönünde bkz. BOZGEYİK, s. 187. İtibar zararının, haksız kullanım nedeniyle gündeme gelecek maddi zarara ek bir zarar olduğu yönünde bkz. KARAN, Hakan/KILIÇ, Mehmet: Markaların Korunması 556 Sayılı KHK Şerhi ve İlgili Mevzuat, Ankara 2004, Md. 68, s. 533.

²¹ Karş. OĞUZ/ÖZDEN MERHACI, s. 970; KARAN/KILIÇ, Md. 68, s. 533; YASAMAN, Hamdi/YÜKSEL, Sinan: Marka Hukuku, 556 Sayılı KHK Şerhi, İstanbul 2004, Madde 68, s. 1182; KARASU/SULUK/NAL, s. 410; ÇAĞLAR, Hayrettin: Marka Hukuku Temel Esaslar, B. 2, Ankara 2015, s. 131; SARAÇ, s. 299; MERAN, s. 485; AYDIN, Fatih: “*Sınai Mülkiyet Kanunu ve Yargıtay Uygulamasında Marka Hukukunda Tazminat*”, TBB Dergisi, 2017 (133), s. 569-570.

²² Bkz. ÇOLAK, s. 815 ve s. 818. Karş. YASAMAN/YÜKSEL, Madde 68, s. 1184.

²³ BOZGEYİK, s. 183-184.

tazminatı ise doğrudan *markanın itibarını* korumaktadır. Marka itibarına verilecek zarar neticesinde uğranılacak ticari itibar kaybı ise manevi tazminata gerekçe oluşturabilecektir²⁴.

IV. İTİBAR KAYBI TAZMİNATI İSTENEBİLMESİNİN ŞARTLARI

Marka itibarının kaybı, hukuka aykırı bir fiil ile kusurlu şekilde bir başka kişinin mal varlığı değerine tecavüz sonucu oluşan zarar olduğundan burada esas itibarıyla haksız fiil sorumluluğunun ve kusur sorumluluğunun ortaya çıktığı ifade edilmelidir²⁵. Bu esastan hareketle itibar kaybı tazminatının talep edilebilmesi için öncelikle haksız fiil sorumluluğunun kurucu unsurlarının varlığı gerekli görülmektedir. Buna karşılık markanın tanınmış marka olması aranmamaktadır²⁶.

A. Hukuka Aykırılık

Hukuka aykırılıktan temel olarak, başkalarının mal varlığı ve şahıs varlığı değerlerini koruyan emredici nitelikteki hukuk normlarının ihlal edilmesi anlaşılmaktadır²⁷. Hukuka aykırılık, bir fiil ile normun ihlali (*olumlu unsur*) ve hukuka uygunluk sebeplerinin bulunmaması (*olumsuz unsur*) şeklindeki iki unsurdan oluşmaktadır²⁸. Mutlak hakları koruyan temel koruma normlarından olan SMK'nin marka hakkını koruyan düzenlemelerinin ihlal edilmesi, hukuka aykırılık unsurunu oluşturmaktadır²⁹ (SMK m.29). Hukuka uygunluk sebepleri arasında zarar gören marka hakkı sahibinin zarara razı olması hali gösterilebilir³⁰. Tecavüz fiillerinden önce gösterilen rıza, fiili hukuka aykırı olmaktan çıkaracağından bu ihtimalde tecavüz fiilinden söz edilemeyecek; sonradan gösterilen, fiilin onanmasına ilişkin irade ise tazminattan feragat etme neticesini ortaya çıkaracaktır³¹. Marka hakkı sahibinin, marka hakkına yönelik tecavüz fiillerini öğrendiği veya öğrenebileceği andan itibaren tecavüz fiilini önlemeye yönelik savunma önlemlerini hayata geçirmemesi durumunda da marka itibarında meydana gelebilecek zararı ortak kusurla artırmış olabileceği de göz ardı edilmemelidir³².

İtibar kaybı tazminatı talep edebilmek için Kanun'da gerçekleşmesi gerekli görülen hukuka aykırı fiiller, marka hakkı sahibinin hukuki menfaatini dolaylı şekilde koruyan normun ihlaline neden olur. Diğer bir anlatımla bu fiiller, marka hakkı sahibinin markasının itibarı üzerinden

²⁴ Aynı yönde bkz. GOLDMANN, Michael: BeckOK Markenrecht, (Hrsg.: ALBRECHT, Friedrich/KUR, Annette/VON BOMHARD, Verena), 19. Ed., München 2019, N. 752; UZUNALLI, s. 434. Karş. OHLY, s. 934.

²⁵ ÇOLAK, s. 771. Marka sahibi tarafından lisans yoluyla verilmiş hakların izinsiz genişletilmesi, aynı zamanda sözleşmeye aykırılık teşkil edebilecektir. Örneğin, lisans alan, lisans sözleşmesine konu markayı kendi markası ile birlikte kullanırken lisansa konu markanın itibarına zarar verirse, hem sözleşmeye aykırılık hem de marka hakkına tecavüz söz konusu olacaktır. Bu hususta bkz. UZUNALLI, s. 328-330. Bununla birlikte SMK m.24/4 hükmünde lisans alanın, lisans sözleşmesinde yer alan şartlara uymadığı hallerde marka sahibinin, tescilli markadan doğan haklarını lisans alana karşı ileri sürebileceği açıkça hükme bağlanarak marka hakkı sahibinin sadece sözleşmeye aykırılık hükümlerine değil; marka hakkına dayanarak markaya tecavüz nedeniyle haklarını ileri sürebileceği öngörülmüştür.

²⁶ TEKİNALP, İtibar Tazminatı, s. 597; TEKİNALP, Fikri Mülkiyet, s. 508, N. 69; UZUNALLI, s. 435; AYDIN, s. 570. Zorunlu olmasa da itibar kaybı tazminatının daha ziyade tanınmış markalarda gündeme geleceği yönünde bkz. KAYA, s. 299. Üçüncü kişi tarafından markanın, aynı veya benzer mal/hizmetlerde tanınmış markanın çekici gücü azalacak şekilde kullanılması halinde itibar tazminatının gündeme geleceği yönünde bkz. BOZGEYİK, s. 187. İtibar tazminatının, tanınmış ve bir kalite sembolü olmuş markalar hakkında gündeme geleceği yönünde bkz. ÇOLAK, s. 820. Halkın sınıf atlama güdüsüyle yöneldiği markaların daha fazla itibara sahip olacağı yönünde bkz. YASAMAN/YÜKSEL, Madde 68, s. 1183, dñn. 7. Benzer yönde bkz. NEVERAUSKAS, s. 151, N. 300. İtibar kaybına karşı korumadan faydalanabilmek için tanınmışlığın değil; olumlu imaja sahip olunduğunun ispatlanması gerektiği; zira kötü imaj ile de tanınmışlığın sağlanabileceği yönünde bkz. BÜYÜKKILIÇ, s. 693-694. Bir marka hakkının içeriği ve kapsamı ile ilgili olarak marka sahibinin münhasır pozisyonunun, tazminat almaya değer markanın prestijine veya itibarına verilen zarar dikkate alınarak güçlendirileceği yönünde bkz. Law 17/2001 of December 7, 2001, on Trademarks, s. 9. Her markanın düşük ya da yüksek, korunmaya değer bir itibarı vardır; itibarın derecesi ise sadece itibar kaybı tazminatının miktarı bakımından belirleyici olduğundan bu görüşe katılmaya imkân görmüyoruz. İtibar tazminatının talep edilebilir olmasının, tanınmışlıktan bağımsız olduğu yönünde ayrıca bkz. BOZGEYİK, s. 190.

²⁷ AKÇURA KARAMAN, Tuba: “*Haksız Fiil Sorumluluğunda Hukuka Aykırılık Unsurunun İrdelemesi ve Tehlike Kuralı*”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Erden Kuntalp'e Armağan, C. I, 2004, s. 558; TİFTİK, Mustafa: Akit Dışı Sorumlulukta Maddi Tazminatın Kapsamı, Ankara 1994, s. 49; EREN, s. 610. Karş. BGB § 823, § 826.

²⁸ EREN, s. 612.

²⁹ TANDOĞAN, Halük: Türk Mes'uliyet Hukuku, İstanbul 2010, s. 21; EREN, s. 619; ERKAN, s. 19. Mutlak haklar bakımından sonucun veya davranışın hukuka aykırılığı görüşünün kabul edilmesinin varılacak yargıyı değiştirmeyeceği yönünde bkz. AKÇURA KARAMAN, s. 574.

³⁰ KARGIN, Veli: “*Sınai Mülkiyet Hakları ve Tazminat*”, Hukuk Gündemi Dergisi, 2006-4, s. 93.

³¹ EREN, s. 630; TİFTİK, s. 100.

³² Bu yönde bkz. UZUNALLI, s. 430-431; TEKİNALP, İtibar Tazminatı, s. 593; TİFTİK, s.108-109; ORUÇ, s.114.

dolaylı olarak onun gelecekteki ekonomik menfaatinin ihlal edilmesine yol açar. Bu yönüyle burada söz konusu olan hukuka aykırılık, özel bir koruma normunun³³ ihlalinden ortaya çıkar.

B. Fiil

Haksız fiil sorumluluğundan söz edilebilmesi için varlığı aranan ikinci unsur, hukuken korunan değerleri ihlal eden bilinçli insan fiilidir. Kusur sorumluluğunda zararlı sonucu doğuran sebep genellikle aktif insan davranışı şeklinde tezahür eder³⁴. Kanun'da “*Sınai mülkiyet hakkına tecavüz edilmesi durumunda...ayrıca tazminat istenebilir*” şeklinde kaleme alınan m.150/2 hükmünde aktif bir eylem, bir tecavüz fiilinin bulunması gerektiğine açıkça vurgu yapılmıştır. Dolayısıyla öncelikle marka hakkına tecavüz teşkil eden bir fiilin bulunması gereklidir³⁵ (SMK m.29). Buna karşılık markanın hükümsüzlüğü veya iptali talebiyle açılan davalar, marka hakkına tecavüz olarak kabul edilemeyeceğinden, itibar kaybı tazminatının talep edilme gerekçesi yapılamayacaktır³⁶.

Bu tespite ilave olarak SMK m.150/2 hükmü, markanın itibarına zarar veren fiilin, marka hakkına tecavüz teşkil eden her fiil olmadığına işaret ederek³⁷ marka hakkına konu ürün veya hizmetlerin, tecavüz eden tarafından “*kötü şekilde kullanılması*”³⁸ veya “*üretilmesi*”³⁹, “*bu şekilde üretilen ürünlerin temin edilmesi*” yahut “*uygun olmayan bir tarzda piyasaya sürülmesi*”⁴⁰ durumunda markanın itibarı zarara uğrarsa tazminat istenebileceğini

³³ EREN, s. 620; TİFTİK, s. 49.

³⁴ EREN, s. 542. Patent hakkına tecavüze ilişkin olarak ayrıca bkz. ŞEHİRALİ, Feyzan Hayal: Patent Hakkının Korunması, Ankara 1998, s. 168.

³⁵ YASAMAN, Hamdi: Marka Hukuku ile İlgili Makaleler, Hukuki Mütalaalar, Bilirkişi Raporları IV, İstanbul 2012, s. 435. Marka hakkına tecavüz teşkil eden eylemlerin ortak özelliğinin, kullanımın ekonomik/ticari amaçlı olması gerektiği yönünde bkz. UZUNALLI, s. 264; NOYAN, Erdal/GÜNEŞ, İlhami: Marka Hukuku, B. 5, Ankara 2015, s. 684; ancak kâr amacı, ücret veya rekabet gibi yüksek kriterlere bağlı olmadığı yönünde bkz. SPINDLER/SCHUSTER, N. 61. 556 sayılı KHK m.9/2, c ve m.61/1, c hükümlerine benzer düzenlemelere SMK'de yer vermeyen kanun koyucunun transit rejimi de dâhil tüm gümrük rejimi hallerini koruma kapsamı dışında bıraktığı; bununla birlikte SMK m.159/2-b hükmünün unutkanlık eseri Kanun'da muhafaza edildiği yönünde bkz. ÇOLAK, s. 498-499. Malların gümrükten transit geçtiği durumlarda piyasaya sürme fiili gerçekleşmeyeceğinden itibar tazminatına hükmedilemeyeceği yönünde bkz. BOZGEYİK, s. 188.

³⁶ Yar. 11. HD., T. 01.04.2010, E. 2008/8156, K. 2010/3600 sayılı kararı için bkz. <http://www.kazanci.com>, (Erişim Tarihi: 18.01.2020).

³⁷ YASAMAN/YÜKSEL, kötü üretim ve uygun olmayan şekilde piyasaya sürme fiillerini, tecavüz fiilinin sonuçlarını ağırlaştırıcı nedenler olarak vasıflandırmakta ve bu fiillerin ayrıca haksız fiil teşkil etmediğini düşünmektedirler, (Madde 68, s. 1183). “...itibar tazminatına hükmedilebilmesi için marka hakkına tecavüz edilmesi tek başına yeterli değildir.” (Yar. 11. HD., T. 11.11.2014, E. 2014/11077, K. 2014/17348 sayılı kararı için bkz. <https://www.corpus.com.tr/#/Yargitay>, (Erişim Tarihi: 19.01.2020)).

³⁸ Bkz. Yar. 11. HD., T. 08.10.2019, E. 2018/5081, K. 2019/6304 sayılı kararı için <http://www.kazanci.com/>, (Erişim Tarihi: 01.01.2020)). Bir markanın cinsel içerikte kullanılması durumunda itibar zararının genellikle varsayıldığı yönünde bkz. ROTHMAN, Jennifer E.: “*Sex Exceptionalism in Intellectual Property*”, 23 Stanford Law & Policy Review 119 (2012), https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2104419, s. 134, (Erişim Tarihi: 14.01.2020). Aynı yönde bkz. OHLY, s. 927; LÖTSCHER, Samuel: “*Die Markenparodie*”, Schriften zum Medien- und Immaterialgüterrecht Band/Nr. 104, 2017, s. 449, N. 801; LAREDO, s. 83. Rekabet ihlallerinde, özellikle karalayıcı, küçük düşürücü ve makul kabul edilemeyecek diğer şekillerdeki karşılaştırmalar gibi doğrudan rakibin markasının itibarını hedef alan kullanımlar da bu kapsamda mütalaa edilebilir. Bu yönde bkz. SCHAI, Damian: “*Vorsorglicher Rechtsschutz im Immaterialgüterrecht Unter besonderer Berücksichtigung superprovisorischer Anordnungen des aargauischen Handelsgerichts*”, Veröffentlichungen zum aargauischen Recht Band/Nr. 52, 2010, s. 98. Markanın reklamlarda küçük düşürülmesi veya markanın imajının marka sahibinin arzu ettiği şekilde aktarılmaması ya da marka sahibinin ürün yelpazesine ait olmayan ve markalı ürünün itibarına veya kalitesine uymayan diğer benzer ürünlerin sunulduğunun reklamlardan anlaşılması durumlarında itibar zararının söz konusu olacağı yönünde bkz. NEVERAUSKAS, s. 146, N. 289.

³⁹ Düşük kaliteli parfümü şişeleterek ve bu üründe taklit markayı kullanarak satışa çıkarmanın kötü üretim teşkil edeceği yönünde bkz. KARASU/SULUK/NAL, s. 411.

⁴⁰ Piyasaya sürme, satım, trampa, kiralama sözleşmeleri ya da bedelsiz olarak dağıtım şekillerinde gerçekleşebilir. Bu yönde bkz. ÇOLAK, s. 491. Seçkin dükkân ve semtlerde satılan bir malın taklit veya benzerlerinin işportada bağırılarak satılması durumunda imaj zedelenmesinin söz konusu olabileceği; ancak gerçek markayı taşıyan malların tasfiye veya tahliye gerekçesiyle işportada satılmasının bundan istisna olduğu yönünde bkz. TEKİNALP, İtibar Tazminatı, s. 592 ve 595; TEKİNALP, Fikri Mülkiyet, s. 507, N. 64. Fiyat ile marka itibarının bağlantılı olduğu hallerde, markanın itibarına zarar verecek şekilde markayı taşıyan ürünlerin düşük fiyattan satılmasının bu kapsamda düşünüleceği yönünde bkz. YASAMAN/YÜKSEL, Madde 68, s. 1183. Markayı taşıyan ürünlerin taklidini yaparak pazarda veya sokakta ucuz fiyata satışının yapılmasının uygun olmayan tarzda piyasaya sürme teşkil ettiği yönünde bkz. KARASU/SULUK/NAL, s. 411. Kötü, şüpheli görülen satış kanallarının seçilmesi suretiyle de itibara zarar verilebileceği yönünde bkz. SCHAI, s. 99. OLG Frankfurt “*% 94'e varan tasarruflar*” şeklindeki reklam metninin, marka sahibinin hizmetlerini olumsuz etkilese de hakaret ögesi bulunmadığına karar vermiştir (bkz. OLG Frankfurt am Main, Urteil vom 10.04.2014 - 6 U 272/10, <https://openjur.de/u/687954.html>, (Erişim Tarihi 25.01.2020)). Kanaatimizce teklifin öne çıkarılması, daha düşük fiyatın veya rakiplerin sağlamadığı diğer ek hizmetlerin

düzenlemektedir. Kanaatimizce hüküm, marka itibarına zarar verebilecek fiilleri, geniş şekilde, üst başlık niteliğinde kaleme aldığı için, bu haliyle tahdidi bir düzenleme getirmekten uzaktır⁴¹. Bu bağlamda örneğin, markayı Kanun'un 7'nci maddesinde belirtilen biçimlerde kullanmak, markayı taklit etmek, lisans yoluyla verilen hakları izinsiz genişletmek veya bu hakları üçüncü kişilere devretmek fiilleri *kullanma fiilini*; taklit edilen markayı taşıyan ve tescil kapsamına giren mal veya hizmetleri üretmek, kullanma fiilinin yanında *üretim fiilini*; tecavüz yoluyla kullanılan markayı taşıyan ürünleri satmak, dağıtmak, başka bir şekilde ticaret alanına çıkarmak, ithal işlemine tabi tutmak, ihraç etmek, *piyasaya sürme fiilini* karşılar.

Bununla birlikte itibar kaybı tazminatının talep edilebilmesi için varlığı aranan ve marka hakkına aynı zamanda tecavüz sayılan bu fiillerin "*kötü şekilde*" ve/veya "*uygun olmayan bir tarzda*" gerçekleştirilmiş olması gerekmektedir. Bu kavramlardan ne anlaşılması gerektiği, Kanun'da ve gerekçesinde açıklanmamış; hükmün somutlaştırılması uygulamaya ve doktrine bırakılmıştır. Bu hususta doktrinde⁴², kötü hammadde veya geri teknoloji kullanılarak üretilen mal veya hizmetlerin, kötü ambalaj ile ve/veya vasıfsız elemanlar kullanılarak satışının yapılmasının itibar tazminatı için sebep oluşturacağı ifade edilmektedir. Bu hallere, markanın ürün yelpazesinin dışında cinsel içerikte kullanılması, markanın itibarını hedef alan küçük düşürücü, alaycı karşılaştırmalar, markanın itibarına, kalitesine uymayan diğer benzer ürünlerle birlikte tanıtım yapılması, kalitesi düşük taklit ürünlerin üretilmesi ve bu ürünlerin markanın olağan satış kanallarının dışında satışa sunulması halleri dâhil edilebilir. Buna karşılık marka hakkı sahibinin izni olmaksızın markayı karıştırılma ihtimali yaratacak şekilde kullanmak veya tanınmış markanın itibarından haksız yarar elde edecek nitelikteki kullanım, tek başına markanın itibarına zarar verecek fiiller kapsamında mütalaa edilemez⁴³; meğerki bu suretle üretilen ürün veya hizmetler orijinaline kıyasla daha düşük kalitede⁴⁴ ve şartlarda bulunsun⁴⁵.

Bir markanın bir parodide mizahi şekilde ele alınması, her durumda markanın kötü kullanımını gerekçesiyle itibar tazminatı talebine dayanak yapılmamalıdır meğerki ticari amaçla markayı haksız yere küçük düşürecek alaycı kullanımlar⁴⁶, itibara zarar verecek türden imge transferine yol açan karıştırma riski söz konusu olsun. Zira yasal engelleri aşarak itibar kaybına neden olmayacak bir parodinin yaratıcı çaba gerektireceği dikkate alındığında bu türden bir ticari kullanımın, markanın tanınmışlığına olumlu yönde katkı sunabileceği göz ardı edilmemelidir⁴⁷.

vurgulanması ile yapılabileceğinden, söz konusu reklamın, yanıltıcı olmadıkça, marka itibarına zarar vermeyeceği kabul edilmelidir. Bu yönde bkz. NEVERAUSKAS, s. 149, N. 293 ve s. 167, N. 338.

⁴¹ Mehaz hukukta da "*özellekle*" ibaresinin kullanılmış olması gerekçesiyle sınırlı sayıda olmadığı yönünde bkz. Ley 24/2015, de 24 de julio, de Patentes, Art.76. Ayrıca bkz. ve karşı. TEKİNALP, İtibar Tazminatı, s. 595; ERKAN, s. 20; SARAÇ, s. 299.

⁴² TEKİNALP, İtibar Tazminatı, s. 595; ÇOLAK, s. 819.

⁴³ Markanın itibarının zarara uğraması ile markanın itibarından faydalanma kavramları eş anlama sahip değildir. İlk durumda istenmeyen, olumsuz bir itibarın devredilmesi riski söz konusudur. İkinci durumda ise genellikle rakibin durumu iyileşirken, marka sahibinin durumunda kötüleşme oluşmaz. Markanın itibarından faydalanma durumunda bundan fayda sağlayan, esas itibarıyla marka sahibinin yatırımını ödüllendirmeyerek avantaj elde eder. Bu yönde bkz. NEVERAUSKAS, s. 77.

⁴⁴ Kalite farklılığı sadece laboratuvarında tespit edilebiliyorsa itibara ilişkin herhangi bir zararın oluşmadığı yönünde bkz. JUNG, Peter: Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), Stämpflis Handkommentar, 2. Aufl., 2016, dpn. 333.

⁴⁵ Her taklit malın, orijinaline kıyasla belli bir ölçüde kötü üretim olacağı, piyasaya sürülmesinin daha elverişsiz koşullarda söz konusu olacağı ve marka hakkı sahibine itibar kaybı tazminatı talep hakkı vereceği yönünde bkz. ÇOLAK, s. 819. Kötü üretim şartlarına rağmen mal kaliteli şekilde üretilmişse itibar tazminatının istenemeyeceği yönünde bkz. TEKİNALP, İtibar Tazminatı, s. 596; SARAÇ, s. 300. Benzer yönde bkz. OĞUZ/ÖZDEN MERHACI, s. 970; dolaylı bir ifade ile OHLY, Ansgar/SOSNITZA, Olaf: Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb mit Preisangabenverordnung Kommentar, 7. Aufl., München 2016, N. 3/70; SCHAI, s. 98. Yar. 11. HD, T.17.12.2014, E. 2014/9602, K. 2014/19971 sayılı kararı için bkz. <http://www.kazanci.com/>, (Erişim Tarihi: 19.01.2020). Yar. 11. HD., T. 11.11.2014, E. 2014/11077, K. 2014/17348 sayılı kararı için bkz. <https://www.corpus.com.tr/#!/Yargitay>, (Erişim Tarihi: 19.01.2020).

⁴⁶ Saldırgan reklam kampanyası olarak parodinin eğlenceli olduğunda bile marka itibarını zedeleyebileceği yönünde bkz. BABÜR TOSUN/BURAK DERELİ, s. 325.

⁴⁷ LÖTSCHER, s. 449, N. 801. Avea ve Turkcell markalarının reklam kampanyaları üzerinde yürütülen bir çalışmada rakibin aksine, reklamda parodi kullanan markanın imajının olumsuz yönde etkilendiği tespit edilmiştir. Bu yönde bkz. BABÜR TOSUN/BURAK DERELİ, s. 335-336. Milka'nın, lila renkli kartpostallarda "*Über allen Wipfeln ist Ruh, irgendwo blökt eine Kuh. Muh!*" şeklindeki kullanıma karşı açtığı davada mahkeme, söz konusu kartpostalın tasarımı, davacı markalarının bir karalaması olarak görülmezse ve davalının kartpostalın satışı ile münhasıran ticari amaç takip ettiği kabul edilemezse, anlaşmazlık durumunda, sanatsal özgürlüğün, mülkiyet hakkının korunmasından önce

Bununla birlikte doktrinde haklı olarak kötü kullanma fiilinin, ticari nitelikte olmadıkça marka hakkının tükenmesi kapsamında kalacağından SMK m.150/2 hükmünün uygulama alanı içinde ele alınamayacağı ifade edilmektedir⁴⁸. Marka hakkının tükenmesi durumunda, her ne kadar marka hakkı sahibi piyasaya bir kez çıkarılan ürünlerin tedavülüne engel olamayacak ise de üçüncü kişiler tarafından değiştirilerek veya kötüleştirilerek ticari amaçlı kullanılmasını önleme hakkına sahip kılınmıştır (SMK m.152/2; §24 Abs.2 MarkenG). Dolayısıyla *kötü şekilde ticari kullanımlar*, itibar kaybı tazminatı taleplerine gerekçe yapılabilecek⁴⁹; böylece itibar kaybı, tükenme ilkesinin uygulanmasını bir ölçüde sınırlandıracaktır.

C. Zarar

Zarar oluşmadan haksız fiil sorumluluğundan söz edilemeyeceğinden, itibar kaybı tazminatının talep edilebilmesi için de markanın itibarını zedeleyen fiiller neticesinde bir zararın ortaya çıkması gereklidir⁵⁰. Markanın itibar kaybında, maddi nitelikte; fakat tecavüz fiiline bağlı olarak eklenen bir başka sebeple uğranılan dolaylı zarardan söz edilmektedir.

Markanın itibar kaybı neticesinde tazminata hükmedilebilmesi için markanın soyut olarak ihlale maruz kalması yeterli görülmemekte; itibardaki kaybın ne şekilde gerçekleştiği ve bu kaybın nasıl telafi edilebileceği hususlarının da ortaya konulması beklenmektedir⁵¹. Bu hususta ispat yükü, itibar tazminatını talep eden kişiye düşmektedir⁵². Markanın itibarının zarara uğraması gerekçesiyle tazminat talep edebilmek için ayrıca bir de marka hakkı sahibinin itibarının zarar görmesi aranmamaktadır⁵³. Marka hakkı sahibinin itibarının zarar görmesi, ayrıca maddi ve manevi tazminat taleplerinin konusu olabilecektir. İtibar kaybı tazminatı, maddi ve manevi tazminat ile birlikte istenilebilse de⁵⁴ markanın itibar kaybının her durumda marka hakkı sahibinin ticari itibarında kayba neden olduğu söylenemez⁵⁵. Markanın itibar kaybının aynı zamanda manevi zarara neden olması, bilhassa marka ile sahibi arasındaki bağın kuvvetli olduğu zamanlarda söz konusu olabilecektir⁵⁶. Buna ek olarak itibar tazminatı, maddi ve manevi tazminat

geleceğine hükmetmiştir, (BGH, Urteil v. 03.02.2005, Az. I ZR 159/02 için bkz. <http://tmdm.in/u/252>, (Erişim Tarihi: 22.01.2020)).

⁴⁸ ÇOLAK, s. 821. Marka hakkına tecavüz teşkil eden eylemlerin markanın ekonomik amaçlı kullanımını gerektirdiği yönünde bkz. UZUNALLI, s. 264 ve s. 433; kişisel kullanım kapsamındaki kötü kullanımlar itibar tazminatına imkân vermeyecekse de tüketici deneyiminin paylaşılmasının kapsamını aşacak şekilde bir marka ile yaşanan kötü tecrübelerin kamuoyu önünde karalama kampanyası haline getirilmesinin, bu amaçla markanın internette yönlendirici kod veya anahtar kelime olarak kullanılmasının, markanın itibar kaybına neden olabileceği yönünde bkz. BOZGEYİK, s. 189 ve s. 191; yetkisiz satıcılar tarafından marka anahtar kelime reklamcılığında kullanılırken itibar hasarının oluştuğunun kabul edilmesinin, özellikle prestijli ve lüks markalar için istisnai durumlarda mümkün olacağı yönünde bkz. NEVERAUSKAS, s. 155, N. 311. Bir markanın *dijital Influencerlar* vasıtasıyla kullanılmasının da ticari kullanım kapsamında ele alınacağı yönünde bkz. SPINDLER/SCHUSTER, N. 63. “... bununla birlikte internet sitesi alan adında geçen “yurticikargomagdurları” ibaresi, davacı yönünden toplumda negatif bir çağrışım meydana getirdiği, böyle bir alan adı kullanımının davacıyı küçük düşüreceği ve ticari itibarını zedeleyeceğinin açık olduğu...” (Yar. 11. HD., T. 17.03.2014, E. 2013/15738, K. 2014/5119 sayılı karar için bkz. <http://www.kazanci.com/>, (Erişim Tarihi: 17.01.2020)).

⁴⁹ NEVERAUSKAS, s. 159, N. 321.

⁵⁰ UZUNALLI, s. 434.

⁵¹ Mağdurun, markaya tecavüz fiilinin kapsam ve süresi hakkında tahmin yapılmasını sağlayacak yeterli dayanağı sunması gerektiği yönünde ayrıca bkz. GOLDMANN, N. 747 ve N. 750. Yar. 11. HD., T. 30.11.2015, E. 2015/4309, K. 2015/12738 sayılı karar için bkz. <https://www.corpus.com.tr/#!/Yargitay>, (Erişim Tarihi: 14.11.2019). Yar. 11. HD., T. 06.11.2018, E. 2017/644, K. 2018/6810 sayılı karar için bkz. <http://www.kazanci.com/>, (Erişim Tarihi: 01.01.2020). Yar. 11. HD., T. 06.11.2018, E. 2017/1317, K. 2018/6800 sayılı karar için bkz. <http://www.kazanci.com/>, (Erişim Tarihi: 01.01.2020). Yar. 11. HD., T. 11.11.2014, 11077/17348 sayılı kararı için bkz. BOZGEYİK, s. 188. Bu yönde bkz. ÇOLAK, s. 820; BÜYÜKKILIÇ, Gül: Marka Hukukunda Tanınmış Markanın Sulandırmaya Karşı Korunması, İstanbul 2019, s. 691; OHLY, s. 931.

⁵² Ticari itibarın zedelенmesi, marka hakkının tecavüze uğraması hallerinde zararın varlığının karine olarak kabul edilebileceği yönünde bkz. ORUÇ, s. 87. Markayı taşıyan ürünlerin ucuz taklitlerinin yığınlar şeklinde dağıtımının yapılması sebebiyle orijinal ürünlerin münhasır niteliği kaybolursa, lüks ürünlerin itibar değerinin zarar görebileceği yönünde bkz. OHLY/SOSNITZA, N. 3/70; JUNG, s. 255.

⁵³ KAYA, s. 299; ERKAN, s. 18.

⁵⁴ YASAMAN/YÜKSEL, Madde 68, s. 1182; UZUNALLI, s. 453; SARAÇ, s. 302. Uygulamada mahkemelerin, itibar tazminatına hükmederken manevi tazminata da hükmettikleri hallerde mükerrer tazminat endişesi yaşadıkları yönünde bkz. ÇOLAK, s. 822. Yar. 11. HD., T. 17.4.2018, E. 2016/9375, K. 2018/2801 sayılı kararı için bkz. <https://www.corpus.com.tr/#!/Yargitay>, (Erişim Tarihi: 10.01.2020). Yar. 11. HD., T. 08.10.2019, E. 2018/5081, K. 2019/6304 sayılı karar için bkz. <http://www.kazanci.com/>, (Erişim Tarihi: 10.01.2020).

⁵⁵ Yargıtay ise vermiş olduğu bir kararda, marka itibarındaki kaybı manevi tazminata hükmetme gerekçesi yapmıştır, (Yar. 11. HD., T. 06.02.2001, E. 2000/9741, K. 2001/888 sayılı karar için bkz. <http://www.kazanci.com>, (Erişim Tarihi: 11.01.2010)).

⁵⁶ BOZGEYİK, s. 190. Markanın, gerçek kişilerde sahibinin adını veya tüzel kişilerde unvanının ayırt edici ekini içermesi durumlarında ya da tanınmış markalarda, marka ile sahibi arasındaki bağlantı kuvvetli olduğundan, marka ile

talepleriyle birlikte talep edilmek zorunda olmayıp şartları gerçekleşmişse tek başına da istenebilir⁵⁷.

D. Uygun İlliyet Bağı

Uygun illiyet bağı, hayatın olağan akışına ve genel hayat tecrübelerine göre hukuka aykırı fiilin, meydana getirmeye elverişli olduğu zararlı sonuç ile arasındaki bağıdır⁵⁸. Markanın itibar kaybı nedeniyle tazminat istenilebilmesi için hakka tecavüz durumunda Kanun'da öngörülen fiillerin sonucunda zararın oluşması gereğine işaret edilmiştir. Bununla birlikte markanın itibarına zarar verecek türden, hakka konu ürün ve hizmetlerin hem kötü kullanımı, hem kötü üretimi hem de uygun olmayan şekilde piyasaya sürüldüğü hallerde zarar, birden fazla sebebin birlikte etkisi neticesi meydana gelecektir bile borçlar hukukunda kabul edilen ortak, yarışan ya da seçimlik illiyetten söz edilemeyecektir. Bu halde her bir sebep zararlı sonucu doğurmaya elverişli olacağı da sebeplerin birbirinin önüne geçmesi veya illiyet bağını kesmesi gündeme gelmeyecektir. Zararı doğuran fiil birden fazla kişi tarafından birlikte gerçekleştirmişse müteselsil sorumlulukları söz konusu olacaktır⁵⁹. Marka hakkına tecavüz fiili, birbirinden bağımsız kişilerce işlenmişse, her bir müteceviz kendisinin neden olduğu zarardan tamamen sorumlu olacaktır⁶⁰. Marka hakkına tecavüz fiilleri, Kanun'da öngörülen fiillerin arka arkaya işlendiği hallerde olduğu gibi bir ihlal zinciri oluşturuyorsa bu zincir içinde bulunan kişiler, tek bir zarar oluşmadığından her biri oluşan zararın kendisine atfedilebilen kısmından sorumlu olacak; her bir müteceviz hakkında farklı hesaplama ölçüleri benimsenebilecek ve bir mütecevizin yapmış olduğu ödemedi diğer mütecevizler fayda sağlayamayacaktır⁶¹.

E. Kusur

Kusur, hukuk düzeninin kınadığı davranış biçimi olup aynı zamanda sorumluluğu da sınırlayan bir unsurdur⁶². Kusur, kast ve ihmâl şeklinde gerçekleşebilir. Kusurun derecesi, tazminat yükümlülüğünün doğması açısından değil; hükmedilecek tazminat miktarı hakkında belirleyici olacaktır⁶³. Kusurun tespit edilmesinde mütecevizin hukuki durumu, mesleği, somut olayın koşulları göz önüne alınır. Örneğin TTK m.18/2 hükmü gereği her tacirin, ticari faaliyetlerinde basiretli iş adamı gibi hareket etmesi gerekli olduğundan mütecevizin tacir sıfatını haiz olduğu durumlarda özenin derecesi, tacir olmayan bir kişiye göre daha yüksek beklenecektir⁶⁴.

İtibar tazminatının istenebilmesi için Kanun'da kötü veya uygun olmayan şekilde marka hakkına tecavüz edilmesinden söz edildiği için bu fiillerin çoğunlukla kasıtlı işlendiği düşünülebilir⁶⁵. Buna karşılık mütecevizden hukuka aykırı sonuçtan kaçınmak için yeterli şekilde iradesini kullanması beklenen hallerde ihmâl dayalı sorumluluk gündeme gelebilecektir⁶⁶. İhmâl tespit ederken uygulanacak özen ölçüsü, ilgili piyasadaki görüş ve

sahibin itibarlarındaki zararların birlikte gerçekleşebileceği yönünde bkz. UZUNALLI, s. 440. Ayrıca bkz. KAYA, s. 300.

⁵⁷ Ancak bunun pratik bir faydasının bulunmayacağı yönünde bkz. OĞUZ/ÖZDEN MERHACI, s. 971.

⁵⁸ EREN, s. 565; KARGIN, s. 92; TİFTİK, s. 54; ORUÇ, s. 107. Uygun illiyet bağı ile birlikte uygulanmak üzere kabul edilen normun koruma amacı kuramı hakkında ayrıca bkz. BÜYÜKSAĞIŞ, s. 94 vd. Tazminat yükümlülüğünün sadece, talep edilen zarar, ihlal edilen normun yorumu yoluyla elde edilecek koruma amacına dâhil olduğu sürece oluşacağı yönünde bkz. GOLDMANN, N. 735.

⁵⁹ TEKİNALP, İtibar Tazminatı, s. 591; TEKİNALP, Fikrî Mülkiyet, s. 505, N. 60; GOLDMANN, N. 827.

⁶⁰ GOLDMANN, N. 828.

⁶¹ GOLDMANN, N. 832.

⁶² EREN, s. 596; TİFTİK, s. 55-56.

⁶³ KARGIN, s. 93.

⁶⁴ ORUÇ, s. 77 ve s. 113; NOYAN/GÜNEŞ, s. 702.

⁶⁵ Kusurun, hakka tecavüzü bilmek olduğu yönünde bkz. TEKİNALP, İtibar Tazminatı, s. 595. SMK m.150/2 hükmünde kusur şartına yer verilmediğinden bahisle kusur karinesinin getirildiği kabul edilmemeli; tazminat hukukunun genel prensibi olarak kusuru ispat yükünün davacıda olduğu kabul edilmelidir.

⁶⁶ UZUNALLI, s. 335 ve s. 340; ÇAĞLAR, s. 126; KARGIN, s. 93; STAUB, Roger: Markenschutzgesetz, Stämpflis Handkommentar, 2. Aufl., 2017, Art. 55/IV-VII, s. 1347, N. 107. Alman Federal Mahkemesi verdiği bir kararda -her ne kadar tecavüz fiili bizzat işlenmediği ve satıcıların marka ihlaline katılmı da bulunmadığı için tazminat taleplerini reddetmiş olsa da- internet sunucusunun, özellikle bir elektronik açık artırma platformunun işleticisi olarak, yalnızca eylemin önlenmesi için hukuki imkânâ sahip olması durumunda platformundaki üçüncü kişilerin marka ihlallerinden dolayı sorumlu olduğu yönünde karar vermiştir (BGH, 11.03.2004, Internet-versteigerung I). Mütecevizin, mutlak hakkın ihlaline herhangi bir şekilde iradi ve yeter derecede nedensel olarak katkıda bulunan herkes olduğu; ancak sorumluluğun üçüncü kişilere sınırsız olarak genişlememesi için tecavüz fiili nedeniyle sorumluluğun, denetim yükümlülüklerinin ihlalini gerektireceği; bu hususta sınır mahiyetinde, denetim ve kontrol yükümlülüklerinin koşullara

gelenekler dikkate alınarak objektif standartlara göre belirlenir⁶⁷. Bu kapsamda mağdurdan, tecavüz teşkil eden ürünler ile rekabet edebilmek için kendi markalı ürünlerinin fiyatını düşürmesi beklenemez; zira bu yöntem marka değerinde bir azalmaya yol açacaktır⁶⁸. Bununla birlikte belirli sınırlar içinde tecavüz fiilleri hakkında halkı bilgilendirmesi mağdurdan beklenebilir. Yine, küçük perakendecilere kıyasla ithalatçılar veya büyük perakende zincirleri daha sıkı ve daha kapsamlı dikkat ve özen yükümlülüklerine sahip kabul edilecektir. Bunun yanında Kanun'da, menfaati olan herkesin Türkiye'de giriştiği veya girişeceği ticari veya sınai faaliyetin marka hakkına tecavüz teşkil edip etmediği hususunda, hak sahibinden görüşlerini bildirmesini talep edebileceği veya bu hususta tespit davası açabileceği öngörülmeyle kanaatimizce *hafif ihmale* dayalı iddiaların önüne geçilmiştir⁶⁹ (SMK m.154/1). Kendisinden beklenebilir araştırma olanaklarını kullanmayan kişi, her zaman en azından *ihmale* dayalı olarak sorumlu kabul edilmelidir⁷⁰. Örneğin, orijinal mallar marka hakkı sahibi tarafından organize edilen ve lisanslanan dağıtım kanalları dışından tedarik edildiğinde alıcılar, tükenme ilkesinin gerçekleştiğinden emin olmalıdır⁷¹; aksi halde kusurlu kabul edilirler. Buna karşılık lisans sözleşmesindeki kısıtlar ihlal edilerek üretilen, satılan veya sunulan ürünleri gerçek lisans hakkı sahibinden ekonomik amaçlarla temin eden kişinin, ihlal açık değilse, markanın itibarında ortaya çıkan kayıptan genellikle sorumlu tutulamayacağı kabul edilebilir⁷². Bu durumlarda kusur, somut olayın şartları gereği haklı bir uyarının varlığı ile dikkate alınabilir.

V. İTİBAR KAYBI TAZMİNATININ TALEP EDİLMESİ

Fikri mülkiyet hukukuna dair mevzuatta öngörülen hususlardan doğan hukuk davaları *ticari dava* sayılmış (TTK m.4/1, d) ve bu nitelikteki davalardan tazminat talepleri hakkında dava açılmadan önce arbulucuya başvurulmuş olması *dava şartı* kabul edilmiştir (TTK m.5/A/1). Dolayısıyla itibar kaybı tazminatı talebine ilişkin bir ihtilafta arbulucuya başvurulmadan dava açılmışsa dava, dava şartı yokluğu sebebiyle usulden reddedilir (HUAK⁷³ m.18/A). Buna karşılık özel kanunlarda öngörülen veya taraflar arasında kararlaştırılan tahkim şartı, dava şartı arbuluculuğa ilişkin hükümlerin uygulanmasına mani olacaktır (18/A/18).

İtibar kaybı tazminatı talebini konu alan davalarda görevli mahkeme, fikri ve sınai haklar hukuk mahkemesidir. Yetkili mahkeme ise davacının yerleşim yeri veya marka hakkına yönelik tecavüz fiilinin gerçekleştiği yahut bu fiilin etkilerinin görüldüğü yer mahkemesidir⁷⁴ (SMK m.156/3).

İtibar kaybı tazminatının talep edilmesinde, özellikle açılan bir davada davacı ve davalı sıfatlarının kime ait olacağı ile tazminatın hesaplanması konuları önemine binaen aşağıda ayrıca incelenmiştir.

A. Davanın Tarafları

İtibar kaybı tazminatını, marka hakkı tecavüze uğrayan hak sahibi, hakka konu ürün veya hizmetleri kötü şekilde kullanan, üreten, bu şekilde üretilen ürünleri temin eden ve uygun olmayan bir tarzda piyasaya süren gerçek ve/veya tüzel kişilerden talep edebilir⁷⁵ (SMK m.150/2).

Marka üzerinde mutlak hak sahibi olan kişilerin yanında, aksi kararlaştırılmadıkça inhisari lisans alan kişilere ve Kanun'da öngörülen şartların gerçekleşmesi durumunda inhisari olmayan

göre mümkün ve beklenebilir olup olmadığı kriterinin ileri sürüldüğü yönünde bkz. SPINDLER, Gerald/SCHUSTER, Fabian: *Recht der elektronischen Medien*, 4. Auflage 2019, N. 13 ve N. 15.

⁶⁷ GOLDMANN, N. 708.

⁶⁸ STAUB, s. 1347, N. 107.

⁶⁹ Bu kabulden hareketle mütecavizin tazminatı ödemesi durumunda yoksulluğa düşecek olmasına ilişkin tazminattan indirim sebebi uygulanamaz (TBK m.52/2). Karş. SPINDLER/SCHUSTER, N. 19; GOLDMANN, N. 709.

⁷⁰ Alıcıların, markalı ürünleri satın alırken korsan malların yayılmasını göz önünde bulundurarak orijinal olup olmadıklarını düzenli olarak kontrol etmek zorunda oldukları; ön tedarikçinin malın orijinalliyetini onaylamasının yeterli olmadığı; malların kökeni hakkında ciddi şüphelerin belirtileri varsa, alıcının özel araştırma yapmakla yükümlü olduğu yönünde bkz. GOLDMANN, N. 717.

⁷¹ Markalı malları, lisans alan olarak hareket eden bir tedarikçiden temin eden herkesin, lisans ilişkisinin gerçekten var olduğundan emin olması gerektiği; bu kontrol yapılmazsa ve aslında bir lisans ilişkisi yoksa marka ihlalinin kusurlu gerçekleşmiş kabul edileceği yönünde bkz. GOLDMANN, N. 718.

⁷² GOLDMANN, N. 718.

⁷³ Hukuk Uyuşmazlıklarında Arbuluculuk Kanunu, T. 22.06.2012, 28331 sayılı RG.

⁷⁴ Türk mahkemelerinin yetkisinin münhasır yetki olmadığı; ancak kamu düzenine ilişkin olduğu yönünde bkz. ERGÜN, s. 301.

⁷⁵ UZUNALLI, s. 436; patent hakkına ilişkin olarak SARAÇ, s. 300.

lisans alan kişilere de dava hakkı tanınmıştır (SMK m.158/1, 2). İnhisari lisans hakkı sahibine aksi kararlaştırılmadıkça tanınmış olan dava açma hakkı, marka hakkı sahibinin dava açma hakkını bertaraf etmeyecektir⁷⁶. Marka hakkına tecavüz fiillerinin işlendiği sırada marka hakkına sahip olan kişiler, tecavüz fiilinden sonra markayı devretmiş olsalar dahi fiilin işlendiği sırada hak sahibi olduklarından tazminat davası açabileceklerdir⁷⁷.

Kanun'da, tescilli markanın koruma süresi başvuru tarihinden itibaren başladığı için (SMK m.23/1) marka başvurusunun Bültende yayımlanmasından sonra gerçekleşen ve marka tescilinin ilan edilmesi durumunda yasaklanabilecek fiiller nedeniyle *marka tescil başvurusu yapan kişinin* de tazminat davası açmaya yetkili olduğu hükme bağlanmıştır (SMK m.7/4).

Bununla birlikte marka hakkı sahibi, müteceviz tarafından piyasaya sürülmüş ürünleri *kişisel ihtiyaçları ölçüsünde* elinde bulunduran ya da kullanan kişilere karşı, itibar tazminatı davasını açamaz (SMK m.153/1). Dolayısıyla marka hakkı sahibi, tüketiciler aleyhine itibar tazminatı davası açamayacaktır⁷⁸. Marka hakkı sahibi, sebep olduğu zarardan dolayı kendisine tazminat ödeyen kişi tarafından, marka hakkı sahibinin el koymaması nedeniyle piyasaya sürülmüş ürünleri ticari amaçla kullanan⁷⁹ kişilere karşı da itibar tazminatı davasını açamayacaktır (SMK m.153/2). Hükümün mefhum-u muhalifinden, sebep olduğu zarardan dolayı marka hakkı sahibine tazminat *ödemeyen* kişi tarafından, marka hakkı sahibinin el koymaması nedeniyle piyasaya sürülmüş ürünleri ticari amaçla kullanan kişilere karşı itibar tazminatı davasının açılabileceği sonucu çıkmaktadır⁸⁰.

İnternet ortamında yapılan yayınların düzenlenmesi hakkındaki Kanun'da⁸¹, içerik sağlayıcılardan farklı olarak (m.4/1), internet ortamına erişim sağlayan (*TTNet veya Turkcell gibi*) erişim sağlayıcıların ve "*web hosting/provider*" kelimelerinden dilimize çevrilen yer sağlayıcıların (*Facebook, Youtube, Twitter gibi*) kontrol yükümlülüğü kural olarak bulunmadığından sorumlulukları da istisnai nitelikte kabul edilmiştir⁸² (m.5/1; m.6/2). Bununla birlikte yer sağlayıcıların, şayet somut bir hak ihlalini biliyorlarsa veya ayrıntılı bir incelemeye ihtiyaç göstermeyecek kadar açık hak ihlallerinde, açılan platformdaki faaliyetleri kontrol etmelerinin kendilerinden beklenebilir olacağı; bu durumlarda hem hak ihlalini engellemek hem de gelecekteki ihlallere karşı önlem almakla yükümlü tutulacakları; aksi halde bu kişilerin de sorumluluğunun bulunacağı kabul edilmelidir⁸³. Bu kabulden hareketle bir markanın kötü şekilde üretilmiş taklitlerini satışa sunmak amacıyla kullanılan bir internet platformunda, bu platformu işleten kişinin, somut olayın şartlarına göre marka itibarındaki kaybın tazmin edilmesinden sorumlu tutulabileceği ifade edilmelidir.

B. Tazminatın Hesaplanması

Zarar miktarı, hükmedilecek tazminatın üst sınırı olduğundan zarar miktarının tespit edilmesi, tazminatın hesaplanması için elzemdir. Maddi zarar, temel olarak haksız fiil olmasaydı mal varlığının arz edeceği durum ile fiil sonucunda aldığı durum arasındaki farkın (*fark nazariyesi/Differenzhypothese*) bulunması ile tespit edilir⁸⁴. Tazminatın hesaplanmasında; hangi tarihteki zararın esas alınacağı⁸⁵, hangi hesaplama parametresinin kullanılacağı, tazminattan

⁷⁶ GOLDMANN, N. 688. Yar. 11. HD., T. 19.01.2015, E. 2014/15585, K. 2015/598 sayılı kararı için bkz. <https://www.corpus.com.tr/#!/Yargitay>, (Erişim Tarihi: 07.01.2019). Aynı yönde bkz. BOZGEYİK, s. 193; UZUNALLI, s. 466.

⁷⁷ Yar. 11. HD., T. 03.07.2006, E. 2005/7536, K. 2006/7865 sayılı kararı için bkz. <http://www.kazanci.com>, (Erişim Tarihi: 19.01.2020). Aynı yönde bkz. UZUNALLI, s. 464.

⁷⁸ KARAN/KILIÇ, Md. 69, s. 534. Tecavüz fiili ile başkaca bir bağlantıları olmamak şartıyla sadece taşıma, aracılık hizmeti verenlerin sorumluluğunun bulunmadığı yönünde bkz. BOZGEYİK, s. 196 ve s. 204.

⁷⁹ Kullanma kelimesinin geniş yorumlanmasının gerekli olacağı; bu kapsamda ticari amaçla elde bulunduran aleyhine de dava açılmayacağı yönünde bkz. ERGÜN, s. 303.

⁸⁰ 551 sayılı KHK'nin yürürlükte olduğu dönemde patent hakkına yönelik olarak hükümün eleştirisi için bkz. ŞEHİRALI, s. 172.

⁸¹ 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun, T. 23.05.2007, 26530 sayılı RG.

⁸² BOZGEYİK, s. 199. "*uyar/kaldır*" sistemi ile sorumluluk şartının benimsendiği yönünde bkz. Yar. 11. HD., T. 20.01.2012, E. 2011/15509, K. 2012/540 sayılı kararı için <https://www.corpus.com.tr/#!/Yargitay>, (Erişim Tarihi: 21.01.2020).

⁸³ SPINDLER/SCHUSTER, N. 16-17. Ayrıca bkz. BGH: Urteil vom 27. Februar 2018 - VI ZR 489/16, <http://juris.bundesgerichtshof.de/>, (Erişim Tarihi: 26.01.2020). Benzer yönde bkz. BOZGEYİK, s. 201.

⁸⁴ GOLDMANN, N. 724; ORUÇ, s. 83. Ayrıca bkz. MERAN, s. 485.

⁸⁵ Bu husustaki tartışmalar için birçokları yerine bkz. EREN, s. 751-752; OĞUZMAN/ÖZ, s. 85-86; ORUÇ, s. 88.

indirim sebeplerinin bulunup bulunmadığı gibi esas itibarıyla borçlar hukuku temelli sorunlar ile karşılaşılacaktır. Bu başlık altında borçlar hukukunda yapılan tartışmalara girmeden, sadece markanın itibar kaybını ilgilendiren hususlara temas edilmeye çalışılmıştır.

Marka hakkına yönelik hukuka aykırı davranışların marka hakkı sahibinin maddi zararına yol açıp açmadığını tespit ederken mal varlığı değerinin zarar gören için taşıdığı ekonomik önem ile bunun mal varlığının diğer unsurlarıyla birlikte meydana getirdiği bütünlük dikkate alınırken, markanın itibar kaybında esas itibarıyla markanın objektif değeri esas alınacaktır⁸⁶. Bununla birlikte markanın objektif değerinde⁸⁷, müşterilerin markaya olan güven kayıplarından dolayı ne miktarda bir azalma meydana geldiğini tespit etmek ise oldukça güçtür⁸⁸. Burada hâkimin, müşteri kitlesini⁸⁹ ve markaya ne ölçüde güvendiklerini ilgili sektördeki olağan uygulamalara ve tüketici anketlerine⁹⁰ dayanarak; markayı taşıyan ürün ve hizmetlerin orijinal markayı taşıyan ürünlere kıyasla ne derece kötü üretildiğini, hangi koşullarda piyasaya sürüldüğünü, nerelerde kullanıldığını, somut olaydaki olgulara dayanarak ve tecavüz fiillerinin markaya olan talebe ne ölçüde etki yaptığını ise ticari defter kayıtları üzerinde yapılacak/yaptırılacak inceleme sonuçları ile birlikte takdir yetkisini kullanmak suretiyle belirlemesi gerekecektir⁹¹.

Tazminat miktarını takdir ederken hâkim, tazminatın üst sınırının zarar miktarı olduğunu hatırla tutmalı⁹²; bununla birlikte tazminattan indirim sebeplerinin varlığını hakkaniyet ilkesi gereği gözetmelidir. Tazminat taleplerinin yığılması ihtimalinde hâkim, maddi tazminat kapsamında markanın itibar kaybını ve bunun mal varlığına olan etkilerini dikkate almış ise, bu hususu kararında açıklamalı; ayrıca talep edilen hallerde itibar tazminatı talebini, maddi tazminat içinde hesaplamış olduğundan bahisle reddetmek yerine, maddi tazminat ile itibar kaybı tazminatının düzenlenme amaçları dikkate alındığında her bir tazminat kalemi için ayrı ayrı hüküm tesis etmelidir⁹³. İtibar kaybı tazminatı, marka hakkı sahibinin markanın itibarında meydana gelen kaybı düzeltmek amacıyla yapması gereken masraflar⁹⁴ ile bu kaybın ileride neden olabileceği kâr kayıpları dikkate alınmak suretiyle belirlenmelidir⁹⁵. Kanun'da yoksun kalınan

⁸⁶ Marka değerini objektif olarak ölçebilecek standart ölçütlerin oluşmadığı yönünde bkz. FIRAT, Duygu/BADEM, A. Cemkut: "Marka Değerleme Yöntemleri ve Marka Değerinin Mali Tablolara Yansıtılması", Muhasebe ve Finansman Dergisi, Sa. 38, Nisan 2008, s. 216. Emek ve işletmenin yaşadığı rahatsızlığın dikkate alınacağı yönünde bkz. TEKİNALP, İtibar Tazminatı, s. 594; TEKİNALP, Fikri Mülkiyet, s. 507, N. 63. Marka değerlendirme alanında uzman olan bir kimsenin, değer kaybını belirleyebileceği yönünde bkz. OHLY, s. 932.

⁸⁷ Markanın değeri kavramının, tüketici yönlü bir kavram olduğu yönünde bkz. FIRAT/BADEM, s. 211. Markanın pazar payını kaybetmesinin, müşteri çevresinin kaybı olmadığı yönünde bkz. TEKİNALP, İtibar Tazminatı, s. 595.

⁸⁸ İhlalin ispatlanmasındaki güçlük nedeniyle yüksek bir ispat sınırının belirlenmemesi gerektiği yönünde bkz. BÜYÜKKILIÇ, s. 691. İspat ölçüsü düşürülse dahi nedensellik bağının ispatının güç olduğu; zira piyasa faaliyetlerinin karmaşık olduğu ve satışlardaki düşüşün veya lisans gelir kayıplarının birçok nedeni olabileceği yönünde bkz. OHLY, s. 932.

⁸⁹ Müşteri kitleleri tamamen farklı olan markalarda olumsuz bağlantıların intikal etmeyeceği yönünde bkz. BÜYÜKKILIÇ, s. 694.

⁹⁰ BÜYÜKKILIÇ, s. 694-695.

⁹¹ İtibar kaybına uğrayan markanın sahibinin lisans sözleşmesi müzakerelerinin bu sebeple olumsuz sonuçlanması durumunda, itibar kaybının somut olarak ispatının mümkün olacağı yönünde bkz. OHLY, s. 932; UZUNALLI, s. 435. Tasarım kapsamında hak sahibinin yaşadığı üzüntünün de dikkate alınacağı yönünde bkz. ERGÜN, s. 599. Ayrıca bkz. MERAN, s. 485. Karş. BÜYÜKKILIÇ, s. 691-692.

⁹² ÇOLAK, s. 772; TİFTİK, s. 61; BÜYÜKSAĞIŞ, s. 92.

⁹³ Karş. BOZGEYİK, s. 191; UZUNALLI, s. 454; AYDIN, s. 571.

⁹⁴ Fiili zararı oluşturduğu yönünde bkz. ÇAĞLAR, s. 127. Markanın itibarındaki kaybın, uzun zamana yayılan çalışmalar ile giderilebileceği hususunun dikkate alınması gerektiği yönünde bkz. BOZGEYİK, s. 191; TEKİNALP, İtibar Tazminatı, s. 592; SARAÇ, s. 301. Hem maddi hem de manevi tazminatın hesaplanmasına ilişkin unsurların dikkate alınacağı yönünde bkz. OĞUZ/ÖZDEN MERHACI, s. 971.

⁹⁵ Parasal ödeme yerine sadece manevi giderim araçlarına hükmedilemeyeceği; parasal ödeme ile birlikte diğer tazminat yoluna karar verilebileceği yönünde bkz. TEKİNALP, İtibar Tazminatı, s. 594; OĞUZ/ÖZDEN MERHACI, s. 971. SMK m.149/1, g hükmü gereği, haklı bir sebebin veya menfaatinin bulunması halinde kesinleşmiş kararın ilanı veya ilgililere tebliği talep edilebilir. Ancak kanaatimizce de bu yöntem, marka itibarındaki kaybı tek başına tazmin etmeye yeterli gelmeyecektir. Tipik korsan vakalarında meşru menfaatin kabul edildiği yönünde bkz. INGERL, Reinhard/ROHNKE, Christian: Markengesetz, Gesetz über den Schutz von Marken und sonstigen Kennzeichen, 3. Aufl., München 2010, §19c, N. 8. Karş. STAUB, s. 1347, N. 108.

kazancın hesaplanmasında⁹⁶, dolaylı şekilde zarar gören hak sahibinin seçimi⁹⁷ esas alınmak suretiyle markanın ekonomik önemi veya tecavüz sırasında marka hakkına ilişkin lisansların sayısı, süresi ve çeşidi, ihlalin nitelik ve boyutu gibi etkenlerin dikkate alınacağı hükme bağlanmıştır (SMK m.151/2, 3). Tecavüz fiili olmasaydı elde edilebilecek muhtemel gelir veya mütecevizin net kazancı hesaplama parametresi olarak seçildiğinde, ürüne ilişkin talebin oluşmasında marka belirleyici etken ise hakkaniyete uygun bir payın daha eklenebileceği öngörülmüştür (SMK m.151/4). Kanaatimizce markanın itibarı ile ürüne ilişkin talebin oluşmasında markanın belirleyici etken olması arasında çoğu zaman doğru orantı bulunacağından itibar kaybı tazminatının yoksun kalınan kazanç teşkil ettiği hallerde hesaplamada hakkaniyete uygun bir payın eklenmesi gündeme gelecektir. İtibara zarar verilmesi durumunda, mütecevizin satış gelirleri, özellikle lüks markalar ihlal edildiğinde, hak sahibinin satış fiyatından önemli ölçüde daha düşük olacağından, hakkaniyete uygun bir payın eklenmesi kanaatimizce fark nazariyesinin düzeltilmiş bir uygulaması olarak zaruridir. Nitekim mehz hukukta da itibar zararı söz konusu olduğunda mahkemelerin; saygın, tanınmış nesnelere (Prestigeobjekten) için, mütecevizin elde ettiği satış gelirinin %10'unu aşan ve hatta %20'ye kadar çıkabilen artırılmış bir lisans fiyatı tanıdıkları tespit edilmiştir⁹⁸.

Görüldüğü üzere Kanun'da, tazminat miktarının belirlenmesinde hâkime geniş bir takdir yetkisi tanınmıştır (TBK m.51/1). Bu cümleden olmak üzere, somut olayda, zarar gören marka hakkı sahibinin kusuru gibi⁹⁹ tazminattan indirim yapılmasını gerektiren somut sebeplerin bulunması ve hakkaniyete uygun düşmesi durumunda gerekçelendirilmek suretiyle indirim yapılabileceği¹⁰⁰ ya da tazminatın tamamen kaldırılacağı kabul edilmiştir¹⁰¹ (TBK m.52). Hâkimin tazminata, sermaye şeklinde veya periyodik olarak zararların ortaya çıktığı durumlarda irat şeklinde karar verebileceği öngörülmüştür¹⁰² (TBK m.51/2).

C. Zamaşımı

Marka hakkından doğan özel hukuka ilişkin taleplerde, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun zamaşımına ilişkin hükümleri uygulanmaktadır (SMK m.157). Marka hakkına tecavüzün kötü ve/veya uygun olmayan şekilde gerçekleşmesi ile markanın itibarında neden olunan kayıp, haksız fiil sorumluluğunun bir özel görünüm şekli olup bu hususta TBK m.72/1 hükmünde öngörülen genel kural gereğince, zararın¹⁰³ ve tazminat yükümlüsünün öğrenildiği tarihten itibaren iki yılın ve her halde fiilin işlendiği tarihten başlayarak on yılın geçmesiyle itibar tazminatı talebinin zamaşımına uğrayacağı kabul edilir¹⁰⁴ (karş. TBK m.73). Ancak tazminat, ceza kanunlarının daha uzun bir zamaşımı öngördüğü cezayı gerektiren bir fiilden doğmuşsa, ceza davasının açılmış olması veya mahkûmiyet kararı verilmiş olması aranmaksızın¹⁰⁵ bu zamaşımı uygulanır.

⁹⁶ “Oysaki, davacının somut olayda uğradığı zarar...mahrum kaldığı kazançtır. Bunun belirlenmesinde elde edilen kazançtan sadece davacıların bu kazancı elde etmek için yapmak zorunda oldukları işletme giderlerinin indirilmesi gerekirken vergi dairesine ödeyecekleri vergi tutarının da indirilmesi sonucu davacının maddi zararının hesaplanması doğru görülmemiş, kararın bozulması gerekmektedir.” (Yar. 11. HD., T. 02.11.2009, E. 2008/6818, K. 2009/11270 sayılı kararı için bkz. <https://www.corpus.com.tr/#!/Yargitay>, (Erişim Tarihi: 10.01.2020)).

⁹⁷ Hak sahibi bu seçimi yaparken mütecevizin satış verilerine ihtiyaç duyacağından SMK m.150/3 hükmünde hak sahibinin marka hakkının kullanılması ile ilgili belgelerin, tazminat yükümlüsü tarafından mahkemeye sunulması konusunda karar verilmesini mahkemeden talep edebileceği düzenlenmiştir. Bu yönde ayrıca bkz. UZUNALLI, s. 355. Karş. MarkenG §19b, Abs.3. Bu hususta mahkemeye yapılacak talebin en azından kategori açısından belirtilmesi gerektiği (örneğin, tüm banka hesapları) yönünde bkz. INGERL/ROHNKE, §19b, N. 12.

⁹⁸ OHLY, s. 933.

⁹⁹ Zararı hafifletme yükümlülüğü bağlamında bkz. GOLDMANN, N. 736.

¹⁰⁰ Fiil ile zarar arasında zayıf illiyet bağının olduğu durumlarda failin ağır kusuruna rağmen tazminattan indirim yapılabileceği yönünde bkz. TİFTİK, s. 91.

¹⁰¹ Uygun illiyet bağı var oldukça tazminatın tamamen kaldırılmasının çok nadir gündeme geleceği yönünde bkz. TİFTİK, s. 86-87.

¹⁰² TİFTİK, s. 82; ORUÇ, s. 111.

¹⁰³ Zararın kapsamını öğrenme olarak değil; fiilin zararlı sonuçlarını, varlığını öğrenme olarak anlaşılması gerektiği yönünde bkz. BÜYÜKSAĞIŞ, s. 89.

¹⁰⁴ Tecavüzün, bir sözleşmenin ihlal edilmesiyle gerçekleşmesi durumunda TBK m.146 hükmünün uygulanacağı yönünde bkz. ERGÜN, s. 304. Kasıtlı şekilde gerçekleştirilen marka ihlallerinde daha uzun zamaşımı süresinin ortaya çıkabileceği yönünde bkz. STAUB, s. 1348, N. 109. Ticari dava niteliği taşıyan itibar tazminatı talebine ilişkin ihtilaf hakkında “arabuluculuk bürosuna başvurulmasından son tutanağın düzenlendiği tarihe kadar geçen sürede” zamaşımı durur (HUAk m.18/A/15).

¹⁰⁵ KARAN/KILIÇ, Md. 70, s. 534; NOYAN/GÜNEŞ, s. 699-700.

D. İtibar Kaybı Tazminatı Talebinin Sona Ermesi

Marka hakkının ihlal edilmesi gerekçesiyle SMK'de öngörülen taleplerin ileri sürülebilmesinin ana şartı, tecavüzün gerçekleştiği sırada tescilli marka korumasının varlığıdır¹⁰⁶. Bu korumayı sona erdiren, markanın yenilenmemesi, vazgeçme ve markanın hükümsüzlüğüne veya iptaline karar verilmesi¹⁰⁷ hallerinde SMK'nin tanıdığı güçlü koruma sisteminden faydalanma imkânı ortadan kalkacak; şartları gerçekleşmişse haksız rekabet hükümleri gereği koruma sağlanacaktır (TTK m.54 vd.).

Tescilli markalarda koruma süresi, başvuru tarihinden itibaren on yıl olarak kabul edilmiş; bu sürenin, onar yıllık dönemler halinde yenilenebileceği hükme bağlanmıştır (SMK m.23). Bununla birlikte koruma süresi içinde gerçekleşen tecavüz fiilleri, koruma süresi bitse de zamanaşımı süresi içinde olmak kaydıyla tazminat talebine gerekçe oluşturabilecektir. Markanın koruma süresi içinde örneğin, taklit markayı taşıyan düşük kalitede üretilmiş ürünlerin koruma süresi sona erdikten sonra satılması, tecavüz teşkil eden üretim fiilinin devamı mahiyetinde görülerek¹⁰⁸ bu şekilde üretilen ürünleri temin eden veya uygun olmayan şekilde piyasaya süren kişilerin de ortaya çıkan zarara katkısı oranında tazminat yükümlüsü olacağı kabul edilmelidir.

Temelinde TMK m.2 gereğince hakkın kötüye kullanılması yasağının yer aldığı iddia ve talepler, markanın itibar kaybından doğan tazminat taleplerinde de göz önünde tutulmalıdır. Dolayısıyla markanın kullanıldığını bilerek kendi adına tescilini ticari dürüstlük kuralına aykırı şekilde sağlayan kişinin, kötü niyetli bu tescile dayanarak marka hakkını ileri sürememesi gerektiğinden, bu hakka dayanarak ileri sürülen tazminat taleplerinin de reddi gerekli olacaktır¹⁰⁹. Yine, her ne kadar sessiz kalmak suretiyle hak kaybı SMK'de hükümsüzlük halleri arasında ele alınmış olsa da (SMK m.25/6) kanaatimizce temelinde hukukun genel ilkelerinden hakkın kötüye kullanılması yasağı bulunan bu hukuki imkân, somut olayın şartlarına göre tazminat taleplerinde de göz önüne alınabilmelidir¹¹⁰.

VI. DEĞERLENDİRME VE SONUÇ

Marka hakkına yönelik tecavüz fiilleri neticesinde markanın itibarında meydana gelen kaybı ve bu suretle marka hakkı sahibinin dolaylı maddi zararlarını gidermek amacıyla açıkça SMK m.150/2 hükmünde düzenlenen itibar kaybı tazminatı, gerek şartlarının tespit edilmesi gerekse hesaplanması konularında kendisine has birtakım zorluklar ihtiva etmektedir. Marka hakkına tecavüz fiilleri hukuken tipik haksız fiil niteliğinde olduğundan, itibar kaybından doğan tazminat taleplerinde de haksız fiil sorumluluğunun esasları geçerli kılınmaktadır. Haksız fiilin hukuka aykırılık, kusur ve uygun illiyet bağı unsurlarına kıyasla fiil ve zarar unsurları, markanın itibar kaybına yol açan haksız fiillerde özellik arz etmektedir.

Bununla birlikte tecavüz fiilleri neticesinde ihlal edilen hakkın maddi olmayan doğası nedeniyle mal varlığına zarar gelmesi durumunda hasarı hesaplama ilkeleri, markanın itibar kaybı söz konusu olduğunda pek verimli olmamaktadır. Bu konuda marka değerlendirme uzmanlarından yardım alınarak hâkime verilen geniş takdir yetkisi ile bir tazminat belirlemesi yapılmaya çalışılır. Bu yapılırken de hesaplama parametresi olarak alınabilecek lisans ücreti veya mütecavizin kazancında, talebin oluşmasında markanın etki gücü de dikkate alınarak bir miktar artırım yapılması işin doğası gereği gerekli olacaktır.

¹⁰⁶ INGERL/ROHNKE, §14, N. 12 ve N. 14.

¹⁰⁷ Markanın hükümsüzlüğü ve iptal edilmesi kararlarının geriye dönük etkisi, karardan önce marka hakkına tecavüz nedeniyle açılan itibar kaybına ilişkin tazminat davasında verilen kesinleşmiş ve uygulanmış kararları etkilemeyecektir (SMK m.27/3).

¹⁰⁸ UZUNALLI, s. 260.

¹⁰⁹ UZUNALLI, s. 562.

¹¹⁰ "...ihtarnamenin tebliği tarihine kadarki süre zarfında yapılan üretime davacı tarafça ses çıkarılmayarak dava açılmasının TMK 2. maddesi ile bağdaşmayacağı gözetilerek itibar tazminatı talebinin reddine karar verilmesi gerekirken..." (Yar. 11. HD., T. 09.03.2016, E. 2015/13194, K. 2016/2618 sayılı kararı için bkz. <https://www.corpus.com.tr/#!/Yargitay>, (Erişim Tarihi: 14.11.2019)). Yargıtay'ın tutumuna ilişkin olarak ayrıca bkz. ÇOLAK, s. 870 vd.



KAYNAKÇA

- AKÇURA KARAMAN, Tuba: “Haksız Fiil Sorumluluğunda Hukuka Aykırılık Unsurunun İrdelenmesi ve Tehlike Kuralı”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Erden Kuntalp’e Armağan, C. I, 2004, s. 553-583.
- ARKAN, Sabih: Ticari İşletme Hukuku, Ankara 2019.
- AYDIN, Fatih: “Sınai Mülkiyet Kanunu ve Yargıtay Uygulamasında Marka Hukukunda Tazminat”, TBB Dergisi, 2017 (133), s. 517-575.
- AYHAN, Rıza/ÇAĞLAR, Hayrettin/ÖZDAMAR, Mehmet: Ticari İşletme Hukuku Genel Esaslar, B. 12, Ankara 2019.
- BABÜR TOSUN, Nurhan/BURAK DERELİ, Aytaç: “Reklamda Parodi Kullanımının Marka İmajına Etkisi”, Marmara Üniversitesi Öneri Dergisi, C. 12, Sa. 46, 2016, s. 321-338.
- BOZGEYİK, Hayri: Marka Hakkının Korunması, B. 2, İstanbul 2019.
- BÜYÜKKILIÇ, Gül: Marka Hukukunda Tanınmış Markanın Sulandırmaya Karşı Korunması, İstanbul 2019.
- BÜYÜKSAĞIŞ, Erdem: Yeni Sosyo-Ekonomik Boyutuyla Maddi Zarar Kavramı, İstanbul 2007.
- ÇAĞLAR, Hayrettin: Marka Hukuku Temel Esaslar, B. 2, Ankara 2015.
- ÇOLAK, Uğur: Türk Marka Hukuku, B. 4, İstanbul 2018.
- EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2018.
- ERGÜN, Mevci: Fikri Mülkiyet Hukuku, Ankara 2020.
- ERKAN, Vehbi Umut: “6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu’na Göre Patent Hakkına Tecavüz Edilmesi Durumunda İtibar Kaybı Tazminatı (SMK md. 150/2)”, Terazi Hukuk Dergisi, C. 13, Sa. 144, 2018, s. 14-22.
- FIRAT, Duygu/BADEM, A. Cemkut: “Marka Değerleme Yöntemleri ve Marka Değerinin Mali Tablolara Yansıtılması”, Muhasebe ve Finansman Dergisi, S. 38, Nisan 2008, s. 210-219.
- GOLDMANN, Michael: BeckOK Markenrecht, (Hrsg.: ALBRECHT, Friedrich/KUR, Annette/VON BOMHARD, Verena), 19. Ed., München 2019.
- INGERL, Reinhard/ROHNKE, Christian: Markengesetz, Gesetz über den Schutz von Marken und sonstigen Kennzeichen, 3. Aufl., München 2010.
- JUNG, Peter: Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), Stämpflis Handkommentar, 2. Aufl., 2016, s. 243-273.
- KARAN, Hakan/KILIÇ, Mehmet: Markaların Korunması 556 Sayılı KHK Şerhi ve İlgili Mevzuat, Ankara 2004.
- KARASU, Rauf/SULUK, Cahit/NAL, Temel: Fikri Mülkiyet Hukuku, B. 2, Eylül 2018.
- KARGIN, Veli: “Sınai Mülkiyet Hakları ve Tazminat”, Hukuk Gündemi Dergisi, 2006-4, s. 91- 96.
- KAYA, Arslan: Marka Hukuku, İstanbul 2006.
- KILIÇOĞLU, Ahmet: “Fikri Hakların İhlalinde Hukuksal Koruma Yolları (Sınai Haklarla Karşılaştırmalı Olarak)”, TBB Dergisi, Sa. 54, 2004, s. 51-104.
- LAREDO, Guido: “Der Sonderschutz der berühmten Marke”, Zeitschrift für Immaterialgüter-, Informations- und Wettbewerbsrecht, sic! 2006, s. 71-85.
- LÖTSCHER, Samuel: “Die Markenparodie”, Schriften zum Medien- und Immaterialgüterrecht Band/Nr. 104, 2017, s. 441-451.
- MERAN, Necati: Marka Hakları ve Korunması, B. 3, 2014.
- NEVERAUSKAS, Giedre: “Markennutzung bei Keyword-Advertising in Vertriebsverhältnissen Rechtsvergleichende markenschutz- und wettbewerbsrechtliche Untersuchung”, ZIK - Publikationen aus dem Zentrum für Informations- und Kommunikationsrecht der Universität Zürich Band/Nr. 63, 2016, s. 129-174.
- NOYAN, Erdal/GÜNEŞ, İlhami: Marka Hukuku, B. 5, Ankara 2015.
- OĞUZ, Arzu/ÖZDEN MERHACI, Selin: “Fikri ve Sınai Hakların İhlal Edilmesinden Doğan Tazminat Talepleri”, Prof. Dr. Erdal Onar’a Armağan, C. II, Ankara 2013, s. 951-974.
- OĞUZMAN, M. Kemal/ÖZ, M. Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 2, B. 10, İstanbul 2013.
- OHLY, Ansgar: “Schadensersatzansprüche wegen Rufschädigung und Verwässerung im Marken- und Lauterkeitsrecht”, GRUR Heft 11/2007, s. 926-934.
- OHLY, Ansgar/SOSNITZA, Olaf: Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb mit Preisangabenverordnung Kommentar, 7. Aufl., München 2016.
- ORUÇ, Murat: Haksız Rekabette Maddi Tazminat Davası, İstanbul 2009.
- POLATER, Salih: “Patent Hakkının Birden Fazla Kişi Tarafından İhlali ve Açılacak Davalar”, TBB Dergisi, 2015 (119), s. 395-428.
- ROTHMAN, Jennifer E.: “Sex Exceptionalism in Intellectual Property”, 23 Stanford Law & Policy Review 119 (2012), https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2104419, s. 134, s. 119-170, (Erişim Tarihi: 14.01.2020).
- SARAÇ, Tahir: Patentten Doğan Hakta Tecavüz ve Hakkın Korunması, Ankara 2003.

- SCHAI, Damian: “Vorsorglicher Rechtsschutz im Immaterialgüterrecht Unter besonderer Berücksichtigung superprovisorischer Anordnungen des aargauischen Handelsgerichts”, Veröffentlichungen zum aargauischen Recht Band/Nr. 52, 2010, s. 92-112.
- SPINDLER, Gerald/SCHUSTER, Fabian: Recht der elektronischen Medien, 4. Aufl., 2019.
- STAUB, Roger: Markenschutzgesetz, Stämpflis Handkommentar, 2. Aufl., 2017, Art. 55/IV-VII.
- ŞEHİRALİ, Feyzan Hayal: Patent Hakkının Korunması, Ankara 1998.
- TANDOĞAN, Halûk: Türk Mes’uliyet Hukuku, İstanbul 2010.
- TEKİNALP, Ünal: Fikrî Mülkiyet Hukuku, B. 5, İstanbul 2012, (Fikri Mülkiyet).
- TEKİNALP, Ünal: “İtibar Tazminatı ve Bazı Sorunlar”, Prof. Dr. Selâhattin Sulhi Tekinay’ın Hatırasına Armağan, İstanbul 1999, s. 589-597, (İtibar Tazminatı).
- TİFTİK, Mustafa: Akit Dışı Sorumlulukta Maddi Tazminatın Kapsamı, Ankara 1994.
- UZUNALLI, Sevilay: Markanın Korunmasının Kapsamı ve Tazminat Talebi, Ankara 2012.
- ÜLGEN, Hüseyin/HELVACI, Mehmet/KAYA, Arslan/NOMER ERTAN, N. Füsün: Ticari İşletme Hukuku, B. 6, İstanbul 2019.
- YASAMAN, Hamdi: Marka Hukuku ile İlgili Makaleler, Hukuki Mütalaalar, Bilirkişi Raporları IV, İstanbul 2012.
- YASAMAN, Hamdi/YÜKSEL, Sinan: Marka Hukuku, 556 Sayılı KHK Şerhi, İstanbul 2004.

KANT'IN VE HEGEL'İN FELSEFESİNDE CEZANIN AMACI 

PURPOSE OF PUNISHMENT IN KANT'S AND HEGEL'S PHILOSOPHY

Melike Belkıs AYDIN*  **Makale Bilgi**

Gönderilme: 04/02/2020
Kabul: 20/04/2020

Anahtar Kelimeler

*Cezanın Amacı,
Mutlak Teori,
Kategorik Emperatif,
Yadsınmanın
Yadsınması,
Kant,
Hegel.*

Article Info

Received: 04/02/2020
Accepted: 20/04/2020

Keywords

*Purpose of Punishment,
Absolute Theory,
Categorical Imperative,
Negation of Negation,
Kant,
Hegel.*

Özet

Ceza kavramı modern hukuk felsefesine ilişkin temel sorunsallardandır. Cezanın amacı aynı zamanda hukuk düzeninin varlığının meşruiyetine ilişkin bir sorundur. Cezalandırmanın amacına ilişkin mutlak teori, bozulan adalet düzeninin yeniden tesis edilmesi ve misilleme amaçlarını bir arada gütmektedir. Mutlak teori taraftarlarına göre cezalandırma ile faile ya bir başkasına katkı sunulamaz. Mutlak teori, bireyin tanımlanmaya ve birey olmanın kurucu işlev edinmeye başladığı dönemde, modern devletin şiddet tekeli ve meşruiyeti bağlamında oluşturulmuştur. Türkçe hukuk felsefesi alanyazınında cezalandırmanın amacına çokça değinilmemiştir. Bu konu ceza hukuku genel hükümler kitaplarında derlenmiştir. Oysa cezalandırmanın amacı düpedüz bir hukuk politikası ve felsefesi sorundur. Kant ile Hegel'in cezalandırmanın amacına ilişkin karşılaştırmalı bir okumalarının Türkçede de hukuk felsefesi perspektifinden yapılması gerekmektedir. Bu çalışmada Alman idealizminin iki önemli ismi, Kant ile Hegel'de cezalandırmanın amacı karşılaştırmalı olarak ele alınacaktır. Her iki düşünür de cezanın amacı, cezanın türü, cezanın adaletle ilişkisi ve cezalandırmaya yetkili makamlar hakkındaki değerlendirmeleri bakımından karşılaştırmalı olarak değerlendirilecektir. Son tahlilde her iki düşünür de cezanın pragmatik bir yararının olmaması gerektiğini savunmaları bakımından benzerdirler.

Abstract

The concept of punishment is one of the main problems related to the philosophy of law. The purpose of punishing is also a question of the legitimacy of the existence of the legal order. Regarding the purpose of punishment, according to absolute punishing theory, the sentence aims to reestablish the order of corruption and to retaliate. According to the absolute theory supporters, no contribution can be made to the perpetrator or anyone else by punishment. The absolute theory was formed in the context of the monopoly and legitimacy of the modern state in the period when the individual started to be identified and to become founding factor. The purpose of punishing has not been mentioned much in the Turkish legal philosophy literature. This issue has been compiled in the books of general provisions of criminal law. However, the aim of punishment is an outright question of legal policy and philosophy. From a philosophical perspective, a comparative reading of Kant and Hegel regarding the purpose of punishing should be made in Turkish. In this study, two important names of German idealism, the purpose of punishing in Kant and Hegel, will be compared comparatively. Both thinkers will be evaluated comparatively in terms of the purpose of the punishing, the type of punishment, the relationship of the punishment to justice and their assessment of the competent authorities. In the final analysis both philosophers argue that punishment should not have a pragmatic benefit.

I. GİRİŞ

Bir şeyin amacı ya da ereği onun varlığının meşruiyetini tesis eden parçasıdır. Bu bağlamda cezalandırmanın amacı da ceza kavramının kendisini meşrulaştırmaktır. Cezalandırmanın amacına ilişkin mutlak cezalandırma ve rölatif cezalandırma olmak üzere iki kuramsal yaklaşım bulunmaktadır. Mutlak ceza teorisinin gerekçelerine göre, bir kimseye ceza verilmesinin amacı adaletin yeniden tesis edilmesidir. Buna karşılık ise rölatif cezalandırma teorisi için cezalandırma geleceğe yönelik olarak caydırıcılık ya da failin ıslahı gibi başkaca yarar kaygıları da gütmektedir.

Mutlak ceza teorisinin temsilcilerinden sayılabilecek Immanuel Kant da irade özgürlüğüne yaptığı vurguyla düşünce dünyasını evrensel akla dayalı bir ahlâk düsturu üzerine kurgulamıştır. Çalışmanın ilk bölümünde Alman düşünür Kant'ın ceza felsefesine ilişkin görüşleri değerlendirilecektir. Kant düşüncesinde ceza ile adalet ilişkisi, cezanın amacı, cezanın türü ile ceza verebilme yetkisi üzerinde durulacaktır.

Bireyin seçme yeteneğine sahip rasyonel bir özne olarak algılandığı Kant düşüncesinde ceza kavramı da bu ön kabullerle tutarlılık içinde ele alınır. Cezanın amacı bireylerin asla araçsallaştırılmayacağı ve suç işlenmesi ile zarar gören adaletin yeniden tesis edilmesinin sağlanması olmalıdır. Araçsallaşmanın karşısında tavır alışı Kant'ın cezanın türü için öngördüğü kısas düşüncesinin de temelini oluşturur, kişinin eylemine aynı türüyle karşılık verilmesi onun eyleminden çıkan bir sonuçtur da.

Çalışmanın sonraki bölümünde de Alman düşün geleneğinin en önemli isimlerinden Hegel'in ceza felsefesi ile ilgili görüşü üzerinde durulacaktır. Hegel düşüncesinde ceza ve adalet ilişkisi, cezanın amacı, cezanın türü, cezalandırma yetkisi konularına değinilecektir. Ceza hukukunda mutlak ceza teorisi olarak adlandırılan mutlak ceza teorilerinde ileriye yönelik bir caydırıcılık ya da failin ıslahı gibi amaçlar güdülmaz. Hegel de mutlak ceza teorisi içinde değerlendirilmektedir, cezanın ıslah ya da caydırıcılık gibi amaçlarının olmasına karşıdır. Ceza, Hegel'in bireyin eylemlerini seçme olanağına ve iradeye sahip rasyonel bir varlık olduğundan eyleminde içkin olarak var olmaktadır. Dolayısıyla Hegel için ceza, bireyin eyleminin kendi taşıdığı sonucuyla aynı zamanda onurlandırılmasıdır.

II. DÖNEMİNİN BİR SONUCU OLARAK MUTLAK TEORİ

Mutlak teori, öğretilerde dönemsel olarak Aydınlanma dönemine ait bir yaklaşım olarak gösterilmektedir. Alman İdealizminin bir sonucu olarak mutlak teori, meşruiyetini öncelikle adaletin mutlak ve kendinde bir değer olarak kavranmasından almaktadır. Ek olarak bireyin akıl sahibi bir varlık olarak kendi seçimini yapabileceği ve cezanın da bu seçimin bir parçası olduğu düşüncesi de meşruiyeti tesis eden varsayımlardandır¹.

Aydınlanma Düşüncesi ile ortaçağın dini temellere dayalı teolojik ahlâk düsturu yerini insan aklına dayalı bir evrensel ahlâk kuralları sistemine bırakmıştır². Deneye ve gözleme dayalı bilginin dinsel dogmanın yerine geçmesiyle insan aklının üstünlüğü kabul edilmiş, dogmatik önkabuller yerini sınanabilirlikle sabitlenen bilimsel bilgiye bırakmaya başlamıştır³. Bireyin yaşamını düzenleyecek kuralların da artık metafizik, akıl ve dünyadışı dinsel kökenlere değil evrensel ve sağın insan aklına dayalı kategorilerde bulunabileceği düşünülür⁴. İnsan aklının bu yüceltilişi, bir yasa koyucu olarak rasyonel varlığın üstünlüğünün kabul edilışı insan onuru kavramının da değer kazanmasının en temel nedenidir. İnsan, artık önceki tarihsel dönemlerdeki gibi nasıl davranacağına kurallarını bulabilmek için kesinlikle kendinden aşkın güçlerin iznine, buyruğuna muhtaç olmayacaktır. Dolayısıyla doğruyu ve yanlışını kendisi bulmakla sorumludur ve özgürdür. Bu önkabulden kalkıldığında, yani bireyin kendi sorumluluğunda ve özgür olduğu kabul edildiğinde suç işleyen bir faile verilecek olan ceza da onun iradesinin bir tezahürü olarak görülmek gerekmektedir. Ayrıca meşruiyetini dışarıdan değil kendinden alan bireylik aynı

¹ MEIER Bernd-Dieter: *Strafrechtliche Sanktionen*, Springer Verlag, Berlin; 2015, s.19, yazara göre günümüzden bakıldığında ise söz konusu argümanların bir meşruiyet sağladığı düşünülmemelidir.

² CEVİZCİ, Ahmet: *Felsefe Sözlüğü*, Paradigma Yayınları, İstanbul, 2010, s.165.

³ CEVİZCİ, s.166, yazara göre aydınlanma hareketinin bir önemli özelliği de şöyle ifade edilmiştir: Dünya Tanrı tarafından yaratılmıştır fakat artık insanların elindedir. Herkes ayı akla sahip olduğundan bu evrensel akıl ile insanlar doğru sonuca ulaşabileceklerdir.

⁴ GÜNGÖREN, Birden: "Wandel des Strafrechts am Beispiel des Deutschen Idealismus" (Alman İdealizmi örneğinde Ceza Hukukunun Dönüşümü) *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Duygun Yarsuvat'a Armağan, 9(2), 2012, s.524; dolayısıyla mesele birey kavramının öncesine göre uğradığı dönüşüm önem taşımaktadır.

zamanda değerlerin de yalıtık ve mutlak geçerliliğini düşündürmektedir.

Ahlâka ilişkin kökeninin Tanrıdan değil insandaki evrensel akıl yetisinden kaynaklandığı bir kurallar dizisi düşüncesinin hukuk ve ahlâk felsefesine girişinin Grotius ile olduğu söylenebilmektedir. “Doğru” olan, tanrı istediği için değil doğru olduğu için doğrudur, önermesi Grotius’un insanların tanrıyı bilmeseler de ya da doğal hukukun tanrı ile zıtlaşsa da geçerli olacağı önermesi ile birlikte düşünülmelidir⁵. Kutsal olan insanın özgür iradesidir, çünkü insan rasyonaliteye sahip ve karar verme yeterliği bulunan özgür bir akıl varlığıdır.

Aydınlanma ile bireyin aklının yüceltilmesi artık bireyin kendisine de başkaca bir özelliği olmaksızın salt bir insan olduğu için değer verilmesi yaklaşımının benimsenmesini sağlamıştır. Birey, artık salt irade ve seçme yeteneğine sahip bir varlık olduğu için onurludur ve saygıyı hak etmektedir. İnsan akli, sürekli ve sınırsız olarak geliştirilebilirlik kapasitesine sahip, tüm evreni anlamlandırabilecek bir yeterlidir⁶.

Bu düşünsel evren içinde, ceza hukuku bağlamında mutlak teori de adalet değerini bağımsız, kurucu ve mutlak bir değer olarak görmüş, aynı zamanda sözleşme kuramı içinde devletin yetkisinin zedelenmesi olarak da değerlendirmiştir. Böyle olunca da mutlak teorinin aynı zamanda, cezayı bir yararlık sağlayıcı olarak görmemesi hem fail bireyin araçsallaştırılmaması hem de şiddet tekeli sahibi devletin mutlak meşruiyetini koruyabilmesi anlamına gelir. Çünkü görülecektir ki Kant’ta da Hegel’de de ödetme (Vergeltung) kavramı ile açıklanan cezalandırmanın asla mağdur tarafından bir tür intikama dönüştürülmesi meşru görülmemiştir. Dolayısıyla mutlak teori aslında salt cezanın meşruiyeti anlamında devletin kendisini mutlak bir yetke sahibi olarak kurabilmesinin de gerekçesini sunmuş olur. Cezanın devlet eliyle verilmesi, kamusallaşmasıyla da sadece mağdurun değil kamunun da bunu kabullenmediğine, toplumsal olarak kabullenilmediğine işaret etmektedir⁷.

III. KANT’IN CEZANIN AMACINA YAKLAŞIMI

Alman düşünür Immanuel Kant’ın ahlâk felsefesinin en önemli ilkesi „kategorik emperatif” rasyonel temelli bir ahlâk düsturudur: “Sadece evrensel bir kural teşkil edebileceğini düşündüğün düsturlara göre davranmalısın”⁸. Bu ifadeyle Kant, daha önce dinsel kökenlere bağlı olan evrensel bir ahlâk düsturunu artık akıl temeline oturtmuştur⁹. Rasyonel bir argümantasyon yaparak eğer insanların kendilerine davranılmasını istemedikleri biçimde başkalarına davranırlarsa, bunun evrensel bir yasa olarak geçerli olacak üstün irade ürünü bir yasa koyucunun kuralı olamayacağını belirtir¹⁰. Bu düstur evrensel bir yasa niteliğindedir, çünkü ortak insan aklında içerilmektedir¹¹. Benzer düşünce biçimi dinsel kaynaklı kurallar olarak önceden zaten mevcuttur, ancak bu kez rasyonel bir argümantasyon aracılığıyla, insan aklına dayalı bir açıklama ile bu davranış kuralı kabul edilir. Bu argümantasyonun sınama ölçütü de, bir davranışın geçerli evrensel bir ahlâk kuralı olabilmesi için onun evrensel olarak iddia edilebilecek bir düstur haline dönüştürülebilmesidir. Evrenselleştirilebilir bir davranış beklentisi rasyonel bir tutarlılığın, kestirilebilirlik arayışının sonucudur. Böylesi bir evrensel tutarlı düstur, artık tek tek tecrübelerle

⁵ KÖKSAL Mehmedcan: Milletlerarası Hukuk Düzenine doğal Hukukun Uygulanması, İÜHF, 28(3-4), 1962, s.412.

⁶ CEVİZCİ, s.167, elbette insan aklına dayalı ilerlemenin sınırsız ve olumlu bir olgu olmadığı dünya savaşlarıyla sabitlemiştir, bu da Aydınlanma’nın çöküşüdür; BAUMANN Jürgen/WEBER Ulrich/MITSCH Wolfgang/EISELE Jörg: Strafrecht Allgemeiner Teil, Ernst ve Werner Gieseking Yay. Bielefeld, 12. Bası, 2016, s.18, bu tam da Alman İdealizmi’nin bireye yüklediği akıl ve sorumluluk sahibi olma durumu ile ilgilidir, bu da ceza politikasını suç ve kefaretin denkliliği düşüncesine götürür.

⁷ KREY Volker/ESSER Robert: Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil, Verlag W. Kohlhammer, 6. Baskı, Passau, 2016, s.55; KÜHL Kristian: Freiheitliche Rechtsphilosophie, Nomos Verlag, Tübingen, 2008, s.432.

⁸ KANT Immanuel: Ahlâk Metafizikinin Temellendirilmesi, Türkiye Felsefe Kurumu Yayınları, çev. Ioanna Kuçuradi, Ankara 2013, s.38; Manfred Kuehn, Immanuel Kant, çeviren Bülent O. Doğan, Türkiye İşbankası Kültür Yayınları, İstanbul 2011, s.283, Kant’a göre bu düstur her ahlâki failin erişebileceği bir konumda bulunmaktadır, ancak tek tek eylemlerden çıkarılamaz. Çünkü deneysel anlamda tek tek eylemler bir rastlantısallığı içermektedir, oysa evrensel akıl rastlantısallığa gereksinim duymaz ve güvenemez de.

⁹ KÜHN, Manfred: Immanuel Kant, çev. Bülent H. Doğan, Türkiye İş Bankası Yayınları, İstanbul 2011, s.285; CEVİZCİ, s.167, Aydınlanma düşüncesi ile insanlar evrenin düzenlenebilir yasalara tabi olduğunu görmüş ve bunların kendi doğaları için de uygulanabileceğini düşünmüşlerdir.

¹⁰ KANT, AMT, s.31; HEIMSHOETH Heinz: Kant’ın Felsefesi, çev. Takiyettin Mengüşoğlu, Doğubatı Yay, Ankara, 2014, s.128-129, insanın istemesi akıl sahibi bir varlık olduğundan zaten yasa koyucudur, aksi takdirde kendi başına amaç olmaktan çıkacaktır. Dolayısıyla da ahlâklık olan bir isteme akıl sahibi bir varlık olmanın onuruna bağlanmıştır.

¹¹ KÜHN, s.284, böylece Kant için artık ancak bu ödev duygusuyla yapılan eylemler ahlâki bir değer taşıyacaktır.

elde edilebilir değildir. A priori bir tümel olarak aklın kendisinde mevcuttur¹². İrade sahibi insan, üstün aklıyla özerkliğini tesis etme ve bunu yaparken bir evrensel yasa koyucu gibi kendi kişiliğinin yasalarını da belirleme hakkına sahiptir. Böylece kategorik emperatifi üretebilen insan iradesinin en üstün değer oluşu da anlaşılmalı olacaktır, insan akli evrensel geçerli bir kuralı var etmeye muktedirdir¹³.

Kant düşüncesinin ikinci önemli düsturu insanın asla kendisinden daha başka ve üstün bir olgunun aracı haline getirilemeyeceğidir. Akıl sahibi olan insan, hiçbir başkaca çıkarın, yararın, üstün olduğu iddia edilecek herhangi başka bir amacın elde edilmesi için araç olarak kullanılamayacaktır. Kant'ına araçsallaştırma yasağı ahlâk felsefesinin de temelini oluşturmaktadır¹⁴.

A. Ceza ve Adalet

Kant cezayı “bir suçun hukuki karşılığı” ve ceza hukukunu da “yetki sahibinin uyruğundakilere işledikleri suç nedeniyle acı çektirebilme ödevi ve hakkı” olarak tanımlar¹⁵. Ceza hukuku yetkili bir makamın uyruğundaki vatandaşlarına ceza verebilmesini hem o yetkili makamın ödevi hem de hakkı olarak yorumlar ve aynı zamanda ceza hukukunu da bir kategorik emperatif olarak sınıflandırır. Ceza vermek aynı zamanda yetkenin bir borcudur ve egemenin hükmetme yetkisini altında bulunanlara karşı kullanmaya izninin olduğuna ilişkin bir hakkın simgesidir¹⁶.

Kant'a göre bir suç işlenmesi, evrensel mahiyeti olan adalete zarar verilmesidir. Bu nedenle de ceza verilmesi sayesinde adaletin yeniden tesisi sağlanabilecektir. Dolayısıyla evrensel bir düzenin zedelenmesi anlamında, adaletin ceza verilmesi yoluyla tesisini birlikte okumak gerekmektedir¹⁷. Mutlak bir değer olan adaletin sarsılması söz konusudur. Adalet, kendisinden başka hiçbir değer ile karşılaştırılıp değiştirilemez, ona bir fiyat biçilemez. Aksi takdirde, yani adalete bir fiyat biçilebiliyorsa zaten o adalet değildir. Kant'ın değerlere ilişkin düşüncesinde değerlerin kendinde (an sich) varoluşlarına işaret etmektedir. Epistemolojisindeki kendinde şey kavramı değerlerin varlığında da söz konusudur¹⁸.

Kant'a göre kastedilmemiş ama öngörülebilir bir ihlal kusurdur (culpa). Kastedilmiş olanı ise suçtur (dolus). Bir ihlalin hukuki yankısı da cezadır (poena). Ceza hukuku ise emir vericinin astlarına işledikleri suçlar yüzünden bir acı çektirebilme hakkıdır¹⁹. Yapılan tanımlardan çıkarılacak sonuca göre, egemen, acı çektirilmekten muaf tutulacak, cezalandırılmayacaktır. Yani egemen devletin tahakkümünden muaf tutulacaktır²⁰.

¹² KÜHN, s.284, yani bu değerler tek tek bağımsız insanların akıllarından ve iradelerinden türememiştir, aksine evrensel bir akıl sahibi varlık kavramı tarafından türetilmiştir.

¹³ KÜHN, s.285, yazar kategorik emperatifin birbirinden farklı üç anlaşılma biçimi olduğunu savunur: birincisi “sadece evrensel maksimlere göre bir yasa olmasını isteyebileceğin maksimlere göre davran”; ikincisi “ister kendi ister başkasının kişiliğinde olsun insanın asla araçsallaştırmayacak daima amaç olarak kalacak biçimde eylemde bulun”; üçüncüsü ise “her akıl sahibi varlığın kendi iradesinin maksimleri doğrultusunda evrensel yasa koyuyormuş gibi gören bir kişi olarak” algılanması gerektiğini belirtir. Yazar baskın eğilimin birinci alternatiften yana olduğunu, ancak Kant'ın genel çizgisi içinde anlaşılması gerekenin üçüncüsü olacağını belirtir.

¹⁴ KANT, AMT, s.46.

¹⁵ HUNING, s.348, Kant için ceza hukuki değil felsefi bir kavramdır, etik altında düşünülmelidir.

¹⁶ AGTAŞ, Özkan: Ceza ve Adalet, Metis Yayınları, İstanbul 2013, s.47.

¹⁷ KANT, EBÜFD, s.47, çokça alıntılanan Latince özdeyiş “fiat iustitia, perat mundus” u Kant şiddet ve açıkgozlülüğün sebep olacağı kötülükleri durduran bir hukuki ilke olarak görmektedir; AGTAŞ, s.49;

¹⁸ Ancak bu noktada Kant'ın numen-fenomen ayrımının neye işaret ettiği konusuna değinmek gerekir. Kant epistemolojisindeki bu ayrım ile bir bilinemezin varlığına işaret etmekten çok hem insan aklının kategorileri ile bilebilirliğinin olanaklarına ve sınırlarına hem de bilebilirliğin özne bağımlılığına işaret etmekte olduğunu söylemek daha yerinde olacaktır. Doğan Göçmen; Kant ve Aslında Şeylerin Bilinebilirliği, https://www.youtube.com/watch?v=MwktJ8L_Ljo ; kendinde şey ve bilinebilen şey özler ve var olanlar dünyası ayrımıdır, Kant burada Platoncu bir çizgidedir. Göçmen, Kant'ı, Yenikantçılar'ın gözüyle okumamız gerektiğini belirtir.

¹⁹DUSCH Christian: Staat und Strafe Eine Studie zum Verhältnis von Staats- und Strafrecht bei Thomas Hobbes und Immanuel Kant, Dissertation an Albert-Ludwigs Universität Freiburg, Erlangung der Doktorwürde der Philosophischen Fakultät der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg, 2009, s.270.

²⁰ AGTAŞ, s.48.

B. Cezanın Amacı

Kant, cezanın topluma, bireye, siyasi birliğe başkaca bir yarar sağlama amacı gütmemesi gerektiğini, aksi takdirde bireyin araçsallaşmış olacağını belirtmiştir²¹. Ceza da faile/bireye, fiili, suçu eyleyen kendisi olduğu için verilmelidir. Çünkü bireyin her eyleminde kendisinin nihai amaç olması gerekmektedir, ceza da bu düsturun bir unsurudur²². Böylece, kategorik emperatife de uygun olarak, evrensel bir yasa olmasını isteyeceğimiz biçimde davranma kuralı doğrultusunda hareket edilmiş olacaktır. Bu noktada, Kant'ın kendi ifadeleriyle doğrudan alıntılanmakta yarar bulunmaktadır:

Hukuksal ceza, asla sadece suçlunun kendisiyle ya da sivil toplumla ilgili başka bir iynin meydana getirilmesinin bir aracı olarak değil; daima ve yalnızca, cezanın uygulandığı kişi bir suç islediği için uygulanmalıdır. Çünkü insan asla başka hedeflere yönelme konusunda bir araç haline getirilmemeli ve eşya hukukunun bir konusuna dönüştürülmemelidir, ona karşı doğuştan gelen şahsiyeti buna izin vermez. Kendisi ya da toplumun öteki birimlerine herhangi bir yarar sağlayıp sağlamadığı dikkate alınmaksızın cezalandırılmalıdır.²³

Bu ifadelerden açıkça Kant'ın yararçı yaklaşımlara karşı, mutlak cezalandırma yaklaşımına taraftar olduğu görülebilmektedir²⁴. Kant'a göre bütün ceza kuramlarının minimal düzeydeki amacı adaletin tesisi olmalıdır. Ancak yararçı kuramlarda minimal bir adalet tesisi çabası bile görülememektedir²⁵. Kant cezalandırmaya ilişkin yararçı tüm görüşleri cezai çıkarıcılık olarak değerlendirir ve karşı çıkar. Beccaria'nın yararçı rölâtif yaklaşımı bu bağlamda Kant için kabul edilebilir değildir²⁶. Ona göre ahlâki bir sav ileri süren cezalandırıcı adalet ile pragmatik beklentiler ortaya koyan yararçı yaklaşımların birbirlerinden kesin biçimde ayırt edilmesi gerekmektedir. Bu anlamda Kant'ın önerdiği ceza yaklaşımının amacının metafizik bir karaktere sahip olduğu ve kendinde (an sich) içkin olarak varsaydığı vurgulanmalıdır²⁷.

Bu bakımdan da Kant'ın çokça bilinen iki örneklemesine değinmek doğru olacaktır: Ada örneğine göre bir ada halkı dağılıp gitmeye, başka ulusların buyruğuna girmeye karar verse bile cezaevindeki son hükümlü cezasını yine de çekmelidir, çünkü adalet evrenselidir ve her bireyin ona karşı bir sorumluluğu vardır. Çünkü adalet yerel bir değer ya da kullanışlı bir araç değildir. Adaletin evrensel geçerliliği olan bir değerdir, dolayısıyla onu yeniden tesis etmeye yarayacak bir siyasi resmi birliğin varlığının sürmesi gerekmemektedir. Bu anlamda hem adaletin en yüksek ilke hem de insanın asla başkaca bir amaç için araç haline getirilememesi yasağı dolayısıyla, cezada herhangi bir yararçı yaklaşım kabul edilemeyecektir²⁸.

İkincisi de deney örneğidir. Ölüm cezasına çarptırılmış bir mahkum, ölüm riskini içeren ancak toplum için yararlı olan bir tıbbi deneye katılmayı kabul etmek kaydıyla ölüm cezasından kurtulabilecektir. Deneyin başarılı geçmesi durumunda hem kamu hem birey yarar görmüş olacaktır²⁹.

²¹ AGTAŞ, s.49, LUIZZI Vincent: Cezalandırmaya ve Cezalandırmanın Faydacı ve Ödetmeci Rakiplerine İlişkin “Yeni Denge Yaklaşımı”, çev. Gülriz Uygur, HFSA 10, s.160.

²² HÖFT, s.11, bu durumu cezanın hiçbir amacı olmayacakmış gibi yorumlamaksa bir hata olur.

²³ KANT Immanuel, *Vorkritische Schriften bis 1768. 6., unveränd. Aufl.* (unveränd. Nachdruck der Ausg. Darmstadt 1960). Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft (Werke in sechs Bänden)'den aktaran, Dusch., s.255.

²⁴ DUSCH, s.255, KRÜGER, Rolf: *Strafrecht Allgemeiner Teil 1*, Alpmann und Schmidt Juristische Lehrgänge Verlagsgesellschaft, Münster 2010, s.4; HUNING Diète: *Kants Strafrechtstheorie und das jus talionis Philosophische Schriften Heft 56 Aufklärung durch Kritik Festschrift für Manfred Baum zum 65. Geburtstag*, herausgegeben von Dieter Hüning, Karin Michel und Andreas Thomas Duncker & Humblot Berlin, 2004, s.335, çağdaşları tarafından Kant'ın mutlak teoriyi savunması çokça eleştirilmektedir. Grotius, Locke ve öteki takipçilerinin çizgisinden kaydığı, doğal hukukçu ceza yetkisi düşüncesinin dışına çıktığı ileri sürülmektedir.

²⁵ DUSCH, s.256, Kant'ın döneminde yararçı rölâtif yaklaşım baskın olduğu için ona karşı tavrı aldığını belirtmesi önemlidir; CENTEL Nur, *Cezanın Amacı ve Belirlenmesi*, Prof. Dr. Tarık Tufan Yüce'ye Armağan, s.338.

²⁶ BECCARIA Cesare, *Suçlar ve Cezalar*, çev. Muhiddin Göklü, İnkılap aka Kitabevi İstanbul, 1960, s.117-118, topluma yarar sağlama amacı gütmeyen tüm yasaların daima bir karşı koymaya maruz kalacaklarını, ve er geç o yasaların yürürlükten kaldırılacağını daha yaptının girişinde ifade etmektedir. Ona göre yasalar bir tür doğa durumundan medeni duruma geçen insanların hangi koşullar altında bir toplum kurduklarını gösteren vesikalardır.

²⁷ HÖFT, s.12.

²⁸ Immanuel KANT, *Metaphysics of Morals*, İngilizceye çev. Mary. J. Greogor, Cambridge Press s.106'dan aktaran AGTAŞ, s.49, s.51; HUNING, s.337, Kant'ın cezalandırmadaki bu tavrını Cromwellci katı pietizmin bir etkisi olarak değerlendirmek gerekmektedir.

²⁹ Immanuel KANT, *Metaphysics of Morals*, İngilizceye çev. Mary. J. Greogor, Cambridge Press s.105'ten aktaran, AGTAŞ, s.51.

İşte bu her iki örnek varsayım da onun için tam da araçsallaşmanın işaretidir. Birey toplum yararına da olsa başka bir amaç için kullanılamamalıdır. Evrensel ahlâk düsturu da uyarınca birey salt bir amaç olabilir³⁰. Kamu yararı da dahil Kant için hiçbir olgu adaletten daha önemli ve üstün olamaz, bu yüzden de ceza verilirken ne bir sağaltım ne bir intikam ne de topluma başkaca bir yarar gözetilmesi yerinde olur. Yoksa aksi halde adalet kendisine biçilen bir bedel karşılığında değiştirilmiş, bir adım daha ileri giderek satılmış olur. Yani her şey gibi adaletin de bir fiyatı olacaktır, fiyat biçilebilen bir adalet de zaten adalet değildir³¹.

Her iki örnekten de açıkça görülebileceği gibi Kant'a göre nitelik ve nicelik bakımından kişinin yaptığı aynıyla kendisine karşılık verilmesi sayesinde evrensel bir değer olan adaletin gördüğü zarar giderilerek yeniden tesis edilebilecektir³². Dikkat edilmesi gereken sadece adaletin hedeflendiği yaklaşımlar ile adalet yerine başkaca yararların göz önünde tutulduğu pragmatik yaklaşımların arasındaki ayırım çizgisidir³³.

Cezalandırmanın üç tür hedefi olabilir: Failin daha iyi bir insan olmasını sağlamak, gelecekte bir suç işlenmesini engellemeye çalışmak ya da sürgün, ölüm cezası gibi yöntemlerle kötü vatandaşları toplumdan ayıklamak. Bu tarz hedefler Kant'a göre ancak siyasetin kurnazlıkları olarak görülmeli, onlara olanak tanınmamalıdır. Hukuk açısından ise aslolan daima adaletin tesisidir. Hukuki ceza asla failin kendisine başkaca bir getiri ya da yarar sağlamamalıdır, tam aksine ona daima sadece ama sadece suç işlemiş olduğu için çektrilmelidir.

Kant'a göre bütün siyasi cezalar aslında uyarıcı, dolayısıyla geleceğe ilişkin bir beklentiyi işaret eden, yani (an sich) kendinde olma durumunun ötesine geçen cezalardır. Ya suç işlemiş insanlara ya da halka gözdağı olarak örnek teşkil etmek amacıyla uyarmak için yapılır. Dolayısıyla cezanın failin kendisini aşan bir amacı vardır. Kant cezaları ceza adaletine ya da yasa koyucunun kurnazlığına dayananlar olarak ayırır. Birinciler ahlâki olanlar; ikinciler ise pragmatik cezalardır. Pragmatik olanlar bir daha suç işlenmesin diye verilirken, suçu geleceğe yönelik de engellemek amacı güdülür. Siyasetin tüm cezaları pragmatiktir, ya failin kendisini düzeltmesi için ya da örnek olması için. Yani siyaset, suç işlendiği için değil suç işlenmesin diye cezalandırmaktadır.³⁴

Oysa hukuki ceza faile her zaman bir suç işlediği için verilmelidir. Çünkü fail eylemiyle dünyada iradesini ortaya koymuş, böylelikle kendisine nasıl davranılması gerektiğini de kategorik emperatiften yapılabilecek bir çıkarımla belirtmiştir³⁵. Dolayısıyla aslında Kant için cezanın belirlenmesi yine bir bireysel irade sorunudur. Öyleyse, birinci örnekten yola çıkarak, ada halkının toplum olarak varlıklarını sürdürmesinin beklenmesine gerek yoktur, çünkü madem ki düstur evrensel davranış ilkesine ulaşmaktır o zaman cezanın bir bölgede ve zamanda yaşamakta olan topluma aidiyetinden söz edemeyeceğimiz gibi o toplum dağılsa bile adalet evrensel bir sorumluluk olacağından bireylerin dağılıp karışacakları halklarda da kendilerinde sürecektir³⁶. Yani Kant'a göre cezanın kendi dışında ve kendisini aşan başkaca bir amacı ya da devlet veya bireye başkaca bir yararının olmasının beklenmesine, siyasi birlik bakımından bir menfaatin var olmasına gerek yoktur³⁷. Çünkü bunlar hem mutlak bir değer olan adaleti hem de en üstün varlık olarak akıl sahibi bireyi aşan durumlardır.

³⁰ KANT, s.48, Kant araçsallaşmama ilkesini her insanın eylem özgürlüğünün en yüksek sınırlayıcı koşulu olarak tanımlar; WEST David: Kıta Avrupası Felsefesine Giriş Rousseau, Kant ve Hegel'den Derrida'ya, Paradigma Yay, İstanbul, 2016, özgürlüğün Kant'ın ahlâkının temel koşulu olduğu ve cezanın anlamını da bu ahlâki sorumluluk temeline oturttuğunu akılda tutmalıyız.

³¹ AGTAŞ, s.49.

³² KIZILKAYA Ahmet: Sivil Toplum Devlet İlişkileri Bağlamında Kant ile Hegel'in Hukuk felsefesinin Karşılaştırılması, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2009, s.48.

³³ AGTAŞ, s.50.

³⁴ KANT Immanuel, Vorkritische Schriften bis 1768. 6., unveränd. Aufl. (unveränd. Nachdruck der Ausg. Darmstadt 1960). Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft (Werke in sechs Bänden) 2005 s.286'dan aktaran, DUSCH, s.259. (çeviri bana aittir) „Iustitia punitiva'nın amacı şu olabilir: 1. Daha kötü bir vatandaşın daha iyi bir vatandaşla dönüşmesinin sağlanması; 2. Uyarıcı örneklerle caydırıcılık sağlanması; 3. bütünün içinden işe yaramazların ayıklanmasının geç, sürgün ya da idam cezası ile sağlanması (hatta hapis bile). Ama işte tüm bunlar politik kurnazlığın ürünüdür.”

³⁵ KIZILKAYA, s.48.

³⁶ KUEHN, s.288.

³⁷ AGTAŞ, s.53; RENGIER Rudolf: Grundrisse des Rechts Strafrecht Allgemeiner Teil, Verlag C. H: Beck, München 2011, s.10; DEMİRBAŞ Timur: Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yay. 2016, Ankara, s.77, oysa ceza hukuku bakımından devletin görevi aynı zamanda toplumsal düzenin tesisidir, adalet tek mutlak olarak görülmemelidir.

C. Cezanın Türü

Kategorik emperatif uyarınca faile işlediği eylemin aynıyla karşılık vermek gerekecektir, aksi bir davranış onun bağımsız, onurlu akıl sahibi bir varlık oluşuna yakışmayacaktır. Kısas böylece Kant için, insanlık onurunun korunmasını da sağlayacaktır³⁸. Kısas kullanılmasını, Kant'ın açıkladığımız evrensel kategorik emperatifinden çıkardığı bir sonuç olarak saptayabiliriz. Çünkü madem ki eylemlerimizin her yerde geçerli bir yasa olacak biçimde olması bekleniyordu, örneğin o zaman cinayet suçunun cezası da bizim öldürülmemiz olmalıdır³⁹. Öyleyse Kant, faili araçsallaştıran, yani failin cezalandırılmasının herhangi bir toplumsal, ya da siyasi amacı güden tüm çağdaşlarını titizlikle reddetmekte, aksini insanlık onurunun çiğnenmesi olarak görmektedir⁴⁰. Söz gelimi bir cinayet işleyen faile verilecek ceza da ölüm cezası olmalıdır. Çünkü seçim yapabilen özgür irade sahibi her insan saygıdeğer ve değerlidir. Böyleyse de, o eylemi kendi özgür iradesi ile seçmiştir, özgür iradesinin seçimini de hak etmektedir.

Ödetcici yaklaşım aracılığıyla intikam amacı güdülmüş gibi algılanabilirse de; Kant'ın ceza gerekliliğinin bireysel ya da devlet erkinin tatmini gibi ayrıca bir amacı yoktur. Kant sadece tahrip edilen adaletin bu yolla yeniden tesis edilebileceğini ileri sürer. Bu durumda aklımıza, ceza verilmesinin adaletin tesisi ile ilişkisinin olduğu ön kabulü gelir⁴¹. Cezanın adalet ile ilişkisi Kant için aşikardır, yasaya aykırılık aslında adalete aykırılıktır. Çünkü Kant'a göre yasa zaten adaletin ta kendisidir. Bu durumda da adalet ne yoldan tahrip edildiyse aynı sonucun failin kendisinde oluşmasının sağlanması sayesinde yeniden tesis edilmesi de mümkündür. Onun ceza sistemi kendisinden (an sich) başka bir amaç gütmeyen, varlığı sadece ve sadece adaletin yeniden tesisini sağlar, başkaca herhangi bir pragmatik niyeti olmamalıdır. Bu aynı zamanda bir resmi intikam alma biçimi olarak yorumlanmamalıdır, çünkü intikam her zaman bireysel bir tatmin amacı da güdecektir. Kategorik emperatif uyarınca faile işlediği eylemin aynıyla karşılık vermek gerekir, aksi onun bağımsız ve onurlu akıl sahibi bir varlık oluşuna yakışmaz.

D. Cezalandırma Yetkisi

Kant için cezalandırma yetkisi iktidar sahibi olan devlettedir. Kant'ın iktidarı yine bir toplumsal sözleşmeye dayandırmış olması ceza yetkisinin temelini de açıklamaktadır⁴². Kant cezanın devletin zor kullanma gücü ile yargısal cezayı birbirine bağlarken Hobbesçu doğal durum düşüncesi mirasını devralmaktadır. Çünkü doğal durum, kişisel hak aramanın varlığı yüzünden kimsenin bir yetki kullanımını kendi çıkarının temsili olarak görmeyeceğinden meşruiyet yokluğu anlamına gelmektedir. Oysa, pozitif yasanın varlığı ile cezanın devlet tarafından uygulanması doğa durumunun da geride bırakılması demektir⁴³. Ceza yetkilinin, emir vericinin yetkisi ve hakkıdır. Öyleyse ceza devletin şiddet tekelinin meşruiyetini de ortaya koymaktadır, çünkü ceza hukuku buyurabilenin kendisine tabi olanlara zor kullanarak acı verebilme yetkisi anlamına gelmektedir. Ceza olmaksızın hukukun son bulacağı ortadadır, dolayısıyla ceza düşüncesi sadece ceza hukukunun değil bütün bir hukuk düşüncesinin de varlık koşuludur⁴⁴.

Kant, cezalandırılmanın tek tek herkesin iradesine değil aksine bir kişinin ötekini cezalandırmak için olan temsili iradesine dayanmakta olduğuna işaret ederek⁴⁵ aslında toplum sözleşmesi taraftarlarının, kimsenin kendisinin ölümüne rıza veremeyeceği argümanına karşı çıkmaktadır. Aksini ise, ucuz bir sofistlik ve hukukun dönüştürülmesi olarak nitelemektedir⁴⁶.

³⁸ KANT, s.44.

³⁹ KIZILKAYA, s.49, böylece insanın onuru üzerine kurduğu düşüncesini tutarlı olarak sürdürmektedir.

⁴⁰ AGTAŞ, s.49; KIZILKAYA, s.49, Kant bir reformcu olarak Cesaria Beccaria'nın toplum sözleşmesine taraf olan kimselerin kendi ölümlerine de onay veremeyecekleri iddiasına karşıdır.

⁴¹ AGTAŞ, s.27, yazara göre daha başından sorgulanmaksızın kabul edilen bu önkabulün sorgulanması gerekmektedir, cezanın zaten adaletle doğrudan bağlantısı olduğuna dair inancın yeniden gözden geçirilmesi gerekmektedir. Asıl sorgulamamız gereken cezayı adalet misyonunun daimi taşıyıcısı olarak kabul etmemizdir;.

⁴² ÇATALOLUK Gökçe: Kant Düşüncesinde Hukukun Sınır Hatları, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi – İnÜHFD 10(1), 2019, s.205 onu diğer sözleşmecilerden ayıran hususlara değinmek gerekmektedir. Bunlardan ilki sözleşmenin onun için de tarihsel değil akli bir kategori olması, ikincisi de sözleşme öncesi doğal durumu yetkilendirilmiş yani meşru bir otorite yokluğu ile açıklamış olmasıdır.

⁴³ HUNING, s.349; KANT Immanuel: Ebedi Barış Üzerine Felsefi Deneme, çev. Yavuz Abadan, Seha L. Meray, Ajans Türk Matbaası, Ankara, 1960, s.17, doğa durumu Kant için her ân doğabilecek bir tehlike ve güvensizlik ortamıdır.

⁴⁴ KÜHL s.434; AKTAŞ Sururi: Cezalandırmanın Amacı Üzerine, EÜHFD, XIII(1-2), 2009, s.17.

⁴⁵ Immanuel KANT, Vorkritische Schriften bis 1768. 6., unveränd. Aufl. (unveränd. Nachdruck der Ausg. Darmstadt 1960). Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft., dan aktaran DUSCH, s.252.

⁴⁶ DUSCH, s.252, böylece Kant'ın karşı çıktığı argüman aslında cezanın bireyin kendi iradesinin bir isteminin sonucu olarak değerlendirilmesidir.

Böylece cezalandırma yetkisi ona göre tek tek bireylerin iradelerinin değil toplu ve soyut olan ortak iradenin ürünüdür. Zaten suç işleyen ile yasa yapımında ortak olan kimse aynı konumda değerlendirilemez. Yasa yapıcı kişi *homo noumenon* genel bir cezalandırma ilkesinden söz etse de, *homo phaenomenon* buna somut olarak karşı çıkar⁴⁷.

Ölüm cezasına⁴⁸ ilişkin bir başka tartışma söz konusudur. Kant sözleşmeye dahil olan tarafların kendilerinin idamına da rıza gösterdikleri varsayımının kabul edilemeyeceği argümanına karşıdır. Çünkü sözleşmeye rıza veren benlik ile cezalandırılacak benlik farklı kimselerdir, dolayısıyla ceza verilmesi ile ceza çekilmesi süreçleri farklı kişiliklerde doğmuş olacaktır. Bir ortak yasa yapıcı olarak “ben” (*homo noumenon*) söz konusu yasaya aykırı hareket etmiş olan bir ast olarak aynı kişi değildir artık. Çünkü, suç işleyen benliğin (*homo phaenomenon*) yasa yapımında taraf olmaya hakkı bile yoktur. Dolayısıyla bu yanıyla da numen-fenomen ayrımına işaret etmiş olmaktadır. Sözleşmeye katılan birey, kendinde olan, yani *homo noumenon*’dur. Buna karşın, sözleşmeye tabi olan, yani suç işleyen irade *homo phaenomenon*’dur⁴⁹.

E. İstisnai Durum

Kant’ın ceza ile hukuk kısmına ayırdığı başlıkta “affetme hakkı”ndan söz edilmektedir. Bu devlet için çok istisnai bir haktır ve devlet ancak kendisine karşı işlenmiş suçları affedebilmektedir⁵⁰. İstisnalar, annenin evlilik dışı çocuğunu öldürmesi, savaşta düşmanın öldürülmesi ve devletin ölüm cezalarını infaz etmesi durumunda uyuğunun sayısının azalması olarak sayılmıştır.

Affetme hakkı egemenin en değişken yorumlanması gereken hakkıdır ve yurttaşların birbirlerine karşı işlediği suçlarda değil ancak yurttaşların devlete karşı işlediği suçlarda geçerli olabilir. Çünkü yoksa bu sonrası için büyük bir adaletsizlik olacaktır, bireylere karşı işlenen suçları devletin affetme hakkının varlığının kabul edilmesi adalet duygusunun zedelenmesi anlamına gelecektir⁵¹.

İlk iki durumda öldüren kişiler onurlarını korumuş olacaklarından kısas cezası verilmeyecektir. Annenin evlilik dışı çocuk doğurması durumunda kadın cinsel onurunu korumaktadır⁵². Savaş meydanında öldürmeye karşılık idam cezasının verilmemesi ise savaş onurunun korunması anlamına gelmektedir. Ayrıca “*volenti non fit iniuria*”, rıza gösterene yapılan hareketin haksızlık oluşturmayacağı kuralı da geçerlidir. O zaman bu durumda bir haksızlık yoktur ve cezalandırılması gereken bir hukuka aykırılık da oluşmamıştır. Çift taraflı bir rıza söz konusudur.

Bu denli net bir ahlâk önerisinin ardından Kant bu öneriden sapılabilirlikleri ve ayrık durumları sınamıştır. Ancak yalan söylemek, tutulmayacağını bilerek söz vermek gibi durumları örnekleyerek istisnaların varlığını katiben kabul etmez. Çünkü yoksa her durum kendi istisnasını yaratacak ve o zaman ortada kesin olarak güvenilecek bir kerteriz noktası kalmayacaktır⁵³. Her iki durumda da onur ön plandadır, birinde cinsel onur ötekinde ise savaş onuruna değinilmiştir.

Devletin varlığının tehlikeye girmesi durumunda ise sadece kısas cezası affedilebilecektir. Bunun yerine başka bir ceza öngörülebilecektir. Devletin kendi uyuğundakilerin sayısının kendi siyasi bütünlüğünün yok olacak derecede azalması halinde ceza verilememesi ise yararlı bir yaklaşım olarak değerlendirilemez, çünkü bu durumda ceza verilmemesinin nedeni yarar sağlamayacak olması değildir. Devletin yani ceza vermesine yetkisi olan kurumun siyasi bütünlüğünün, yani varoluşunun tehlikeye girmesidir. Böyle bir durumda ceza adaleti, devletin siyasi bütünlüğü karşısında geri çekilmek zorundadır, çünkü ceza adaleti kavramı varlığının sağlanmasını devlet yapılanmasına borçludur. Dolayısıyla Kant bu durumu siyasi bir temelle açıklamak yerine zorunlu bir mantıksal sonuç bulmuştur⁵⁴.

⁴⁷ HÖFT, s.25.

⁴⁸ Akılda bulundurulması gereken yaşam ve ölümün, hukukla daima kadim bir ilişkisi olduğudur, SAYGILI Abdurrahman: Yaşam Hakkı Üzerine Düşünceler, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, İnÜHFD 10(2), 2019, s.541.

⁴⁹ Immanuel Kant, *Vorkritische Schriften bis 1768*. 6., unveränd. Aufl. (unveränd. Nachdruck der Ausg. Darmstadt 1960). Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft (Werke in sechs Bänden) 2005’den aktaran DUSCH., s.253.

⁵⁰ KUEHN, s.265

⁵¹ DUSCH, s.284.

⁵² HÖFT, s.25, .

⁵³ DUSCH, s.266.

⁵⁴ HÖFT, s.27.

IV. HEGEL'İN CEZANIN AMACINA YAKLAŞIMI

Hegel devlete ahlâki bir anlam yüklemiştir. Ona göre, en yüksek erdemim timsali olarak devlet objektif ahlâki simgelemektedir⁵⁵. Hegel'e göre tarihin tini, devlettir ve devlet subjektif ahlâktan objektif ahlâka geçiş sürecinin aracıdır⁵⁶. Ancak, devlet hiçbir zaman toplumsal sözleşmenin tarafı değildir. Bu nedenle de özü itibarıyla devlet tek tek bireylerin can-mal güvenliğini korumakla yükümlü değildir. Aksine bireylerden bunları feda etmelerini isteyebilme hakkına sahip en yüksek realitedir⁵⁷. Bu yüzden de, toplumsal sözleşmeye verilen rızanın idam cezasını içermediğinin varsayılması, devletin sözleşmenin tarafı olmamasıyla geçersizleşecektir⁵⁸. Hegel'e göre modern devlette hükümdarın ve devletin hakları bir sözleşme konusuymuş gibi görülmesi vahim karışıklıklara yok açmaktadır. Bu da, devletin kendi içindeki birtakım kimselerin öznel iradelerinin toplamıymış gibi görünmesidir⁵⁹.

Hegel, suç işleyen bir kimsenin özgür iradesinin varlığını işaret ederek tanınma kavramına değinmektedir. Hegel tanınmayı, efendi - köle dialektiğinin bir parçası olarak görmektedir. Hegel'de köle ancak özbilincine ulaştığı takdirde kölelikten kurtulabilir.⁶⁰

Bu da çalışma ve eğitimle mümkündür. Köle, çalışarak köle doğasından kurtulacak, özbilince ulaşacaktır. Köle-efendi diyalektiği böylelikle bilincin serüveni olarak görülebilir

Hegel, felsefe tarihine diyalektik anlayışını bir yöntem olarak derinleştirerek kazandırmıştır. Felsefi bir yöntem olarak diyalektik, tez-antitez-sentez olarak formüle edilmektedir. Diyalektiği bir yöntem olarak tüm felsefesine ve tarih anlayışına yedirmiştir. Diyalektik yöntemin hukuktaki örneklemini de iddia-savunma-hüküm kurulması şeklinde dönüştürülür⁶¹. Diyalektik ile tarihin tini de bir nihai sona erişecektir.

A. Ceza ve Adalet

Hegel için suç, hukuka karşı gelinmesidir. Eğer ki, adaleti temsil eden hukuk zarar görürse adalet de zedelenmiş olacaktır. Suç, hukukun olumsuzlanmasıdır. Bu durumda da kendisinin de olumsuzlanmasıyla, adalet yeniden tesis edilecektir. Suç, öncelikle bir kötülük olduğu için değil, hukuk ihlal edildiği için ortadan kaldırılmalıdır⁶².

Diyalektiğin hukuka uygulanmasıyla önce, suçu içeren pozitif mevcudiyet saptanmalıdır. Hukuk önce soyut ve edilgendir, yani kendindedir (an sich). Kendinde ve edilgen olan hukuk, suç işlenmesi ile ihlal edilir. Bu ihlalin ardından hukuk devreye girer. Yaptırım niteliğindeki kuralın uygulanmasıyla somutlaşır ve etkinleşir⁶³. Hukuk, kendisini var edecek ve varlığını yaşama geçirecek bir ihlale gereksinim duymaktadır. Bu durumda, hukukun suç öncesi kendinde (an sich) karakteri var olan tikel olaylarla, canlanmaktadır.

Birincil kötülük suç ile yasanın ihlalidir, ceza ise ikincil kötülük değil birincinin ortadan kaldırılmasını sağlayan bir etmendir. Suç hukuka karşı gelinmesidir, adaleti temsil eden hukuk zarar görürse adalet de zarar görmüş olacaktır. Kendisinin de olumsuzlanmasıyla adalet yeniden tesis edilecektir. Suç bir kötülük olduğu için değil hukukun ihlali olduğu için ortadan

⁵⁵ HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich: Hukuk Felsefesinin Prensipleri, Sosyal Yayınları, çev. Cenap Karakaya, İstanbul 1991. s.200; COPLESTONE Frederick, Coplestone Felsefe Tarihi, çev. Aziz Yardımlı, İdea Yayınları, İstanbul 2000, s.67, Hegel'in devleti yüceltici sıfatlarla andığı hiç kuşkusuz yadsınamaz, ama göz önünde bulundurulması gereken devleti bir tür nesnel tin oluş aracıyla zorunlu tanrı konumuna oturttuğudur.

⁵⁶ CEVİZCİ s.758; SANCAR Mithat: Devlet Aklı Kısacasında Hukuk Devleti, İstanbul 2000, s.50, Hegel'in bu yolla aşkınlattığı devletin kullandığı araçlarını artık meşrulaştırmasına gerek ayrıca yoktur, çünkü tüm bunların meşruluğu tüm siyasi etkinliklerin nihai amacı olarak devletin bu amacıyla içkindir.

⁵⁷ HEGEL, HFP, s.99, devlet bireylerin can ve mal güvenliğini üzerinde doğrudan hak iddia edebilmektedir; ayrıca SANCAR s.51, yazar devlet aklı kavramının temellerini atan Machiavelli'nin en hararetli övgücülerinden birinin Hegel olduğuna işaret eder.

⁵⁸ HEGEL, HFP, s.99, Hegel, Beccaria'nın toplum sözleşmesine onay vermenin kişinin kendi idam edilmesine de rıza vereceği anlamına gelmemesi gerektiği yönündeki eleştirisini kabul etmez. Çünkü ona göre devlet zaten toplum sözleşmesinin tarafı değildir, bu nedenle de bireylerin can ve mal güvenliklerine karşı bir yükümlülüğü olması beklenmemelidir; BECCARIA, s.186, ölüm cezası dayanağı hukuki bir esastan alıyor olamayacaktır.

⁵⁹ HEGEL, HFP, s.84, devleti objektif ahlâkın temsilci kavramı olarak gördüğü akılda tutulmalıdır.

⁶⁰ GÜNGÖREN, s.993, tanınma Hegel düşüncesinin temel kavramlarındandır.

⁶¹ GÜNGÖREN, s.992.

⁶² HEGEL, HFP, s.94.

⁶³ HEGEL, HFP, s.97.

kaldırılmalıdır⁶⁴.

B. Cezanın Amacı

Cezalandırmanın meşruiyeti suç işleyenin kendi iradesiyle tercih ettiği seçimin içinde içkindir. Akıllı bir varlık olan bireyden gelen eylem kendi hak ettiği davranış olarak evrensel kanunu da içinde barındırır⁶⁵. Akıllı varlık işlediği eylemde bu evrensel kanunu kendisi için kabul etmiş olur ve kanunun hükmüne kendi hakkı olarak çarptırılır. Ceza bu yüzden rasyonel varlığın kabul edilmesi anlamına geldiğinden aynı zamanda bir onurdur. Ayrıca, cezanın aynı zamanda bir hak olarak talep edilebileceği ilk bakışta çelişkili görülebilir, ancak bu Hegel'in diyalektik felsefesi içinde tutarlıdır⁶⁶.

Eğer cezanın ölçüsü bireyin eyleminden çıkarılmamış olsaydı bu bir onur olmazdı, aksine rasyonel varlık ıslah edilmesi gereken bir zararlı hayvana dönüştürülmüş olurdu, birey işlediği suça rağmen de hala irade sahibi bir kimsedir⁶⁷. Bu yüzden cezanın bireysel bilinç üzerindeki etkilerine, caydırma, ıslah etme gibi öz bilince nüfuz edişine ilişkin görüşler cezanın *kendiliğinde* (an sich) ve *kendisi için* (für sich) doğruluğunu tartışmaz. Ceza kesinlikle sonraki suçların önlenmesi amacı güdemez⁶⁸.

Cezalandırmanın meşruiyeti suç işleyenin kendi iradesiyle tercih ettiği seçimin içinde içkindir. Akıllı bir varlık olan bireyden gelen eylem evrensel kanunu da içinde barındırır. Akıllı varlık işlediği eylemde bu evrensel kanunu kendisi için kabul etmiş olur ve kanunun hükmüne kendi hakkı olarak çarptırılır. Ceza bu yüzden rasyonel varlığın kabul edilmesi anlamına geldiğinden aynı zamanda bir onurdur. Eğer cezanın ölçüsü bireyin eyleminden çıkarılmamış olsaydı bu bir onur olmazdı, aksine rasyonel varlık ıslah edilmesi gereken bir zararlı hayvana dönüştürülmüş olurdu⁶⁹. Bu yüzden cezanın bireysel bilinç üzerindeki caydırma, ıslah etme gibi öz bilince nüfuz edişine ve etkilerine ilişkin görüşler cezanın *kendiliğinde* ve *kendisi için* doğruluğunu tartışmaz. Bireyin davranışı olan suç, onun irade sahibi bir varlık olduğunu ortaya koyan bir eylem olduğundan, davranışının sonucu da eyleminde içkin olarak mevcut olacaktır.

Hegel'e göre suç işlenmesi hukukun hiçe sayılması olduğundan, onun hiçe sayılması demek olan cezalandırma ile giderilir. Böylece hukukun restorasyonu sağlanır, ilk olumsuzlama suç işlenerek hukukun hiçe sayılması, yasanın inkarıdır⁷⁰. İkinci olumsuzlama ise ceza verilerek hukuk düzenin kendini sağlamasıyla olur. Böylece ceza, diyalektiğin temel ilkelerinden olan yadsımanın yadsınmasıdır (negation der negation). Bundan önce hukuk soyuttur ve kendindedir (Recht an sich)⁷¹. Dolaysız bir ortak iradedir, edilgen bir biçimde yalnızca olması gerekeni söyler. Öncelikle hukuk geçerli olmalıdır. İlk adımda hukukun bu salt söylem biçimi bir kavramdır henüz ve gerçekleşmemiştir, kendindedir (an sich). İşlenen bir suçla hukuk hiçe sayılmış olur, bu da hukuksuzluktur. Hukukun bu hiçe sayılmasının hukukun uygulanması aracılığıyla hiçe sayılması da hukukun gerçekleşmesidir. Bu nedenle de gerçekleşen bir hukuk ihlali üzerine mutlaka ceza verilmelidir, yoksa adalet tesis edilemez.

C. Cezalandırma Yetkisi

İlk kötülük olan suça, kamusal zor kullanma olmaksızın birey kendisi karşılık verirse bu birbirini sürekli izleyen sonsuz bir karşılık verme içinde kuşaktan kuşağa devam etme riskini

⁶⁴ Prof. Dr. Kristian Kühn, Grosse Strafrechtsphilosophen, Tübingen Üniversitesi, erişim tarihi 01.11.2013, http://www.jura.unituebingen.de/professoren_und_dozenten/kuehl/materialien/forschung/phil/Hegel/strafe2

⁶⁵ HEGEL G. W. F.: Felsefe Tarihi, Thaşles'ten Platon'a Grek Felsefesi, çev. Doğan Barış Kılınç, NotaBene Yay., İstanbul, 2018, s.259, Hegel'in Herakleitos'un diyalektiğini anlattığı kısma bir kısaca bakmakta yarar vardır. Hegel, Herakleitos'un diyalektiğini betimlerken yokluğun da varlığın ta kendisinden çıktığını, varlığın kendisine yok olmanın da dahil olduğunu ifade etmiştir.

⁶⁶ HEGEL, HFP, s.98; Christian Kühn, Grosse Strafphilosophen, Die Strafe als Recht des Verbrechers, durch die er als Vernünftiger geehrt wird, Tübingen Üniversitesi (erişim tarihi: 03.11.2019), http://www.jura.uni-tuebingen.de/professoren_und_dozenten/kuehl/materialien/forschung/phil/Hegel/strafe5

⁶⁷ HEGEL, HFP, s.99.

⁶⁸ RENGIER s.10, "Absolute Strafzweck" olarak adlandırılan ceza hukukundaki bu eğilim için cezalandırma ile geleceğe ilişkin bir amaç güdülmemesi, cezalandırmanın tamamen geçmişe yöneldiğini ortaya koymaktadır.

⁶⁹ HEGEL, HFP, s.99.

⁷⁰ GÜRİZ Adnan: Hukuk Felsefesi, Siyasal Kitabevi, Ankara, 2014, s.224.

⁷¹ Zweck der Strafe, (çevrimiçi erişim: 01.11.2013) http://www.hegel-system.de/de/v3213_strafe.htm.

içinde taşırdı. Oysa devletin tek yetkili olarak verdiği ceza böyle değildir⁷². Her tür subjektif menfaatten ve rastgele formdan arındırılmış, ölç almayan ama cezalandıran bir adalet talebi aslında evrenseli istemektir⁷³.

Hegel toplum sözleşmesinden yola çıkılarak sözleşmeye taraf olan iradenin cezayı da kabullenmiş olacağını söylemekle yetinmez, bir adım daha ötesine giderek ortak iradeye ve akla dahil olarak cezalandırılmanın aslında bir hak ve onurlandırılma olduğunu söyler. Çünkü madem ki suçu işleyen fail özgür iradesini ortaya koymuştur bu durumda onun iradesinin tezahürü dikkate alınmaksızın bir ceza verilemez, ve onun irade açıklaması anlamına gelen suçuna denk bir ceza verilmesi de onun aklına değer verildiğinin gösterilerek onun onurlandırılması anlamına gelecektir⁷⁴.

Ayrıca cezalandırma ile bireyin tarihin tını olan devlete yeniden dahil olması ve belki bir tür günah çıkarması sağlanır. Çünkü fail suç işleyerek zaten düzenin ve devletin dışına çıkmıştır, cezalandırma ile yeniden bir dahil olma sağlanmış olacaktır.

Cezalandırma kurumu Hegel'e göre öncelikle bireysel bir intikam olarak ortaya çıkmıştır, bu yüzden de icrası kendi başına da bir suça neden olur. Oysa devletin eline geçerek resmi bir intikam aracına dönüşmesi zorunludur. Böylece yeni bir ihlal söz konusu olmaz. O zaman asıl sorun Hegel'de cezalandırma ile devletin anlamını sorgulamaktır, çünkü birey kendi karşılığını verince meşru olmayan bir olgu devlet yapınca meşrulaşır⁷⁵.

Engelleme amacıyla da birey zararlı bir hayvanmış gibi değerlendirilir. Ek olarak da topluma vereceği olası zararların önüne geçilmeye çalışılır. Bu nedenle cezalandırılırken caydırıcılık amacı güdülmez. Gelecekte işlenebilecek suçların önüne geçilmek istenmez. Fakat sözgelimi ancak iradesi henüz tamamlanmamış çocuk varoluşu için ise cezanın iyileştirici bir amacından söz edilebilir. Ayrıca cezalandırmadan ıslah, caydırma gibi bir yarar uman yaklaşımlar cezanın kendiliğinde ve kendisi için olması sorunsalına dokunmazlar. Çünkü onu çoktan çözülmüş saymaktadırlar⁷⁶.

D. Cezanın Türü

Hegel, öncülü Kant'ın aksine kısas düşüncesinin sıkı bir taraftarı değildir⁷⁷. Suç dönüştürülüp bir değer biçilerek cezaya çevrilir. Aynıyla tazmini mümkün olan suçlarda aynıyla tazmin; aynıyla tazmini mümkün olmayan suçlarda ise evrensel nitel değer ile tazmin edilerek ceza öngörülmalıdır. Eşitlik suçunun hakettiği şeyin özü içindir, cezanın dış görünümü için değildir⁷⁸. Elbette hapis ile para cezası aynı şey değildir, ancak zarar bakımından karşılaştırılabilirler, yapılması gereken de cezaların zarar bakımından bir karşılaştırmalarının yapılabilmesidir.

Hegel kısas düşüncesinin cezanın türü olarak önerilmesini oldukça absürd bulmaktadır. Suç ve cezada eşitlik düşüncesi tazmin düşüncesini büyük bir sıkıntıya düşürmektedir. Çünkü eşitlik ilkesi uyarınca suç ile cezada eşitliği kastedilmektedir. Oysa eşitlik şeylerin sadece dışsal niteliklerine göre değil cevheresel niteliklerine göre aranmalıdır⁷⁹. Dolayısıyla ceza tiplerinin özellikli tipleri ya da miktarları bakımından adilliği bizzat cezanın özsel sorunundan kaynaklanarak ortaya çıkmış bir konu olmaktadır⁸⁰. Cezanın türünün belirlenmesinde kısas düşüncesinin terk edilmesi Hegel için sonlu varlığın kısıtlılığından sıyrılıp bir evrensel olana

⁷² HEGEL, HFP, s.100, Hegel suçların *crimina privata* karakter taşıdığı Roma İmparatorluğu, Yahudilik gibi kültürlerde cezanın bir intikam niteliği taşıyabileceğini belirtir, ancak devletin doğuşu intikam güdüsünden ayrı olarak ele alınmalıdır.

⁷³ HEGEL, HFP, s.101; KIZILKAYA, s.138, objektif ahlâklılık olan gerçek devlete geçişin sonucudur.

⁷⁴ HEGEL, HFP, s.98.

⁷⁵ HEGEL, HFP, s.100, Hegel'e göre cezanın *crimina publica* değil *crimina privata* olarak kovuşturulup cezalandırıldığı yerlerde, örneğin Yahudilik veya Roma İmparatorluğu ceza artık ilke olarak ya da kısmen intikam niteliği taşımaktadır, kahramanlar ya da gezgin şövalyeler tarafından uygulanan intikam amacının da kişisel intikamdan farklı bir olgu olduğunu ve devletlerin doğuşuyla ilgili olduğunu belirtir.

⁷⁶ HEGEL, HFP, s.97.

⁷⁷ HEGEL, HFP, s.99, kısas cezasının sonucunda örneğin tek gözlü, dişsiz suçlu görünümünün ortaya çıkacağını savunmaktadır.

⁷⁸ HEGEL, HFP, s.100, Hegel'e göre para ile hapis cezalarının karşılaştırılacak değerleri bunların ikisinin de „zarar“ verme niteliklerindedir.

⁷⁹ HEGEL, HFP, s.100.

⁸⁰ HEGEL, HFP, s.99.

varışın sağlanması amacını güder. Çünkü sadece dışsal görünümde bir eşitlik fikri sonluluk fikrinin sürdürülmesidir, oysa evrenselin bilgisine vakıf olmasının yolu özsel bir eşitlik arayışından geçmektedir. Dolayısıyla cezanın amacı da kendi varlığında gizlidir, cezanın amacı empirik ya da pragmatik değildir.

V. SONUÇ

Modern felsefeyi dönüştüren iki Alman düşünürü Kant ile Hegel'in cezanın amacına ilişkin yaklaşımları birbirinden farklı unsurlar içermektedir. İnsan aklının yüceltildiği Aydınlanma düşünürlerinden Immanuel Kant cezanın, adaletin yeniden tesis edilmesi için verilmesi gerektiğine değinmektedir. Ancak bunun ancak suç işleyen bireyin eylemiyle aynı türde bir ceza verilirse tamamlanmış olabileceği ortadadır. Ayrıca kısasın bir anlamı da, bireye verilecek cezanın onun eyleminden çıkarılması, yani bireyin iradesine ve onuruna saygı duyulması anlamına gelmektedir.

Kant'ın ardılı olan Hegel için de akıl ve irade sahibi, seçim yapabilen bir varlık olan birey onurlu bir varlıktır. Suç işleyen bireye verilecek olan ceza da onun eyleminde içkin olacağından cezalandırmak aynı zamanda bireyi onurlandırmaktır. Hegel'e göre suç bir kötülük olduğu için değil, hukukun olumsuzlanması anlamına geldiği için cezalandırılmalıdır. Dolayısıyla yine hukuk kendi içinde diyalektik bir sistem olarak, ceza verilmesi ile tamamlanmaktadır.

Mutlak cezalandırma kuramının temsilcisi olarak değerlendirilen her iki düşünür de ortak yönleri ceza aracılığıyla bireylerin ıslahı, topluma kazandırılması ya da caydırıcılık gibi amaçların bireyi araçsallaştıracağını, ya da ıslah edilmesi gereken zararlı bir hayvana dönüştüreceğini belirtirler. Ayrıldıkları noktalar ise cezanın türü olarak Kant'ın kısası, Hegel'in ise özsel eşitliği öngörmüş olması, Hegel'in cezanın amacı olarak kendi için (für sich) özneye yaptığı vurgu yapmasıdır. Bununla birlikte her iki düşünür de cezayı, bir kavram olarak öncelikle felsefenin alanında görmüş ve öyle tanımlamıştır. Doğa durumuna özgü intikamcı yaklaşımın terk edildiği cezalandırma yetkisi de devletin iktidarının kurucu bir görünümüdür.

KAYNAKÇA

- AGTAŞ, Özkan: Ceza ve Adalet, Metis Yayınları, İstanbul, 2013.
- AKTAŞ Sururi: "Cezalandırmanın Amacı Üzerine", EÜHFD, XIII(1-2), 2009.
- BAUMANN Jürgen/WEBER Ulrich/MITSCH Wolfgang/EISELE Jörg: Strafrecht Allgemeiner Teil, Ernst-Werner Gieseking Yay, Bielefeld, 2016.
- BECCARIA Cesare: Suçlar ve Cezalar, çev. Muhiddin Göklü, İnkılap aka Kitabevi İstanbul, 1960.
- CENTEL Nur: Cezanın Amacı ve Belirlenmesi, Prof. Dr. Tarık Tufan Yüce'ye Armağan, s.337- 372, İstanbul, 2001.
- CEVİZCİ, Ahmet: Felsefe Sözlüğü, Paradigma Yayınları, İstanbul, 2010.
- COPLESTONE, Frederik: Coplestone Felsefe Tarihi Hegel, çev: Aziz Yardımlı, İdea Yay. İstanbul, 2000.
- ÇATALOLUK, Gökçe: "Kant Düşüncesinde Hukukun Sınır Hatları", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi – İnÜHFD 10(1), s.202-209, 2019.
- DELİBAŞ, Timur: Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016.
- DUSCH, Christian: Staat und Strafe Eine Studie zum Verhältnis von Staats- und Strafrecht bei Thomas Hobbes und Immanuel Kant, Dissertation an Albert-Ludwigs Universität Freiburg, 2010.
- GÖÇMEN, Doğan: Kant ve Aslında Şeylerin Bilinebilirliği, https://www.youtube.com/watch?v=MwktJ8L_Ljo
- GÜNGÖREN, Birden: "Hegel'in Ceza Teorisi: Suçlu'nun İfade-i İtibarı", Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Köksal Bayraktar'a Armağan, 2010, s. 989-1003.
- GÜNGÖREN, Birden: "Wandel des Strafrechts am Beispiel des Deutschen Idealismus" (Alman İdealizmi örneğinde Ceza Hukukunun Dönüşümü) Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Duygun Yarsuvat'a Armağan, 9(2), s.523-549, 2012.
- GÜRİZ, Adnan : Hukuk Felsefesi: Siyasal Kitabevi, Ankara, 2014.
- HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich: Hukuk Felsefesinin Genel Prensipleri, çev. Cenap Karakaya, Sosyal Yayınları, İstanbul, 1996.
- HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich: Felsefe Tarihi, Thales'ten Platon'a Grek Felsefesi, çev. Doğan Barış Kılınç, NotaBene Yay., İstanbul, 2018.
- HAFIZOĞULLARI, Zeki: Ceza Normu Normatif Bir Yapı Olarak Ceza Hukuku Düzeni, US -A Yayıncılık, Ankara, 1996.
- HEIMSHOETH, Heinz: Kant'ın Felsefesi, çev. Takiyettin Mengüşoğlu, Ankara: 2014.
- HÖFT, Erik: Strafrecht in Kant Rechtslehre, Seminararbeit bei Robert Alexy, Sommersemester, Kiel, 2012.

- HUNING, Dieter: Kants Strafrechtstheorie und das jus talionis Philosophische Schriften Heft 56 Aufklärung durch Kritik Festschrift für Manfred Baum zum 65. Geburtstag, herausgegeben von Dieter Hüning, Karin Michel und Andreas Thomas Duncker & Humblot Berlin, 2004
- KANT, Immanuel: Ahlâk Metafiziğinin Temellendirilmesi, Türkiye Felsefe Kurumu, çev. Ioanna Kuçuradi, Ankara, 2013.
- KANT Immanuel, Ebedi Barış Üzerine Felsefi Deneme, çev. Yavuz Abadan, Seha L. Meray, 100. Yıl Yayınları, Ankara, 1960.
- KIZILKAYA, Ahmet: Sivil Toplum-Devlet İlişkileri Bağlamında Kant İle Hegel'in Hukuk Felsefelerinin Karşılaştırılması, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2009.
- KÖKSAL, Mehmedcan: "Milletlerarası Hukuk Düzenine Karşı Doğal Hukukun Uygulanması", İÜHFM, 28(3-4), s.388-456, 1962.
- KREY, Volker/ESSER Robert: Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil, Verlag W. Kohlhammer, 6. Baskı, Passau, 2016.
- KÜHN, Manfred: Immanuel Kant, çeviren Bülent O. Doğan, Türkiye İşbankası Kültür Yayınları, İstanbul, 2011.
- KÜHL, Kristian : Freiheitliche Rechtsphilosophie, Nomos Verlag, Tübingen 2008.
- KÜHN, Manfred: Immanuel Kant, çev. Bülent H. Doğan, Türkiye İş Bankası Yay., İstanbul, 2011.
- KRÜGER, Rolf : Strafrecht AT 1, Alpmann Schmidt Verlag, Münster 2010.
- LUIZZI, Vincent: Cezalandırmaya ve Cezalandırmanın Faydacı ve Ödetmeci Rakiplerine İlişkin "Yeni Denge Yaklaşımı", çev. Gülriz Uygur, HFSA 10.
- MEIER Bernd-Dieter: Strafrechtliche Sanktionen, Springer-Verlag Berlin, 2015.
- RENGIER, Rudolf: Strafrecht Allgemeiner Teil, Beck Verlag, München, 2011.
- SANCAR, Mithat : Devlet Aklı Kısılacında Hukuk Devleti, İletişim Yay, İstanbul 2000.
- SAYGILI, Abdurrahman: Yaşam Hakkı Üzerine Düşünceler, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi İnÜHFD 10(2), 539-547, 2019.
- WEST, David: Kıta Avrupası Felsefesine Giriş, çev. Ahmet Cevizci ve Hüsamettin Arslan Paradigma Yay., İstanbul, 2016.

YARGITAY KARARLARI IŞIĞINDA İŞE İADE KARARI SONRASI İŞÇİNİN BAŞVURUSU VE İŞVERENİN DAVETİNDE “SAMİMİYET” OLGUSU

THE NOTION OF “SINCERITY” IN THE EMPLOYEE’S APPLICATION AND IN THE EMPLOYER’S INVITATION FOLLOWING THE JURISDICTION OF REINSTATEMENT WITH REGARD TO DECISIONS OF THE COURT OF CASSATION

Nazlı ELBİR *  

Makale Bilgi

Gönderilme: 03/03/2020
Kabul: 22/04/2020

Anahtar Kelimeler

İş Güvencesi,
İşe İade,
Samimiyet.

Özet

4857 sayılı İş Kanunu’nda iş güvencesi kurallarının ve özellikle de işe iade davasının sonuçlarının düzenleniş şeklinin sonucu olarak, iş güvencesi ile amaçlanan feshe karşı korumanın sağlanmasında, tarafların dava sonucunda ortaya çıkan hükmü takip eden davranışları belirleyici olmaktadır. Özellikle, tarafların bu davranışlarında, dürüstlük kuralına uygun davranıp davranmadıklarının denetimi önemlidir. Bu bağlamda, öncelikle, İş Kanunu’nda iş güvencesinin genel olarak düzenleniş şekli, tanımı, amaçları, koşulları ve uygulanışı ele alınacaktır. Daha sonra, iş güvencesi kapsamında, feshe itiraz usulü ve sonuçları incelenecektir. Zira, feshe itiraz sonucunda ortaya çıkan yargı kararı niteliği gereği tek başına iş güvencesinin sonuçlarını doğurmamakta, taraflara bazı yükümlülükler yüklemektedir. Bu yükümlülükler dahilinde, uygulamada, işçi ve işverenin işe iade kararı üzerine yerine getirmeleri gereken başvuru, işe davet ve işe başlatma şartlarının gerçekten bu yöndeki iradelerini yansıtıp yansıtmadığı, feshin geçersizliğinin tespiti üzerine, işçi lehine sonuçların doğması bakımından ele alınmaktadır. Yargı kararlarında “samimiyet” olarak yer alan bu durum, bu çalışmada, çeşitli olasılıklara ilişkin kararlar ve öğretideki yaklaşımlar dahilinde incelenecektir. İşçinin başvurusunun samimiyeti, işverenin işe davetinin samimiyetiyle bağlantılı olduğu gözetilerek ele alınacaktır.

Article Info

Received: 03/03/2020
Accepted: 22/04/2020

Keywords

Job Security,
Reinstatement,
Sincerity.

Abstract

As a result of the organisation of job security regulations and specifically, of reinstatement claim in Labour Act no. 4857, in order to provide protection against unfair dismissal, the conduct of parties following the jurisdiction of the competent labour court will be determinant. In this context, assessment of whether the parties have behaved in accordance with the principle of good faith, is crucial. In this study, firstly, the general principles of job security system in Labour Act, its definition, purpose, conditions and application will be explained. Then, the procedure and consequences of reinstatement claim within regulations of job security will be examined. The jurisdiction of labour court over the dispute, does not give right to reinstatement unless the parties fulfill requirements defined by the Labour Act. These requirements are the employee’s application to the employer in order to be re-employed, the employee’s invitation to the employee in order to re-employ and finally, the reinstatement of the employee. The notion of “sincerity” in all this procedure -in the conduct of the parties- affects directly the consequences of the jurisdiction. Therefore, the decisions of the Court of Cassation are determinant in the application of this notion and will be considered in relation to specific cases and doctrinal approaches.

I. GİRİŞ

İş hukukunda, mevzuatta yer almamakla birlikte yargı kararlarında, iş güvencesi uygulamasında “samimiyet” kavramına yer verildiği görülmektedir. Samimiyetin sözlük anlamı “içtenlik, senli benli olma durumu”¹ olmakla birlikte, iş güvencesine ilişkin yargı kararlarında dürüstlük ilkesi bağlamında değerlendirilmekte ve gerçek iradenin yansıtılması olarak kabul edilmektedir².

4857 sayılı Kanun’un 18 vd. maddelerinde yer alan iş güvencesi düzenlemeleri kapsamında, işverenin, işçinin iş sözleşmesini bu hükümlere aykırı biçimde feshetmesi karşısında yargısal bir geçerlilik denetimi yapılarak feshin geçersizliğine ve işçinin işe iadesine karar verilse de, burada mutlak bir işe iadenin öngörülmediği kabul edilmektedir. Zira, hukukumuzdaki iş güvencesi düzenlemesinde, feshin geçersizliği de genel hükümler anlamında bir geçersizlik yaptırımı olamayıp, kendine özgü bir geçersizlik şeklindedir. Öncelikle, feshin geçersizliğini tespit eden kararın akabinde, işverenin işçiyi işe başlatmak veya işçiye tazminat ödemek arasında bir seçim yapma imkânı bulunmaktadır. Ayrıca, tarafların davranışları da geçersizliğin ve sonuçlarının uygulanması, dolayısıyla, iş güvencesi kavramının amacına ulaşıp ulaşmaması üzerinde etkilidir. Samimiyet olgusu, taraflarının davranışlarının bu etkisinde belirleyici olmaktadır.

Bu çalışmada, öncelikle, hukukumuzda iş güvencesi sisteminin düzenleniş şekline genel bir bakış sunulacak, daha sonra bu sistemin işçiye tanıdığı en önemli imkân olan iş sözleşmesinin feshinin geçersizliğinin tespiti veya uygulamadaki adıyla işe iade davası ve sonuçları incelenecektir. Davanın sonucunda verilen kararın geçersizliğin tespiti yönünde olması hâlinde, kararın bir tespit hükmü niteliğinde olması nedeniyle ilâmlı icra takibine konu edilememesi, tarafların davranışlarına özel önem yüklemektedir. Nitekim yasal düzenleme de tarafların davranışının, verilen kararın uygulanmasının sonuçlarını etkileyeceği şekilde yapılmıştır. Bu nedenle de tarafların davranışının dürüstlük kuralına uygun olup olmaması, başka bir ifadeyle “samimiyetleri”, feshin geçersizliğinin sonuçları üzerinde etkili olmaktadır. Çalışmamızda, işe iade davası ile feshin geçersizliğinin tespiti üzerine işçinin işveren başvurusu ile işverenin bu başvuru üzerine işçiyi davet etmesinde tarafların samimiyetlerinin ne şekilde ortaya konduğu ve bunun, iş sözleşmesine ve feshin sonuçlarına etkisi ayrıntılı biçimde ele alınacaktır.

II. 4857 SAYILI İŞ KANUNUNA GÖRE İŞ GÜVENCESİ

A. Genel Olarak İş Güvencesi Kavramı

İş sözleşmesine göre iş görme edimini ifa etmesi karşılığında elde ettiği ücret çoğunlukla işçinin ve hatta ailesinin tek veya en önemli geçim kaynağıdır³. Bu nedenle, işçinin işinin korunması, başka bir ifadeyle iş sözleşmesinin devamlılığının sağlanması, iş hukukunun temel amaçlarından biri ve sosyal devlet ilkesinin de bir gereğidir. İş sözleşmesinin, dolayısıyla işçinin işinin devamlılığının sağlanması, sadece fesih değil ancak başka nedenlerle de iş ilişkisinin sona ermesinin gündeme gelebileceği durumlara karşı koruma sağlanmasıdır. Örneğin, işyeri devri veya işverenin ölümü halinde mevcut iş sözleşmelerinin devralan işveren veya mirasçılarla devam etmesinin öngörülmesi, iş sözleşmesinin devamında çalışma koşullarında esaslı değişikliklerin işveren tarafından tek taraflı olarak gerçekleştirilememesi, böyle bir koruma sağlamaya yönelik mekanizmalardır. Dolayısıyla, işin devamlılığının sağlanması veya en azından, iş ilişkisinin sona erdiği durumlarda bunun olumsuz sonuçlarının hafifletilmesi, “geniş anlamda iş güvencesi” olarak da adlandırılır⁴. İşçilerin, işverenler tarafından keyfi, dürüstlük kuralına aykırı biçimde gerçekleştirilecek fesih işlemlerine karşı korunmalarını, bu tür fesihlerin yargı tarafından

¹ Türkçe Sözlük, haz.: Akalın, Şükrü Haluk (ve diğerleri), Türk Dil Kurumu Yayınları, Ankara 2011, 2023.

² ÖKTEM SONGU, Sezgi: “İş Yargılamasında Belirsiz Bir Hukuki Kavram: Samimiyet”, in Doğan Yenisey, Kübra/Ergüneş Emrağ, Seda (ed.), İş Hukukunda Yeni Yaklaşımlar II, Beta Yayınları, İstanbul 2018, s. 136-137; BOSTANCI, Uygur: “İşçinin İşe İade Yönelimindeki Başvurusunun Samimi Olması ve Boşta Geçen Süre Ücreti Konusunda Yargıtay’ın Yeni Görüşü”, Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 16, 2009, s. 127.

³ SÜZEK, Sarper, İş Hukuku, 18. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2019, s.533-534; TULUKÇU, Nezihe Binnur, İş Mahkemeleri Kanunu ve Arabuluculuk Hükümlerine Göre İş Güvencesi İşe İade, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2017, s. 23; CENTEL, Tankut, İş Güvencesi, 2. Baskı, Legal Yayıncılık, İstanbul 2020, s. 11.

⁴ KAR, Bektaş: İş Güvencesi ve Uygulaması, 4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2020, s. 26, 27; TULUKÇU, s. 27; CENTEL, s. 14-16; AKYİĞİT, Ercan: Açıklamalı ve İçtihatlı Türk İş Hukukunda İş Güvencesi (İşe İade), Seçkin Yayıncılık, Ankara 2007, s. 152; SARIBAY, Gizem: Türk İş Hukukunda İş Güvencesi Kapsamında Fesih Usulü, Feshe İtiraz ve Feshe İtirazın Sonuçları, Legal Yayıncılık, İstanbul 2007, s. 34-35.

denetlenmesini ve böylece işverenin süreli fesih hakkının sınırlandırılarak yargısal denetime tabi kılınmasını öngören düzenlemeler ise “dar anlamda iş güvencesi”dir⁵. Bu çalışmada kısaca “iş güvencesi” olarak adlandıracağımız dar anlamda iş güvencesi, hukukumuzdaki düzenleniş biçimi doğrultusunda, işverenin iş sözleşmesini süreli fesih hakkının, geçerli nedenlerin varlığı ile belli bir usule uyulması şartlarıyla sınırlandırılan ve bu şartlara uyulmaması halinde feshin geçersizliğini öngören sistem şeklinde de tanımlanabilir.

İş güvencesinin en önemli işlevlerinden biri, Anayasa’nın 49. maddesiyle güvence altına alınmış bulunan çalışma hakkının somutlaştırılmasıdır⁶. Ayrıca, işverenlerin, iş sözleşmelerini, keyfi biçimde sona erdirip erdirmediklerinin yasal olarak denetlenmesi, işçilerin bireysel ve toplu iş hukukundan kaynaklanan haklarını da etkin biçimde kullanabilmelerine olanak sağlayacaktır⁷. Buna karşılık, işçinin işinin korunması amaçlanırken, işverenin haklı bir neden olmadıkça iş sözleşmesine asla son vermemesini beklemek ve bunu zorunlu kılmak, Anayasa’nın 48. maddesinde yer alan girişim ve sözleşme özgürlüğüne aykırı olacaktır⁸.

Türkiye, ILO’nun “İş İlişkisinin Sonlandırılmasına İlişkin 158 Sayılı Uluslararası Çalışma Sözleşmesi”ni⁹ 1994 senesinde onaylamış olmasına rağmen, iş güvencesi ancak 2002 senesinde 4773 sayılı Kanun’la¹⁰ 1475 sayılı İş Kanunu’nda yapılan değişikliklerle ve daha sonra, 2003 tarihli 4857 sayılı İş Kanunu’yla mevzuatımızdaki yerini almıştır.

Hukukumuzda, 2002 senesine kadar, işverenin süreli fesih hakkı bakımından işçilere sağlanan tek koruma, bu hakkın kötüye kullanılmasının yaptırımını “kötü niyet tazminatı” olmuştur. Nitekim hâlâ, iş güvencesi hükümlerine tabi olmayan işçiler, belirsiz süreli iş sözleşmeleri işverence, süreli fesih hakkının kötüye kullanılması suretiyle sona erdirildiği durumlarda ihbar (bildirim) süresinin üç misli kadarlık tazminata hak kazanmaktadır (İK m. 17, f. 6 ve TBK m. 434). Ancak iş güvencesi hükümlerinin kabulüyle, belirli işçilerin iş sözleşmelerinin işveren tarafından ancak kanunda düzenlenen geçerli nedenlerin varlığı hâlinde ve yine kanunla öngörülen usule uymak kaydıyla feshedilmesi, aksi takdirde feshin geçersiz sayılarak işçilerin işe iadesi veya birtakım parasal haklardan yararlanması öngörülmüştür. Feshin geçerliliğini etkileyen nedenler, İş Kanunu’nun 18. maddesinde “işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından ya da işletmenin, işyerinin ve işin gereklerinden kaynaklanan” nedenler olarak tanımlanmıştır. Ayrıca, iş güvencesi kapsamındaki işçiler bakımından, 25. maddenin son fıkrasında 18, 20 ve 21. maddelere yapılan gönderme nedeniyle, haksız fesih halleri de aynı zamanda geçersiz fesih sayılacaktır¹¹. Son olarak, geçersizliği ileri sürülerek feshe itiraz edilebilmesi için, 19. maddede öngörülen fesih usulüne ve *ultimo ratio* (son çare) ilkesine uyulmamış olması da birer gerektirir¹².

B. Yararlanma Koşulları

İş güvencesi hükümlerinden yararlanmanın önkoşulu, 4857 sayılı İş Kanunu ve 5953 sayılı

⁵ KAR, s. 26; TULUKÇU, s. 25, 26; CENTEL, s. 15; AKYİĞİT, s. 152; SARIBAY, s. 34, 35; ALP, Mustafa: “İşçinin Feshe Karşı Korunması (İş Güvencesi Yasası)”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 5 S. 1, 2003, s. 1; SUBAŞI, İbrahim: Türk İş Hukukunda İş Güvencesi, Beta Yayınları, İstanbul 2011, s. 5.

⁶ MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi/ASTARLI, Muhittin/BAYSAL, Ulaş: İş Hukuku Ders Kitabı Cilt 1: Bireysel İş Hukuku, 2. Baskı, Lykeion Yayınları, Ankara 2019, s. 276; KAR, s. 25; TULUKÇU, s. 28-35; CENTEL, s. 27, 28; BAŞTERZİ, Süleyman: “Kıdem Tazminatı-İşsizlik Sigortası İlişkisi”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 44 (1), 1995, s. 330, 331.

⁷ SÜZEK, s. 34; TULUKÇU, s. 45; SARIBAY, s. 27; TAŞKENT, Savaş: İş Güvencesi ve Yeni Yasal Düzenleme, Belediye-İş Sendikası Eğitim Yayınları, Ankara 2002, s. 11.

⁸ SÜZEK, s. 534-535; CENTEL, 28.

⁹ Bundan sonra “158 Sayılı Sözleşme” olarak anılacaktır.

¹⁰ 4773 s. İş Kanunu, Sendikalar Kanunu ile Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun, 15.08.2002 T., 24847 S. RG.

¹¹ SÜZEK, s. 700; ÇELİK, Nuri/CANIKLIOĞLU, Nurşen/CANBOLAT, Talat: İş Hukuku Dersleri, 32. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2019, s. 623 ; EYRENCİ, Öner/TAŞKENT, Savaş/ULUCAN, Devrim: Bireysel İş Hukuku, 9. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2019, s. 226; KAR, s. 77; TULUKÇU, s. 133; SARIBAY, s. 87-90; AKYİĞİT, s. 253, 254.

¹² İş güvencesi kapsamındaki iş sözleşmelerinin işveren tarafından geçerli nedenle feshinde, fesih bildirim yazılı olarak ve makul süre içinde yapılmalı, bildirimde fesih nedeni açık biçimde gösterilmeli ve işçinin davranışı veya verimi nedenine dayandırılan fesihlerde işçinin savunması alınmalıdır. Buna karşılık, haklı nedenle yapılan fesihlerde, İş Kanunu’nun 25. maddesinin son fıkrasında 19. maddeye atıf yapılmaması ve 19. maddesinin son fıkrasının son cümlesindeki istisna hükmü nedeniyle, buradaki usule uyma şartı, öğretilde haklı olarak eleştirilse de, uygulanmamaktadır. SÜZEK, s. 580-588; ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT, s. 623, 624; EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s. 256, 257; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 288-291; KAR, s. 141 vd.; TULUKÇU, s. 269 vd.; CENTEL, s. 153 vd.; SARIBAY, s. 87 vd.; AKYİĞİT, s. 272-274.

Basın-İş Kanunu kapsamında işçi veya gazeteci olmaktır. İş Kanunu'nun 4. maddesinde, kapsam dışı işler ve iş ilişkileri sayılmıştır. Bu kapsam dışı işlerde veya iş ilişkileriyle çalışan işçilere, İş Kanunu, dolayısıyla da 18 vd. maddelerinde yer alan iş güvencesi hükümlerinin uygulanması mümkün değildir. Ancak, 4. maddedeki istisnalar arasında sayılmamakla birlikte, gazeteciler¹³ 5953 sayılı Basın-İş Kanunu kapsamındadırlar. Basın-İş Kanunu'nun 4. maddesine göre gazeteci sıfatına sahip olmaksızın iş sözleşmesiyle çalışanlar ise İş Kanunu'na tabi olacaklardır. Sadece İş Kanunu kapsamında basın işlerinde çalışanlar değil ancak Basın-İş Kanunu anlamındaki gazeteciler de iş güvencesi hükümlerinden yararlanırlar. Zira 5953 sayılı Kanun'un 6. maddesinde "İş Kanunu'nun 18, 19, 20, 21 ve 29'uncu maddesi hükümleri kıyas yoluyla uygulanır" demek suretiyle gazetecilerin de iş güvencesinden yararlanmaları öngörülmüştür.

İş Kanunu'nun 18. maddesine göre; "otuz veya daha fazla işçi çalıştıran işyerlerinde en az altı aylık kıdemi olan işçilerin belirsiz süreli iş sözleşmelerinin feshi" hâlinde iş güvencesi hükümleri uygulanacaktır. Maddeye göre iş güvencesi kapsamına girmenin ilk koşulu, işçinin çalıştığı işyerinde en az otuz işçinin çalışıyor olmasıdır. Ayrıca, maddenin 4. fıkrasında, otuz işçinin hesabında aynı işverenin aynı işkolundaki birden fazla işyerinde çalışan işçi sayıları toplamının esas alınacağı belirtilmiştir. Otuz işçinin hesabında, o işyerinde işverenle arasında iş sözleşmesi bulunan tüm işçiler dikkate alınır. İş sözleşmesinin türüne bakılmaksızın (belirli süreli, belirsiz süreli, kısmi süreli, tam süreli, mevsimlik iş sözleşmesi, evden çalışan işçiler) tüm işçiler fiilen çalışıyor olmaları dahi işçi sayısına dahildir. Buna karşılık, başka işverenle arasında iş sözleşmesi bulunduğu için, işverenin işyerinde çalışmakta olan alt işverenin işçileri, geçici (ödünç) iş ilişkisi ile çalışan işçiler ve işçi sıfatı bulunmayan çıraklarla stajyerler otuz işçinin hesabında dikkate alınmazlar¹⁴. Öğretide, otuz işçi koşulu, orta ölçekli işyerlerini kapsam dışı bırakması, eşitlik ve ölçülülük ilkelerine ve ayrıca, 158 Sayılı Sözleşme'ye aykırı olduğu gerekçeleriyle eleştirilmiştir¹⁵.

İş güvencesinden yararlanmak için aranan diğer koşul, altı aylık kıdem koşuludur. Buna göre, işyerinde altı aydan daha kısa süre çalışmış olan işçiler, iş güvencesi hükümlerine tabi değildir. Altı aylık kıdemin hesabında, aynı işverenin bir veya farklı işyerlerinde geçirilen çalışma süreleri toplanarak dikkate alınacaktır (İK m. 18, f. 4). Öncelikle, otuz işçi koşulundan farklı olarak, burada açıkça aynı işverene ait aynı işkolundaki işyerlerinden bahsedilmediğinden, altı aylık sürenin belirlenmesinde, aynı işverenin farklı işkollarındaki işyerlerinde geçirilen süreler de birleştirilecektir. Aynı işverenin işyerinde veya işyerlerinde aralıklı olarak çalışılmış sürelerin birleştirileceği de hem öğretideki baskın görüş hem de Yargıtay tarafından kabul edilmektedir¹⁶. Nitelim, kanundaki "aynı işverenin *bir* (veya değişik) işyerlerinde geçen süreler birleştirilerek" ifadesi de, kanımızca, aynı işyerinde geçen ayrı sürelerin birleştirilmesi şeklinde anlaşılmalıdır. Deneme süresi uygulanmışsa bu süre de altı aylık kıdemin hesabına dahil edilecektir¹⁷.

Altı aylık sürenin tespitinde, aslolan iş sözleşmesinin devam ettiği süre olup, askı süreleri de dikkate alınacaktır¹⁸. 18. maddenin ikinci fıkrasında, buradaki kıdemin hesabında İş Kanunu'nun 66. maddesindeki sürelerin esas alınacağı öngörülmüşse de öğretide, atıf yapılan maddenin günlük çalışma sürelerinden sayılan hallere ilişkin olduğu, halbuki esas alınması

¹³ 5953 sayılı Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanun m. 1: "Bu Kanun hükümleri Türkiye'de yayınlanan gazete ve mevkutelerle haber ve fotoğraf ajanslarında her türlü fikir ve sanat işlerinde çalışan ve İş Kanunundaki "işçi" tarifi şümulü haricinde kalan kimselerle bunların işverenleri hakkında uygulanır./ Bu Kanunun şümulüne giren fikir ve sanat işlerinde ücret karşılığı çalışanlara gazeteci denir."

¹⁴ SÜZEK, s. 540, 541; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 277; ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT, s. 494; EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s. 204; TULUKÇU, s. 140-142; CENTEL, 49, 50; AKYİĞİT, s. 215-217.

¹⁵ SÜZEK, s. 539, 541; ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT, s. 491; EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s. 203; MANAV, s. 33 vd; TULUKÇU, s. 135; KAR, s. 109; SUBAŞI, s. 89. 4857 sayılı İş Kanunu'ndan önce, 1475 sayılı Kanun'da yapılan değişikliklerle öngörülen iş güvencesi düzenlemelerinde bu sayı on işçi ile sınırlı tutulmuştu ve bu durum öğretide, 158 Sayılı Sözleşme'ye uygun ancak ülkemiz bakımından pek çok işçinin iş güvencesinden yararlanamaması sonucunu doğuracak bir sınırlama olarak ifade edilmişti, ALP, s. 6; TAŞKENT, s. 32, 33.

¹⁶ Y9HD, 21.10.2015, 2015/20137 E., 2015/29340 K., ÇİL, Şahin: İş Hukuku Yargıtay İlke Kararları, 7. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2016, 363, 364; SÜZEK, s. 545, 546; ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT, s. 499, 500 ; EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s. 206; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 279; KAR, s. 111, 112; TULUKÇU, s. 147, 148; CENTEL, s. 60; SARIBAY, s. 64; Aksi yöndeki görüş, AKYİĞİT, s. 233, 234.

¹⁷ SÜZEK, s. 543; TULUKÇU, s. 154; CENTEL, s. 58; SARIBAY, s. 64; AKYİĞİT, s. 231.

¹⁸ SÜZEK, s. 544; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 279; ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT, s. 501 ; EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s. 205, 206; TULUKÇU, s. 150; AKYİĞİT, s. 232; KILIÇOĞLU, Mustafa/ŞENOCAK, Kemal: İş Güvencesi Hukuku, Legal Yayıncılık, İstanbul 2007, s. 170.

gerekenin iş sözleşmesinin devam ettiği süre olup 55. maddeye atıf yapılmasının daha yerinde olacağı belirtilmiştir¹⁹. Ayrıca, iş sözleşmesinin devam ettiği sürenin esas olduğu dikkate alındığında, iş sözleşmesi dışında bir sözleşme kapsamında geçirilen sürelerin de kıdem süresine dahil edilemeyeceği, dolayısıyla, çıraklık ve stajyerlikte geçirilen sürelerin iş güvencesinden yararlanma bakımından dikkate alınamayacağı açıktır²⁰. İşyeri veya iş sözleşmesinin devri ya da geçici (ödünç) iş ilişkisi kapsamında başka işverenle geçici olarak çalışma hâlinde ise, iş sözleşmesi aynı işverenle devam etmiş gibi kabul edilerek altı aylık kıdem süresine dahil edilir²¹. 18. maddenin ilk fıkrasına 2014 senesinde yapılan ilave ile, yer altı işlerinde çalışan işçiler, altı aylık kıdem şartını sağlamaktan muaf tutulmuştur. Son olarak, kıdem şartının ne zaman aranacağı konusunda kanunda bir düzenleme bulunmamaktadır. Gerek Yargıtay gerekse öğreti tarafından, altı aylık kıdem şartının, fesih bildirimının işçiye ulaştığı tarihte sağlanmış olması gerektiği, bildirim sürelerinin kıdeme dahil edilemeyeceği kabul edilmektedir²².

Son olarak, 18. maddede, iş güvencesinden yararlanmak için belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışma (f. 1) ve belirli konumdaki işveren vekili olmama (f. 5)²³ koşulları da öngörülmüştür.

İş güvencesinin kapsamına ilişkin bu koşullar, nispi emredici niteliktedir²⁴. Dolayısıyla, sözleşmelerle, bunlarda, işçi lehine olacak, başka bir ifadeyle iş güvencesinden yararlanacak işçilerin kapsamını genişletecek değişiklikler yapılması, örneğin, altı aylık kıdem veya otuz işçi koşulunun azaltılması ya da tamamen kaldırılması mümkündür.

C. Feshe İtiraz Usulü: Arabulucuya Başvuru ve İşe İade Davası

Yukarıda açıklanan koşulları sağlayan işçiler, iş sözleşmelerinin işveren tarafından feshedilmesi hâlinde feshe, “fesih bildiriminde sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli bir sebep olmadığı iddiası” ve “işe iade talebiyle” itiraz edebilirler (İK m. 20, f. 1). İtirazın ilk basamağı, arabulucuya başvurudur. İşveren tarafından yapılan feshe itiraz amacıyla arabulucuya, fesih bildiriminin işçiye tebliği tarihinden itibaren bir aylık süre içinde başvurulması öngörülmüştür (İK m. 20, f. 1). 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu’nun 3. maddesi uyarınca, işe iade davası açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır (f. 1)²⁵. Dolayısıyla, arabulucuya başvurmadan doğrudan iş mahkemesinde dava açılması halinde bu dava esasa girilmeden reddedilecektir. Ancak yine İş Kanunu’nun 20. maddesinde, arabulucuya başvurulmadan işe iade davası açan işçinin davasının usulden reddi hâlinde, kesinleşen ret kararının tebliğinden itibaren iki hafta içinde işçinin arabulucuya başvurabileceği belirtilmiştir. Öğretide, bu iki haftalık sürenin ancak, arabulucuya başvurulmaksızın açılan davanın fesih bildiriminin tebliği tarihinden itibaren bir aylık süre içinde açılmış olması hâlinde tanınabileceği ifade edilmiştir²⁶. Kanımızca da, bir aylık arabulucuya başvuru süresi geçtikten sonra doğrudan iş mahkemesinde dava açıldığı takdirde işçinin, 20. maddede tanınmış olan iki haftalık ek süreden yararlanabileceğinin kabulü, bir aylık sürenin hak düşürücü niteliğiyle örtüşmeyecek, bu süreyi dolanmak anlamına gelecektir.

Arabuluculuk faaliyeti sonucunda taraflar anlaşmaları takdirde anlaşma tutanağı düzenlenir. İş Kanunu’nda, iş akdinin feshine itiraz nedeniyle arabulucuya başvurulduğunda düzenlenecek anlaşma tutanağında yer alması zorunlu hususlar işe başlatma tarihi, dört aylık boşa geçen süre ücreti ve işçi işe başlatılmadığı takdirde ödenmesi gereken işe başlatmama (iş güvencesi) tazminatı miktarlarıdır (m. 21, f. 7). Anlaşmaya varılması hâlinde, ayrıca işe iade davası açılmayacaktır. Ancak, İş Kanunu’nun 21. maddesinde düzenlenen parasal sonuçların

¹⁹ SÜZEK, 544; CENTEL, 60; SARIBAY, 68.

²⁰ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 279; KAR, 102; CENTEL, s. 62; KILIÇOĞLU/ŞENOCAK, s. 167 ve 170.

²¹ ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT, s. 501; TULUKÇU, s. 154; CENTEL, s. 62; SARIBAY, s. 68; KILIÇOĞLU/ŞENOCAK, s. 170 ; AKYİĞİT, s. 231, 232.

²² Y9HD, 01.04.2014, 2014/491 E., 2014/10933 K., ÇİL, İlke Kararları, s. 365; SÜZEK, s. 544; ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT, s. 497 ; EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s. 206; KAR, s. 113; TULUKÇU, s. 154; CENTEL, s. 57-59; SARIBAY, s. 69; KILIÇOĞLU/ŞENOCAK, s. 169, 170 ; AKYİĞİT, s. 232, 233.

²³ 4857 s. İş Kanunu m. 18, f. 5: “İşletmenin bütününi sevk ve idare eden işveren vekili ve yardımcıları ile işyerinin bütününi sevk ve idare eden ve işçiyi işe alma ve işten çıkarma yetkisi bulunan işveren vekilleri hakkında bu madde, 19 ve 21’inci maddeler ile 25’inci maddenin son fıkrası uygulanmaz”.

²⁴ SÜZEK, s. 624, 625; ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT, s. 504, 505; TULUKÇU, s. 378-381; CENTEL, s. 29 ve 65, 66; SARIBAY, s. 77-79; AKYİĞİT, s. 213 ve 248.

²⁵ BOZOK, Salim: İşe İade Davasında Karar ve Kararın İcrası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019, 97. KAR, s. 364, 365.

²⁶ BOZOK, s. 104.

hiçbir suretle değiştirilemeyeceğinin öngörülmüş (f. 8), dolayısıyla bu düzenlemenin mutlak emredici²⁷ olması nedeniyle, arabuluculuk tutanağında belirlenen miktarların bu emrediciliğin arabuluculuk faaliyeti sonucunda da bertaraf edilmesi olasılığı bulunmaktadır. Bu gibi durumların engellenmesi için öğretide bir görüş, belirlenmek istenen miktarların emredici hükümlere aykırı olması halinde arabulucunun, arabuluculuk faaliyetine son vererek anlaşmama tutanağı düzenlemesi gerektiğini ileri sürmüştür²⁸. Bir başka görüş ise, mutlak emredici hükümlere aykırı bir anlaşmaya varılması halinde, dava açılmasının mümkün olduğu yönündedir²⁹.

Arabuluculuk süreci sonunda anlaşılammış ve bu yönde tutanak düzenlenmişse, son tutanağın düzenlendiği tarihten itibaren iki hafta içinde dava açılacaktır veya uyuşmazlık özel hakeme götürülebilecektir (İK m. 20, f. 1). Ancak bu durumda, davanın esasına girilebilmesi için öngörülmüş bulunan bir şart daha vardır: Anlaşmamaya ilişkin arabuluculuk son tutanağının aslı veya arabulucu tarafından onaylanmış örneği, dava dilekçesine eklenmelidir (İMK m. 3, f. 2). Bu şarta uyulmadan dava açılırsa, mahkeme tarafından, bir haftalık kesin süre içinde son tutanağın sunulması, aksi halde davanın usulden reddedileceği davacıya ihtar edilir. Arabuluculuk faaliyeti ve işe iade davasına ilişkin bu sürelerin tamamı hak düşürücü sürelerdir³⁰.

D. İşe İade Davasının Sonuçlanması

İşe iade davası sonucunda mahkeme veya özel hakem, feshin geçerli veya geçersiz olduğunun tespitine ilişkin karar verir. İş Kanunu'nun 21. maddesinde “işverence geçerli sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli olmadığı [...] tespit edilerek feshin geçersizliğine karar verildiğinde” ifadesi kullanılmıştır. Buna göre, işe iade davasının bir tespit davası olduğu kabul edilmektedir³¹. Dolayısıyla, feshin geçersizliğinin tespiti halinde, işçinin işe iade edilmemesi, başka bir ifadeyle işverence işe başlatılmaması³² durumunda ödenecek tazminat miktarı ve ayrıca, feshin geçersizliği nedeniyle ödenecek boşa geçen süre ücretini belirleyen hüküm, eda hükmü niteliğinde olmayıp, yargılama giderleri ile ilgili kısmı hariç, ilamlı icra takibine konu edilmesi mümkün değildir. Nitekim, İş Kanunu'nun 21. maddesinde, söz konusu tazminat ve boşa geçen süre ücretinin miktarının, feshin geçersizliğinin tespiti halinde belirlenmesi öngörülmüştür. Kanun'da bu miktarların ödenmesi yönünde hüküm kurulacağına ilişkin bir ifadeye yer verilmeyerek sadece miktarlarının belirleneceğinin öngörülmüş olması, bunun da geçersizliğin tespiti şartına bağlı kılınması ve dava açılırken sadece feshin geçersizliğinin tespitine ilişkin talepte bulunulmasının Yargıtay tarafından yeterli kabul edilmesi de işe iade kararının tespit hükmü niteliğinde olduğunu ortaya koymaktadır³³.

Feshin geçerliliği tespit edildiği takdirde, feshin bildirimini işçiye ulaştığı tarihte hüküm ve sonuçlarını doğurmuş olarak kabul edilecek ve eğer şartları mevcutsa ve ödenmemişse işçi kıdem ve ihbar tazminatlarına bu tarih itibarıyla hak kazanmış sayılacaktır. Ancak davanın esastan reddine ilişkin karar da feshin geçerliliğinin tespiti yönünde olduğundan, kıdem ve ihbar tazminatlarına ilişkin bir hüküm içeremez³⁴. Dava kabul edildiği takdirde, yukarıda da belirtildiği üzere, feshin geçersizliği tespit edilecek ancak, işverenin işçiye işe başlatması yönünde bir eda hükmü kurulamayacağı gibi, en fazla dört aylık ücret tutarında “boşa geçen süre ücreti” ve işe

²⁷ SÜZEK, s. 624, 625; ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT, s. 583; KAR, s. 487, 488; TULUKÇU, s. 379; CENTEL, s. 29, 30.

²⁸ KAR, s. 488.

²⁹ BOZOK, s. 99.

³⁰ BOZOK, s. 98.

³¹ SÜZEK, s. 601, 602; ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT, s. 567; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI /BAYSAL, s. 295; EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s. 221; BOZOK, s. 179; KAR, s. 381-384; TULUKÇU, s. 290 vd; CENTEL, s. 181; AKYİĞİT, s. 315; KILIÇOĞLU/ŞENOCAK, s. 479; Y9HD, 28.10.2004, 2004/7573 E., 2004/24476 K., KILIÇOĞLU/ŞENOCAK, s. 1259-1260; UŞAN, 44; NARMANLIOĞLU, Ünal: “İşe Başlatmama Tazminatı”, Journal of Yaşar University, 8 (Özel), 2013, s. 2004, 2005; EKONOMİ, Münir: “Feshin Geçersizliği İstemi ile Açılan Dava Sürecinde İşe Başlatma Daveti, Şartları ve Hukuki Sonuçları”, Legal YKİ, 2008/8, 116.

³² MANAV, s. 283. Yasada “işe iade” ifadesi yerine “işe başlatılma” ifadesinin kullanılmış olmasına rağmen kastedilen, İLO'nun 158 sayılı Sözleşmesi'nde öngörülen işe iadedir, AKYİĞİT, s. 319.

³³ KAR, s. 386, 387. “İşe başlatmama tazminatı ve dört aya kadar boşa geçen süre ücreti için öngörülen ücret alacağı feshin geçersizliğinin sonucuna bağlanmış tespit niteliğinde hükümlerdir. Ayrıca talep olmasa da mahkemece yasa gereği hüküm altına alınması gerekir.”, Y9HD, 3.6.2004, 2004/1542 E., 2004/13363 K., KILIÇOĞLU/ŞENOCAK, s. 1278, 1279. Aynı yönde, ÖZKARACA, Ercüment: “İş Güvencesi Sistemine Eleştirel Bakış”, in İstanbul Barosu Yayın Kurulu (yay. haz.), İş ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 15. Yıl Toplantıları, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2012, s. 128.

³⁴ KAR, s. 475, 476; ÖZKARACA, s. 107, 108.

İadenin gerçekleştirilmemesi olasılığı karşısında ödenmesi gereken tazminat miktarı (“işe başlatmama veya iş güvencesi tazminatı”) da belirlenecektir³⁵. İşe iade davasında, feshin geçersiz olduğuna karar verilmiş olsa bile, mutlak anlamda bir geçersizlik sonucu ortaya çıkmamaktadır. Mutlak anlamda bir geçersizlik, feshin hiçbir şekilde gerçekleşmemiş sayılması anlamına gelirdi. Halbuki hukukumuzda düzenleniş biçimiyle feshin geçersizliği, hem işvereni kesin olarak işçiyi işe iadeye mecbur kılmamakta hem de, ancak tarafların, aşağıda ayrıntılı biçimde ele alınacağı üzere, davranışlarına bağlı olarak fesih işlemini ortadan kaldırmaktadır. Dolayısıyla, buradaki geçersizlik, öğretide baskın görüş tarafından, “kendine özgü bir geçersizlik” şeklinde nitelendirilmektedir³⁶. Ancak, bu düzenlemenin, 158 Sayılı Sözleşme’ye aykırı olduğu da söylenemez. Nitekim, 158 Sayılı Sözleşme’nin 10. maddesinde, ulusal mevzuatta, feshin iptalinin veya işçinin işe iadesinin öngörülmesinin mümkün olmadığı ya da uygulanabilir bulunmadığı durumlarda, yeterli bir tazminat veya başka bir telafi biçimi öngörülebileceği belirtilmiştir. Yabancı ülke mevzuatlarına bakıldığında da, feshin geçersizliği karşısında işçilere tanınan hakların üç başlık altında toplandığı görülmektedir: iş sözleşmesinin kesintiye uğramaksızın devam ettiğini kabul etmeye işe iade veya tazminata hükmedilmesi, yeni bir iş sözleşmesi yapılması veya tazminata hükmedilmesi, iş ilişkisinin devamı veya yeniden kurulması yerine doğrudan tazminata hükmedilmesi³⁷.

İşe iade davası sonucunda ilk derece mahkemesinin verdiği karara karşı Bölge Adliye Mahkemesi’nde istinaf yoluna başvurulabilir. Bölge Adliye Mahkemesi’nin ivedilikle inceleyerek vereceği kararı kesindir (İş Mahkemeleri Kanunu m. 7, f. 5 ve m. 8, f. 1, a). Dava süreci bu şekilde sona erdikten sonra, kararın tespit kararı olarak ilamlı icraya konu edilebilir olmaması nedeniyle, yukarıda da belirttiğimiz üzere, kesinleşen kararın kendisine tebliğinden itibaren hak düşürücü süre içinde işçinin işverene başvurusu ve buna karşılık işverenin davranışı, kararın uygulanması bakımından belirleyici olmaktadır.

III. İŞÇİNİN İŞVERENE BAŞVURUSU VE SAMİMİYET

A. Başvuru Usulü ve Süresi

İş Kanunu’nun 21. maddesinde, işçinin, kesinleşen mahkeme veya özel hakem kararının kendisine tebliğinden itibaren on işgünü içinde işe başlamak için işverene başvurmak zorunda olduğu, aksi takdirde yapılmış olan feshin geçerli sayılacağı öngörülmüştür (f. 6). İşçinin işverene başvurma zorunluluğu, uyuşmazlığın dava yoluyla değil de zorunlu arabuluculuk faaliyeti sonucunda anlaşma ile çözümlenmesi hâlinde bulunmamaktadır. Zira yukarıda da belirtildiği üzere, tarafların, işçinin işe başlatılması konusunda anlaşmaları söz konusu ise, anlaşma tutanağında işe başlama tarihini belirlemeleri de gerekmektedir. Bu durumda işçinin işverene ayrıca işe başlamaya yönelik bir talepte bulunarak işverenin de işçiyi işe başlamak üzere davet etmesi gerekmecektir³⁸. Belirlenen tarihte işveren işçiyi işe başlatmazsa, iş sözleşmesi bu tarihte işveren tarafından feshedilmiş olarak kabul edilecek ve işverenin, yine tutanakta parasal olarak belirlenmiş bulunan boşta geçen süre ücreti ile işe başlatmama (iş güvencesi) tazminatını ödeme yükümlülüğü doğacaktır.

Kanun’da başvurunun ne şekilde yapılacağına, dolayısıyla usulüne ilişkin bir düzenleme öngörülmemiştir. Öncelikle, başvurunun yazılı olabileceği gibi sözlü bir irade beyanı ile de gerçekleştirilebileceği, ancak ispat kolaylığı bakımından, yazılı, hatta noter aracılığıyla yapılmasının yerinde olacağı kabul edilmektedir. Ayrıca, işverene veya işveren vekiline doğrudan başvurulabileceği gibi, noter aracılığıyla da gerçekleştirilebilir³⁹. Dahası, işçi, işverene, vekil

³⁵ Hükmün tamamının bir tespit hükmü niteliğinde olduğu kabul edilmekle birlikte, öğretide, feshin geçersizliğinin tespit hükmü, işe iadeye bağlı parasal haklara (boşta geçen süre ücreti ile işe başlatmama tazminatı) ilişkin kısmın eda hükmü olması ve böylece, işe iade davasının atipik bir dava türü olarak kabul edilmesi gerektiği de ileri sürülmüştür, ÇİL, Şahin: “İşçinin İşe Başlatılmamasının Fesih Olarak Değerlendirilmesi Sorunu”, Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 29, 2013, s. 93.

³⁶ SÜZEK, s. 604; BOZOK, s. 181; KAR, s. 476 vd.; TULUKÇU, s. 333; CENTEL, s. 210, 211; MANAV, s. 184; SARIBAY, s. 189.

³⁷ ALP, s. 22.

³⁸ KAR, s. 478.

³⁹ SÜZEK, s. 613, 614; ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT, s.565, 566; EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s. 226; KAR, s. 492; TULUKÇU, s. 337, 338; CENTEL, s. 216, 217; SARIBAY, s. 201-203; AKYİĞİT, s. 316, 317; NARMANLIOĞLU, Ünal: “İş Güvencesi Hükümleri Çerçevesinde Süresinde İşverene Başvuruda Bulunup Davet Edildiğinde İşe Başlamayan İşçinin Davranışına Bağlı Hukuki Sonuçlar”, Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 19, 2010, s.13, 14; UŞAN, Fatih: “Yargıtay Kararları Işığında İşe İade Davalarının Sonuçları”, Kamu-İş, C. 10 S. 1, 2008, s. 5;

aracılığıyla da başvurulabilir. Nitekim Yargıtay, işe iade sonrası “işe başlama talebinin, şahsa sıkı sıkıya bağlı olduğundan” söz edilemeyeceğini ve “işe iade davasında davayı vekâletname uyarınca takip etmiş olan avukat tarafından yapılan başvuru”nun işe iadeye ilişkin kararın uygulanması olarak değerlendirilmesi gerektiğini kararlaştırmıştır⁴⁰.

İşçinin işverene başvurusu için öngörülmüş bulunan süre on işgünüdür ve hak düşürücü niteliktedir. Sürenin başlangıcı, kesinleşen işe iade kararının işçiye tebliği tarihidir. Öyleyse, ilk derece mahkemesinin kararı ile işçinin işverene başvurusu karşısında işverenin işçiyi işe davet etme veya başlatma, aksi hâlde de işe başlatmama tazminatı ödeme yükümlülüğü bulunmamaktadır⁴¹. Dahası, başvuru için, kesinleşen kararın tebliğ edilmesi de beklenmelidir. Yargıtay, 2015 tarihli bir kararında, karar kesinleşmeden işverene başvurulması üzerine başvurunun geçersiz sayılmasının gerekmediğini ve karar kesinleşince, işverenin işçiyi işe başlatıp başlatmayacağını bildirebileceğini kabul etmiştir. Ancak karara konu olayda feshin geçersizliğine, işverenin davayı kabulü neticesinde hükmedilmiş olması ve dolayısıyla, işverenin kabulüyle işe başlatılacağına duyduğu güven neticesinde süresinden önce başvuruda bulunan işçinin işe başlatılmamasında işverenin dürüstlük kuralına aykırı davrandığı, işçide oluşan güvenin korunması gerektiği dikkate alınarak, istisnai olarak, bu sonuca ulaşılmıştır⁴².

B. İşçinin İşverene Başvurusunda Samimiyet Olgusu ve Sonuçları

İşe iadeye (feshin geçersizliğinin tespitine) ilişkin kararının kesinleşmesi ile on işgünlük hak düşürücü süre içinde işverene başvuran işçinin bu başvurusu üzerine, işverenin iki seçeneği bulunmaktadır: işçiyi işe başlatmak veya başlatmamak. Her iki durum da farklı sonuçlar doğurmaktadır. İşveren, işçiyi, başvurusu üzerine işe başlatırsa, iş sözleşmesi kesintisiz olarak devam ediyor sayılır ve ayrıca işçi dört aylık boşta geçen süre ücretine de hak kazanır.

Kanun’da işçinin işverene başvurusunun öngörülmüş olmasının, işçinin çalışma isteğini yansıtmaması gerektiği belirtilerek, başvuru şartının, çağırıldığında işe başlamayı da kapsadığını kabulün “kanunun amacı (ruhu)” ile uyacağı ifade edilmiştir⁴³. Dolayısıyla, işçinin kesinleşen işe iade kararı üzerine işverene yapacağı başvurunun amacı gerçekten işe başlamak istemesi olmalıdır. Gerçekten işe başlama iradesini içermeyen, sadece şekli nitelikteki bir başvurunun iş güvencesi hükümlerinin amacına ve ayrıca, Medeni Kanun’un 2. maddesinde düzenlenen dürüstlük kuralına aykırı olacaktır. İşverenin işe başlatma davetine işçinin uymamasının sonuçlarının ise Kanun’da açıkça düzenlenmemesi, tartışmalı durumlara yol açmaktadır. Yargıtay, bu durumu, şu şekilde açıklamaktadır:

“[...] uyumsuzluk, işçinin boşta geçen süre ücretine hak kazanması için işverene işe başlatılması için başvurusunun yeterli olup olmadığı, işe başlama başvurusunun kabul edilmesi hâlinde işe başlamasının gerekip gerekmediği ve burada varılacak sonuca göre dört aylık boşta geçen süre ücretine hak kazanıp kazanmayacağı noktasında toplanmaktadır.”⁴⁴

İşçinin, mahkemece, işe iadeye karar verilmesi ve kararın kesinleşmesi üzerine işverene yapacağı başvurunun dürüstlük kuralına ve iş güvencesi hükümlerinin amacına uygun olup olmaması sorunu, uygulamada, bu başvuruda işçinin “samimiyeti” sorunu olarak yer bulmuştur. Yargıtay kararlarında, işçinin işe başlatılma talebinin “samimi” olması gerektiği ve işçinin gerçekten işe başlama niyeti olmaksızın sadece “işe iade davasının sonuçlarından yararlanmak için yaptığı başvurunun geçerli bir işe iade başvurusu olarak değerlendirilemeyeceği” belirtilmektedir⁴⁵.

CANBOLAT, Talat: “İşe İade Kararının Uygulanmasında Dürüstlük Kuralı”, in in Güzel, Ali/ Ugan Çatalkaya, Deniz (ed.), İş Güvencesi ve İşe İade Davaları, İstanbul 2010, s. 116.

⁴⁰ Y9HD, 02.12.2008, 2008/45501 E., 2008/32931 K., Çalışma ve Toplum, S. 21, 2009/2, 204-209; YİĞİT, Yusuf: “İş Hukukunda Geçersiz Fesih Kavramı ve Geçersiz Fesih Üzerine İşe İade Başvurusu Yapan İşçinin İşe Başlatılmaması ve Sonuçları”, in Başterzi, Süleyman (ed.), Prof. Dr. Sarper Sözek’e Armağan Cilt II, Beta Yayınları, İstanbul 2011, s. 1165 ve burada alıntılanan Yargıtay kararları.

⁴¹ TULUKÇU, s. 335; KAR, 491; CENTEL, s. 215; SAVAS KUTSAL, Fatma Burcu: “Geçersiz Feshin Yaptırımları: İşe İade veya Tazminat”, in Demir, Ender/Gemicci Filiz, Beste (ed.), Prof. Dr. Turhan Esener II. İş Hukuku Uluslararası Kongresi, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2017, s. 273.

⁴² Y9HD, 03.12.2015, 32145/34443, TULUKÇU, s. 336.

⁴³ NARMANLIOĞLU, s. 19; aynı yazar, Tazminat, s. 2021-2023 ve 2036.

⁴⁴ YHGK, 22.03.2017, 2015/22-1035 E., 2017/534 K., www.kazanci.com, E.T.: 27.12.2019.

⁴⁵ Y9HD, 21.12.2015, 2014/26972 E., 2015/36157 K., ÇİL, İlke Kararları, s. 507, 508; Y9HD, 15.12.2009, 2009/8007 E., 2009/35353 K., Çalışma ve Toplum, S. 25, 2010/2, s. 438, 439. Aynı yönde, UŞAN, s. 4, CANBOLAT, s. 122.

Öğretide, yargılama süresinin uzunluğu ve dolayısıyla işçinin bu sürede çalışması gerekeceği dikkate alındığında, işçinin sırf yeni bir işe girmiş olmasının, işe iade davası ve sonrasında samimiyetsiz olduğu sonucuna ulaşmak için yeterli kabul edilmemesi gerektiği belirtilmiştir⁴⁶. Nitekim Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da, benzer bir görüş benimsediği bir kararında şu ifadelerle yer vermiştir:

“Bununla birlikte davacının işe başlatılması için işverene müracaat ettiği 26.04.2012 tarihinde başka bir işyerinde çalıştığı sabit ise de, iş sözleşmesinin feshinden, işe iade kararının kesinleşmesine kadar 25 aylık bir sürenin geçtiği dikkate alındığında, bu kadar uzun süre işe iade kararını çalışmadan geçirmesi davacıdan beklenemez. O hâlde Mahkemenin davacının süresinde işverene işe başlatılması için müracaat ettiğine dair kabulü ve bu kabul çerçevesinde davaya konu edilen alacakları hüküm altına alması doğru olmuştur.”⁴⁷

Anılan kararda, işçinin başvurusunun samimiyeti değerlendirilirken başvuru ve bunun karşılığında işverenin yaptığı davet tek başına dikkate alınmamış, aynı zamanda işçinin işe başlamak için işyerine gittiği ancak işe başlatılmadığı iddiası da incelenmiştir. Zira olayda, işçi işyerine, işverenin belirttiği tarih aralığında babası ve kardeşiyle gittiğini ancak işe alınmadığını iddia etmektedir. Bu hususu da babası ve kardeşinin imzaladığı tutanakla tespit etmiş, babası ve kardeşi de açılan işçilik alacakları davasında tanıklık etmişlerdir. Buna karşılık, işçinin işe gelmediği, zaten o tarihlerde başka bir yerde çalışmakta olduğu ve babasıyla kardeşinin tanıklıklarına itibar edilemeyeceği ileri sürmüştür. Hukuk Genel Kurulu kararında, işçinin başvurusunun sadece başka bir yerde çalıştığı için samimi olmadığı şeklinde değerlendirilemeyeceğini, işe gittiğini babası ve kardeşinin tanıklıklarıyla ispatlamasında bir sakınca olmadığını kabul ederek belirtmiştir. Dolayısıyla, işçinin işe başlaması gereken tarihte başka bir yerde çalışıyor olmasının, her durumda, işe iade kararı üzerine işverene başvurusunun samimiyetine mutlak olarak etkisiz yorumlanacağı sonucuna ulaşılamaz. Kararda samimiyete ilişkin ifadelerle, somut olayın özelliği dikkate alınarak, başka bir anlatımla, uyuşmazlık konularının tamamı birlikte değerlendirilerek ulaşılmıştır. Yüksek Mahkeme başka bir kararda ise, “davacının işe başlatılma talebi ve devam eden süreçte başka bir yerde çalışıyor olması günümüzde iş bulma kaygısı yaşayan işçilerin sayısı dikkate alındığında tek başına samimiyetsizlik göstergesi olarak kabul edilemeyeceğini” belirtmiştir⁴⁸.

İşçinin işe başlamak konusunda samimiyetinin sorgulanmasıyla ilgili özellik arz eden bir durum da, işverenin süresi içinde bildirdiği işe başlama davetine ne kadar süre içinde uyarak başlaması gerektiğidir. Bu konu da Yargıtay’ın istikrar kazanmış uygulamasıyla, makul süre olarak kabul edilmiş ve makul süre de, işçi, davet bildirimini işyerinin bulunduğu yerde ikamet etmekteyken aldıysa, 2 gün; bildirim işçiye işyerinin bulunduğu farklı bir yerdeyken ulaşıtıysa, 4 gün olarak somutlaştırılmıştır⁴⁹.

İşçi, kesinleşen işe iade kararının kendisine tebliğinden itibaren on işgünü içinde işverene başvurmazsa veya uyuşmazlığın arabuluculuk faaliyetiyle anlaşma şeklinde sonuçlandığı durumlarda, son tutanakta belirlenen tarihte işe başlamazsa, “işverence yapılmış olan fesih geçerli bir fesih sayılacak ve işveren sadece bunun hukuki sonuçları ile sorumlu olacaktır” (İK m. 21, f. 6). Bu durumda, fesih yapıldığı tarihten itibaren hüküm ve sonuçlarını doğurmuş olarak, iş sözleşmesi bu tarihte sona ermiş kabul edilecek ve işçi sadece iş güvencesi tazminatına değil, boşta geçen süre ücretine de hak kazanmayacaktır. Ancak, koşulları mevcutsa ve geçersizliğine karar verilen ancak işçinin davranışı nedeniyle geçerli hâle gelen fesih sırasında ödenmediyse, kıdem ve ihbar tazminatlarına hak kazanır. Süresi içinde işverene başvurulmuş ancak işverenin samimi olarak kabul edilebilecek davetine rağmen işe başlanmamışsa işçinin bu davranışının sonuçları ise Kanun’da düzenlenmemiş, ancak Yargıtay tarafından dürüstlük kuralına aykırı, samimi olmayan başvuru şeklinde nitelendirilmektedir. Her ne kadar Yargıtay, kısa bir dönem için de olsa, işçinin başvurusunun, sonradan işe başlamasa bile boşta geçen süre ve diğer haklara hak kazanması bakımından yeterli olduğu yönünde kararlar vermişse de daha sonra isabetli olarak bu görüşünden dönmüştür⁵⁰. Zira böyle bir yaklaşımın benimsenmesi, hem dürüstlük kuralının

⁴⁶ ÖKTEM SONGU, s. 149, 150.

⁴⁷ YHGK, 16.5.2018, 2015/7-1828 E., 2018/1093 K., www.kazanci.com, E.T.: 27.12.2019.

⁴⁸ Y22HD, 25.02.2016, 2014/33198 E., 2016/5711 K., Çalışma ve Toplum, S. 52, 2017/1, s. 428-430.

⁴⁹ KAR, s. 497; aynı yönde Y22HD, 19.06.2019, 2017/22890 E., 2019/13458 K., www.kazanci.com, E.T.: 27.12.2019; Y9HD, 22.12.2008, 2007/30406 E., 2008/34836 K., Çalışma ve Toplum, S. 22, 2009/3, s. 430-435.

⁵⁰ Y9HD, 09.10.2007, 2007/21611 E., 2007/29866 K., Çalışma ve Toplum, S. 18, 2008/1, s. 189, 190. BOSTANCI, s.125, 126; ÖKTEM SONGU, s. 153-156; ARSLAN ERTÜRK, Arzu: “İşe İade Kararı ve İşverene Başvuruda

dikkate alınmaması anlamına gelecek hem de, her ne kadar adil olmasa da, işe başlatma ile iş güvencesi tazminatı arasında seçim yapma hakkının sadece işverene tanınmış olması yönündeki yoruma açık olmayan düzenlemeyi, kısmen işçi lehine de uygulanır hâle getirerek yasanın lafzına aykırılık oluşturacaktır. Sonuç olarak Yüksek Mahkeme, işçinin samimi olmayan başvurusunu, hiç başvuruda bulunulmamış gibi değerlendirilerek 21. maddenin beşinci fıkrasındaki feshin geçerli bir fesih olarak kabul edilmesi görüşü benimsenmiştir⁵¹. Buna göre işçi, işe iadenin maddi sonuçları olan iş güvencesi ve boşta geçen süre ücretini talep edemeyecek, ancak koşulları mevcutsa, kıdem ve ihbar tazminatlarına -fesih bildirimiminin kendilerine ulaştığı tarih itibarıyla- hak kazanacaktır. Öğretide ileri sürülmüş ancak ne çoğunluk ne de Yargıtay tarafından benimsenmiş bir başka görüş, işçinin işe başlatılmak üzere işverene başvurduktan sonra işverenin samimi ve usulüne uygun davetine uymamasını, iş sözleşmesinin işçi tarafından haklı bir neden bulunmaksızın feshi olarak nitelendirmiş ve bu durumda işçinin işe iadeye bağlı haklardan yararlanmamasının yanında, işveren tarafından gerçekleştirilmiş geçerli bir feshin sonuçlarından da -koşulları mevcutsa kıdem ve ihbar tazminatlarından- yararlanmaması yönünde olmuştur⁵². Böyle bir yaklaşımın benimsenmesi, her şeyden önce, iş hukukunun işçiyi lehine yorum ilkesine ve iş güvencesinin amacına aykırı olup işçi aleyhine çok ağır sonuçlar doğuracaktır⁵³. Ayrıca, işçinin işveren hiç başvurmadığı seçenekte dahi feshe itiraz edilmemiş gibi bir sonuç kabul edilirken, başvurduktan sonra buna uygun davranmayarak dürüstlük kuralına aykırı hareket etmiş olması nedeniyle, işe iade davası açtığı tarihte dürüstlük kuralını ihlal etmek gibi bir amacı olmasa bile -işçinin böyle bir amaçla işe iade davası açtığı varsayımından hareket etmek dahi somut dayanaktan yoksun olacakken- iş sözleşmesini kendisi feshetmiş gibi bir sonuca ulaşmak, işçiyi dava açtığı için cezalandırmak, dolayısıyla hak arama özgürlüğünü ciddi biçimde yaralamak anlamına gelecektir. Her ne kadar Yargıtay kararlarıyla, işçinin işverene başvurmamasına rağmen işverenin davetine uymaması hâlinde de İş Kanunu'nun 21. maddesinin beşinci fıkrasının uygulanacağı benimsenmişse de bu konudaki tartışmaların ve tereddütlerin tamamen giderilmesi için sadece işveren değil ancak asıl mağdur taraf işçiyi de işe başlamakla iş güvencesi arasında tercih yapabilme imkânı tanınması yerinde olacak ve böylece iş güvencesi hükümleri etkin biçimde kullanılabilir⁵⁴.

IV. İŞVERENİN İŞÇİYİ DAVETİ İLE İŞE BAŞLATMASI VE SAMİMİYET

A. Davet Usulü ve Süresi

İşçinin başvurusu üzerine, işverenin iki seçenekten birini tercih etme hakkı bulunmaktadır. Bunlardan ilki, işçinin kendisine başvurusunu izleyen bir ay içinde işçiyi işe başlatmaktır. İkincisi ise, bu sürenin bitimine kadar işçiyi davet edip işe başlatmamak veya süre içinde işçiye açıkça kendisini işe başlatmayacağını bildirmek ve işe iadenin parasal sonuçlarını ödemektir. Böylece, feshin geçersizliğinin tespiti hâlinde işverene bir seçimlik hak tanınmış olmaktadır: İşveren ya işe iade işlemini gerçekleştirecek ya da kararda belirlenen maddi hakları (ve ayrıca duruma göre kıdem tazminatı ve ihbar tazminatı veya bunlara ilişkin farkları) ödeyecektir. İşçinin işe başlaması hâlinde iş sözleşmesinin kesintiye uğramaksızın devam etmekte olduğu, işveren tarafından işçinin işe başlatılmaması hâlinde ise iş sözleşmesinin bu tarihte (veya işe başlatılmayacağına açıkladığı tarihte) işveren tarafından feshedilerek sona erdiği kabul edilir⁵⁵.

Kanun'da, işverenin işçiyi nasıl davet etmesi konusunda bir açıklık bulunmamaktadır. İşverenin davetine ilişkin öngörülmüş bulunan tek kural, bir aylık hak düşürücü süre içinde

Bulunma Koşulu”, Legal İHSGHD, 2009/24, s.1436, 1437; ÇİL, Şahin: “Kesinleşen İşe İade Davasının Sonuçları”, Ankara Barosu Dergisi, 66 (1), 2008, s. 47.

⁵¹ Y9HD, 04.02.2019, 2015/32293 E., 2019/2558 K., www.kazanci.com, E.T.: 27.12.2019; Y9HD, 11.12.2006, 2006/2504 E., 2006/32633 K., KILIÇOĞLU/ŞENOCUK, s. 1321, 1322.

⁵² AKYİĞİT, s. 319; SARIBAY, s. 221; MANAV, s. 408; AKTAY, s. 106.

⁵³ ARSLAN ERTÜRK, s. 1437; NARMANLIOĞLU, Tazminat, s. 2030-2032.

⁵⁴ ÖKTEM SONGU, s. 159; GÜZEL, Ali: “İşe İade Davalarına İlişkin Sorunların Çözümü Açısından Yeni Bir Model Önerisi”, in Güzel, Ali/ Ugan Çatakkaya, Deniz (ed.), İş Hukukunda Güncel Sorunlar 4, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2014, s. 98 ve 119. Aynı yönde, ARSLAN ERTÜRK, s. 1433.

⁵⁵ Y9HD, 18.03.2009, 2007/38730 E., 2009/7345 K., BOSTANCI, s. 120-122; SÜZEK, s. 617 vd.; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 299; KAR, s. 503 vd.; CENTEL, s. 231 vd.; SARIBAY, s. 254 vd.; AKYİĞİT, 323 vd.; EKONOMİ, s. 116; SAVAŞ KUTSAL, s. 278; YİĞİT, s. 1176; UŞAN, s. 3 ve 35, 36; CANBOLAT, s. 128. Bunun işverene tanınmış bir seçimlik hak olduğu görüşünü reddederek, işverenin işe başlatma yükümlülüğüne aykırı davranışının yaptırım olduğu yönündeki görüş için bkz. AKTAY, s. 109. Ayrıca, bunu işverenin iş sözleşmesini feshi olarak kabul eden görüş karşısında, işe başlatmamanın fesih olarak nitelendirilmemesi gerektiği yönündeki görüş için bkz. ÇİL, Fesih, s. 79 vd.

gerçekleştirilmesidir. İspat kolaylığı bakımından yazılı olarak, hatta noter aracılığıyla yapılması yerinde olacaktır. Hatta 21. maddenin ilk fıkrasında sadece davetin bir aylık süre içinde yapılması değil, işçinin bir ay içinde işe başlatılması öngörülmüştür. İşverenin, tebligattan kaynaklanan nedenlerle bir aylık süreyi geçirmesinden sorumlu tutulmaması gerektiği ancak burada da dürüstlük kuralına uygun biçimde, böyle bir ihtimali dikkate alarak davette bulunması gerektiği kabul edilmektedir⁵⁶. İşverenin bunu dikkate almadığı ve dürüstlük kuralına aykırı durumlarda işe iadeye yönelik davetinin samimi olmadığı sonucuna ulaşılır. Gerçekten de, Yargıtay, işverene tanınan bir aylık sürenin “işe davet ihtarnamesi göndermek için tanınan bir süre değil, işe başlatmak için tanınan bir süre” olduğunu belirterek, işverenin dürüstlük kuralına aykırı davrandığı sonucuna ulaşmıştır:

“Bir aylık sürenin son günü mesai bitimine doğru ihtarname keşide eden işverenin tebligatın ancak süre dolduktan sonra işçiye tebliğ edileceğini ve işe başlatma tarihinin kanuni sürenin dışında kalacağını bilerek hareket ettiği açıktır. Bu durumda işverenin hakkını dürüstlük kuralına uygun kullanmadığı, işçiye işe başlatma noktasında samimi olmadığı anlaşılmaktadır.”⁵⁷

B. İşverenin İşçiyi Davetinde Samimiyet Olgusu ve Sonuçları

Yargıtay, işçinin başvurusunda olduğu gibi, işverenin işçiyi işe başlatma davetinde de samimi olması şartını aramaktadır. İşverenin işçiyi işe başlatma daveti samimi olmadığı, gerçek bir işe başlatmadan bahsedilemeyeceği durumlarda, işverenin işçiyi işe iade etmediği kabul edilerek bunun sonuçları ortaya çıkar. İşverenin daveti bakımından, samimiyetten başka “ciddi” ve “gerçek” olma ifadeleri de kullanılmaktadır:

“İşverenin işe davete dair beyanının da ciddi olması gerekir. İşverenin işe başlatma amacı olmadığı halde işe başlatmama tazminatı ödememek için yapmış olduğu çağrı, gerçek bir işe başlatma daveti olarak değerlendirilemez.”⁵⁸

Samimiyetin en önemli göstergesi olarak, işveren, işçiyi eski işinde veya benzer bir işte çalıştırmaya başlamalıdır⁵⁹. Ayrıca işçiye aynı ücret ve hatta, yargılamanın uzunluğu sonucunda ücret ve diğer haklarda artış meydana gelmiş olduğundan, “yargılama sürecinde işçinin mahrum kaldığı ancak emsali işçilere sağlanmış olan ücret artışlarının” da sağlanması gerekmektedir ve işe başlatma şartına bağlanmamalıdır⁶⁰. Aksi takdirde, işverenin işe başlamak için başvuran işçiyi, usulüne uygun biçimde işe davet etmediği kabul edilir. Nitekim Yargıtay, işçinin işe davet edilmesinde, bu yönde bir yasal bir zorunluluk bulunmamasına rağmen, işe başlatıldığı takdirde alacağı ücretin miktarının, eski ücretinden veya dava sürecinde ücretlerde artış olmuşsa emsal işçinin işe başlama tarihindeki ücretinden düşük olmayacağı konusunda bilgilendirilmemesini de işverenin samimi olmayan davranışı şeklinde nitelendirmiştir⁶¹. Hatta Yüksek Mahkeme, sadece ücret miktarının değil, işçinin hangi işte ve hangi şartlarla işe başlatılacağına davette belirtilmemesinin işverenin davetinin samimiyetini sorgulatacağını ifade etmektedir⁶². Gerçekten de, davette bu hususların belirtilmemesi her durumda işverenin samimi ve ciddi olmadığı anlamına gelmemekle birlikte, somut olayın özelliklerine göre -örneğin, işçinin böyle muğlak bir davete icabet edip işyerine gitmesi üzerine bile bu açık olmayan hususlar konusunda kesin bir

⁵⁶ CENTEL, s. 223, 224; KAR, 498 ve burada dn. 980’de atf yapılan YHD, 18.11.2008, 2007/32727 E., 2008/31214 K. sayılı karar.

⁵⁷ Y9HD, 05.12.2018, 2015/25243 E., 2018/22436 K., Çalışma ve Toplum, S. 61, 2019/2, 1503-1505.

⁵⁸ Y9HD, 02.10.2019, 2019/6190 E., 2019/17193 K., www.kazanci.com, E.T.: 27.12.2019.

⁵⁹ SÜZEK, s. 615; ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT, s. 568; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 298; KAR, s. 497, 498; TULUKÇU, s. 346-352. CENTEL, s. 225; SARIBAY, s. 222; KILIÇOĞLU/ŞENOCAK, s. 483; AKYİĞİT, s. 320 vd, YİĞİT, s. 1172, 1173; CANBOLAT, s. 124, 125; CANİKLİOĞLU, Nurşen: “İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı”, Yargıtay’ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2017, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019, s. 292, 293.

⁶⁰ Y9HD, 03.07.2015, 2014/26985 E., 2015/24025 K., Çalışma ve Toplum, S. 50, 2016/3, s. 1518-1522; YHGK, 01.03.2017, 2015/22-279 E., 2017/388 K.; Y9HD, 13.03.2019, 2015/34579 E., 2019/5575 K.; Y9HD, 08.05.2019, 2017/18305 E., 2019/10306 K.; Y22HD, 07.11.2018, 2017/17414 E., 2018/23846 K., www.kazanci.com, E.T.: 27.12.2019; ÇİL, s. 47.

⁶¹ Y9HD, 02.10.2019, 2019/6190 E., 2019/17193 K., www.kazanci.com, E.T.: 15.01.2020. Ancak, başka bir kararda, işyerinde toplu iş sözleşmesinin yürürlükte olduğu, davacı işçinin de sendika üyesi olduğu, dolayısıyla ücret miktarının bunun hükümlerine göre belirlendiği zaten belirli olduğu ve işverence ayrıca açıklanması gerektiği gerekçesiyle işverenin samimi olmadığını ileri sürülemeyeceği de haklı olarak ifade edilmiştir, Y9HD, 18.11.2019, 2016/8469 E., 2019/20118 K., www.kazanci.com, E.T.: 15.01.2020.

⁶² Y9HD, 23.02.2017, 2017/3537 E., 2017/2503 K.; YHGK, 01.10.2014, 2013/22-1158 E., 2014/743 K., www.kazanci.com, E.T.: 27.12.2019. Aynı yönde, Y9HD, 26.05.2014, 2014/5801 E., 2014/16662 K., CANİKLİOĞLU, s. 295, 296.

bilgilendirme yapılmazsa- işverenin samimiyetini sorgulatabilir. Ancak, yine yargılamanın uzun sürdüğü dikkate alındığında, davet tarihinde, işçinin eski işine veya benzer bir işe başlatılması olanağının ortadan kalkmış olması da mümkündür. Bu gibi durumlarda Yargıtay’a göre, “işveren öncelikle iş şartlarında esaslı değişiklik olanağı yaratmadan iş teklifi yapmalı, bu olanak yoksa o zaman 4857 sayılı İş Kanunu’nun 22. maddesi uyarınca değişiklik teklifinde bulunmalıdır”⁶³. O hâlde işveren, işçiyi, farklılık eski işine göre esaslı bir değişiklik teşkil etmediği takdirde, eski işinden farklı bir işe de başlatabilecektir. Ancak, böyle bir imkân da yoksa, işvereni 4857 sayılı Kanun’un 22. maddesindeki usule uygun olarak, işçinin eski işinde esaslı değişiklik oluşturacak şekilde yeni bir işte çalışmasını teklif edebilecektir.

İşverenin işçiyi işe başlamak üzere davet edip etmemesi ve bu davete icabet eden işçiyi eski işi veya benzer bir işte, aynı şartlarla işe başlatıp başlatmaması, dolayısıyla işverenin samimiyeti, sonuç olarak da işçinin işe başlayıp başlamaması, yukarıda belirtildiği gibi, işçinin işverene başvurusu şartının çağırıldığı işe başlamayı da kapsamı nedeniyle, işçinin başvurusundaki samimiyetin tespitini de doğrudan etkilemektedir⁶⁴. O hâlde, işçinin eski işine/benzer bir işe başlatılmadığı veya farklı koşullarla işe başlatıldığı yönündeki iddiası ile işe başlamakta imtina ettiği durumlarda, işçinin mi yoksa işverenin mi samimi davrandığının ortaya konması ve bunun için de işverenin tutumu önem taşımaktadır. Yargıtay da, işe iade davası sürerken işyerinde yürürlüğe giren yeni toplu iş sözleşmesinin, işçinin iş sözleşmesinin feshinden önce tabi olduğu çalışma koşullarından farklı, ücrette azalma öngören hükümlerinin, işe iade kararı sonrasında davet edilen ve sözleşmeye taraf sendika üyesi işçiye uygulanabileceğini, bunun farklı koşullarla işe başlatma sayılmayacağını kabul etmiştir⁶⁵. İşe iade kararı üzerine işveren tarafından yapılan davetin samimi sayılmasının en önemli şartı işçinin aynı (veya bu mümkün değilse, benzer bir) işe ve aynı koşullarla veya bu süre içinde bir iyileşme olduysa o koşullarda başlatılmasıdır. Ancak, işçinin iş sözleşmesinin feshedildiği dönemde yürürlükte olan toplu iş sözleşmesinin yerini alan toplu iş sözleşmesiyle daha düşük koşullar öngörülmüş olması ve işverenin işe iade başvurusunda bulunan işçiyi bu yeni koşullarla işe başlatmak istemesi, işverenin samimiyetini sorgulatmamalıdır. Toplu iş hukukunda “düzen ilkesi” olarak adlandırılan ilke gereği, sonraki toplu iş sözleşmesinin hükümleri, önceki sözleşmeden işçinin daha az lehine koşullar içerse bile, üstünlüğe sahiptir⁶⁶. Ayrıca, taraf sendika üyesi işçi, iş sözleşmesi işveren tarafından feshedilmeyip işe iade sürecinde işyerinde çalışmaya devam etseydi, yeni toplu iş sözleşmesiyle sağlanan şartlara tabi olarak çalışacaktı. Dolayısıyla, bu durumun, çalışma koşullarında işçi aleyhine esaslı bir değişiklik oluşturduğunu söylemek mümkün değildir. Kaldı ki aksinin kabulü, öğretide de belirtildiği üzere, hem işyerinde aynı anda iki farklı toplu iş sözleşmesinin uygulanması anlamına gelecek hem de eşitlik ilkesinin ihlali sonucu doğuracaktır. Bütün bu hususlar birlikte değerlendirildiğinde, burada, işverenin değil, yürürlükteki toplu iş sözleşmesi ile belirlenen şartların uygulanmasını kabul etmeyerek işe başlamayan işçinin davranışının samimi olmadığını ve gerçekten işe başlamak iradesini taşımadığını kabul etmek yerinde olacaktır⁶⁷.

Yargıtay’ın, işverenin işçiyi eski işinden farklı bir işe davet etmesini mümkün kabul ettiği bir durum da, fesih sebebinin işçinin çalıştığı işin veya işyerinin kapanmış olması ama işverenin feshin son çare olması ilkesine uygun hareket etmemesi nedeniyle geçersizliğe karar verilmesidir. Böyle bir olayda, işçi işe başlatılmak üzere işverene başvurduğunda, işverenin işçiyi eski işinde çalışmaya başlatmasının mümkün olmadığı açıktır. Yüksek Mahkeme, bunun üzerine, işverenin, işçiye olabilecek en uygun işi teklif etmesi gerektiğini belirterek, bu teklifin çalışma koşullarında esaslı değişiklik yaratıp yaratmamasına göre işçinin samimiyetini değerlendirmiş ve sonuca ulaşmıştır. Buna göre, işverenin teklifi çalışma koşullarında esaslı değişiklik oluşturuyorsa ve işçi buna rağmen teklifi kabul etmeyip işe başlamazsa, işe başvurmamış kabul edilerek ne iş güvencesi tazminatına ne de boşa geçen süre ücretine hak kazanacaktır. Ancak, işverenin teklifi, çalışma koşullarında esaslı bir değişiklik niteliğindeyse, işçinin bu değişikliğe onay vermemesiyle

⁶³ Y9HD, 19.03.2012, 2012/10519 E., 2012/8818 K., karar ve incelemesi için bkz. KARADEMİR, “İşe İade Kararı Sonrasında İşe Başlatılma Kavramı ve Koşulları”, Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 29, 2013, s. 122-133. Benzer bir karar olarak, yukarıda dn. 57’de atıf yapılan 03.07.2015 tarihli 26985/24025 sayılı Y9HD kararı.

⁶⁴ BOSTANCI, s. 127; SAVAŞ KUTSAL, s. 276.

⁶⁵ YHGK, 15.07.2009, 9-314/345, AKIN, Levent: “İşe İade Edilen İşçiyi İşe Davet Beyanı ve Değerlendirilmesi”, Çimento İşveren Dergisi, 25 (4), 2011, s. 36-42.

⁶⁶ ÇELİK/CANIKLIÖĞLU/CANBOLAT, s. 972, 973; AKIN, s. 41.

⁶⁷ AKIN, s. 42.

işe başlamaması, gerçek bir başvuru sayılıp işçi boşta geçen süre ücretine hak kazanacak ancak iş güvencesi tazminatından yararlanamayacaktır, ki bu sonuç öğretide de yerinde bulunmuştur⁶⁸.

İşe iade davalarında sorun oluşturan bir konu da, geçerli bir asıl işveren-alt işveren ilişkisinin bulunduğu ve alt işveren işçisinin sözleşmesinin feshedildiği durumlarda, davanın kabulü hâlinde işverenlerin yükümlülüklerinin nasıl olacağıdır. Kural olarak, asıl işveren, alt işveren işçilerine karşı, bunların İş Kanunu ile toplu ve bireysel iş sözleşmelerinden kaynaklanan haklarından müteselsilen sorumludur (İK m. 2, f. 6). O hâlde, asıl işverenin işe iade davasının parasal sonuçlarına ilişkin müteselsil sorumluluğu, kanundan kaynaklanan bir sorumluluktur⁶⁹. Ancak asıl işverenin sorumluluğunda, sorumlu olunan alacağın muacceliyet tarihi önem taşımaktadır. Gerçekten de, asıl işveren-alt işveren ilişkisi sona erdikten sonra sonuçlanan işe iade davası sonrasında ortaya çıkan parasal haklardan asıl işverenin alt işverenle birlikte sorumluluğunu kabul etmek teknik hukuk bakımından hatalı olacaktır⁷⁰. Ancak Yargıtay tarafından, işe iade kararı sonucunda ortaya çıkan alacakların muacceliyet tarihine göre bir ayırım yapılmaksızın, asıl işverenin müteselsil sorumluluğu kabul edilmektedir⁷¹. Bununla birlikte, feshin geçersizliğinin tespiti üzerine işe başlatmakla yükümlü olan işverenin, iş sözleşmesine taraf olmayan asıl işveren değil, alt işveren olduğu, haklı olarak benimsenmiştir⁷². Buna karşılık öğretide, geçersizliği tespit edilen feshin gerçekleştirildiği tarihte mevcut olan alt işverenlik ilişkisinin işe iade tarihinde devam etmesi hâlinde, asıl işverene de işe başlamak üzere başvurulabileceği ifade edilmiştir⁷³. Nitekim Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da bir kararında, işçinin asıl işveren Belediye ile yeni alt işverene başvurması üzerine Belediye'nin "işe iade kararının yükümlüsü olmamasına rağmen [...] yeni alt işveren [...] nezdinde işe davet etmesi ve davacının da eski görevinde işe başlatması"ni iyiniyetli ve gerçek bir işe başlatma olarak değerlendirmiştir⁷⁴.

Yargıtay, işverene başvuran işçinin, işverenin işe başlatma davetine uymak zorunda olmadığını, çünkü işverenin, başka işe girdiğini bildiği ve işe davet edilmezse hem boşta geçen süre ücreti hem de işe başlatmama tazminatına hak kazanacağını bildiği işçiyi davetinin iyiniyetli olmayabileceğini belirtmiştir⁷⁵. Ancak öğretide, işverenin, işçiyi davet ederken (işçinin) başka bir işe girmiş olduğunu bilmesinin, (işverenin) davetinde iyiniyetli olmayabileceği şeklinde yorumlanmasının objektif olmadığı ve hukukun temel kurallarına aykırı olduğu ifade edilmiştir⁷⁶. Gerçekten de, işçi işe başlamak için başvuruda bulunduğu tarihte başka bir işte çalışıyor olsa bile bu işten hemen ayrılmayı tercih etmeyebilir. Zira işverenin kendisini işe davet edip etmeyeceği henüz belli değildir. Hatta, işveren tarafından işe davet edildiğinde bile, bu davetin samimiyetinden emin olamayacağı için, eski işinde gerçek anlamda işe başlatılacağından emin oluncaya kadar mevcut işten ayrılmamayı tercih edebilir. İşçinin bu gibi kaygılarla mı yoksa başvurusunda samimi olmadığı için mi başka bir işte çalışmaya devam ettiğini öngörmek mümkün olmayıp aksinin kabulü bir çeşit niyet okuma olacaktır. Öyleyse, somut olaya göre, ancak işverenin böyle bir düşünceye sahip olduğunu ortaya koyan olguların varlığı hâlinde davetin samimi olmadığı kabul edilebilir.

İşverenin davetinin samimi olmadığı durumlarda, işçinin işe başlaması beklenemeyeceği gibi bu nedenle işe başlamayan işçinin başvurusunun samimi olmadığı da ileri sürülemez. Dolayısıyla, işverenin işçiyi davetinin samimi olmaması, aslında işçinin işe başlatılmadığı anlamına gelecektir. Böylece, yukarıda da belirtildiği üzere, işveren iş sözleşmesini işe başlatmama tarihinde veya bu yöndeki iradesini açıkladığı tarihte feshetmiş sayılacak, feshin geçersizliğinin tespiti davasında belirlenen miktarda işe başlatmama tazminatı ile boşta geçen süre ücreti ve ayrıca diğer koşulları da mevcutsa (ve geçersiz sayılan ilk fesih sırasında ödenmediyse) kıdem ve ihbar tazminatlarından (ilk fesih tarihinde ödendiye arada geçen süreden

⁶⁸ Yukarıda dn. 59'da atıf yapılan 26.05.2014 tarihli Y9HD kararı, CANIKLIOĞLU, s. 295-296 ve s. 300-301.

⁶⁹ NARMANLIOĞLU, Tazminat, s. 2007.

⁷⁰ GÜZEL, s. 106.

⁷¹ Y9HD, 18.09.2019, 2019/2102 E., 2019/16196 K.; Y9HD, 17.12.2018, E. 2018/9500, K. 2018/23267; Y9HD, 22.01.2018, E. 2016/35919, K. 2018/851, www.kazanci.com, E.T.: 15.01.2020.

⁷² TULUKÇU, s. 298-300; CENTEL, s. 176, 177; AKYİĞİT, s. 290.

⁷³ KAR, s. 494; KILIÇOĞLU/ŞENOCAK, s. 481.

⁷⁴ YHGK, 03.01.2017, 2015/22-2241 E., 2017/389 K., www.kazanci.com, E.T.: 27.12.2019

⁷⁵ Y9HD, 11.07.2005, 2005/20810 E., 2005/24800 K., AKTAY, s. 103-105.

⁷⁶ AKTAY, s. 108.

doğın fark tutarından) sorumlu olacaktır⁷⁷.

V. SONUÇ

İş güvencesi hükümleri ile amaçlanan, işçinin işinin devamlılığını sağlamak, iş sözleşmesini ayakta tutmak ve dar anlamıyla, iş sözleşmesinin işverence keyfi olarak feshedilmesini engellemek veya en azından sınırlandırmaktır. Bu amaç doğrultusunda, ilk olarak 4773 sayılı Kanun'la 1475 sayılı İş Kanunu'na iş güvencesi sistemi öngören hükümler eklenmiş, daha sonra 2003'te 4857 sayılı İş Kanunu yürürlüğe girdiğinde iş güvencesi düzenlemeleri hemen hemen aynı şekilde mevzuatta yer almıştır.

İş güvencesi hükümleri dahilindeki işçilerin iş sözleşmelerinin feshinde, uyulması gereken şekli şartlara ve Kanun'da öngörülen geçerli nedenlere aykırılık hâlinde, işçilerin feshi itiraz etmeleri imkânı bulunmaktadır. Bu itirazın ilk ayağı, aynı zamanda dava şartı olan arabuluculuğa başvurulmasıdır. Arabuluculuk faaliyeti anlaşılmama ile sonuçlandığı takdirde, yetkili iş mahkemesinde, bir tespit davasındaki işe iade davası açılacaktır. İşe iade davası sonucunda kurulan hüküm, bir tespit hükmü olmakla birlikte, birtakım parasal sonuçlara (boşta geçen süre ücreti ve işe başlatılmama veya iş güvencesi tazminatı) ilişkin miktarları da içerecektir. Ancak, miktar içermesi, bu kararların tespit hükmü niteliğini değiştirmemekte, ne işvereni işçiyi işe başlatma veya iş güvencesi tazminatı ödeme ne de boşta geçen süre ücretini ödeme yönünde icraya zorlayıcı bir nitelik taşımaktadır. Başka bir anlatımla, işe iade davasında verilen hükmün tespit hükmü olması sebebiyle, cebri icraya konu edilmesi mümkün olmamaktadır. Kararda öngörülen sonuçların fiiliyata dökülmesinde, tarafların davranışları, bu davranışların dürüstlük kuralına uygunluğu ve bu davranışlar altındaki gerçek iradeleri etkili olmaktadır.

Feshin geçersizliğinin tespiti hâlinde işçinin işverene, işe başlatılma talebiyle başvuruda bulunması, İş Kanunu'nda, işe iadenin sonuçlarından yararlanılması için bir zorunluluk olarak düzenlenmiştir. Bu sonuçlardan hangilerinin uygulanacağı ise, işçinin başvurusu üzerine, işverenin davranışı ile somutlaşmaktadır. Bu anlamda, işverenin bir seçimlik hakkı bulunduğu ve dilerse işçiyi işe başlatacağı (işe iade edeceği), dilerse de işçiyi işe başlatmayarak iş sözleşmesini feshetmiş sayılacağı ve iş güvencesi (işe başlatılmama) tazminatı ödeyeceği kabul edilmektedir. Ayrıca, işverenin seçimi hangi yönde olursa olsun, yine mahkemece miktarı tespit edilmiş olan (en fazla dört ay için) boşta geçen süre ücretini (gydirilmiş) de ödeme zorunluluğu doğacaktır. Ancak, işçilerin, iş güvencesinin bu iki sonucundan birinden yararlanabilmeleri için bir seçim imkânları bulunmamakta, işverene hem işe başlamak üzere başvuruları, dolayısıyla gerçekten işe başlamak istemeleri, hem de gerçekten işe başlamaları gerekmektedir. Bunun yanı sıra, işçinin işe başlama durumunu doğrudan etkilemesi nedeniyle işverenin de işe başlatma yönündeki iradesinin ciddi ve gerçek olması gerekmekte, böylece iki tarafın davranışları da birbirleriyle sıkı ilişki içinde bulunmaktadır. Yargı kararlarında ve öğreti tarafından, tarafların bu iradelerinin gerçek, ciddi, dürüstlük kuralına uygun olması, "samimiyet" kavramıyla tanımlanmaktadır. Tarafların davranışlarındaki samimiyet veya samimiyetsizlik de somut olayların özelliklerine göre çeşitli biçimlerde ortaya çıkmaktadır. Bu çeşitli samimiyet veya samimiyetsizlik örnekleri, Yargıtay uygulamaları çerçevesinde ele alınarak somutlaştırılmaya çalışılmıştır. Sonuç olarak, tarafların dürüstlük kuralına uygun davranışları göz ardı edilmeksizin, yargı sürecinin uzunluğu, bu uzun süreçte tarafların içinde buldukları koşulların değişmesinin doğal olduğu, kaldı ki, iş sözleşmesinin feshi ile taraflar arasında oluşan güvensizliğin ortadan kalkmasının zorluğu da dikkate alındığında, özellikle de işçilerin iradelerine ağır sonuçların yüklenmesinin iş güvencesi hükümlerinin uygulanmasında yeterli etkinliğin sağlanmasını engellediği gözetilerek, Kanun'da, işverene olduğu gibi işçiyi de bir seçimlik hak tanınması ve işe iade davası sonucunda icra kabiliyeti bulunan bir eda hükmü kurulması yönünde düzenleme yapılması⁷⁸, kanımızca, tartışmalı durumları sona erdirecektir.

⁷⁷ SÜZEK, s. 617 vd.; ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT, s. 569 vd.; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI /BAYSAL, s. 299-302; EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s. 228-230; KAR, s. 503 vd.; CENTEL, s. 231 vd.; TULUKÇU, s. 355 vd. ; SARIBAY, s. 254 vd.; AKYİĞİT, 323 vd.; KILIÇOĞLU/ŞENOCAK, s. 483-487; SAVAŞ KUTSAL, s. 278 vd.; YİĞİT, s. 1176 vd.; NARMANLIOĞU, Tazminat, s. 2040 vd.

⁷⁸ Aynı yönde, SÜZEK, s. 610, 611; GÜZEL, s. 119, 120; ÖZKARACA, s. 135.

KAYNAKÇA

- AKIN, Levent: “İşe İade Edilen İşçiyi İşe Davet Beyanı ve Değerlendirilmesi”, Çimento İşveren Dergisi, 25 (4), 2011, s. 36-42.
- AKTAY, Nizamettin: “İşe İade Davası Sonrası İşçinin İşverence İşe Davet Edilmesine Rağmen İşe Başlamamasının Sonuçlarına İlişkin Yargıtay Kararı İncelemesi”, Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 3, 2006, s. 103-109.
- AKYİĞİT, Ercan: Açıklamalı ve İçtihatlı Türk İş Hukukunda İş Güvencesi (İşe İade), Seçkin Yayıncılık, Ankara 2007.
- ALP, Mustafa: “İşçinin Feshe Karşı Korunması (İş Güvencesi Yasası)”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 5 S. 1, 2003, s. 1-40.
- ARSLAN ERTÜRK, Arzu: “İşe İade Kararı ve İşverene Başvuruda Bulunma Koşulu”, Legal İHSGHD, 2009/24, s. 1427-1441.
- BAŞTERZİ, Süleyman: “Kıdem Tazminatı-İşsizlik Sigortası İlişkisi”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 44 (1), 1995, s. 330-331.
- BOSTANCI, Uygur: “İşçinin İşe İade Yönündeki Başvurusunun Samimi Olması ve Boşta Geçen Süre Ücreti Konusunda Yargıtay’ın Yeni Görüşü”, Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 16, 2009, s. 120-129.
- CANBOLAT, Talat: “İşe İade Kararının Uygulanmasında Dürüstlük Kuralı”, in in Güzel, Ali/ Ugan Çatalkaya, Deniz (ed.), İş Güvencesi ve İşe İade Davaları, İstanbul 2010, s. 83-134.
- CANIKLIOĞLU, Nurşen: “İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı”, Yargıtay’ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2017, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019, s. 185-368.
- CENTEL, Tankut: İş Güvencesi, 2. Baskı, Legal Yayıncılık, İstanbul 2020.
- ÇELİK, Nuri/CANIKLIOĞLU, Nurşen/CANBOLAT, Talat: İş Hukuku Dersleri, 32. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2019.
- ÇİL, Şahin: “İşçinin İşe Başlatılmamasının Fesih Olarak Değerlendirilmesi Sorunu”, Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 29, 2013, s. 77-97. (Fesih)
- ÇİL, Şahin: “Kesinleşen İşe İade Davasının Sonuçları”, Ankara Barosu Dergisi, 66 (1), 2008, s. 44-86.
- ÇİL, Şahin: İş Hukuku Yargıtay İlke Kararları, 7. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2016. (İlke Kararları)
- EKONOMİ, Münir: “Feshin Geçersizliği İstemi ile Açılan Dava Sürecinde İşe Başlatma Daveti, Şartları ve Hukuki Sonuçları”, Legal YKİ, 2008/8, 113-124.
- EYRENCİ, Öner/TAŞKENT, Savaş/ULUCAN, Devrim: Bireysel İş Hukuku, 9. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2019.
- GÜZEL, Ali: “İşe İade Davalarına İlişkin Sorunların Çözümü Açısından Yeni Bir Model Önerisi”, in Güzel, Ali/ Ugan Çatalkaya, Deniz (ed.), İş Hukukunda Güncel Sorunlar 4, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2014, s. 95-120.
- KAR, Bektaş: İş Güvencesi ve Uygulaması, 4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2020.
- KARADEMİR, Derya: “İşe İade Kararı Sonrasında İşe Başlatılma Kavramı ve Koşulları”, Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 29, 2013, s. 122-133.
- KILIÇOĞLU, Mustafa/ŞENOCAK, Kemal: İş Güvencesi Hukuku, Legal Yayıncılık, İstanbul 2007.
- MANAV, Eda: İş Hukukunda Geçersiz Fesih ve Geçersiz Feshin Hüküm ve Sonuçları, Turhan Kitabevi, Ankara 2009.
- MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi/ASTARLI, Muhittin/BAYSAL, Ulaş: İş Hukuku Ders Kitabı Cilt 1: Bireysel İş Hukuku, 3. Baskı, Lykeion Yayınları, Ankara 2019.
- NARMANLIOĞLU, Ünal: “İş Güvencesi Hükümleri Çerçevesinde Süresinde İşverene Başvuruda Bulunup Davet Edildiğinde İşe Başlamayan İşçinin Davranışına Bağlı Hukuki Sonuçlar”, Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 19, 2010, s. 12-27.
- NARMANLIOĞLU, Ünal: “İşe Başlatılma Tazminatı”, Journal of Yaşar University, 8 (Özel), 2013, s. 1957-2052. (Tazminat)
- ÖKTEM SONGU, Sezgi: “İş Yargılamasında Belirsiz Bir Hukuki Kavram: Samimiyet”, in Doğan Yenisey, Kübra/Ergüneş Emrağ, Seda (ed.), İş Hukukunda Yeni Yaklaşımlar II, Beta Yayınları, İstanbul 2018, s. 135-173.
- ÖZKARACA, Ercüment: “İş Güvencesi Sistemine Eleştirel Bakış”, in İstanbul Barosu Yayın Kurulu (yay. haz.), İş Ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 15. Yıl Toplantıları, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2012, s. 92-162.
- SARIBAY, Gizem: Türk İş Hukukunda İş Güvencesi Kapsamında Fesih Usulü, Feshe İtiraz ve Feshe İtirazın Sonuçları, Legal Yayıncılık, İstanbul 2007.
- SAVAŞ KUTSAL, Fatma Burcu: “Geçersiz Feshin Yaptırımları: İşe İade veya Tazminat”, in Demir, Ender/Gemici Filiz, Beste (ed.), Prof. Dr. Turhan Esener II. İş Hukuku Uluslararası Kongresi, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2017, s. 267-299.
- SUBAŞI, İbrahim: Türk İş Hukukunda İş Güvencesi, Beta Yayınları, İstanbul 2011.
- SÜZEK, Sarper: İş Hukuku, 18. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2019.
- TAŞKENT, Savaş: İş Güvencesi ve Yeni Yasal Düzenleme, Belediye-İş Sendikası Eğitim Yayınları,

Ankara 2002.

TULUKÇU, Nezihe Binnur: İş Mahkemeleri Kanunu ve Arabuluculuk Hükümlerine Göre İş Güvencesi İş İade, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2017.

Türkçe Sözlük, haz.: Akalın, Şükrü Haluk (ve diğerleri), Türk Dil Kurumu Yayınları, Ankara 2011.

UŞAN, Fatih: “Yargıtay Kararları Işığında İş İade Davalarının Sonuçları”, Kamu-İş, C. 10 S. 1, 2008, s. 1-47.

YİĞİT, Yusuf: “İş Hukukunda Geçersiz Fesih Kavramı ve Geçersiz Fesih Üzerine İş İade Başvurusu Yapan İşçinin İşe Başlatılmaması ve Sonuçları”, in Başterzi, Süleyman (ed.), Prof. Dr. Sarper Süzek’e Armağan Cilt II, Beta Yayınları, İstanbul 2011, s. 1143-1205.

AVRUPA BİRLİĞİ İÇTİHATLARI IŞIĞINDA SEÇİCİ DAĞITIM SİSTEMLERİNDEKİ İNTERNETTEN SATIŞ YASAKLARI

INTERNET SALES BANS IN SELECTIVE DISTRIBUTION SYSTEMS IN THE LIGHT OF EUROPEAN UNION CASE LAW

Özge ÖZSOY*  

Makale Bilgi

Gönderilme: 20/02/2020
Kabul: 26/04/2020

Anahtar Kelimeler

Seçici Dağıtım
Sistemi,
İnternet Satış Yasağı,
Avrupa Birliği,
Dikey Anlaşmalar,
Rekabet Hukuku.

Article Info

Received: 20/02/2020
Accepted: 26/04/2020

Keywords

Selective Distribution
System,
Internet Sales Ban,
European Union,
Vertical Agreements,
Competition Law.

Özet

Seçici dağıtım sistemi, bir üreticinin, ürününün yetkili satıcılara satışını kısıtlayan ve de onaylanmış satıcıların yetkilendirilmemiş satıcılara satış yapmasını önleyen dağıtım yöntemi olarak tanımlanabilir. Seçici dağıtım sistemleri, Avrupa Komisyonu'nun Dikey Anlaşmalar Grup Muafiyeti Tüzüğü ve Dikey Kısıtlamalar Kılavuzu çerçevesinde Avrupa Birliği rekabet hukuku bakımından düzenlenmiştir. Avrupa Birliği'ndeki teşebbüsler tarafından seçici dağıtım sisteminin uygulandığı birçok durumda çevrimiçi platformlar yoluyla satışlar hakkındaki yasaklar uygulamaya konmuş ve bu kısıtlamaların hukuka uygun olup olmadığını genellikle ulusal rekabet kurumları ve ulusal mahkemeler göz önüne almak zorunda kalmıştır. Örneğin, Pierre Fabre Dermo-Cosmétique ile ilgili olarak Paris Temyiz Mahkemesi tarafından yapılan talep sonucunda verilen 13 Ekim 2011 tarihli ön kararda, Pierre Fabre'in seçici dağıtım sistemi, ürünlerin sadece eczaneler gibi yetkili dağıtıcılar vasıtasıyla satılmasına izin verdiği, yani çevrimiçi satış olasılığını ortadan kaldırdığı için, rekabeti kısıtlayıcı amacın var olduğuna hükmedilmiştir. Zira söz konusu dağıtım sistemi, fiili olarak interneti bir pazarlama yöntemi olarak yasaklamıştır. Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın seçici dağıtım sistemlerindeki internet satış yasakları hakkında verdiği son karar ise Coty Prestige Germany kararıdır. Buna göre, lüks mallara ilişkin bir seçici dağıtım sistemi bağlamında, üçüncü taraf platformlar yoluyla satış yapmaya ilişkin yetkili dağıtıcılar için öngörülen bir yasak, Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkında Antlaşma m.101/1 anlamında bir rekabeti kısıtlama anlamına gelmek zorunda değildir. Zira yetkili dağıtıcının kendi internet sitesi yoluyla satış faaliyetine izin verilmektedir.

Abstract

Selective distribution system can be defined as a distribution method of a manufacturer limiting the sale of his/her product to authorised resellers, and also preventing the approved resellers from selling to unauthorised resellers. Selective distribution systems are regulated in European Union competition law under the the European Commission's Block Exemption Regulation on Vertical Agreements and Vertical Restraints Guidelines. Bans on sales via online platforms have been implemented by the undertakings in the European Union in many cases where selective distribution system is applied, and national competition authorities and courts have had to assess whether these restraints are legal. For example, in the preliminary ruling dated October 12, 2011 rendered as a result of request by the Paris Court of Appeal in respect of Pierre Fabre Dermo-Cosmétique, the selective distribution system of Pierre Fabre was considered as object restricting competition, as it allowed the products to be sold only through such authorized distributors as pharmacies, in other words removed the online sales possibility. For the said distribution system banned factually the internet as a marketing method. The recent judgement given by the European Court of Justice on internet sales bans in selective distribution systems is the Coty Prestige Germany ruling. Accordingly, within the context of a selective distribution system concerning luxury goods, a ban envisaged for authorised distributors concerning sale via third party platforms does not have to mean a restraint of competition in the sense of Article 101(1) of the Treaty on the Functioning of the European Union. For it is allowed to sell via the authorised distributors' own website.

I. GİRİŞ

Tüm dünyada ekonominin kamu otoritesinden bağımsız ve serbest çalışması modeli çoğunlukla işletilmektedir. Buna göre; piyasa, kaynakları kendi doğal düzenine göre kullanır ve ister hukuki ister ekonomik olsun herhangi bir müdahaleye ihtiyaç olmaksızın kendiliğinden faaliyet gösterir. Piyasada homojen mal üreten çok sayıda firma vardır ve piyasaya giriş çıkış serbestisi vardır. Teşebbüsler kendi aralarında anlaşma yaparak rekabeti bozarlarsa, yüksek fiyatlar oluşacaktır. Bu görüş, neo-klasik teori olarak adlandırılır. Piyasaya giriş çıkış serbestisine bağlı olarak artan fiyatlar karşısında piyasaya yeni giren teşebbüsler olacak ve “bozulan piyasa yeniden düzelecektir.” Ancak, bu şekilde piyasanın kendi kendine düzelemediği durumlar nedeniyle dünyada çeşitli hukuk sistemlerinde rekabet hukuku adlı hukuk dalı meydana gelmiştir.¹

Rekabet hukukunun amacı, teşebbüslerin kartelleşmesini ve hakim durumlarını kötüye kullanmalarını önleyerek piyasada rekabetin düzgün şekilde işlenmesini sağlamaktır. Rekabet hukuku öncelikle hakim durumun kötüye kullanılmasını yasaklar, zira amaç, bu şekilde piyasa şartlarının belirlenmesinin rekabeti engellemesidir. İkinci olarak, rekabet hukuku kartelleşmeyi yasaklar. Aynı sektörde faaliyet gösteren firmaların aralarında anlaşarak piyasa şartlarını belirlemelerine ve böylece rekabeti azaltmalarına ve karlarını artırmalarına kartelleşme denir.² Kartelin ekonomideki anlamı, aynı veya benzer sektörde faaliyet gösteren birkaç büyük teşebbüsün “piyasalarda monopolcü duruma gelmek için aralarında yapmış oldukları gizli veya açık anlaşma”dır.³

Öncelikle rekabet hukukunun yasak alanını belirlemek gerekir. Yasaklanan husus, adından anlaşılana aksine, piyasada oluşan rekabet yerine serbest piyasa düzeninin oluşturduğu kurallara aykırı olarak yapılan fiil ve işlemlerdir. Rekabet; Türk rekabet hukukunda ve Avrupa Birliği (AB) rekabet hukukunda anlaşmalar, kararlar, uyumlu eylemler, hakim durumun kötüye kullanılması ve birleşme ve devralmalar ile bozulabilir.⁴ Buna göre, rekabetin bozulduğu araçlardan ilki, teşebbüslerin veya teşebbüs birliklerinin kendi aralarında yaptıkları anlaşmalardır. Bu anlaşmaların önemli kısmını da dağıtım anlaşmaları⁵ oluşturmaktadır. Böylece, Türk rekabet hukukunun ve AB rekabet hukukunun en geniş kapsamlı kısmı, teşebbüsler tarafından üretilen mal ve hizmetlerin bunları kullanacak tüketicilere ulaştırılması ve bu süreçte yer alan taraflar arasındaki ilişkilidir.⁶

Bu çalışmanın amacı, AB Adalet Divanı'nın (ABAD) son kararları ışığında, seçici dağıtım sistemlerindeki internet satış yasaklarının rekabete aykırı olup olmadığını incelemektir. Rekabetin bozulduğu araçlardan ilki olan anlaşmaların bir kısmı dağıtım anlaşmalarıdır. Seçici dağıtım anlaşmaları da dağıtım anlaşmalarının bir parçasını oluşturmaktadır. Çalışma ilk olarak dağıtım anlaşmalarını tanımlayacak, daha sonra seçici dağıtım sisteminin ne olduğunu detaylı bir şekilde açıklayacaktır. Bu tanımlamalardan sonra yargı kararlarını irdeleyecek olan çalışma, ABAD'ın seçici dağıtım anlaşmalarının rekabete aykırı olup olmadığını incelediği Metro kararlarına değinecektir. Çalışmanın en önemli kısmını ise ABAD'ın seçici dağıtım sistemlerindeki internet satış yasaklarını irdelediği Pierre Fabre ve Coty Germany kararları oluşturacaktır.

II. AB REKABET HUKUKUNDA ANLAŞMALARIN SINIFLANDIRILMA ŞEKLİ

AB rekabet hukukunda anlaşma çeşitleri sınırlı sayıda sayılmamıştır. AB rekabet hukukunun temel hükümlerinden biri olan ABİHAM.101, rekabeti sınırlayan anlaşmaları saymıştır. Ancak, bunlar sadece rekabeti sınırlayan en tipik anlaşma şekilleridir.⁷ Rekabet hukuku düzenlemelerinde anlaşmalar sınıflandırılmadığı için, uygulamada bir sınıflandırma yapılmıştır.

¹ KARABULUT, Hüseyin: “Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun Kapsamında Dağıtım Anlaşmaları”, Legal Fikri ve Sınai Haklar Dergisi, 1(4), 2005, s.978.

² KARABULUT, s. 979.

³ SEYİDOĞLU, Halil: Ekonomik Terimler Ansiklopedik Sözlük, 3.Bası, Güzem Can Yayınları, İstanbul 2002, s.456.

⁴ Bkz. 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun (RG 13.12.1994, S.22140) m.4, 6, 7 ve Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkında Antlaşma (ABİHA) (OJ C 326, 26.10.2012) m.101 ve 102 ile Birleşme Tüzüğü (“Council Regulation (EC) No 139/2004 of 20 January 2004 on the control of concentrations between undertakings”) (OJ L 24, 29.1.2004).

⁵ Dağıtım anlaşmalarının tanımı için bkz. aşağıda II. Dağıtım anlaşmalarının tanımı.

⁶ KARABULUT, s. 979.

⁷ LASOK, K.P.E/LASOK, D: Law and Institutions of the European Union, 7. Ed., Butterworths, New York 2005, s.502, 503.

Buna göre anlaşmalar yatay ve dikey olmak üzere ikiye ayrılır.

III. DAĞITIM ANLAŞMALARININ TANIMI

Üretilmiş bir ürün, üretimden son tüketiciye ulaştırılmasına kadar çeşitli aşamalardan geçer. Önce üretici ile dağıtıcı bir anlaşma yapar. Daha sonra dağıtıcı ile toptancı bir anlaşma yapar. Son olarak toptancı ve perakendeci bir anlaşma yapar. Her biri ürünün son tüketiciye varmasının basamağı olan dağıtım anlaşmaları, üretimden tüketime kadar geçen çeşitli aşamaları birbirleriyle birleştirmesi nedeniyle “dikey anlaşmalar” olarak adlandırılır.⁸

IV. DAĞITIM ANLAŞMALARINDA ÜRETİCİ-DAĞITICI İLİŞKİSİ

Üretici bir fiyat tespit eder, dağıtıcı o fiyat üzerinden istediği kadarını satın alır ve dağıtıcı ürünü kime isterse ona, istediği kanallar yoluyla ve seçtiği fiyat üzerinden satma konusunda serbest olur. Bu varsayımsal dünyada mal devredildiğinde, mal üzerindeki tüm mülkiyet hakları devredilir. Mülkiyet hakkı üzerinde hiçbir kısıtlama olmaz. Gerçek pazarlarda, sağlayıcılar perakendeci dağıtıcıların ürünleri sattıkları fiyatları, sattıkları müşterileri ve dağıtıcıların sattıkları yolları kısıtlamayı seçerler.⁹

V. DAĞITIM ANLAŞMALARININ AB HUKUKUNDA DÜZENLENMESİ

Avrupa Komisyonu’nun çıkardığı düzenlemelerde (tüzükler ve kılavuzlar), dağıtım anlaşmaları, üretim zincirinin farklı seviyesinde bulunan teşebbüsler arasında yapılan anlaşmalar anlamına gelen dikey anlaşmalar kapsamında düzenlenmiştir. Avrupa Komisyonu, birkaç sektör dışında, dikey anlaşmalar için genel kapsayıcı bir tüzük çıkarma yolunu seçmiştir. Dikey anlaşmalar, Dikey Anlaşmalar Grup Muafiyeti Tüzüğü¹⁰ m.1, bent (a)’da şöyle tanımlanmıştır:

“Dikey anlaşma”, her birinin anlaşma veya uyumlu eylemin amaçları bakımından üretim veya dağıtım zincirinin farklı bir seviyesinde faaliyet gösterdiği iki veya daha fazla teşebbüs arasında akdedilen ve tarafların belli mallar veya hizmetler satın alabildiği, satabildiği veya yeniden satabildiği şartlara ilişkin bir anlaşma veya uyumlu eylem anlamına gelir.”

VI. SEÇİCİ DAĞITIM SİSTEMİNİN TANIMI

Seçici dağıtım sistemi, bir üreticinin, ürününün yetkili satıcılara satışını kısıtlayan ve de onaylanmış satıcıların yetkilendirilmemiş satıcılara satış yapmasını önleyen dağıtım yöntemi olarak tanımlanabilir.¹¹ Diğer bir deyişle, sağlayıcının sözleşme konusu malı sadece belli ölçütleri karşılayan dağıtıcılara satmayı seçtiği ve bu dağıtıcıların bu tür malları yetkisiz dağıtıcılara satmamayı taahhüt ettikleri anlaşmadır.¹² Bu ölçütler çoğunlukla dağıtıcıların kişisel nitelikleri veya satış yerlerine ilişkindir. Seçici dağıtım sistemine genellikle “markalı ürünler”¹³ veya parfümler,¹⁴ kozmetik ürünleri,¹⁵ ile elektrik ve elektronik ürünler¹⁶ gibi “satımı özel uzmanlık ve eğitim gerektiren” ürünlerin dağıtımında rastlanmaktadır.¹⁷ Sağlayıcı, seçici dağıtım sistemiyle daha az sayıda müşteriye ulaşmayı sağlayacak bir dağıtım modelini tercih etmektedir, zira söz konusu mal veya hizmetin talebi, “satış noktasının ambiyansı”, “satış öncesi/sonrası hizmet

⁸ ASLAN, Yılmaz: “Rekabet Kurallarının Dağıtım Anlaşmalarına Uygulanması ve Rekabet Kurulunun Konuya İlişkin Tebliğleri”, Rekabet Bülteni, 2, 2000, s.12

⁹ IACOBUCCI, Edward/WINTER, Ralph A.: “European Law on Selective Distribution and Internet Sales: An Economic Perspective”, Antitrust Law Journal, 81(1), 2016, s.48-49.

¹⁰ Commission Regulation (EU) No 330/2010 of 20 April 2010 on the application of Article 101(3) of the Treaty on the Functioning of the European Union to categories of vertical agreements and concerted practices, OJ L 102, 23.4.2010, s.1-7.

¹¹ AKIN, Özge: “Has the New Regulation Satisfied the ‘Manufacturers with Selective Distribution Systems’?”, Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi, 2(2), 2002, s.93.

¹² WITT, Anne C.: “Restrictions on the use of third-party platforms in selective distribution agreements for luxury goods”, European Competition Journal, 12(2-3) 2016, s.437.

¹³ UZUNALLI, Sevilay: “Rekabet Hukukuna Göre Dağıtım Anlaşmalarında İnternette Satış Sınırlamaları”, Journal of Yaşar University, 8(Özel), 2013, s.2920; WITT, s.437.

¹⁴ IACOBUCCI/WINTER, s.50.

¹⁵ Bu konuda bkz. Case C-439/09, Pierre Fabre Dermo-Cosmétique SAS v. President de l’Autorité de la Concurrence, Ministre de l’Économie, de l’Industrie et de l’Emploi, 2011 ECR I-09419.

¹⁶ Bu konuda bkz. Case 26/76 Metro SB-Großmärkte v Commission (‘Metro I’) ECLI:EU:C:1977:167; Case 75/84 Metro SB-Großmärkte v Commission (‘Metro II’) ECLI:EU:C:1986:399.

¹⁷ UZUNALLI, s.2920. Bu ürünleri Ali Fuat KOÇ, “yüksek kaliteli ve teknik olarak karmaşık yapıdaki tüketici ürünleri” şeklinde adlandırmıştır. Bkz. KOÇ, Ali Fuat, AT Rekabet Hukukunda Seçici Dağıtım Anlaşmaları, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi No. 176, Ankara 2005, s.35.

sunumu” gibi fiyat dışı parametrelere bağlıdır.¹⁸

İlgili ürünlerin satışı üzerinde kontrol sağlayabilmek için, üreticiler/sağlayıcılar, anlaşmalar yoluyla, dağıtıcılara çoğunlukla internet üzerinden dağıtım da dahil olmak üzere, bir dizi farklı yükümlülükler getiren seçici dağıtım sistemlerinden faydalanmışlardır.¹⁹ Çevrimiçi satışların artması karşısında bu sistemlerin kullanılması artmaktadır.²⁰ Seçici dağıtım kısıtlamaları bağlamında, sağlayıcılar satışların internet üzerinden yapılabileceği derece üzerinde kısıtlamalar uygularlar. Ayrıca, sağlayıcılar perakendecilere çevrimiçinden ziyade fiziki mağazalar yoluyla satış yapmaları için teşvik verirler.²¹

Avrupa Komisyonu, e-ticaret sektöründe yaygın rekabet kısıtlamalarını tanımlama ve var olan kuralların bu meselelere cevap verebilen veremediğini değerlendirme amacıyla bu sektöre ilişkin resmi bir soruşturma yürütmüştür.²² Komisyon’un E-ticaret Sektörü Soruşturması’nın bulguları, çevrimiçi dağıtımın ortaya çıkışının bu trendi sadece arttırdığını öne sürmektedir. Son 10 yıl boyunca e-ticaretin büyümesine cevaben ne tedbirler aldıkları sorulduğunda, üreticilerin %19’u ilk başta seçici dağıtım uygulamazken, sonradan bir seçici dağıtım sistemi getirdiklerini belirtmişlerdir. Üreticilerin %67’si, dağıtım anlaşmalarında yeni ölçütler getirdiklerini bildirmişlerdir. Komisyon’un anketine cevap veren üreticilerin yarısından fazlası, son dönemlerde ürünlerinden en az bir kısmı için seçici dağıtımdan faydalandıklarını söylemişlerdir.²³ Seçici dağıtım kullanma nedenleri sorulduğunda, üreticiler genellikle amaçlarının yüksek kaliteli dağıtım sağlamak, satış öncesi ve satış sonrası hizmetlerin kalitesini etkilemek, müşterilerin genel alışveriş deneyimini iyileştirmek ve marka imajını korumak olduğunu belirtmişlerdir. Son amaca ilişkin olarak, üreticiler, yeterli satış çevresi sağlamaya çalışarak tüketicilerin prestij ve lüks algıları ile markalarının ününü korumak için seçici dağıtım sistemini kullandıklarını belirtmişlerdir.²⁴

VII. AB HUKUKUNDA SEÇİCİ DAĞITIM ANLAŞMALARI

Teşebbüsler arasındaki bütün anlaşmalarda olduğu gibi, seçici dağıtım anlaşmaları da Avrupa Birliği’nde Avrupa Birliği’nin İşleyişi Hakkında Antlaşma (ABİHA) m.101’de düzenlenmiştir. Madde 101/1, amacı veya etkisi rekabetin sınırlanması ya da korunması olan anlaşmaları yasaklamaktadır. Madde 101/3 ise, etkili üretime veya dağıtıma katkıda bulunan anlaşmaların veya kısıtlamaların muaf tutulabilmelerine izin vermektedir. Söz konusu muafiyetin bazı şartları bulunmaktadır. Tüketicilere ortaya çıkan faydanın adil bir payı verilmeli; uygulanan kısıtlamalar etkililiklere ulaşma için vazgeçilmez olmalı; kısıtlamalar söz konusu ürünlerin önemli bir kısmı için rekabetin ortadan kaldırılmasını içermemelidir.²⁵ Grup muafiyeti (330/2010 sayılı Tüzük),²⁶ birçok dikey sınırlama için ABİHA m.101’in uygulanmasına karşı “güvenli limanlar” sunar.²⁷

VIII. AĞIR KISITLAMANIN (“HARDCORE RESTRICTION”) TANIMI

Ağır kısıtlamalar, ABİHA m.101/1’in şartlarını varsayımsal olarak karşılayan dikey kısıtlamalardır.²⁸ Avrupa Komisyonu’nun yayınladığı Dikey Kısıtlamalar Kılavuzu’nun belirttiği üzere, “bir anlaşmaya bu tür bir ağır kısıtlama dahil edilmesi, anlaşmanın ABİHA m.101/1

¹⁸ YÜKSEK, Cemile: Seçici Dağıtım Sisteminde İnternette Satış Sınırlamaları, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi No. 152, Ankara 2017, s.9-10.

¹⁹ COLANGELO, Giuseppe/TORTI, Valerio Torti: “Selective Distribution and Online Marketplace Restrictions Under EU Competition Rules After Coty Prestige”, European Competition Journal, 14(1), 2018, s.82; IACOBUCCI/WINTER, s.47.

²⁰ COLANGELO/TORTI, s.82

²¹ IACOBUCCI/WINTER, s.49.

²² European Commission, Decision (HT.4607) of 6 May 2015 initiating an inquiry into the e-commerce sector pursuant to Article 17 of Council Regulation (EC) No 1/2003, C(2015) 3026 final.

²³ European Commission, Staff Working Document, Preliminary Report on the E-commerce Sector Inquiry SWD(2016) 312 final, para. 199-204 ve 907-909.

²⁴ European Commission, Staff Working Document, Preliminary Report on the E-commerce Sector Inquiry SWD(2016) 312 final, para. 209.

²⁵ IACOBUCCI/WINTER, s.47-48.

²⁶ Commission Regulation (EU) No. 330/2010 of 20 April 2010 on the Application of Article 101(3) of the Treaty on the Functioning of the European Union to Categories of Vertical Agreements and Concerted Practices, 2010 O.J. (L 102) 1.

²⁷ IACOBUCCI/WINTER, s.48.

²⁸ IACOBUCCI/WINTER, s.48

kapsamına girdiği varsayımına yol açar. Ayrıca, anlaşmanın ABİHA m.101/3'ün şartlarını karşılamasının olası olmadığı varsayımına da yol açar.”²⁹

IX. AVRUPA KOMİSYONU'NA GÖRE ÇEVİRİMİÇİ SATIŞLAR AÇISINDAN AĞIR KISITLAMA SAYILAN HUSUSLAR

Avrupa Komisyonu, çevrimiçi satışlar açısından fiziksel mağazalardan yapılan satışlar için uygulanan ölçütlerden farklı ölçütler uygulayarak, daha geniş çapta tüketiciye ulaşmak için interneti kullanma konusunda dağıtıcıları vazgeçiren yükümlülükleri ağır kısıtlama addetmektedir. Dikey Kısıtlamalar Kılavuzu, “Kural olarak, her dağıtıcının ürünleri satmak için interneti kullanmasına izin verilmelidir” diyerek, yasakların gerekçesini ortaya koymaktadır.³⁰

X. ÜRETİCİNİN SEÇİCİ DAĞITIM KISITLAMALARINI BENİMSEMESİNİN SEBEBİ

Örnek olarak pahalı ve kaliteli bir parfüm gibi lüks ürünleri düşünelim. İmaj, bu ürünlerin hassas bir bileşenidir, yani sağlayıcıların esasen imaja yatırım yaptığı ürünler için birçok tüketici bir tercihte bulunur. Bu ürünlerin hem sağlayıcıları hem perakende dağıtıcıları, ürün imajını artırmak için yatırımda bulunurlar. Dior veya Chanel gibi parfümlerin sağlayıcıları, fiziki ürünün kendisini yaratmaktan ziyade ürünün imajını yaratmaya çok daha fazla para harcarlar; kimyasallar ve yeni ürünlerin geliştirme masrafları, parfüm sağlayıcıların toplam maliyetlerinin ancak küçük bir miktarını oluşturur. Parfüm sağlayıcıları basit bir şekilde parfümü kimyasal madde olarak toptan satmaktan ziyade ürün imajına kaynak yatırımı yaparlar, çünkü bu yatırım, ürünlerine ilişkin talebi artırır. İmaja yapılan yatırımlar sadece üretim düzeyinde değil, perakende düzeyinde de yer alır.³¹ Perakendeciler, pahalı ve kaliteli imajlara çok fazla yatırım yaparlar ve sağlayıcılar pahalı ve kaliteli perakende dükkanlarındaki daha yüksek zamlar yoluyla bu perakende yatırımını desteklerler. Bir tüketici hem parfümün kokusuna hem onun imajına değer verir ve dolayısıyla sağlayıcılar ürünün bu boyutlarının ikisine de kaynak yatırımı yaparlar. Talep, sadece fiyata ve üreticinin ürün ve imaj yatırımına bağlı değil, imaj yatırımı ile satış noktası bilgi temini gibi perakendeci kararlarına da bağlıdır. Kısıtlamalar olmaksızın, fiziksel mağazalar, imaj ya da bilgi yatırımlarının tam marjinal değerini yansıtamaz. Alıcılar ürün hakkında bilgi elde etmek için bir mağazaya gidebilirler ve daha sonra bir internet perakendecisinden satın alabilirler. Kısmen perakendecinin kendi imaj yatırımı ile oluşturulan ve daha sonra ürün imajına aktarılan marka imajı, alıcıların talebini etkiler.³² Buna ekonomide bedavacılık sorunu denmekte olup, internetten satışın bedavacılık sorununa yol açma endişeleri mevcuttur.³³

XI. METRO KARARLARI

Seçici dağıtım sistemlerinin hukuka uygunluğunu belirlemek için, AB Adalet Divanı niteliksel ölçütler ile niceliksel ölçütler arasında ayırım yapmıştır. Bu tür bir ayırım, ilk olarak *Metro v. Commission (No. 1)*³⁴ kararında tespit edilmiştir. Bu davaya göre, Saba şirketi elektrik ve elektronik ekipman pazarında faaliyet göstermektedir. Saba şirketi, bayinin elektrik ve elektronik ekipman konusunda uzman olmasını şart koşan bir nitelik ve ayrıca şirket binasına, Saba'nın her çeşit ürününün stoklanmasına, yeterli satış tanıtım hizmeti sunmaya, teknik uzmanlığa sahip işçilere, yeterli bir ciroya ulaşmaya ilişkin nitelikler dahil eden bir seçici dağıtım sistemi kurmuştur. Avrupa Komisyonu, örneğin yetişmiş kadroya, uygun şirket binasına ve satış sonrası hizmetlere ilişkin niteliklerin ABİHA m.101/1'in (eski m.81/1) kapsamı dışında olan niteliksel ölçütler olduğuna karar vermiştir. Komisyon'a göre, bunlar ürünün niteliği için gereklidir. Yeterli ciroya, her çeşit ürünün stoklanmasına ilişkin ölçütlerin ise niceliksel ölçüt olduğuna karar verilmiştir, yine de bu tür ölçütler için bireysel muafiyet tanınmıştır, zira Komisyon'a göre, tüketiciler bu tür bir sistemden yarar görmüştür. Aslında, bir uzman perakendeci şart koşma, niteliksel bir ölçüt değildir, zira bu yolla büyük mağazalar ve indirim mağazaları diğer ölçütleri karşılayabilseler de hariç tutulmuştur. Bu nedenle, Saba'nın seçici dağıtım sistemine kabul edilmemiş olan Metro mağazası tarafından Komisyon'un kararına karşı

²⁹ Dikey Kısıtlamalar Kılavuzu [Commission Notice - Guidelines on Vertical Restraints, SEC (2010) 411 final (May 10, 2010)], supra note 2, para. 47.

³⁰ IACOBUCCI/WINTER, s.48.

³¹ IACOBUCCI/WINTER, s.50.

³² IACOBUCCI/WINTER, s.50.

³³ Bedavacılık sorunu ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. YÜKSEK, s.12-14.

³⁴ Case 26/76 Metro SB-Großmärkte v Commission (*Metro I*) ECLI:EU:C:1977:167.

iptal davası açılmıştır.³⁵ Bu davada ABAD, seçici dağıtım anlaşmalarının şu üç kümülatif şartı yerine getirirse ABİHA m.101/1 ile uyumlu olduğuna karar vermiştir:

- A) Söz konusu ürünün özellikleri, kalitesini korumak veya uygun kullanımını sağlamak için bu tür bir ağı gerektirmeli;
- B) Yeniden satıcılar, tüm potansiyel yeniden satıcılar için *yeknesak olarak belirlenen ve ayrımcı bir biçimde uygulanmayan*, niteliksel özellikteki nesnel ölçütlere dayanarak seçilmeliler;
- C) Yeniden satıcıları seçme ölçütleri, gerekli olanın ötesine geçmemelidir.³⁶

ABAD'ın geliştirdiği bu ölçütlere, seçici dağıtım ve dikey sınırlamalar bağlamında daha sonra ABAD, Genel Mahkeme ve Avrupa Komisyonu tarafından atıfta bulunulmuştur. Karar, ABİHA m.101/1'i ihlal eden seçici dağıtım anlaşmaları ile ihlal etmeyen seçici dağıtım anlaşmaları arasındaki ayrımı ortaya koymuştur.³⁷

Metro mağazası, *Metro v. Commission (No. 2)*³⁸ davasında, Avrupa Komisyonu'nun Saba'nın seçici dağıtım sistemi için tanıdığı muafiyetin devamına dair kararına karşı itirazda bulunmuştur. Bu davada, ABAD dördüncü bir şart eklemiştir: Pazardaki benzer dağıtım sistemlerinin sayısı, diğer dağıtım şekillerinin olasılığını imkansız kılmamalı veya sabit fiyat yapısına yol açmamalıdır.³⁹

XII. PIERRE FABRE KARARI⁴⁰

A. Olay

Pierre Fabre Dermo-Cosmetique, Fransız tıbbi olmayan kozmetik ve kişisel bakım ürünleri üreticisidir. Bu ürünler, bir seçici dağıtım sistemi yoluyla Fransız ve AB pazarlarında dağıtılmaktaydı. Dağıtım sözleşmesi çerçevesinde, ürünlerin bir eczacının mevcut olması gereken fiziki bir ortamdaki perakende eczaneler yoluyla pazarlanması zorunluydu. Fiziki bir ortamdaki eczaneler dendiği için, bu tür bir hüküm, internet üzerinden herhangi bir satış yapılmasını yasaklamaktaydı. Fransız Rekabet Kurumu, bu maddenin Pierre Fabre'nin perakendecilerinin sözleşme konusu malları çevrimiçi satmasına engel olduğu sonucuna varmış ve dağıtım sistemini ABİHA m.101 ve Fransız rekabet mevzuatının buna eşdeğer kuralı ile amaç bakımından uyumsuz addetmiştir. Daha sonra, bu karara karşı Fransız mahkemesine başvurulmuştur. Fransız mahkemesi ise konuyu bekletici sorun yapıp, ABAD'a seçici dağıtım sistemi içerisinde yer alan, internet satışları hakkındaki mutlak bir yasağın meşruiyeti hakkında bazı sorunlar yöneltmeye karar vermiştir.⁴¹

B. ABAD Kararı

ABAD ilk olarak, seçici dağıtım anlaşmalarının, Metro kararı koşullarını karşılamadığı sürece, ABİHA m.101 anlamında amaç bakımından rekabeti kısıtladığını vurgulamıştır.⁴² Ardından, ABAD bir seçici dağıtım sistemi bağlamında bir pazarlama yöntemi olarak internet hakkındaki genel ve mutlak bir yasağın amaç bakımından bir rekabet kısıtlaması teşkil ettiğine karar vermiştir.⁴³ Ayrıca, Divan, prestijli bir imajı koruma amacının rekabeti kısıtlama için meşru bir amaç olmadığını ve söz konusu çevrimiçi satış yasağını haklı gösteremediğini eklemiştir.⁴⁴

³⁵ AKIN, s.93.

³⁶ Metro I, para 20.

³⁷ KOÇ, s.27.

³⁸ Case 75/84 Metro SB-Großmärkte v Commission ('Metro II') ECLI:EU:C:1986:399.

³⁹ Metro II, para 40.

⁴⁰ Pierre Fabre Dermo-Cosmetique SAS v. President de l'Autorite de la Concurrence, C-439/09, [2011] ECR I-9419 (Pierre Fabre).

⁴¹ Pierre Fabre kararı hakkında ayrıntılı inceleme için bkz. COLANGELO/TORTI, s.92-94.

⁴² Pierre Fabre, para. 39.

⁴³ Pierre Fabre, para. 54.

⁴⁴ Pierre Fabre, para. 46.

XIII. COTY GERMANY GMBH V. PARFÜMERIE AKZENTE GMBH (COTY GERMANY) KARARI⁴⁵

A. Olay

Coty Germany, kısaca Coty, Almanya’da lüks kozmetik ürünleri satan lider sağlayıcılardan biridir ve ürünlerinin lüks imajını koruyabilmek amacıyla, bu malların bazılarını bir seçici dağıtım ağı yoluyla satmaktadır. Coty seçici dağıtım anlaşmalarına internet satışları ile ilgili özel bir hüküm koymuştur. Esasen, sözleşme, seçici dağıtıcıların Coty ürünlerini dağıtıcının bir elektronik alışveriş penceresi yoluyla satmasına imkan vermektedir. Sözleşme, farklı bir ticaret unvanının kullanımını veya bir yetkili dağıtıcı olmayan üçüncü taraf teşebbüsün görünür linkini yasaklamaktadır. Pierre Fabre davasındaki sözleşmenin aksine, Coty’nin seçici dağıtım sözleşmesi, mutlak bir çevrimiçi (internet) satış yasağı uygulamamaktadır, zira Coty halkın farkedemeyeceği bir şekilde (yani platformun ismi görünür değil) bir üçüncü taraf platform aracılığıyla veya dağıtıcının kendi internet sitesi yoluyla internet satış faaliyetine izin vermektedir. Ancak, mallarının internet satışı için bir üçüncü taraf platformun fark edilir biçimde kullanımını yasaklamaktadır. Parfümerie Akzente, kısaca Akzente, değişikliği imzalamayı reddetmiş ve buna ek olarak, amazon.de yoluyla Coty ürünlerinin dağıtımına girişmiştir. Coty, Akzente’nin bu üçüncü taraf platform yoluyla satışlara girişmesini önleyebilmek için hukuk davası açmıştır. Ana davadaki uyuşmazlık, Coty’nin yetkili dağıtıcılarından biri olan Parfümerie Akzente GmbH ile Parfümerie Akzente’nin amazon.de platformu yoluyla ürünlerini dağıtmasını önleyen bir tedbir kararı isteyen Coty Germany arasındadır. İlk derece düzeyinde, Akzente üstün gelmiştir, çünkü mahkeme ilgili sınırlamanın Alman Kanunu’na ve ABİHA m.101’e aykırılık teşkil ettiğine karar vermiştir. İlk Derece Mahkemesi tarafından davanın reddedilmesinin ardından, Coty, kararı Oberlandesgericht (Frankfurt’taki Temyiz Mahkemesi) nezdinde temyiz etmiştir. Frankfurt’taki Temyiz Mahkemesi, bir ön karar yoluyla bu hukuk meselesi hakkında Adalet Divanı’nın yardımını istemiş ve ABAD’dan AB rekabet kuralları çerçevesinde lüks mallara ilişkin seçici dağıtım anlaşmalarının değerlendirilmesi hakkında yorumlayıcı rehberlik talep etmiştir. Temyiz Mahkemesi, lüks mallara ilişkin bir seçici dağıtım sistemi bağlamında AB rekabet hukukunun uygulanması ile ilgili olarak ABAD’a bazı sorular yöneltmiştir.⁴⁶

B. ABAD Kararı

ABAD’ın *Coty Germany* davasına ilişkin 6 Aralık 2017’de yayınlanan kararı, Alman mahkemesinin sorduğu sorulara göre üç bölümde incelenebilir:

1) Temyiz Mahkemesi tarafından sorulan ilk soru, üçüncü taraf platform meselesinden ziyade, genel anlamda seçici dağıtım ile ABİHA m.101/1 arasındaki ilişkiye hitap eder. Yukarıda görüldüğü üzere, Pierre Fabre kararında, ABAD lüks imajının korunmasının, haklı bir gerekçe olarak ileri sürülemeyeceğini belirtmiştir. Coty Germany kararında ise, Adalet Divanı olası yanlış anlaşılmalara önlemek ve Pierre Fabre kararını açıklığa kavuşturabilmek için açıklama yapar ve bu gözlemlerin Pierre Fabre davasının özel bağlamı çerçevesinde okunması ve yorumlanması gerektiğini teyit eder. ABAD özellikle Pierre Fabre davasında sözleşme maddesinin bir mutlak çevrimiçi satış yasağı içerdiğini ve lüks olmayan kozmetik malları ilgilendirdiğine işaret etmiştir. Adalet Divanı, başlangıç noktası olarak seçici dağıtım anlaşmalarının iç pazardaki rekabeti ister istemez etkilediğini kabul etmeye devam etmiştir.⁴⁷ Fakat bu, aslında söz konusu anlaşmaların ABİHA m.101/1’in yasağı kapsamında olduğu anlamına gelmek zorunda değildir. Bu davada, sözleşme konusu malların lüks niteliği (lüks imajının korunması), seçici dağıtım ABİHA m.101/1’in yasağından uzaklaştırmak için nesnel bir gerekçe kabul edilir.⁴⁸ Bunun şartları şöyle sayılmıştır:

a) İlgili malların niteliğine ilişkin olarak meşru olmalıdır.

b) Yeniden satıcılar, tüm olası satıcılar için yeknesak olarak konmuş ve ayırıcı olmayan bir şekilde uygulanmış bir niteliksel özellikteki nesnel kriterler temelinde seçilmelidir.

⁴⁵ Case C-230/16, Coty Germany GmbH v Parfümerie Akzente GmbH, ECLI:EU:C:2017:941 (Coty Germany).

⁴⁶ WIJCKMANS, Frank: “Coty Germany GmbH v Parfümerie Akzente GmbH: Possibility in Selective Distribution System to Ban Sales via Third-Party Platforms”, Journal of European Competition Law & Practice, 9(6), 2018, s.373; CLERCKX, Serge/GROEBL, Marc/SWINDELLS, Rebecca/PERRAUT, Anne-Sophie: “CJEU Issues Long-Awaited Coty Decision on Luxury Goods Supplier’s Online Platform Ban”, The Licensing Journal, 38(2), 2018, s.3-4.

⁴⁷ Coty Germany, para. 23.

⁴⁸ Coty Germany, para. 25-29.

c) Konan kriterler, gerekli olanın ötesine geçemez.

Görüldüğü üzere, ABAD'ın ilk soruya verdiği cevapta eski kararlarına kıyasla yeni bir husus bulunmamakta olup, Metro I kararındaki şartlar tekrarlanmıştır. Böylece ABAD önceki içtihadını teyit etmiştir. İnternet satışları için üçüncü taraf platformlardan farkedilir şekilde yararlanmayla ilgili olan, lüks mallara ilişkin seçici dağıtım sisteminin üyelerine uygulanan yasak, yukarıdaki üç şartı yerine getirmesi şartıyla sözleşme konusu malların lüks imajını koruma amacı ışığında ABİHA m.101 çerçevesinde meşru bir sınırlama olabilir.

2) İkinci olarak, Coty'nin uyguladığı üçüncü taraf platform yasağı, ABAD tarafından yukarıda belirtilen üç şart karşısında değerlendirilir. Daha özel olarak, ABAD, yasağın güdülen amaç ile orantılı olup olmadığını inceler. Bu amaçla iki soru cevaplandırılır:

a) Yasak Coty mallarının lüks imajını korumak için uygun mu?

b) Yasak bu amaca ulaşmak için gerekli olanın ötesine geçiyor mu?

ABAD bu ölçütleri uygulamayı doğal olarak Alman mahkemesine bırakırken, üçüncü taraf platform yasağının mevcut şartlar altında yasal görüldüğünü belirtir. İlk soruya ilişkin olarak, Coty ile üçüncü taraf platform arasında bir sözleşme ilişkisinin var olmaması, yetkili ağ için Coty tarafından dayatılan kalite standartlarına uymayı sağlamak bakımından bir engel teşkil eder.⁴⁹ İkinci soruya ilişkin olarak, ABAD, Avrupa Komisyonu'nun E-ticaret Sektörü Soruşturması'na⁵⁰ atıfta bulunur ve yetkili dağıtıcıların kendi çevrimiçi sanal mağazalarının (üçüncü taraf platformlar değil) ana çevrimiçi dağıtım kanalı olmaya devam etmesine işaret eder.⁵¹ Sonuç olarak, yukarıdaki şartların değerlendirilmesinde, ABAD söz konusu hükmün açıkça sözleşme konusu malların lüks imajını koruma amacı olduğu ve yeknesak olarak öngörüldüğü ve ayrımcı şekilde uygulanmadığı sonucuna varmıştır. Orantılılık şartına (üçüncü şarta) ilişkin olarak, ABAD söz konusu yasağın uygun olduğu ve güdülen hedef ışığında gerekli olanın ötesine geçmediğini düşünmüştür. ABAD özellikle, söz konusu hükmün mutlak bir çevrimiçi satış yasağı içermediğine işaret etmiştir. Ayrıca, bu hüküm Coty'nin ürünlerinin satılacağı şartlar üzerinde daha etkili bir kontrol uygulamasını sağlamıştır. Bu, sağlayıcı ile platform arasında bir sözleşme olmaması nedeniyle, ürünler bir üçüncü taraf platform yoluyla satılsaydı, daha zor olurdu.⁵²

3) Kararda cevap verilen son soru, bir üçüncü taraf platform yasağının Dikey Anlaşmalar Grup Muafiyeti Tüzüğü anlamında bir müşteri sınırlaması veya pasif satış sınırlaması anlamına gelip gelmediğidir. Divan, bir üçüncü taraf platform yasağının Tüzük anlamında bir müşteri sınırlaması veya pasif satış sınırlaması anlamına gelmediği sonucuna varır ve çevrimiçi alıcılar grubu içinde bir üçüncü taraf platform müşterileri grubu tanımlamanın veya belirlemenin mümkün olmadığı gerçeğine atıfta bulunur.⁵³ Ayrıca, Google, Yandex, Bing gibi çevrimiçi arama motorlarının müşterilerin, yetkili dağıtıcıların çevrimiçi kampanyalarını bulmasına sağladığına işaret edilir. Divan, sunulan şartlar altında Coty'nin üçüncü taraf platform yasağının Tüzük'ün içerdiği grup muafiyeti menfaatinden faydalandığı (muaf olduğu) sonucuna varır.⁵⁴

C. Kararın Değerlendirilmesi ve Önemi

Öncelikle kararda nelerin incelendiğine değinmek gerekir. Bu karar, lüks mallara ilişkin bir seçici dağıtım sistemi içerisindeki bir çevrimiçi platform yasağının AB rekabet hukuku ile uyumlu olma derecesini açıklığa kavuşturur. Hukuk Sözcüsünün görüşüne uyararak, Adalet Divanı malların lüks imajını korumayı hedefleyen bir seçici dağıtım sistemi içerisindeki bir çevrimiçi platform yasağının üç şart altında ABİHA m.101 ile uyumlu olduğuna karar vermiştir.⁵⁵ Karar, ilgili malların niteliğine bakmaksızın, çevrimiçi platformlar yoluyla satışlar hakkındaki kısıtlamaları ağır kısıtlama olmaktan çıkarmıştır. Dolayısıyla, bu tür sınırlamalar muafiyetten yararlanabilir. Lüks malların seçici dağıtımını bağlamında, ABAD daha da ileri gitmiş ve bir

⁴⁹ Coty Germany, para. 48.

⁵⁰ Final Report on the E-commerce Sector Inquiry, COM(2017) 229 final.

⁵¹ Coty Germany, para. 54.

⁵² CLERCKX/GROEBL/SWINDELL/PERRAUT, s.4.

⁵³ Coty Germany, para. 66.

⁵⁴ WIJCKMANS, s.374.

⁵⁵ CLERCKX/GROEBL/SWINDELL/PERRAUT, s.3.

platform yasağının ABİHA m.101'in kapsamı dışında olduğuna karar vermiştir.⁵⁶ Sonuç olarak, lüks mallara ilişkin bir seçici dağıtım sistemi bağlamında, üçüncü taraf platformlar yoluyla satış yapmaya ilişkin yetkili dağıtıcılar için öngörülen bir yasak, ABİHA m.101/1 anlamında bir rekabeti sınırlama anlamına gelmek zorunda değildir. Durum böyle bile olsa, bu tür bir sınırlama yine de Dikey Anlaşmalar Grup Muafiyeti Tüzüğü'nün içerdiği grup muafiyetinden yararlanabilir.⁵⁷

Buna karşın, Divan, gerekçesinin lüks olmayan mallar için ne ölçüde geçerli olacağını tartışmamıştır. Böylece, bu tür mallar için ulusal makamların daha sıkı bir yaklaşım benimsemesi için alan bırakmıştır.⁵⁸

Coty Germany kararı ile, Adalet Divanı, malların lüks imajını korumayı hedefleyen seçici dağıtım sistemleri ile ilgili düşüncesini açıklığa kavuşturmuştur ve bir çevrimiçi platform yasağının ABİHA m.101 ve Dikey Anlaşmalar Grup Muafiyeti Tüzüğü'ne uygunluğu hakkında değerli bir rehberlik sunmuştur. Çevrimiçi pazar yasakları ile ilgili olarak AB düzeyinde ve ulusal düzeyde benimsenen çelişkili konular dikkate alındığında, bu karar özel bir öneme sahiptir. Bu karar, 2015 tarihli E-ticaret Sektörü Soruşturması hakkındaki Final Raporu da dahil olmak üzere, çevrimiçi platform yasaklarına ilişkin olarak Komisyon tarafından benimsenen destekleyici konumu geçerli kılar. Komisyon'un bu yaklaşımı, özellikle Fransa ve Almanya olmak üzere birkaç ulusal rekabet kurumu tarafından benimsenen katı yaklaşım ile zıt düşer.⁵⁹ Bu nedenle, karar, Fransız ve Alman makamlarının konularını gözden geçirmeye zorlayacaktır. Sonuç olarak, söz konusu karar, üçüncü taraf platform yasaklarına uygulanacak yaklaşım hakkında bazı Üye Devlet mahkemeleri ve rekabet kurumları ile Avrupa Komisyonu arasında süregelen bir tartışmayı sona erdirir veya en azından sona erdirir görünür. Bu ulusal mahkemeler ve rekabet kurumları, bu tür üçüncü taraf platformların kullanımını hakkındaki sınırlamaları rekabetin kaydedeğer bir sınırlaması saymıştır. Ancak, Adalet Divanı, bunu kabul etmemiş ve Avrupa Komisyonu ile aynı yaklaşımı benimsemiştir.⁶⁰

Yukarıdaki nedenlerle, Coty Germany kararının, çevrimiçi pazarları etkileyen AB e-ticaretinin geleceğini, lüks mallar endüstrisini ve internet platformlarını şekillendirmesi beklenmektedir.⁶¹

Pierre Fabre kararından farklı olarak, Coty Germany kararı, lüks ürünler hakkında olup, lüks ürünün özelliklerini göz önüne alarak amaç unsuru incelemesinde bulunmuştur. İkinci bir fark olarak, Coty Germany kararı, internette satış kısıtlamasının mutlak ve genel bir kısıtlama olmadığı hükmüne varmıştır. Her iki kararın ortak yönü, lüks ürünlerin özelliklerinin korunabilmesi için konan kısıtlamanın amacının hukuka uygun olduğu sonucuna varılmasıdır.⁶²

IXV. SONUÇ

Bir dağıtım anlaşması türü olan seçici dağıtım anlaşması, üreticinin sözleşme konusu mali sadece kendi belirlediği ölçütleri karşılayan dağıtıcılara satmayı seçtiği ve bu dağıtıcıların bu tür malları yetkisiz dağıtıcılara satmamayı taahhüt ettikleri anlaşmadır. Seçici dağıtım anlaşmaları, ürünün kalitesini korumak amacıyla çeşitli kısıtlamalar öngörür. İnternetin ve e-ticaretin yaygınlaşması nedeniyle, söz konusu kısıtlamaların en önemlisi şüphesiz internet üzerinden yapılan satışlar hakkındaki kısıtlamalardır.

AB hukuku, anlaşmaların internet üzerinden dağıtım hakkında sıkı sınırlar koymalarını yasaklamaktadır. Daha yüksek bir pazar payı, genellikle bu tür sınırlar koyan bir teşebbüsün ABİHA m.101'i ihlal etmiş olmasına karar verilme riskini artırır. Pierre Fabre davasında karar verildiği üzere, imajın korunması, kısıtlamalar için geçerli bir temel değildir.⁶³

Coty Germany kararından sonra ise, AB'de çevrimiçi kanallar yoluyla malların dağıtımı

⁵⁶ SZOT, Patrycja/AMZA, Ana: "Marketplaces Restrictions and Selective Distribution after Coty Germany", Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies, 11(18), 2018, s.244.

⁵⁷ WIJCKMANS, s.373.

⁵⁸ CLERCKX/GROEBL/SWINDELL/PERRAUT, s.3.

⁵⁹ CLERCKX/GROEBL/SWINDELL/PERRAUT, s.4.

⁶⁰ WIJCKMANS, s.375.

⁶¹ COLANGELO/TORTI, s.99.

⁶² GÜRKAYNAK, Gönenç/ÖZGÖKÇEN, M. Hakan/YARDIM, Görkem/ÖNER, Merve: "Seçici Dağıtım Sistemleri ve İnternet Satışlarına Yeni Bir Bakış: Coty Kararı ve Diğerleri", Rekabet Hukukunda Dikey Anlaşmaların Son 10 Yılı, Kerem Cem Sanlı (ed.), Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019, s.144.

⁶³ IACOBUCCI/WINTER, s.2.

ile ilgili olarak, marka sahipleri şunları dikkate almalıdır: İlk olarak, önceki içtihadıyla uyumlu olarak, ABAD, sözleşme konusu malların lüks imajını korumayı amaçlayan seçici dağıtım sistemlerinin şu şartlar ile ABİHA m.101'e uyduğunun düşünüldüğünü teyit etmiştir:

1. Yeniden satıcılar, niteliksel özellikteki nesnel kriterler temelinde seçilmelidir.
2. Öngörülen kriterler, gerekli olanın ötesine geçmemelidir.

İkinci olarak, Avrupa Komisyonu'nun konumuna uygun olarak, ABAD, çevrimiçi platform yasakları ile ilgili destekleyici bir yaklaşım benimsemiştir. ABAD'ın kararı, çevrimiçi platform yasaklarının lüks mallara ilişkin bir seçici dağıtım sistemi içerisinde ABİHA m.101 ile uyumlu addedilmesinin olası olduğunu belirtir. Ancak, ABAD, aynı yaklaşımın lüks olmayan mallara ilişkin seçici dağıtım sistemi için ne derecede geçerli olabileceğini açıklığa kavuşturmamıştır. Bunu ulusal rekabet kurumlarının nasıl yorumlayacağı belli değildir.⁶⁴


Coty Germany kararından sonra dahi, AB'deki teşebbüsler seçici dağıtım çerçevesinde platform yasaklarının ve diğer e-ticaretle bağlantılı kısıtlamaların kullanımı ile ilgili belirsizlikler yaşamaya devam edecektir. Bunun ilk nedeni, ABAD'ın "lüks mal" ifadesinin ne olduğunu açıklamış olmamasıdır. Dolayısıyla, her bir ulusal mahkeme veya rekabet kurumu kendi tanımını yapacak ve farklı ekonomik teoriye ağırlık verecektir. Belirsizliğin ikinci nedeni ise, ABAD'ın kararının lüks olmayan mallar için ne derecede geçerli olduğunu açıklamamış olmasıdır. Dolayısıyla, bu alan da ulusal makamların yorumuna kalacaktır.

⁶⁴ CLERCKX/ GROEBL/SWINDELL/PERRAUT, s.5.

KAYNAKÇA

- AKIN, Özge: “Has the New Regulation Satisfied the ‘Manufacturers with Selective Distribution Systems?’”, Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi, 2(2), 2002, s.91-106.
- ASLAN, Yılmaz: “Rekabet Kurallarının Dağıtım Anlaşmalarına Uygulanması ve Rekabet Kurulunun Konuya İlişkin Tebliğleri”, Rekabet Bülteni, (2), 2000, s.12.
- Case 26/76 Metro SB-Großmärkte v Commission (‘Metro I’) ECLI:EU:C:1977:167.
- Case 75/84 Metro SB-Großmärkte v Commission (‘Metro II’) ECLI:EU:C:1986:399.
- Case C-230/16, Coty Germany GmbH v Parfümerie Akzente GmbH, ECLI:EU:C:2017:941.
- Case C-439/09, Pierre Fabre Dermo-Cosmétique SAS v. President de l’Autorité de la Concurrence, Ministre de l’Économie, de l’Industrie et de l’Emploi, 2011 ECR I-09419.
- CLERCKX, Serge/GROEBL, Marc/SWINDELL, Rebecca/PERRAUT, Anne-Sophie: “CJEU Issues Long-Awaited Coty Decision on Luxury Goods Supplier’s Online Platform Ban”, The Licensing Journal, 38(2), 2018, s.3-5.
- COLANGELO, Giuseppe/TORTI, Valerio: “Selective Distribution and Online Marketplace Restrictions Under EU Competition Rules After Coty Prestige”, European Competition Journal, 14(1), 2018, s.81-109.
- Commission Notice - Guidelines on Vertical Restraints, SEC (2010) 411 final (May 10, 2010).
- Commission Regulation (EU) No 330/2010 of 20 April 2010 on the application of Article 101(3) of the Treaty on the Functioning of the European Union to categories of vertical agreements and concerted practices, OJ L 102, 23.4.2010, s.1-7.
- Commission Regulation (EU) No. 330/2010 of 20 April 2010 on the Application of Article 101(3) of the Treaty on the Functioning of the European Union to Categories of Vertical Agreements and Concerted Practices, 2010 O.J. (L 102) 1.
- European Commission, Decision (HT.4607) of 6 May 2015 initiating an inquiry into the e-commerce sector pursuant to Article 17 of Council Regulation (EC) No 1/2003, C(2015) 3026 final.
- European Commission, Staff Working Document, Preliminary Report on the E-commerce Sector Inquiry SWD(2016) 312 final, SWD(2016) 312 final.
- Final Report on the E-commerce Sector Inquiry, COM(2017) 229 final.
- GÜRKAYNAK, Gönenç/ÖZGÖKÇEN, M. Hakan/YARDIM, Görkem/ÖNER, Merve: “Seçici Dağıtım Sistemleri ve İnternet Satışlarına Yeni Bir Bakış: Coty Kararı ve Diğerleri”, Rekabet Hukukunda Dikey Anlaşmaların Son 10 Yılı, Kerem Cem Sanlı (ed.), Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019.
- IACOBUCCI, Edward/WINTER, Ralph A: “European Law on Selective Distribution and Internet Sales: An Economic Perspective”, Antitrust Law Journal, 81(1), 2016, s.47-64.
- KARABULUT, Hüseyin: “Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun Kapsamında Dağıtım Anlaşmaları”, Legal Fikri ve Sınai Haklar Dergisi, 1(4), 2005, s.978-1008.
- KOÇ, Ali Fuat, AT Rekabet Hukukunda Seçici Dağıtım Anlaşmaları, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi No. 176, Ankara 2005.
- LASOK, K.P.E./LASOK, D.: Law and Institutions of the European Union, 7.Ed., New York 2005.
- SEYİDOĞLU, Halil, Ekonomik Terimler Ansiklopedik Sözlük, 3. Bası, Güzem Can Yayınları, İstanbul 2002.
- SZOT, Patrycja/AMZA, Ana: “Marketplaces Restrictions and Selective Distribution after Coty Germany”, Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies, 11(18), 2018, s.241-284.
- UZUNALLI, Sevilay: “Rekabet Hukukuna Göre Dağıtım Anlaşmalarında İnternette Satış Sınırlamaları”, Journal of Yaşar University, 8(Özel), 2013, s.2915-2960.
- WIJCKMANS, Franck: “Coty Germany GmbH v Parfümerie Akzente GmbH: Possibility in Selective Distribution System to Ban Sales via Third-Party Platforms”, Journal of European Competition Law & Practice, 9(6), 2018, s.373-375.
- WITT, Anne C.: “Restrictions on the use of third-party platforms in selective distribution agreements for luxury goods”, European Competition Journal, 12(2-3), 2016, s.435-461.
- YÜKSEK, Cemile: Seçici Dağıtım Sisteminde İnternette Satış Sınırlamaları, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi No. 152, Ankara 2017.

CUMHURBAŞKANLIĞI KARARNAMELERİNİN NORMLAR HİYERARŞİSİNDEKİ YERİ VE DENETİMİNDE MADDİ İÇERİK KRİTERİ

THE RANK OF PRESIDENTIAL DECREES IN HIERARCHY OF NORMS AND CRITERIUM OF
MATÉRIEL CONTENT IN JUDICIAL REVIEW 

Mehmet GÜNEŞ *  

Makale Bilgi

Gönderilme: 29/07/2019
Kabul: 23/04/2020

Anahtar Kelimeler

*Cumhurbaşkanlığı
Kararnameleri,
Normlar Hiyerarşisi,
Maddi İçerik Kriteri,
Şekli İçerik,
Yargı Denetimi.*

Article Info

Received: 29/07/2019
Accepted: 23/04/2020

Keywords

*Presidential Decrees,
Hierarchy of Norms,
Criterion of Matériel
Content,
Formally Content,
Judicial Review.*

Özet

Bir hukuk düzeninde tüm normların eşit değerde olmadığı ve birbirleriyle hiyerarşik bir ilişkide bulunduğu, bu şekilde normlar arasında genellik, geçerlilik ilişkisinin kurulabileceğini ileri süren normlar piramidi veya hiyerarşisi düşüncesi pozitivist hukuk anlayışının bir uzantısıdır. Yürütmeyi temsil eden Cumhurbaşkanınca çıkarılan “Cumhurbaşkanlığı kararnameleri”nin de bir norm olarak benzer şekilde Anayasada diğer normlar karşısındaki yerinin tespit edilmesi, gittikçe önem kazanmaktadır. Anayasadaki son değişikliklerle Cumhurbaşkanlığı kararnameleri standart bir şekilde düzenlenmediğinden, normlar hiyerarşisindeki yeri konusunda farklı görüşler ileri sürülebilir. Şekli veya organik kritere göre Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin, Anayasada kanunlardan sonra geldiğine ilişkin kabul eksik ve hatalı sonuçlar doğurmaktadır. Özellikle Olağanüstü dönemlerde çıkarılanlar ile olağan dönemde çıkarılanlar, düzenleyici nitelikte olanlar ile birel nitelikte olanlar başta olmak üzere tek Cumhurbaşkanlığı kararnamesi türünden bahsetmek olanaksızdır. Dolayısıyla Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin, normlar hiyerarşisinde sadece ismine bakılarak yapılacak değerlendirme ve denetlemelerindeki sorunları düzeltmek için bu kararnamelerin maddi içeriğine bakılarak karar verilmesi gerektiği önerilmektedir. Bu çalışmada Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin maddi içeriği itibarıyla ele alınarak normlar hiyerarşisindeki yerini belirlemek gerektiğini ancak bu şekilde hukuki karmaşa ve kaosu önlenemeyeceğine ilişkin çeşitli hukuki değerlendirmeler yapılmaktadır.

Abstract

The idea of a pyramid or hierarchy of norms, which states that norms can be established between norms in such a way that all norms in a law order are not of equal value and that they have a hierarchical relationship with each other, are an extension of the positivist understanding of law. The norm of presidential decree that given to the president for representing the executive is becoming more and more important as a norm to determine its place in the constitution against other norms. Since the last changes in the constitution, the presidential decrees are not regulated in a standard way in the constitution, so different kinds of this norm can be made about the place in the hierarchy of norms. Especially, the acceptance of the presidential decree in the tangible content or the organic criterion which following the laws in the constitution cause inaccurate results. It is impossible to talk about a single kind of presidential decree in constitution especially in state of emergency period or others. It is suggested that the rank of presidential decrees in hierarchy of norms should be decided by looking at the tangible content in order to correct the problems in the checking of this norms. As the main idea of this study, it should be decided by looking at the tangible content to determine the rank of the presidential decrees in the hierarchy of norms. In this way it is thought that legal turmoil and chaos can be prevented.

I. GİRİŞ

Anayasa'nın 8'inci maddesine göre; "yürütme yetkisi ve görevi", Cumhurbaşkanı tarafından, Anayasaya ve kanunlara uygun olarak kullanılıp yerine getirilecektir. Anayasa m.104/17'de ise; yürütme organını tek başına temsil eden Cumhurbaşkanı, sekizinci maddeden farklı olarak görev unsuruna değinilmeksizin sadece "yetkisi" yönüyle, bireysel ya da genel düzenleyici nitelikteki işlemler yapabileceği ve bu işlemlerin tümüne de genel olarak "Cumhurbaşkanlığı kararnamesi" adı verileceği düzenlenmektedir. Öğretiye göre; Anayasada "Yürütme yetkisi Cumhurbaşkanına aittir" (m.104/1) ifadesi ile "yürütmenin kuruluşu, teşkilatı düzenleniyorsa, "Organik açıdan yürütme"den; buna karşılık yürütmenin görev ve yetkileri, işlemleri, faaliyetleri düzenleniyorsa "Fonksiyonel açıdan yürütme"den bahsedilebileceği ve "Organik açıdan yürütmeye" kısaca "yürütme organı", "Fonksiyonel açıdan yürütmeye" ise "yürütme fonksiyonu" denilebileceği kabul edilmektedir.¹

Anayasa metninde geçici madde dahil yirmi ayrı yerde geçen "Cumhurbaşkanlığı kararnameleri" ibaresinin, Anayasaya dahil edilmeden önce bir norm içeriği olarak kamuoyunda yeterince tartışılmaması, hükümet sistemi olarak uzun yıllar boyunca uygulanan Parlamenter demokrasi üzerine şekillenen bir Anayasaya sonradan eklenmiş olması, Anayasadaki rejim değişimini hazırlayanların öngörü eksikliği sebepleri ile standart bir anlama ve tek bir hukuki rejime kavuştuğu ileri sürülemezdir. Ayrıca bu kararnameler hakkında; olağan dönem - olağanüstü dönem farkının yanı sıra, bazı hükümlerinin genel yetkiden farklı olarak yürütmeye mahfuz bir düzenleme yetkisi verdiğinin iddia edilmesi, bu normların kullanılacağı birel ve düzenleyici işlem farklılıkları ve bundan kaynaklanan denetim farkının önceden düşünülmemesi, bu tür kararnamelerin kullanılmasında sebep ve konu unsurunun özel olarak belirlenmemiş olması, örneğin konu unsurunun "yürütme yetkisine ilişkin konular" şeklinde sınırları belirsiz ve çok geniş bir alanı ihtiva etmesi² ve normun geçerliliği ve hiyerarşideki yerinin şeklen kurgulandığı gibi sorunsuz olacağını baştan kabul edilmesini içeren birçok sorunu barındırdığı ileri sürülmektedir. Bahsedilen konularda, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin içerdiği sorunları analiz etmek için bu çalışmada; özellikle normlar hiyerarşisindeki yerine ilişkin çeşitli tespit ve değerlendirmeler yapılacaktır.

II. NORMLARIN GEÇERLİLİĞİ VE SIRALANMASI

Bir hukuk düzeninde; Anayasa, kanun, tüzük, yönetmelik gibi normların arasında altlık-üstlük ilişkisi bulunduğunu, alttaki normun geçerliliğinin üst basamaktaki norma uygun olması gerektiğini, altta yer alanlara nazaran üstteki normların daha genel ve geçerli, alttaki normların ise daha detaylı ve özel nitelikte olduğunu gösteren sıralamaya "hukuk düzeni piramidi" veya "normlar hiyerarşisi" adı verilmektedir. Pozitivist Avusturyalı hukukçu Hans Kelsen³ tarafından öngörülen bu hiyerarşide, hukukun diğer normatif düzenlerden farklı olarak birbirine eşit normlardan değil, hiyerarşik düzen içinde sıraya konulmuş normlardan oluşması gerektiği belirtilmektedir.⁴ "Alt sırada yer alan bir hukuk kuralının, kendisinden üst sırada olan hukuk kuralına aykırı olmaması" sonucunu doğuran bu hiyerarşide; standart bir adlandırmaya sahip olan bir normun, sıralamada güç açısından da gelişigüzel bir yerde değil yine belirli, sabit ve standart bir yere sahip olacağı varsayılmaktadır. Dolayısıyla normlar hiyerarşisinde bir normun değişmeyen şekilde belirlenecek yerinin; normlar arasındaki farklılık, genellik ve geçerlilik gözetilerek önceden kabul edilecek standartlara göre belirlenmesi gerektiği anlaşılmaktadır.

Yukarıda bahsedilen ana önermeler dikkate alındığında; eldeki ölçütlerin, normlar hiyerarşisinde Cumhurbaşkanlığı kararnameleri için standart bir yer veya konum bulmaya imkân

¹ GÖZLER, Kemal: Anayasa Hukukunun Genel Teorisi, Cilt II, Bursa, Ekin Kitabevi, 2011, s.353-354. Fransız Anayasa hukukçusu Raymond Carré de Malberg tarafından; devletin işlemlerini, bu işlemlerin dış biçimlerine ve hukukî sonuçlarına ilişkin Anayasa tarafından belirlenen pozitif verilerden hareketle tasnif edilmesi ve devlet fonksiyonlarını, fonksiyonu organ ile tanımlanması amacıyla yapılan "şekli kriter" yaklaşımının kabul ettiği görüştür.

² ÖZBUDUN, Ergun: Türk Anayasa Hukuku, Ankara, Yetkin Yayınları, 2017, s.251.

³ Hans KELSEN, pozitivist bir hukukçu olarak bilinmekle birlikte, tüm pozitif hukukun üstünde adına temel norm (grundnorm) adını verdiği içeriği tam olarak belirli olmayan ve tabii hukuku çağrıştıran bir normu kabul etmektedir. Bkz. WACKS, Raymond: Hukuk Kuramını Anlamak, Çev. SÜZGÜN, Fatma & ÜNVER, Şahin & ÜNVER, Sedat, Astana Yayınevi, Ankara, 2016, s.163.

⁴ "Kelsen, "Normlar Hiyerarşisi" kavramını sistematize etmiştir, ancak sıfırdan icat etmiş değildir. Önceki birikimlerden yararlanması gayet doğaldır. Öteden beri kanonik hukuk ve İslâm hukukunda kutsal kitap temelli hiyerarşik kalıplar mevcuttu...Kelsen, "hukukun kademeli yapılanması" kavramını (stufenbaulehre), öğrencisi Adolf Julius Merkl'den alıp geliştirmiştir." Bkz. SEZER, Abdullah: "Normlar Hiyerarşisi ve Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri [Çok Boyutlu Normlar Piramidi Yaklaşımı]", Anayasa Yargısı Dergisi, 36(1), 2019, s.355.

verip vermediğinin incelenmesi gerekmektedir. Bu çalışmada yapılacak inceleme sonrasında iki ayrı öneri getirilmektedir. İlki, adı “Cumhurbaşkanlığı kararnamesi” olsa da son Anayasa değişiklikleri sonrası “Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemi” ile birlikte, bu kararnameler yetki, konu ve sebep unsuru açısından tek biçimli olmadığından, kendi içerisinde dahi standart ve tekdüze görülemeyeceği ve normlar hiyerarşisinde hep aynı sıra ve düzende yer alamayacağından dolayı, birkaç çeşide ayırarak incelenmesi gerektiği savunulmaktadır. İkinci olarak genel adı “Cumhurbaşkanlığı kararnamesi” olsa da içeriğindeki çeşitlikle birlikte, normlar hiyerarşisinde gücü açısından tek bir yerde bulunmayan bu kararnamelerin, hiyerarşideki gerçek konum ve gücünün şekli unsur yerine maddi unsur incelemesi ile tespit edilip belirlenmesi önerilmektedir.⁵

Sadece “Cumhurbaşkanlığı kararnamesi” ile sınırlı olmaksızın hukukun genel teorisine göre; bir hukuki normun hiyerarşideki yeri veya geçerliliğinin belirlenmesine ilişkin üç farklı yaklaşım bulunmaktadır. Bu yaklaşımlara göre⁶;

1-Aksiyolojik geçerlilik: Doğal hukukçular tarafından, bir normun çeşitli değer ve ideallere uygun olup olmamasına göre değerlendirilmesini ve hukukun kaynağına, amacına, adaletle olan ilişkisine ve mevcut hukuk düzenlerinin meşruiyetine göre sorgulanmasını savunan yaklaşımdır.

2-Maddi geçerlilik: Amerikan ve İskandinav hukuki realizm tarafından, bir normun ancak etkililiği/efektifliği ve fiili olarak kabul edildiği oranda geçerli olacağını ve “yaşayan hukuk”⁷ a atıfta bulunarak, mahkemeleri hukuku yorumlamada esas yetkili kabul eden görüştür.

3-Biçimsel geçerlilik: Pozitivist yaklaşımın savunduğu, bir normun içeriğine yani muhtevasına bakılmaksızın aidiyetine yani hangi organın gücüne dayandığına ve hukuk düzeninde kendisine kaynak olan üst normun geçerliliğine göre yerinin belirlenmesi gerektiğini ileri süren görüştür.

“Şekli veya organik” kriter adı da verilen biçimsel geçerlilik ölçütünün savunucularından Fransız Anayasa hukukçusu pozitivist yazar Raymond Carré de Malberg’e göre; devletin işlemlerini, bu işlemlerin dış biçimlerine ve hukuki sonuçlarına göre pozitif verilerden hareket ederek tasnif etmek gerekir.⁷ Bu yaklaşım esas alınarak öğretilde bazı yazarlara göre; Türk hukuk düzeninde halen normlar “biçimsel geçerlilik” üzerinden ele alınarak normlar hiyerarşisi düzenlenmektedir.⁸ Biçimsel geçerlilik, normlar hiyerarşisi sisteminde aslolan, normun doğumundaki geçerliliğidir. Buna göre normların hiyerarşideki yeri, içeriklerine göre değil, biçimlerine göre belirlenecektir. Örneğin bir norm, yasama organı tarafından “kanun” adı ile çıkarılıyorsa hiyerarşideki konumu da sadece bu adlandırmaya göre yapılmaktadır. Oysa bu “kanun” Anayasa’ya uygun içerikle üretilse ancak son oylamadaki oy yetersizliği yani biçimsel açıdan sorunlu ise bu norm kanun olarak görülmeyp iptal edilecektir. Dolayısıyla içeriğine değil şekline veya biçimine bakılarak normları sıralamayı öneren ve son Anayasa değişikliklerine kadar, bazı sorunlarına rağmen sürdürülen bu yaklaşımın, Anayasada “Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri”ne yönelik düzenleme sonrasında aynen devam ettirilmesi halinde, çeşitli sorunlar doğurabilecektir. Pozitivist görüşün en önemli temsilcisi olan Kelsen’in de kabul ettiği üzere, bir normun hiyerarşideki yerini yani diğer normlar karşısındaki konum ve geçerliliğini, sadece biçimsel geçerliliğe dayayarak kabul etmek tam olarak doğru bir yaklaşım değildir. Çünkü “Kelsen’e göre bir normun geçerliliği ile o normun ait olduğu hukuk düzeninin etkililiği arasında bir ilişki vardır...yani bir normun emrettiği şey ile fiilen olan şey arasında bir karşıtlığın olması halinde “asgari etkililik” aranmalıdır. Hatta bir norm uzun süre var olsa da etkili değilse geçerli bir norm olarak kabul edilmez.”⁹

Bir normun yerini ve gücünü şekli kritere göre belirleyen aynı zamanda normlar hiyerarşinin kurucusu da olan biçimsel görüşün temsilcileri yani hukuki pozitivistlere göre; aynı

⁵ Normların içerik denetimi yani maddi unsuruna bakılarak sıralanması yerine “Normun hiyerarşik konumunu saptamada, doktrinde öteden beri yerleşmiş çok farklı ölçütler yerine, geçerlilik ölçütü kullanılmalıdır” şeklinde görüşler de bulunmaktadır. Bkz. SEZER, agm, s.354.

⁶ GÖZLER, Kemal: Hukukun Genel Teorisine Giriş, Ankara, US-A Yayıncılık,1998, s.55-88.

⁷ MALBERG Raymond Carré de: Contribution a la Théorie Générale de l’Etat, Paris: Dalloz, 2004, s.269.

⁸ Örneğin BALTA, Tahsin Bekir: Türkiye’de Yürütme Kudreti, Ankara, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilimler Fakültesi Yayını Ajans Türk Matbaası, 1960, s.39, GÜNEŞ, Turan: Türk Pozitif Hukukunda Yürütme Organının Düzenleyici İşlemleri, AÜSBF Yayınları No: 191-173, Sevinç Matbaası, Ankara, 1965, s.21, ÖZBUDUN, Ergun: Türk Anayasa Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 2012, s.206, TEZİÇ, Erdoğan: Anayasa Hukuku, Beta Yayınları, İstanbul, 2012, s.17, GÖZLER, Kemal: Türk Anayasa Hukuku, Bursa, Ekin Kitabevi, 2018, s.604.

⁹ KELSEN, Hans: Theorie Pure Du Droit, Paris, Daloz,1962, s.286.

zamanda bir normun sadece ismine bakılarak hiyerarşide konumlandırılması uygun değildir. Normun geçerliliği ve konumunun muhteviyatına göre tekrar gözden geçirilmesi ve değerlendirilmesi gerekir. Bahsedilen görüş aslında Türk hukuk düzeninde, kanun ve Anayasa değişiklikleri gibi bazı normlar için olmasa da yürütmenin tüm düzenleyici normları için idari yargı tarafından fiili olarak uygulanmaktaydı. Normların yargısal denetimini yapan Anayasa mahkemesi başta olmak üzere diğer yüksek mahkemelerin birçok kararında, özellikle yürütmenin düzenleme yetkisi bağlamında çıkarmış olduğu işlemlerin adı ve nitelendirilmesi ile ilgili olunmadığı defalarca vurgulanmıştı.¹⁰ Yani yürütme organı, çıkardığı bir düzenleyici normu, hiyerarşide olması gereken yerin dışındaki bir etkililik ve efektiflikle nitelendirip işleme koysa dahi, örneğin Cumhurbaşkanı, içeriği yönetmelik seviyesinde olan bir norma “Cumhurbaşkanlığı kararnamesi” adını verse dahi hukuk düzeninde oluşan bu değişikliği tespit etmek ve değerlendirmek yetkisi bu normu denetleyen yargı yerine ait olması beklenmektedir. Ancak bu şekilde yapılmadığı takdirde, özellikle yürütmenin çıkardığı normların hiyerarşide sıralanmasının hiçbir anlamı ve koruması kalmayacağı görülmektedir.

Özellikle yürütmenin çıkardığı normların geçerlilik ve nitelendirilmesinde “şekli kriter” yerine “maddi kriter”in uygulanmasında yargının bu konuda yetkili sayılmasının, aynı zamanda “yargısal aktivizmi” akla getirmesi söz konusu olabilir. Ancak bu durumda, hukuk düzeninin karmaşasını çözebilecek en iyi çözüm olarak; bir norm koyucu merciinin birden fazla normu çıkarırken “mutlak yetki” kuramı gereği aralarındaki ilişki ve hiyerarşiyi bozabilmesini önlemek için gerekirse en üstteki normda yani bu durumda Anayasada, diğer tüm normların nasıl ve ne şekilde düzenlenebileceğinin de ayrıntılı şekilde belirtilmesi beklenmektedir. Örneğin bu şekilde benzeri düzenleme Fransa Anayasasında yapılmıştır. Eğer bu imkân söz konusu değilse yani Anayasada, çeşitli normların düzenlenmesi ve hiyerarşisine ilişkin net, açık bir listeleme ve kurallar yer almıyorsa, bu defa Anayasayı yorumlama hak ve tekeline sahip olan Anayasa mahkemesinin bu konudaki yetkisini kullanması beklenilebilir. Bu şekildeki bir belirleme ise çoğu zaman bir yargısal aktivizm olarak anlaşılmayacaktır.

III. CUMHURBAŞKANLIĞI KARARNAMELERİNİN NORMLAR HİYERARŞİSİNDEKİ YERİ

Cumhurbaşkanlığı kararnamelerini kendi içinde geçerli ve diğer normlara karşı tutarlı ve korumalı biçimde tek bir norm olarak görmek ve değerlendirmek mümkün değildir. Bir normun muhtevası ile ilgilenmeksizin ve diğer normlar karşısında doğuracağı sonuçları dikkate almaksızın sadece adı ve çıkarıcı organın nitelmesi ile hareket edilerek hiyerarşideki yerini saptamaya “biçimsel veya şekli kriter” denilmektedir. Şekli kriter yaklaşımı, bir normun maddi içeriğini değil normu çıkarıcının konumunu dikkate almaktadır. Normun düzenleme alanına bakmaksızın, sadece çıkarıcı mercii veya organın gücüne odaklanmaktadır. Ancak normların hiyerarşik olarak sıralanmasında kullanılan biçimsel veya şekli kriterin, ayırt edicilik açısından yeni Anayasa değişiklikleri sonrasında işlevsizleştiği ve bazı normları sınırları tam olarak belirlenmediğinden dolayı diğerlerinden geçerlilik ve gücü itibarıyla ayırmaya yetmeyeceği düşünülmektedir. Bu tür normlar içerisinde, özellikle yürütme organının sahip olduğu “Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin” bazı örnekleri görüldüğünden dolayı, düzenleme alanı ve

¹⁰ YILMAZ, Harun: “Türk Hukukunda Düzenleme Yetkisinin Tarihsel Gelişimi ve Niteliği”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S.110, 2014, s.219-240. Sadece yürütmenin normları ile sınırlı olmaksızın “Bir işlemin anayasa uygunluk denetimi kapsamına giren bir işlem olup olmadığının belirlenmesinde Anayasa Mahkemesi, işlemi yapan organın nitelendirmesi ile bağlı değildir. Anayasa Mahkemesi, bu nitelendirmeyi işlemin niteliğine bakarak kendi yapar.” Bkz. ÖZBUDUN, Ergun: Anayasa Hukuku, Anadolu Üni Yayınları, 2004, s.236. “Anayasa Mahkemesi, bir işlemin Anayasaya uygunluk denetimi kapsamına giren bir işlem olup olmadığını belirlerken, işlemi yapan organın nitelendirmesi ve verdiği adla bağlı kalmamakta; bu nitelendirmeyi işlemin özelliklerine göre kendisi yapmaktadır. Böylece, AYM, denetime tabi olan bir işlemin, denetime tabi olmayan bir işlem biçiminde yapılarak, denetimden kaçırılmasını önlemiş olmaktadır.” TANÖR, Bülent, YÜZBAŞIOĞLU, Necmi: 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, Beta Yayınları, İstanbul, 2012, s.488. Anayasa Mahkemesi hem 1961 ve hem de 1982 Anayasası döneminde içerik incelemesi gerektiren maddi kanun anlayışını sürdürmüştür. Bu konuda verdiği bir kararında: “Bir yasama metnine verilen ad, o metnin anayasal yargı denetimine tâbi olup olamayacağı konusunda tek ve yeterli ölçüt değildir. Yasama metninin içeriğinin ve özünün de göz önünde bulundurulması zorunludur. Anayasa Mahkemesi'nin yerleşik kararlarında benimsendiği gibi, Yasama Meclisi'nce Anayasa'da öngörülenler dışındaki adlar altında ve başka yöntemler uygulanarak oluşturulan işlemlerin Anayasa Mahkemesi'nin denetimine bağlı olup olmadığı saptanırken, uygulanan yöntem kadar o metin veya belgenin içeriğinin niteliği üzerinde de durulup değer ve etkisinin belirlenmesi gerekir. Bu açıdan yapılan değerlendirme, söz konusu metin veya belgenin, Anayasa'ca denetime bağlı tutulan işlemlerle eşdeğerde ve etkinlikte olduğunu ortaya koyuyorsa, onun da denetime bağlı tutulması gerekir. Anayasa Mahkemesi'nin 22.11.2001 tarih ve 2001/424E., 2001/354 K. Sayılı Kararı.

denetimlerinin anayasal sınırları tam olarak oluşturulmadığı için, tekdüze değil birkaç türünün bulunduğu ileri sürülebilir. Bu açıdan “Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi” adı altında yapılan düzenlemelerin içeriğine bakılmaksızın sadece şekli açıdan Anayasa Mahkemesince Anayasaya uygunluk açısından yargı denetimine tabi tutulmasının, daha sonraları bu normların içerik ve maddi anlamda normlar hiyerarşisindeki yerleri açısından sorunlar çıkarabilme ihtimali taşıması mümkündür. Bize göre m.104/17’de gösterilen Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin sınırları ve gücünün, yeterli açıklık ve anlaşılabilirlikle Anayasa genelinde düzenlenmediğinden dolayı, normlar hiyerarşisinde tek bir yerde değil birçok yerde bulunması söz konusudur.¹¹ Anayasanın geneline bakıldığında, tüm normlar dikkate alınarak Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin normlar hiyerarşisindeki tekdüze olmayan yerlerini ve diğer normlarla ilişkisini etkileri açısından değerlendirerek şu şekilde belirlemek mümkündür;

1- Anayasa (Anayasa m.11)

2- Temel hak ve hürriyetlere ilişkin milletlerarası andlaşma (Anayasa m.90/5)

3- OHAL’de çıkarılacak Cumhurbaşkanlığı kararnameleri (Anayasa m.119/6)

4-Kanunlar, milletlerarası andlaşmalar, Kanunla düzenlenmemiş konulardaki Cumhurbaşkanlığı kararnameleri (Anayasa m.104/17)

5- Kanunla yetki verilmiş konulardaki Cumhurbaşkanlığı kararnameleri (Anayasa m.8)

6-Cumhurbaşkanlığı yönetmelikleri (Anayasa m.104/17)

7- Diğer Kamu tüzel kişilerin çıkardığı yönetmelikler (Anayasa m.124/1)

8-Cumhurbaşkanlığının bireysel nitelikteki atama kararlarına ilişkin Kararnameler¹² (Anayasa m.104/9’un mefhum-u muhalifinden)

Yukarıda belirtilen bu sıralamaya yönelik olarak, birden fazla Cumhurbaşkanlığı kararname türü olabileceği ve her birinin ise geçerlilik açısından farklı konum ve denetime tabi tutulması gerekeceği görülmektedir. Bahsedilen Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin maddi içeriğe göre türleri, etkililik ve geçerlilikleri aşağıda incelenmiştir.

A. Anayasa Hükmüne veya Anayasal Madde Niteliğine Bürünmüş Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri

Bilindiği gibi bir ülkede en üstün norm yani hiyerarşide en üst konumda bulunan normlar Anayasa maddeleridir. Kelsen’e göre; Anayasanın en üstte geçerliliğini bir varsayım veya hipotez olarak gördüğü “Grundnorm”¹³a dayandırmaktadır.¹⁴ Anayasa, hiyerarşideki tüm normların ana kaynağıdır. Getirdiği kurallar itibarıyla diğer normlar ondan güç ve şekil almalıdır.

¹¹ Benzer şekilde “...yürütme organının münhasır düzenleme alanını oluşturan konularda çıkarılan CBK’lar ile 104’üncü maddenin 17’nci fıkrasından kaynaklanan yetkiye dayanılarak çıkarılan CBK’ların aynı hiyerarşik güce sahip olmadıkları... bütün CBK’ların aynı hukuki niteliğe sahip olduğunu kabul etmek, CBK’ların hukuki rejimine ilişkin doğru olmayan tespitlerin yapılması sonucunu doğuracaktır.” Bkz. YENİAY, Lokman, YENİAY, Gülden: “Türk Hukukunda Yürütme Organının Düzenleme Yetkisi ve Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi”, Anayasa Yargısı, Cilt: 36, Sayı: 1, 2019, s.105–138, s.118-119.

¹² “Anayasanın öngörmüş olduğu sistemde Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile Cumhurbaşkanı kararı arasındaki fark oldukça belirgindir” şeklindeki görüşlere (Bkz. İBA, Şeref, SÖYLER, Yasin: “Yeni Hükümet Sisteminde Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile Cumhurbaşkanı Kararının Nitelik Farkı ve Hukuki Sonuçları”, Anayasa Yargısı, Cilt: 36, Sayı: 1, 2019, 195–223, s.199) katılmadığımızdan dolayı Anayasada Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin düzenleyici ya da birel nitelikte olabileceklerine yönelik açık ve net bir ayırım yapılmaması sebebiyle, Cumhurbaşkanı’nın yetkisi dahilindeki birel nitelikteki işlemlerin de istenirse Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle yapılabileceğini savunan görüşü benimsiyoruz. Benzeri görüşü destekleyen; “Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile bakanların ve üst kademe kamu görevlilerinin atanması işlemi tipik birel işlem olarak dikkat çekmektedir. Zira ilgili müesseselerin kuruluşu, teşkilatı ve atanmalarına ilişkin usul ve esasları düzenleyecek olan Cumhurbaşkanı, ayrı bir kararname ile ilgili soyut düzenlemeleri belirli kişiler açısından somutlaştıracaktır. Anayasa’da bu tür kararnameler ile yukarıda bahsedilen kararnameler (Düzenleyici nitelikte Cumhurbaşkanlığı kararnameleri) arasında hukuki bir ayırım yapılmadığı görülmektedir.” Bkz. TUNÇ, Hasan: Türk Anayasa Hukuku, Ankara, Gazi Kitabevi, 2018, s.229. Aynı yönde Bkz. TANÖR, Bülent, YÜZBAŞIOĞLU, Necmi: 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, İstanbul: Beta, Tıpkı 18. Bası, 2019, s.437.

¹³ Ünlü hukuk felsefecisi Joseph RAZ’a göre Kelsen’in savunduğu “Temel norm kuramı, sadece pozitivist bir hukuk biliminin her zaman uyguladığı prosedürün, analizinin bir sonucudur”. Bkz.” Kelsen’s Theory of the Basic Norm”, The American Journal of Jurisprudence, Volume 19, Issue 1, 1974, Pages 94–111, s.105.

¹⁴ TURHAN, Mehmet: “Hans Kelsen’e Göre Anayasa Kavramı, Anayasanın Fonksiyonu ve Anayasa Yargısı”, Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S.1, s.203-226,2018, s.204.

Anayasal seviyede bir norm, yine aynı seviyede bir norm tarafından değiştirilebilmekte veya kaldırılabilir. Ayrıca Anayasa maddeleri arasında öncelik-sonralık veya astlık-üstlük ilişkisinden söz edilememektedir. Bu özellikleri ile Anayasa aynı zamanda diğer tüm normların da geçerlilik şartıdır. Bu açıklamalardan sonra, Türkiye’de Anayasa hükmünde veya Anayasal madde niteliğinde bir Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin, anayasada bu şekilde bir yetkinin yürütme organına verilmediği veya bu şekilde ismi geçen bir normun Anayasada yer almadığı gerekçeleri ile söz konusu olamayacağı ileri sürülebilir. Hatta Anayasa m.6 gereğince, “Hiçbir kimse veya organ kaynağını Anayasadan almayan bir Devlet yetkisi kullanamaz” şeklindeki düzenleme hatırlatılarak bu şekildeki bir normun içeriğine itiraz da edebilir. Ancak normları sadece adı üzerinden normlar hiyerarşisinde sıralayan Pozitivist hukuk anlayışında; bir normun Anayasa hükmüne bürünüp bürünmediği sadece şekli şartlara yani organik kritere göre tespit edildiği sürece, bahsedilen durumun anlaşılması mümkün olmayacaktır. Burada önemli olan konu ister yasamanın ister yürütmenin sahip olduğu norm çıkarma yetkisi ve bunun sınırlarının nerede son bulacağıdır.

Özellikle konu yürütme açısından ele alındığında hem 1961 hem 1982 Anayasaları dönemlerinde öğretilde, yürütmeye açıkça Anayasada doğrudan düzenleme yetkisi ve norm çıkarma yetkisi verilmese dahi üstlendiği fonksiyonu gereği bu yetkiye doğal olarak sahip olduğu ileri sürülmüştür. Bu konuda Yayla; “...İdarenin görevleri gereği, özellikle sağlık, güvenlik ve esenlik gibi konularda, ilgili alanı düzenleyen bir kanun bulunmasa bile düzenleme yetkisine sahip bulunması bir zorunluluktur...”¹⁵ Aynı şekilde Sarıca; “icra mefhumu tanzim salâhiyetini de tazammun eder...Tanzim salâhiyeti icra salâhiyeti içinde mündemiçtir...Tanzim, icra salâhiyetinin tabii ve zaruri bir neticesidir.”¹⁶ Benzeri şekilde Onar; “...Anayasada sarîh bir hüküm olmasa da idare gene kendine düşen fonksiyonu ifa edebilmek için bir tanzim salâhiyetine sahip olmak mecburiyetindedir, çünkü idare, ifa edeceği amme hizmetinin işlemesi, hatta kuruluşu, fertlerin bundan istifade tarzları hakkında umumi kaideler koymak mecburiyetindedir...”, Son olarak Gözler ve Kaplan; “İdarenin düzenleme yetkisi Anayasa ve kanunlardan kaynaklanır. Ancak idare bunların dışında, eşyanın tabiatından kaynaklanan bir düzenleme yetkisine sahiptir. Eşyanın tabiatından kaynaklanan düzenleme yetkisinin altında idarenin iyi işlemesi, kamu düzeninin sağlanması gibi ihtiyaç ve gereklilikler bulunmaktadır.”¹⁷ şeklindeki görüşleri ile yürütmeyi zorunlu ve doğrudan bir “norm üreticisi” olarak kabul etmektedirler. Dolayısıyla yürütme, Anayasal bir yetki ile donanmasa bile üstlendiği icrai görevleri gereği düzenleme ve norm çıkarma yetkisine sahip olduğu çoğunlukla kabul edilmektedir. Yürütmenin sahip olduğu düzenleme veya norm çıkarma yetkisinin doktrinde ikincil, türevsel nitelikli bir yetki olduğu¹⁸ ileri sürülse de Anayasa Mahkemesine göre; yürütmeye verilen düzenleme yetkisinin Anayasal dayanağı adı ne olursa olsun hep aynı şekilde anlaşılmalıdır.¹⁹

Özellikle Anayasa tarafından OHAL döneminde yürütmeye verilen norm çıkarma yetkisinin gücü ve yansımaları tam olarak belirlenemiyor ve hatta denetlenemiyor, bazı Anayasa maddelerini geçersiz kılıyor ve Anayasanın diğer maddeleri ile uyumsuzluğuna rağmen sıkça kullanılıyorsa bu tür yetkiye dayanılarak çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnamelerini de bazı düzenlemelerinin Anayasayı dolaylı olarak değiştirmesi ihtimali açısından “Anayasa gücünde veya hükmünde” bir kararname olarak nitelendirmek gerekecektir.²⁰ Çünkü savduğumuz maddi kritere göre bu şekildeki bir kararname aslında kanun gücünde olması gerekir iken sonuçları ve etkileri ile Anayasa hükmü kadar geçerlilik içermektedir. Çünkü olağanüstü hallerde çıkarılan cumhurbaşkanlığı kararnameleri, mevcut kanunları değiştirebileceği gibi denetlenmediği için Anayasa hükümlerini de etkisiz kılabilir. En önemlisi ise savaş ilanına dahi karar verebilen bir Yasama organının çıkardığı tüm kanunlar yargı denetimine tabi iken OHAL ilan eden ve yürütmeyi temsil eden Cumhurbaşkanının kararnamesinin yargı denetimi dışında bırakılabilmesidir. Burada bu tür kararnamelerin yasamanın çıkardığı kanun hükmünü aşacak

¹⁵ YAYLA, Yıldızhan: İdare Hukuku, İstanbul, Beta Yayınları, 2009, s.145.

¹⁶ SARICA, Ragıp: Türkiye’de İcra Uzmanının Tanzim Salâhiyeti, İstanbul, 1943, s.29.

¹⁷ GÖZLER, Kemal/KAPLAN, Gürsel: İdare Hukuku Dersleri, Bursa, Ekin Kitabevi, 2016, s.421.

¹⁸ AKYILMAZ, Bahtiyar/SEZGİNER, Murat/KAYA Cemil: Türk İdare Hukuku, Ankara, Seçkin Yayınları, 2017, s.402.

¹⁹ Bkz. Anayasa Mh. E.1996/5, K.1996/26, Kt.26.06.1996, RG.30.06.2001-24448.

²⁰ Olağanüstü hâl döneminde çıkarılacak Cumhurbaşkanlığı kararnamelerine ilişkin Anayasa m.119/6 gereğince Gözler, “Kanun hükmünde Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi” nitelemesi yapmaktadır. Bkz. GÖZLER, Kemal: Türk Anayasa Hukuku Dersleri, Ekin, 21. Baskı, Bursa, 2017, s.367.

şekilde güçle donatıldığı açıktır. Eğer bir organ tarafından bu şekilde çıkarılan bir norm; Anayasada kanunu aşan şekilde belirsiz bir güçle donatılmış ise yani bazı Anayasa maddelerini işlevsizleştiriyor, denetimi yapılmadığından dolayı Anayasa ile olan uyumu incelenemiyor ise bu şekildeki normlara “Anayasa hükmünde veya Anayasa maddesi gücü verilmiş norm” adı verilebilir. Tüm bu açılardan bakıldığında Anayasa gücünde ve hükmünde Cumhurbaşkanlığı kararnamesi örneği olarak Anayasa m.119’da yer verilen: “*Olağanüstü hallerde Cumhurbaşkanı, olağanüstü halin gerekli kıldığı konularda, 104 üncü maddenin onyedinci fıkrasının ikinci cümlesinde belirtilen sınırlamalara tabi olmaksızın Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarabilir*” yetkisi gösterilebilir. Buna göre olağanüstü hallerde yürütme organı olan Cumhurbaşkanı tarafından çıkarılacak kararnamelere dahil edilen ve denetimi de mümkün olmayan düzenleme konu alanı; “*Anayasanın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleriyle dördüncü bölümde yer alan siyasi haklar ve ödevlerini*” de kapsayacaktır.²¹ Dolayısıyla olağanüstü hallerde, Cumhurbaşkanı tarafından çıkarılacak ve kanun hükmünde sayılması gereken bu kararnamelerle, türü fark etmeksizin her türlü koruma altındaki Anayasal hakların bile düzenlenebileceği yani kararnamenin hiçbir sınırlamaya tabi olmayacağı anlaşılmaktadır. Olağanüstü hallerde çıkarılacak Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin kanun hükmünde olduğu ileri sürülerek²² Anayasal hakların sadece kanunla sınırlanabileceğini belirten m.13’deki “*Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir*” hükmü karşılandığı ileri sürülse de durum daha farklıdır. Çünkü olağanüstü hallerde çıkarılan ve kanun hükmünde kabul edilen Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin, yasama organı tarafından çıkarılan kanunların izlemesi gereken prosedür ve denetimin dışında kalması ve bu şekilde sıra dışı şekilde olağanüstü hâlin dışındaki konularda da çıkarılabilmesi daha önce yürütmenin uygulamalarından deneyimlenmiştir.

Özellikle olağan dönemlerde, Anayasal hakların m.13’de gösterilen ancak “kanunla sınırlandırılabilmesi” şartı aynı zamanda yargısal bir denetime tabi iken, olağanüstü hallerde kanun gücünde kabul edilse dahi Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinde bu şart söz konusu değildir. Dolayısıyla olağanüstü hâl Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile temel haklara ilişkin her türlü kısıtlama ve düzenleme, yargı denetimine tabi olmaksızın ve hatta Anayasaya uygun olup olmadığına bakılmaksızın Anayasa maddesi gücünde değerlendirileceği açıktır. Hatta bu tür kararnamelerin, devletin diğer organları olan yargıyı, yasamayı ve siyasal sistemi, muhalefet partilerini ve rejimi değiştirecek nitelikte olabilmesinin de önünde hiçbir engel gözükmemektedir. Anayasada olağanüstü hâl Cumhurbaşkanlığı kararnamelerine verilen bu düzenleme alanı sebebiyle oluşabilecek genişlik, Anayasal devlet- sınırlı devlet ilkesine de açıkça aykırılık oluşturmaktadır. Özellikle olağanüstü kararnamelerde konu sınırı olmamasının sonucu olarak Cumhurbaşkanına OHAL süresince tüm temel hak ve özgürlüklere yönelik kararnama çıkarma yetkisi tanınmış olmaktadır. Neticede ister Anayasal bir kural veya Anayasal yorum sonucu, yürütme kendisine verilen düzenleme yetkisinin sınırlarını aşarak Anayasa hükmüne veya Anayasal madde niteliğine bürünmüş bir düzenleme yaptığında ne şekilde hareket edileceği önem kazanmaktadır.

Anayasa m.119’daki; “*Olağanüstü hâl sırasında çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnameleri üç ay içinde Türkiye Büyük Millet Meclisinde görüşülür ve karara bağlanır. Aksi halde olağanüstü hallerde çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnamesi kendiliğinden yürürlükten kalkar*” düzenlemesi ile bu tür kararnamelerin üç ay gibi önemli bir süre boyunca, kanun üstü bir güç veya Anayasal bir norm gücüne bürünmüş olarak sonuç doğuracağı ve uygulanacağı da unutulmamalıdır. Ayrıca bu madde, olağanüstü halde tek başına üç ay içerisinde Yasama organı tarafından görüşülmemiş veya ele alınmamış Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin doğrudan bir iptal nedeni de değildir. Çünkü Anayasa mahkemesinin bu durumda, Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin yürürlükten kalktığına yani yokluğunun tespitine de kararı vermesi beklenecektir. Bunun için de Anayasa mahkemesi kendi başına hareket edemeyeceğine göre Mahkemeye bu konuda başvurulması ve Mahkemenin de bu konuya ilişkin karar vermesi gerekecektir. Üstelik partili Cumhurbaşkanlığı sisteminin geçerli olduğu, yani erkler ayrılığının sert şekilde değil sadece şeklen

²¹ Anayasa Mahkemesi, Olağanüstü hâl KHK’lerinin denetimine ilişkin maddi içerik yaklaşımından hareketle 1991 yılında verdiği kararını 2016 yılında değiştirmiştir.

²² ÜLGEN, Özen: “Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Niteliği ve Türleri”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S.1, 2018, s.15.

yapıldığı Türkiye’deki Cumhurbaşkanlığı hükümet sisteminde, Yasama organınca olağanüstü hâl Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin yasalaşmama olasılığının da hemen hemen olmadığı ileri sürülebilir. Sadece Anayasada belirtilen süre içerisinde Yasama organı tarafından kanunlaştırılacak olan olağanüstü hâl Cumhurbaşkanlığı kararnamesi o zaman Anayasa Mahkemesinin denetimine tabi olabilecektir. Üstelik denetime kadar yapılan tüm uygulamalar ve ortaya çıkacak tüm sonuçlar geri de alınamayacaktır.

Diğer yandan olağanüstü hallerde Cumhurbaşkanı tarafından çıkarılacak kararnamelerin, kanunların üstünde ve Anayasa maddesi gücünde veya hükmünde kullanılabileceği endişesinin diğer bir delili de daha önce Parlamenter sistem döneminde Cumhurbaşkanlığı başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulunun, olağanüstü hallerde çıkardığı kanun hükmünde kararnamelerde benzeri şekilde uygulamalara yer verilmiş olmasıdır. Türkiye’de yakın zamanda, Anayasa’nın 130’uncu maddesindeki, “*Üniversite yönetim ve denetim organları ile öğretim elemanları; Yükseköğretim Kurulunun veya üniversitelerin yetkili organlarının dışında kalan makamlarca her ne suretle olursa olsun görevlerinden uzaklaştırılmazlar*” şeklindeki açık hükmüne rağmen, Cumhurbaşkanlığı başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulunun, çıkardığı OHAL kararnamesi ile Anayasa’nın bahsi geçen 130’uncu maddesinin, şeklen değil ama maddi anlamda değiştirildiği ve bu şekilde birçok öğretim elemanın Anayasada ismen belirtilen makamlardan olan Yükseköğretim Kurulu ve Üniversite Senatosu gibi yetkili organlar dışındakiler tarafından görevlerinden uzaklaştırıldığı görülmüştür. O halde, OHAL dönemindeki yürütmeye verilen kararname yetkisinin sınırlarının belirlenmesinde, Türkiye’de bazı yazarların ileri sürdüğü gibi pozitif hukuk rejiminin kriterinin şekli veya biçimsel kabul edilmesi yerine maddi kriter yani içerik ve sonuçlarına odaklanılmadığı sürece benzeri yaşanabilecek Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin normlar hiyerarşisindeki yerini belirlemek de mümkün olmayacaktır.

B. Kanun Gücü Taşıyan veya Kanun Hükmünde Görülebilecek Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri

Cumhurbaşkanlığına son Anayasa değişikliği ile verilen kararname çıkarma yetkisinin içeriği incelendiğinde, bazılarının kanun gücünde veya kanun hükmünde kabul edilebileceği de görülmektedir. Örneğin Anayasa m.123/son’a göre: “*Kamu tüzelkişiliği kanunla veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle kurulur*” ifadesi ile Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin, Anayasa tarafından kanuna eş değer veya kanun gücünde veya hükmünde kabul edildiği bu maddede açıkça görülmektedir. Ayrıca Anayasa tarafından sadece yürütme organına bırakılan ve mahfuz yetki alanlarından oluştuğunu ileri süren görüşler, Anayasa m.104/9’deki üst düzey yöneticilerle ilgili düzenlemeler, m.106/11’deki bakanlıklarla ilgili düzenlemeler, m.108/son’daki Devlet Denetleme Kurulu hakkındaki düzenlemeler ve m.118/son’daki Milli Güvenlik Kurulu hakkındaki düzenlemelerin, kanunlar yerine sadece yürütme organı normu olan Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile yapılabileceğine dayanmaktadır. Özellikle bu görüş ilgili maddelerde “düzenlenebilir” kelimesi değil “düzenlenir” ifadesi kullanılmasına dayanmaktadır.

Anayasanın bütünü incelendiğinde; herhangi bir konunun ne tür bir normla düzenleneceği açıkça gösterilmiştir. Örneğin, Anayasanın 20’ inci maddesinde “*Kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usuller kanunla düzenlenir*” ile 79’uncu maddesinde yer alan “*Yüksek Seçim Kurulunun ve diğer seçim kurullarının görev ve yetkileri kanunla düzenlenir*” ifadeleri yanında 88nci maddesinde “*Kanun teklif etmeye milletvekilleri yetkilidir. Kanun tekliflerinin Türkiye Büyük Millet Meclisinde görüşülme usul ve esasları içtüzükle düzenlenir*” veya 106’ncı maddesindeki “*Bakanlıkların kurulması, kaldırılması, görevleri ve yetkileri, teşkilat yapısı ile merkez ve taşra teşkilatlarının kurulması Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenir*” şeklinde örnekler bulunmaktadır. Dolayısıyla Anayasada bir konunun hangi tür norm ile düzenleneceğinin gösterilmesi karşısında, devlet organlarının düzenleme konusunda başka bir tercihi olmayacakları görüşü ileri sürülmektedir.²³ Bu yaklaşım gereğince, Anayasada Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile düzenleneceği gösterilen konularda, Anayasa ile yürütmeye sağlanan bir mahfuz alan oluştuğu ve bu maddelerde yer alan konuların başka normlarla düzenlemeyeceği ve başka organların yetkili olmayacağı görüşü belirtilmektedir. Bu şekildeki

²³ Bu şekilde mahfuz alanın oluştuğunu ileri süren görüşe göre, bu tür ifadelerin geçtiği maddeler sebebiyle; “Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin hukuki niteliğinin belirlenmesinde ... Anayasada belirtilen beş alanda özerkliğinin kabul edilmesi halinde, bu alanlarda çıkarılacak Cumhurbaşkanlığı kararnameleri normlar hiyerarşisinde ayrı bir kategori oluşturur. Bu kapsamdaki Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinde kanunla değişiklik yapılamayacağı için, bu kararnamelerin normlar hiyerarşisinde kanun ile aynı düzeyde kabul edilmesi söz konusu olacaktır” Bkz. SÖYLER, Yasin: Yeni Başkanlık Sisteminde Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2018, s.166.

görüŖ kabul edildiği takdirde, Cumhurbaşkanlığı kararnameleeri için Anayasa tarafından tıpkı yasama organına kanunlar için verilen ayrıcalık gibi yürütme organına da bir ayrıcalık verildiği ileri sürülebilecektir. Dolayısıyla da Anayasada, Cumhurbaşkanlığı kararnameleerinin çeŖitli konularda kanuna eŖdeđer, kanun gücünde veya hükmünde ve onun alternatifi kabul edildiği gerekecektir.²⁴

Ancak bu konuda farklı bir görüŖe sahip olduğumuzu belirtmek gerekir. İlk olarak Anayasanın münhasır olarak yasama organı yerine Cumhurbaşkanına çeŖitli konularda düzenleme yapabileceğini gösterdiği ve dolayısıyla Anayasadan kaynaklanan yetkiye dayanarak sadece Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile bu konuların sadece düzenlenebileceği görüŖüne katılmıyoruz. Anayasada Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenebilecek konularda, “Yasama bu konularda kanun çıkaramaz” görüŖünde olanlara göre; özellikle Anayasanın 104/17-1 maddesi ile “*Cumhurbaşkanı, yürütme yetkisine ilişkin konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarabilir*” Ŗeklindeki genel yetkiden hareket edilmiŖ olmasının ötesinde, ayrıca ve özellikle m.104 dıŖındaki maddeler kapsamındaki konularda, yasama tarafından hiçbir kanuni bir düzenleme yapılamayacağı, yani yürütmeye sadece asli değil ayrıca “mahfuz” bir düzenleme alanı bırakıldığı ileri sürülmektedir. Gözler tarafından ileri sürülen bu görüŖe²⁵ karŖı bizim de katıldığımız gibi, Cumhurbaşkanına böyle bir yetkinin verilmiŖ olmasının “yasama yetkisinin genelliği” ilkesi ile çeliŖtiđini belirtmek gerekecektir.²⁶ Ayrıca Anayasa yorumunda, temel ilkelerden daha öncelikli olan Anayasanın bizatihi kendisi olduğundan dolayı, Anayasada yürütmeye mahfuz alan verildiği iddiasına karŖın yine Anayasadan hareketle iki Ŗekilde itiraz ileri sürülebilecektir.

İlki, Anayasada yer alan birçok temel hak ve özgürlüklerin güvence ve teminat altına alınması maksadıyla “kanunla düzenlenmesi” Ŗartının getirilmesinin ve birçok maddede bu Ŗekilde sadece kanuna iŖaret edilmiŖ olmasının, özellikle “kanunun” Anayasadan sonra, normlar hiyerarŖisinde ikinci sırada yer almasından kaynaklandığı hatırlatmak gerekecektir. Eğer normlar hiyerarŖisinde, Anayasadan sonra ve kanunlardan daha öncelikli olan, geçerli bir norm bulunsaydı temel hakların teminatı ve korunması için Anayasa, kanunlara değil belki de bu norma iŖaret edebilecekti. Dolayısıyla Anayasada bir konunun düzenlenmesi için gösterilen norm Ŗartının, aslında o konunun önem ve geçerliliği açısından bir düzenleme yapmak için seçilen asgari norm Ŗartına karŖılık geldiği kabul edilmelidir. O halde Anayasanın m.104/17’deki Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin, hiyerarŖide kanunların altında yer aldığına iŖaret edilen genel kaide koyan maddelerden hareketle, Anayasanın yürütme organına bıraktığı ileri sürülen konularda, asgari Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile bir düzenleme yapılabileceğini ancak Yasama organınca da kanunlarla da bu tür konuların düzenlenebileceğini, kanunların ilgili Anayasa maddesinde adının zikredilmemesini bir yasaklama olarak görülmemesi gerektiğini, zaten Anayasanın “Cumhurbaşkanının görev ve yetkilerinin düzenlendiği” 104/17 maddesine göre: “*Türkiye Büyük Millet Meclisinin aynı konuda kanun çıkarması durumunda, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi hükümsüz hale gelir*” ifadesinin de buna imkân tanınması gerektiği ileri sürülebilecektir.

İkinci olarak, Anayasada bir konunun hangi normla düzenleneceğine ilişkin temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında temel hüküm niteliği kazanmıŖ 13’üncü madde örneği dikkate alınabilecektir. Bu maddede; “*Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir*” ifadesi yer almaktadır. Buna göre, Anayasanın bu maddesinde geçen “ancak” kelimesi ile konuyu düzenleyecek norm tekleŖtirilerek diğer alternatifler yasaklanmıŖtır. Oysa Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenleneceği belirtilen konular için “ancak” veya buna benzer bir ifade kullanılmadığından, ilgili konulara ilişkin güvence ve teminat açısından en az ve asgari bir norm gösterildiğini kabul etmek gerekecektir. Dolayısıyla Anayasa koyucu tarafından madde içeriğinde “ancak, “sadece” vb. bir ifade geçmediği için Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenleneceği belirtilen konuların, hiyerarŖide daha üsteki bir norm olan kanunlarla da düzenlenebilmesini

²⁴ Yavuz ATAR, bazılarının değil tüm Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin kanunla eŖdeđer olduğu görüŖündedir: “Anayasanın bu hükümlerinden anlaşılacağı üzere, kanunlar ile Cumhurbaşkanlığı kararnameleri Türk pozitif hukukundaki ‘normlar hiyerarŖisi’ bakımından kural olarak aynı düzeydedirler... Cumhurbaşkanlığı kararnameleri kanunların altında yer alıyor olsaydı, Anayasa koyucu, ‘Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kanunlarda farklı hükümler bulunması halinde kanun hükümleri uygulanır’ Ŗeklinde bir düzenleme yapmaya gerek duymazdı...” Bkz. Türk Anayasa Hukuku, Ankara: Seçkin Yayınları, 2018, s.276.

²⁵ GÖZLER, Kemal: Türk Anayasa Hukuku, Bursa, Ekin Kitabevi, 2018, s.887.

²⁶ ÖZBUDUN, 2004, s.251. Ayrıca Bkz. GÜNDAY, Metin: İdare Hukuku, İmaj, Ankara 2017, s.659.

benimsemek uygun olacaktır. Dolayısıyla Anayasanın 128’inci maddesinde örneğindeki gibi, memurların atanmaları, özlük haklarının kanunla düzenlenmesinin öngörülmesine rağmen, madde metninde “ancak” sadece” vb. özel bir vurgu belirtilmediği için, yasama organınca; istenirse ilgili konu doğrudan kanunla düzenlenebileceği gibi kanun koyucu olarak temel esasları ve çerçevesi çizilerek yürütme yetkilendirilebilir. Bu şekilde yasama organı tarafından yürütmeye yetki verilerek bu konu ayrıca Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile de düzenlenebilecektir. Bu şekilde kanunla yetkilendirilmiş yani kanun gücüne kavuşturulmuş şekilde yürütme organı tarafından Cumhurbaşkanlığı kararnamesi de çıkarılabilecektir. Ayrıca Anayasada kanunla düzenleneceğine ilişkin herhangi bir kısıtlama ve ifade bulunmayan konularda, kanun gücünde sonuç doğuracak şekilde, Cumhurbaşkanı tarafından yürütme yetkisine girdiği ileri sürülerek Cumhurbaşkanlığı kararnamesi de çıkarılabilecektir.²⁷

Cumhurbaşkanlığı kararnameleri konusunda, Anayasa m.104’de verilen genel yetki dışında, m.106’da gösterilen düzenleme alanlarının bir mahfuz alanı değil, sadece bir tespiti ifade ettiğini ileri süren görüşler yanında, ayrıca bu maddelerin yorumlamada oluşan tüm sorulara cevap veremediği ve bu şekilde Anayasanın sorunlu yazıldığı iddia eden görüşler de bulunmaktadır.²⁸ Buna ilişkin bir örnek olarak anayasanın değişen yeni maddelerinden biri olan m.104/17-2’deki “Anayasanın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleriyle dördüncü bölümde yer alan siyasi haklar ve ödevler Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenemez” ifadesi gösterilmektedir. Bu ifadeden Anayasanın ikinci kısmının bir ve ikinci bölümleri olmasa da üçüncü bölümünde yer alan “Sosyal ve Ekonomik hak ve özgürlükler” alanının Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenebileceği “mefhum-u muhalifinden” anlaşılmaktadır. Oysa tüm sosyal ve ekonomik haklar için bu şekilde hareket edilse dahi Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile bunların düzenlenemeyeceğini hatırlatmak gerekecektir. Çünkü Anayasa m.104/17-2’de yer alan ifade ile kastedilen tam olarak doğru gözükmemektedir. Özellikle Sosyal ve ekonomik hak ve özgürlüklere ilişkin Anayasada yer alan bazı hakların ancak kanunla düzenlenebileceği zaten Anayasada ayrıca belirtilmektedir. Örneğin bu haklardan biri olarak m.50’ye göre: “Ücretli hafta ve bayram tatili ile ücretli yıllık izin hakları ve şartları kanunla düzenlenir” hükmü sebebiyle “Anayasada kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamayacağı, ancak Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile düzenleneceği belirtilen konularda dahi Meclisin kanun yapabileceği sonucu doğmaktadır.”²⁹

Mahfuz alanın olmayacağına ilişkin diğer bir örnek de Anayasa m.106/son hükmündeki “Bakanlıkların kurulması, kaldırılması, görevleri ve yetkileri, teşkilat yapısı ile merkez ve taşra teşkilatlarının kurulması Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenir” gereğince yürütmeye yer alan bakanlıkların görev ve yetkilerinin “ancak ve sadece” Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenebileceğinin kabul edilmesi durumudur. Bu görüş kabul edilirse halihazırda İçişleri Bakanlığı’nın görev ve yetkilerinin düzenlendiği 2559 sayılı “Polis Vazife ve Salahiyetleri Kanunu”nun yasama organı devreye girmeksizin bir Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile ilga edilerek yeniden düzenlenmesi gibi bir sonuç söz konusu olabilecektir. Oysa kanunların yerine Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin geçemeyeceği aşikardır. Ayrıca Anayasa m.104/17’de yer alan temel hak ve özgürlüklere ilişkin gösterilen sınır bu kararnamelerin çıkarılması açısından da geçerlidir ve bu tür yetkilerin kararnameyle düzenlenmesi mümkün değildir. Bu örnekleri yürütmeye dair hem teşkilatlanma yetkileri hem de diğer maddeler açısından çoğaltmak mümkündür.³⁰

²⁷ YILDIRIM, Turan: “Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri”, MÜHFD, 23(2), s.13 – 28, 2017, s.26.

²⁸ Anayasada kararnameler için mahfuz bir düzenleme alanının varlığını savunan yazarlar arasında: GÖZLER, Kemal: Türk Anayasa Hukuku, Bursa: Ekin Kitabevi Yayınları, 2018, s.867-868, KARATEPE, Şükrü: Türk Anayasa Hukuku, Ankara: Savaş Yayınevi, 2018, s.295, ATAR, Yavuz: Türk Anayasa Hukuku, Ankara: Seçkin Yayınları, 2018, s.190, TUNÇ, Hasan: Türk Anayasa Hukuku, Ankara: Gazi Kitabevi, 2018, s.223-224 yer alırken karşı görüştekiler arasında: TANÖR, Bülent, YÜZBAŞIOĞLU, Necmi: 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, İstanbul: Beta Yayınları, 2018, s.438, ÖZBUDUN, Ergun: Türk Anayasa Hukuku, Ankara: Yetkin Yayınları, 2018, s.249, ARDIÇOĞLU, M. Artuk: “Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi”, Ankara Barosu Dergisi, S.3, 2017, s.37, GÜNDAY, Metin: İdare Hukuku, İmaj, Ankara 2017, s.659 bulunmaktadır.

²⁹ ARDIÇOĞLU, agm, s.39.

³⁰ SEVER, Dilşad Çiğdem: “Cumhurbaşkanının Teşkilatlanma Konusundaki Yetkileri ya da “Parthenogenesis” Olmak”, Cumhurbaşkanının İşlemleri: Hukuki Niteliği, Normlar Hiyerarşisindeki Yeri ve Denetimi, Kamu Hukukçuları Sempozyumu Bildiri Metni, 2019, s.2.

C. Yönetmelik Gücündeki Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri

Anayasanın 124'üncü maddesi gereğince: “Cumhurbaşkanı, bakanlıklar ve kamu tüzelkişileri, kendi görev alanlarını ilgilendiren kanunların ve Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak şartıyla” yayınladıkları normlara yönetmelik denilmektedir.

Yönetmelikler, “yasama yetkisinin devredilmezliği” ilkesinin Anayasal istisnaları arasında yer aldığından “objektif/kaide kararname” olarak da bilinmektedirler. Kanunların ve Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin uygulanmasını sağlamak için çıkarılan yönetmelikler ile ilgili olarak daha önceleri de benzer şekilde Bakanlar Kurulunun yönetmelik çıkarma yetkisinin içeriği hukuken tartışılmıştı. Konu hakkında, Anayasa Mahkemesinin 1969 yılında verdiği bir kararda, “Yasama organının verdiği yetkiyle Bakanlar Kurulu tarafından çıkarılan “kararnamelerin” hukuki niteliğinin aslında “Bakanlar Kurulu yönetmeliği” şeklinde sayılabileceğine”³¹ hükmetmişti. Bahsedilen durumun tam tersi olarak; yeni Anayasa değişiklikleri sonrasında, bazı kararnamelerin adı Cumhurbaşkanlığı kararnamesi olsa da türev yetki niteliğinde olduklarından, aslında Cumhurbaşkanlığı yönetmeliğine eşdeğer kabul edilebilmeleri mümkün gözükmektedir. Örneğin Anayasa m.73’de gösterilen “*Vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülüklerin muafık, istisnalar ve indirimleriyle oranlarına ilişkin hükümlerinde kanunun belirttiği yukarı ve aşağı sınırlar içinde değişiklik yapmak yetkisi Cumhurbaşkanına verilebilir*” şeklinde ve benzeri m.167/2’de görülebilen konuların, hangi normla düzenleneceği gösterilmeyip Cumhurbaşkanına bırakılmış olduğundan, bu konular eğer Cumhurbaşkanı tarafından kararname ile düzenlenirse, aslında bunların birer yönetmelik gücündeki kararnameler olarak görülmesi gerektiğini düşünürüz. Dolayısıyla da daha önceki tartışmalarda yer aldığı üzere, bir yetki kanununa dayandığı ve daha önce Bakanlar Kurulu tarafından çıkarılan kararnamelerde, yargı denetiminde idari yargı görevli olduğundan aynı şekilde yönetmelik gücündeki Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin denetiminde de idari yargının görevli olması gerektiği ileri sürülebilecektir.³²

Ç. Parlamento Kararı Benzeri Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri

Yasama organının iç yapısına ve çalışma düzenine ilişkin olarak veya yasamanın, yürütme ve yargı organlarıyla ilişkileri çerçevesinde aldığı kararlar olarak bilinen “parlamento kararları”, yasamanın çıkardığı kanunlardan farklıdır. Bu farklılık ancak içeriklerine bakılarak anlaşılabilir. Örneğin vatandaşlar için uyulması zorunlu, bağlayıcı, genel hukuk kuralları parlamento kararıyla belirlenemez. Dolayısıyla da parlamento kararları ancak maddî mahiyetlerine göre, yani içeriklerine göre tanımlanabilecektir. O halde, yasama organının her kararı nasıl ki doğrudan” kanun” özelliği taşıyorsa Cumhurbaşkanının her kararı da doğrudan kararname gücünde bir norm olarak görülmemesi gerekecektir. Yasama organının; “yasama dokunulmazlığının kaldırılması”, “Meclisin tatile girmesi”, “Savaş ilânı”, “Kalkınma plânlarının onaylanması” şeklindeki Anayasada gösterilen kararları, birer parlamento kararıdır ve yargı denetimine tabi değildir. Aynı şekilde, Anayasada yürütmenin başı olan Cumhurbaşkanının, parlamentonun feshi (seçimlerin yenilenmesi kararı), kanunları yayımlaması, tekrar görüşülmek üzere TBMM’ye geri göndermesi, Anayasa Mahkemesinde iptal davası açması gibi salt idari nitelikte olmayan ve siyasal nitelikteki kararları da yargı denetimine tabi olmadığından, aslında bir karar olarak “Parlamento kararına benzeyen Kararnameler” olarak kabul edilmesi gerekecektir.

D. Bireysel İdari İşlem Niteliğindeki Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri

Anayasa ile Cumhurbaşkanına verilen yetkiler arasında, genel düzenleyici işlem niteliği taşımayan sadece belirli kamu personelinin göreve atanması veya görevine son verilmesine yönelik birel nitelikteki idari işlemler de bulunmaktadır.³³ Örneğin Anayasa m.104/8’de yer alan: “*Cumhurbaşkanı yardımcılarını ile bakanları atar ve görevlerine son verir*” şeklinde düzenleme ve

³¹ Anayasa Mahkemesinin 25.10.1969 tarih ve E:1967/41, K:1969/57 sayılı kararı.

³² ÜLGEN, s.12.

³³ Anayasada Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin düzenleyici nitelikte olacaklarına dair hiçbir açıklayıcı hükme yer verilmediği ileri sürülmekte, bu kararnamelerin düzenleyici niteliklerinin gösterilebilmesi açısından Cumhurbaşkanlığı kararnamesi şeklinde yapılan isimlendirme yerine “Cumhurbaşkanı nizamnamesi”, “Cumhurbaşkanlığı tüzüğü” ya da “Cumhurbaşkanının düzenleyici kararnameleri” şeklinde bir isimlendirme yapılmasının daha doğru olacağı savunulmaktadır. Bkz. GÖZLER, Kemal: Türk Anayasa Hukuku Dersleri, Bursa: Ekin Basım Yayın Dağıtım, Güncellenmiş 23. Baskı, 2019, s.365-366.

m.104/9'daki; "Üst kademe kamu yöneticilerini atar, görevlerine son verir ve bunların atanmalarına ilişkin usul ve esasları Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenler" bunlara örnektir. Ancak bu tür işlemlerin Anayasada, "cumhurbaşkanı kararnamesi"nden farklı olarak sadece "Cumhurbaşkanı kararı" ile yapılabileceğine ilişkin herhangi bir ifade yer almamaktadır. Diğer bir ifadeyle Anayasada Cumhurbaşkanlığı kararnamelerine yer verilmesine rağmen düzenleyici olmayan birel nitelikteki işlemler için "Cumhurbaşkanı kararları" ifadesine yer verilmemesi ve aralarında açık bir ayırım yapıldığına yönelik bir düzenleme veya bir ifade bulunmaması sebepleri ile genel düzenleyici işlem niteliği taşımayan sadece belirli kamu personelinin göreve atanması veya görevine son verilmesine yönelik birel nitelikteki işlemlerdeki yetkilerin Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kullanılması da söz konusu olabilecektir.³⁴ Ancak bu tür bir Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin çıkartılması halinde önemli sorunların oluşumuna sebep olabilecektir. İlk olarak bireysel atamalara yönelik Anayasada düzenlenen bu iki madde arasında bazı farklılıklar göze çarpmaktadır. Anayasa m.104/9 metni, yeterli açıklıkta yazılmadığından dolayı; m.104/8'de geçtiği gibi sadece Cumhurbaşkanına verilen bir yetkinin açıklandığı ve Cumhurbaşkanının sadece "üst kademe yöneticilerin atanmalarına ilişkin usul ve esasların" kararname ile düzenleyebileceği şeklinde anlaşılabilir. Bahse konu maddenin ikinci cümlesindeki usul ve esaslar, "düzenleyici" niteliği ve "kişilik dışı" özelliği sebebiyle birel bir işlem olmadığı için doğrudan Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenleneceği belirtilmiş olduğu var sayılmaktadır. Eğer madde içeriği bu şekilde anlaşılırsa; Cumhurbaşkanının atama ve görevden alma işlemlerinin Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenleneceği gibi bir anlam çıkmayacak ve belki de Cumhurbaşkanının yapabileceği diğer düzenleyici bir işlem adıyla çıkacak ve böylelikle birel bir işlem olacağından denetimi de Anayasa yargısının değil idari yargının görev alanına girecektir. Bu düşüncüyü destekleyen diğer bir Anayasa maddesi m.108'deki "Devlet Denetleme Kurulu" hakkındaki maddedir. Buna göre; "Devlet Denetleme Kurulunun Başkan ve üyeleri, Cumhurbaşkanınca atanır." denilerek Cumhurbaşkanının sadece atama yapma yetkisine işaret edilmiştir. Ancak bu atama yetkisini Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile yapılacağı gösterilmemiştir. Oysa diğer cümlede, Devlet Denetleme Kurulu ile ilgili düzenleyici nitelikte kişilik dışı işlemlerin Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile yapılacağı; "Devlet Denetleme Kurulunun işleyişi, üyelerinin görev süresi ve diğer özlük işleri, Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenir" şeklinde belirtilmiştir. O halde, Anayasada yer alan içeriğe göre, Cumhurbaşkanı tarafından bazı kamu görevlilerinin atama ve görevine son verme amaçlı her türlü birel nitelikteki işlemleri; "Cumhurbaşkanlığı kararnamesi" ile değil "Cumhurbaşkanı kararı" veya diğer adsız idari işlemlerle yapılacaksa bu tür işlemlerin denetiminde idari yargı kendini yetkili görebilecektir. Eğer bahsedilen atama ve görevden almalar, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile yapılırsa, bu tür kararnameler de sadece Anayasa mahkemesinin denetimine tabi olduğundan birçok hak arama sorunu ortaya çıkacaktır. Bireysel atama ve görevden almaların Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile yapılması sonrası muhtemel hak arama sorunu oluşturmaması için bu tür kararnamelerin maddi içerik kriterinden hareketle "Bireysel idari işlem niteliğindeki Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri" denilerek idari yargı tarafından incelenerek denetlenmesi de söz konusu olabilecektir.

Bahsi geçen Anayasa maddelerinde Cumhurbaşkanı tarafından birel değil kişilik dışı, genel ve düzenleyici nitelikteki konular Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenmesi halinde bu tür kararnamelerin Anayasaya uygunluk açısından yargı denetiminin Anayasa yargısı tarafından yapılacağı açıktır. Diğer yandan Cumhurbaşkanı tarafından, Cumhurbaşkanlığı yardımcılığı, bakanlıklara ve bakan yardımcılıklarına ilişkin tüm atamaları, birer siyasi atama kabul edilerek Cumhurbaşkanının görevi sona erdiğinde doğrudan bu görevlerin de kendiliğinden son ereceği kabul edildiğinde, bu tür atamalara karşı yargı denetiminin söz konusu olamayacağı da savunulabilir. Ancak diğer üst kademe yöneticilerin atanmalarına ilişkin usul ve esasları gösteren (m.104/9) Cumhurbaşkanlığı kararnamesine göre, diğer her türlü atama ve görevden almalara karşı hangi ad altında yapılırsa yapılsın bunlar birel işlemler sayıldığından denetiminin de idari

³⁴ "Cumhurbaşkanının bireysel işlemleri için de mükemmel olarak "Cumhurbaşkanlığı kararnamesi" terimi kullanılabilir. Cumhurbaşkanının düzenleyici işlemleri için de "karar" kelimesi kullanılabilir... "Karar" veya "Kararname" kelimelerinden yola çıkılarak bir işlemin bireysel bir işlem mi, yoksa düzenleyici işlem mi olduğu anlaşılabilir. Biz Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin veya Cumhurbaşkanlığı kararlarının isimlerinden bağımsız olarak düzenleyici işlem veya bireysel işlem olabileceğini düşünüyoruz." Bkz. GÖZLER, Kemal: Türk Anayasa Hukuku, Bursa, Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2018, s.811.

yargıya tabi olduğunun ileri sürülmesi gerekecektir.³⁵

IV. SONUÇ

2017 yılı halk oylamasında kabul edilen Anayasa değişikliklerinin ardından “Cumhurbaşkanlığı kararnamesi” adı altında yeni bir hukuk normu ortaya çıkmıştır. Daha önceki parlamenter sistemde görülen “Kanun hükmünde kararnameler” ile “Bakanlar Kurulu kararnamesini”³⁶ andıran bu normun, hiyerarşideki yerinin belirlenmesi önemli bir sorun oluşturmaya aday gözükmektedir.

Anayasa tarafından yürütme organını temsil eden Cumhurbaşkanına verilen düzenleme yetkisi ve onun sonucu olan “Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi” normunun gücü ve geçerliliği açısından tekdüze değil birkaç türünün bulunduğu düşünülmektedir. Bu tür normların Anayasada düzenlendiği şekliyle geçerliliği açısından tek bir norm şeklinde sonuç doğurmadığından ve etkililiği açısından tek düze görülemeyeceğinden dolayı normlar hiyerarşisindeki yerinin tespitinde, yargı denetimi yapan organ tarafından normun isminden hareketle şekli veya organik kriter yerine mutlaka maddi içeriğine bakılması gerektiği önerilmektedir.

Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin etkililik ve efektiflik açısından yargı mercilerince değerlendirme yapılmadığı takdirde normlar hiyerarşisinde çeşitli bozulmalar yaşanabileceği ve hukuk düzeninde geçerli olduğu kabul edilen hiyerarşi yerine yatay ve eşdeğer normlar karmaşası oluşabileceği dolayısıyla Anayasada bu tür normların sınırlarının tekrar belirlenmesi veya Anayasa yargısının bu tür normlarda içerik denetimi yapması önerilmektedir.

Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin sadece genel düzenleyici konularla sınırlı olmaması, birel konuları içermesi yanında yürütmenin ihtiyaç duyulan tüm konularına ilişkin de çıkarılabilmesinin oluşturacağı sorunları giderebilmek için maddi içerik kriterinin çözüm üretebileceği gösterilmektedir.

³⁵ Yürütmeyi temsil eden Cumhurbaşkanlığı makamı, Anayasada geçerse de kendisine verilen görev ve yetkilere uygun olarak yönerge, genelge, talimat, genel emir, tarife vb. adsız düzenleyici işlemleri de yapabilecektir. Bu tür işlemlere karşı ilk derece mahkemesi olarak Danıştay’da dava açılabilir. Bkz. GÖZLER, Kemal: Türk Anayasa Hukuku, Bursa: Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2018, s.809.

³⁶ Özellikle Anayasanın 104’üncü maddesinin 17’nci fıkrasında dayanılarak çıkarılacak Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri dikkate alındığında, bunların 1971 yılında Türk hukuk sisteminde anayasaya dahil edilen organik bakımdan “yürütme işlemi”, fonksiyonel yönden ise “yasama işlemi” niteliğinde sayılan olağan dönem “Kanun Hükmünde Kararnameler”e değil daha çok Bakanlar Kurulu Kararnamelerine benzetilmesi uygun olacaktır. Çünkü parlamenter sistemdeki KHK’lar, öncelikle yasama organının iradesinden kaynaklanan, bir yetki kanununa dayanan “türevsel” nitelikte bir yetki idi. Buna karşılık şu andaki Cumhurbaşkanlığının Kararname çıkarma yetkisi, yürütme organına “asli” bir düzenleme yetkisi tanımaktadır. Ayrıca KHK’lar mevcut kanunlarda değişiklikler yapabiliyordu. Oysa Cumhurbaşkanlığının Kararnameleri kanunları değiştiremediği gibi aynı konuda çıkarılmış kanunlarla Cumhurbaşkanlığının Kararnamelerini hükümsüz kılmak mümkündür (Anayasa m.104/17). Zaten 1982 Anayasası’nın ilk halinde yer alan mülga 107’nci maddesine göre “Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliğinin kuruluşu, teşkilat ve çalışma esasları, personel atama işlemleri Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenir”di. Dolayısıyla, “Cumhurbaşkanlığı kararnamesi” kavramının Anayasa’nın mülga 107’nci maddesinden esinlenerek kabul edildiği, bu şekildeki bir kararname geçmişinin de yürütmenin sorumsuz kadını teşkil eden Cumhurbaşkanının yeni sistemde tek sorumlu olması sonrasında kanun gücünde olmayan ancak düzenleyici bir işlem çıkarabilme ihtiyacı için verildiği ileri sürülebilir. Aksi görüş olarak; “Sert kuvvetler ayrılığı anlayışı kararname yetkisine de yansımıştır. Yasama organının “yetki kanunu” ile Bakanlar Kuruluna KHK çıkarma yetkisi verme uygulaması yerine, doğrudan Anayasa’dan kaynaklı bir yetkiyle çıkarılan CBK uygulamasına geçilmiştir... KHK’dan CBK’ya değişen hukuki rejimi tarihsel açıdan karşılaştırdığımızda Bakanlar Kurulunun çıkardığı KHK’lardan, yürütme yetkisini tek başına kullanan Cumhurbaşkanının çıkardığı CBK’lara geçiş olduğu görülmektedir.” Bkz. EREN, Abdurrahman: “Anayasa Mahkemesinin Kanun Hükmünde Kararnamelere İlişkin İçtihadı Doğrultusunda Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Değerlendirilmesi”, Anayasa Yargısı, 36(1), 2019, s.10-16.

KAYNAKÇA

- AKYILMAZ, Bahtiyar/SEZGİNER, Murat/KAYA Cemil: Türk İdare Hukuku, Ankara, Seçkin Yayınları, 2017.
- ARDIÇOĞLU, M. Artuk: “Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi”, Ankara Barosu Dergisi, S.3, s.21-51, 2017.
- ATAR, Yavuz: Türk Anayasa Hukuku, Ankara: Seçkin Yayınları, 2018.
- BALTA, Tahsin Bekir: Türkiye’de Yürütme Kudreti, Ankara, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilimler Fakültesi Yayını Ajans Türk Matbaası, 1960.
- EREN, Abdurrahman: “Anayasa Mahkemesinin Kanun Hükmünde Kararnamelere İlişkin İçtihadı Doğrultusunda Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Değerlendirilmesi”, Anayasa Yargısı, 36(1), 2019, s.1–72.
- GÖZLER, Kemal/KAPLAN, Gürsel: İdare Hukuku Dersleri, Bursa, Ekin Kitabevi, 2016.
- GÖZLER, Kemal: Anayasa Hukukunun Genel Teorisi, Cilt II, Bursa, Ekin Kitabevi, 2011.
- GÖZLER, Kemal: Hukukun Genel Teorisine Giriş, Ankara, US-A Yayıncılık, 1998.
- GÖZLER, Kemal: Türk Anayasa Hukuku, Bursa, Ekin Kitabevi, 2018.
- GÖZLER, Kemal: Türk Anayasa Hukuku Dersleri, Ekin Kitabevi, 21. Baskı, Bursa, 2017.
- GÜNDAY, Metin: İdare Hukuku, İmaj Yayınları, Ankara 2017.
- GÜNEŞ, Turan: Türk Pozitif Hukukunda Yürütme Organının Düzenleyici İşlemleri, AÜSBF Yayınları No: 191-173, Sevinç Matbaası, Ankara, 1965.
- İBA, Şeref, SÖYLER, Yasin: “Yeni Hükümet Sisteminde Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile Cumhurbaşkanı Kararının Nitelik Farkı ve Hukuki Sonuçları”, Anayasa Yargısı, 36(1), 2019, s.195–223.
- KARATEPE, Şükrü: Türk Anayasa Hukuku, Ankara: Savaş Yayınevi, 2018.
- KELSEN, Hans: *Theorie Pure Du Droit*, Paris, Daloz, 1962.
- MALBERG, Raymond Carré: *Contribution a la Théorie Générale de l’Etat*, Paris: Dalloz, 2004.
- ÖZBUDUN, Ergun: Türk Anayasa Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 2012.
- ÖZBUDUN, Ergun: Türk Anayasa Hukuku, Ankara, Yetkin Yayınları, 2017.
- ÖZBUDUN, Ergun: Anayasa Hukuku, Eskişehir, Anadolu Üni. Yayınları, 2004.
- RAZ, Joseph: “Kelsen’s Theory of the Basic Norm”, *The American Journal of Jurisprudence*, 19(1), pp. 94–111, 1974.
- SARICA, Ragıp: Türkiye’de İcra Uzunun Tanzim Salahiyeti, İstanbul, 1943.
- SEVER, Dilşad Çiğdem: “Cumhurbaşkanının Teşkilatlanma Konusundaki Etkileri ya da “Parthenogenesis” Olmak”, Cumhurbaşkanının İşlemleri: Hukuki Niteliği, Normlar Hiyerarşisindeki Yeri ve Denetimi, Kamu Hukukçuları Sempozyumu Bildiri Metni, 2019.
- SEZER, Abdullah: “Normlar Hiyerarşisi ve Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri [Çok Boyutlu Normlar Piramidi Yaklaşımı]”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, 36(1), s.353-412, 2019.
- SÖYLER, Yasin: *Yeni Başkanlık Sisteminde Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2018.
- TANÖR, Bülent, YÜZBAŞIOĞLU, Necmi: 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, Beta Yayınları, İstanbul, 2012.
- TANÖR, Bülent, YÜZBAŞIOĞLU: Necmi, 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, İstanbul: Beta, Tıpkı 18. Basım, 2019.
- TEZİÇ, Erdoğan: Anayasa Hukuku, Beta Yayınları, İstanbul, 2012.
- TUNÇ, Hasan: Türk Anayasa Hukuku, Gazi Kitabevi, Ankara, 2018.
- TURHAN, Mehmet: “Hans Kelsen’e Göre Anayasa Kavramı, Anayasanın Fonksiyonu ve Anayasa Yargısı”, *Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S.1, s.203-226, 2018.
- ÜLGEN, Özen: “Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Niteliği ve Türleri”, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S.1, 2018.
- WACKS, Raymond: *Hukuk Kuramını Anlamak*, Çev. Fatma SÜZGÜN, Şahin-Sedat ÜNVER, Astana Yayınları, Ankara, 2016.
- YAYLA, Yıldızhan: *İdare Hukuku*, İstanbul, Beta Yayınları. 2009.
- YENİAY, Lokman/YENİAY, Gülden: “Türk Hukukunda Yürütme Organının Düzenleme Yetkisi ve Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi”, *Anayasa Yargısı*, 36(1), 2019, s.105–138.
- YILDIRIM, Turan: “Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri”, *MÜHFD*, 23(2), s.13–28, 2017.
- YILMAZ, Harun: “Türk Hukukunda Düzenleme Yetkisinin Tarihsel Gelişimi ve Niteliği”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S.110, s.219-240, 2014.

Anayasa Mahkemesi Kararları:

- Anayasa Mh. E.1996/5, K.1996/26, Kt.26.06.1996, RG.30.06.2001-24448.
- Anayasa Mh. E.1967/41, K.1969/57, Kt. 25.10.1969, RG. 09.04.1971.
- Anayasa Mh. E. 2001/424, K. 2001/354, Kt. 22.11.2001, RG. 04.02.2003.

AVRUPA'DA BURKA YASAKLARI ÜZERİNE BİR İNCELEME

AN ANALYSIS OF BURQA BANS IN EUROPE

Kemal Efe SAYIN*  

Makale Bilgi

Gönderilme: 18/02/2020
Kabul: 28/04/2020

Anahtar Kelimeler

*Burka Yasağı,
Din ve Vicdan
Özgürlüğü,
Dini Semboller,
Dini Kıyafetler.*

Article Info

Received: 18/02/2020
Accepted: 28/04/2020

Keywords

*Burqa Ban,
Freedom of Religion,
Religious Symbols,
Religious Clothes.*

Özet

Herkes düşünce, din ve vicdan özgürlüğüne sahiptir. Bu hakkın içsel bir alanı olduğu kadar devletin müdahalesine konu olma ihtimali yüksek bir dışsal alanı da bulunmaktadır. Dini inancı açığa vurma hakkı da bu kapsamda korunmaktadır. Kişiler dini inançlarını dışarıya yansıtırken, dini semboller ve kıyafetler kullanabilirler. Ancak devletler, kişilerin dini sembol ve kıyafetler kullanmasını birtakım amaçlarla sınırlayabilir. Bu sınırlamalar da ayrımcılık içerebilir. Son yıllarda Avrupa'ya doğru artan göç dalgası ile göçmenler beraberlerinde dini uygulamalarını, dolayısıyla dini sembol ve kıyafetlerini de getirmişlerdir. Bu da iş yaşamında, kamuya açık alanlarda, eğitim kurumlarında, güvenlik geçişlerinde hatta kimlik kartlarına koyulacak fotoğraflarda dahi tartışmalara sebep olmuştur. Bu çalışmanın konusunu ise kamuoyunda burka yasakları olarak bilinen, yakın zamanda Avrupa'da çoğu devlette peş peşe kanunlaşan yüzü örten kıyafetler giyme yasağı oluşturmaktadır. Makalede yasakların kanunlaşma süreci ulusal ve uluslararası mahkeme kararları ışığında ele alınacak ve yasaklara ilişkin devletler tarafından ileri sürülen meşru amaçlar ile kamuoyundaki ve literatürdeki tartışmalar karşılaştırmalı bir yaklaşımla ortaya konulacak ve incelenecektir.

Abstract

Everyone is entitled to the freedom of thought, religion and consciousness. Exposing one's religious belief is also protected within this scope. This right has an internal sphere as well as an external sphere that can be the subject of state violation. While exposing their religious beliefs, people can use religious symbols and wear religious clothes. However, for some purposes, states can restrict people's use of religious symbols and clothes. These restrictions may also include discriminatory measures. With the increasing flow of migration to Europe, people have also brought together their religious practices, and thus their religious symbols and clothes. This had repercussions with regards to the education, work life, public spaces, security points, and even photos on the IDs, and thus sparked a discussion regarding these issues. The subject of this study is the ban on clothes covering faces, which is widely known as burqa ban in public opinion and becoming a law day by day in European countries. This study will approach to this process from a comparative perspective within the light of national and supranational court decisions and will discuss the legitimate means regarding the bans raised by the respective countries and will evaluate the discussions in the public opinion.

I. GİRİŞ

Din ve vicdan özgürlüğü tarihsel bakımdan öncül haklardan biridir. Birinci kuşak haklardan olan bu hakkın ulusal ve uluslararası hukuk belgelerinde yer alması da gecikmemiştir. T.C. Anayasası'nın 24. maddesi, İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin 18. maddesi, Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme'nin 18. Maddesi ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 9. maddesi din ve vicdan özgürlüğüne düzenleme getirmiştir.

Din ve vicdan özgürlüğünün güvence altına alınması hem farklı inanç ve düşüncelerin barış içinde bir arada yaşaması hem de inancın ibadet vb. biçimlerle açığa vurulması gibi halleri de güvence altına alır. İnsan Hakları literatüründe din ve vicdan özgürlüğü forum internum ve forum externum olarak iki boyuta ayrılır.¹ Forum internum öznel/bireysel alan anlamına gelir ve kişinin sınır konulamaz iç dünyasını ifade eder. Devletin bu husustaki yükümlülüğü telkin ve endoktrinasyondan kaçınmak ve bir dinin tarafını tutmamaktır. Forum externum ise dışsal alanı betimler, dini inancın açığa vurulması yani; dini ritüeller, uygulamalar ve ibadetler, dini topluluk yaşamı ve nihayetinde dini kıyafet ve semboller çeşitli sınırlandırmalara konu olabilir.

Batı Avrupa'da günümüze kadar gerçekleşen dini tartışmalar kilise-devlet-toplum ilişkileri ve Hristiyanlığın mezhepsel ayrışmalarla dönüşümü eksenindedir.² Din ve vicdan özgürlüğü de böyle bir iklimde muhafaza altına alınmış ve Avrupa'nın liberal demokrasiyle beraber bireyselleşmesi ve sekülerleşmesi ile devam etmiştir. Son yıllarda ise Avrupa'ya milyonlarca Müslüman göçmüş ve toplum hayatında görünür olmuştur.³ Bu durum da tartışmalara yeni bir boyut katmıştır. Dini farklılıklara hoşgörünün sınırı nedir? Dini inancın açığa vurulması hangi durumlarda sınırlandırılabilir?

11 Eylül 2001 tarihinde El-Kaide'ye bağlı olduğu düşünülen kişilerce kaçırılan uçaklarla ikiz kulelere ve Pentagon binasına yapılan saldırı ve daha sonra Avrupa'nın çeşitli yerlerinde meydana gelen radikal İslam ile ilişkilendirilen saldırılar, Avrupa'da yaşayan Müslümanların hayatını daha da zorlaştırmıştır. Müslümanların yaşayış biçimlerinin Avrupa toplumuna uymadığı, liberal demokratik toplum değerlerini kökünden sarsacakları gibi yargılar tartışılmıştır. Bu tartışmaların görünür olduğu ve hukukta yasalastığı konulardan biri de başörtüsü (hicap), nikap (peçe) ve burka; islami kıyafetler, örtüler ve semboller hakkındaki düzenlemelerdir.

Bu çalışmanın konusunu ise belirli olarak “burka yasakları” oluşturmaktadır. Fransa'da 2004 yılında yürürlüğe giren düzenleme ile ilk ve orta dereceli okullarda öğrencilerin “gösterişli dini semboller ve kıyafetler” kullanması yasaklanmıştır. Burka yasakları bağlamında ise Fransa'da Nisan 2011'de yürürlüğe giren düzenleme ile kamuya açık alanda burka ve peçe takmak yasaklanmıştır. Fransa'yı ilk olarak Belçika takip etmiş ve Temmuz 2011'de yüzü tamamen veya kısmen kapatan kıyafetlerin giyilmesi kamuya açık alanlarda yasaklanmıştır. Kanunların isimleri her ne kadar “kamuya açık alanlarda yüzün kısmen veya tamamen kapatılmasına ilişkin kanun” şeklinde olsa da, söz konusu kanun “burka yasağı” olarak anılmış ve bu çalışmada da başka bir İslami örtünme biçimi olan nikabı (peçe) da içine alarak, bu ifade ile tekrarlanmıştır. Burka yasağını diğer dini sembol ve kıyafet yasaklarından ayıran nokta temelde yüzü kapatmasıdır. Yapılan kanuni düzenlemelerde de yüzün kapatılması yasaklanmaktadır. Örneğin; burkini giyen kadınların da plaj ve havuzlarda para cezası veya burkininin çıkarılması vb. yaptırımlara uğradığı muhakkaktır. Ancak bu çalışmada belirli olarak yüzü örten burka yasakları incelendiğinden, burkini, başörtüsü veyahut diğer islami dini sembol ve kıyafetlere değinilmemiştir.

Bu çalışmada öncelikle yasakların kanunlaşma sürecinden söz edilecek, daha sonra İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin (İHAM) ve Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi'nin konuya ilişkin kararları incelenecek ve nihayetinde yasakların gerekçelerine ilişkin tartışmalara dair zıt görüşler karşılaştırılarak değinilecektir. Kanunlaşma sürecinin incelenmesine yasakların gündeme geldiği ve yoğun olarak tartışıldığı ilk ülke olan Fransa'dan başlanarak takip eden ülkelerin benzer kanunlaştırmaları belirtilecektir. İHAM ve İnsan Hakları Komitesi'nin burka yasakları hakkında detaylı bir inceleme yaparak içtihatlarını oluşturdukları ve benzer maddi

¹ DOĞRU, Osman/NALBANT, Atilla: İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar, C.2, Legal, İstanbul, 2013, s.121.

² Ayrıntılı bilgi için bkz., ROBERT, Jacques: Batı'da Din-Devlet İlişkileri, çev. İzzet Er, İstanbul: İz Yayıncılık, 1998.

³ Avrupa'da Artan Müslüman Nüfusu Hakkında Yapılan Bir Araştırma İçin Bkz.: Europe's Growing Muslim Population, Pew Research Center <https://www.pewforum.org/2017/11/29/europes-growing-muslim-population/>

olayları içeren takip eden davalarda rehber edindikleri önemli kararlar ise bu çalışmada incelenecek kararların seçiminde göz önüne alınacaktır.

II. DİNİ SEMBOL VE KIYAFETLERİN TANIMI İLE İSLAMİ ÖRTÜNME BİÇİMLERİ

Dini sembol ve kıyafetler dar ve geniş anlamda tanımlanabilir. Dar anlamda dini sembol ve kıyafetlerin kullanımı, kişinin inandığı dinin emrettiği şekilde giyinmesi ve o dine ait semboller taşımasıdır. Ancak hakkın kapsamını sınırlamamak adına, kavramı bu dar alana hapsetmemek gerekir.

Geniş anlamda dini sembol ve kıyafetleri tanımlamak kolay değildir. Zira veganizm, pasifizm veyahut çevrecilik gibi “yaşam biçimleri” veyahut “felsefi inançlar” en kadim inanışlar kadar takipçi bulmaktadır. Bu yaşam biçimlerini ifade eden sembol ve kıyafetler de dini sembol ve kıyafetler arasında kabul edilebilir mi? Dini ve kültürel yaşayışta uygulanagelen ancak dinin emretmediği kıyafet ve semboller için de aynı soru sorulabilir. İHAS’ın düşünce, din ve vicdan özgürlüğünü düzenleyen 9. maddesinin kapsamına binlerce yıldır var olan büyük ve eski dinler ile nispeten yeni inançların yanında tutarlı ve samimi olarak karşılanabilecek olan felsefi inançlar da girer. Örneğin pasifizm, askerlik hizmetine ilke olarak karşı çıkma (vicdani ret), veganizm vb. vicdani kanaatler 9. maddenin koruması altındadır.⁴ Öyleyse dini sembol ve kıyafet tanımı yalnızca dinlerin emrettiklerinden ibaret değil, kişisel kanaatlere ve felsefi inançlara ilişkin semboller ve kıyafetleri de kapsayan bir tanım haline gelmiştir. Kipa, haç, başörtüsü, burka, nikap (peçe), barış sembolü, Sih türbanı ve kirpanı hatta Greenpeace tişörtü dini sembol ve kıyafetler arasında sayılabilir.⁵ İnsan hakları ve bu bağlamda din ve vicdan özgürlüğü söz konusu olduğunda kesin tanımlamalar yapmaktan kaçınmak gerekmektedir. Zira özellikle kişinin iç dünyasının ve bu çalışmada konu edilen iç dünyanın dışa vurumunun sınırlandırılması söz konusu olacaktır. Bu konuda kesin çerçeveler çizmek ve sınırlamaları geniş yorumlamak, iktidarları keyfiyete varan uygulamalara başvurmaya götürebilecektir.⁶

Çalışmanın konusu olan İslami semboller esasında çeşitli olmakla birlikte üç ana kategoriye ayrılmıştır: başörtüsü, nikap (peçe) ve burka. Öğretide nikap ve burkayı bir çeşit başörtüsü olarak da ifade edenler bulunsa da bu çalışma bağlamında bu ayrımın önemi bulunmamaktadır. Zira önemli olan; giyilen kıyafetin yüzü kapatmasıdır. TDV İslam Ansiklopedisi’nin doğrudan tanımına göre “Burka bedevî kadınların giydiği, gözler için iki delik bırakılmış torba gibi bir giysidir.” Nikabın ise ağız bölümünü de kapatan bir çeşit başörtüsü olduğu veyahut başörtüsüne eşlik eden bir peçe olduğu söylenebilir.⁷

III. YASAKLARIN KANUNLAŞMA SÜRECİ

Burka yasaklarının her ne kadar tartışmalı olduğunu belirtilmişse de, Fransız Ulusal Meclisi ve Senatosu’nda büyük anlaşmazlıklar olduğunu söylemek güçtür. Hükümetin önermiş olduğu “Kişilerin Kamuya Açık Alanlarda Yüzlerini Kapatmalarının Yasaklanmasına İlişkin Kanun” önerisi Fransız Ulusal Meclisi’nden 336 evet oyuna karşılık 1 hayır oyuyla geçmiştir.⁸ Senato önüne gelen teklif yine ezici bir çoğunluk ile 246 evet oyuna karşılık 1 hayır oyuyla kabul edilmiştir.⁹

Nisan 2011’de yürürlüğe giren Kişilerin Kamuya Açık Alanlarda Yüzlerini Kapatmalarının Yasaklanmasına İlişkin Kanun (No: 2010-1192) aşağıdaki gibidir:

“1- Kimse, kamuya açık alanlarda yüzünü kapatacak kıyafetler giyemez.

2- Birinci maddede belirtilen kamuya açık alan; kamuya açık yolları ve kamuya açık olan ya da kamu hizmetine tahsis edilmiş herhangi bir alanı kapsamaktadır.

- Birinci maddede belirtilen yasaklama, kanun tarafından izin verildiği hallerde; sağlık veya iş gereğiyle ya da spor, kutlama, sanatsal ve geleneksel organizasyonlar çerçevesinde giyilen kıyafetler

⁴ Bkz. İHAM (Büyük Daire), Bayatyan v. Ermenistan, 23459/03, 07.07.2011.

⁵ HOWARD, Erica: Law and the Wearing of Religious Symbols: European Bans on the Wearing of Religious Symbols in Education (Law and the Wearing of Religious Symbols), London/New York: Routledge, 2012, s.28.

⁶ DOĞAN, İlyas: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku, Ankara: Astana Yayınları, 2019, s.245-246.

⁷ APAYDIN, H. Yunus: “Tesettür”, TDV İslâm Ansiklopedisi, <https://islamansiklopedisi.org.tr/tesettur#1> (Erişim tarihi: 02.02.2020).

⁸ Associated Press, “French Parliament Approves Ban on Face Veils”, The Guardian, 13.07.2010, <https://www.theguardian.com/world/2010/jul/13/french-ban-face-veils>. (Erişim tarihi: 20.12.2019).

⁹ “French Senate Approves Veil Ban”, BBC News, (14.09.2010), Europe, <https://www.bbc.com/news/world-europe-11305033>. (Erişim tarihi: 23.12.2019).

için uygulanmaz.

3- Birinci maddede belirtilen yasaklamanın ihlal edilmesi durumunda, fail ikinci derecedeki adi suçlardan cezalandırılır.

Madde 225-4-10

Bir ya da birden fazla kişiyi, cinsiyeti dolayısıyla, tehdit, baskı, zorlama ya da yetki ve makamın kötüye kullanılması yoluyla yüzünü kapatacak kıyafetler giymeye zorlayan kimse bir yıllık hapis ve 30.000 Euro para cezasıyla cezalandırılır.

Suç reşit olmayan kişilere karşı işlendiğinde, fail iki yıl hapis ve 60.000 Euro para cezasıyla cezalandırılır.”¹⁰

Belçika, Fransa’yı izleyen ilk devlet olmuştur. 23 Temmuz 2011’de resmi gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren “yüzü örtme yasağı” Belçika Ceza Kanunu’nun 563. maddesi aşağıdaki gibidir:

“Aksi kanunda belirtilmediği sürece, kamuya açık alanda yüzü tanınmayacak şekilde, tamamen ya da kısmen kapalı olarak bulunan kişiler 15 ila 25 Euro arasında para cezası ve 1 ila 7 gün arasında hapis cezasıyla ya da bunlardan yalnızca bir tanesiyle cezalandırılır.”¹¹

Fransa ve Belçika’yı diğer Avrupa devletleri de süratle takip etmişlerdir. Ekim 2017’den bugüne Avusturya’da yüzün örtülmesi “Yüzün örtülmesine karşı yasa” marifetiyle yasaklandı. Danimarka parlamentosunda 75’e 35 oy dağılımı ile kabul edilen yasaya göre, 1 Ağustos 2018 tarihinden itibaren kamuya açık alanda yüzü örten kıyafetler giymeye cezai yaptırım uygulanmaktadır. Hollanda, Almanya ve Bulgaristan’da da belli koşullar altında yüzü örtme yasağı bulunuyor.¹²

Geçmiş yıllarda İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi önüne gelen başvurularda kamuya açık alanda dini sembol ve kıyafetlerin kullanımının engellenmesine ilişkin ihlal kararları olsa da¹³ bugün Türkiye’de kamuya açık alanda herhangi bir örtünme yasağı bulunmamaktadır. Yalnızca okul öncesi eğitim kurumlarında ve ilkokullarda öğrencilere yönelik başörtüsü yasağı bulunmaktadır.¹⁴ Buradan hareketle yine aynı kurumlarda yüzü örten dini kıyafetlerin de kullanılamayacağı söylenebilir ancak ortaokul, lise ve üniversite eğitiminde “yüzü örten dini kıyafetlerin” kullanılıp kullanılmayacağı tartışmalıdır.

IV. ULUSAL VE ULUSLARARASI MAHKEME KARARLARI

Ulusal mahkemeler nezdinde dikkat çekici kararlardan ilki Fransız Danıştay’ının (Conseil d’État) raporudur. Fransız Danıştay’ı raporunda; kamuya açık alanda her yerde ve her zaman, genel bir örtünme yasağı konulmasının “hukuken kırılğan” olacağı ve “anayasal güvensizlik” doğurabileceğini belirtmiştir.¹⁵ Fakat bu rapor kanunun senatodan ezici bir çoğunluk ile geçmesine engel olamamıştır.

Belçika Anayasa Mahkemesi de burka yasağına karşı yapılan başvurularda ihlal kararı vermemiştir. İki Müslüman kadın ile beraber, “Flemish and Waloon” ve “Justice and Democracy” gibi sivil toplum örgütlerinin de aralarında bulunduğu başvuruçular yasağına karşı Belçika Anayasa Mahkemesi’ne başvurmuştur. Mahkeme; yasanın burka ve nikap giyen Müslüman kadınlar için dolaylı ayrımcılık oluşturduğunu kabul etmişse de, hakka müdahalenin demokratik toplumda gerekli ve orantılı olduğunu, bu sebeple de yasanın ayrımcılık yasağına aykırı olmadığına karar vermiştir. Yapılan yasal düzenlemenin kadın-erkek eşitliğini sağlama gibi bir meşru amaç güttüğü de kararda vurgulanmıştır. Mahkeme, kişilerin yüzlerinin kapalı olmasının güvenlik açısından sorun doğurabileceğini ayrıca kişilerin demokratik toplumda bir arada yaşayabilmeleri için birbirlerinin yüzlerini görebilmeleri gerektiğini ortaya koyarak, müdahaleyi insan onuruna ve din

¹⁰ Kanun Maddesini Çeviren: Kemal Efe Sayın. Resmi çeviri değildir. Kanunun resmi dilindeki aslı metnine erişim için: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000022911670&categorieLien=id>.

¹¹ Kanun Maddesini Çeviren: Kemal Efe Sayın. Resmi çeviri değildir. Kanunun resmi dilindeki aslı metnine erişim için: http://www.ejustice.just.fgov.be/cgi_loi/change_lg.pl?language=fr&la=F&table_name=loi&cn=1867060801.

¹² Deutsche Welle (www.dw.com), “Avrupa’da örtünme yasağı olan ülkeler” | DW | DW.COM, (02.08.2019), <https://www.dw.com/tr/avrupada-%C3%B6rt%C3%BCnme-yasa%C4%9F%C4%B1-olan-%C3%BClkeler/a-49861089>. (Erişim tarihi: 22.12.2019).

¹³ Bkz. İHAM, Eweida v. Birleşik Krallık, 48420/10, 15.01.2013; İHAM, Ahmet Arslan ve diğerleri v. Türkiye, 41135/98, 23.02.2010.

¹⁴ ŞİRİN, Tolga/DUYMAZ, Erkan/YILDIZ, Deniz: Türkiye’de din ve vicdan özgürlüğü: sorunlar, tespitler ve çözüm önerileri, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2016, s.101.

¹⁵ HOWARD, Law and the Wearing of Religious Symbols, s.2.

özgürlüğüne aykırı bulmamıştır.¹⁶

Burka ve nikap yasağına ilişkin önemli kararlardan biri İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi önüne gelen S.A.S. v. Fransa başvurusudur.¹⁷ Karara konu olayda Müslüman bir Fransız vatandaşı kadın olan S.A.S. yüzü örten kıyafetler giyilmesine ilişkin yasağın ardından kamuya açık alanlarda dini inancı gereği yüzünü örtmesine izin verilmemesinden şikayetçidir. Başvuran dindar bir Müslüman olduğunu, peçeyi de dini inancından ötürü taktığını belirtmiştir. Başvuran yüzünü her zaman örtmediğini, pasaport kontrollerinde, resmi dairelerde, tanınması gereken yerlerde çıkartmasının sorun oluşturmadığını hatta arkadaşları ile dışarı çıkarken çoğunlukla peçe kullanmadığını fakat Ramazan ayı gibi aylarda kullanmak istediği zaman peçe takabilmesi gerektiğini düşünmektedir.¹⁸ Başvuran, eşinin veya ailesindeki diğer erkeklerin kendisine baskı uygulamadığını da eklemiştir.¹⁹ Mahkeme, Sözleşme'nin gerek 8. (özel yaşam ve aile yaşamına saygı hakkı) gerek 9. (düşünce, vicdan ve din özgürlüğü) gerekse bu maddelerle bağlantılı olarak 14. maddenin (ayrımcılık yasağı) ihlal edilmediğine hükmetmiştir. İHAM yasağın Müslüman kadınlar üzerine “olumsuz bir durum oluşturduğunu” kabul etmiştir.²⁰ Fransız Hükümeti kamu güvenliğinin sağlanması ve toplumun birlikte yaşaması için gerekli önlemlerin alınması meşru amaçları ile bu müdahalenin yapıldığını öne sürerken²¹ İHAM yalnızca kamu güvenliği söz konusu olduğunda değil her zaman, genel bir burka yasağı konulmasının kamu güvenliğinin sağlanması bakımından demokratik toplumda gerekli olmadığını vurgulamıştır.²² İHAM devamında başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması ve toplumun birlikte yaşaması için bariyerlerin ortadan kaldırılmasının demokratik toplumda gerekli olabileceğini belirterek meşru amaca özgülene tedbiri gerekli bulmuştur. İHAM yaptığı orantılılık incelemesinde ise yasağın yalnızca Müslüman kadınları hedef almadığından, genel olarak yüzü kapatan kıyafetleri hedeflediğinden hareketle yasağı orantısız bulmamıştır. İHAM'a göre bu bir toplumsal tercihtir ve devletlerin takdir alanındadır.²³

Belcacemi ve Oussar v. Belçika²⁴ ve Dakir v. Belçika²⁵ kararında da İHAM, S.A.S. kararı ile uyuşan bir içtihat oluşturmuş, “demokratik toplumda birlikte yaşam” sürdürebilmek için müdahalenin gerekli olduğu kanısına varmıştır. İHAM yine, devletlerin ülkelerindeki yerel politik koşullar ve ihtiyaçları mahkemeden daha iyi bileceklerinden ötürü devlete takdir alanı bırakmıştır.²⁶ Mahkemenin, din ve devlet ilişkilerinin politika ile iç içe olması sebebiyle bu ilişkilere karışmaya isteksiz olduğu, bu düzenlemeleri devletlere bırakmayı tercih ettiği görülebilir.²⁷

Medeni ve Siyasal Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme'nin denetim organı olan İnsan Hakları Komitesi'nin (İHK) kararları İHAM ile paralellik göstermemektedir. Benzer iki olay ve karar olan Miriana Hebbadj v. Fransa²⁸ ve Sonia Yaker v. Fransa²⁹ kararlarında başvuru Fransa'nın Nantes şehrinde ikamet etmektedirler. Kimlik kontrolü sırasında durdurulan başvuru, kamuya açık alanda yüzü örten kıyafetler giymeyi yasaklayan kanuna aykırı davranışlarından ötürü suçlanmışlardır. İki başvuru da çıkarıldıkları mahkemede, 2010-1192 no'lu kanunda yer alan en yüksek miktardan, yani 150 euro para cezasına mahkum edilmişlerdir. Başvurular, Medeni ve Siyasal Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme'nin 18. maddesinde yer alan din özgürlüklerinin ihlal edildiklerinden yakınmaktadır. İtirazı kabil bir karar olmayan mahkumiyete karşı başvuru Fransa Yargıtay'ına, 2010-1192 no'lu kanunun İHAS 9. maddeye aykırı olduğu ve müslüman azınlığa yönelik ayrımcı bir pratik içerdiği iddiası ile

¹⁶ CHAÏB, Saïla Ouald: “Belgian Constitutional Court Says Ban on Face Coverings Does Not Violate Human Rights”, Strasbourg Observers, 14.12.2012, <https://strasbourgobservers.com/2012/12/14/belgian-constitutional-court-ban-on-face-coverings-does-not-violate-human-rights/> (Erişim tarihi: 22.12.2019).

¹⁷ İHAM (Büyük Daire), S.A.S. v. Fransa, 43835/11, 01.07.2014.

¹⁸ İHAM (Büyük Daire), S.A.S. v. Fransa, 43835/11, 01.07.2014, par. 12.

¹⁹ İHAM (Büyük Daire), S.A.S. v. Fransa, 43835/11, 01.07.2014, par. 11.

²⁰ İHAM (Büyük Daire), S.A.S. v. Fransa, 43835/11, 01.07.2014, par. 146.

²¹ İHAM (Büyük Daire), S.A.S. v. Fransa, 43835/11, 01.07.2014, par. 81-83.

²² İHAM (Büyük Daire), S.A.S. v. Fransa, 43835/11, 01.07.2014, par. 145.

²³ İHAM (Büyük Daire), S.A.S. v. Fransa, 43835/11, 01.07.2014, par. 157.

²⁴ İHAM, Belcacemi ve Oussar v. Belçika, 37798/13, 11.07.2017.

²⁵ İHAM, Dakir v. Belçika, 4619/12, 11.07.2017.

²⁶ İHAM, Dakir v. Belçika, 4619/12, 11.07.2017, par. 60.

²⁷ DUYMAZ, Erkan: “Dini Sembol ve Kıyafet Sınırlamalarında İki Farklı Yaklaşım: İnsan Hakları Komitesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının Devletlerin Uluslararası Yükümlülükleri Bakımından Tahlili”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 64(4), 2015, s.1153.

²⁸ İHK, Hebbadj v. Fransa, 2807/2016, 17.07.2018.

²⁹ İHK, Yaker v. Fransa, 2747/2016, 17.07.2018.

başvurmuşlardır. Ancak Yargıtay başvuruyu, başvuru İHAS 9. ve 14. madde ihlal iddiasını ilk derece mahkemesinde öne sürmediği için, sonradan iddia ve kanıt ekleme yasağı sebebiyle kabul edilemez bulmuştur.

İHK, yasağın kamu güvenliğinin sağlanması bakımından gerekli olmadığını,³⁰ “birlikte yaşam ve başkalarının haklarının korunması” hususunda ise, devletlerin, burka giyen Müslüman kadınların başkalarının haklarına nasıl, ne bakımdan zarar verdiğine dair somut veri sunması gerektiğini belirtmiştir.³¹ İHAM’ın ise “somut verileri dikkate alma” gibi bir tavrı genelde bulunmamakta, özellikle dini semboller ve kıyafetler ile ilgili kararlarında devlete tanıdığı takdir marjı ile yüzeysel bir inceleme ile yetinmektedir. İHAM’ın din ve vicdan özgürlüğü bağlamında somut veri aradığı nadir kararlardan biri Lautsi ve Diğerleri v. İtalya kararıdır.³² Kararda sınıflarda bulunan haç sembolünün güçlü bir sembol olduğunu kabul eden İHAM, sembolün öğrencilere yönelik telkin veya endoktrinasyon amacı taşıdığına ilişkin somut veri olmadığından, sınıflardan haçın kaldırılmasını talep eden başvuru sahiplerinin ihlal iddiasını yerinde görmemiştir. Başörtüsü ile derse giremediği için İHAM’a başvuran bir öğretmen olan Dahlab v. İsviçre kararında ise İHAM, başörtüsünü yine güçlü bir dışsal sembol olarak değerlendirmiş ve bu sembolün küçük yaşta öğrenciler üzerinde baskı oluşturabileceği sebebiyle Dahlab’ın başvurusunu kabul edilemez bulmuştur.³³

Burka yasakları ile ilgili olmayan bir başka İHK kararı, İHK’nın dini semboller konusundaki tutumunu açıklamaya yardımcı olacaktır. Karar kimlik kartlarına konulacak fotoğraflarda başın açık olması zorunluluğu ile ilgilidir. Ranjit Singh v. Fransa kararı³⁴ Bay Ranjit Singh, Fransa’da yaşayan bir mültecidir. Aslen Hindistan vatandaşı bir “sih” olan başvuru sahibi, Fransa’da oturma iznini yenilemek istemiştir. Başvurucunun yenileme başvurusu esnasında yetkili makamlara vermiş olduğu fotoğraflarda başında türban bulunmaktadır. Bu sebepten ötürü Fransız makamları Bay Singh’in yenileme başvurusunu reddetmişlerdir. Başvuru sahibi bu sebeple Medeni ve Siyasal Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme’nin 18. maddesinde yer alan din özgürlüğünün ihlal edildiği kanısındadır. Başvuru sahibi, kimlik fotoğrafı için türbanını çıkarması yönündeki tedbirin gerekli ve orantılı olmadığını, kamu düzeni ve güvenliğine de sakınca oluşturmadığını iddia etmektedir. Zira başvurucuya göre insanlar, yüzlerinin büyük bir kısmını kaplayan sakalları ile sorunsuz bir şekilde başvuru yapabilmektedir. Ek olarak; türban ile çekilen fotoğraflarla yapılan başvuruları Almanya ve İtalya gibi devletler kabul etmektedir. Başvuru sahibi diğer Fransız vatandaşlarından farklı olarak dini inancı ile kamu hizmetlerine erişim hakkı arasında bir tercih yapmaya zorlandığını, bu sebepten ötürü ayrımcılığa da uğradığını ifade etmiştir. İHK incelemesinde, türbanın kişiyi tanınabilir hale getirip getirmediğini sorgulamıştır. Zira başvuru sahibi sadece başını örten ancak yüzünün geri kalanı açık kalacak şekilde giyinmektedir. Singh, günlük hayatında da sürekli türban taktığından, İHK’ya göre başvuru sahibinin türban giymiş haliyle çekilmiş olan fotoğrafı, günlük hayattaki hali ile daha çok benzeşmektedir. Fransa ise bu hususlardan hiçbirini açıklığa kavuşturmamıştır.³⁵ İHK’ya göre başvuru sahibinin türbanını yalnızca kimlik fotoğrafı çekerken çıkarmasının hak müdahaleyi azaltan bir yönü yoktur. Çünkü bir defalığına da olsa türban giyilmeden çekilen bir kimlik fotoğrafı, her zaman orada duracaktır ve her kimlik kontrolünde o şekilde görülecektir. İHK, Birdirge’nin 18. maddesinin ve buna bağlantılı olarak ayrımcılık yasağının ihlal edildiğine karar vermiştir. Singh v. Fransa kararına çok benzeyen bir başvuru İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi’ne yapılmıştır. Mann Singh v. Fransa³⁶ kararında, Ranjit Singh gibi bir sih olan başvuru sahibi fotoğrafında başı açık olmak istememiştir. Yerel makamlarca bu isteği olumsuz karşılanan başvuru sahibi, İHAM’a başvurmuş ancak başvurusu açıkça dayanaktan yoksun bulunarak reddedilmiştir.

İHK’nın kararlarının burka yasakları bakımından bir dikkat çekici noktası da “kişilerin kamusal alanda herhangi biriyle iletişime geçme hakları” veya “kişilerin burka giymesinden hoşlanmama hakkı” olmadığı tespitinde bulunmasıdır.³⁷ Komite, Fransa’nın başvuru sahiplerinin

³⁰ İHK, Hebbadj v. Fransa, par. 7.7; İHK, Yaker v. Fransa, par. 8.7.

³¹ İHK, Hebbadj v. Fransa, par. 7.10; İHK, Yaker v. Fransa, par. 8.10.

³² İHAM (Büyük Daire), Lautsi ve diğerleri v. İtalya, 30814/06, 18.03.2011.

³³ İHAM, Dahlab v. İsviçre, 42393/98, 15.02.2001. (Kabul Edilemezlik kararı).

³⁴ İHK, Ranjit Singh v. Fransa, 1876/2009, 15.12.2008.

³⁵ İHK, Ranjit Singh v. Fransa, 1876/2009, 15.12.2008, par. 8.4.

³⁶ İHAM, Mann Singh v. Fransa, 24479/07, 13.11.2008.

³⁷ İHK, Hebbadj v. Fransa, par. 7.10; İHK, Yaker v. Fransa, par. 8.10.

düşünce, din ve vicdan özgürlüğü ile hukuk önünde eşitlik hakkını ihlal ettiğine karar vermiştir. Dikkat çekici olan husus, geçmişte gerek İHK'nın gerekse İHAM'ın başörtü başvurularında ayrımcılık yasağı bağlamında inceleme yapmamış olmasına rağmen söz konusu burka başvurularında İHK'nın ayrımcılık yasağının ihlal edildiği sonucuna ulaşmasıdır.³⁸ Buradan çeşitli saptamalar yapılabilir. Burka giyen kadın sayısının Avrupa'da yaşayan milyonlarca Müslüman kadına oranla binler düzeyinde kalması belki de bu yasağı daha anlamlı kılmaktadır.³⁹ Başörtüsüne nazaran burka yasağının doğrudan İslam'a dönük bir tavır olarak algılanmış olması,⁴⁰ BM'nin çok kültürlü, milletli ve dinli yapısı gereği bu durumun önüne geçmek istemesi veya geçmek zorunda kalması makul bir hedef olarak görünebilir.

V. MEŞRU AMAÇ VE KAMUOYU TARTIŞMALARI

Burka yasağına ilişkin devletlerin belli birtakım meşru amaçları bulunmaktadır. Bir kişiye veya gruba dönük olarak uygulanan tedbir, doğrudan hedef gözetme de hatta ayrımcılık kastı bulunmasa da ayrımcılık oluşturabilir. İHAM'ın da belirttiği üzere “Fakat bu yalnızca, bu tür bir politika ya da tedbirin “objektif ve makul” bir gerekçesinin bulunmaması halinde, yani “meşru bir amaç” taşınamaması veya araçla gerçekleştirilmek istenen amaç arasında “makul bir orantılılık ilişkisi” bulunmaması halinde söz konusu olur.”⁴¹ İHAM burka yasağına ilişkin verdiği S.A.S. v. Fransa kararında meşru amaç tartışmasını, kamu güvenliği ve başkalarının hak ve özgürlüğünün korunması bakımından incelemiştir. Birlikte yaşama ve cinsiyet eşitliğini, başkalarının hak ve özgürlüğünün korunması bağlamında değerlendirmiştir.⁴²

Bu çalışmada gerekçeler dörde ayrılarak incelenecektir: kamu güvenliği, birlikte yaşamın ve laikliğin korunması, son olarak da cinsiyet eşitliğinin sağlanması. Devletlerin bu hedeflere ulaşmak için getirdiği yasağın arka planındaki tartışmalar ile sınırlamanın gerekliliği ve orantılılığı değerlendirilecektir.

A. Kamu Güvenliği

Burkanın kamu güvenliğine tehlike yaratacağı endişesinin altında ilk olarak, İslami dini sembol kullanımının köktenci (fundamentalist) İslami hareketlerle ilişkilendirilmesi yatmaktadır. Burka giyen kadınların hepsinin birbirini tanıdığı, bir nevi “cihatçı iletişim ağı” üyesi oldukları inancı yaygındır.⁴³ Burka giyen birinin terörizmi desteklediği varsayımı da burkanın kamu güvenliğini tehdit ettiği anlayışı ile örtüşmektedir.⁴⁴ Ek olarak, aynı görüşe göre; burka giyen kadınlar bu inanışlarını yaymaya da isteklidirler, istekli olmasalar dahi kullandıkları “güçlü dışsal sembol” diğer kişiler üzerinde bu etkiyi yapacaktır.

Köktenci İslam tanımının da kamu güvenliği endişesini tetikleyen sorunlu bir tanım olduğunu kabul etmek gerekir. Bu tanım İslam'ın yorumdan-reformdan arındırılmış yalın halinin günümüzdeki “terör akımına” tekabül ettiğinin ifadesidir. Halbuki şiddet öngören İslami inanış biçimlerinin İslam'ın bir yorumu olduğu doğru olsa dahi, İslami örtünme biçimlerinin bu durumla bir bağlantısı bulunmamaktadır. Burka, nikap veya başörtüsü kullanımı İslam dininin kutsal kitabı Kur'an'da veyahut uygulamasında yer aldığına inanılan, kişisel dini bir bağlılığın ürünüdür. Dolayısıyla burka, nikap veyahut başörtüsü kullanmak, çoğu zaman sadece inanışa itaat etme anlamını taşır.⁴⁵ Nitekim örtünmeye ilişkin benzer dini emir ve uygulamaların diğer semavi dinlerde de olduğu söylenebilir.⁴⁶

³⁸ DUYMAZ, s. 1152.

³⁹ PEİ, Sally: “Unveiling Inequality: Burqa Bans and Nondiscrimination Jurisprudence at the European Court of Human Rights”, The Yale Law Journal, 122(4), 2013, s.1089.

⁴⁰ PEİ, s.1091.

⁴¹ İHAM (Büyük Daire), S.A.S. v. Fransa, 43835/11, 01.07.2014, par. 161.

⁴² İHAM (Büyük Daire), S.A.S. v. Fransa, 43835/11, 01.07.2014, par. 118-122.

⁴³ IDRİSS, Mohammad Mazher: “Laïcité and the Banning of the ‘Hijab’ in France”, Legal Studies, 25(2), 2005, s.275.

⁴⁴ IDRİSS, s.279.

⁴⁵ Bu konuda yapılan ampirik bir çalışma için bkz.: BREMS, Eva vd., “Wearing the Face Veil in Belgium”, UGhent Human Rights Centre, 2012, <https://www.hrc.ugent.be/wp-content/uploads/2015/10/face-veil-report-hrc.pdf>. (Erişim Tarihi: 19.01.2020)

⁴⁶ Benzer bir emir Hristiyanlığın kutsal kitabında da bulunmaktadır, 1. Korintliler, 11:3-10:

“Her erkeğin başı Mesih, kadının başı erkek, Mesih'in başı da Tanrı'dır. Başına bir şey takıp dua ya da peygamberlik eden her erkek, başını küçük düşürür. Ama başı açık dua ya da peygamberlik eden her kadın, başını küçük düşürür. Böylesinin, başı tıraş edilmiş bir kadından farkı yoktur. Kadın başını açarsa, saçını kestirsin. Ama kadının saçını kestirmesi ya da tıraş etmesi ayıpsa, başını örtün. Erkek başını örtmemeli; o, Tanrı'nın benzeri ve yüceliğidir. Kadın

İslami kıyafet ve sembollerin bir güvenlik sorunu veya din yayma aracı olarak görülmesinin bir sebebi de Avrupa'nın çoğunluk dini Hristiyanlık ile İslam arasındaki farklardan ileri gelmektedir. İslam'ın da, Kilise (Ruhban) ve devletin ayrılması ile liberal demokrasi ekseninde sekülerleştiği ve bireyselleştiği varsayıldığında, bu tarihsel süreci geri sararak; burka giyen bir kadının bunu radikal kimliğinin bir göstergesi, bir kimlik ifadesi ve yayma aracı olarak görmek mümkün olabilir. Hristiyanlık ile aynı süreçleri geçirmeyen İslam'ın farklı yorumlarının isimlendirilmesi için kullanılan “köktencilik” bu sorunu ıskalamaktadır. Hristiyanlar için kişinin kimliği bireysel alanına denk gelirken bir Müslümanın dini, çoğu zaman kimliğine eşittir. Bu din de İslam'dır, İslam'ın kişinin kendisini ait hissettiği versiyonu, yorumudur. Nitekim İslam peygamberi hem devlet başkanıdır, hem de toplum lideridir. Askeri bir lider olmasının yanı sıra, toplumsal ve hukuki kanunları koyar, vergi toplar, savaş ve barışa karar verir. Bunun devamı olan İslami yaşam tarzı ve ibadetleri de bireyci değil olabildiğince toplumcu yapıdadır.⁴⁷ Müslüman kadının bu anlamda yaptığı bireysel tercih de, radikalizminin veya misyonerliğinin görünümünden çok, esasen dini inanın yalın bir ifadesinden ibarettir.

Burka giyen bir kişinin yüzünün görünmemesi ve bu sebeple tanınamamasının, kamu güvenliğine tehdit teşkil ettiği düşünülen bir başka problemdir. İHAM'ın S.A.S. v. Fransa kararında da, Fransız hükümeti savunmasında yasağın meşru amacının kamu güvenliği olduğunu, özellikle yüzü örten kıyafetler giyen kişileri tanımlayabilmenin zorluğunu vurgulamıştır.⁴⁸ Gerçekten de burka kıyafeti ile pek çok hırsızlık vakası kayıtlara geçmiştir. Örneğin Kanada'nın Toronto şehrinde burka giymiş olan failer, 500 bin dolar değerindeki değerli mücevheri alarak kayıplara karışmıştır.⁴⁹ 2005 yılında ise bombalı saldırı girişiminin başarısız olmasından sonra kaçmaya çalışan fail burka kullanmıştır.⁵⁰ Belirtmek gerekir ki; bu ve benzeri olayların hemen hemen tamamında failer erkektir. Yine de kamuya açık alanların her karesinde geçerli, genel bir yasağın bu endişelerin çözümüne uygun bir önlem olup olmadığı tartışmalıdır. Nitekim İHAM da yüzü kapatan kıyafetlerin kamu güvenliği bağlamında problem doğurabileceğini kabul etmiştir. Mahkemeye göre şüphe duyulan durumlarda pek tabii kişiden yüzünü açarak kendini tanıtmayı istenebilir. Ancak yalnızca kamu güvenliğinin tehlikede olduğu belirli anlarda değil, her zaman, genel bir burka yasağı öngörülmesini İHAM demokratik toplumda gerekli bulmamıştır.⁵¹

B. Birlikte Yaşam

İHAM, S.A.S. v. Fransa kararında, burka yasaklarını “birlikte yaşamı sağlama” adına bir meşru amaç olarak yeterli görmüş, yasağın da bu amaca hizmet ettiğini ve demokratik toplumda gerekli olduğunu belirtmiştir. Bu amacı makul bulanlara göre burka, nikap veya başörtüsü giymenin bir amacı da topluma entegre olmama yönündeki isteksizliktir. Ayrıca bu kıyafetlerin kullanımı başarısız bir entegrasyon sürecinin de göstergesi mahiyetindedir.⁵² Bir başka deyişle, burka giyen kadın kendi ile toplum arasına bilinçli bir mesafe koymaktadır. Burka yasağını getiren devletlere göre söz konusu mesafe hem toplumdaki birliğin korunması hem de İslamofobinin artmaması için kaldırılmalıdır. Zira bu mesafe ve artan İslamofobi, Müslüman toplumun radikalleşmesine de neden olabilir.⁵³ İHAM S.A.S. v. Fransa kararında hükümet, yüzün sistematik olarak gizlenmesinin sorunlu olduğunu, Fransız kardeşlik (fraternity) idealinin ve Fransız toplumunda birlikte yaşamının temel gerekliliği ile bağdaşmadığını belirtmiş, İHAM da müdahaleyi bu bakımdan demokratik toplumda gerekli bulmuştur.⁵⁴ İHAM devlete tanıdığı takdir yetkisini de temel olarak müdahalenin orantılı olduğuna da karar vermiştir.⁵⁵

da erkeğin yüceliğidir. Çünkü erkek kadından değil, kadın erkekten yaratıldı. Erkek kadın için değil, kadın erkek için yaratıldı. Bu nedenle ve melekler uğruna kadının başı üzerinde yetkisi olmalıdır.”

⁴⁷ LEWIS, Bernard: The Multiple Identities of the Middle East, New York: Schocken Books, 1999, s.27-30.

⁴⁸ İHAM (Büyük Daire), S.A.S. v. Fransa, 43835/11, 01.07.2014, par. 115.

⁴⁹ “Robbers Wore Burkas in \$500K Toronto Jewelry Store Heist | CBC News”, CBC, 19.11.2014, <https://www.cbc.ca/news/canada/toronto/burkas-worn-by-robbers-in-500k-toronto-jewelry-store-heist-1.2840489>. (Erişim tarihi: 19.12.2019)

⁵⁰ “Jury Sees 21 July Burka Escape”, 20.02.2007, <http://news.bbc.co.uk/2/hi/uk/6378863.stm>. (Erişim tarihi: 19.12.2019)

⁵¹ İHAM (Büyük Daire), S.A.S. v. Fransa, 43835/11, 01.07.2014, par. 139.

⁵² HOWARD, Law and the Wearing of Religious Symbols, s.32.

⁵³ MCGOLDRICK, Dominic: Human Rights and Religion - The Islamic Headscarf Debate in Europe, Oxford/Portland, Oregon: Hart Publishing, 2006, s.19.

⁵⁴ İHAM (Büyük Daire), S.A.S. v. Fransa, 43835/11, 01.07.2014, par. 141-142.

⁵⁵ İHAM (Büyük Daire), S.A.S. v. Fransa, 43835/11, 01.07.2014, par. 157.

Kişiler arası iletişimde yüzü örten kıyafetlerin sorun oluşturması ihtimal dahilindedir. Burka veya nikap giyen bir kişi ile iletişim halindeki karşı taraf aradaki güç dengesizliğinden mustarip olabilir. Gerçekten de anonim görünen bir kişiyle iletişim halindeki bir başka kişi çekince duyabilir. Duyma engelli bir kişi içinse bu iletişim neredeyse imkansızdır.⁵⁶

Yasağın “birlikte yaşam” amacına hizmet edip etmeyeceği ise tartışmalıdır. Yasak sebebiyle işine ve eğitimine devam edemeyen, günlük işlerini yapmak için kamuya açık alanlarda bulunamayan kadınlar, git-gide toplumdan uzaklaşabilir. Yasak, topluma, farklı dinlere ve kültürlerle, bazı azınlıklara hoşgörü ile bakılmadığı mesajını verebilir. S.A.S. v. Fransa kararında İHAM da, burka yasaklarına ilişkin sürecin, islamofobiyi, hoşgörüsüzlüğü ve ayrımcılığı tetikleyebileceği endişesini vurgulamıştır.⁵⁷

Toplumun birlikte yaşaması için insanların kamuya açık alanda sürekli iletişim halinde olmaları gerektiği varsayımının da tartışılması gerekir. Kişiler arasındaki iletişimin çoğunlukla özel mülklerde gerçekleştiği düşünüldüğünde yasak ile güdülen meşru amaç arasındaki ilişki belirsizleşmektedir.⁵⁸

C. Laiklik İlkesinin Korunması

Dini sembol ve kıyafetlere ilişkin İHAM nezdinde görülen davalarda laiklik ilkesine - özellikle Türkiye tarafından- dayanılmıştır.⁵⁹ Burka yasakları söz konusu olduğunda ise İHAM önünde; örneğin S.A.S. v. Fransa davasında laiklik ilkesinin korunması amacına dayanılmadığı görülmektedir. Ancak bu durum kamu önünde süregelen tartışmalarında laiklik vurgusunun olmadığı anlamına gelmemektedir. Nitekim gerek Fransa gerek Belçika’da burka yasakları laiklik boyutu ile de çokça tartışılmıştır.

Kendini laik olarak tanımlayan devletlerin din konusunda neredeyse taban tabana zıt politikaları bulunabilir. Bu devletlerin laikliği nasıl uyguladığına göre değişebilir. Literatürde pasif ve dışlayıcı laiklik gibi ayrımlar bulunmaktadır. Dışlayıcı laikliğin amacı dini kamusal alandan çıkarıp kişinin bireysel alanı ile sınırlamak iken pasif laiklik adı üzerinde dinler karşısında pasif kalarak dinin kamusal alanlarda bulunuşuna müsaade etmesidir.⁶⁰

Dışlayıcı laikliğin belki de en görünür olduğu Fransa ve Belçika’da uygulanan burka yasakları bu bakımdan şaşırtıcı değildir. Dışlayıcı laiklik anlayışının tarafsızlık, din özgürlüğü ve çoğulculuğu sağlama gibi temel amaçları bulunur. Bu amaç da genelde kamusal alanı dinden arındırarak gerçekleştirilir. Söz konusu yasağın yalnızca tek bir dine yönelmesi bu bakımdan eleştiri konusu olabilir.⁶¹ Bir önceki bölümde de bahsedildiği gibi yasak, farklı dinlere ve buna bağlı olarak giyim-kuşama çoğulculuğun anahtarı olan hoşgörü ile bakılmadığı imajını da yansıtabilmektedir.

D. Cinsiyet Eşitliğinin Korunması

S.A.S. v. Fransa davasına “amicus curiae” müdahil devlet olarak katılan Belçika, peçenin İslam öncesi Arap adeti olduğunu, Kur’an’da böyle bir hüküm bulunmadığını, bu durumun kadın erkek eşitliğini zedeleyici bir hal aldığını öne sürmüştür.⁶²

Kimilerine göre burka İslam’da yer alan kadın-erkek eşitsizliğinin bir sembolü mahiyetindedir; İslam dini erkeklerin şehvi isteklerini uyandırmamaları için kadınları daha sıkı kıyafet kurallarına tabi tutmuş, nihayetinde de kadını erkeğin hakimiyet alanına bırakmıştır. Tercih yapma hakkı olmayan kadınlar da bu kurallara uymak zorunda kalmaktadır.⁶³

Yukarıda belirtilen iki farklı yaklaşım da bazı varsayımlara dayanmaktadır. İlki kadınların özgür iradeleri ile burka giymelerinin nadir olduğudur. İkincisi ise dini kimliğinden azade bir kadın tasviridir. Bu görüşe göre özgür kadın dini kimliğinden sıyrılmış kadındır. Kimliklerin

⁵⁶ HOWARD, Law and the Wearing of Religious Symbols, s.35.

⁵⁷ İHAM (Büyük Daire), S.A.S. v. Fransa, 43835/11, 01.07.2014, par. 149.

⁵⁸ LÆGAARD, Sune: “Burqa Ban, Freedom of Religion and ‘Living Together’”, Human Rights Review, 16(3), 2015, s.208.

⁵⁹ İHAM, Leyla Şahin v. Türkiye, 44774/98, 10.11.2005, par. 91.

⁶⁰ KURU, Ahmet T.: Pasif ve dışlayıcı laiklik: ABD, Fransa ve Türkiye, 1. baskı İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2011, s.14.

⁶¹ HOWARD, Law and the Wearing of Religious Symbols, s.48.

⁶² İHAM (Büyük Daire), S.A.S. v. Fransa, 43835/11, 01.07.2014, par. 86-88.

⁶³ HOWARD, Erica: “Banning Islamic Veils: Is Gender Equality a Valid Argument?”, International Journal of Discrimination and the Law, 12(3), 2012, s.149.

kesişimsel yapısının bu doğrultuda göz ardı edilmesinin kadınların haklarını iyileştirip iyileştirmeyeceği tartışma konusudur.⁶⁴ Ayrıca bazen bir kıyafetin giyilmemesi yönünde koyulan yasağı savunmak, giyilmesi yönünde yapılan yasakları savunmak kadar baskıcı olabilir. Bu baskı Müslüman kadınları nefret suçuna yönelik bir hedef haline getirebilir.⁶⁵

Burkanın erkeğin kadına dayattığı bir dini sembol olduğu görüşünün yanı sıra, kadınların burkayı özgür iradeleri ile giydikleri varsayılsa dahi bu sembolün kadınlar için zararlı ve insan onuruna aykırı olduğunu savunan görüşler de bulunmaktadır. S.A.S. v. Fransa kararında Fransız hükümeti burkanın “kadınları görünmez kıldığını” ve bu sebeple giyen tarafından arzu edilse dahi” insan onuruna aykırı bir kıyafet olduğunu iddia etmiştir.⁶⁶ Kararda görülebileceği üzere; bu görüşün temel aldığı fikir ise burkanın kadının erkeğe itaatinin sembolü ve bu fikrin yayıcı nesnesi olduğu fikridir. Görüşe göre; burka giyen kadınlar dünyaya “herkesin örtünmesi gerektiği” veya “kadınların erkeğe itaat etmesi gerektiği” fikrini yaymaya çalışmaktadırlar. Dolayısıyla hem burka giyen kadınları hem de toplumun geri kalanını bu durumdan korumak gerekmektedir.

Burka giyen kadınların topluma, cinsiyet eşitsizliğini onayan, erkeğe itaati kabullenen bir mesaj vermek istedikleri veyahut istemeden verdikleri görüşünün kuvvetli temeller üzerine kurulduğunu söylemek güçtür. Zira burka giyen kadınların topluma bir mesaj verdikleri kabul edilse dahi, bu mesaj cinsiyete ilişkin değil dini inanca ilişkin bir mesajdır. Dolayısıyla bu dini tercihin kişisel olduğunu, dini propaganda (proselytizing) amacı gütmeyeceğini kabul etmek gerekir.⁶⁷

İHAM Leyla Şahin v. Türkiye kararında karşı görüşte bulunan Yargıç Tulkens’in başörtüsü yasağı ile cinsiyet eşitliği arasında ilişki kurulmasına yönelik eleştirileri bulunmaktadır. Tulkens’a göre başörtüsü mutlaka kadının erkeğin hakimiyetinde olduğunu ifade etmez, özgürce dini kıyafet giyen yetişkin bir kadına bu kararı özgür iradesiyle almadığını söylenmesi için apaçık bir delil gerekir. Ayrımcılığa uğramama hakkı ise kişinin kendi iradi alanındadır.⁶⁸

Fransa’daki feminist hareketlerin burka yasağına cinsiyet eşitliği bağlamında iki farklı yaklaşımı bulunmaktadır. Yasağı karşı olanlar, kadın-erkek ilişkisine oldukça eşitlikçi (egaliteryan) bir bakış açısıyla yaklaşıldığını iddia ederek, burka giyen kadınların içinde buldukları kültürün yadsındığını söylemektedirler. Yasağı destekleyenler ise kadın-erkek eşitliğinin yetişilen kültürden bağımsız olarak evrensel ahlak ilkeleri ile ulaşılabilecek, temel bir eşitlik olduğunu savunmaktadırlar.⁶⁹

Gerek cinsiyet eşitliği bağlamında, gerek insan hakları hukuku özelinde ve genel olarak tüm sosyal bilimi ilgilendiren tartışmalarda son yıllarda önemli yankı bulan evrensellik ve rölativizm ayrımını burada hatırlatmak yerinde olacaktır. Bu ayrıma göre; bir uçta sosyal gerçekliğin hemen her yerde aynı olduğunu ve bunu dini, toplumsal, kültürel hiçbir bakış açısı katmadan, eşitleyici bir düzlemde tartışan evrenselciler dururken, diğer uçta da sosyal gerçekliğin evrensel bir norm olmanın ötesinde toplumların algılama biçimlerine bağlı olduğunu ve dolayısıyla onları incelerken bu değerler bütününe dikkate almak gerektiğini söyleyen rölativistler bulunmaktadır.⁷⁰ İnsan hakları söz konusu olduğunda, her iki uç noktanın da kendine has artıları ve eksileri mevcuttur. Örneğin; evrenselcilik daha ilerlemeci bir tutum ortaya koyabilirken, rölativizm çoğu sorunu görmezden gelme tuzağına düşebilmektedir. Evrensellik-rölativizm ikileminde, bu tuzağın farkında bir yaklaşım sergilemek, çok daha ayakları yere basan bir yaklaşım getirme olanağı tanıyacaktır.⁷¹ Evrensel değer ve normların farkında olarak, ancak kültürel yaklaşımları da tamamen göz ardı etmeden yapılacak olan yorumlama, sosyal gerçeklikleri hem akademik hem de insani açıdan daha isabetli şekilde gözlemlememizi mümkün kılacaktır.

⁶⁴ SKEET, Charlotte Helen: “Globalisation Of Women’s Rights Norms: The Right To Manifest Religion And ‘Orientalism’ In The Council Of Europe”, Public Space: The Journal of Law and Social Justice, C.4, 2009, s.67-68.

⁶⁵ SKEET, s.68-69.

⁶⁶ İHAM (Büyük Daire), S.A.S. v. Fransa, 43835/11, 01.07.2014, par. 82.

⁶⁷ BREMS, Eva: “SAS v. France: A Reality Check”, 25 NOTTINGHAM L. J. 58, 67, 2016, s.8.

⁶⁸ İHAM (Büyük Daire), Leyla Şahin v. Türkiye, 44774/98, 10.11.2005.

⁶⁹ SPOHN, Ulrike: “Sisters in Disagreement: The Dispute Among French Feminists About the “Burqa Ban” and the Causes of Their Disunity”, Journal of Human Rights, 12:2, (2013), s.163.

⁷⁰ UYGUN, Oktay: Devlet Teorisi, On İki Levha Yay., İstanbul, Ocak 2019, s.505-506.

⁷¹ DEMİR, Esra: “İnsan Haklarının Evrensellik Görüşü Karşısında Kültürel Rölativizm”, MÜHF Hukuk Araştırmaları Dergisi, 14(3), 2008, s.242.

Burkanın yasaklanmasının pratikte nasıl sonuçlar doğuracağına ilişkin yasağa yönelik birtakım itirazlar bulunmaktadır. Yasak sonrası eve kapanan, işe, okula, markete gidemeyen ve ekonomik özgürlükleri gerileyen kadın erkekler karşısında daha zayıf bir konuma düşecektir. Kaldı ki halihazırda burka veyahut başörtüsü giyen kadınların cinsiyet, din ve etnisite temelinde günlük hayatta yoğun bir ayrımcılık ile karşı karşıya kaldığı bilinmektedir.⁷²

European Network Against Racism ve Faith Matter’ın ortaklaşa yayınladığı “Unutulmuş Kadınlar: Birleşik Krallık’ta İslamofobinin Müslüman Kadınlar Üzerindeki Etkisi” raporuna göre her 8 müslüman kadından 1’i iş mülakatlarında evlenip, çocuk sahibi olup olmayacağı yönünde sorularla karşılaşmaktadır, aynı durum Müslüman olmayan kadınlarda ise 30 kişide 1’dir. Her 4 işverenden 1’i ise Müslüman kadınları işe almakta çekinceleri olduğunu belirtmiştir. Müslüman kadınların %43’ü iş mülakatlarında farklı muameleye tabi tutulduklarını hissettiklerini açıklamıştır. Başörtüsü giyen kadınlarda ise bu oran yükselmektedir. Kamuya açık alanda peçelerinin çıkarmaya teşebbüs edenlerin olduğunu kaydeden Müslüman kadınlar, internet mecrasında da nefret söylemine maruz kalmaktadırlar.⁷³

VI. SONUÇ

Bu çalışmada başta Fransa olmak üzere Avrupa devletlerinde yürürlüğe giren kamuya açık alanda yüzün kapatılması yasağı yani; “burka yasağı” tartışılmıştır. Öncelikle dini semboller ve kıyafetler dar ve geniş anlamda tanımlanarak, hem hakkın kapsamının felsefi inançları da içine katarak genişlediği hem de dini inançlar ile felsefi inançları ayıran çizginin kalın bir çizgi olmadığı vurgulanmıştır. Burka yasağı tartışmaları gerek ulusal ve uluslararası mahkeme kararları gerekse kamuoyu tartışmaları ekseninde konumlandırılmıştır. Devletler burkayı yasaklarken, kamu güvenliğini, cinsiyet eşitliğini, laiklik ilkesini ve başkalarının hak ve özgürlüklerini güvence altına almayı amaçladıklarını belirtmişlerdir. Bu amaçlara ulaşmak için alınan tedbirin objektif ve makul bir gerekçesinin bulunup bulunmadığı çalışmada incelenmiştir. Bunun yanında yasakların kanunlaşma süreci ile beraber kamuoyundaki tartışmalara da değinilmeye çalışılmıştır.

Fransa’da burkanın yasaklanmasını takip eden yıllarda pek çok Avrupa devleti de burkayı yasaklamıştır. Bu devletlerin bazılarında burka giyen kadın sayısının 100’ü dahi geçmediği tahmin edilmektedir. Çok az sayıdaki kişiye yönelik getirilen yasak, kamuoyu tartışmaları ve kanunlaşma sürecinden de anlaşılacağı üzere bir kıyafete veya sembole değil, bu kıyafetin ve sembollerin toplumda uyandırdığı kaniya yöneliktir.

Yasaklarda çalışmada da çokça değinilen S.A.S. v. Fransa kararının diğer İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi kararları ile beraber bıraktığı açık kapının ve sınırlamanın muğlak halinin etkisi büyüktür. Devletlerin ortaya koydukları meşru amaçlar ile bu amaçları gerçekleştirmeye yönelik aldıkları tedbir arasında gereklilik ve orantılılık ilişkisi kurabildiğini söylemek güçtür. Devletler bu gerekçeleri sunamadıkları gibi, İHAM da hakkın sınırlanmasına yönelik alınan tedbirlerin gerçekten gerekli olup olmadığı hususunda somut olaylar bakımından araştırma yapmamıştır. Bunda politik koşulların etkisinin büyük olduğunu belirtmek gerekir. İnsan Hakları Komitesi’nin tutumu ise belki de yine politik koşullara bağlı olarak bireysel özgürlüklerin korunması amacına daha çok yakınsamaktadır.

Yasakların Avrupa’daki dini azınlık-çoğunluk ilişkisini ne yönde etkileyeceği önümüzdeki yıllarda belli olacaktır. Ancak Avrupa’daki mevcut durumu özellikle Avrupa ile Müslüman toplumu ilişkisini daha kötü hale getireceğine dair güçlü argümanlar bulunmaktadır. Bu yalnızca müslüman azınlık için değil, diğer “doğu dinlerini” takip eden diğer gruplar için de geçerlidir. Çalışmada da bahsedildiği üzere forum internum-externum ayrımı yerleşmemiş toplumcu pratiklerin içkin olduğu doğu dinleri ile İHAS md. 9 uygulaması arasındaki çelişki sürececek gibi gözükmektedir. Burka giyen kadınların din ve cinsiyet temelli ayrımcılığa uğramaması için burkayı yasaklamak gibi çözümler de bu ayrışmanın önlenmesine yönelik bir tedbir olarak gerçekçi görünmemektedir.

Din ve vicdan özgürlüğü belli sebeplerin varlığında pek tabii sınırlanabilir. Fakat ne İHAM

⁷² Bu konuda ayrıntılı bir çalışma için bkz.: BALDI, Giorgia: “Re-Conceptualizing Equality in the Work Place: A Reading of the Latest CJEU’s Opinions over the Practice of Veiling”, *Oxford Journal of Law and Religion*, 7(2), 2018, s.296-312, doi:10.1093/ojlr/rwy028.

⁷³ FENTON, Siobhan: “British Muslim women face ‘double bind’ of gender and religious discrimination, report warns | The Independent”, (06.01.2020), <https://www.independent.co.uk/news/uk/home-news/british-muslim-women-face-double-bind-of-gender-and-religious-discrimination-report-warns-a7049031.html>. (Erişim Tarihi: 23.01.2020)

ne de Fransa-Belçika bu sebepleri sadece isimlendirmenin ötesinde bir açıklığa kavuşturmakta başarılı olabilmıştır. Bu da kuşkusuz çoğulculuğa ve hoşgörüyeye karşı tehlike doğurmaktadır. Çoğulculuğa karşı olan politikacıların din ve vicdan özgürlüğü bakımından getirilen sınırlamaları ve yasakları daha da ileri götürmesi son tahlilde muhtemel gözükmektedir.

KAYNAKÇA

- BALDI Giorgia: “Re-Conceptualizing Equality in the Work Place: A Reading of the Latest CJEU’s Opinions over the Practice of Veiling”, *Oxford Journal of Law and Religion*, 7(2), 2018, s.296-312, doi:10.1093/ojlr/rwy028.
- BREMS Eva vd.: “Wearing the Face Veil in Belgium”, UGhent Human Rights Centre, 2012, <https://www.hrc.ugent.be/wp-content/uploads/2015/10/face-veil-report-hrc.pdf>.
- BREMS Eva: “SAS v. France: A Reality Check”, 25 NOTTINGHAM L. J. 58, 67 2016.
- CHAIB Saïla Ouald: “Belgian Constitutional Court Says Ban on Face Coverings Does Not Violate Human Rights”, *Strasbourg Observers*, 14.12.2012, <https://strasbourgobservers.com/2012/12/14/belgian-constitutional-court-ban-on-face-coverings-does-not-violate-human-rights/>.
- DEMİR Esra: “İnsan Haklarının Evrenselliği Görüşü Karşısında Kültürel Rölativizm”, *MÜHF Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 14(3), 2008, s.209-242.
- DOĞAN İlyas: *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku*, Ankara: Astana Yayınları, 2019
- DOĞRU Osman/Atilla NALBANT: *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar, C.2*, Legal, İstanbul, 2013.
- DUYMAZ Erkan: “Dini Sembol ve Kıyafet Sınırlamalarında İki Farklı Yaklaşım: İnsan Hakları Komitesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının Devletlerin Uluslararası Yükümlülükleri Bakımından Tahlili”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 64(4), 2015, s.1113-60.
- FENTON Siobhan: “British Muslim women face ‘double bind’ of gender and religious discrimination, report warns | The Independent”, (06.01.2020), <https://www.independent.co.uk/news/uk/home-news/british-muslim-women-face-double-bind-of-gender-and-religious-discrimination-report-warns-a7049031.html>.
- HOWARD Erica: “Banning Islamic Veils: Is Gender Equality a Valid Argument?”, *International Journal of Discrimination and the Law*, 12(3), 2012, s.147-65, doi:10.1177/1358229112464450.
- HOWARD Erica: *Law and the Wearing of Religious Symbols: European Bans on the Wearing of Religious Symbols in Education*, London/New York: Routledge, 2012.
- IDRISS Mohammad Mazher: “Laïcité and the Banning of the ‘Hijab’ in France”, *Legal Studies*, 25(2), 2005, ss.260-95, doi:10.1111/j.1748-121X.2005.tb00615.x.
- KURU Ahmet T.: *Pasif ve Dışlayıcı Laiklik: ABD, Fransa ve Türkiye*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2011.
- LÆGAARD Sune: “Burqa Ban, Freedom of Religion and ‘Living Together’”, *Human Rights Review*, 16(3), 2015, s.203-19, doi:10.1007/s12142-015-0362-6.
- LEWIS Bernard: *The Multiple Identities of the Middle East*, New York: Schocken Books, 1999.
- MCGOLDRICK Dominic: *Human Rights and Religion - The Islamic Headscarf Debate in Europe*, Oxford/Portland, Oregon: Hart Publishing, 2006.
- PEI Sally: “Unveiling Inequality: Burqa Bans and Nondiscrimination Jurisprudence at the European Court of Human Rights”, *The Yale Law Journal*, 122(4), 2013, s.1089-1102.
- Pew Research Center: *Europe’s Growing Muslim Population* <https://www.pewforum.org/2017/11/29/europes-growing-muslim-population/>
- ROBERT Jacques: *Batı’da Din-Devlet İlişkileri*, çev. İzzet Er, İstanbul: İz Yayıncılık, 1998.
- SKEET Charlotte Helen: “Globalisation Of Women’s Rights Norms: The Right To Manifest Religion And ‘Orientalism’ In The Council Of Europe”, *Public Space: The Journal of Law and Social Justice*, C.4, 2009,
- SPOHN Ulrike: “Sisters in Disagreement: The Dispute Among French Feminists About the “Burqa Ban” and the Causes of Their Disunity”, *Journal of Human Rights*, 12(2), 2013, s.145-164.
- ŞİRİN Tolga/Erkan DUYMAZ/Deniz YILDIZ: *Türkiye’de Din ve Vicdan özgürlüğü: Sorunlar, Tespitler ve Çözüm Önerileri*, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2016.

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi (İHAM) Kararları

- İHAM (Büyük Daire), Bayatyan v. Ermenistan, 23459/03, 07.07.2011
İHAM (Büyük Daire), Lautsi ve diğerleri v. İtalya, 30814/06, 18.03.2011.
İHAM (Büyük Daire), Leyla Şahin v. Türkiye, 44774/98, 10.11.2005.
İHAM (Büyük Daire), S.A.S. v. Fransa, 43835/11, 01.07.2014.
İHAM, Ahmet Arslan ve diğerleri v. Türkiye, 41135/98, 23.02.2010.
İHAM, Belcaceci ve Oussar v. Belçika, 37798/13, 11.07.2017.
İHAM, Dakir v. Belçika, 4619/12, 11.07.2017.
İHAM, Dahlab v. İsviçre, 42393/98, 15.02.2001, (Kabul Edilemezlik Kararı).
İHAM, Eweida v. Birleşik Krallık, 48420/10, 15.01.2013.
İHAM, Leyla Şahin v. Türkiye, 44774/98, 10.11.2005.
İHAM, Mann Singh v. Fransa, 24479/07, 13.11.2008.
Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi (İHK) Kararları
İHK, Hebbadj v. Fransa, 2807/2016, 17.07.2018.
İHK, Ranjit Singh v. Fransa, 1876/2009, 15.12.2008.
İHK, Yaker v. Fransa, 2747/2016, 17.07.2018.

Gazete Haberleri

- “French Senate Approves Veil Ban”, BBC News, (14.09.2010), blm. Europe, <https://www.bbc.com/news/world-europe-11305033>. (Erişim Tarihi: 03.01.2020)
“Jury Sees 21 July ‘Burka Escape’”, 20.02.2007, <http://news.bbc.co.uk/2/hi/uk/6378863.stm>. (Erişim Tarihi: 04.01.2020)
“Robbers Wore Burkas in \$500K Toronto Jewelry Store Heist | CBC News”, CBC, 19.11.2014, <https://www.cbc.ca/news/canada/toronto/burkas-worn-by-robbers-in-500k-toronto-jewelry-store-heist-1.2840489>. (Erişim Tarihi: 04.01.2020)
“French Parliament Approves Ban on Face Veils”, The Guardian 13.07.2010, <https://www.theguardian.com/world/2010/jul/13/french-ban-face-veils>. (Erişim Tarihi: 03.01.2020)
“Avrupa’da örtünme yasağı olan ülkeler | DW | 02.08.2019”, DW.COM, (31.12.2019), <https://www.dw.com/tr/avrupada-%C3%B6rt%C3%BCnme-yasa%C4%9F%C4%B1-olan-%C3%BClkeler/a-49861089>. (Erişim Tarihi: 04.01.2020).

**OSMANLI İMPARATORLUĞU'NDA DEFTERDARLIK VE GÜNÜMÜZ
YANSIMALARI** 

“DEFTERDARLIK” AT THE OTTOMAN EMPIRE AND IT’S IMPACTS TO TODAY

Alican MERT*  **Makale Bilgi***Gönderilme: 06/02/2020
Kabul: 06/05/2020***Anahtar Kelimeler***Osmanlı,
Defterdar,
Hazine,
Mali Yapı.***Özet**

Çalışma kapsamında Osmanlı İmparatorluğu'nun tarihte eşine az rastlanan uzunluktaki devlet yönetiminde büyük bir önemi olan defterdarlık makamı incelenmiştir. Günümüzdeki maliye bakanlığına benzetilebilecek olan bu makam, devletlerin siyasi varlıklarını sürdürebilmesi için zorunlu olan finans kaynaklarının kaydını ve kontrolünü yapmaktaydı. Osmanlı İmparatorluğu'nun uzun yıllar hüküm sürmesinde askeri başarılarının yanında, mali konulardaki yönetsel başarısının etkisi yadsınamaz. Bu yönetimin yapıldığı makam ise defterdarlık olmuştur. Ancak bununla beraber defterdarlık, bürokrasi içinde büyük çekişmelere de sebep olmuş bir makamdır. Bu öneme haiz bir makamın kurumsal yapısının incelenmesi, Osmanlı mali yapısının ve bu makamın günümüz mali kurumlarına etkilerini anlamak bakımından gereklidir. İki bölümden oluşan bu çalışmada ilk bölüm olarak defterdarlığın kökeni, Osmanlı Devleti'nde ortaya çıkışı, görevleri, defterdar olarak seçilecek kişilerin taşıması gereken özellikler anahtarları ile açıklanmış; ikinci bölümde ise defterdarlık makamının yönetim anlayışındaki ve devlet toprağının sınırlarındaki değişime bağlı olarak geçirdiği yapısal değişimler üzerinde durulmuştur. Osmanlı İmparatorluğu'nda makamın ilk ortaya çıkışından, maliye nezareti adını aldığı tarihe kadar olan süreç ele alınmıştır. Bu çalışma ile ise Osmanlı İmparatorluğu'nun mali alandaki temel kurumunun yapısal ve teknik özellikleri ortaya konulmak amaçlanmıştır.

Article Info*Received: 06/02/2020
Accepted: 06/05/2020***Keywords***Ottoman,
Defterdar,
State Treasury,
Financial Structure.***Abstract**

Financial authority of Ottoman Empire which is called as “Defterdarlık” that has magnificent importance and contribution on unprecedentedly long-term ruling, has been examined on that article. Defterdarlık which may be resembling ministry of finance have been keeping a list of financial assets of Empire and controlling revenue collection that provides financial sovereignty to state. Ottoman Empire's financial structure had been designed successfully and that was supporting development in addition to military achievements. Defterdar was the head of that financial structure. Notwithstanding that, several important conflicts have been emerged in Ottoman bureaucracy by the effects of that authority. Examination of that authority is a necessity due to comprehension of Ottoman Empire's financial structure and the effect of that authority upon today's financial units of Turkish Republic. This article consists of two parts; firstly, origins and sources of “defterdarlık” and qualification of the people who may be appointed as a “defterdar” have been explained with the main lines. At the second part, structural changes of “defterdarlık” that had been arisen from changing perspective of government and extension of emperor's border have been addressed. Scope of that study has been based on the first emerging of that authority until turning into a different concept which was named “ministry of finance”. And lastly, the aim of that article is clarifying technical and structural specifications of the main authority of finance at the Ottoman Empire.



Bu eser Creative Commons Atf 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır

* Arş. Gör., Uludağ Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Mali Hukuk Anabilim Dalı.

I. GİRİŞ

Osmanlı Devleti'nin tarihte eşine pek rastlanılmayan uzunlukta olan, 600 yıllık mevcudiyetinin en önemli unsurlardan birisi de devlet teşkilatında yer alan kuvvetli bürokrasi ve bu sistem içerisinde aksama olması durumunda etkin çözüm yolları ile çare getiren bir anlayışı benimsemiş olmalarıydı. Şüphesiz Osmanlı Devleti kendinden önce var olmuş Türk-İslam devletlerinin bu konuda izlemiş oldukları bürokratik usullerden etkilenmiştir¹. Osmanlı Devleti'nde, padişahın başkanlığını yaptığı ve devletin yönetimiyle ilgili en önemli kararların alındığı Dîvân-ı Hümâyün ismi verilen divan, Selçuklu, İlhanlı ve diğer Türk devletleri uygulaması örnek alınarak yapılandırılmıştı².

Devletin gücünü koruyabilmesi sağlam bürokrasiye bağlı olmakla birlikte, güçlü bir ekonomiyi de gerektirmektedir. İran devlet geleneği, ekonominin devletin yöneticisinin gücünü arttırması aracı olarak görmekteydi. Ortadoğu'da bulunan devletler bakımından yaygın olarak söz konusu olan ve kamu gelirlerinin ekonomik amaçlar dışında sürekli olarak atırılmasına karşılık gelen fiskalizm uygulaması, Osmanlı Devleti bakımından da geçerliydi ve ekonomik düzenlemeler yapılırken merkezi hazinenin artışı hedeflenmekteydi³. Bu düşüncenin bir ürünü olarak, Osmanlı Devleti'nde 19. yüzyılın başlarına kadar devlet yönetiminde ekonomik düzenlemelerle atılan adımlar siyasi, dini, askeri, idari bir takım hedefleri de içermekteydi⁴.

Osmanlı Devleti'nde devlet yönetimine ilişkin idari, örfi konularda vezir-i azam, arazi işlerinde nişancı, şer'î ve hukuki konularda kazaskerler ve mali konularda defterdarlar divan üyesi olarak görev almaktaydı⁵. Osmanlı Devleti merkez teşkilatı sistemi içerisinde ise Dîvân-ı Hümâyün'dan sonra en önemli kurumun, siyaseten ekonomik gücün de bir gereklilik olmasının etkisiyle, başında defterdarların bulunduğu Defterdarlık olduğu belirtilmektedir⁶. Merkezi İstanbul'da yer alan Osmanlı mali idaresi "Bab-ı Defteri" veya "Defterdar Kapısı" olarak isimlendirilmekteydi ve devletin tüm mali işlemlerinde esas yönetici ve yetkili mercii olarak görev yapmaktaydı⁷. Günümüz devlet teşkilatlanması bakımından ise maliye bakanlığına denk gelen bir kurumdur. Osmanlı Devleti yapılanması içerisinde de II.Mahmut'un saltanatının son yıllarında Tanzimat Fermanı'ndan ise hemen önce 1838 yılında defter-defterdar tabiri terk edilmiş ve yerine Maliye Nezareti kurulmuştur⁸. Osmanlı'nın iktisadi ve mali yapısını bu değişim temelinde iki ana dönem olarak ele almak mümkündür; kuruluşundan 18. yüzyıla kadar olan zamanı kapsayan nizâm-ı kadîm olarak ifade edilen klasik dönem ve nizâm-ı cedid olarak ifade edilen "yenileşme" dönemidir⁹.

II. HAZİNENİN SADIK BEKÇİSİ: DEFTERDAR

A. Mali İdarenin Kökeni

Devletin gelir ve giderinin tutulması, vergilerin toplanması, maliyenin idare edilmesi, askerlerin isimlerinin ve maaşlarının kayıt edilmesinin devletin korunması bakımından bir ödev olarak belirtilmektedir¹⁰. Osmanlı Devleti diğer alanlarda olduğu gibi maliye idaresi noktasında defterdarlık kurumunu benimsemiş ve bu kurum Türk ve İslam devletlerinin devlet yapılanmalarına benzer şekilde inkişaf ettirilmiştir¹¹. Bununla beraber Osmanlı maliyesi üzerinde

¹ AFYONCU, Erhan: Osmanlı Devlet Teşkilatında Defterhane-i Amire (XVI.-XVIII. Yüzyıllar), Türk Tarih Kurumu Yayınları, Ankara 2014, s.1.

² HALAÇOĞLU, Yusuf: XIV-XVII. Yüzyıllarda Osmanlılarda Devlet Teşkilatı ve Sosyal Yapı, 7. Baskı, Türk Tarih Kurumu Yayınları, Ankara 2014, s.10.

³ BÜLBÜL, Yaşar: "Klasik Dönem Osmanlı Muhasebe Sistemi", Divan İlmi Araştırmalar Dergisi, Sayı 6(1), 1999, s.151.

⁴ GENÇ, Mehmet: Osmanlı İmparatorluğunda Devlet ve Ekonomi, 12. Baskı, Ötüken Neşriyat, İstanbul 2015, s.39.

⁵ UZUNÇARŞILI, İsmail Hakkı: Osmanlı Devletinin Merkez ve Bahriye Teşkilatı (Merkez ve Bahriye Teşkilatı), 3. Baskı, Türk Tarih Kurumu Yayınları, Ankara 1988, s.2.

⁶ GÜNALAN, Rifat: Osmanlı İmparatorluğunda Defterdarlık Teşkilatı ve Bürokrasisi: XVI. Yüzyıl Maliye Ahkâm Defterleri, Kayıhan Yayınları, İstanbul 2010, s.17.

⁷ ÖNER, Erdoğan: Osmanlı İmparatorluğu ve Cumhuriyet Döneminde Malî İdare, 2. Baskı, Maliye Bakanlığı Araştırma, Planlama ve Koordinasyon Kurulu Başkanlığı Yayını, Ankara 2005, s.186-187.

⁸ ŞENER, Abdüllatif: Sona Doğru Osmanlı: Osmanlı Ekonomisi ve Maliyesi Üzerine Yazılar, 2. Baskı, Birleşik Kitabevi, Ankara 2007, s.75. ORTAYLI, İlber: İmparatorluğun En Uzun Yüzyılı, 49. Baskı, Kronik Kitap, İstanbul 2019, s.137; "Tanzimat Fermanı ilan edildiği an, aslında ülkede bir Maliye Nezareti yoktu. Maliye nazırı unvanını taşıyan, halen klasik dönemin başdefterdarıydı"

⁹ TABAKOĞLU, Ahmet: Osmanlı Mali Tarihi, Dergah Yayınları, İstanbul 2016, s.214.

¹⁰ HALDUN, İbn: Mukaddime-I, Çev. Zakir Kadiri Urgan, Milli Eğitim Bakanlığı Yayınları, İstanbul 1997, s.618.

¹¹ KÜTÜKOĞLU, Mübahat S.: "Defterdar", Diyanet İslam Ansiklopedisi, Cilt 9, 1994, s.94.

Bizans, Abbasi, İran ve İlhanlı devletlerinin etkileri de bulunmaktaydı¹².

İslam tarihinde beytül-mal (devlet hazinesinin şeriat dilindeki karşılığı) Hz. Muhammed ve Hz. Ebubekir zamanında bizzat yönetilmekteydi¹³. Mali kayıtların bir divan aracılığı ile tutulması halife Hz. Ömer zamanında olmuştur. Bu konuyla ilgili olarak da iki rivayete işaret edilmektedir. İlki Bahreyn’den getirilen mal ve paraların çok olması ve bölünmesi noktasında yaşanan zorluğun giderilmesi üzerine Halid bin Velid’in önerisi ve Hz. Ömer’in kabulü ile bu makam kurulmuştur. Diğer bir rivayet ise; Hürmüzan tarafından bu önerinin getirildiğidir. Hz. Ömer tarafından hiçbir kayıt tutulmadan etrafa asker gönderilmesinin, asker sayısındaki azalma ve giden-gelen dengesinin belirlenememesi sonucu askeri nizamın bozulacağından bahisle kayıt sistemine geçirilmesi gerektiği ve bunun kabul edildiği belirtilmektedir¹⁴.

Devletin mali işlerinden sorumlu kişilere bakacak olursak; Selçuklular’da mali işler “Divan-ı istifâ” adlı divan aracılığıyla görülmekte olup, bu divanın başında “müstevfi”¹⁵ ünvanına sahip başkan bulunmaktaydı¹⁶. Abbasilerde ise masrafların kaydedilmesinden görevli divan, divânü’n-nafakat, zekat ve öşür tayin edilmesi ile de divânü’s-sadaka isimli divanlar görevliydi¹⁷. Osmanlı Devleti’nin etkilemiş olan bir diğer devlet olan İlhanlılar’da ise, defterdarî-i memâlik maliyenin başındaki kişi için kullanılan kavram olmuştur¹⁸. Osmanlı Devleti, mali idare teşkilatı bakımından Büyük Selçuklu ve Anadolu Selçuklu devletlerinden daha ziyade İlhanlı Devleti geleneğinden etkilenmiş olmasından kaynaklı birçok mali kavramı almış olduğu gibi kurumun başındaki kişiyi tanımlamak için de İlhanlı Devleti’nde olduğu gibi defterdar tabirini tercih etmiştir¹⁹. Bunun sebebine bakacak olursak, XIV. yüzyıl başlarında Anadolu coğrafyasında İlhanlı mali sistemi hakim bulunuyordu. Ayrıca İlhanlıların askeri taarruzlarından korunmak için Türkmen beyliklerinin vergi vermesi durumu söz konusuydu. İlhanlı’nın saldırılarından korunmak için vergi ödeyen beyliklerden birisi de, Orhan Bey’in yönetiminde bulunduğu ve Osmanlı Devleti’nin temeli olan Osmanlı Beyliği de bulunmaktaydı. Bu ilişki sebebiyle Osmanlı Devleti’nin mali sisteminin İlhanlı Devleti’nden yoğun şekilde etkilendiği belirtilmektedir²⁰.

I. Murad döneminde kadıasker olan Çandarlı Kara Halil Efendi ile Kara Rüstem aşiret sistemini terk edip, devlet yapılanmasına geçiş hareketlerinde, vergi ve mali konulara ilişkin tutmuş oldukları defterleri, İlhanlıların maliyecisi olan Hamdullah Müstevfi’nin Nüzhet-ül-kulûb ve Hoca Necmeddin Cüveyni’nin Risale-i Felekiye isimli eserlerine büyük oranda benzerlik arz etmektedir. Bununla beraber İlhanlılar ve Selçuklular’da olduğu gibi Osmanlı da mali kayıtlarını Farsça diliyle²¹ yazılmaktaydı. Bu kayıtların tutulmasında sadece özel uzmanlar tarafından anlaşılabilen siyakat yazısı kullanılmıştır. Bu gelenek de yine İlhanlılar ve Selçukluların mali kayıt sisteminin benimsendiğini göstermektedir²².

B. Defterdarın Ortaya Çıkışı

Osmanlı Devleti yapılanmasında defterdarlık kurumunun tam olarak nasıl ve ne zaman ortaya çıktığı hakkında bilgi bulunmamaktadır²³. Bununla beraber üzerinde uzlaşmış bir görüş de bulunmamaktadır. İsmail Hakkı Uzunçarşılı’ya göre, Germiyanlı Şeyhoğlu Mustafa’nın Yıldırım Bayezid’e ithaf ettiği “Hurşid ve Feraşad” isimli manzum eserinde nişan, hazine ve

¹² ORTAYLI, İlber: Türkiye Teşkilat ve İdare Tarihi, 4. Baskı, Cedit Neşriyat, Ankara 2012, s.223.

¹³ PAKALIN, Mehmet Zeki: Maliye Teşkilat Tarihi (1442-1930) Cilt I, Maliye Bakanlığı Tetkik Kurulu Yayınları, Ankara 1978, s.2.

¹⁴ HALDUN, s.620-621.

¹⁵ BOZKURT, Abbas Sabbağ-Nebi: “Müstevfi”, Diyanet İslam Ansiklopedisi, Cilt 32, 1994, s.147; “Sözlükte “Hakkın ödenmesini isteyen kimse” anlamındaki müstevfi kelimesi, terim olarak devletin malî işleriyle ilgili divanın başkanını ve buna bağlı memurları ifade eder.”

¹⁶ TABAKOĞLU, Ahmet: Türk İktisat Tarihi, Dergah Yayınları, 3. Baskı, İstanbul 1997, s.90; KÜTÜKOĞLU, s.94.

¹⁷ AFYONCU, s.2.

¹⁸ UZUNÇARŞILI, Merkez ve Bahriye Teşkilatı, s.325.

¹⁹ GÜNALAN, s.17.

²⁰ AYDIN, Bilgin/GÜNALAN, Rifat: XV-XVI. Yüzyıllarda Osmanlı Maliyesi ve Defter Sistemi, Yeditepe Yayınevi, İstanbul 2008, s.13-14.

²¹ SAYIN, Abdurrahman Vefik: Tekâlif Kavaidi (Osmanlı Vergi Sistemi), Maliye Bakanlığı Araştırma, Planlama ve Koordinasyon Kurulu Başkanlığı, Ankara 1999, s.154; “Fatih zamanında Rumeli için ayrıca bir defterdar ve Anadolu için de bir muavin tayin olmuştu. Bunlar yarı Farsî yarı Türkçe olarak siyakat yazısı ile defter tutarlardı.

²² UZUNÇARŞILI, İsmail Hakkı: “Osmanlı Devleti Maliyesinin Kuruluşu ve Osmanlı Devleti İç Hazinesi” (Mali Kuruluş), Türk Tarih Kurumu Belleten Dergisi, Cilt XLII(165), Ocak 1978, s.68-69.

²³ DARLING, Linda T.: “Ottoman Fiscal Administration: Decline or Adaptation?”, The Journal of European Economic History, Vol. 27(1), 1997, s.164; UZUNÇARŞILI, Merkez ve Bahriye Teşkilatı, s.325.

defter kavramlarında bahsettiği ve kendisinin de Germiyanoglu'nun defterdarı olması sebebiyle bu tarihlerde defterdarlık müessesesinin Osmanlı Devleti'nde de bulunduğu iddia edilmiştir. Uzunçarşılı'nın bir diğer görüşü ise, II. Sultan Murad döneminde 1441 yılında ulemada yer alan Fazlullah'a verilen Saruhan sancağından bazı yerlere ilişkin temliknamede şahitler arasında Murad b. Yahya Bey elma'rûf bi-defterdar imzasının görüldüğünü bu tarihlerde de defterdarın var olduğunu belirtmiştir. Buna ilave olarak 1444 yılında Bursa Hafsa Hatun vakfiyesinde şahitler arasında Abdülcelil Bey b. el-Hâkim Mehmed Şirvaniyy-üd-defterî isimli bir defterdar olduğu belirtilmiş ve 15. yüzyılın ilk yarısında defterdarlık kurumunun bulunduğu belirtilmiştir²⁴. Yusuf Halaçoğlu ise, I. Murad döneminde ilk bütçe çalışmalarının yapılmış olmasının bu dönem itibarıyla defterdar ve defterdarlık kurumunun var olduğunun düşünülebileceğine işaret etmektedir²⁵. İlber Ortaylı'ya göre defterdarlığın ilk ortaya çıktığı zaman ise Yıldırım Bayezid zamanına rastlamaktadır. Bundan öncesinde vergi ve diğer mali işlerin nasıl yürütüldüğüne dair bir konunun açıklığa kavuşturulmamış olduğunu belirtmektedir²⁶. Linda T. Darling de Osmanlı mali bürokrasinin Yıldırım Bayezid döneminde oluşmaya başladığını söylemektedir²⁷. Kütükoğlu ise, değerlendirmesini daha geniş tutmuş ve defterdarlığın XIV. Yüzyılda ortaya çıktığını ancak XV. yüzyılda tam anlamıyla şekillenmiş olduğunu belirtmiştir²⁸. Ziya Karamursal ise I. Murad'ın 1360 yılında mali anlamda bir takım kanunlar ortaya koyduğunu ve ilk mali teşkilatı kurduğunu ifade etmektedir²⁹. Mehmet Zeki Pakalın ise, ilk defterdar tayininin I. Murad'ın son zamanlarında veya Yıldırım Bayezid döneminde yapılmış olmasını muhtemel kabul etmektedir. Bu fikrini ise, 'Amasya Tarihi' yazarı Hüseyin Hüsamettin Efendinin ilk defterdar olarak I. Murad zamanında Mihaliç kadısı Çelebi Bin Mehmet'in ilk defterdar olarak atandığı iddiasına dayandırmaktadır³⁰.

Anlaşılabileceği üzere defterdarlığın kuruluşunu Osmanlı Devleti'nin ilk senelerine götürmek pek de mümkün değildir. Orhan Gazi zamanında devlet içerisinde divân-ı hümâyûn bünyesinde bürokratik bir ayırım henüz yapılmış değildi. Nişancının idaresinde az kişiden oluşan kadro idari ve mali işleri yürütmekteydi³¹. Mevcut yönetimde defterdarlık adında bir kurumun varlığını gerektiren bir durum da mevcut değildi³². Devletin bu yıllardaki masrafları, gelirlerine oranla çok azdı³³. Devlet sınırlarının ve işleyişinin büyümesi ve gelişmesi mali açıdan müstakil bir yapının gerekliliğini oluşturmuştur³⁴. Bu noktada ise belgesel anlamda ilk bulgu olan 1441 tarihli şahit imzalarındaki defterdar ibaresini defterdarlığın ortaya çıktığı tarih olarak ele alıp, XV. yüzyıl başlarından itibaren defterdarlığın mevcut olduğunun kabulü yerinde olacaktır³⁵.

Osmanlı Devleti'nin mali idaresinin işleyişi ve defterdarların kayıt tutulması hususunda göstermiş oldukları intizam, Avrupa'nın da takdirini toplamıştır. Osmanlı Devleti'ne Venedik Balyosluğu yapmış olan Garzoni ve Vigenère de bu hususa dikkat çekmişlerdir³⁶. 1680'li yıllarda Osmanlı iktisadi-mali sistemini analiz eden Marsigli isimli bilgin; "Hristiyan hükümetlerde böylesi yoktur" diyerek Osmanlı'nın mali idaresindeki sistematik başarıyı tanımlamaya çalışmıştır³⁷.

C. Defterdarlığın Yapısı

1. Defterdarın Görevleri

İstanbul'un Osmanlı Devleti tarafından fethinin dünya tarihini etkilediği şüphesizdir. Bu tarihten itibaren Osmanlı'nın da sınırları genişlemeye başlamış ve devlet yeni bir şekil almıştır. Bu gelişmelerle birlikte Fatih, Osmanlı Devleti'nin teşkilat ve teşrifatına ilişkin düzenlemelerin

²⁴ UZUNÇARŞILI, Merkez ve Bahriye Teşkilatı, 325-326.

²⁵ HALAÇOĞLU, s.72; "Ancak açık olarak defterdar tabirine II. Murad zamanında rastlanılmaktadır".

²⁶ ORTAYLI, Türkiye Teşkilat ve İdare Tarihi, s.223.

²⁷ DARLING, Ottoman Fiscal Administration, s.164.

²⁸ KÜTÜKOĞLU, s.95.

²⁹ KARAMURSAL, Ziya: Osmanlı Mali Tarihi Hakkında Tetkikler, 2. Baskı, Türk Tarih Kurumu Yayınları, Ankara 1989, s.2.

³⁰ PAKALIN, s.8.

³¹ AFYONCU, s.6.

³² KÜTÜKOĞLU, s.95.

³³ KARAMURSAL, s.2; "Mübayaat yok gibi idi. Bundan dolayı her sene birçok fazla varidat vücade gelir ve bu fazlalık cami, medrese, köprü, yol, han ve hamam gibi inşaat ve imarata sarfolunur idi. Zait masrafları icap edecek debdebe, dârât ve ihtişâm yoktu".

³⁴ AFYONCU, s.7.

³⁵ UZUNÇARŞILI, Merkez ve Bahriye Teşkilatı, s.326.

³⁶ KARAMURSAL, s.153.f

³⁷ TABAKOĞLU, Ahmet: Gerileme Dönemine Giren Osmanlı Maliyesi, Dergah Yayınları, İstanbul 1985, s.33.

dağınık halde bulunuyor olması ve bazı noktalarda düzenlemenin bulunmamasının eksikliğini fark etmiş ve bir kanunlaştırma hareketine girişmiştir. “Bu Kanunname atam ve dedem kanunudur ve benim dahi kanunumdur” ifadesiyle başlayan ve kuruluşundan o zamana kadar mevcut ancak yazılı olmayan Osmanlı kanunlarını içeren ve gelişmenin gerektirdiği düzenlemeleri de bizzat kendisi ekleyerek Kanûnnâme-i Âli Osman (Fatih Kanunnamesi)’i³⁸ hazırlatmıştır³⁹. Osmanlı devlet kurumları ve bürokratik teşkilat hakkında ilk kez derli toplu bilgiler bu düzenleme ile sağlanmıştır⁴⁰. Döneminde yer alan devlet kurumlarına bu Kanunname ile kesin şeklini vermiştir⁴¹. Defterdarlık kurumu bakımından da önemli bir düzenlemedir. Zira defterdarların yetki ve sorumluluklarının sınırının ve görev alanının ne olduğunun belirlendiği ilk hukuki metindir⁴².

“Bilgi ki, evvelâ vüzerâ ve ümerânın veziriazam başıdır. Cümlelerin ulusudur. Cümle umûrun vekil-i mutlakıdır. Ve mâlının vekili defterdârıdır. Ve ol nâzırıdır.”

Bu hüküm Kanunname’nin Bab-ı Evvel başlığı altında almaktadır. Bu düzenlemeye göre defterdar, padişahın mallarının vekili konumundadır. Sadrazam ise malların nazırıdır. Para hazinesi ile defterhanenin açılması gerekirse⁴³, defterdarın huzurunda açılır ve yine defterdarın huzurunda kapatılır⁴⁴.

Kanunname’nin birçok yerinde başdefterdar ve mal defterdarlarından bahsedilmekte ve bu kurumlara ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir.

“Ve başdefterdâr cümle mâlının nâzın olup, umûr-ı âlem ana raufavvazdır.

Anın izni olmadın bir akça ne dâhil ve ne hâric-i hazîne ola”⁴⁵

Başdefterdar, Osmanlı mali idaresinin en üst makamıdır ve bugünkü anlamda “Maliye Bakanı” olarak düşünmek mümkündür⁴⁶. Bu düzenleme ile görülmektedir ki başdefterdarın Osmanlı maliyesi bakımından büyük yetkisi bulunmaktadır. Hazineye girecek ve hazineden çıkacak bir akçede bile kendisinin izni aranmaktadır⁴⁷. Sadrazam nasıl kanunların uygulanması noktasında kadıasker ve kadılar üzerinde bir nezareti söz konusuysa, mali konularda da defterdar üzerinde böyle bir yetkisi vardır⁴⁸. Ancak Osmanlı’da sadrazam ki, padişahın mutlak vekili olup, mühür-i hümayun ile göreve gelmektedir⁴⁹, müdahalede bulunamayacağı iki konudan birisi adliye öteki ise maliyedir. Defterdarın sadrazam karşısında bir tür özerkliğinden bahsedilmektedir. Ayrıca defterdarların doğrudan padişaha arz yetkileri bulunmaktadır⁵⁰. Ancak defterdarların

³⁸ İNALCIK, Halil: Devlet-i ‘Aliyye Osmanlı İmparatorluğu Üzerine Araştırmalar-I: Klasik Dönem (1302-1606) Siyasal, Kurumsal Ve Ekonomik Gelişim, 17. Baskı, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul 2009, s.119; “Şunu da belirtmek yerinde olur ki, esasen İslami anlayışa yabancı olan bu davranış, yani sivil bir kanunname ilanı, Türk yasa ve töre devlet geleneğine bağlıdır. İmparatorluk kuran Türk ve Moğol hakanları, kendi yasa veya törelerini tespit ve ilan ederlerdi. Devlete töre vermek, onların en önemli egemenlik haklarından sayılırdı. İslam dünyasına girince Türk hükümdarları, siyaset ve idarede nizam koyma hususunda mutlak yetkilerini bırakmadılar.”

³⁹ ÖZCAN, Abdülkadir: “Fatih’in Teşkilat Kanunnamesi ve Nizam-ı Alem İçin Kardeş Katli Meselesi” (Teşkilat Kanunnamesi), İstanbul Üniversitesi Edebiyat Fakültesi Tarih Dergisi, Sayı 33, 1981, s.13-15. Ancak bu Kanunname’nin günümüze ulaşan nüshasının Yıldırım Bayezid dönemindeki eklemeleri de içeren hali olduğu iddia edilmektedir. Bu konudaki tartışma için bkz. Özcan, Teşkilat Kanunnamesi, s.15-17.

⁴⁰ ÖZCAN, Abdülkadir: Kanûnnâme-i Âli Osman (Tahlil ve Karşılaştırmalı Metin), Kitabevi Yayınları, İstanbul 2003, s.19-20.

⁴¹ İNALCIK, Devlet-i ‘Aliyye, s.119.

⁴² GÜNALAN, s.22.

⁴³ AFYONCU, s.10; “Defterhane, divân- hümayûnun bünyesi içerisine bulunmasına rağmen divân kalemleri (beylikci, tahvil, ruûs, amedî) arasında yer almaktadır. Aynı şekilde defterdârlık ile de bir bağlantısı bulunmamaktadır.”; s.11; “Defterhânenin âmiri olan defter emini daha önce emri altında olduğu nişancı ile zamanla müsavî hale gelmiş ve onun işlerinin bir kısmını devralmıştır”.

⁴⁴ UZUNÇARŞILI, Merkez ve Bahriye Teşkilatı, s.326.

⁴⁵ ÖZCAN, Kanûnnâme-i Âli Osman, s.9.

⁴⁶ TABAKOĞLU, Türk İktisat Tarihi, s.166.

⁴⁷ ÖNER, s.187.

⁴⁸ İNALCIK, Devlet-i ‘Aliyye, s.118.

⁴⁹ İNALCIK, Halil: Osmanlı İmparatorluğu Klasik Çağ (1300-1600), Çeviren: Ruşen Sezer, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul 2003, s.101; “Bir sefere padişahın özel bir beratıyla Serdâr-ı ekrem, yani başkomutan tayin olduğunda, vezir-i âzamin iktidarı doruğuna ulaşırdı, çünkü o zaman sultana danışmadan her hususta karar verebilir, atama ve azletmekte istediği gibi davranabilirdi. Bu yetkilerle doğu seferine serdar tayin edilen vezir-i âzam İbrahim Paşa, defterdâr İskender Çelebi ile yetki çatışmasına düşmüş, onu idam ettirmiş, kendisinin saltanatta gözü olduğu dedikoduları yayılmış, düşmanları padişahı kandırarak idamına sebep olmuşlardır”.

⁵⁰ ORTAYLI, Türkiye Teşkilat ve İdare Tarihi, s.220.

sadrazam ile danışma halinde olması gerekliliği yine Kanunname’de düzenlenmiştir⁵¹.

Defterdar ile sadrazam arasındaki bu ilişki, günümüz idari teşkilatında idarenin bütünlüğü ilkesini sağlayama yönelik getirilen araçlardan olan hiyerarşi yapısından farklılaşmaktadır. “Kanunsuz emir” hariç olmak üzere astın, üstün emrini tamamen yetine getirmesi anlamına gelen hiyerarşik gücün⁵² istisnasıdır. “Maliye Bakanı” olarak ifade edebildiğimiz defterdarlık makamının, Osmanlı İmparatorluğu’nda yürütmenin başı olan sadrazama, ki günümüz bakımından T. C. Anayasası’nın 7. maddesine göre Cumhurbaşkanı, karşı özerlik tanınmıştır. Günümüzde ise Cumhurbaşkanı’nın, maliye bakanı ve diğer bakanlıkların hiyerarşik amiridir ve onlara emir ve talimat verebilmektedir⁵³. **Elbette bugünkü idari teşkilat ile kıyaslamak doğru olmayacaktır; ancak Fatih Sultan Mehmet tarafından mali konuların önemi ve karmaşık yapısı kavranarak bu makama özerklik tanınıp, sadece padişaha sorumlu olması sadrazam makamı tarafından yönetime mali araçlar kullanılarak karışılmasının ve yön verilmesinin önüne geçmiştir.**

Defterdarlara bu Kanunname ile bazı imtiyazlar da tanınmıştır; başdefterdar (Rumeli defterdarlığının başdefterdar olacağı yine kanunnamede belirtilmektedir), divan-ı hümayun’da vezir-i azamın sofrasında yemek yemek, padişahın malını muhafaza etmek, hazineyi ilgilendiren konularda hüküm yazmak, hizmet eden kişilere çavuşluk, sipahilik, katiplik ve hatta sancak ve zeamet verebilmek, hükümdara danışmadan iki akçeye kadar zam yapabilmek bunlardan bazılarıdır⁵⁴. Ayrıca sefer sırasında padişaha yaklaşıp konuşabilme imtiyazına da sahiptirler⁵⁵. Padişahın, bayram merasimlerinde, vezirler, kazaskerleri ile birlikte başdefterdarını da ayakta karşılayacağı da Kanunname’de düzenlenmiştir⁵⁶.

Defterdarların sorumluluğu sadece padişaha karşı olmakla birlikte, kişisel davaları ile ilgili olarak kadı huzuruna çıkabilirlerdi. 1596 yılında, başdefterdarın rüşvet aldığı iddiası üzerine yargılanması önerisi, *‘başdefterdâr, sultanın yetkesiyle iş görür ve hâzineyi sultan adına yönetir. Bugüne dek bu makam hakkında hiç soruşturma olmamıştır’* iddiası ile reddedilmiştir⁵⁷.

Devlete ait malların alınıp satılması yetkisi de defterdarlara aitti⁵⁸. Defterdarın bu görevleri günümüz bakımından kamu harcamaları ve kamuya gelir getirmek maksatlı yapılan bir takım satışlara benzemektedir. Bu konularda ise kural olarak ihale usulü geçerlidir⁵⁹. İhale sürecine ilişkin usul ve esasları belirleme, ihale süreçlerine ilişkin şikayetleri inceleme görevini ise Kamu İhale Kurumu yerine getirmektedir. İlgili bakanlığı Hazine ve Maliye Bakanlığı olmakla birlikte, idari ve mali özerkliği bulunan bağımsız bir idari otorite şeklinde ihdas edilmiştir⁶⁰. Ayrıca “Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun”⁶¹ kapsamında bulunan kamu mal ve paylarının satışı ile ilgili konularda görev alan Hazine ve Maliye Bakanlığı’na bağlı olarak Özelleştirme İdare Başkanlığı bulunmaktadır. **Defterdarlık makamının günümüzdeki bu kurumlara ait görev ve yetkilere de haiz olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır.**

Defterdarlar, hazineden sorumlu olmaları dolayısıyla bugünkü anlamda bilançoya benzer şekilde, yılda bir kere devletin yıllık gelir ve giderleri hakkında padişaha bilgi sunarlardı. Bu arzın ardından defterdarlara hil’at⁶² verilir idi⁶³. Bu sebeple defterdarların Osmanlı maliyesinde bir nevi bütçe hazırlamakla memur oldukları anlaşılmaktadır⁶⁴. Defterdarlık tarafından padişaha mali

⁵¹ PAKALIN, s.13. NIZRI, Michael: Ottoman High Politics and the Ulema Household, Palgrave Macmillan, Londra 2014, s.“17. yüzyılda Osmanlı yönetiminde yaşanan gelişmeler sonucunda sadrazam ve defterdar gibi makamlar, yönetimlerini sarayın dışındaki binalardan idare etmeye başladılar. Böylece Sultanların bu makamların yönetimine katılmalarındaki ihtiyaç da azalmıştır”.

⁵² GÖZLER, Kemal: İdare Hukuku Cilt I, 3. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa 2019, s.254.

⁵³ GÖZLER, s.249.

⁵⁴ UZUNÇARŞILI, Merkez ve Bahriye Teşkilatı, s.326.

⁵⁵ HALAÇOĞLU, s.72.

⁵⁶ İNALCIK, Devlet-i ‘Aliyye, s.119.

⁵⁷ İNALCIK, Osmanlı İmparatorluğu Klasik Çağ (1300-1600), s.99-100.

⁵⁸ ORTAYLI, Türkiye Teşkilat ve İdare Tarihi, s.223.

⁵⁹ SEZGİNER, Murat: İdarenin Sözleşmeleri ve Kamu İhalelerine İlişkin Uyuşmazlıklar, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2013, s.16.

⁶⁰ KARAKAŞ, Mustafa: “Devletin Düzenleyici Rolü ve Türkiye’de Bağımsız İdari Otoriteler”, Maliye Dergisi, Sayı 154, Ocak-Haziran 2008, s.117.

⁶¹ 4046 sayılı “Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun”, RG Tarih: 27.11.1994, Sayı:22124.

⁶² ŞEKER, Mehmet: “Hil’at”, Diyanet İslam Ansiklopedisi, Cilt 18, 1994, s.22; “Halife ve hükümdarlar tarafından verilen şeref elbisesi.”

⁶³ GÜNALAN, s.22.

⁶⁴ ORTAYLI, Türkiye Teşkilat ve İdare Tarihi, s.224.

durumun bir tablosu sunulmaktadır. Günümüzdeki gibi bütçenin yasama organı tarafından denetlenmesi ve gelecek dönem için yapılacak harcamalara izin verilmesi şeklinde bir durum elbette söz konusu değildir. Çağdaş sistemlerde yürütmeye devredilen harcama yetkisinin yasama organı tarafından denetimi söz konusuyken⁶⁵, **Osmanlı İmparatorluğu’nda defterdarlık makamının bilgilendirme görevi yerine getirdiğini ve bunu da şu anki bütçe uygulamasına benzetmek mümkündür. Ancak denetim şekli farklı olsa da, yıllık olarak harcamaların egemenin(Osmanlı’da padişah-Günümüzde yasama organı eliyle halk) onayına sunulması hem Osmanlı’da hem de günümüzde olan bir durumdur.**

Bir diğer önemli görev ise Fatih Kanunnamesi’nin Bâb-ı Sâlis başlığının altında tanımlanmıştır:

“Ve havâss-ı humâyûuum kurâsı ve tîmârları beğler zincirinden serbestdir. (282a) Götürü defterdârlarıma mahsûsdur”⁶⁶

Bu hükme göre, havass-ı hümayun olarak ifade edilen; haslara bağlı olan köy ve tımarlardan defterdar sorumlu olacaktır⁶⁷. Bu havass-ı hümayun padişaha gelir olarak ayrılmıştır. Bu topraklar ise mukataa ve iltizam usulü ile idare olunurdu⁶⁸.

Padişahın malının vekili olan defterdarın görevleri arasında Kanunname’de sayılan şu görev ise gerçekten ilginç bir görünüm arz etmektedir ve esasen devletin tek sahibinin de padişah olduğuna göstermektedir:

“Ve bana yarar hâs defterdârlanm her kimde bulsalar, gerek vüzerânda ve gerek gayrıda, ellerinden alup yerine benim hâslandımdan bî-hâsıl olanları vireler.”⁶⁹

Kanunname’ye göre has olan verimli topraklarda öncelik padişahındır. Bu topraklar vezirlerde ya da başka kişilerde olsa da, defterdarların bu tür ‘yarar has’ı tespit etmeleri halinde bunu padişahın malvarlığına dahil etmek görevleri arasındadır⁷⁰. Bunun yerine de verimsiz olanların verilmesi hükmedilmiştir. Defterdarlık bugünkü anlamdakine çok benzer şekilde “kamulaştırma” faaliyetini de yapmaktadır. **Kamu yararı kavramının henüz gelişmediği dönemler bakımından, padişah yararına bu işlemlerin yapılması gayet anlaşılabilir bir durumdur.** Günümüzde kamu hizmetlerinin yerine getirilebilmesi için, kamu yararının gerektirdiği hallerde özel ve kamu tüzel kişilerin mülkiyetinde olan malların idareler tarafından kamulaştırılması yapılmaktadır⁷¹. Defterdarlığın bu yetkisinin günümüze etkileri olmuştur; şöyle ki padişah yararına tespit edilen bu arazilere karşılık verilen ve değersiz olarak görülen topraklar üzerinde merkezi otoritenin zamanla zayıflaması ve kontrolde yaşanan zaafılar bu bölgeler bakımından “ağa”ların kuvvetlenmesine ve o bölge ile sınırlı olarak siyasi-idari otorite iddialarının artmasına neden olmuştur⁷². Türkiye’nin ana ekonomik ve sosyal karakterinin Osmanlı döneminde şekillendiği düşünüldüğünde⁷³, o dönem için bölgelerde oluşmaya başlayan “ağa”lık düzeninin bugün dahi Türkiye’nin çeşitli bölgelerinde bulunması söz konusudur.

Defterdarın mali görevleri dışında başka görevleri de bulunmaktaydı:

“Ve evlâdımdan vefât idenlerin meytine vüzerâm ve kazaskerlerim ve defterdârlarım hâzır olalar.”⁷⁴

Defterdarların padişah çocuklarının cenaze törenlerinde devlet erkânında yer alıyor olmalarından dolayı bulunmaları gerekmektedir.

⁶⁵ AYANOĞLU, Ahmet: Türk Bütçe Sistemi ve Bütçe Denetimi, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2016, s.78.

⁶⁶ ÖZCAN, Kanûnnâme-i Âli Osman, s.19.

⁶⁷ AYDIN/GÜNALAN, s.21.

⁶⁸ HALAÇOĞLU, s.92-93.

⁶⁹ ÖZCAN, Kanûnnâme-i Âli Osman, s.19.

⁷⁰ GÜNALAN, s.23-24.

⁷¹ 2942 sayılı “Kamulaştırma Kanunu”, RG Tarih: 08.11.1983, Sayı: 18215; “Madde 3 – İdareler, kanunlarla ve Cumhurbaşkanlığı kararnameleriyle yapmak yükümlülüğünde buldukları kamu hizmetlerinin veya teşebbüslerinin yürütülmesi için gerekli olan taşınmaz malları, kaynakları ve irtifak haklarını; bedellerini nakden ve peşin olarak veya aşağıda belirtilen hallerde eşit taksitlerle ödemek suretiyle kamulaştırma yapabilirler.”

⁷² İNALCIK, Halil: Osmanlı İmparatorluğu-Toplum ve Ekonomi, Kronik Kitap, İstanbul 2018, s.123.

⁷³ İNALCIK, Osmanlı İmparatorluğu-Toplum ve Ekonomi, s.13.

⁷⁴ ÖZCAN, Kanûnnâme-i Âli Osman, s.10.

Kanunname’de defterdarlar için Divan’da kullanılacak elkab (resmî ünvan) da belirlenmiştir⁷⁵: “*Ve defterdârlarına cânib-i Divân’dan böyle yazıla: İftihârü'lümerâ ve'l-ekâbir muhtârü'l-küberâ ve'l-efâliir müstecmrü'l-cemrû'l-manâli ve'l-mefâhir (283a) zü'l-kadri'l-etemmi ve's-sadri'l-ekrem elmuhtassu bi-mezîdi inâyeti'l-Meliki'l-Bârî huzâne-i âmiremin defterdan ... dâmet ma'âlihi*”⁷⁶.

Defterdarlar, kendilerini ilgilendiren mali konularla ilgili şikâyetleri Defterdar Kapısı (Bâb-ı Defter)‘nda gerçekleştirilen divanlarda dinler, gerekirse tuğralı ahkam(maliye hükmü) verirlerdi. 17. yüzyıldan itibaren başdefterdara bütün maliye hükümlerini kuyruklu imza⁷⁷ koymak hakkı verildi⁷⁸. Ayrıca evinde bir divan kurup, mali konularla ilgili davaları dinleyip, hüküm verme yetkisine de haizdir⁷⁹. Ayrıca Başdefterdarlık himayesinde bulunan Başbâki Kulluğu makamı aracılığıyla mali denetimi sağlamaktaydı⁸⁰. Başbâki Kulluğu, emr-i dairesindeki Bâki kullarıyla hazine alacaklarını tahsil ediyor, aynı zamanda da günümüzde Sayıştay’ın yapmış olduğu gelir-gider denetimini yerine getiriyordu⁸¹. Ve hatta daha ileri boyutta, yapılan denetim sonrasında zimmetinde mal olduğu tespit edilen memurları bu zimmet temizlenene veya borç ödenene kadar hapis ile tazyik edebiliyordu⁸². Bu uygulamanın da kamu alacakları bakımından günümüzde etkilerini görmek mümkündür. 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun’un 60. maddesi uyarınca kendisine ödeme emri tebliğ olunan borçlu on beş gün içerisinde mal bildiriminde bulunmazsa bir defaya mahsus olmak ve üç ayı geçmemek üzere hapsen tazyik olunur. Bu karar “İcra Tetkik Mercii Hakimliği” tarafından verilir ve cumhuriyet savcılığınca da infaz olunur⁸³. **Her ne kadar Başdefterdarlık günümüz maliye bakanlığına benzetilse de, bakanlıktan çok daha geniş yetkilere haiz, günümüzde Sayıştay’ın ve hatta savcılıkların sahip olduğu yetkilerle donatılmıştı.**

Defterdarlar, haftada dört gün divan toplantısına gelirlerdi. Padişahın huzuruna ise sadece Salı günleri ve vezirlerle beraber çıkarlardı. Padişaha mali konular hakkında bilgi aktarırdı. Padişahın bu konularda itirazı ya da diyeceği olursa, cevap vermek isteyen defterdar öncelikle bu cevabını sadrazama iletirdi. Sadrazam üzerinden bu cevap padişaha iletirdi. Defterdarın padişaha aktaracağı konularla ilgili olarak önceden sadrazamla görüşüp, onayını alması gerekmektedir⁸⁴.

Defterdarın bir diğer görevi ise, divan toplantıları sonrasında maliye hazinesi ve maliye defterlerinin sadrazamın mührüyle mühürlenmesiydi. Defterdarın emri ile padişah ve sadrazam huzurunda bu defterler açılır ve kapatılırdı⁸⁵.

16. yüzyılda başdefterdarın görevi ve sorumlulukları artmıştır. Mukataa sisteminin yaygınlaşması sonucunda bu mukataa gelirlerin düzenli olarak tahsilini sağlamak başdefterdarın görevleri arasına alınmıştır. Başdefterdar ayrıca Erzurum ve Arap memleketlerindeki askerlerin maaş işlerinin ödeme emrini de verirdi⁸⁶.

Hicri 1087 (Miladi 1676-1677) tarihinde Tevkii Abdurrahman Paşa Kanunnamesi’nde, başdefterdarın görev ve sorumluluklarına ilişkin farklı düzenlemelere rastlanılmıştır. Bu Kanunname’de de başdefterdarın yine padişahın mallarının vekili olduğu düzenlenmiş; ancak daha önce Divan-ı Hümayun’da oluşturulan bir divanda görevine ilişkin sorunları dinleyen

⁷⁵ PAKALIN, s.13.

⁷⁶ ÖZCAN, Kanunnâme-i Âli Osman, s.22.

⁷⁷ Diyanet İslam Ansiklopedisi, “Kuyruklu Buyruldu”, Cilt 26, Yıl 1994, s.506; “Kuyruklu Buyruldu Osmanlı mali bürokrasisinde defterdarların imzalarına ve bu imzaları taşıyan belgelere verilen ad. Osmanlı bürokrasisinde sadece padişah ve sadrazamlar değil aynı zamanda beylerbeyi, kaptanpaşa ve defterdar gibi yüksek dereceli görevlilerce verilen emirlere de buyruldu denirdi. Özellikle maliye bürosunun önemi dolayısıyla defterdara kendi imzasını taşıyan emir yazma yetkisi tanınmıştı. Ancak onlar mali işlerle ilgili konularda, mesela devlet gelirlerinin ihaleye çıkarılması, vergi toplanması kapıkulunun maaşları gibi işlemler dolayısıyla gereken emri yazabilir yani "buyurur" fakat pençe çekemez, hazırlanan bu evrakın alt kısmına imzasını koyardı. Bu imzalar Aşağıya doğru uzanan bir kavis şeklinde uzun bir tarzda olduğundan buna kuyruklu imza denmiş aynı zamanda bu tür belgelere sonradan kuyruklu buyruldu adı verilmiştir”.

⁷⁸ UZUNÇARŞILI, Merkez ve Bahriye Teşkilatı, s.329.

⁷⁹ TABAKOĞLU, Osmanlı Maliyesi, s.40.

⁸⁰ TABAKOĞLU, Osmanlı Mali Tarihi, s.291.

⁸¹ TABAKOĞLU, Osmanlı Mali Tarihi, s.246.

⁸² UZUNÇARŞILI, Merkez ve Bahriye Teşkilatı, s.333; TABAKOĞLU, Osmanlı Mali Tarihi, s.292.

⁸³ GERÇEK, Adnan: Kamu Alacaklarının Tahsil Hukuku, 6. Baskı, Ekin Yayınları, Bursa 2020, s.248.

⁸⁴ PAKALIN, s.13-14.

⁸⁵ GÜNALAN, s.24.

⁸⁶ GÜNALAN, s.25.

defterdarın, kendi evinde artık bu görüşmeleri gerçekleştirdiği belirtilmiştir. Bütün mali durumu inceleme yetkisi olduğu belirtilmiştir. Bununla beraber borcunu ödemeyen mültezimleri hapsedme yetkileri de tanınmıştır⁸⁷. Başdefterdar, her akşam hazine muamelatına ilişkin rapor alır; haftada bir ya da iki-üç günde bir sadrazama bu raporlar hakkında bilgi verirdi. Başdefterdar tarafından en önemli görülen konulardan birisi de yılda üç kereden Kapıkulu ocaklarına verilecek maaşlardı. Padişah ve sadrazam tarafından da bu konuya büyük ehemmiyet verilirdi. Başdefterdarın bu maaşlar için para tedarik etmesi elzemdi. Mültezimlerle ilgili olarak defterdarın gözetmesi gereken bir diğer husus ise, karlarını arttırmak isteme düşüncesiyle halka zulmetmeleri durumunda konuyu sadrazama arz ederek bu mültezimlerin cezalandırılmasını sağlamalıydı. Hazine giren paranın ‘tam ayar’ olup olmadığını da kontrol etmesi gerekmekteydi⁸⁸. Esasen bu görevi, Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası’nın Türk lirasının iç ve dış değerini korumaya yönelik gereken tedbirleri alma görevine denk düşmektedir. **Her iki makam da devlet parasının değerini koruma görevini yerine getirmektedir.**

2. Defterdarın Nitelikleri

Defterdar olabilmenin Fatih Kanunnamesi’ne göre bir takım şartları bulunmaktadır. Defter emini, şehremin, 300 akçe kadılar (günlük) ve reisülküttâblar defterdarlığa atanabilecekler arasında sayılmıştır. Başdefterdarın ise mal defterdarı olabileceği belirtilmiştir⁸⁹. Bu sebeple defterdar kural olarak ilmiyye sınıfındandır; ancak defterdarlar ilmiyye sınıfının sahip olduğu imtiyaz ve güvencelere sahip değildir. İlmiyye sınıfı mensuplarının siyaseten katli söz konusu olmazken, defterdarın siyaseten katlolunması mümkündür⁹⁰.

Bu şartlar defterdarlığa atanmak için aranan resmi koşullardır. Buna ilaveten 18.yüzyılda, 1703 yılında defterdarlık makamına getirilen ve öldürüldüğü 1717 yılına kadar çeşitli aralıklarla beş defa defterdarlığa atanan Sarı Mehmet Paşa tarafından, defterdarın sahip olması gereken kişisel özelliklerden bahsetmiştir: “*Li-küllü amelın ricâlun/Her işin ehli olan bir adam vardır*” sözüne layık, tedbirli, kalem ilimlerinden haberdar, ağırbaşlı, tecrübeli, dosdoğru, dindar, devlet malının tahsilinde ve toplanmasında tam bir bilgi sahibi kimse olması gerekir. İşin ehli olmayıp, o yüksek rütbeye en lâyık olanı değilken, bazı yakınların ricası, şefaati, bol bol yedirmeleri veya kendisinin bir şekilde alakası olması dolayısıyla bir kimseyi o işe tayin etmeyeler. Hazine işleri, Devlet-i Âliye’nin her şeyden önemli ve gerekli olan konuları arasındadır.”⁹¹. Sarı Mehmet Paşa’ya göre, defterdarın hazineden haksız yere para çıkışı için girişilecek hileli ve kurnazlık dolu hareketleri önceden kestirebilmesi gerekmektedir. Bununla beraber defterdar ile sadrazam arası ilişki için de tavsiyelerde bulunmaktadır. Sadrazamın defterdarlara bağımsız hareket etme hakkını vermesi; azletme yöntemi tehdidiyle defterdarların üzülmelerine neden olmaması gerektiğini belirtir. Ayrıca defterdarların sahip oldukları konum gereği sıklıkla iftiralara maruz kalılabileceğini ve bunlara itibar edilmemesi gerektiğini belirtmiştir. Çünkü halktan birçok kişi ve özellikle de devlet adamlarından bazılarının, hazine aleyhine işler yapılmasını isteyeceklerini; ancak defterdarların bunu kabul etmeyeceğini ve bu sebeple de bu kişilerin haksız ithamlarına maruz kalınacağını söyler⁹². Bu tür fesatlık çıkarıcı ve haset eden kişilerin, devlet malını cömertçe dağıtan defterdarlar görmek istediğini, bu sebeple de görevden alma ve azletme konusunda aceleci davranılmamasını önerir. *Zira defterdar azliyle hazineye büyük ve genel bir zarar gelmesi tabiidir.* Defterdarların ise devletten alacakları maaş ve gelire kanaat etmeleri; tamah ve kinden arınmış, dindar kişiler olması gerektiğini vurgular. Emanete sahip çıkıp, isabetli görüşleri ile de hazinenin gelirini arttırıp, masraflarını azaltabilmelidir⁹³.

Ancak gariptir ki; bu devlet adamlığına ilişkin süslü ve erdemli açıklamalarda bulunan Sarı Mehmet Paşa’nın sadrazamlık beklentisine girmesi ve sadaret mührünü açıkça istemesi kendisi hakkındaki düşüncelerin değişmesine sebep olmuş ve en sonunda da Kavala Kalesi’ne hapsedilmiş, mal varlığına el konulmuş ve Mart 1717’de öldürülmüştür⁹⁴.

⁸⁷ UZUNÇARŞILI, Merkez ve Bahriye Teşkilatı, s.332.

⁸⁸ KÜTÜKOĞLU, s.95.

⁸⁹ KÜTÜKOĞLU, s.96.

⁹⁰ ORTAYLI, Türkiye Teşkilat ve İdare Tarihi, s.224.

⁹¹ SARI MEHMET PAŞA, Defterdar: Devlet Adamlarına Nasihatlar: Nasâiyühü'l-Vüzerâ, Hazırlayanlar: Yaşar Aydemir, Güray Kırpık, Hece Yayınları, Ankara 2014, s.50.

⁹² SARI MEHMET PAŞA, s.51.

⁹³ SARI MEHMET PAŞA, s.52.

⁹⁴ SARI MEHMET PAŞA, s.12.

Osmanlı tarihinde yer alan bir diğer defterdarlık kurumu ile ilgili olay ise İskender Çelebi'nin idamıdır. Bir defterdarın özel durumunun nasıl bir sona sebep olduğunun müstesna bir örneğidir. Kanuni Sultan Süleyman zamanında defterdar olmadan önce, Yavuz Sultan Selim döneminde, kâtipliği sırasında Ferhad Paşa'nın sürekli olarak İskender Çelebi'yi korumasına hiddetlendiği belirtilir (kızdırana olaya ilişkin net bir açıklama bulunmamaktadır). Ancak bu denli sert ve kesin tavırları olan Yavuz'un, İskender Çelebi'yi katledememesinin ardında, İskender Çelebi'nin kendisini garantiye almış olabileceği, kurnaz bir tavrı sonucu padişahın bir açığı biliyor olmasına delalet ettiği belirtilir⁹⁵.

Kanuni Sultan Süleyman zamanında ise defterdar olan İskender Çelebi'nin göz kamaştırıcı bir şöhreti olduğundan bahsedilir⁹⁶. Bu dönemde Kanuni'nin sadrazamı olan İbrahim Paşa'nın, defterdar İskender Çelebi ile arasındaki dostluk bağının kuvvetli olduğu ve hatta yaşı itibarıyla bir baba olarak gördüğü ifade edilir⁹⁷. Ancak İran seferi sırasında sadrazam İbrahim Paşa'nın, İskender Çelebi'nin sefere götürmek zorunda olduğu askerler ile ilgili olarak 110 kişinin adını vermiş ve bu kişileri ordusuna dahil etmesini istemiştir. Buradaki sorun, İskender Çelebi zaten orduya katmakla yükümlü olduğu miktarın kırk katı miktarda askeri sefere hazırlamıştı ancak İbrahim Paşa tarafından kendisine verilen isimler, İskender Çelebi'nin maiyetindeki en güvendiği isimler olmasıydı. Teklifi tamamen reddetmeyerek, 110 kişiden 30'unu yollayacağı askerler arasına dahil etmiştir. Fakat İbrahim Paşa yapmış olduğu yoklama sonrasında bu durumu öğrenince İskender Çelebi'ye kin bağlamıştır⁹⁸.

İbrahim Paşa ile İskender Çelebi'nin arasının bozulmasını isteyen bazı kişilerin de yanıltıcı davranışları ile İskender Çelebi'nin Halep'te hazineyi yüklemekte olan adamları hırsız diye tutuklanmıştır⁹⁹. Bu kişilere zor yoluyla İskender Çelebi ile ortaklaşa hazineyi boşaltacakları şeklinde bir itirafı yaptırmışlardır¹⁰⁰. İskender Çelebi, 24 Ekim 1543 tarihinde azledilir ve 4 ay 20 gün sonra da idam edilir¹⁰¹.

Bu olay esasen Sarı Mehmet Paşa'nın bahsettiği iftiralara inanmama ve sadrazam ile defterdar arası ilişkideki öğütlerinin nedenini ve haklılığını da ortaya koymaktadır. Ancak cihan imparatorluğu olarak anılan bir devlette en önemli ikinci ve üçüncü kişi konumunda olan insanların kişisel hırslarının önüne, ne bir musibet ne de bin nasihat geçememiştir. Bu sebeple defterdarın nitelikleri bu tür olayların yaşanmaması bakımından önem arz etmekteydi.

3. Defterdarın Kendi Hazinesi

Fatih Kanunnamesi'nde defterdarın hizmetleri karşısında alacağı maaşa da yer verilmiştir. Defterdara has verilecek olursa yani yıllık ödenek şeklinde bir ödeme yapılacaksa bu miktar 600.000 akçedir ve hazineden salyane (maaş) alacaksa da bu miktar 150.000 akçeden 240.000 akçeye kadar olacaktır¹⁰². Defterdarların tek geliri maaş ya da kendilerine verilen has geliri değildir. Kanunname'de defterdarların aidesi olduğu da belirtilmiştir. Gerek iltizam gerek emanet usulü¹⁰³ ile ümena (emin insanlara) verilen has kaç yük ise, yük başına bin akçe imza hakkı alırlardı; ayrıca himayesinde çalışan personel için de kitabet hakkı adıyla pay alırlardı¹⁰⁴. Hazineye teslim edilen paralardan da her bin akçe için yirmi akçe kesri munzam ismiyle aidat alırlardı. Padişaha gelen pişkeşten¹⁰⁵ vezirlerle birlikte defterdarların da hisse alacakları

⁹⁵ PAKALIN, s.107.

⁹⁶ PAKALIN, s.108.

⁹⁷ YILDIRIM, Ali: "16. Yüzyılda Büyük Bir Devlet Adamı ve Edebiyat Hamisi Defterdar İskender Çelebi", Fırat Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Cilt 10(1), 2000, s.219.

⁹⁸ PAKALIN, s.109.

⁹⁹ YILDIRIM, s.220.

¹⁰⁰ PAKALIN, s.110.

¹⁰¹ YILDIRIM, s.221.

¹⁰² ÖNER, s.187.

¹⁰³ KUNT, Metin: "Siyasal Tarih (1300-1600)", Türkiye Tarihi 2: Osmanlı Devleti 1300-1600, Hazırlayanlar: Metin Kunt, Suraiya Faroqhi, Hüseyin G. Yurdaydın, Ayla Ödekan, 9. Baskı, Cem Yayınevi, İstanbul 2008, s.141; "Has sahibinin ücretli adamı olan ve vergi toplama işini <emanet> olarak üstlenen eminler ayrıca topladıkları gelirden pay da alıyorlardı. Has gelirlerini toplamada ikinci yol ise <iltizam> usulü. İltizam usulünde görevlendirilen mültezimler, has sahibinin ücretli adamı değil, bir bakıma müteahhit-müteşebbis sermayedar sayılabilir. Mültezim, belli bir vergi kaynağının, yani ister bir grup köyün, ister bir kentte üretim veya ticaret yerinin vergi gelirini, önceden kestirilen bir ortalamaya göre has sahibine naden ödemeyi üstleniyordu; sonra bu vergiyi köylüden ya da esnaftan toplamak ve kendi kârını çıkartmak mültezime kalıyordu".

¹⁰⁴ PAKALIN, s.13.

¹⁰⁵ TURAN, Ahmet Nezih: "Bir Pişkeş Defteri İçin", Ankara Üniversitesi Osmanlı Tarihi Araştırma ve Uygulama Merkezi Dergisi, Sayı 13, 2002, s.60; "Pişkeş genel bir terim olarak küçükten büyüğe verilen hediyeyi ifade eder.

belirtilir¹⁰⁶. Bununla beraber bayramlarda defterdarların da padişaha pişkeş vermesi, bu silsileye uymayanlara da uyarı yapılması söz konusu olmuştur¹⁰⁷. Ve defterdara ayrıca harac ve adet-i ağnam (küçükbaş hayvan vergisi) gelirlerinden de vezirlerle beraber hisse alırlardı. Başdefterdar 90.000 akçe ile de emekli olurdu¹⁰⁸.

III. DEFTERDARLIK MAKAMLARI

Osmanlı Devleti'nde her ne kadar ortaya çıkış tarihi tam olarak bilinmiyor olsa da, defterdarlık müessesesi süreç içerisinde organizasyon yapısında çeşitli değişiklikler ve gelişimler yaşamıştır. Osmanlı Devleti'ne ortaya çıkış anından, Maliye Nezareti şekline dönüşüne kadarki süreçte yaşanan değişimleri tek hazineli dönem ve çok hazineli dönem ayrımı altında ele almak konunun anlaşılmasını kolaylaştıracaktır.

A. Tek Hazineli Dönem

1. Rumeli-Anadolu Defterdarlıkları

Osmanlı Devleti'nde her ne kadar kurumun tam ihdas ediliş tarihi net olarak bilinmese de, başlarda sadece bir tane defterdarlığın bulunduğu, zamanla büyüyüp gelişen ve artan mali ilişkiler dolayısıyla defterdarlık sayısının ikiye çıkarıldığı belirtilir¹⁰⁹. Rumeli'deki havass-ı hümayuna ilişkin mali işlere bakan, devletin harcamalarını ve gelirlerini takip eden yetkili olarak Rumeli Defterdarı, Anadolu'daki mali işleri yürüten yetkili olarak da Anadolu defterdarlığı ayrımı yapılmıştır¹¹⁰. Ancak bu ikinci defterdarlığın hangi padişah devrinde kurulduğuna dair üzerinde uzlaşılmış bir kabul bulunmamaktadır. Esasen bu konuda doktrinde büyük bir çoğunluk Anadolu defterdarlığının II. Bayezid zamanında ihdas edildiğini belirtmektedir¹¹¹. Ancak Rifat Günalan, Fatih döneminde Anadolu defterdarlığının bulunduğunu iddia etmektedir. Bu iddiasını da Tarih-i Ebü'l-Feth kitabının müellifi Tursun Bey'in bu kitabında Anadolu defterdarlığına ilişkin açıklamalarına dayandırmaktadır. Zira Tursun Bey 1461 yılında divan katibi olarak görev yapmaktaysa, Anadolu defterdarlığının da bu tarihlere denk geldiğini ve bunun da Fatih dönemine rastladığını ifade eder¹¹². Mübahat Kütükoğlu ise, Fatih Kanunnamesi'nde "başdefterdar ve defterdarlar" ifadelerinin ayrı ayrı kullanılmasından yola çıkarak bu dönemde başkaca bir defterdarlığın daha oluşturulmuş olduğunu iddia etmektedir¹¹³. Darling ise, Fatih Kanunnamesi'nin sonrasında 16. yüzyılın ortalarında mali yapının ciddi bir değişime girdiğini ve defterdarlık makamında bu şekilde bir ikili ayrımın olduğunu ifade etmektedir¹¹⁴.

Kesin olan bir durum ise, Rumeli ve Anadolu defterdarlığı ayrımının, II. Bayezid döneminde var olduğudur. Bunu doğrulayan iki arşiv kaydı mevcuttur; ilki 1481 tarihli Nişancı Rusumu Kanunnamesi'nde yer alan Anadolu ve Rumeli eyaletlerindeki ulufe alan görevlilerin tayin işleri ve verilecek beratlarla defterdarın tezkire yazacağı belirtirmiş ve bu defterdarlardan birisinin de Anadolu defterdarı olduğu belirtilmiştir. Diğer bir belge ise, 1487 tarihli Timar Ruznamçe Defteri'nde yer alan "Hâshâ-i Defterdâr-ı Anadolu" şeklindeki kayıttır¹¹⁵.

Rumeli defterdarı, başdefterdar olarak anılmakta ve devletin ekonomik açıdan refahının kontrolünden ilk sorumlu kişi konumunda bulunmaktaydı¹¹⁶. Anadolu defterdarı ise daha

Uygulamaya bakıldığında, çok eski zamanlardan beri, hükümdarlara veya yüksek yönetici sınıf mensuplarına hediye sunmanın bir gelenek olduğu görülür. Bunun yanında teknik bir terim olarak düzenli vergi ya da haraç, hükümdar tarafından eyalet valileri başta olmak üzere idarecilere yüklenen arızı/düzenli olmayan vergi (eyalet valilerinin atamalarında pişkeş takdim etmeleri, sonra her yıl Nevruz'da bunu tekrarlamaları gibi) ve valilerin de -kendi kuvvetlerine göre- nüfuzları altındaki halktan zaman zaman topladıkları vergi anlamlarına gelmektedir".

¹⁰⁶ UZUNÇARŞILI, Merkez ve Bahriye Teşkilatı, s.333.

¹⁰⁷ TURAN, s.66.

¹⁰⁸ ÖNER, s.187.

¹⁰⁹ KÜTÜKOĞLU, s.95.

¹¹⁰ DARLING, Linda T.: Revenue-Raising and Legitimacy: Tax Collection and Finance Administration in the Ottoman Empire 1560-1660, Brill Press, Leiden 1996, s.54.

¹¹¹ UZUNÇARŞILI, Merkez ve Bahriye Teşkilatı, s.327; PAKALIN, s.9; HALAÇOĞLU, s.19; ORTAYLI, Türkiye Teşkilat ve İdare Tarihi, s.224; ÖNER, s.188.

¹¹² GÜNALAN, s.28.

¹¹³ KÜTÜKOĞLU, s.95.

¹¹⁴ DARLING, Revenue-Raising and Legitimacy, s.53.

¹¹⁵ GÜNALAN, s.28-29.

¹¹⁶ BÜLBÜL, s.160.

bölgesel, Anadolu’da yer alan haslar ve mukataalara bakmaktaydı¹¹⁷.

2. Mal Defterdarlıkları

Fatih Kanunnamesi’nde, başdefterdarla birlikte, mal defterdarlarından da bahsedilmektedir. Bunların görevinin ise sancaklardaki mali işlerle ilgilenmek olduğu belirtilir¹¹⁸. Eyaletlerde sancakların sayısına göre hazine defterdar, mal defterdarı ve tımar defterdarı bulunurdu¹¹⁹. Hazine defterdarı ile mal defterdarının görevi aynıydı ve bunlar devlete ait olan havass-ı hümayun gelirinin tahsilini sağlar ve bunu merkeze gönderirlerdi¹²⁰. Ancak mal defterdarları sadece eyaletlerde değil, Fatih Kanunnamesi’ne göre merkezde de bulunmaktaydılar.

“Ve cümle mâl defterdârlanm gerek Âstânemde ve gerek memâlik-i mahrûsamda olalar, mertebede, oturmakta ve elkâbda berâberdürler”.¹²¹

Ayrıca katip azline de yetkileri bulunmaktadır. Mal defterdarlarının tahsil ettiği gelirler buldukları yerde tımar gelirleri dışında kalan ve merkezi hazineye ait gelirler oluşturmaktaydı¹²². Tahsil ettikleri gelirler ise cizye, bac, gümrük resimleri, tuzlalar, darphaneler, madenler, hamamlardan tahsil edilen vergiler ile tahıl ve çeltik vergileridir¹²³.

Tımar defterdarı ise, tımar sisteminin olduğu yerlerde tımar hisselerinin kaydını tutardı. Nüfus ve vergi sayımı görevlerinde de yer alırlardı¹²⁴.

3. Şıkk-ı Sani-Şıkk-ı Evvel-Şıkk-ı Salis Defterdarlıkları

16. yüzyılın ortalarında Rumeli ve Anadolu defterdarlıklarından sonra merkezde şıkk-ı sâni ünvanı ile üçüncü bir defterdarlık daha ihdas edilmiştir¹²⁵. Kanuni Sultan Süleyman’ın saltana döneminin başlarına denk gelen bu defterdarlığın görevi ise, Rumeli ve Anadolu defterdarlıklarından ayrılan yalılar ile İstanbul’daki mukataaların işlerine bakmak olarak belirlenmiştir¹²⁶.

İsmail Hakkı Uzunçarşılı tarafından bu üçüncü defterdarlığın kuruluş yılları, 1540-1560 arasında olduğu ifade edilmekte de¹²⁷, Kütükoğlu tarafından, 1524-1525 yılı bütçesinde şıkk-ı sani defterdarlığından bahsedilmesi ve 1520’li yıllara ait fermanlar ve beratlarla üç defterdar imzasının bulunması bu defterdarlığın en geç 1525 yılında ihdas edilmiş olduğu belirtilmektedir¹²⁸.

Şıkk-ı sani defterdarlığının da kurulması ile İstanbul’daki defterdarlık sayısı üçe çıkmış olmuş ve bunların önem sırasına göre dizilimleri şu şekildedir: Rumeli defterdarı, Anadolu defterdarı, şıkk-ı sani defterdarı¹²⁹. Bu defterdarların maaşları ise sırasıyla 160.000 akçe, 140.000 akçe ve 130.000 akçe olarak belirlenmiştir. Müstakil olan bu defterdarların amiri ise başdefterdar olan Rumeli defterdarıydı¹³⁰. Defterdarlar hazineden yazlık, kışlık elbiseleri ile ekmek gibi aidatlar da almaktaydı¹³¹.

1584 yılı civarında, III. Mehmet döneminde Tuna sahillerindeki haslarla ilgilenmesi için şıkk-ı salis adı verilen dördüncü bir defterdarlık daha ihdas edilmiştir¹³². Bu defterdarlık

¹¹⁷ PAKALIN, s.9.

¹¹⁸ AYDIN, Bilgin/GÜNALAN, Rıfat: “XVI. Yüzyılda Osmanlı Eyalet Defterdarlıklarının Ortaya Çıkışı ve Gelişimi” . (Eyalet Defterdarlıkları), Osmanlı Araştırmaları, Halil İnalçık, İsmail E. Erünsal, Heath W. Lowry, Feridun Emecen, Klaus Kreiser, Sayı XXX, 2007, s.60.

¹¹⁹ SAYIN, s.155.

¹²⁰ TABAKOĞLU, Türk İktisat Tarihi, s.162; ÖNER, s.202.

¹²¹ ÖZCAN, Kanunnâme-i Âli Osman, s.6.

¹²² DARLING, Revenue-Raising and Legitimacy, s.52.

¹²³ AYDIN/GÜNALAN, Eyalet Defterdarlıkları, s.60-61.

¹²⁴ KÜTÜKOĞLU, s.96.

¹²⁵ HALAÇOĞLU, s.73.

¹²⁶ GÜNALAN, s.29; TABAKOĞLU, Ahmet: “XVII ve XVIII Yüzyıl Osmanlı Bütçeleri”, İstanbul Üniversitesi İktisat Fakültesi Mecmuası, Cilt 41(1-4), 1985, s.410; “Bu isimle anılan (Şıkk-ı sani) mukata’anın gelirlerini denetler. Büyük bir ihtimalle Şıkk-ı Sâni defterdarının sorumluluğu altındaydı”.

¹²⁷ UZUNÇARŞILI, Merkez ve Bahriye Teşkilatı, s.328, dipnot 1.

¹²⁸ KÜTÜKOĞLU, s.95.

¹²⁹ HALAÇOĞLU, s.72-73.

¹³⁰ PAKALIN, s.9.

¹³¹ UZUNÇARŞILI, Merkez ve Bahriye Teşkilatı, s.328.

¹³² UZUNÇARŞILI, Merkez ve Bahriye Teşkilatı, s.329.

Macaristan¹³³ veya Tuna Defterdarlığı¹³⁴ olarak da bilinmekte ve yıllık 120.000 akçe maaş almaktaydı¹³⁵. Ancak 17 yüzyılda bu defterdarlık kaldırılmış ve tekrardan üç defterdarın olduğu sisteme dönmüştür¹³⁶.

16. yüzyılın ilk yıllarında Mezopotamya, Arabistan ve Mısır'da yapılan fetihler dolayısıyla Arab ve Acem defterdarlığı ihdas edilmiştir¹³⁷. Yavuz Sultan Selim döneminde yaşanan bu gelişmede, bu defterdarlığın şefi devlet merkezinde değil, Halep'te oturmaktaydı¹³⁸. Fethedilen toprakların, merkeze olan uzaklığı mali işlerin kontrolünü de güçleştirmekteydi ve merkez dışı bir yapılanmaya gidilmesi durumu yaşandı¹³⁹. Bu defterdarlığın mali kontrolünü üstlendiği alan epey geniş bir bölgeyi kapsamaktaydı¹⁴⁰. Ancak bu yapı 16. yüzyılın ikinci yarısında mali gerekçelerle 5 eyalet defterdarlığına ayrılmış olup, bu eyaletler şunlar olmuştur; Diyarbakır, Şam, Erzurum, Trablus ve Halep¹⁴¹. Bununla beraber bölgede bu eyalet defterdarlıkları dışında Bağdat, Basra, Mısır, Cezayir, Zülkadiriye ve Yemen defterdarlıklarının da bulunduğu son yapılan araştırmalarla ortaya konulmuştur¹⁴².

Bilgin Aydın ve Rıfat Günalan tarafından yapılan ruus defteri incelemelerinden edinilen bilgilere göre, 1584 yılında Anadolu Defterdarlığı himayesinden Karaman ve Sivas eyalet defterdarlıklarının ayrıldığı ve üç kenar defterdarlığa ayrıldığı bilgisi¹⁴³ de güncellenmiştir. Zira Karaman eyaletinde 1558 yılında müstakil bir eyalet defterdarının mevcudiyeti ifade edilmektedir. Ayrıca Anadolu'da başkaca Van, Maraş ve Kars defterdarlarının bulunduğu da iddia edilmektedir¹⁴⁴.

Anadolu defterdarlığından ayrılan ve daha sonra başka eyaletlerde olan defterdarlıkların, merkezdeki defterdarlıklarla karışmasını önlemek için bunlara kenar defterdarlığı denmiştir¹⁴⁵. Bu birimler de merkezdeki defterdarlıkların idari yapılanmasını benimsemişlerdir. Tezkireci, muhasebeci, veznedar, mukabeleci, rûznameci gibi şef ve bunların kâtipleri yer almaktaydı¹⁴⁶.

Bu yaşananlardan sonra 16.yüzyıl sonlarında doğru merkezde üç defterdarlık kalmıştır¹⁴⁷. 18. yüzyıl başlarından itibaren bu defterdarlar şikk-ı evvel, şikk-ı sani ve şikk-ı salis isimleri ile anılmaya başlanmıştır. Rumeli ve başdefterdar şikk-ı evvel, Anadolu defterdarı şikk-ı sani, üçüncü defterdar olarak kalan Arab ve Acem defterdarlığı ise şikk-ı salis olarak anılmaya başlandı. Bu tarihten itibaren Rumeli defterdarı, başdefterdar olarak maliyedeki tüm gücünü ele almıştı¹⁴⁸. Diğer tüm defterdarlıkların üzerinde, günümüzdeki maliye bakanına benzer bir yetkiyle görev yapmaktaydı¹⁴⁹. Ayrıca İlhanlılar'ın mali sisteminden benimsenmiş olan coğrafyaya dayalı defterdarlık ayrımı da artık önemini yitirmeye başlamıştı¹⁵⁰.

Bu dönemde yaşanan bir diğer önemli gelişme ise, Defterdarlık makamının Topkapı Sarayı'nın dışına çıkarılması olmuştur¹⁵¹. Böylece artık sultanların bu makamın yürütülmesi üzerindeki etkisi ve baskısının azalacağına inanılıyordu¹⁵². Defterdarlık makamının daha rahat

¹³³ PAKALIN, s.10.

¹³⁴ GÜNALAN, s.35. Günalan kitabının bu sayfasında, Tuna Defterdarlığı nitelendirmesi için de Pakalın'a atıf yapmışsa da, anılan kısımda Pakalın tarafından sadece Macaristan Defterdarlığı olduğu belirtilmiştir.

¹³⁵ HALAÇOĞLU, s.73.

¹³⁶ DARLING, Revenue-Raising and Legitimacy, s.56.

¹³⁷ ORTAYLI, Türkiye Teşkilat ve İdare Tarihi, s.224.

¹³⁸ FLEISCHER, Cornell H.: Bureaucrat and Intellectual in the Ottoman Empire-The Historian Mustafa Ali (1541-1600), Princeton University Press, Princeton 1986, s.311.

¹³⁹ PAKALIN, s.9.

¹⁴⁰ AYDIN/GÜNALAN, Eyalet Defterdarlıkları, s.64.

¹⁴¹ HALAÇOĞLU, s.73.

¹⁴² AYDIN/GÜNALAN, Eyalet Defterdarlıkları, s.66.

¹⁴³ PAKALIN, s.10.

¹⁴⁴ GÜNALAN, s.34.

¹⁴⁵ UZUNÇARŞILI, Merkez ve Bahriye Teşkilatı, s.330.

¹⁴⁶ KÜTÜKOĞLU, s.96.

¹⁴⁷ AYDIN/GÜNALAN, Eyalet Defterdarlıkları, s.64.

¹⁴⁸ ORTAYLI, Türkiye Teşkilat ve İdare Tarihi, s.224.

¹⁴⁹ AKDAĞ, Mustafa: Türkiye'nin İktisadi ve İçtimai Tarihi Cilt II 1453-1559, 2. Baskı, Tekin Yayınevi, İstanbul 1979, s.78.

¹⁵⁰ DARLING, Revenue-Raising and Legitimacy, s.67.

¹⁵¹ DARLING, Revenue-Raising and Legitimacy, s.78.

¹⁵² NIZRI, Michael: Ottoman High Politics and the Ulema Household, Palgrave Macmillan, Londra 2014, s.4.

hareket edip, yaşanan mali sıkıntıları aşma konusunda güçlendirilmesi düşünülmekteydi¹⁵³.

Şikk-1 sani ve şikk-1 salis defterdarlıklarının bağımsız bir görevi olmayıp, başdefterdarın yardımcısı konumundaydılar; ancak 18. yüzyıldan itibaren fiilen yardımcılık görevini ifa etmemeye başlamışlardı. 1717 yılının başlarında devlete bir hizmetlerinin bulunmuyor olması sebebiyle bu defterdarlıklara tahsis edilen haslar, hazineye alınmak istense de Divan-ı Hümayun'da padişahın görkemi ve devletin olgunluğu (izhâr-ı şevket ve salâbet-i devlet) için bu işlem iptal edilmiştir¹⁵⁴.

18.yüzyıl sonuna kadar defterdarlık sisteminde önemli başkaca bir değişim yaşanmamıştır¹⁵⁵.

Defterdarlık makamının tek hazineli dönemdeki teşkilat yapılanması hakkında nizamnamelerle olmada da uygulamada mali denetim ve kontrolü sağlayabilmek için merkez-taşra ayrımı yapıldığını görmek mümkündür. Osmanlı İmparatorluğu'nda merkezi idarenin taşra teşkilatı şeklindeki resmi düzenlemelere 1864 ve 1871 Vilayet Nizamnamelerinde rastlanılmaktadır ve günümüz idari teşkilatı bakımından etkili olmuştur¹⁵⁶. Bu gelişmelerin beraber değerlendirilmesi sonucunda günümüzdeki Hazine ve Maliye Bakanlığı'nın merkez-taşra teşkilatı teşkilat yapılanmasında olduğu kadar, makamların ismi bakımından da etkisini görmek mümkündür. **Zira Bakanlığın taşra teşkilatı da, defterdarlıklardan oluşmaktadır**¹⁵⁷. Aynı zamanda vergi uygulamaları bakımından Bakanlığa bağlı olarak kurulan Gelir İdaresi Başkanlığı da merkez ve taşra teşkilatı şeklinde örgütlenmiştir¹⁵⁸. Merkez teşkilatı Gelir İdaresi Başkanlığı olacak şekilde, taşrada vergi dairesi başkanlığı ve/veya vergi dairesi müdürlükleri şeklinde bir yapılanması mevcuttur. Tüm bu gelişmelerin amacı ise şüphesiz daha güçlü bir mali idarenin tesis edilebilmesidir.

B. Çok Hazineli Dönem

1. III. Selim Dönemi

III. Selim döneminde, mali politikada köklü bir değişiklik yapılmıştır. O zamana kadar geçerli olan tek hazine sistemi terk edilmiş; Nizam-ı Cedid ordusunun ıslahat ve savaş giderlerini karşılamak üzere 1 Mart 1793 tarihinde bir kanunname ile İrad-ı Cedid Hazinesi ve Defterdarlığı kurulmuştur. Bu hazine, Osmanlı Devleti'nde Hazine-i Amire dışındaki ilk müstakil hazinesi olmak özelliğini taşımaktadır¹⁵⁹. Böylece Osmanlı mali yapısı içerisinde tek merkezi hazineli ve tek bir başdefterdarın bulunduğu sistemden, çoklu hazine sistemine geçilmiştir¹⁶⁰.

İrad-ı Cedid'in kuruluş amacı, Nizam-ı Cedid ordusunun masraflarını karşılamaktır. Devletin mevcut gelirleri yeni ordunun finansmanı için yeterli değildi. Klasik tımar sisteminin terk edilmesi, ordunun finansmanını zorlaştırmıştı. Bu sebeple de etkin kaynak bulunması ve mali kaynakların etkin kullanımı bu defterdarlık aracılığıyla sağlanmak istenmiştir¹⁶¹. Başdefterdar bu hazinenin sadece korunmasına ve intizamına yönelik söz sahibi olup, iç işlerine karışma yetkisi bulunmamaktaydı. Bu hazinedeki para kural olarak sefer zamanında orduya harcanmakla birlikte, miri hazineye yardımda bulunabileceği de düzenlenmiştir¹⁶².

Bu hazinenin merkezi olarak idare edilmesi gereği düşüncesiyle Şikk-1 Sani defterdarı, İrad-ı Cedit defterdarı olarak Talimli Asker Nazırı ünvanıyla bu hazineden sorumlu olacaktı¹⁶³.

¹⁵³ DARLING, Revenue-Raising and Legitimacy, s.78.

¹⁵⁴ TABAKOĞLU, Osmanlı Mali Tarihi, s.245.

¹⁵⁵ KÜTÜKOĞLU, s.95.

¹⁵⁶ GÖZLER, s.434.

¹⁵⁷ "Maliye Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname", RG Tarih: 14.12.1983, Sayı: mük. 18251. "Madde 34: Bakanlık taşra teşkilatı, defterdarlıklardan oluşur."

¹⁵⁸ 5345 sayılı Gelir İdaresi Başkanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun", RG Tarih: 16.05.2005, Sayı: 25817. "Madde 33: .. Başkanlığın görev alanına giren konularda (5615 sayılı Kanununun 18 inci maddesiyle eklenen ibare Yürürlük; 04.04.2007)Maliye Bakanlığına yapılmış olan atflar Gelir İdaresi Başkanlığına mülki idare amirlerine, mahallin en büyük memuruna, ilin en büyük malmemuruna, defterdara ve defterdarlığa yapılmış atflar ilgisine göre vergi dairesi başkanı ve başkanlığına, vergi dairesi başkanlığı bulunmayan yerlerde vergi dairesi müdürü veya müdürlüğüne

¹⁵⁹ ÖNER, s.180-182.

¹⁶⁰ TABAKOĞLU, Türk İktisat Tarihi, s.172.

¹⁶¹ BERKES, Niyazi:Türkiye'de Çağdaşlaşma, 14. Baskı,Yapı Kredi Yayınları, İstanbul 2009, s.103-104.

¹⁶² CEZAR, Yavuz: Osmanlı Maliyesinde Bunalım ve Değişim Dönemi (18. Yüzyıldan Tanzimat'a Mali Tarih), Alan Yayıncılık, İstanbul 1986, s.158.

¹⁶³ KARAMURSAL, s.76.

Bu unvanlar şahsında birleşen defterdar, İrad-ı Cedit Nazırı olarak anılmaya başlanmıştır¹⁶⁴. Ancak bu defterdarlık çok uzun ömürlü olmamıştır; Nizam-ı Cedit'e bağlı bir varlık arz etmesinden dolayı, ordunun kaldırılışından sonra bu defterdarlık-nazırlık da ortadan kalkmıştır¹⁶⁵.

Daha sonra 1795 yılında Zahire ve 1805 yılında Tersane Hazinesi kurulmuş ve bunların başına da defterdar ünvanlı kişiler atanmıştır¹⁶⁶ ve şıkk-ı sani ve şıkk-ı salis unvanları da bu hazinelerden sorumlu kişiler için kullanılmaya başlayarak, süreç içerisinde önemsiz bir unvan olmaktan kurtarılmak istenmiştir¹⁶⁷.

1795 yılında Zahire Hazinesi kurulduktan sonra Şıkk-ı Salis defterdarlığı Zahire Nazırlığı ile birleştirilmiştir. 1805 yılında Tersane Hazinesi kurulunca¹⁶⁸, Tersane Nazırı Şıkk-ı Salis defterdarı olarak kabul edilince, Zahire Nazırlığı Şıkk-ı Rabi¹⁶⁹ derecesine indirilmiş oldu¹⁷⁰.

Bu gelişmelerden sonra Osmanlı hazinesine ve defterdarlıkların durumuna bakacak olursak¹⁷¹;

Hazine Adı	Yöneticisi	Tahvil Edilen Defterdarlık
Hazine-i Amire	Başdefterdar	Şıkk-ı evvel defterdarı
İrad-ı Cedit	İrad-ı Cedit Nazırı	Şıkk-ı sani defterdarı
Tersane-i Amire	Tersane Nazırı	Şıkk-ı salis defterdarı
Zahire	Zahire Nazırı	Şıkk-ı rabi defterdarı

Bu yeni hazineler, Hazine-i Amire'nin ortadan kalkmasını gerektirmemekle birlikte, önemini yitirmesine neden olmuştur. Bu defterdarlıklar arasında ise protokol bakımından bir astlık-üstlük ilişkisi olduğu ise şüphesizdir. Kendileri ile ilgili konularda ise müstakil davranmalarının önünde ise bir engel bulunmamaktaydı¹⁷².

III. Selim ise Nizam-ı Cedit ordusunu kurması sonucu yeniçeri isyanı ile karşılaşmış ve orduyu lağvettiğini ilan etmesine rağmen ölümden kurtulamamıştır¹⁷³.

2. II. Mahmut Dönemi

III. Selim'den sonra Kapıkulu Ocakları'nı 1826'da kaldıran II. Mahmut, Asakir-i Mansure adlı tek bir ordu kurdu ve eyalet ordularını finanse eden gelirlerin de merkez orduya aktarılmasını istedi. Beraberinde cizyelere zam yaptı. Bu uygulamalar sonucunda henüz Hazine-i Amire'den ayrılmamış bir şekilde Mukataat Hazinesi ortaya çıktı. Bunun başında ise başdefterdar ile Asker Nazırı yetkili olarak bulunmaktaydı. 1827 yılında Mukataat Hazinesi'nin gelirleri artınca, Hazine-i Amire'den ayrı ve başdefterdar yönetiminden çıkarılmış ve ayrı bir Mukataat Nezareti kurulmuştur¹⁷⁴. Böylece Hazine-i Amire'den müstakil bir hazine daha oluşturulmuş oldu.

Başlarda gelir ve gider tek elden kontrol ediliyorken; 1829 yılında, ikili bir ayırım yapılarak Mukataat ve Masarifat Nazırlıkları ihdas edildi¹⁷⁵. Kaldırılan iltizam usulü ile ilgili olarak mukataaların idaresi Mukataat Nezaretinin; askeri hesaplara bakmak ise Masarifat Nezaretinin

¹⁶⁴ KÜTÜKOĞLU, s.95.

¹⁶⁵ ORTAYLI, Türkiye Teşkilat ve İdare Tarihi, s.224.

¹⁶⁶ AĞAR, Serkan: "Geçmişten Bugüne Mali İdare", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 73, 2007, s.378.

¹⁶⁷ CEZAR, Yavuz: Osmanlı Maliyesinde Bunalım ve Değişim, s.151-152.

¹⁶⁸ CEZAR, Yavuz: "Osmanlı Devleti'nin Malî Kurumlarından Tersâne-İ Âmire Hazinesi ve Defterdarlığı'nın 1805 Tarih Kuruluş Yasası ve Eki", İstanbul Üniversitesi İktisat Fakültesi Mecmuası: Ord. Prof. Ömer Lütfi Barkan'a Armağan, Cilt 41(1-4), 1985, s.362-363; "Gerçekten müstakil bir Tersâne Hazinesi kurulduktan sonra hem Tersâne-i Âmire eskisinden daha büyük ve önemli bir kurum haline dönüştü, hem de Osmanlı deniz kuvvetlerinin yeni bir düzene kavuşturulması yönünde pek önemli değişikliklere gidilebildi. Doğal olarak, bu arada söz konusu gelişmelere koşut olarak Tersane Hazinesi «bütçe»lerinin gelir-gider kapasitesi de giderek büyüyerek, Tersane ve donanma için eskiden Hazine-i Âmire'ce ayrıgeien fonların çok üzerinde bir düzeye erişti".

¹⁶⁹ www.tdk.gov.tr; "Rabia; 1. Dördüncü. 2. Saatteki salisenin altmışta biri. 3. Tanzimat'tan sonra memurlukta bir rütbe.". Burada ise şıkk-ı rabi ile defterdarlığın dördüncü parçası olduğunu anlıyoruz.

¹⁷⁰ KÜTÜKOĞLU, s.95.

¹⁷¹ Tablo bilgileri için bkz. ÖNER, s.180.

¹⁷² CEZAR, "Osmanlı Devleti'nin Malî Kurumlarından Tersâne-İ Âmire", s.361-362.

¹⁷³ BERKES, s.125-126.

¹⁷⁴ ÖNER, s.184.

¹⁷⁵ ÖNER, s.185.

uhdesine bırakılmıştır¹⁷⁶.

Bu tarihten itibaren Tanzimat'a kadar hazine ve defterdarlıklar bağlamında sıklıkla birleşmeler ve ayrılmalar meydana gelmiştir:

İlk olarak 1834 tarihinde ise Mukataat Nezareti ve Hazinesi kaldırıldı¹⁷⁷. Esasen çeşitli kaynaklarda Masarifat Nezerati'nin kaldırıldığı da yer almaktadır¹⁷⁸. Kaldırılan Mukataat Hazinesi yerine, Asakir-i Mansure-i Muhammediye Hazinesi kuruldu. Şikk-ı Evvel defterdarlığı da ikiye bölünerek, Hazine-i Amire ve Mansure Defterdarlığı adı altında iki birim oluşturuldu¹⁷⁹. Bununla beraber Osmanlı hazinesi içinde, Hazine-i Amire'nin yanında ikinci bir devlet hazinesi olan Darphane bulunuyordu¹⁸⁰. Durumu şu şekilde ortaya koymak mümkündür¹⁸¹:

Hazine Adı	Sorumlusu
Hazine-i Amire	Şikk-ı Evvel Defterdarlığı
Asakir-i Mansure-i Muhammediye Hazinesi	Mansure Defterdarlığı
Darphane	Darphane Nazırı

Darphane, Mansure Hazinesi'nin kurulması ve askeri giderlerin finansmanı noktasında gelir aktarımının yapılmasından sonra önemini yitirmeye başlamıştır¹⁸². Ayrıca Hazine-i Amire defterdarı ile Darphane Nazırı arasında mali konularda sürekli olarak bir uyumsuzluk söz konusu olmaktadır. Bu ortam içerisinde 1835 yılında Hazine-i Amire defterdarı ile Darphane Nazırlığı birleştirilmiş ve Darphane-i Amire defterdarlığı kurulmuştur. Bir diğer önemli gelişme ise bu vesile ile Şikk-ı Evvel defterdarlığının kaldırılmış olmasıdır¹⁸³. Hazinelerin birleştirilmesi noktasında önemli bir adım olmakla birlikte, Şikk-ı Evvel'in kaldırılması ile birlikte Şikk-ı Sani ve Şikk-ı Salis defterdarlıkları da kaldırılmış oldular. Darphane Nazırlığı da bu dönemde kaldırılmıştır¹⁸⁴.

Bu birleştirme girişiminin amacı, padişahın, nazır ile defterdarın para ile ilgili bir konuda uyumsuzluk içinde bulunmalarını istememesiydi. Ancak bu girişim sonuçsuz kaldı. 1838 yılında, Darphane Nezareti yine müstakil bir yapı olarak tarih sahnesine çıkmıştır¹⁸⁵.

Darphane ile olan birleştirme girişimi son bulan Hazine-i Amire, 28 Şubat 1838 tarihinde Mansure-i Amire ile birleştirildi ve hazinenin tek sorumlusu olarak defterdar unvanı terk edildi; onun yerine ise Maliye Nezareti'nin kurulduğu duyuruldu¹⁸⁶. Bu değişim ile mali idarenin merkezileştirilmesi hedeflenmekteydi¹⁸⁷; ancak Osmanlı maliyesindeki bu köklü değişim, ertesi yıl olan 1839 yılında Abdülmecid'in cülusunda Nazif Paşa'nın azledilmesinden sonra Maliye Nezareti unvanı terk edilmiş; maliye işleri tekrardan Hazine-i Amire defterdarlığı ve Hazine-i Mukataat defterdarlığı üzerinden devam ettirilmeye çalışılmıştır¹⁸⁸. Ancak Hazine-i Mukataat defterdarlığına bir süre sonra yeniden maliye nazırlığı denmeye başlamış, Hazine-i Amire ise başında defterdarlık ile bırakılmıştır¹⁸⁹. 1841 yılında ise yapılan bir revizyon ile defterdarlık uygulaması tamamen kalkmış ve bu ikili yapı Umur-u Maliye Nazırı unvanı adı altında birleşmiştir¹⁹⁰. Saib Paşa da maliye nazırlığına getirilmiştir¹⁹¹.

¹⁷⁶ KARAMURSAL, s.157.

¹⁷⁷ ÖNER, s.185.

¹⁷⁸ PAKALIN, s.10; KARAMURSAL, s.157

¹⁷⁹ PAKALIN, s.10; KARAMURSAL, s.157.

¹⁸⁰ ÖNER, s.181.

¹⁸¹ UZUNÇARŞILI, Merkez ve Bahriye Teşkilatı, s.374.

¹⁸² ÖNER, s.182.

¹⁸³ UZUNÇARŞILI, Merkez ve Bahriye Teşkilatı, s.374.

¹⁸⁴ AĞAR, s.398.

¹⁸⁵ UZUNÇARŞILI, Merkez ve Bahriye Teşkilatı, s.374.

¹⁸⁶ ÇAKIR, Coşkun: Tanzimat Dönemi Osmanlı Maliyesi, 2. Baskı, Kule Yayınları, İstanbul 2012, s.35; SAYIN, s.157.

¹⁸⁷ TABAKOĞLU, Türk İktisat Tarihi, s.163.

¹⁸⁸ UZUNÇARŞILI, Merkez ve Bahriye Teşkilatı, s.375.

¹⁸⁹ PAKALIN, s.10.

¹⁹⁰ PAKALIN, s.26.

¹⁹¹ UZUNÇARŞILI, Merkez ve Bahriye Teşkilatı, s.375; "1284 h. 1167 (yazar burada 1867 yılını belirtmek istemiş olmalıdır) senesinde yapılan bazı değişiklikler ile mülkiye teşkilatında eyaletler, vilayet ve sancaklar ile kaymakamlıklar mutasarrıflık olurken vilayet muhasebelikleri de defterdarlık olmuştur".

Böylece 1793'te başlayan çok hazineli dönem son bulmuş; tekrardan tek hazineli ve maliyeden tek kişinin sorumlu olduğu tek dış hazine sistemine geçilmiştir¹⁹².

Bu tarihten sonra artık “defterdarlık” makamı tarih sahnesinden ayrılmış, zihinlerde hırs ile özdeşleşmiş bir makam olarak yerini almıştır.

IV. SONUÇ

Çağımızda yapay zeka ve teknolojik gelişmelere olan katkı devletler arasındaki rekabette belirleyici olurken, Osmanlı Devleti'nin kurulduğu dönem bakımından askeri ve parasal gücü olan devlet iyi bir yönetimle tarihte yer etmektedir. 1299 yılından 1923 yılına kadar tarihte eşine az rastlanılan uzunlukta ve çok geniş bir coğrafyada egemenlik süren Osmanlı İmparatorluğu'nun bu kadar uzun süre varlık göstermesinde en önemli sebeplerden biri de şüphesiz mali yapısındaki başarıdır. Henüz küçük bir devlet iken muhassıl isimli memurlar aracılığıyla devlet alacaklarına ulaşırken, İstanbul'un fethinden sonra Osmanlı mali yapısı “defterdarlık” makamı tarafından idare edilmiştir. Bu yönüyle çağdaş devletlerin maliye bakanlığına benzetilmektedir.

Ancak defterdarlıkların görevi padişahın hazinesinden sorumluluk, vergi tahsilatı, gelir gider tablolarının hazırlanması, harcamalara kaynak bulunması, kayıt sistemlerinin yürütülmesi gibi konularla sınırlı olmayıp; günümüzde mali denetimi gerçekleştiren Sayıştay'ın, paranın değerinin korunmasına yönelik politikaları belirleyen Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası, İcra Tetkik Mercii hâkimlikleri tarafından uygulanabilen tazyik hapsi, kamulaştırma, özelleştirme, ihale gibi konularda da yetki ve görevleri bulunmaktadır. Şüphesiz bu kurumların mevcut halleri, Osmanlı İmparatorluğu'yla uygulamasıyla örtüşmeyecektir; ancak birbirinden iki farklı devlet olmadığı ve devlet geleneğinin devam ettirildiği noktalar düşünüldüğünde, Osmanlı İmparatorluğu'nun, Türkiye Cumhuriyeti'ndeki kurumlara yönetim şeklindeki değişikliğe uyan ölçüde örnek olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır.

Bir devletin tek bir merkezdeki memurları aracılığı ile tüm ülke genelinde hizmet görmesi beklenemez; yönetimi ve kamu hizmetini her bir noktada eşit şekilde sağlayabilmek için, o bölgelere uzanan “ellere” ihtiyacı vardır¹⁹³. Defterdarlık makamı da başta Rumeli ve Anadolu defterdarlıkları olmak üzere ikiye ayrılmış; daha sonra da sancaklardaki mali işlerle ilgilenmek üzere mal defterdarlıkları, kenar defterdarlıkları kurulmuştur. Osmanlı İmparatorluğu'nda merkezi idarenin taşra teşkilatı şeklindeki resmi düzenlemelere 1864 ve 1871 Vilayet Nizamnamelerinde rastlanıyor olsa da, defterdarlık bakımından taşrada mali işlerin yürütülmesi maksatlı defterdarlıklar oluşturulmuştur. Bu sistemin günümüzde de izlerini görmek mümkündür. Daha etkili bir vergi sistemi için Hazine ve Maliye Bakanlığı'na bağlı Gelir İdaresi Başkanlığı ihdas edilmiş; çeşitli illerde vergi dairesi başkanlıkları, daha küçük illerde vergi dairesi müdürlüğü şeklinde yapılanmıştır. Ayrıca Bakanlığın taşra teşkilatında “defterdarlık”lar (elbette Osmanlı'dan farklı şekilde) hizmet vermektedir. Sistematik benzerliklerle birlikte, kavramsal benzerlikler de mevcuttur.

Tıpkı canlı formları gibi bazı kurumlar da doğar, büyür ve ölürler. Defterdarlık makamı da sorumlulukların fazla olmasının denetim ve yönetim anlamında zafiyetlerin doğmasına sebep olmuştur. İmparatorluğun dağılma dönemine de girmesiyle, bu kadar çok yetki ve görevin tek bir makamda bulunmasının sakıncaları anlaşılmiş ve yeni kurumlar aracılığıyla mali sistem ayakta tutulmaya çalışılmış, bu kapsamda defterdarlık yerine 1841 tarihinde Maliye Nezareti kurulmuştur. Yine canlılarda olduğu gibi kurumların da genetik hafızaları vardır ve bunlar halefi konumundaki olan yeni makamlara gelenek olarak aktırılmaktadır. Türkiye Cumhuriyeti'nin mali ve idari sisteminde başta Hazine ve Maliye Bakanlığı olmak üzere, değişik kademe ve şekillerde bahsedildiği üzere defterdarlık yetkilerinin izleri görülmektedir.

¹⁹² TABAKOĞLU, Osmanlı Mali Tarihi, s.276.

¹⁹³ GÖZLER, s.429.

KAYNAKÇA

- AFYONCU, Erhan: Osmanlı Devlet Teşkilatında Defterhane-i Amire (XVI.-XVIII. Yüzyıllar), Türk Tarih Kurumu Yayınları, Ankara 2014.
- AĞAR, Serkan. “Geçmişten Bugüne Mali İdare”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 73, 2007, s.372-432.
- AKDAĞ, Mustafa: Türkiye'nin İktisadi ve İçtimai Tarihi Cilt II 1453-1559, 2. Baskı, Tekin Yayınevi, İstanbul 1979.
- AYANOĞLU, Ahmet: Türk Bütçe Sistemi ve Bütçe Denetimi, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2016.
- Fİ BİLGİN, Aydın/GÜNALAN, Rifat: XV-XVI. Yüzyıllarda Osmanlı Maliyesi ve Defter Sistemi, Yeditepe Yayınevi, İstanbul 2008.
- BİLGİN, Aydın/GÜNALAN Rifat: “XVI. Yüzyılda Osmanlı Eyalet Defterdarlıklarının Ortaya Çıkışı ve Gelişimi”, Osmanlı Araştırmaları, Hazırlayanlar: Halil İnalçık, İsmail E. Erünsal, Heath W. Lowry, Feridun Emecen, Klaus Kreiser, Sayı XXX, 2007, s.57-73.
- BERKES, Niyazi: Türkiye’de Çağdaşlaşma, 14. Baskı, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul 2009.
- BÜLBÜL, Yaşar: “Klasik Dönem Osmanlı Muhasebe Sistemi”, Divan İlmi Araştırmalar Dergisi, 6(1), 1999, s.151-182.
- CEZAR, Yavuz: “Osmanlı Devleti'nin Malî Kurumlarından Tersâne-İ Âmire Hazinesi ve Defterdarlığı'nın 1805 Tarih Kuruluş Yasası ve Eki”, İstanbul Üniversitesi İktisat Fakültesi Mecmuası: Ord. Prof. Ömer Lütfi Barkan'a Armağan, 41(1-4), 1985, s.361-388.
- CEZAR, Yavuz: Osmanlı Maliyesinde Bunalım ve Değişim Dönemi (18. Yüzyıldan Tanzimat'a Mali Tarih), Alan Yayıncılık, İstanbul 1986.
- ÇAKIR, Coşkun: Tanzimat Dönemi Osmanlı Maliyesi, 2. Baskı, Kule Yayınları, İstanbul 2012.
- DARLING, Linda T.: “Ottoman Fiscal Administration: Decline or Adaptation?”, The Journal of European Economic History, 27(1), 1997, s.157-179.
- DARLING, Linda T.: Revenue-Raising and Legitimacy: Tax Collection and Finance Administration in the Ottoman Empire 1560-1660, Brill Press, Leiden 1996
- DEFTERDAR Sarı Mehmet Paşa: Devlet Adamlarına Nasihatlar: Nasâyihü'l-Vüzerâ, Hazırlayanlar: Yaşar Aydemir, Güray Kırpık, Hece Yayınları, Ankara 2014
- DİYANET İslam Ansiklopedisi: “Kuyruklu Buyruldu”, Cilt 26, 1994, s.506-507.
- FLEISCHER, Cornell H.: Bureaucrat and Intellectual in the Ottoman Empire-The Historian Mustafa Ali (1541-1600), Princeton University Press, Princeton 1986.
- GENÇ, Mehmet: Osmanlı İmparatorluğunda Devlet ve Ekonomi, 12. Baskı, Ötüken Neşriyat, İstanbul 2015.
- GERÇEK, Adnan: Kamu Alacaklarının Tahsil Hukuku, 6. Baskı, Ekin Yayınları, Bursa 2020.
- GÖZLER, Kemal: İdare Hukuku Cilt I, 3. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa 2019.
- GÜNALAN, Rifat: Osmanlı İmparatorluğunda Defterdarlık Teşkilatı ve Bürokrasisi: XVI. Yüzyıl Maliye Ahkâm Defterleri, Kayıhan Yayınları, İstanbul 2010.
- HALAÇOĞLU, Yusuf: XIV-XVII. Yüzyıllarda Osmanlılarda Devlet Teşkilatı ve Sosyal Yapı, 7. Baskı, , Türk Tarih Kurumu Yayınları, Ankara 2014.
- HALDUN, İbn: Mukaddime-I, Çev. Zakir Kadiri Urgan, Milli Eğitim Bakanlığı Yayınları, İstanbul 1997.
- İNALCIK, Halil: Devlet-i 'Aliyye Osmanlı İmparatorluğu Üzerine Araştırmalar- I: Klasik Dönem(1302-1606) Siyasal, Kurumsal Ve Ekonomik Gelişim, 17. Baskı, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul 2009.
- İNALCIK, Halil: Osmanlı İmparatorluğu Klasik Çağ (1300-1600), Çeviren: Ruşen Sezer, İstanbul, Yapı Kredi Yayınları, 2003.
- İNALCIK, Halil: Osmanlı İmparatorluğu-Toplum ve Ekonomi, Kronik Kitap, İstanbul 2018.
- KARAKAŞ, Mustafa: “Devletin Düzenleyici Rolü ve Türkiye’de Bağımsız İdari Otoriteler”, Maliye Dergisi, Sayı 154, Ocak-Haziran 2008, ss.99-120.
- KARAMURSAL, Ziya: Osmanlı Malî Tarihi Hakkında Tetkikler, 2. Baskı, Türk Tarih Kurumu Yayınları, Ankara 1989.
- KUNT, Metin: “Siyasal Tarih(1300-1600)”,Türkiye Tarihi 2: Osmanlı Devleti 1300-1600, Hazırlayanlar: Metin Kunt, Suraiya Faroqhi, Hüseyin G. Yurdaydın, Ayla Ödekan, 9. Baskı, Cem Yayınevi, İstanbul 2008.
- KÜTÜKOĞLU, Mübahat S.: “Defterdar”, Diyanet İslam Ansiklopedisi, Cilt 9, 1994, s.94-96.
- NIZRI, Michael: Ottoman High Politics and the Ulema Household, Palgrave Macmillan, Londra 2014.
- ORTAYLI, İlber: İmparatorluğun En Uzun Yüzyılı, 49. Baskı, Kronik Kitap, İstanbul 2019
- ORTAYLI, İlber: Türkiye Teşkilat ve İdare Tarihi, 4. Baskı, Cedit Neşriyat, Ankara 2012.
- ÖNER, Erdoğan: Osmanlı İmparatorluğu ve Cumhuriyet Döneminde Malî İdare, 2. Baskı, Maliye Bakanlığı Araştırma, Planlama ve Koordinasyon Kurulu Başkanlığı Yayını, 2005.
- ÖZCAN, Abdülkadir: “Fatih'in Teşkilat Kanunnamesi ve Nizam-ı Alem İçin Kardeş Katli Meselesi”, İstanbul Üniversitesi Edebiyat Fakültesi Tarih Dergisi, Sayı 33, 1981, ss.7-56.
- ÖZCAN, Abdülkadir: Kanunnâme-i Âli Osman (Tahlil ve Karşılaştırmalı Metin), Kitabevi Yayıncılık, İstanbul 2003.

- PAKALIN, Mehmet Zeki: Maliye Teşkilat Tarihi (1442-1930) Cilt I, Maliye Bakanlığı Tetkik Kurulu Yayınları, Ankara 1978.
- SABBAĞ, Abbas/BOZKURT, Nebi: “Müstevfi”, Diyanet İslam Ansiklopedisi, Cilt 32, 1994, s.147-148.
- SAYIN, Abdurrahman Vefik: Tekâlif Kavaidi (Osmanlı Vergi Sistemi), Maliye Bakanlığı Araştırma, Planlama ve Koordinasyon Kurulu Başkanlığı, Ankara 1999.
- SEZGİNER, Murat: İdarenin Sözleşmeleri ve Kamu İhalelerine İlişkin Uyuşmazlıklar, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2013.
- ŞEKER, Mehmet: “Hil’at”, Diyanet İslam Ansiklopedisi, Cilt 18, 1994, s.22
- ŞENER, Abdüllatif: Sona Doğru Osmanlı: Osmanlı Ekonomisi ve Maliyesi Üzerine Yazılar, 2. Baskı, Birleşik Kitabevi, Ankara 2007.
- TABAKOĞLU, Ahmet: “XVII ve XVIII Yüzyıl Osmanlı Bütçeleri”, İstanbul Üniversitesi İktisat Fakültesi Mecmuası, 41(1-4), 1985, s.389-414.
- TABAKOĞLU, Ahmet: Gerileme Dönemine Giren Osmanlı Maliyesi, Dergah Yayınları, İstanbul 1985.
- TABAKOĞLU, Ahmet: Osmanlı Mali Tarihi, Dergah Yayınları, İstanbul 2016.
- TABAKOĞLU, Ahmet: Türk İktisat Tarihi, Dergah Yayınları, 3. Baskı, İstanbul 1997
- TURAN, Ahmet Nezihi: “Bir Pişkeş Defteri İçin”, Ankara Üniversitesi Osmanlı Tarihi Araştırma ve Uygulama Merkezi Dergisi, Sayı 13, 2002, s.59-74.
- UZUNÇARŞILI, İsmail Hakkı: “Osmanlı Devleti Maliyesinin Kuruluşu ve Osmanlı Devleti İç Hazinesi”, Türk Tarih Kurumu Belleten Dergisi, XLII(165), 1978, Ocak, s. 68-69.
- UZUNÇARŞILI, İsmail Hakkı: Osmanlı Devletinin Merkez ve Bahriye Teşkilatı, 3. Baskı, Türk Tarih Kurumu Yayınları, Ankara 1988.
- YILDIRIM, Ali: “16. Yüzyılda Büyük Bir Devlet Adamı ve Edebiyat Hamisi Defterdar İskender Çelebi”, Fırat Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, 10(1), 2000, s.217-232.

KAMU HİZMETLERİNDEN YARARLANMADA KADIN-ERKEK EŞİTLİĞİ*

EQUALITY OF WOMEN AND MEN IN THE USE OF PUBLIC SERVICES

Hilal ALBAL** 

Makale Bilgi

Gönderilme: 07/04/2020
Kabul: 13/05/2020

Anahtar Kelimeler

Kamu Hizmeti,
Cinsiyet Eşitliği,
Pozitif Ayrımcılık.

Article Info

Received: 07/04/2020
Accepted: 13/05/2020

Keywords

Public Service,
Gender Equality,
Positive Discrimination.

Özet

Hukuk devleti ilkesinin gereği olarak kamu hizmetinin herkese eşit bir şekilde sunulması gerekmektedir. Bu husus, Anayasa'nın 10. maddesinde yer alan "kanun önünde eşitlik" ilkesinin doğrudan yansımasıdır. Herkes, kamu hizmetinden yararlanmada ve kamu hizmetine girmede eşittir. Anayasa'nın 70. maddesinde düzenlenen "kamu hizmetine girme hakkı" konusunda, "hizmetin gerektirdiği niteliklerden başka hiçbir ayırım gözetilemeyeceği" açık bir şekilde ifade edilmiştir. Ancak bu açıklık, kamu hizmetinden yararlanma konusunda bulunmamaktadır. 1982 Anayasası'nın 10. maddesine 2004 yılında "kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür. Bu maksatla alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı yorumlanamaz". hükmü eklenmiştir. 1982 Anayasasına 2004 yılında eklenen bu fıkra ile ilk defa cinsiyet eşitliğine vurgu yapılmıştır. Pozitif düzenlemeler böyle olsa da uygulamada cinsiyet temelinde farklı durumlar gözlenmektedir; bazı kamu hizmetlerinin kadınlara "ayrı ortamlarda" olarak sunulması gibi. Örneğin, Dünyada ve ülkemizde pek çok örneği bulunan kadınlara "özel" toplu taşıma hizmetleri akıllara "eşitlik mi? ayrımcılık mı?" sorusunu getirmektedir. Çalışmamız, bu soru temelinde oluşturulmuştur. Kamu hizmetlerinden yararlanmada eşitlik ilkesi ile ilgili olarak, Türk ve Uluslararası yargı kurumları kararları, ulusal ve uluslararası hukuki belgeler ve idari uygulamalar ile konu açıklamaya çalışılmıştır.

Abstract

According to the principle of constitutional state, public service should be presented equally to everyone. This is the result of "the equality before the law" principle in Article 10 of the Constitution. Everyone is equal in access to public service. As to "right to enter public service" in Article 70 of the Constitution, no criteria other than the qualifications for the office concerned shall be taken into consideration for recruitment into public service. Article 10 of the 1982 Constitution states in 2004 "Men and women have equal rights. The State has the obligation to ensure that this equality exists in practice" has been added. With this paragraph added to 1982 Constitution in 2004, gender equality was emphasized for the first time. In practice there are different situations on the basis of sex; some public services are presented as "separate" to women. For example, in the world and in our country have many examples of private for women public transport services to mind "equality? does it discriminate?" Our study is based on this question. With regard to the principle of equality in benefiting from public services, Turkey and the decisions of international judicial institutions, it has tried to explain the subject of national and international legal documents and applications.

* Bu makale 8-9 Mart 2019 tarihli II. Uluslararası Kadın ve Hukuk Sempozyumunda bildiri olarak sunulan "Kamu Hizmetlerinden Yararlanmada Cinsiyet Eşitliği" başlıklı bildirinin gözden geçirilmiş ve genişletilmiş halidir.

** Arş. Gör, İnönü Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İdare Hukuku Anabilim Dalı.

I. GİRİŞ

Kadın ve erkek arasındaki eşitliğin ele alınış ve düzenleniş şekli ile hukuki eşitliğin tanımı feminist hukuk teorisinin en önemli araştırma konularındandır¹. Eşitlik konusunu düzenleyen ilk uluslararası belgelerde “eşit vatandaş” tan kasıt beyaz orta sınıf erkeklerdir². Daha sonra, 20. yüzyılın ilk yarısından itibaren çeşitli hukuki belgelerde düzenlenen “şekli eşitlik” kavramı ile kadın-erkek eşitliği sağlanmaya çalışılmıştır. Ancak uygulamadaki ataerkil tutumlar, kadınların geçmişten günümüze gelen dezavantajlarının göz önüne alınmaması, karar alıcıların çoğunluğunun erkek olması ve farklılıkların göz ardı edilmesi gibi durumlar nedeniyle şekli eşitlik kadın-erkek eşitliğini sağlamak konusunda yetersiz kalmıştır.

Erkek egemen toplumlarda, erkek görüşü toplumsal yargılara hakim olur. Devlet, kanunlarla toplumsal yargıları hukuki zemine oturttuğunda, erkek egemen görüş meşrulaşır aynı zamanda kadınlar ve çocuklar nesnel erkek görüşü bağlamında hizmet almaya başlarlar³. Yıllarca seçme ve seçilme hakkına sahip olmayan, okuma yazma oranları nerdeyse bütün toplumlarda erkeklere oranla oldukça düşük olan kadınların, yasaların ve idari işlemlerin yapımında söz sahibi olamadıkları kuşkusuzdur. Günümüzde kamu hizmetinden bütün cinslerin eşitlik ilkesi bağlamında yararlanması, büyük oranda işte bu görünmez erkek egemen idari anlayışın hakimiyeti altında gerçekleştirilmeye çalışılır.

Kamu hizmetleri bütün ülkede aynı hukuki rejime tabidir ve saat, ücret gibi detaylarda benzer bir şekilde sunulur. Böyle olunca, farklı yerlerde farklı durumda olanların özel durumları göz ardı edilir. Ancak ihtiyacımız olan şey, farklı veya benzer durumda olan herkesi rahat ettirecek bir eşitlik kavramına sahip olmaktır. Bu sebeple, bazı kamu hizmetlerinin kişilerin veya grupların özel durumları dikkate alınarak sunulması tartışılabilir bir durumdur. Kadınlar, doğrudan veya dolaylı ayrımlar ile karşılaşmaktadırlar. Örneğin, sadece cinsiyet nedeniyle farklı maaş uygulamaları doğrudan ayrıma örnektir. Bazen de cinsler arasında ayrım yapmayan bir kanun, norm veya uygulamalar var olan eşitsizliği derinleştirebilir. Bu tür normlar kadınların bazı hizmetlere erişim konusunda erkekler ile aynı şans ve avantajlara sahip olduğu temeline dayanmaktadır ve biyolojik, tarihi ve geleneksel farklılıkları göz ardı etmektedir.

Bu makalede “kamu hizmetinden yararlanmada ve hizmete erişimde kadın ve erkek arasında eşitlik tam anlamıyla sağlanabilmiş midir?” sorusuna cevap aranır. Temel sorumuz böyle olmakla birlikte, kamu hizmetinin sunulmasındaki temel ilkelerden olan eşitlik ilkesinin kadın-erkek eşitliği konusuna nasıl uygulandığı da irdelenen noktalardan biridir. Bu çerçevede ilk olarak eşitlik ilkesi ve kamu hizmeti kavramı arasındaki ilişki teorik çerçevede incelenmiştir. Ardından toplumsal cinsiyet eşitliği ve pozitif ayrımcılık kavramları üzerinde kısaca durulmuştur. Daha sonra kamu hizmetinden yararlanan konumundaki kadınların hizmete erişimdeki fiili durumu konusunda bilgi verilmiştir. Son olarak da yargı kararlarında konunun görünümü irdelenmiştir.

II. EŞİTLİK İLKESİNİN KAMU HİZMETLERİNDEKİ GÖRÜNÜMÜ

Anayasa hukukunda yer alan devletin görevleri, idare hukukunda “kamu hizmeti” olarak karşımıza çıkar⁴. Kamu hizmeti, kamu gücü ve kamu yararı ile birlikte idare hukukunun temel ve kurucu unsurlarından biridir. Öyle ki Uler’e göre, ulus devlet öncesinde kamuya değil, egemene hizmet eden devletin günümüz kamu hukukunda vatandaşa hizmet etmekten başka bir amacı olamaz⁵. Aynı zamanda kamu hizmeti gören idare, bu işlevi yerine getirirken kullandığı kamu gücünü bu şekilde meşrulaştırmış olur.

Gerek yargı organları gerekse doktrin tarafından çeşitli şekillerde tanımlanmaya çalışılan

¹ SEVER, Çiğdem: “Anayasa Mahkemesi’nin Kadın-Erkek Eşitliği Yaklaşımına Bir Eleştiri” Toplumsal Cinsiyet ve Yansımaları, Ankara: Atılım Üniversitesi Yayınları, 2013, s.34 (Eşitlik)

² “İnsanlar, haklar yönünden özgür ve eşit doğarlar ve yaşarlar. Sosyal farklılıklar ancak ortak yarara dayanabilir” şeklinde çevrilen Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi’nin 1. maddesinin orijinali “*Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits. Les distinctions sociales ne peuvent être fondées que sur l'utilité commune*” şeklindedir. Bu cümlenin öznesi konumundaki “Les hommes” kelimesi Fransızca’da “erkek” ve aynı zamanda “insanlık” anlamına gelen “l’homme” kelimesinin çoğul halidir.

³ MACKINNON Catharine: Feminist Bir Devlet Kuramına Doğru (Çev: Türkan Yöney, Sabir Yücesoy), 2. Baskı, Metis Yayınları, İstanbul 2015, s.272

⁴ KARAHANOĞULLARI, Onur: Kamu Hizmeti (Kavram ve Hukuksal Rejim), 3. Baskı, Turhan Kitapevi, Ankara 2015, s.5

⁵ ULER, Yıldırım: “Anayasa Hukukunda ve İdare Hukukunda Kamu Hizmeti”, Anayasa Yargısı, (15), 27-28 Nisan 1998, s.253

kamu hizmeti genel olarak; “*yasama organınca kamu hizmeti olarak nitelendirilen idare ya da onun denetim ve gözetimi altında özel kişilerce, kamu yararı amacıyla, toplumun ortak ve genel ihtiyaçlarını tatmin için yapılan faaliyete verilen isim*”⁶ olarak tanımlanır. Başka bir ifade ile, toplumsal yaşamın sürdürülebilmesi için devlet tarafından toplumun ihtiyaçlarının karşılanması, kamu hizmeti faaliyetidir⁷. Anayasa Mahkemesi de pek çok kararında kamu hizmetini tanımlar. Mahkeme bir kararında, süreklilik ve düzenlilik ilkelerine vurgu yaparak göre kamu hizmetini “*devlet ya da diğer kamu tüzel kişileri tarafından ya da bunların gözetim ve denetimleri altında, genel ve ortak gereksinimleri karşılamak, kamu yararı ya da çıkarını sağlamak için yapılan ve topluma sunulmuş bulunan sürekli ve düzenli etkinlikler*”⁸ şeklinde tanımlar.

Devletin kamu hizmeti sunma konusundaki yükümlüğünün normatif dayanağını Anayasa, kanunlar ve usulüne uygun yürürlüğe girmiş olan uluslararası sözleşmeler oluşturur. Anayasa’nın sosyal haklara ilişkin bir çok hükmünde devletin kamusal yükümlülüklerinden bahsedilir. Sosyal haklara ilişkin devlete yüklenen pozitif yükümlülükler, karşımıza kamu hizmeti olarak çıkar. Zira bir kamu örgütüne anayasa ve kanunlarla yüklenen görevler kamu hizmetini oluşturur⁹. 1982 Anayasası’nın 5. maddesi, “*Devletin temel amaç ve görevleri, Türk milletinin bağımsızlığını ve bütünlüğünü, ülkenin bölünmezliğini, Cumhuriyeti ve demokrasiyi korumak, 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 kaldırmaya, insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmaktır*” düzenlemesi ile devletin görevlerini belirler. Aynı maddenin gerekçesindeki, “*...Devlet aynı zamanda milletin huzurunu sağlamak ve fertlerini mutlu kılmak görevi ile de yükümlüdür. Devlet, ferdin hayat mücadelesini kolaylaştıracaktır. Ferdin insan haysiyetine uygun bir ortam içinde yaşamasını gerçekleştirecektir. Bu sosyal devletin görevidir*” hükmü devletin kamu hizmeti sunma alanını genişletir.

Kamu hizmeti sunma konusunda görevleri oldukça genişleyen tabiri caizse “hizmetçi” konumunda bulunan idareden, bireylerin kamu hizmetinin eşit, tarafsız, düzgün ve hizmetin gereklerine uygun görülmesi için talep yetkileri doğmaktadır. Kamu hizmetinin temel ilkelerinden olan “eşitlik” ilkesi, bu noktada karşımıza çıkmaktadır. Anayasa Mahkemesi’ne göre, Anayasa’nın 10. maddesinde yer alan kanun önünde eşitlik ilkesi, maddenin son fıkrası ve Anayasa’nın 11. maddesi gereğince yasama, yürütme ve yargı organlarını ve idari makamları bağlamaktadır ve bu organlar eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağına uygun davranmak ile yükümlüdürler¹⁰. O halde, eşitlik ilkesi bu ilkedен yararlanmalar için temel bir hak iken devlet organları ve idare için de anayasal bir buyruktur. Özbudun’a göre, 1961 Anayasası’nın bu ilkeyi “temel hak ve ödevler” kısmında düzenlemiş olmasına rağmen, 1982 Anayasası’nın “genel esaslar” kısmında yer vermesi eşitlik ilkesinin temel bir devlet yönetimi ilkesi olarak kabul edilmesi savını güçlendirmektedir¹¹. Hukuk Devleti’nin bir sonucu olarak devlet, kamu hizmetinden yararlanmada ve kamu hizmetine katılmada eşitliği sağlamakla mükelleftir¹². Başka bir deyişle gerçek veya tüzel tüm kişiler kamu hizmetleri karşısında eşit olmalıdırlar¹³. Klasik kamu hizmeti teorisine göre, bireylerin kamu hizmetlerinden hem eşit yararlanma hakları hem de süreklilik ilkesinden kaynaklanan bu yararlanmayı sürdürme ve hizmetin düzgün işlenmesini isteme hakları vardır¹⁴.

Eşitlik, hukukun hemen bütün alanlarında kullanılan ancak tanımı konusunda fikir birliğine varılamayan en tartışmalı ve dinamik unsurlarından biridir¹⁵. Türkçe’de eşitlik “iki veya daha fazla şeyin eşit olması durumu, denklik” şeklinde tanımlanır¹⁶. Bir şeyin eşit olup olmadığını

⁶ AKYILMAZ Bahtiyar/SEZGİNER Murat/KAYA Cemil: Türk İdare Hukuku, 9. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara 2018, s.523

⁷ KARAHANOGULLARI, s.5

⁸ AYM,1994/43E, 1994/42K, k.t.09.12.1994, RG.24.01.1995/22181. Ayrıca bkz. AYM, 2013/88E, 2014/101K, k.t.04.06.2014, RG.22.07.2014/29068, Kararlar Bilgi Bankası www.anayasa.gov.tr, (Erişim Tarihi: 22.03.2019)

⁹ KARAHANOGULLARI, s.67

¹⁰ Tuğba Arslan Başvurusu, Başvuru no:2014/256, k.t.25.06.2014, www.anayasa.gov.tr, (Erişim Tarihi: 24.03.2019)

¹¹ ÖZBUDUN, Ergun: Türk Anayasa Hukuku, Yetkin Yayınları, 17. Basım, Ankara 2017, s.156

¹² AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA, s.534

¹³ GÖZLER, Kemal: İdare Hukuku Cilt II, 2. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, 2009, s.309

¹⁴ ULUSOY, Ali: Kamu Hizmeti incelemeleri, Ülke Kitapları, İstanbul 2004, s.217

¹⁵ SEVER, Çiğdem: “İdare Hukukuna Feminist Pencereden Bakmak”, Hukuk ve Toplumsal Cinsiyet Çalışmaları (Editörler: Gülriz Uygur, Nadire Özdemir), Seçkin Yayınları, Ankara 2018, s.216

¹⁶ Türk Dil Kurumu Büyük Türkçe Sözlük, www.tdk.gov.tr, (Erişim Tarihi:25.03.2019)

belirleyebilmek için mutlaka birden fazla şeyin bulunması gerekir. Zira tek olan şey eşit veya eşitsiz olamaz¹⁷. Ancak iki şeyin bütün özellikleri bakımından eşit olması oldukça güçtür. Örneğin, iki insan yaş, dil, ırk açısından eşit olabileceği gibi cinsiyet açısından farklı olabilirler. Bu noktada eşitlik ilkesinin çeşitli anlamları üzerinde durmak gerekir. Eşitlik kavramının dört tipinden bahsetmek mümkündür: “Birincisi, varlıksal eşitlik ya da kişiler arasındaki özel eşitliktir. İkinci olarak, istenen amaçlara ulaşmadaki fırsat eşitliği gelir. Üçüncüsü şartlarda eşitliktir, dezavantajlı toplumsal grupların koşullarının eşit kılınmasına çalışıldığı yerde ortaya çıkar. Dördüncüsü de sonuçlarda eşitliktir”¹⁸. Özbudun, hukuki eşitlik ilkesini şekli ve maddi eşitlik olmak üzere iki şekilde incelemiştir. Şekli eşitlik, normatif düzenlemelerin bütün muhataplarına eşit şekilde uygulanmasını ifade ederken, maddi eşitlik aynı durumda olanlara hak, ödev ve yükümlülüklerde sorumluluklarda ve fırsatlarda eşit davranma yükümlülüğüdür¹⁹. Anayasa’nın 10. maddesinin ikinci fıkrasındaki hiçbir kişiye, aileye zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınmayacağı veya muhataplara farklı muamelede bulunurken maddenin ilk fıkrasındaki özgül ayırım sebeplerinin gerekçe gösterilmesinin yasaklanması şekli eşitliğin normatif dayanaklarıdır.

Kamu hizmeti söz konusu olduğunda, eşitlik ilkesi, kişilerin toplumsal ve siyasal hayata özgür ve eşit katılımları olarak anlaşılmalı ve bu yönüyle öne çıkmalıdır. 18.yüzyıl düşüncesinin getirdiği hukuki eşitlik (diğer bir deyişle kanun önünde eşitlik ilkesi) ile bireylerin, devlet organları ve kanunlar önünde eşit olması kabul edilmiştir. Ancak Fransız ihtilali ile ortaya çıkan bu ilke, kişiler arasındaki sosyal uçurumları kaldırmak için yeterli olmamıştır. Bugün eşitlik deyince anlaşılan aslında sosyal ve ekonomik eşitliktir. Bu kavrama “fırsat ve imkan eşitliği” de denilmektedir. Bu da bütün insanların aynı imkanlardan yararlanması anlamına gelmektedir²⁰. 1982 Anayasası’nın 10. maddesinin ilk fıkrasındaki “Herkes, dil, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir” hükmü kuşkusuz ki bütün insanların her özellikleri bakımından eşit (veya aynı) olduğunu değil, herkese eşit muamele edilmesini, eşit hizmet sunumunu ve eşit işlem yapılmasını ifade etmektedir. Maddenin son fıkrasında, *devlet organları ve idare bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun hareket etmelidir*, hükmü ile kamu hizmetinde eşitlik ilkesi ile eşit muamele ilkesi Anayasa’da açıkça düzenlenmektedir. Bu açıdan bakıldığında; hukuki anlamda eşitlik iki şekilde anlaşılmalıdır; bireyler hukuk öznesi olarak kendi aralarında eşitlerdir ve devlet, hukuku bireylere tarafsız olarak uygulamalıdır²¹. Bu bağlamda, eşitlik ilkesinin anayasada düzenlenmesi, kuşkusuz toplumsal eşitsizliği gidermek için güvencedir. Fakat, bu güvence “yapısal olarak ancak devlet müdahalesi ile”²² harekete geçirilebilecektir. Bu müdahalenin önemli bir öznesi idare²³ en önemli müdahale alanı da kamu hizmetidir.

Eşitlik ilkesinin kamu hizmetine yansımalarının, kamu hizmetinden yararlananlar, kullanıcı adayları, kamu hizmetini gören personel ve bu hizmete mal ve hizmet sağlayanlar açısından sonuçları bulunmaktadır²⁴. Kamu hizmetinde eşitlik ilkesinin bir sonucu olarak gerek kullanıcı adayları gerekse kullanıcılar, kamu hizmetlerine eşit bir şekilde ulaşma ve hizmetten eşit şekilde yararlanma hakkına sahiplerdir. Başka bir deyişle, kamu hizmeti kullanıcı adayları kamu hizmetine erişmek için bazı şartlara tabi olsalar da bu şartlar eşitlik ilkesine aykırı olamaz²⁵. Kamu hizmetinden yararlanma koşulları kural olarak herkes için aynı olmakla birlikte idare, farklı durumda olanlara farklı uygulamalarda bulunabilir. Bu husus eşitlik ilkesine aykırılık teşkil etmeyecektir²⁶. Anayasa Mahkeme’sine göre, “Anayasa’da öngörülen eşitlik, herkesin aynı hak ve yükümlülüklerle sahip olması anlamına gelmemektedir. Eşitlik her yönüyle aynı hukuki durumda olanlar arasında söz konusudur. Hukuk felsefesine girmiş bir deyimle ‘eşitlerin eşitliği’ anlamındadır. Farklı durumda olanlara, yani eşit olmayanlara farklı kurallar uygulanması yani ‘eşit olmayanların eşitsizliği’ eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmaz.”²⁷ Anayasa Mahkemesi benzer

¹⁷ ÖDEN, Merih: Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi, Yetkin Yayınları, Ankara 2003, s.17

¹⁸ AKBAŞ Kasım/ŞEN Gökhan: “Türkiye’de Kadına Yönelik Pozitif Ayrımcılık; Kavram, Uygulama ve Toplumsal Algılar”, Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Hukuk Fakültesi Özel Sayısı, s.168

¹⁹ ÖZBUDUN s.157

²⁰ KAPANİ Münci: Kamu Hürriyetleri, Yetkin Yayınları, Ankara 1993, s.11-12

²¹ KARAHANOGULLARI, s.243

²² MACKINNON, s.273

²³ SEVER, s.216-217

²⁴ GÖZLER, s.309

²⁵ CARBAJO, Joël: Droit Des Services Public, Dalloz, Paris 1990, s.42

²⁶ GÖZLER,310

²⁷ AYM, 1988/7E, 1988/27K, k.t.27.09.1988, RG.26.12.1988/20031, www.anayasa.gov.tr, (Erişim Tarihi: 29.03.2019)

görüşteki bir başka kararında, “Anayasa'nın 10. maddesinde öngörülen yasa önünde eşitlik, herkesin her yönden aynı kurallara bağlı olacağı anlamına gelmez. Kimi yurttaşların haklı bir nedene dayanarak değişik kurallara bağlı tutulmaları eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmaz. Durum ve konularındaki özellikler kimi kişiler için değişik kuralları ve değişik uygulamaları gerekli kılabilir. Anayasa'nın amaçladığı eşitlik eylemli değil hukuksal eşitliktir. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar ayrı kurallara bağlı tutulursa Anayasa'da öngörülen eşitlik çiğnenmiş olmaz. Başka bir anlatımla, kişisel nitelikleri ve durumları özdeş olanlar arasında, yasalara konulan kurallarla değişik uygulamalar yapılamaz. Durumlardaki değişikliğin doğurduğu zorunluluklar, kamu yararı ya da başka haklı nedenlere dayanılarak yasalarla farklı uygulamalar getirilmesi durumunda Anayasa'nın eşitlik ilkesinin çiğnendiği sonucu çıkarılamaz”²⁸ şeklindeki ifadesiyle, farklı durumdakilere farklı uygulamalar yapılmasının eşitlik ilkesine aykırılık oluşturulmaması ile ilgili “haklı neden” ve “kamu yararı” kriterlerini belirlemiştir. Anayasa Mahkemesine göre; eşitlik kavramı, herhangi bir nesnel ve makul dayanağı olmaksızın aynı durumdaki bireylere farklı muamelede bulunulmamasına ilişkin gerekliliği ifade etmektedir. Bu kavramın somutlaştığı Anayasa'nın 10. maddesi farklı muamele şekillerini yasaklamaktadır. Ancak mahkemeye göre, aynı durumdaki kişilere farklı muamele yapılabilmesinin eşitlik ilkesine uygun olabilmesi için, farklı muamelelerin meşru amaca dayanması ve izlenilen yol ile hedef arasında makul bir orantılılık ilişkisi gerekir²⁹. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de benzer şekilde muamelede farklılığın, ayrımcılık olarak görülmemesi için, meşru bir amaç izlenmesi³⁰ ve muamelede farklılığın orantılı olması³¹ gerektiği kanaatindedir. Dolayısıyla, yargı organlarının, toplumda şekli eşitliğin tam olarak sağlanamayacağı konusunda hemfikir olduğu sonucu çıkarılabilir.

Avrupa Konseyi tarafından çıkarılan ve idarenin bireyler ile ilişkide uyması gereken usul ve esasa ilişkin prensipleri içeren el kitabı farklı durumdakilere farklı muamele edilirken idarenin uyması gereken ilkeleri belirtmiştir. Buna göre, eşit muamele ilkesi, idarenin zaman zaman idari politika ve uygulamadaki değişikliklerinin bir sonucu olarak insanlara farklı davranmasını engellemektedir. Devletler, benzer durumlarda farklılıklar olup olmadığını, varsa ne ölçüde olduğunu tespit etmek açısından takdir yetkisine sahiplerdir. Ancak bu farklılıkların gerekçelendirilmesi ve belirli bir topluluğa veya gruba farklı muamele için yapılmamış olması gerekir. Bunun yanında kamu makamları bu hususu önceden kamuoyu ile paylaşmalıdır³².

III. TOPLUMSAL CİNSİYET EŞİTLİĞİ VE POZİTİF AYRIMCILIK

Toplumsal cinsiyet eşitliği, kadın ve erkeklerin, kız ve erkek çocuklarının eşit hak, fırsat, kaynak ve sorumluluklara sahip olmasıdır³³. Hukuki eşitlik, şartlar ne olursa olsun, bireyler arasında denkleğin sağlanmasıdır. Cinsiyet ise, bireyler arasındaki temel farklılıklardan biridir. Öyleyse eşitlik, benzerlere benzer, benzemeyenlere farklı şekilde davranma meselesidir. O halde benzerlik varsayan eşitlik kelimesi ile farklılık varsayan cinsiyet kelimesini bağdaştırıp “cinsiyet eşitliği” kavramını anlatmak oldukça güçtür³⁴. Eşitlikten bahsedebilmek için öncelikle farklılığı kabullenmek gerekir. Ancak cinsler arasında herhangi bir farklılığın olmadığını kabul edersek “cinsiyet eşitliği” kavramının içini doldurmamız gerekmez. Bu durum paradoks gibi görünse de bazı açıklamalara ihtiyaç duymaktadır. Kadın ve erkeklerin fizyolojik bazı farklılıklarının olması onların eşit koşullarda olmamalarına meşruiyet kazandırmalı mıdır? Kadın erkekten farklıdır ancak erkek de kadından farklıdır. Farklılıkların birlikteliğinin uyumu ve eşitliği varken cinsler arasında bir “hiyerarşi”nin kabulü mü bizi “cinsiyet eşitliği” kavramına götürmektedir? Cinsiyet bazen biyolojik farklılıklar ve toplumsal bakış açısı sebebiyle bütün gerçekliği ile karşımızda durmaktadır. Örneğin, kadın erkekten farklı olarak doğum yapabilir. Doğurgan bir kadının doğum

²⁸AYM, 2004/83E, 2008/107K, k.t.21.05.2008, RG.18.03.2009/27173, www.anayasa.gov.tr, (Erişim Tarihi: 25.03.2019)

²⁹ Ayla Şenses Kara Başvurusu, AYM Başvuru No: 2013/7063, k.t.05.11.2015, www.anayasa.gov.tr, (Erişim Tarihi: 24.03.2019)

³⁰ Case “Relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium” v. Belgium (Merits), Başvuru No: 2126/64, k.t. 23.07.1968, https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-57525%22%5D%7D, (Erişim Tarihi: 30.03.2019)

³¹ Altınay v. Türkiye Davası, Başvuru No: 37222/04, k.t.09.07.2013, kararın çevirisi için bkz. http://inhak.adalet.gov.tr/ara/karar/altinay.pdf, (Erişim Tarihi: 30.03.2019)

³² Council of Europe The Administration and You Handbook (Handbook), Strasbourg 2018, s.13

³³ ALKAN, Ayten: Yerel Yönetimler, Kamu Kurumları, Sivil Toplum Örgütleri için Kadın Dostu Kentler Eğitici Kiti (Yerel Yönetimler), Mayıs 2015, s.7

³⁴ MACKINNON, s.248

yapması bir tercihtir. Ancak doğum yapabildiği ve doğum izinlerinden faydalanması gerektiği için kadının iş bulamaması veya doğurganlık özelliği zedelenmesin diye “tehlikeli” işlerde çalıştırılmaması kadını koruyan değil tam aksine farklılığı derinleştiren uygulamalardır. Doğum yapmayı tercih etmeyen bir kadının bu anlamda erkek ile arasındaki fark ortadan kalkar. Dolayısıyla, cinsiyet bazen de yalnızca bir illüzyondur.

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi, 27.03.2019 tarihinde çıkardığı “Cinsiyetçilikle Mücadele ve Cinsiyetçiliği Önleme” başlıklı tavsiye kararında toplumsal cinsiyet eşitliğinin, insan haklarının korunması, demokrasinin ve iyi yönetim ilkelerinin uygulanması, hukuk kurallarına saygı ve sosyal refah konularında temel bir kavram olduğunu hatırlatmaktadır. Tavsiye kararına göre, toplumsal cinsiyet eşitliği, kadınlar ve erkekler ile kız ve erkek çocuklarının eşit haklara sahip olmasını, kamusal yaşamın tüm alanlarında aynı görünürlük, güç, sorumluluk ve katılım göstermesini ve kaynakların kadınlar ve erkekler arasında eşit erişim ve dağıtımını gerektirmektedir³⁵.

Şekli eşitlik kavramı, bütün insanlar her yönden eşit ve aynı olmadıkları için, kişilerin hizmete sağlıklı erişiminin sağlanması açısından yeterli değildir. Bu çerçevede karşımıza çıkan maddi eşitlik kavramı; bir taraftan farklı koşullar altındaki bireylere içinde buldukları koşullardan dolayı farklı muamelede bulunulmasının meşru olduğunu kabul ederken diğer taraftan da dezavantajlı konumdaki kişilere yönelik alınması gereken özel önlemleri hatırlatarak pozitif ayrımcılık kurum ve uygulamalarının teorik çekirdeğini ve ilk çıkış noktasını oluşturmaktadır. Pozitif ayrımcılık, kişi ya da grupların farklılıklarının dikkate alınması ve onları toplumsal ve ekonomik açıdan dezavantajlı konumlarından kurtaracak bir takım özel önlemler alınmasını ifade eder³⁶. Alınan tedbirler ile, kişilerin, cinsiyet, dil, din, ırk, mezhep gibi sebeplerle ayrımcılığa maruz kalmaları önlenir. Pozitif ayrımcılık bu tedbirlerin hukuki gerekçesini oluşturur ve meşruiyet kazandırır. Pozitif ayrımcılık ile, şekli eşitliğin, maddi eşitliği gerçekleştirme konusunda yeterli olmadığı durumlarda, maddi eşitliği sağlamak üzere bir hukuki eşitsizlik yaratılır. Örneğin, kadınların milletvekili seçilmeleri bakımından bir eşitsizlik varsa bu eşitsizliği gidermek için kadın kotası konulması bir pozitif ayrımcılık örneğidir³⁷.

Pozitif ayrımcılık sağlanmasına yönelik uygulamalar ile sosyal devlet kuramı benzerlikler gösterir. Sosyal devletin amaçlarından biri, herkese insan onuruna yakışır asgari bir hayat düzeyi sağlamaya yönelik tedbirler almaktır. Sosyal devlet, çalışanların emeklerinin karşılığını adaletli bir şekilde almalarını sağlayacağı gibi, yaşlılık, sakatlık, işsizlik gibi nedenler ile çalışamayacak durumda olanları koruyacak tedbirleri de almalıdır³⁸. Örneğin, Anayasa'nın 61. maddesinde, sakatların, yaşlıların, devlet korumasına muhtaç çocukların toplumsal hayata katılımı için devlet tarafından her türlü önlemin alınacağı belirtilmiştir. Bunun yanında, Anayasa'nın 42.maddesine göre, ilköğretim kız ve erkek vatandaşlar için zorunludur, devlet okullarında parasızdır. Ayrıca aynı maddede yoksul vatandaşlara eğitim hizmetinden yararlanmaları için devlet tarafından maddi olanak sağlanacağı da belirtilmiştir. Bütün bunlar, sosyal devletin gereği olarak dezavantajlı grupların hayat kalitesini arttırmak için alınacak tedbirlere örnektir. Bütün bu tedbirler, kadınların ve erkeklerin kamu hizmetinden eşit şekilde yararlanmalarında önemli bir rol oynamaktadır. Ancak bu tür pozitif eylemler ile pozitif ayrımcılık birbirine karıştırılmamalıdır. Pozitif eylem kavramından, toplumdaki korunmaya muhtaç kişi ve gruplara yönelik tedbirler anlaşılırken, pozitif ayrımcılık kavramından ise, geçmişte ayrımcılığa maruz kalmış kişi ve grupların daha sonra dezavantajlı konuma geçmeleri ve bu gruplara yönelik önlemler, imtiyazlı muameleler anlaşılır³⁹. Anlamsal farklılıklara rağmen iki kavramın da sonuç olarak, ayrımcılığa maruz kalmış ve toplumda sistematik bir şekilde dezavantajlı konumda yer alan kişilerin mevcut durumlarını düzeltmek ve diğer kesimlerle eşit bir konuma getirmek için adımlar atılması anlamına geldiğini söylemek mümkündür⁴⁰.

³⁵ Recommendation CM/Rec(2019)1 of the Committee of Ministers to Member States on Preventing and Combating Sexism: <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=090000168093b26a>, (Erişim Tarihi: 30.03.2019), s.1

³⁶ AKBAŞ/ŞEN, s.169

³⁷ SEVER, (Eşitlik), s.40

³⁸ ÖZBUDUN, s.148

³⁹ AKBAŞ/ŞEN, s.170

⁴⁰ ÜSTÜN TÜRKÖĞLU, Kamile: “Kamu Hizmetine Girişte ve Yükselmede Kadınlara Pozitif Ayrımcılık Yapılması”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Kadın ve Hukuk özel sayısı, s.106

IV. POZİTİF DÜZENLEMELERDE KAMU HİZMETİNDEN YARARLANMADA KADIN-ERKEK EŞİTLİĞİ

Kamu hizmetlerinde eşitlik ilkesi, normatif dayanağını Anayasa'dan almaktadır. 1982 Anayasası'nın başlangıç hükümlerinin 6. paragrafında, bütün haklardan vatandaşların eşitlik ilkesi gereğince yararlanacağı belirtilmiştir⁴¹. Haklardan yararlanmada eşitliğe ilişkin bu düzenlemenin kamu hizmetlerine de uygulanacağı açıktır. Zira idare hukuku anayasa hukukunun somutlaşmış hali ise kamu hizmeti de Anayasa'da tanımlanmış olan hakların somutlaşmış halidir.

Eşitlik ilkesi ile ilgili bir diğer hüküm Anayasa'nın 10. maddesinde düzenlenen "kanun önünde eşitlik" ilkesidir⁴². Aslında, kamu hizmetinde eşitlik ilkesi kanun önünde eşitlik ilkesi ile doğrudan ilgilidir⁴³. Kamu hizmetlerinin eşit bir şekilde sunulması, İnsan Hakları Evrensel Bildirisi'nin 6. maddesinde yer alan kanun önünde ilkesinin doğal bir sonucudur⁴⁴. Kanun önünde eşitlik ilkesi⁴⁵ 1921 Anayasası dışında bütün Anayasalarda yer almıştır. Ancak kadın-erkek eşitliğine 1982 Anayasası'nın 10. maddesine 2004 yılında yapılan değişiklik ile yer verilmiştir. 1924 Anayasası'nın 10. ve 11.maddelerinde 1934 yılında yapılan değişikliğe kadar seçme seçilme hakları konusunda cinsiyetçi bir ayırım gözetilmiş ve kadınlar bu haklardan yoksun tutulmuştur. Onun dışında eşitlik ilkesi ile ilgili din, mezhep, cinsiyet ve felsefi inançlarından dolayı kimseye ayrıcalık tanınmayacağı konusunda kurallara yer vermiştir⁴⁶. Anayasa'da kamu hizmetlerinde eşitlik ilkesinin bazı hizmetler açısından özel olarak düzenlendiği durumlar da bulunmaktadır⁴⁷.

Kamu hizmetlerinde eşitlik ilkesi halihazırda toplumda var olan eşitsizlikleri gidermek için kabul edilen temel bir ilkedir. Bunu gerçekleştirmek için işlem yapan idare, kimi zaman hukuki eşitliğe aykırı hareket eder. Bir toplumda şekli eşitliğin nihai olarak sağlanması mümkün olmadığından, kimi uygulamaların eşitliğe aykırı kabul edilmesi kaçınılmaz bir sonuçtur. Bu sebeple, 2004 yılında yapılan Anayasa değişikliği ile, Anayasa'nın 10. maddesinin 2. fıkrasına, kadınların kamu hizmetinden yararlanmaları için "pozitif ayrımcılık" içeren cinsiyet ile ilgili istisna hükümleri getirilmiştir. Bu hükme, 2010 yılındaki Anayasa değişikliği ile eklenen "bu maksatla alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı olarak yorumlanamaz" ifadesi ile pozitif ayrımcılık hükümleri güçlendirilmiştir. Böylece, Devlet tarafından kadın ve erkek eşitliğini sağlayan tedbirlerin alınmasının eşitlik ilkesine aykırılık teşkil etmeyeceği fıkra açıkça düzenlenmiştir. Eşitlik bazen, aynılık-farklılık meselesi değil, egemen-bastırılmışlık meselesidir⁴⁸. Bu sebeple kamu hizmetini sunma konusunda takdir yetkisine sahip olan idarenin erkek egemen karar organlarının "cinsiyet eşitliği" ni sağlamak üzere aldığı tedbirler zaman zaman gücün kimde olduğunu hatırlatmaktan öteye geçmemektedir.

⁴¹ 1982 Anayasası'nın 6. paragrafında " Her Türk vatandaşının bu Anasadaki temel hak ve hürriyetlerden eşitlik ve sosyal adalet gereklerince yararlanarak milli kültür, medeniyet ve hukuk düzeni içinde onurlu bir hayat sürdürme ve maddi ve manevi varlığını bu yönde geliştirme hak ve yetkisine doğuştan sahip olduğu" açıkça belirtilmiştir.

⁴² Anayasa'nın "kanun önünde eşitlik" başlıklı 10. maddesi şu şekildedir;

"Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir. (Ek fıkra: 7/5/2004-5170/1 md.)

Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür. (Ek cümle: 7/5/2010-5982/1 md.) Bu maksatla alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı olarak yorumlanamaz. (Ek fıkra: 7/5/2010-5982/1 md.)

Çocuklar, yaşlılar, özürlüler, harp ve vazife şehitlerinin dul ve yetimleri ile malul ve gaziler için alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı sayılmaz.

Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınmaz.

Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde (...) kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar".

⁴³ Gözler'e göre, kamu hizmetleri karşısında eşitlik ilkesi, kanun önünde eşitlik ilkesinin bir uzantısıdır. GÖZLER, s.309. Karahanoğulları ise, kanun önünde eşitlik ilkesi ile kamu hizmeti arasındaki bağlantıyı şöyle kurmaktadır "Kamu hizmetlerinde eşitlik ilkesi, kanun önünde eşitlik kuralının yansıması değil, doğrudan ifadesidir". KARAHANOGULLARI, s.243.

⁴⁴ CARBAJO, s.41

⁴⁵ Çalışmamızda bu ilke, "hukuki eşitlik" kavramı ile de ifade edilmiştir.

⁴⁶ KESKİN, Züleyha: Kamu Hizmetinde Eşitlik İlkesi, XII Levha Yayınları, İstanbul 2015, s.179

⁴⁷ Kamu hizmetlerinden yararlanmada eşitlik ilkesi ile ilgili diğer Anayasal düzenlemeler şunlardır; m.29/son "Sürelî yayınlar, Devletin ve diğer kamu tüzelkişilerinin veya bunlara bağlı kurumların araç ve imkanlarından eşitlik esasına göre yararlanı", m.136/son "Genel idare içinde yer alan Diyanet İşleri Başkanlığı, laiklik ilkesi doğrultusunda, bütün siyasi görüş ve düşüncülerin dışında kalarak ve milletçe dayanışma ve bütünleşmeyi amaç edinerek, özel kanununda gösterilen görevleri yerine getirir".

⁴⁸ MACKINNON, s.277

Anayasa'nın 10. maddesinin 4. fıkrasına 2008 tarihinde, 5735 sayılı Kanun⁴⁹un 1. maddesi ile “bütün işlemlerinde” ibaresinden sonra gelmek üzere “ve her türlü kamu hizmetlerinden yararlanılmasında” ibaresi eklenmiştir. Kanunun genel gerekçesinde “Yükseköğretim kurumlarında kılık ve kıyafetlerinden dolayı bazı öğrencilerin eğitim ve öğrenim hakkının engellenmesi kronik bir sorun haline gelmiştir. Kurucusu ve üyesi bulunduğumuz Avrupa Konseyine üye ülkelerin hiç birinde üniversite düzeyinde böyle bir sorun mevcut bulunmamaktadır. Buna rağmen ülkemizde uzun bir süredir üniversitelerde bazı kız öğrencilerin başlarını örtmede kullandıkları kıyafetler nedeniyle eğitim ve öğrenim hakkını kullanamadıkları bilinmektedir”. ibareleri kullanılarak, eklenen ifadenin asıl amacının “kız çocuklarının” “başlarını örterek” yükseköğretim kamu hizmetinden yararlanmasını sağlamak olduğu kanun koyucu tarafından açıkça ifade edilmiştir. Kanun koyucu, yükseköğretim kamu hizmetlerinden yararlanmada dinsel görünümün ayrımcılık teşkil etmemesi amacıyla yaptığı anayasa değişikliğini, sadece kız çocukları üzerinden gerekçelendirmiştir. Oysa ki dinsel görünüm veya görünüm ile düşüncenin ve/veya inancın ifade edilmesi sadece kadınlar ile sınırlı değildir, cinsiyetten bağımsız olarak herkes tarafından icra edilebilir bir tutumdur. Kaldı ki anayasa değişikliğinin yapıldığı dönemdeki üniversitelerin kılık kıyafet yönetmeliklerine bakıldığında erkek öğrenciler için de, örneğin sakal gibi, dinsel görünüm ile ilgili yasaklar düzenlenmiştir. Ancak “sakal” şimdiye kadar ciddi bir dava konusu olmamıştır⁵⁰. Hal böyle olunca, dini ifade özgürlüğünü kullandığı için eğitim hakkı engellenen kadınlar, erkeklere göre bu konuda dezavantajlı duruma düşmüştür⁵¹. Bu hüküm daha sonra Anayasa Mahkemesi'nin önüne gelmiş, Mahkeme hükmü eşitlik ilkesi bağlamında değerlendirmeden laiklik ilkesine aykırı görerek iptal etmiştir⁵². “Başörtüsünün” kadın-erkek eşitliği ile ilgili olması AİHM'nin önüne gelen bir davada da iddia edilmiştir. Dahlab/İsviçre başvurusunda, başvuru, devlet okulunda çalışan bir sınıf öğretmeni. Din değiştirerek Müslüman olduktan sonra başörtüsü takmaya başlamıştır. Ancak daha sonra okulunda laiklik gerekçesiyle başörtüsü takılması yasaklanmıştır. Başvuru, din ve inanç özgürlüğünün ihlali yanında başörtüsü ile kamu görevine devam edememesinin kadın-erkek eşitliği ile bağdaşmayacağını aynı tavrın sakal ile okula gelen öğretmenlere uygulanmadığını iddia etmiştir. Ancak mahkeme iddiaları yerinde görmemiş, öğretmenin çocuklar üzerinde “hakim” konumu olduğu gerekçesiyle başvuruyu reddetmiştir⁵³.

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin 2007(7) sayılı tavsiye kararının 3. maddesine göre “kamu makamları, eşitlik ilkesine uygun hareket ederler. Özel kişiler arasında cinsiyet, etnik köken, dini inanç veya diğer kanaatlere göre ayırım yapamazlar. Uygulamadaki herhangi bir farklılık objektif olarak gerekçelendirilmelidir”⁵⁴. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi de benzer şekilde, “ayrımcılık yasağı” başlıklı 14. maddesindeki “Bu Sözleşme 'de tanınan hak ve özgürlüklerden yararlanma, cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasi veya diğer kanaatler, ulusal veya toplumsal köken, ulusal bir azınlığa aidiyet, servet, doğum başta olmak üzere herhangi başka bir duruma dayalı hiçbir ayrımcılık gözetilmeksizin sağlanmalıdır”⁵⁵ düzenlemesi ile farklı olgusal koşulların objektif bir değerlendirmeye dayanması ve çıkarları koruması arasında adil bir denge sağlanması koşuluyla farklı muameleyi yasaklamaz⁵⁶. Kadınlara karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Uluslararası Sözleşmesi 2.maddesinde kadınlara karşı her türlü ayrımcılığı yasaklayıp, 4. maddesinde “kadın ve erkek eşitliğinin fiilen sağlamak için Taraf Devletlerce alınan önlemler” in ayrımcılık teşkil etmeyeceğini belirtmiştir⁵⁷. Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı'nın 23. maddesinde “Erkekler ve kadınlar arasında eşitlik, istihdam, çalışma ve ücret dahil olmak üzere

⁴⁹ R.G. 23.02.2008/26796

⁵⁰ KARAHANOĞULLARI, s.255

⁵¹ KESKİN, s.174

⁵² AYM, 2008/16 E, 2008/116K, k.t.05.06.2008, RG.22.10.2008/27032,

<http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2008/10/20081022-15>, (Erişim Tarihi :03.04.2019)

⁵³ Dahlab v. Switzerland, 15.02.2001

⁵⁴ Recommendation CM/Rec(2007)7 of the Committee of Ministers to Member States on Good Administration, <https://rm.coe.int>, (Erişim Tarihi : 26.03.2019) Benzer bir düzenleme, Avrupa Parlamentosu tarafından 2001 tarihinde kabul edilen Avrupa İyi Yönetim Yasası'nın 5. maddesinde de yer almaktadır. Avrupa İyi Yönetim Yasası'nın çevirisi için bkz. AKYILMAZ, Bahtiyar: “İyi Yönetim ve Avrupa İyi Yönetim Yasası”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, VII(1-2), (Haziran-Aralık 2003), s.155 vd

⁵⁵ Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin tam metni için bkz. www.echr.coe.int, (Erişim Tarihi: 26.03.2019).

⁵⁶ HANDBOOK, s.12

⁵⁷ Sözleşmenin tam metni için bkz.

https://www.tbmm.gov.tr/komisyon/kefe/belge/uluslararası_belgeler/ayrimcilik/CEDAW/CEDAW_Sozlesmesi_ve_Ihtiyari_Protokolu.pdf, (Erişim Tarihi: 16.05.2019)

bütün alanlarda sağlanmalıdır. Eşitlik ilkesi, yeterli şekilde temsil edilmeyen cinsin lehine belirli avantajlar sağlanmasını öngören önlemlerin sürdürülmesini veya benimsenmesini engellemez” ifadesi yer almıştır⁵⁸.

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin, “Cinsiyetçilikle Mücadele ve Cinsiyetçiliği Önleme” başlıklı tavsiye kararında, kamu sektöründeki cinsiyet klişelerine dayanan politikalar ve kaynaklara eşit olmayan erişim nedenleri ile kadınların kamu hizmetlerinden yeterli düzeyde yararlanamadığı belirtildikten sonra; kamusal alanda cinsiyetçiliğin önlenmesi için üye devletlere şu tavsiyelerde bulunulmuştur; ⁵⁹

“Seçilmiş organlar da dahil olmak üzere kamu sektöründe çalışanlar için cinsiyetçi davranışa ve dile karşı uygun yaptırımları içeren hükümlerin mevzuata dahil edilmesi,

Kamusal alanda cinsiyetçilikle ilgili milletvekilleri, sivil toplum kuruluşları, sendikalar ve aktivistler tarafından yürütülen inisiyatif ve araştırmaların desteklenmesi,

Cinsiyet eşitliği hükümlerinin mevzuata uygulanabilir nitelikte dahil edilmesi,

Kamu sektörü çalışanlarına hem hizmetten yararlananlar hem de meslektaşları ile cinsiyetçi olmayan ve cinsiyet klişelerinden arındırılmış dille konuşmaları için eğitim verilmesi,

Kamu hizmetinden yararlananların, cinsiyetçi olmayan dille ilgili hakları konusunda bilgilendirilmesi (örneğin, farkındalık yaratma kampanyaları, olası sorunları belirlemek ve yönlendirmek için programlar hazırlanması...gibi)

Kamu sektöründe ve tüm karar alma organlarında ve siyasi organlarda, iç disiplin önlemlerinin güçlendirilmesi ve uygulanmasının teşvik edilmesi (örneğin sorumluluk ve fonların kesilmesi veya askıya alınması veya para cezaları...vs)”.

Türkiye’de Başbakanlık, 2006/17 sayılı “Çocuk ve Kadınlara Yönelik Şiddet Hareketleriyle Töre ve Namus Cinayetlerinin Önlenmesi İçin Alınacak Tedbirler”⁶⁰ başlıklı genelge ile, sorunları tespit ederek, önlemleri alacak kurumları sıralamıştır. Bu hususta kurumlara önemli görev ve sorumluluklar verilmiştir. Örneğin, kız çocuklarının okullaşma oranının artırılması ve eğitimlerinin sürekliliğinin sağlanması için valilikler, yerel yönetimler ve sivil toplum kuruluşları görevlendirilmiştir. Bu bağlamda kırsal kesimdeki kız çocuklarının eğitim görmesi için yatılı kız bölge okullarının artırılması genelge ile düzenlenmiştir. Ayrıca yerel yönetimlere, kent planlamasında, sokak ve parkların iyi aydınlatılması ve kadınların acil telefon hatlarına kolay ulaşabilmesini sağlamak amacıyla telefon kulübelerinin sayılarının artırılması gibi kadına yönelik şiddetin önlenmesi konusunda gerekli hizmetlerin sunulması konularında görevler verilmiştir. Ayrıca, genelgede açıkça, kadın erkek eşitliğine aykırı politikalar, yasal düzenlemeler ve uygulamaların kaldırılmasının, toplumda kadın ve erkek eşitliği sağlanıncaya kadar, kadınlara pozitif ayrımcılık yapılmasının bir devlet politikası olarak kabul edileceği ifade edilmiştir⁶¹.

V. KAMU HİZMETERİNDEN YARARLANMADA KADIN-ERKEK EŞİTLİĞİ KONUSUNDA FİİLİ DURUM

Yukarıda izah edilmeye çalışıldığı üzere, kanun karşısında cinsiyet eşitliğinin sağlanması ve kadının temel hak ve özgürlüklerden yararlanması hususu pozitif düzenlemelerde yer almaktadır. Ancak fiili duruma baktığımızda cinsler arası eşitliğin sağlandığını söylemek oldukça zordur. Eğer cinsler eşit olsaydı, kadınlar ekonomik olarak bağımlı olmaz, şimdi olduklarından daha fazla otoritede söz hakkı, mahremiyet, saygı ve kaynağa sahip olurlardı⁶². Örneğin, Türkiye’de erkeklerde okumaz yazmaz oranı %1 iken bu oran kadınlarda %7, bilgisayar kullanım oranı erkeklerde %60 iken kadınlarda %40’tır⁶³. Anayasa’nın 42. maddesine göre ilköğretim kız

⁵⁸ Şartın tam metni için bkz. <https://www.avrupa.info.tr/tr/avrupa-birligi-temel-haklar-bildirgesi-708>, (Erişim Tarihi: 16.05.2019)

⁵⁹ Recommendation CM/Rec(2019), s.11-12

⁶⁰ R.G. 04.07.2006/26218

⁶¹ Başbakanlık 2010 tarihinde çıkardığı 2010/14 sayılı Kadın İstihdamının Artırılması ve Fırsat Eşitliğinin Sağlanması konulu genelge ile “kadın-erkek fırsat eşitliğinin sağlanması”, “kadının insan hakları” konularına dikkat çekmiştir. Bu genelgede bizim konumuz açısından bahsedilmesi gereken, “...kamu ve özel iş yerlerinde kreş ve gündüz bakımevi yükümlülüğünün yerine getirilmesi sağlanacak ve denetlenecek” hükmüdür. Zira, toplumsal cinsiyet rolleri gereği bir ailede bakıma muhtaç bir kişi varsa (çocuk veya yaşlı gibi) toplum, genelde kadınların o sorumluluğu almasını bekler ve hatta kadına bunu dayatır. Devletin, kadının sırtından bu rolü alması ve bakıma muhtaç kişilere bakması, kadının iş yaşamına ve sosyal hayata katılması açısından son derece önemlidir. Genelgenin tamamı için bkz. R.G.25.05.2010/27591.

⁶² MACKINNON, s.247

⁶³ ALKAN, s.8

ve erkek öğrenciler için zorunlu olmasına rağmen, kız çocuklarının ilköğretimde okulu terk etme oranlarının erkek çocuklara oranla daha fazla olduğu bilinmektedir⁶⁴. Dünya Ekonomik Forumu'nun 2020 yılı Cinsler Arası Uçurum Raporu'na göre, Türkiye, küresel cinsiyet eşitliğinde 0,635 ile 153 ülke arasında 130. sıradadır. Ayrıca, kadınların ekonomiye katılımında 136, eğitime katılımında 113, kadınların sağlıklı ve sağ kalımında 64, siyasi güçlenme kategorisinde 109. sıradadır⁶⁵.

Demokratik, özgür bir hukuk devletinde kamu hizmetlerinin eşit sunulması gerekmektedir. Hizmetten yararlananların, hizmetin zorunlu iç düzeninin sağlanarak sürdürülebilmesi için gerekli olanlar dışındaki sınırlamalara ve özellikle dil, ırk, renk, siyasi düşünce, cinsiyet, felsefi inanç, din ve mezhep gibi sınırlara tabi olması eşitlik ilkesinin ihlali olacaktır⁶⁶. Bu bağlamda, kamu hizmetine cinslerin eşit ve yeterli şekilde erişiminin sağlanması bir özgürlük ve demokrasi meselesidir⁶⁷. Ancak elimizdeki veriler göstermektedir ki; kamu hizmetinde eşitlik ilkesi cinsler arasındaki farklılıklar gözetilmeden hayata geçirildiğinde, kadınların kamu hizmetine erişimlerinde yetersizlikler olmaktadır. İdarenin kamu hizmetini sunarken, erişilebilir sağlık hizmeti, çocuk bakım hizmeti, çocuklar için etüt hizmeti sağlanması gibi konularda yetersiz kalması kadınların iş gücüne ve topluma katılımını doğrudan etkilemektedir. Çünkü toplumda bir hizmet boşluğu olduğunda bu boşluğun kadın tarafından doldurulması beklenmektedir⁶⁸. Örneğin, çocukların bakımı ve eğitimi ve yaşlıların bakımı kadınlar tarafından yerine getirilir. Bu durum kadınların sosyal hayata karışmalarını engellemektedir. Oysa gerçek hizmet sunumu mevcut eşitsizliklerin farkında olmayı gerektirir. Tüm kadın ve erkeklerin homojen ihtiyaç ve isteklere sahip olduğunu düşünerek sağlanan kamusal hizmet sunumu mevcut toplumsal eşitsizlikleri daha da derinleştirecektir⁶⁹. Toplumsal cinsiyete duyarlı hizmet sunumu, farklılıkları ve ihtiyaçları tespit ettikten sonra başlar. Kadın Dostu Kentler Rehberi'nde bu tespitler yapıldıktan sonra yapılması gerekenler 3 ana eksenle özetlenmiştir; a)kadınlara özel kentler tasarlanması b)tüm hizmetlerin toplumsal cinsiyet eşitliği açısından değerlendirilmesi c)kadınların karar alma mekanizmalarında eşit temsili⁷⁰.

Mevzuatta, kamu hizmetinin sunumuna dair bütün ilkeler detaylı olarak belirlenemeyeceğinden, idareye takdir yetkisi tanınmıştır. İdare, kamu hizmetini sunarken, Anayasa'ya kanunlara, hukukun genel ilkelerine ve hizmetin gereklerine uygun hareket etmek kaydıyla takdir yetkisine sahiptir⁷¹. Kamu hizmetlerini kurmada ve yürütmeye takdir yetkisine sahip olduğunu kabul ettiğimiz kamu idarelerinin de yetkilerini bu eşitliğin yaşama geçirilmesini sağlamaya yönelik olarak kullanması gerekmektedir⁷². Kamu hizmeti sunulurken toplumsal cinsiyet eşitliğinin sağlanması bir istisna değil, hak olarak yorumlanmalı ve ana politikalara yerleştirilmelidir. Bu hizmetlerin, cinsler arasındaki eşitsizliği vurgulayan ve arttıran şekilde değil, kadınlar aleyhine olan eşitsizliği gidermeye ve kadınları güçlendirmeye yönelik olması gerekmektedir. Örneğin, kadınların günün her saatinde dışarıda olabilmesi için kamusal mekan düzenlemelerinin yapılması gerekmektedir. Yeterli aydınlatma, güvenlik kameralarının yaygınlaştırılması, kapalı geçitlerin azaltılması, hava karardıktan sonra otobüslerin iki durak arasındaki mesafelerde de durması gibi adımlar ile kadınların güvenliği için mekan düzenlemeleri sağlanmalıdır.

Türkiye'de Kadının Statüsü Genel Müdürlüğü tarafından gerçekleştirilen Ulusal Eylem Planları, cinsiyet eşitsizliği ile ilgili sorunlara dikkat çekip çözüm önerileri ve hedefler getirmektedir. Eğitim alanında, kız çocuklarının okullaşma oranlarının artırılması için burs ve kredi imkanlarının genişletilmesi, rol model olan kadın eğitimci sayısının artırılması, kız çocuklarının okulu terk etmelerinin önlenmesi için veri tabanlarının güçlendirilmesi, kadın okur yazarlığının artırılması hedeflenmiş ve Milli Eğitim Bakanlığına bu konuda görevler

⁶⁴ Kadının Statüsü Genel Müdürlüğü(KSGM), 2008-2013 Toplumsal Cinsiyet Eylem Planı, KSGM Yayınları, Ankara, 2008, s.28

⁶⁵ World Economic Forum Gender Gap Report (2020), s.10

⁶⁶ KARAHANOĞULLARI, s.243

⁶⁷ ALKAN, s.8

⁶⁸ ALKAN, s.8

⁶⁹ Kadın Dostu Kent Uygulama Rehberi 2018, <http://ka-der.org.tr/wp-content/uploads/2018/11/kdk-uygulama-rehberi.pdf>, e.t.01.03.2019

⁷⁰ Kadın Dostu Kent Uygulama Rehberi 2018, s.30

⁷¹ D.8.D. 2010/2 E, 2010/yok, k.t. 27.01.2010, www.lexpera.com

⁷² KESKİN, s.185

verilmiştir⁷³. Sağlık alanında kadınların sağlık hizmetlerinden yararlanmaları için Aile Danışma Merkezleri, Toplum Sağlığı Merkezleri gibi merkezlerin artırılarak buralarda çalışacak personele cinsiyete duyarlı hizmet konusunda eğitim verilmesi de hedefler arasındadır⁷⁴. Kadınların ekonomik kalkınmaları, yoksullukla mücadele, iş gücüne katılım gibi pek çok konuda planda hedefler belirlenmiştir. Yerel yönetimlere, olumsuz çevre koşullarının azaltılması, güvenli ulaşım ve yeterli aydınlatmaların yapılması konusunda görevler verilmiştir⁷⁵. Kamu hizmeti sunulurken, cinsiyetin etken bir faktör olmaması ve hatta cinsiyetin yok sayılması durumları ile karşılaşılıyor. Buna “cinsiyet körlüğü” adı verilmektedir⁷⁶. Cinsiyet körü uygulamalar, kadınların kamu hizmetine yeterli erişimini güçleştirmektedir.

Cinsiyet eşitliği odaklı kamu hizmeti politikaları denilince, kadınların kendilerine özel ayrılmış alanlarda bu hizmetlerden yararlanması üzerine kurulan uygulamalar ile karşılaşmaktayız. Kadın ve erkeğin bir arada olmasının zorlaştığı durumlarda ilk akla gelen kadını bu “alan”dan dışlamak olmuştur. Bunun örnekleri ile sık karşılaşmaktayız. Kalkınma Bakanlığı’nın Bilgi Toplumu Stratejisi ve Eylem Planı raporuna göre, erkeklerin internete erişme oranı %58,2 iken kadınlarda %38,8’dir. Cihaz veya internet bağlantısına sahip olmayan bireyler için hala önemli bir işlevi olan internet kafeleri kullanma oranı, erkeklerde yüzde 20,6 iken, kadınlarda yüzde 4,9’dur. Plan’da kadınların internete erişim oranının 2018 yılı itibariyle %65’e çıkarılması hedeflenmektedir. Söz konusu planda, Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı, İç İşleri Bakanlığı, Milli Eğitim Bakanlığı, TİB ve Belediyelere internet kafelere kadınların erişimini arttırmak için bir takım görevler verilmektedir. Bunlardan biri de “*İnternet kafelerin kullanımını teşvik etmek için kadınlara özel, 16 yaş altı çocuklara yönelik, sadece internet gibi farklı işletme modelleri değerlendirilmesi*”dir⁷⁷. Bu uygulamalar toplu taşıma hizmetlerinde de karşımıza çıkmaktadır. Örneğin, Malatya’da, şehir merkezi-üniversite hattında sadece kadınların seyahat edebildiği “pembe trambüs” 2017 yılından itibaren, günde 8 sefer olarak hizmet vermektedir. Kadınların güvenli ulaşımının sağlanması için dünyada en sık karşılaşılan çözüm yolu olan kadınlara ayrı ulaşım aracı tahsisine başka ülkelerde de karşılaşmaktayız.

Yalnızca kadınların kullanımı için ayrılmış vagon uygulaması, ilk kez Japonya’da cinsel tacizi durdurmanın bir yolu olarak yeni yıl kutlamalarından önce 2000 yılında tanıtıldı. Sekiz özel tren operasyonunda ve Tokyo’nun iki yeraltı şirketi, japonca ve ingilizce olarak basılmış pembe “Yalnızca Kadınlar” etiketleriyle tanımlanan vagonları başlattı. Japonya’nın en büyük şehirleri Tokyo ve Osaka’da bu uygulama kültürlerinin parçası haline geldi. Bu şehirlerde genç erkek çocuklarının da bu vagonlarda seyahat etmesine izin verildi. Brezilya’da Rio de Jenerio’da 2006 yılında metro ve banliyö istasyonlarında bazı vagonlar sadece kadınlara ayrıldı. Ancak ilk gün ulusal gazeteler erkeklerin bu vagonlara da binmek istediklerini yazdı hatta 2013 yılında aynı hususun devam ettiği yine ulusal gazetelerde yer buldu. Taşıma kurallarına erkeklerin riayet etmemesi sonucunda bu vagonlara güvenlik görevlileri atandı. Hatta 2009 yılında bir kadın, vagondan çıkmasını istediği erkeğin bıçaklı saldırısına uğradı. Meksika’da Mexico City, kadınlar ve çocuklar için olan metro vagonlarını 2000 yılında tanıttı. Tüm trenlerde şimdi ilk birkaç vagonunu kadınlar için ayırırken diğer vagonlar karma. Bu hamle daha sonra "pembe taksiler" e de yansıdı. Bir kadın şoför, alarm düğmesi ve makyaj seti ile tamamlanmış kadınlar için taksiler yaratıldı. Mısır’da Kahire’de 2007 yılında metro istasyonlarında taciz vakalarının artması sonucu, metro sistemlerinde kadınlara özel vagon uygulaması başladı. Ancak, bu özel vagonlarda oturacak yer kalmaması ve erkeklerin kurallara riayet etmemesi gibi şikayetler Kahire metrosunda da karşımıza çıktı. Tayland’da 2013 yılında, gece trende seyahat eden 13 yaşındaki kız çocuğuna tecavüz edilmesi ve öldürülmesi sonucunda Tayland Devlet Demir Yolları kadınlar için özel vagonlara geçildiğini duyurdu. Bu vagonlarda klasik açık mavi perdeler yerine koyu “pembe” perdeler kullanıldı. Yataklı vagonlar da bu şekilde ayrıldı. İran’da Tahran metro, kadınlar için son birkaç vagon ayrılmasını yıllar önce yaptı. Bu husus, kültürün kabul edilen bir parçası haline geldi ve diğer ulaşım biçimlerine de yayıldı. İran, 2006’da, Tahran’da, kadınların otobüs kullanabilecekleri cinsiyete göre ayrılmış bir otobüs servisi başlatıldı. Endonezya da Jakarta’da, 2012 yılında sadece kadınlara özel tren vagonları piyasaya sürdü. Ancak, bu durum sadece yedi ay sürdü. Sorun, yoğun zamanlarda karma trenler doluyken, sadece kadınlara ait vagonların büyük

⁷³ KSGM 2008,s.30vd

⁷⁴ KSGM 2008,s.60vd

⁷⁵ KSGM 2008,s.67

⁷⁶ Kadın Dostu Kentler Uygulama Rehberi, s.30

⁷⁷ 2015-2018 Bilgi Toplumu Stratejisi Eylem Planı, Bilgi Toplumu Dairesi Başkanlığı, s.117

oranda boş olmasıydı. Erkeklerin yoğun protestoları sonucunda, şirket tekrar karma ulaşım alanlarına döndü⁷⁸.

Aralık 2012’de Delhi’de erkek arkadaşı ile birlikte seyahat eden bir kadına bir otobüste tecavüz edildi ve kadın ağır yaralandı daha sonra da öldü. Bu durum Hindistan’da protestolara sebep oldu. Toplumsal cinsiyet ve toplu taşıma arasındaki rahatsız edici ilişki ortaya çıktı. Özellikle feminist sivil toplum kuruluşları ve LGBT dernekleri için konuyu gündeme getirmek açısından bu bir fırsat oldu. Zira o güne kadar toplu taşıma araçlarında saldırıya uğruyorlar ancak seslerini kimseye duyuramıyorlardı. Daha güvenli bir toplu taşıma için protestolar düzenlediler⁷⁹.

New York’ta, metro tacizindeki cinsel tacizin yüzde 96’sının ve cinsel saldırıların yüzde 86’sının rapor edilmediği tahmin ediliyor. Azerbaycan’ın Bakü kentinde yapılan bir STK araştırmasına göre metroda cinsel tacizde bulunduğunu bildiren 200 kadından 162’sinin hiçbiri tacizi yetkili makamlara bildirmemi. Mısır’da ankete katılan 1010 kadından, vatandaşların yüzde 83’ü ve ülkede yaşayan veya seyahat eden yabancı kadınların yüzde 98’i halka açık bir yerde cinsel tacize uğradı. Buna karşılık, sırasıyla sadece yüzde 2,4 ve yüzde 7,5 olayı bildirmişti. Gelişmiş ve gelişmekte olan ülkelerdeki bu düşük raporlama günlük tacizi cezasız bırakmakta ve bir nevi “cesaretlendirmek”tedir. Cezasız kalan fiil devamlı hale gelir ve bu devamlılık ise konuyu “normalleştirir”. Bu kısır döngü içinde, kadınlar artık günlük “taciz” leri katlanılması gereken bir durum olarak görmeye başlar. Buna rağmen sadece kadınlara özel toplu taşıma uygulaması cinsiyetler arasındaki ayrımı daha da derinleştirme tehlikesi ile karşı karşıyadır. Dahası kadınların çocukları veya bakmakla mükellef oldukları yaşlı ve engelli kişiler ile seyahat etmesini zorlaştıran bir durumdur. Ulaşım ile ilgili sorunu derinleştiren husus, yetersiz ışıklandırılmış istasyonlar, kapalı geçitler, istasyonlardaki güvenlik görevlilerinin eksik olması ve ulaşım sektöründe kadın temsilinin az olmasıdır⁸⁰.

Görülmektedir ki, kadınları dışlayıcı, tecrit edici uygulamalar, kadınların kamu hizmetine erişimini arttırmadığı gibi, sorunları da çözmemektedir. Oysa ki, hastanelere giden toplu taşıma ücretlerinin düşürülmesi, yoksul mahallelerdeki kadınlara ücretsiz toplu taşıma hizmeti verilmesi, kamusal mekanların cinsiyet eşitliğine uygun düzenlenmesi, boşanmış ve işsiz kadınlara çocukları ile birlikte ücretsiz barınma hizmeti verilmesi, boşanan kadınlara en azından iş bulana kadar belirli bir ücret bağlanması, kadınların insan hakları konusunda ücretsiz eğitilmesi gibi uygulamalar ile kadınların tecrit edilmeden güçlendirilmesi gerekir⁸¹. Kadınlar ve erkekler arasındaki “farklılığı” vurgulayan ve hatta derinleştiren uygulamalar sorunu çözmez. Kamu hizmetine eşit ve güvenli erişim sorunu varsa, bunun öncelikli olarak idarelerce tespiti gerekmektedir. Çözüm aşamasında ise, kadına olağandışı bir vakiymiş gibi ona özel çözümler koymak⁸² yerine uygulamayı düzeltmek gerekir. Zira, dışlanmış, güvencesiz, marjinalleşmiş hissettirilmiş bir grubun kamu hizmetine iyi bir şekilde katılımından söz edilemez⁸³.

VI. YARGI KARARLARINDA KAMU HİZMETLERİNDEN YARARLANMA VE KADIN-ERKEK EŞİTLİĞİ

Eşitlik, kamu hizmetlerinin sunulmasında ve hizmetten yararlanmasında sağlanması gereken en önemli ilkelerden biridir. Bu konudaki bir eksiklik idarenin faaliyetini hukuka aykırı hale getirecektir. İlkeler hukuk sisteminin temelini oluşturan evrensel hale gelen belli fikirlerin yansımalarıdır ve hakların temelini oluştururlar. Bu sebeple, ilkelerin uygulanması gereken bir davada, hukuk kurallarının uygulanmasından farklı olarak, hakime önemli rol düşmektedir. Zira ilkeler hukuk kuralları ile birlikte bir denge içinde uygulanırlar. O uyuşmazlığa uygulanıp uygulanmamaları veya ne kadar uygulanacakları, yorumlanmaları gibi hususlarda yargıcın takdir yetkisini en çok kullandığı alanlardan biri olarak karşımıza çıkarlar⁸⁴. Dolayısıyla ilkelerin uygulandığı kararlar bize mahkemelerin o konudaki tutumu hakkında bir fikir verir. Aynı zamanda bu kararların incelenmesi kamu hizmetlerin sunulmasının altında yatan anlayışın

⁷⁸<https://www.telegraph.co.uk/women/womens-life/11824962/Women-only-trains-and-transport-How-they-work-around-the-world.html>, (Erişim Tarihi: .25.02.2019)

⁷⁹ SHAH, Sonal: “Beyond The Woman Only Train-Car: Gender and Sustainable Transport”, www.itdp.org (Erişim Tarihi: 20.02.2019), s.22

⁸⁰ SONAL, s.23

⁸¹ ALKAN, s.16

⁸² MACKİNNON, s.257

⁸³ RIHAL, Herve: “Exclus et Egalite”, Egalite et Service Publics Territoriaux, s.175-184, s.176

⁸⁴ SEVER, (Eşitlik), s.38

belirlenmesini sağlar.

Türkiye’de kadın-erkek eşitliği ile ilgili birbirinden farklı yargı kararları ile karşılaşabiliyoruz. Anayasa Mahkemesi bazı kararlarında kadınlara pozitif ayrımcılık tanıyan hükümleri iptal etmezken bazı kararları da eşitlik ilkesine aykırı bularak iptal etmiştir. Örneğin, 2010 yılında verdiği bir kararda, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanununun 110. maddesinin 2. Fıkrasında yer alan “*kadın veya altmış beş yaşını bitirmiş hükümlülerin mahkum oldukları altı ay veya daha az süreli hapis cezasının konutunda çektirilmesine karar verilebilir*” hükmünü Anayasa’ya aykırı bulmamıştır. Hapis cezasının konutta çektirilmesi konusunda erkeklerde yaş şartı aranırken kadınlarda aranmamasının eşitlik ilkesine aykırılık teşkil edeceği iddiası ile açılan davada mahkeme eşitlik ilkesini tartışmamıştır. Anayasa’nın suç ve cezalara ilişkin 38. Maddesine göre kanun koyucunun bu tür düzenlemeler yapma konusunda takdir hakkının bulunduğunu belirtmiş ve davayı reddetmiştir⁸⁵. Anayasa Mahkemesi aynı zamanda ırza geçmek ve kaçırmak fiillerinin “fuhuşu kendine meslek edinen” kadına karşı işlenmesi halinde ceza indiriminde bulunulmasını düzenleyen kanun hükmünü Anayasa’ya aykırı görmemiştir⁸⁶. Anayasa Mahkemesi bu kararda “iffetli” kadın “iffetsiz” kadın ayırımına gitmiş ve fuhuşu meslek edinen kadınların tecavüze uğramalarının suç olmaktan çıkarmadığı için kanun koyucuyu “takdir” etmiştir. Ayrılıklara dayanan farklı uygulamaların haklı nedene dayandığı için hukuksal eşitliği bozmayacağı gerekçesine dayanan Anayasa Mahkemesi bu kararda son derece eril bir ifade ile “farklı” durumlara “farklı” muameleyi kadın aleyhine olacak şekilde yorumlamıştır. Kadın-erkek arasındaki ayırım yeterli gelmemiş olacak ki kadınlar arasında da “iffetli- iffetsiz” ayırımına gitmiştir.

Anayasa Mahkemesi bir diğer kararında 5682 sayılı Pasaport Kanunu’nun 14. maddesinin A bendinde hususi damgalı pasaport sahibi kişilerin çocuklarına da hususi damgalı pasaport verilmesi için gereken şartların kız ve erkek çocuklarında farklı olmasını eşitlik ilkesine aykırı bulmuştur. Hükme göre, hususi damgalı pasaport sahibi kişilerin kız çocuklarının da bu ayrıcalığa sahip olması için evli ve iş sahibi olmaması ve aile ile birlikte yaşaması yeterli iken erkek çocuklarının ise reşit olmamak gibi ek bir şarta sahip olması gerekiyordu. Anayasa Mahkemesi kız ve erkek çocuklarının yasalar karşısında “özdeş ve aynı” durumda olduklarını belirterek bu sebeple aynı durumda olanlara farklı muamele edilmesinin hukuki eşitlik kavramı ile bağdaşmayacağını düşünerek hükmü eşitlik ilkesine aykırı bulmuş ve iptal etmiştir⁸⁷. Anayasa Mahkemesi bir diğer kararında 2525 Sayılı Soyadı Kanunu’nda yer alan boşanma halinde velayet kadında dahi olsa çocuğun soyadını seçme hakkının sadece babada olduğuna ilişkin hükmü iptal etmiştir⁸⁸.

1631 Sayılı Askeri Muhakeme Usul Kanunu’nun 135. maddesinde kadınların aleni duruşmadan men edilebilmesine imkan tanıyan hükmün iptali için açılan davada da hükmü iptal etmiştir. Mahkeme, iptal kararını duruşmaların aleniliği ile ilgili Anayasa’nın 135. maddesine dayandırmıştır. Hükmün eşitlik ilkesine aykırılığını ise “*izaha hacet yoktur*” şeklinde özetlemiştir⁸⁹.

Danıştay ise kadın-erkek eşitliği konusunu fırsat ve imkan eşitliği çerçevesinde değerlendirmiştir⁹⁰. İmam Hatip Okulları İdare Yönetmeliğinin 117. maddesinde yer alan “*bu okullara kaydolmak için erkek olmak şarttır.*” ibaresinin fırsat ve imkan eşitliğine aykırı olduğu gerekçesine dayanarak hükmü iptal etmiştir⁹¹. Danıştay’ın kadınlara ayrıcalık tanınan bazı hükümleri pozitif ayrımcılık olarak değerlendirip iptal etmediği kararları da bulunmaktadır. Bir Kısım Derslerin Öğretimini Yabancı Dille Yapan Resmî Okullar Yönetmeliğinin Bazı Maddelerinin Değiştirilmesine İlişkin Yönetmeliğin 10. maddesinin son fıkrasında yer alan ‘*...kız öğrenci ise üç puan eklenir*’ hükmünün iptali için açılan davada Danıştay davayı

⁸⁵AYM, 2005/86E, 2010/111K, k.t.08.12.2010, RG. 05.02.2011/27837 www.anayasa.gov.tr, (Erişim Tarihi: 14.11.2019)

⁸⁶AYM, 1988/4 E, 1989/3 K, k.t. 12.01.1989, RG.10.01.1990/20398, www.anayasa.gov.tr, (Erişim Tarihi: 14.11.2019)

⁸⁷AYM, 2004/30E, 2008/55K, k.t. 07.02.2008, RG.19.03.2008/26821, www.anayasa.gov.tr, (Erişim Tarihi: 14.11.2019)

⁸⁸AYM, 2010/119E, 2011/165 K, k.t. 08.12.2011, RG.14.02.2012/28204, www.anayasa.gov.tr, (Erişim Tarihi: 14.11.2019)

⁸⁹AYM, 1963/143 E, 1963/167 K, k.t. 26.06.1963, R.G. 12.11.1963/11553 www.anayasa.gov.tr, (Erişim Tarihi: 20.02.2019)

⁹⁰KESKİN, s.176

⁹¹D.11.D. 1975/24 E, 1976/ K, k.t.15.12.1976, DD, Yıl. 7, Sayı. 26-27, s.479

reddetmiştir. Zira bu hükmün “*Türk toplum yapısı gelenek ve göreneklerine göre kız öğrencilere 3 puan eklenmesinin erkek öğrencilere nazaran öncelik sağladığı*” ve bu durumun da “*okuma ve fırsat eşitliğini zedelediği*” ni vurgulamıştır⁹². Danıştay’ın bu kararda “*Türk toplum yapısı ve gelenek ve görenekleri*” vurgusu kız çocuklarının eğitiminin ataerkil gelenek görenek yapısından korumak şeklinde yorumlanabilir.

VII. SONUÇ

Toplumsal yapı ve toplumsal bilinç, pozitif düzenlemelere, hukuki anlayışa, yargı kararlarına ve dolayısıyla da fiili duruma yansır. Bu bağlamda cinsiyet eşitliği konusunda toplumsal bilinçte yaşanan değişim oldukça önemlidir. Bu değişim ve farklı bakış açısı sağlandığında, cinsiyete dayalı eşitsizliklere daha hassas olunacak, toplumsal cinsiyete hak temelinden bakılacak ve devlet müdahalesi gereksinimi azalacaktır. Kadının eğitim, toplu taşıma, sağlık gibi temel hizmetlere etkin erişiminin sağlanması esasen kadınların topluma uyum sağlamları ile ilgili bir durumdur. Ancak asıl önemli olan kadının vatandaşlığının vurgulanması ve toplumsal cinsiyet üzerine kurulu ayrımcılığın ortadan kalkmasıdır.

Kadın ve erkek arasındaki eşitlik, ayrımcılığın her türlü formu reddedilerek sağlanır. Kadınları sosyal hayattan ve iş hayatından dışlayıcı veya kısıtlayıcı her türlü tutum ve karar bu amaca zarar verir. Sadece normlarda kadın ve erkek eşitliğini sağlayıcı ve eşitsiz tutumları yasaklayıcı düzenlemeler yapmak yetmez, pratikte de eşitsiz uygulamaları devam ettirmemek gerekir. Kadınlar toplum içinde güçlendirilmediği sürece hukuki düzenlemeler veya yardım politikaları işe yaramayacaktır. Örneğin, kadın ve erkek tüm vatandaşlara açık bir “yardım” projesine kadınların erişebilmesi erkeklerden daha zordur. Zira her ne kadar Medeni Kanun’dan bu ibare kaldırılmış olsa da ataerkil toplumlarda ailenin “reisi” erkek olarak görülmekte ve erişilmesi gereken bir yardım varsa ona erkek erişmektedir. Dolayısıyla, somut bir eşitlik sağlanması için kadının tarihte maruz kaldığı eşitsizlikler ve şu andaki güncel durumunu dikkate alınmalıdır. Devlet somut eşitliği, kendi handikaplarını düzelterek kadının belli başlı ihtiyaçlarını giderdiğinde sağlamış olur⁹³.

Bir sorunun varlığını kabul etmek, o sorunun nedenlerini derinlemesine tahlil etmek o sorunu çözmek için yeterli değildir. Kadın ve erkek eşitliğinin tam olarak sağlanabilmesi için, devlet tarihsel ve geleneksel eşitsizlikleri tamir etmek için kadınlara kalıcı veya geçici yardımlarda bulunmalı ve böylece onlara fırsatları yakalama şansı vermelidir.

⁹² D.8.D. 1983/826 E , 1985/4 K, k.t.09.01.1985, www.hukukturk.com, (Erişim Tarihi: 20.11.2019)

⁹³ Nations Unies: Les Droits Des Femmes Sont Des Droits De L’Homme, https://www.ohchr.org/Documents/Publications/HR-PUB-14-2_FR.pdf, (Erişim Tarihi, 15.11.2019), s.31

KAYNAKÇA

- AKBAŞ Kasım/ŞEN Gökhan: “Türkiye’de Kadına Yönelik Pozitif Ayrımcılık; Kavram, Uygulama ve Toplumsal Algılar”, Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Hukuk Fakültesi Özel Sayısı, s.165-187.
- AKYILMAZ, Bahtiyar: “İyi Yönetim ve Avrupa İyi Yönetim Yasası”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, VII(1-2), (Haziran-Aralık 2003).
- AKYILMAZ Bahtiyar/SEZGİNER Murat/KAYA Cemil: Türk İdare Hukuku, 9. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara 2018.
- ALKAN, Ayten: Yerel Yönetimler, Kamu Kurumları, Sivil Toplum Örgütleri için Kadın Dostu Kentler Eğitici Kiti (Yerel Yönetimler), Mayıs 2015.
- CARBAJO, Joël: Droit Des Services Public, Dalloz, Paris 1990.
- Council of Europe The Administration and You Handbook (Handbook), Strasbourg 2018.
- GÖZLER, Kemal: İdare Hukuku Cilt II, 2. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, 2009.
- KARAHANOĞULLARI: Onur: Kamu Hizmeti (Kavram ve Hukuksal Rejim), 3. Baskı, Turhan Kitapevi, Ankara 2015.
- KAPANİ Münci: Kamu Hürriyetleri, Yetkin Yayınları, Ankara 1993.
- KESKİN, Züleyha: Kamu Hizmetinde Eşitlik İlkesi, XII Levha Yayınları, İstanbul 2015.
- MACKINNON Catharine: Feminist Bir Devlet Kuramına Doğru (Çev:Türkan Yöney, Sabir Yücesoy), 2. Baskı, Metis Yayınları, İstanbul 2015.
- Nations Unies: Les Droits Des Femmes Sont Des Droits De L’Homme, https://www.ohchr.org/Documents/Publications/HR-PUB-14-2_FR.pdf, (Erişim Tarihi, 15.11.2019).
- ÖDEN, Merih: Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi, Yetkin Yayınları, Ankara 2003.
- ÖZBUDUN: Ergun: Türk Anayasa Hukuku, Yetkin Yayınları, 17. Basım, Ankara 2017.
- RIHAL, Herve: “Exclus et Egalite”, Egalite et Service Publics Territoriaux, s.175-184.
- SEVER, Çiğdem: “Anayasa Mahkemesi’nin Kadın-Erkek Eşitliği Yaklaşımına Bir Eleştiri” Toplumsal Cinsiyet ve Yansımaları, Ankara: Atılım Üniversitesi Yayınları, 2013, 34-50, (Eşitlik).
- SEVER, Çiğdem: “İdare Hukukuna Feminist Pencereden Bakmak”, Hukuk ve Toplumsal Cinsiyet Çalışmaları (Editörler: Gülriz Uygur, Nadire Özdemir), Seçkin Yayınları, Ankara 2018, s.213-238.
- SHAH, Sonal: “Beyond The Woman Only Train-Car: Gender and Sustainable Transport”, www.itdp.org (Erişim Tarihi: 20.02.2019).
- ULER, Yıldırım: “Anayasa Hukukunda ve İdare Hukukunda Kamu Hizmeti”, Anayasa Yargısı, (15), 27-28 Nisan 1998, s.252-256.
- ULUSOY, Ali: Kamu Hizmeti incelemeleri, Ülke Kitapları, İstanbul 2004.
- ÜSTÜN TÜRKOĞLU, Kamile: “Kamu Hizmetine Girişte ve Yükselmeye Kadınlara Pozitif Ayrımcılık Yapılması”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Kadın ve Hukuk Özel Sayısı, s.93-124.

H.L.A. HART'IN “TAKDİR” METNİ ÜZERİNE BİR İNCELEME

AN ANALYSIS OF H.L.A HART'S “DISCRETION”

Zeynep İSPİR*  

Makale Bilgi

Gönderilme: 06/04/2020
Kabul: 14/05/2020

Anahtar Kelimeler

*H.L.A. Hart,
Takdir,
Yargısal Takdir,
Hukuki Belirsizlik,
Hukuki Süreç Okulu.*

Article Info

Received: 06/04/2020
Accepted: 14/05/2020

Keywords

*H.L.A. Hart,
Discretion,
Judicial Discretion,
Legal Indeterminacy,
Legal Process School.*

Özet

2013 yılında, H.L.A. Hart'ın bugüne kadar elimize ulaşmamış olan “Takdir (Discretion)” başlıklı bir çalışması yayımlandı. Metin, takdir kavramı ve bu kavramın hukuk içerisindeki yerine ilişkin görüşleri içeriyor. Hart, hukukun çeşitli nedenlerle, kaçınılmaz bir belirsizlik alanına sahip olduğunu ileri sürmektedir. Bu bakımdan düşünürün hukuk teorisi içerisinde takdir, özellikle hukuk kurallarının, söz konusu belirsizlikler nedeniyle çözüme götüremediği durumlar açısından faydalı bir hukuk yapma aracı olarak görülmektedir. Bununla birlikte takdir gerekçelendirilmiş olmalı, bu faaliyet rasyonellik ve sorumluluk ilkesi gözetilerek yerine getirilmelidir. Takdir kavramının anlamı, niteliği, kavramın hukuk sistemleri için rolü ve çeşitli görünüm biçimleri ile bir hukuk sistemi içindeki uygun kullanımı için gerektirdikleri, yeni ulaşılan bu metnin temel tartışma konuları olarak belirtilebilir. Bu çalışmada, Hart'ın söz konusu tartışma alanlarındaki temel argümanları, “Takdir” metni aracılığıyla incelenecektir. Ayrıca bu takdir yaklaşımına yönelik bazı temel eleştiriler ve değerlendirmelere de yer verilecektir. Bu vesileyle, okuruyla elli yedi yıl sonra buluşan “Takdir”in, Hart çalışmaları açısından taşıdığı önem değerlendirilmeye çalışılacaktır.

Abstract

An unpublished essay titled “Discretion” by H.L.A. Hart was published in 2013. The essay includes some thoughts on the concept of discretion and the place of this concept in law. Hart puts forward that law has an inevitable indeterminacy for a variety of reasons. In this respect, discretion is a necessary and useful device to create law in Hart's legal theory especially in the cases where existing rules cannot solve the problem because of these uncertainties. In the meantime, discretion should include reasoned justification and be exercised in a rational and responsible way. The meaning, the qualification and the role of the concept in legal systems, different versions of discretion and the requirements of the concept in applying it to a legal system appropriately might be counted as the main themes of the essay. In this article, the main arguments of Hart on these themes will be examined through this newfound text. Besides that, some significant criticisms and assessments directed to this approach will be addressed. By this way, the importance of the essay which has been found almost fifty-seven years later is going to be evaluated in terms of Hart's literature.

I. GİRİŞ

H.L.A. Hart hukuku bir kurallar sistemi olarak açıklamakla birlikte, hukuk kurallarının karar verme süreçlerinde sonuca ulaşmaya tek başına yardımcı olamadığı bir belirsizlik alanının varlığından da söz etmektedir.¹ Hart'ın, özellikle yargısal takdire ilişkin görüşlerinin temeline, bu belirsizliğin hesaba katılmasını koyduğunu söylemek yanlış olmayacaktır.² Aşağıda daha detaylı olarak üzerinde durulacağı üzere Hart açısından takdir, belirli gerekleri karşılamak kaydıyla, söz konusu belirsizliğin hukuk içerisinde ve hukuka uygun olarak giderilmesinin kaçınılmaz bir aracı olarak görülmektedir.

Hart'ın takdir hakkındaki görüşlerine farklı çalışmaları aracılığıyla ulaşmak mümkündür.³ Kaleme aldığı "Takdir"⁴ başlığıyla yayımlanan ve bu çalışmaya da konu olan bir başka metni ise yıllar sonra Geoffrey C. Shaw tarafından ortaya çıkarılmıştır. Hart, bu metni 1956 yılında, Harvard Üniversitesi Hukuk Fakültesinde konuk profesör olarak bulunduğu dönemde hazırlamıştır.⁵ Kaynağını Harvard'da bulunduğu sırada "Hukuk Felsefesi Tartışma Grubu" için hazırladığı sunuştan alan bu metin, tartışma grubu katılımcılarına dağıtılmış ve sonrasında başka bir yerde yayımlanmamıştır.⁶ Bahsi geçen tartışma grubunun üyelerinden Paul Freund ve Henry Hart kendilerine ait kopyaları saklamışlardır. Shaw, metnin yazılmasının üzerinden neredeyse elli yedi yıl geçtikten sonra, bu kopyaların yer aldığı dosyalara Harvard Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kütüphanesindeki arşivler içerisinde ulaştığında, bu metin de ortaya çıkmıştır.⁷

Hart'ın çalışmasını gün yüzüne çıkaran Shaw, metnin önemi ile ilgili olarak iki hususu özellikle vurgulamaktadır. Bunlardan birincisi, bu metnin, hukuki akıl yürütme konusunda

¹ Bkz. HART, H.L.A.: "Positivism and the Separation of Law and Morals", Harvard Law Review, 71(4), 1958, s.607-608. (Metnin Türkçe çevirisinde ilgili bölümün tamamı için bkz. HART, H.L.A.: "Pozitivizm ve Hukuk ile Ahlâkın Ayrılması", H.L.A. Hart ve Hukuk-Ahlâk Ayrımı içinde, GÜRLER, Sercan (ed.), çev.: Ertuğrul UZUN, Tekin Yayınevi, İstanbul 2015, s.119-132.) Çoğu zaman kuralların ve içtihatların davranış standartlarını iletmede sorunsuzca iş gördüğünü; ancak bu araçların uygulandıkları bazı yerlerde belirsizlikler olduğunu belirten Hart, bu durumu açıklamak için açık metin (open texture) kavramına başvurmuştur. (Bkz. HART, H.L.A.: The Concept of Law, 2nd ed., Oxford University Press, New York 1994, s.127-128.) Hart'ın teorisinde açık metin kavramının anlamı ve yerine ilişkin açıklamalar için bkz. İSPİR, Zeynep: H.L.A. Hart'ta Açık Metin Kavramı, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2008.

² Bu noktada Hart'ın hukuki belirsizlik tartışmaları açısından, hukuk kurallarının davaları sonuca bağlamakta tamamen yetersiz olduğunu savunan kural şüphecililiği ile hukuk kurallarının hukuki sonucu belirleyebileceğini iddia eden hukuki formalistlerin görüşlerinin ikisini de aşırı bularak, bunlar arasında bir orta yolu benimsediği ifade edilmiştir. (Bkz. BIX, Brian H.: "H.L.A. Hart and the 'Open Texture' of Language", Law and Philosophy, 10(1), 1991, s.51. Kural şüphecililiği, özellikle Amerikan hukuki realizmi ile sonrasındaki bazı eleştirel yaklaşımların üzerinde durduğu bir kavramdır. Kurallara dönük ilk şüphe yargıçların kararlarının bilinçli ya da bilinçsiz olarak önyargılarla belirlenmesine vurgu yaparken, ikinci şüphe genel kuralların somut, belirli davalara uygulanmasının sıklıkla (hatta bazılarında her zaman) belirsizlik içerdiğine işaret eder. (Bkz. BIX, Brian H.: A Dictionary of Legal Theory, Oxford University Press, New York 2004, s.192.)

³En bilinen eseri *The Concept of Law*'un özellikle yedinci bölümü ile Hart'ın ardında bıraktığı çalışmalarının bu kitaba eklenmesiyle oluşturulan *Postscript*'in "Yargısal Takdir (Judicial Discretion)" başlıklı bölümü, ayrıca çeşitli yazıların bir araya getirildiği *Essays in Jurisprudence and Philosophy* (Oxford University Press, New York 1993) başlıklı kitabı bu çalışmalara örnek gösterilebilir.

⁴HART, H.L.A.: "Discretion", Harvard Law Review, 127(2), 2013, s.652-665. Hukuki karar alma süreçleri açısından "discretion" sözcüğü, Türkçe hukuk literatüründe sıklıkla "takdir yetkisi" ile ifade edilmektedir. "Takdir" metninde Hart, bu kavramı "yargısal ve idari takdir" şeklindeki kullanımlarına ek olarak, gündelik hayattan farklı görünüm biçimleriyle beraber inceler. Bu çalışmada "discretion" sözcüğü, metindeki bu diğer kullanım örnekleri ile Hart'ın dilbilimsel analiz yöntemini hesaba katarak ve kavramın hukuk alanındaki "takdir" anlamıyla sınırlı biçimde değerlendirilmesinin önüne geçebilmek amacıyla "takdir" sözcüğü ile karşılanmıştır. Elimize geçen metni bize göstermektedir ki Hart, takdiri, keyfi, sınırlandırılmamış, gereksiz seçimlerden başka bir anlamda kullanmaktadır. Bununla birlikte burada dile getirilen sınırlandırmanın niteliği, Türk hukuk sistemine ilişkin analizlerde kendisine başvuru "takdir yetkisi" kavramının içerisinde barındırdığı düşünülen sınırlandırmadan farklı görünmektedir. Hart'ın teorisinde kavramın söz konusu niteliği de, bu çalışmada "takdir" ifadesinin kullanılmasının bir diğer nedenidir. ("Discretion" kavramının Hart'ın yargısal takdire ilişkin söylediklerinden hareketle, Türkçe hukuk literatüründeki "takdir yetkisi" kullanımından başka biçimde anlaşılması gerektiği, "takdir" ya da "takdir erki" karşılıklarının Hart çalışmaları açısından daha yerinde bir çeviri olacağı değerlendirilmesine üzerine, bu çalışmadaki tercihin gerekçesini açıklamama vesile olan Doç. Dr. Ertuğrul Uzun'a teşekkür ederim.)

⁵SHAW, Geoffrey C.: "H.L.A. Hart's Lost Essay: Discretion and the Legal Process School", Harvard Law Review, 127(2), 2013, s.666.

⁶Bkz. SHAW, "H.L.A. Hart's Lost Essay...", s.670.

⁷Metnin ortaya çıkış süreci ve makale ortaya çıkmadan önce bu çalışmaya değinilerde bulunan diğer eserler için bkz. SHAW, "H.L.A. Hart's Lost Essay...", s.670; LACEY, Nicola: "The Path Not Taken: H.L.A. Hart's Harvard Essay on Discretion", Harvard Law Review, 127(2), 2013, s.641. Bu metnin yayımlanıp yayımlanamayacağı üzerine yaşanan etik ikilem ve *The Concept of Law*'a eklenen *Postscript*'in yayımlanması süreciyle ilgili benzer konudaki karşılaştırma için bkz. LACEY, "The Path Not Taken...", s.641-642.

söylediklerinin detaylandırılması açısından, Hart’ın kendi çalışmaları içerisindeki yeridir. İkinci husus ise, Hart’ın Harvard Üniversitesinde bulunduğu dönemde Amerika’da öne çıkan hukuk felsefesi hareketi olan Hukuki Süreç Okulu (Legal Process School) ile Hart’ın çalışmaları arasındaki, uzun süre gözden kaçırıldığını düşündüğü tarihsel ve teorik ilişkiyi aydınlatması bakımından metnin taşıdığı önemdir.⁸ Bu çalışmada, öncelikle ilgili metinde ortaya koyduğu temel savlar dile getirilerek, takdir hakkında söylediklerinin Hart’ın genel teorisi içindeki yeri ortaya konmaya çalışılacaktır. Ardından gelecek bölüm ise Hart’ın takdir yaklaşımını ve özel olarak “Takdir” metnini tartışan örnek değerlendirmeler ışığında bir analize ayrılacaktır.

II. “TAKDİR” METNİNDEKİ TEMEL TARTIŞMALAR

Hart’ın “Takdir”de dile getirdiği hususların büyük kısmına sonraki çalışmalarının içerisinde de değindiği görülmektedir. Bununla birlikte sadece takdirden söz edilen bu metinde, yazarın diğer eserlerinde yer verdiği bazı tartışmalar daha detaylı ve farklı örneklerle açıklanmıştır.

Metin, Hart’ın sıraladığı ve sonrasında yanıtlarını arayacağı şu beş soruyla başlamaktadır:

“1. Takdir veya takdirin kullanımı ne anlama gelmektedir?

2. Bir hukuk sistemi içerisinde, aslında, hangi koşullar altında ve niçin takdiri kabul eder veya onu tolere ederiz?

3. Takdiri kabul etmek ya da onu tolere etmek zorunda mıyız? Eğer öyleyse, niçin?

4. Takdir kullanımı hangi değerler açısından tehdit oluşturur, hangi değerleri korur ve destekler?

5. Takdirin faydalı yönde kullanımını maksimize etmek ve sebep olacağı zararları en aza indirmek için ne yapılabilir?”

Bu sorular çerçevesinde Hart, takdirin anlamını belirlemede izlediği metodu, takdir türlerini, takdire neden ihtiyaç duyulduğunu, takdirin kapsam ve sınırlarını açıklamaktadır.

A. Takdir Kavramının Anlamının Belirlenmesi ve Takdir Çeşitleri

1. Takdir Kavramının Anlamının Belirlenmesi

Metinde yanıtı aranan birinci soru takdir yetkisinin ne anlama geldiği üzerinedir. Bu sorunun yanıtını ararken izlediği yola bakıldığında Hart’ın, kendi yaklaşımı içerisinde önemli bir yer tutan kavramlara ilişkin dilsel analiz yöntemini, takdir kavramı açısından da kullandığını görmekteyiz.¹⁰ Bu yolla, kavramların anlamlarının belirlenmesi için gündelik dildeki

⁸ Bkz. SHAW, “H.L.A. Hart’s Lost Essay...”, s.666. (Anthony Sebok’un benzer yöndeki belirlemesine işaret edilen kısım için bkz. SHAW, “H.L.A. Hart’s Lost Essay...”, s.670, dipnot no. 22.) Hukuki Süreç Okulu öncelikle, Harvard Hukuk Fakültesinden Henry M. Hart ve Albert M. Sacks’ın hazırladıkları ve 1950’lerin ortalarından sonuna kadar yayımlanan *The Legal Process: Basic Problems in the Making and Application of Law (Hukuki Süreç: Hukukun Oluşturulması ve Uygulanmasında Temel Problemler)* başlıklı ders materyali çerçevesinde bilinirlik kazanmıştır. (Bu çalışma sonrasında aynı isimle kitaplaştırılmıştır.) Bu yaklaşımın ortaya koydukları genellikle, Amerikan hukuki realistleri tarafından yöneltilen eleştirilere bir yanıt olarak görülmektedir. Okulun ana temsilcilerinden olan Henry M. Hart, Lon L. Fuller’in görüşlerinden oldukça etkilenmiş olduğundan, Hukuki Süreç Okulu’nun, Fuller’in dile getirdiği “hukukun iç ahlâkı” görüşünün bir nevi somutlaşması olarak görülebileceği de iddia edilmiştir. (Bu açıklamaları için bkz. BIX, *A Dictionary of Legal Theory*, s.124.) Hukuki Süreç Okulunun karar vermeye ilişkin “nötr ve teknokratik” yaklaşımının fazla iyimser ve naif bulunduğu eleştirisi ile sürece fazla odaklanmanın adaletle ya da sonuca karşı duyarsızlaşmaya sebep olabileceğine dair eleştiriler bulunduğu için ayrıca bkz. BIX, *A Dictionary of Legal Theory*, s.124. “Süreç okulu teorisyenlerinin çalışmaları karar verme süreçlerine yöneliktir...Süreç teorisyenleri öncelikli olarak hukuki kararların nasıl oluşturulduğuyla, bunların hangi yetkililer ve kurumlarca oluşturulması gerektiğiyle ilgililenirler. Bunun ardından, ikinci olarak ise ‘karşılaştırmalı kurumsal analiz’ çalışmalarını kullanarak resmi yetkililer açısından bağlayıcı olacak normatif gereklerin çıkarılması gelir.” (SHAW, “H.L.A. Hart’s Lost Essay...”, s.677.) Shaw, makalesinde *Süreç Okulu* ile Hart’ın makalesi arasındaki bağları daha açık ortaya koymak üzere çok kapsamlı bir analiz yapmaktadır. Çalışmasının ilgili kısmı öncelikle bu yaklaşımın temel görüşlerine ayrılır. Ardından, yazar, Hart’ın Amerika’ya, Harvard’a geldiği dönemi, Hart’ın Amerikan hukuk düşüncesine ilgisi, hukuki realizm üzerine erken dönem eleştirileri ve Harvard’da geçirdiği sürede tartışmalarına dahil olduğu “Hukuk Felsefesi Tartışma Grubu”nun çalışmaları üzerinden inceler.

⁹ HART, “Discretion”, s.652.

¹⁰ Hart, dilbilimsel analiz ile analitik hukuk felsefesi arasında bağ kuran bir yaklaşıma sahiptir. Hart’ın *The Concept of Law* eserini analitik felsefenin dilbilimsel analize odaklandığı bir dönemde yazdığı ve dil felsefesi alanındaki çalışmaların avantajlarından yararlandığını belirten; Ludwig Wittgenstein ve J.L. Austin’in çalışmalarının dilbilimsel analizden faydalanan Hart açısından önemine değinen; Hart’ın “Definition and Theory in Jurisprudence” makalesinin çağdaş dil felsefesinin hukuka uygulanması açısından bir tür manifesto niteliğinde olduğunu iddia eden görüşlerden örnekler için bkz. İSPİR, “H.L.A. Hart’ta Açık Metin Kavramı”, s.73 ve devamı.

kullanımların analizinden hareket edilir.¹¹ Takdir kavramının analizi için Hart, hukuki olsun olmasın, pek çok farklı bağlamdaki kullanım örneklerini incelemektedir.

Hart, hemen her kavram için geçerli olan belirsizlik alanının takdir için de söz konusu olduğunu belirtmekle birlikte, takdir kavramını içeren farklı durumlar açısından, herkesin üzerinde uzlaşabileceği bir dizi ortak özellik bulabileceğimizi ileri sürmektedir.¹² Böylesi genel bir çekirdek anlam alanımız olmaması halinde ilgili kavramı birbirimizle iletişimde kullanamayacağımızı düşünmektedir. Bu nedenle de takdir açısından en azından üzerinde uzlaşılan durumlardan hareketle birtakım karakteristik özelliklerin belirlenmesi gerektiğini dile getirir.¹³

Bir kavramın anlamını belirleme girişimi kimi zaman amaç ve gerekleri de dikkate almayı zorunlu kılmaktadır; fakat Hart'a göre bu, "terimlerin normal kullanımları içerisindeki üzerinde uzlaşılmış olan asgari içeriğin" belirlenmesinin ardından gelecek bir husustur.¹⁴ "Sıklıkla, 'X nedir?' ile 'X'i aslında ne amaçla kullanırsınız?' soruları beraber düşünölmek zorundadır"¹⁵ diyen Hart, "bıçak" sözcüğünün anlamını belirlerken belirli bir amaç için tasarlanmış araçları, ilgili şeyin ne için kullanıldığını düşünmeye başlayışımızı anımsatır.¹⁶ Bazen de bir ifadenin anlamı araştırıldığında, hemen herkesin neden söz edildiğini belirleme açısından, neredeyse bir uzlaşma içinde olduğunu görürüz. Ancak bu durumda bile, terimin kullanımı konusunda başka bir anlaşmazlık vardır. Örneğin "devlet" in belirli bir hukuk sistemi çerçevesinde, belirli bir alanda yaşayan insanların organizasyonu anlamına geldiği konusunda bir anlaşmazlık yoktur. Uyuşmazlık, bu tanımla uyumlu bir devletin ne şekilde olması gerektiğiyle ya da devletin bizim için ne yapmasını istediğimizle alakalıdır.¹⁷ Hart'a göre, her iki örnek kavram açısından da anlamın belirlenmesi için yapılacak bu türden tartışmalar, ancak sözcüklere dair bir çekirdek anlam alanında uzlaştıktan sonra gerçekleştirilebilir.

2. Takdir Çeşitleri

Hart, bu çalışmasında takdirin hukuk içerisindeki farklı görünümüne ilişkin bir liste sunar. Bu liste kendi ifadesiyle "içerisinde [takdir] fenomeninin yer aldığı oldukça geniş çeşitlilikteki durumları" yansıtır. Liste incelendiğinde görölmektedir ki Hart, yargısal alanda ya da mahkeme salonlarında gerçekleştirilen takdirin dışındaki örneklere de yer vermektedir.¹⁸ İlgili sınıflama aşağıdaki üç ana başlık çerçevesinde yapılmıştır:

a. Açık veya Beyan Edilen Takdir (Express or Avowed Use of Discretion)

Birinci takdir çeşidinde, yani **açık veya beyan edilen takdirde**, yasa koyucunun takdir gücünü kurumlara veya yetkililere açıkça devrettiği görülür.¹⁹ Hart bu takdir çeşidini idari organlarca uygulananlar ve mahkemelerce uygulananlar olarak ikiye ayırmıştır. İdari organların takdir uygulamalarına ilişkin sıraladığı örnekler şunlardır: ücret belirlemesi (örneğin Eyaletlerarası Ticaret Komisyonunca (ICC) demiryolu ücretlerinin belirlenmesi), lisans vermek, zarar verme ihtimali olan faaliyetlerin kontrolü (örneğin balıkçılık ve oyun komisyonlarının emirleri), kamu hizmetine yapılan atamalar, idarenin tasarrufundaki kaynakların tahsisi, idare tarafından yürütölen kamu iş ve hizmetlerinin yönetimi.²⁰

¹¹ SHAW, "H.L.A. Hart's Lost Essay:...", s.696. Hart'ın açık metin hakkındaki görüşlerini açıklarken kelimelerin çekirdek anlam alanlarının dışında bir gölgeli alan bulunduğundan ve belirsizlikten söz ettiğini bilmekteyiz. Bu çekirdek anlamın belirlenmesi açısından başvurulan kaynak olarak gündelik kullanım alanı dikkati çekmektedir. (Bkz. İSPİR, H.L.A. Hart'ta Açık Metin Kavramı, s.86-87.) Gündelik dil felsefesinin Hart'ın hukuk teorisi içerisindeki yerini de inceleyen çalışması için bkz. ÜYE, Saim: "Gündelik Dil Felsefesi, Betimleyici Sosyoloji ve Eleştirelilik", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 27(114), 2014, s.361-380. Kavramsal analiz ve betimleyici sosyolojik yaklaşım çerçevesinde Hart'ın görüşlerinin değerlendirildiği bölüm için bkz. ŞAHİN CEYLAN, Şule: H.L.A. Hart'ın Hukuk Kavramı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2014, s.7-25.

¹² HART, "Discretion", s.653.

¹³ Bkz. HART, "Discretion", s.653-654. Hart bu tespitin takdir açısından yapılmaması halinde karşı karşıya kalınan ve açıklama, çözüm bulma güçlüğüne neden olan durumu, şehre giden yolu ezberden bilen ama yolun haritasını çizemeyecek durumda olan kişinin içinde olduğu duruma benzetir. (Bkz. HART, "Discretion", s.654.)

¹⁴ Bkz. HART, "Discretion", s.654.

¹⁵ HART, "Discretion", s.654.

¹⁶ HART, "Discretion", s.654.

¹⁷ Bu örneklere ilişkin açıklamaları için bkz. HART, "Discretion", s.654.

¹⁸ Bkz. HART, "Discretion", s.655.

¹⁹ SHAW, "H.L.A. Hart's Lost Essay:...", s.697.

²⁰ HART, "Discretion", s.655.

Bu takdir çeşidi, mahkemelerde de kullanılabilir. Bunun için verilen örnekler ise şunlardır: standartların mahkemeler tarafından uygulanması (örneğin, iddia görevinin kötüye kullanımı (malicious prosecution) bağlamında “makul ve uygun neden”in belirlenmesi veya yargıcın kontrolü altında jürinin ihmal kapsamında “gereken özen”i belirlemesi); ihtar, aynen ifa gibi takdiri yasal yollar; ceza davalarında cezanın belirlenmesi.²¹

b. Zimni veya Saklı Takdir (Tacit or Concealed Discretion)

Hart’ın tasnifi içerisinde ikinci takdir çeşidi olan **zimni veya saklı takdir** halinde, hukuk sistemi takdiri otoriteyi açıkça bir yetkiliye devretmemiştir, yetkili her ne kadar mevcut kurallarla çözüme varmaya çalışsa da kurallar kesin, belirli bir sonuca ulaşmadığından takdir uygulaması gerekli hale gelir.²² Bu ikinci takdir çeşidi için Hart, yasaların yorumlanması ve emsal/içtihat kullanımını uygulamalarını örnek gösterir.²³

c. Takdiri Müdahaleler veya Kabul Edilmiş Kurallardan Takdiri Olarak Bağışık Tutulma (Discretionary Interference or Dispensation From Acknowledged Rules)

Üçüncü olarak belirtilen takdir çeşidi ise **takdiri müdahaleler veya kabul edilmiş kurallardan bağışıklıktır**. Hart bunlar için, cezaların ertelenmesini, afları ve içtihat hukukundan kaynağını alan hukuki çözümlerden farklılık gösteren, bunların zıttı yönde verilen kararları (injunction against exercise of common law remedies) örnek gösterir.²⁴

B. Takdir Faaliyetinin Gerekçesi, Niteliği ve Gerekleri

Hart’ın takdir metninin başlangıcında yanıtlarını arayacağını belirttiği diğer sorular, takdirin hukuk sistemlerinde neden yer aldığına, takdir kullanımının koruduğu ve desteklediği değerlerin tespitine, bu faaliyetin yol açabileceği zararların en aza indirilmesi için neler yapılabileceğine ilişkindir. Aşağıda bu faaliyetin gerekçesi, niteliği ve gerekleri ilgili metindeki tartışmalardan hareketle ele alınacaktır.

1. Takdir Faaliyetinin Gerekçesi

Bu çalışmanın Giriş bölümünde de belirtildiği üzere Hart, hukukun gölgeli alanlar içeren, açık metinli bir yapı oluşunu açıklar ve hukuki belirsizlikle ilgili söyledikleriyle birlikte değerlendirilmesi gereken, kural koyucuların karşılaştıkları iki güçlükten söz eder. Bunlar, olguya ilişkin bir bilgisizlik (relative ignorance of fact) ve amacın belirsizliğidir (relative indeterminacy of aim).²⁵ Birinci handicap kanun koyucunun/kural koyanın düzenlemeye çalıştığı geleceğe ilişkin her şeyi asla bilememesiyle, ikinci handicap ise –ileriye dönük hukuk yapma süreci önünde bir engel oluşturacak biçimde– insan amaçlarındaki içsel belirsizlikle açıklanabilir.²⁶ Pozitif hukukun kısmen de olsa belirsiz olduğu yerlerde yargıç, mevcut kurallar aracılığıyla bir çözüme ulaşamadığından “takdir”i yeni bir hukuk normu yaratmaya yol açacak şekilde kullanmaktadır.²⁷

Hart’ın “parka taşıt girmesi yasaktır” şeklindeki ünlü örneğinin ilk kez “Takdir” metninde karşımıza çıktığı ileri sürülmüştür.²⁸ Hart’ın bu örnek üzerinden yaptığı analizlere aşina olduğumuz söylenebilir. Şöyle ki ilgili kural oluşturulduğunda uygulanılmasının öngörüldüğü seçenekler, yani taşıttan ne anlaşılabilirliği açıktır (örneğin, motorlu arabalar, at arabaları, motosikletler, otobüsler). Gölgeli alanda kalan kimi seçenekler açısından ise uygulama bu kadar açık değildir (örneğin, patenler, bisikletler, bebek arabaları, oyuncak motorlu arabalar).²⁹ Öngörülmüş örnekler olarak arabalar ve otobüsler açısından, parka taşıt girmesini yasaklayan kuralın amacı, “parkta huzur, güvenlik isteğimizle” açıklanabilirken³⁰, öngörülmemiş olan örneklerde (“oldukça hızlı, yaşlılar için biraz tehlikeli, gençler içinse çok eğlenceli”³¹ scooter, elektrikli motorlu oyuncak araçlar gibi) durum bu kadar basit değildir; çünkü bu halde amacımız

²¹ HART, “Discretion”, s.655.

²² SHAW, “H.L.A. Hart’s Lost Essay:...”, s.697.

²³ HART, “Discretion”, s.655. Shaw bu ayrımın buradaki terminoloji kullanılmamakla birlikte *The Concept of Law*’da yer aldığını belirtir. (Bkz. SHAW, “H.L.A. Hart’s Lost Essay:...”, s.697, dipnot 189.)

²⁴ HART, “Discretion”, s.655.

²⁵ HART, “Discretion”, s.661; HART, *The Concept of Law*, s.128.

²⁶ SHAW, “H.L.A. Hart’s Lost Essay:...”, s.703.

²⁷ Bkz. HART, “Discretion”, s.661-663; HART, *The Concept of Law*, s.272.

²⁸ Bkz. SHAW, “H.L.A. Hart’s Lost Essay:...”, s.704.

²⁹ HART, “Discretion”, s.662.

³⁰ SHAW, “H.L.A. Hart’s Lost Essay:...”, s.704.

³¹ HART, “Discretion”, s.663.

belirsiz hale gelmiştir. Bu araçların kullanımı halinde oluşabilecek bir risk olması açısından parkta huzurun ve güvenliğin feda edilip edilemeyeceği, eğer edilecekse ne derecede bir riskten söz edileceği gündeme gelecektir. Bu bakımdan taşıt örneğinde amacın belirsizliği ile olguya ilişkin bilgisizlik kaynaşmış durumdadır.³²

Makalede Eyaletlerarası Ticaret Komisyonunun (Interstate Commerce Commission) fiyat/tarife belirleme faaliyeti de Hart'ın kullandığı bir başka örnektir. Ona göre idari hizmetler için fiyat belirleyenin genel amacı “makul ve adil fiyatı bulmak”tır.³³ Hart bu genel amacı belirli bir noktaya kadar elverişli bulduğunu belirtir; çünkü bazı uygun olmayan fiyatlandırmalar, yani çok yüksek ya da çok düşük fiyatlandırmalar, bu yolla açıkça devre dışı kalacaktır.³⁴ Her ne kadar genel amaç hangi ücretin kabul edilemez olduğu konusunda belirli bir ölçüde rehberlik sağlıyor olsa da, uygun ücreti belirlerken karar vermeyi güçleştirecek belirsiz ve çatışan amaçların ya da değişen olgusal koşulların ortaya çıkabileceği de gözden kaçırılmamalıdır.³⁵

Hart'a göre dünyamız hukuki formalizmin ya da mekanik hukuk biliminin açıklayıp çözüm olarak gösterdiklerinden başka gereklilikler talep etmektedir.³⁶ Somut olayda çatışan menfaatleri tartmak, onlar arasında bir uzlaşmaya gitmek ya da bir seçim yapmak durumunda kalınmaktadır.³⁷ Bu bakımdan Hart açısından takdir, belirsizlik kaynağı değil, belirsizlik için bir çözüm aracı olma niteliği taşımaktadır. Geleceği belirlemede sınırlı ölçüde başarılı oluşumuz düşünüldüğünde ve belirsizliğin kaçınılmazlığı karşısında, güçlü, akla uygun takdir imkânı, bu belirsizliği gidermeyi mümkün kılabilen bir araç olarak görülmektedir.³⁸

2. Takdir Faaliyetinin Niteliği

Takdirin ne türden bir faaliyet olduğunu belirlerken Hart, sözcüğün gündelik dildeki kullanımından da hareket ederek, bu kavramı açıklarken hangi karakteristik nitelikleri göz önünde bulundurabileceğimizin ipuçlarını vermektedir. Ona göre kavramın hukuk dışındaki kullanım örneklerine bakıldığında da öncelikli olarak dikkat edilmesi gereken şey, takdirin herhangi bir seçiş ya da tercihten başka biçimde anlaşılması gerektiğidir. Bunlar birbiriyle ilgili olan, fakat farklı kavramlardır.³⁹

Hart takdiri açıklarken “entelektüel bir erdem (intellectual virtue)”, “pratik bilgelik (practical wisdom)”, “basiret (sagacity)”, “sağduyu/ihtiyat (prudence)” kavramlarına başvurur. Böylece takdir kavramı çeşitli sahalarda neyi yapmanın uygun olduğunu ayırt edebilme ve kavrayış gücüne (discerning) işaret eder.⁴⁰

Takdir geçici ve anlık isteklerimizden, arzularımızdan farklı bir kavramdır. Örneğin oy veren bir kişi açısından, sadece bir adaydan hoşlanması bu seçime yol açıyorsa burada takdir kullanımından söz edilemez.⁴¹

Hukuk için söz konusu olduğunda kamu görevinin icra ve ifasından sorumlu yetkililer karşımıza çıkar. Bu kişiler de beğeni ve isteklerine göre değil, yürüttükleri hizmetin gereğine uygun ve sorumlu bir biçimde takdiri uygulamak durumundadırlar.⁴²

Bazı durumlar açısından seçimlerimizi yapmamıza yol açan koşulların son derece açık ve

³² HART, “Discretion”, s.663; SHAW, “H.L.A. Hart’s Lost Essay:...”, s.704.

³³ HART, “Discretion”, s.663; SHAW, “H.L.A. Hart’s Lost Essay:...”, s.705.

³⁴ HART, “Discretion”, s.664; SHAW, “H.L.A. Hart’s Lost Essay:...”, s.705.

³⁵ HART, “Discretion”, s.663-664; SHAW, “H.L.A. Hart’s Lost Essay:...”, s.705. Fiyat belirleme örneği için ayrıca bkz. HART, *The Concept of Law*, s.131.

³⁶ HART, “Discretion”, s.662; SHAW, “H.L.A. Hart’s Lost Essay:...”, s.705.

³⁷ HART, “Discretion”, s.663; SHAW, “H.L.A. Hart’s Lost Essay:...”, s.706.

³⁸ SHAW, “H.L.A. Hart’s Lost Essay:...”, s.709; HART, “Discretion”, s.661. Hart’ın nihayetinde mutlak bir belirsizlikten söz etmeyişi tanıma kuralını getiriş amacıyla ilgi kurarak açıklayan bir değerlendirme için bkz. SURLU, Aydan Ömür: “H.L.A. Hart’ta Yargıcın Takdir Hakkı”, *Erzincan Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, 2(2), 2009, s.488.

³⁹ HART, “Discretion”, s.656.

⁴⁰ Bkz. HART, “Discretion”, s.656. Benzer bir tür iç sınırlamaya Hart’ın *The Concept of Law*’da yorumdan söz ederken de yer verdiğini görmekteyiz. Bu bölümde Hart, yargısal karar verme süreci içindeki karakteristik yargısal erdemlerden söz etmektedir. Bunlar tarafsızlık, alternatifleri araştırırken nötrlük, etkilenen tüm tarafların yararını gözetme, karar için rasyonel bir temel olacak bazı kabul edilebilir genel ilkelere yer verme kaygısı olarak sayılmıştır. (Bkz. HART, *The Concept of Law*, s.205.)

⁴¹ Örnek için bkz. HART, “Discretion”, s.657.

⁴² Bkz. HART, “Discretion”, s.657. Hart, ilgili sistemin bu kişilerin istek ve hevesleri doğrultusunda hareket etmeleri halinde buna yönelik bir önlemleri sağlama konusunda başarısız olma ihtimalinin varlığını da aynı yerde belirtmektedir.

belirgin olduğunu belirten Hart, bu hallerde verdiğimiz kararlar açısından, takdirden de kişisel istek ve arzuların belirleyiciliğinden de söz edemeyeceğimizi belirtir. Bunun için verdiği örnek şu şekilde özetlenebilir: Kalemimizin ucu kırıldığında, kırılan ucu açmak için bir araca ulaşmak üzere açtığımız çekmeceye bir bıçak, üç kaşık ve iki çatal olsun. Bu halde bıçağı seçerken gerekçemizi, bıçağın hoşumuza gitmesi olarak dile getirmeyiz; çünkü bu durumda bir kalemin kırılan ucunu sivriltilmenin en makul yolu bıçağı kullanmaktır. Dolayısıyla Hart, bıçağı seçme konusunda bir takdirden söz edemeyeceğimizi; burada gerçekleşen şeyin, amacımız belirli, durum gayet açıkken yapılacak tek akla uygun seçimin yapılması olduğunu belirtir.⁴³

Hart'ın takdirin niteliği üzerine söyledikleri arasında en dikkat çekici olanlardan birisi, bu faaliyetin “tamamen kişisel ve anlık isteklerin yön verdiği tercihler ile belirli açık amaçlara ulaşmak için kullanılan belirli yöntemler veya kurallara bağlı kalmanın çok açık olduğu durumlar arasında bir yerde olduğu” belirlemesidir.⁴⁴ Buna göre takdir, belirli bir kuralı izleme ile keyfi seçim arasında bir orta yol niteliği taşımaktadır.

Hart'ın makalesinde hukuk alanından verilmemekle birlikte takdir argümanını anlatırken kullandığı bir başka örnek daha vardır. Bu örnek akşam yemeği daveti verecek bir ev sahibinin, kullanacağı bıçaklar hakkında karara varması sürecini konu alır. Olayda ev sahibinin servis için kullanabileceği gümüş ve çok güzel bıçakları vardır. Masa örtüsü ve bardaklarla da uyumlu olmakla birlikte, çok ağır ve tutulması güç olan bu bıçaklar fazla keskin değillerdir ve üstelik parlaklıkları kimilerince biraz fazla şatafatlı bulunabilir. Hart'ın sorusu böylesi bir durumda davet sahibinin karar vermesine neden olacak amaçların neler olacağıdır. Bu konuda bazı amaçlardan kolaylıkla söz etmek mümkündür. Örneğin bu kişinin amacı hoş bir davet masası görünümünü sunarak konuklarında hayranlık uyandırmak olabileceği gibi, onlara konforlu bir akşam yemeği sunmak da olabilir ki verilen örnekte konuklar arasında yaşlı ve elleri titreyen seçkin bir yargıç da bulunmaktadır. Ev sahibi, muhtemelen kararının sebep olabileceği iyi ve kötü sonuçlar arasında bir “denge” bulmaya çalışır ve bu konuda kime “danışabileceğini” de düşünür. Daha önceden çokça davet vermiş olan tecrübeli birinden tavsiye ister ve bu kişi sağduyulu bir biçimde, ev sahibine “en iyi” bıçak seti yerine “ikinci en iyiyi” seçmesini salık verir. Bu tavsiyesinin gerekçeleri arasında yaşlı ve elleri titreyen konunun bıçakları kullanmaktan dolayı rahatsız olabileceği ve öfkelenebileceği, genç konukların ev sahibini kıskanabileceği gibi nedenler de vardır.⁴⁵

Yukarıdaki örnekten hareketle takdire ilişkin ortaklaşan birtakım özellikleri Hart şöyle sıralamaktadır: Burada açıkça doğru veya yanlış denebilecek bir şey yoktur; zira dürüst ve makul kişilerin her biri bu durumda farklı farklı görüşte olabilirler. Örnek açısından “başarılı bir akşam yemeği daveti” gibi genel bir kavram kullanılabilir olsa da açıkça tanımlanabilir bir amaç da bulunmamaktadır. Bu halde, herhangi bir tercihte bulunulduğunda ne olacağına dair bir kesinlik de yoktur. Uygun bıçak tercihiyle sağlanmak istenen şeye ilişkin bir öngörümüz olsa da (masanın güzelliği, konukların konforu gibi), bunların hangisinin görece önemli olduğuna, çatıştıklarında nasıl bir uzlaşma yoluna gidileceğine dair açık kurallar ya da ilkeler de bulunmamaktadır. Ayrıca bu örnekte karar vericinin kararı hakkında “doğru ya da yanlış” nitelermelerinden çok, “daha bilgece (wise), daha akıllıca (sounder), daha iyi” demek uygun düşecektir.⁴⁶

Hart bu saydıklarına ek olarak takdir açısından önemli bir hususu yine aynı kurgu üzerinden vurgulamaktadır. Buna göre ev sahibi iki bıçak takımından birini seçmek konusundaki kararını iki farklı yolla savunabilir. Bunların birincisinde ev sahibi muhtemel kararının yol açabileceği sonuçları düşünür, bundan önce verdiği davetleri hesaba katar, tecrübeli birisine danışır. Yani burada savunma, karara hangi yollarla, hangi ilke ve değerleri dikkate alarak varıldığını, kararın nedenlerini bildirmektedir. İkinci savunma yolunda ise ev sahibi akşam yemeğinin sonuçta nasıl geçmiş olduğuna bakar. Hart birinci yolu gerekçelendirme kavramı ile (justification), ikincisini ise sonuçlar aracılığıyla doğrulama (vindication by results) kavramı ile açıklamaktadır ve sonuçlarla doğrulanabilir olmadığında da, “kötü sonuçlara yol açmış olsa da”⁴⁷ takdirin

⁴³ Bkz. HART, “Discretion”, s.658.

⁴⁴ Bkz. HART, “Discretion”, s.658.

⁴⁵ Bu örnek için bkz. HART, “Discretion”, s.659.

⁴⁶ Hart'ın sıraladığı bu hususlar için bkz. HART, “Discretion”, s.659-660.

⁴⁷ SHAW, “H.L.A. Hart's Lost Essay:...” , s.702.

gereçlendirilebileceğini ileri sürmektedir.⁴⁸

Hart, tüm bu sayılan faktörlerin belirli bir biçimde hukukta takdir için de geçerli olduğunu düşünmektedir. Takdiri uygulayacak kişinin en nihayetinde bir seçimde bulunması gerekmektedir. Bu seçim, çeşitli faktörleri dikkate alıp özenle tartmayı gerektirse de önceden tespit edilmiş ilkeler tarafından belirlenmemektedir.⁴⁹

3. Takdir Faaliyetinin Gereklere

Hart'ın "Takdir" metni içerisinde, bu faaliyet yerine getirilirken karşılanmasından söz edilen birtakım gereklere de yer verilmektedir.⁵⁰ Esasında bu gereklerin ilgili faaliyetin gerekçesi ve niteliği üzerine söylenenlerle birlikte ele alınması uygun görünmektedir.

İlk olarak metinde takdir faaliyetini yerine getirmek durumunda olan kişilerin hukuki belirsizlik karşısındaki tutumlarına dair söylenenlere bakılabilir. Hart, bu kişilerin takdir faaliyetini, kişisel seçimlerinin uygulanması değil, "**sorumlu bir kamu hizmeti kullanımı**" olarak görmektedir.⁵¹ Bunu şu şekilde ifade eder:

"...Yetkililerin yaptığı belirli kurallar tarafından kesin bir şekilde belirlenmemiş ve onlara bir seçište [bulunma imkânı] bırakılmışsa, yetkililer görevlerini göz önünde bulundurarak, beğenileri ile geçici zevk ve heveslerine teslim olmadan, sorumlu şekilde karar (choose) vereceklerdir..."⁵²

Takdir faaliyetinin sonucu olarak bir karara varılmaktadır. Bu varılan kararın rasyonel bir onamın gereklerini karşılayacak şekilde **gereçlendirilmesi** gereği de Hart'ın üzerinde durduğu bir husustur. Bu konuyu açıklayabilmek için yazarın iki içki arasında bir tercihte bulunan kişinin durumu hakkında verdiği örnekten yararlanılabilir. Tercihte bulunan kişiye tercihinin nedeni sorulduğunda, başka hiçbir açıklamada bulunmadan "çünkü ondan daha çok hoşlanıyorum, hepsi bu" diyorsa, Hart'a göre bu durumda takdirden söz etmek mümkün değildir. Çünkü takdirden söz edilebilmesi için ya da başka bir deyişle bir seçimin takdir olarak kabul edilebilmesi için, ilkelere dayanan, gerekçeli bir savunmanın ortaya konması gerekmektedir.⁵³

İlgili metnin takdirin karşılaması gerekenler açısından vurguladığı bir diğer husus bu **metodun rasyonellikle uygulanmasıdır**. Burada Hart, söz konusu uygulamayla sadece prosedürel unsurların karar verme sürecinde yer almasının; kişisel menfaatlerin, ön yargıların değerlendirme dışı tutulmasının ve alandaki tecrübenin kullanılmasının kastedilmediğini vurgulamaktadır. Buna göre kararın verilmesinin altında yatan değerlerin hesaba katılması gereği de bu kapsamda ele alınmalıdır.⁵⁴ Takdirin niteliği üzerine yukarıda söylenenlerle de bağlantı kurmak gerekirse burada, takdir faaliyetinin doğru biçimde gerçekleştirilmesi sadece "mantıksal bütünlüğün" ortaya konduğu bir faaliyet olarak görülmemektedir; bu faaliyet aynı zamanda pratik bilgeliğin de ortaya konması anlamına gelir.⁵⁵

Hart metninin son bölümünde, "Takdir"nin üçüncü bölümünde yaptığı tasnife göndermede bulunmaktadır ve bu farklı alanlardaki takdir kullanımının da **ilgili alanlarda geçerli olan belirleyici unsurların dikkate alınmasını** gerekli kıldığını söylemektedir.⁵⁶ Dolayısıyla takdirin türü ile nasıl ifa edileceği arasında bir ilişki vardır.⁵⁷ İdari bir karar için söz konusu olan takdir ile temyiz sürecinde görevli bir yargıcın gerçekleştirmekte olduğu takdir arasında bu bakımdan bir fark olacaktır.⁵⁸

III. H.L.A. HART'IN TAKDİR GÖRÜŞÜNE İLİŞKİN DEĞERLENDİRMELER

Hart'ın hukuk teorisine ilişkin ortaya koyduğu görüşleri pek çok başka hukuk teorisyenini etkilemiştir. Düşünürün teorisine getirilen eleştirilerle zenginleşen bir literatür de bulunmaktadır.

⁴⁸ Bu konudaki değerlendirmeleri için bkz. HART, "Discretion", s.660.

⁴⁹ Eyaletlerarası Ticaret Komisyonunun fiyat belirlemesi hakkındaki örneği için bkz. HART, "Discretion", s.660-661.

⁵⁰ Shaw, Hart'ın analizindeki merkezi önem taşıyan kavramlar olarak "rasyonellik, dikkate alınan faktörlerin uygun biçimde seçilmesi ve gereçlendirme araçları"ni ele almıştır. Bu başlık altında ilgili tasniften de yararlanılmıştır. (Bkz. SHAW, "H.L.A. Hart's Lost Essay:...", s.706-709.)

⁵¹ HART, "Discretion", s.657.

⁵² HART, "Discretion", s.657.

⁵³ Örnek ve ilgili tartışma için bkz. HART, "Discretion", s.657.

⁵⁴ Bkz. HART, "Discretion", s.664.

⁵⁵ SHAW, "H.L.A. Hart's Lost Essay:...", s.707.

⁵⁶ Bkz. HART, "Discretion", s.656, 665.

⁵⁷ SHAW, "H.L.A. Hart's Lost Essay:...", s.707.

⁵⁸ Bkz. SHAW, "H.L.A. Hart's Lost Essay:...", s.708.

Hart “Takdir” metnini sunduğu sırada dinleyiciler arasında yer alan Lon L. Fuller⁵⁹ ile yürüttüğü tartışma, ilgili literatürün önemli örneklerinden birisidir. Hart-Fuller tartışması, hukukun nasıl açıklanabileceği, hukuk-ahlâk ilişkisi gibi çok daha kapsamlı bir arka planı olan eleştiriler üzerinden ilerlemektedir. Bu bakımdan da hüküm vermenin yapısı ve takdir uygulamasının sınırlarını aşacak bir genişliktedir.⁶⁰ Bu çalışmaya konu olan “Takdir” metni açısından, tartışmanın hukuk kurallarının anlamlarının belirlenmesinde ve genel olarak da hukukun açıklanmasında “amaç” kavramının yerini vurgulayan kısmı özellikle önemli görünmektedir.⁶¹ Fuller hukuku “amaçsal bir etkinlik” olarak ele almaktadır.⁶² Amaç kavramı Fuller için, hem hukukun tanımlanması hem de hukuki akıl yürütme ve hüküm verme süreçleri bakımından merkezi konumdur.⁶³ Shaw’a göre, “amaç”, Hart için de, özellikle hukuki akıl yürütmenin ve hüküm vermenin bir parçası olması bakımından önem taşır⁶⁴; bununla birlikte hukuku “hukuk” yapan şeyin ne olduğunun belirlenmesinde, yani “hukukun tanımlanmasında” amacın yerini araştıran ontolojik soruya Hart, Fuller’dan farklı bir yanıt vermektedir.⁶⁵ Shaw, bu bakımdan Hart’ın “Takdir” metninin, daha sonraki çalışmalarında bu denli açıklıkla ortaya koymadığı biçimde, Fuller’dan ayrı bir pozisyonda olduğunu gösteren bir çalışma olduğu belirlenmesinde bulunur.⁶⁶

Yargılama faaliyeti ve takdir doktrini hakkındaki çalışmaları ve ilgili çalışmalarında Hart’ın yaklaşımına eleştirel göndermeleri nedeniyle burada görüşlerine değinilecek bir diğer isim ise Ronald Dworkin’dir. Dworkin’in, hukukun salt kurallar aracılığıyla tanımlanıp kavranmasının mümkün olmadığını, hukuku açıklarken ilke ve politikaların dikkate alınmasının bir zorunluluk olduğunu ileri sürdüğü teorisi içinde ilkeler önemli bir rol üstlenmektedirler. Bu açıdan pozitivistlerin “bir dava mevcut bir yasayla çözüme kavuşturulamıyorsa yargıcın takdirini kullanması gerekir”⁶⁷ şeklindeki karar verme yöntemine, ilkelerin hukuki akıl yürütmeye dâhil edildiği “haklı cevap tezi”ni içeren bir başka modelle karşı çıkmış olmaktadır.⁶⁸

Dworkin, takdir kavramı açısından zayıf ve güçlü anlamda takdir şeklinde bir ayırma

⁵⁹ Bkz. SHAW, “H.L.A. Hart’s Lost Essay:...”, s.716.

⁶⁰ Fuller’in, Hart’ta takdir kavramının incelendiği bu çalışmanın sınırları içerisinde değinilebilecek itirazlarının temel öğeleri için, “Positivism and Fidelity to Law-A Reply to Professor Hart (Pozitivizm ve Hukuka Bağlılık-Profesör Hart’a Bir Cevap)” başlıklı makalesindeki çekirdek alan-gölgeli alan tartışmasına yoğunlaştığı bölümün incelenmesi mümkündür. Bkz. FULLER, Lon L.: “Positivism and Fidelity to Law-A Reply to Professor Hart”, Harvard Law Review, 71 (4), 1958, s.661-669. (Metnin Türkçe çevirisindeki ilgili kısım için bkz. FULLER, Lon L.: “Pozitivizm ve Hukuka Bağlılık-Profesör Hart’a Bir Cevap”, H.L.A. Hart ve Hukuk-Ahlâk Ayrımı içinde, GÜRLER, Sercan (ed.), çev.: Sevtap Metin, Tekin Yayınevi, İstanbul 2015, s.199-210.) Hart-Fuller tartışmasının kurgusal bir “parka taşıt giremez” kuralı üzerinden şekillenen kısmında, genel bir kuralı tek duruma uygulamada dilin ve amacın öneminin tartışıldığını belirten Frederick Schauer, genel olarak ikili arasındaki tartışmanın hukuki pozitivism-doğal hukuk tartışmalarının ötesinde, hukuk kuralları, hukuki yorum ve hukuk dilinin doğası üzerine de düşünme imkânı sunduğunu söylemektedir. (Bkz. SCHAUER, Frederick: “A Critical Guide to Vecihles in the Park”, New York University Law Review, 83(4), 2008, s.1109.)

⁶¹ İlgili kısım için bkz. FULLER, “Positivism and Fidelity to Law...”, s.662-663.

⁶² Hukukun amaçsal bir etkinlik olmasına ilişkin görüşlerine örnek olması bakımından bkz. FULLER, Lon L.: The Morality of Law, Yale University Press, USA 1969, s.145-151, s.189-190. (Fuller’in çalışmasının Türkçe çevirisindeki ilgili kısım için bkz. FULLER Lon. L.: Hukukun Ahlakı, çev.: Engin Arıkan, Tekin Yayınevi, İstanbul 2016, s.174-181, 226.)

⁶³ SHAW, “H.L.A. Hart’s Lost Essay:...”, s.716.

⁶⁴ Bu konu üzerine yapılan bazı çalışmalarda, Fuller’in, kanunun amacı bilinmeden bu kuralın içindeki bir sözcüğün yorumlanmasının mümkün olamayacağı şeklindeki görüşüne Hart’ın da bir itirazı olmayacağı düşüncesi vurgulanmıştır. Örneğin Brian Bix’e göre Hart, bu hususu yargısal yorumlama için bir başlangıç noktası olarak ele alabilecektir; fakat böylesi kaynakların yargısal takdir ihtiyacından kaçınmak için yeterli olmadığını düşünecektir. (Bkz. BIX, Brian: Law, Language and Legal Determinacy, Oxford University Press, New York 1993, s.29. İlgili örnekler için bkz. İSPİR, Zeynep: “Hart-Fuller Tartışması- ‘Parka Taşıt Giremez’ Kuralı Üzerinden Bir Değerlendirme”, Hukuka Felsefi ve Sosyolojik Bakışlar-V Sempozyumu, İstanbul 2010, Yayınlanmamış Tebliğ Metni, s.16-17.)

⁶⁵ SHAW, “H.L.A. Hart’s Lost Essay:...”, s.717.

⁶⁶ Bu tespitler ile hukuki pozitivism açısından ilgili tartışmanın detaylı bir değerlendirmesi ve “Takdir” metniyle kurulan ilişki için bkz. SHAW, “H.L.A. Hart’s Lost Essay:...”, s.716-721.

⁶⁷ DWORKIN, Ronald: Hakları Ciddiye Almak, çev.: Ahmet Ulvi Türkbağ, Dost Yayınları, Ankara 2007, s.59.

⁶⁸ Bkz. SHAW, “H.L.A. Hart’s Lost Essay:...”, s.721-724. Hart, *The Concept of Law*’un *Postscript* başlığı altında kuralların yol gösterici olmadığını durumlarda yargıçların “hukuk kitaplarını bir tarafa atmadıklarını”, belirli bir biçimde bunlardan hareketle genel ilkelerin ve mevcut hukukun genel hedefleri ve amaçlarının yol göstericiliğine başvurulduğunu dile getirmektedir. (Bkz. HART, The Concept of Law, s.274.) Dworkin, Hart’ın metnine sonradan eklenen bu yorumunu, ilkelerin hukuk içerisindeki yerine ilişkin kendi yaklaşımına benzetmektedir. (Bkz. DWORKIN, Ronald Dworkin: “Hart’s Posthumous Reply”, Harvard Law Review, 130(8), 2017, s.2129.)

gitmektedir. Zayıf anlamda takdir de kendi içinde ikiye ayrılmıştır. İlk zayıf anlamıyla takdirde, kişi “bir otorite tarafından belirlenmiş standartlara bağlı olarak seçim yapmakla yükümlü” olmaktadır. Kimi zaman da takdir “bir yetkili karar vermekte nihai yetkiye sahip olduğunda ve başka bir yetkili tarafından denetlenip geri çevrilmediğinde” kullanılır ki bu ikincisi de zayıf anlamda takdir kullanımını örnekler.⁶⁹ Takdir kullanan kişinin “söz konusu yetkiyi veren standartlarla bağlı olmadığı” durumlarda ise güçlü anlamda takdirden söz edilmektedir.⁷⁰ Dworkin’in itirazı özellikle herhangi bir standartla sınırlanmamış güçlü anlamda takdir kullanımına ilişkindir. Yargıçların hukuk yaratmasına neden olacak biçimde bir takdir kullanımının demokratik olmadığı; bu uygulamanın geriye dönük ve olaydan sonra (*ex post facto*) hukuk oluşturulması anlamına geleceğinden adil olamayacağı da Dworkin tarafından dile getirilmiştir.⁷¹

Hart’ın dilsel analiz yöntemini dahil ettiği teorisi çerçevesinde değinilebilecek ve takdirle ilişkisinde ele alınabilecek bir diğer husus ise, Dworkin’in Hart’ın semantik yaklaşımına ilişkin söyledikleridir.⁷² Bu çerçevede iki düşünürün konvansiyonalist olup olmama bakımından ayrıldığı dile getirilmiştir. Hart’ın bir kavramın içeriğini belirlemek açısından “insanların üzerinde uzlaşması” şeklinde bir zemin arayarak kriteriyal bir yaklaşımı benimsediği eleştirisinde bulunan Dworkin, kendi yaklaşımını yorumlayıcı bir teori olarak açıklamaktadır.⁷³

“Takdir” metnini Dworkin’in eleştirileri çerçevesinde inceleyen Shaw, metnin, Hart’ın sonradan Dworkin’in getireceği itirazlara ilişkin bazı argümanları bakımından bir ön haberci olduğu görüşündedir. Yazar, hukuki akıl yürütmeye kuralların yanı sıra ilkeler, amaçlar, değer temelli etmenlerin eklenmesiyle belirsizliğin ortadan kalkacağı düşüncesinin ve kural-ilke ayrımının bu çalışmada reddedildiğini ileri sürmektedir. Buna göre yemek daveti veren ev sahibinin karar vermesinde etkili olduğu gibi, bir yargıç açısından da standartlar, ilkeler, amaçlar türünden tüm araçlar davanın çözümünde beraberce tartılmak durumundadır.⁷⁴ Bütün bu sayılanlarla beraber yargıç “gerekçeye dayanan ve rasyonel bir biçimde” takdir faaliyetinde bulunuyor olsa da,⁷⁵ en nihayetinde Hart’ta takdir “sayılanlarla sınırlanan bir tercih” halini almaktadır.⁷⁶

Fuller ve Dworkin’in yukarıda kısaca değinilen eleştirileri, Hart’ın hukuk içerisinde takdiri konumlandığı yere ve uygulama biçimine ilişkin “Takdir” metnini kaleme almasından sonra

⁶⁹ Bkz. DWORKIN, Hakları Ciddiye Almak, s.57.

⁷⁰ Bkz. DWORKIN, Hakları Ciddiye Almak, s.58.

⁷¹ Bkz. DWORKIN, Hakları Ciddiye Almak, s.118. Hart, *The Concept of Law*’un *Postscript* başlıklı bölümünde bu itirazlara cevaben, özetle, yargıçların uyumsuzluk çözmek için hukuk yapma gücüyle görevlendirmeleri gerektiğini, bu durumun, kanun koyucunun ilgili konuda düzenleme yapmasını beklememek için ödenecek bir bedel olduğunu dile getirir. Bu kullanımın birtakım sınırlamalara da tabi olduğunu belirten Hart, yargıçların kanun yapamayacaklarını ya da reformları genişletemeyeceklerini, sadece çözmek durumunda kaldıkları somut dava için kural yaratacaklarını ifade eder. Ona göre, bu bağlamda sözü edilen bedel küçük sayılabilir; ayrıca, sınırlı yasama gücünün idareye devri modern demokrasilerin alışılmış bir özelliği iken bu devrin mahkemelere yapılması demokrasi açısından daha büyük bir tehdit gibi görünmemektedir. Son eleştiri içinse Hart, yargının hukuk oluşturarak hukuki sorunu çözmek durumunda kaldığı hallerde, ortada kendisine uyulma beklentisi yaratacak bir hukuk düzenlemesinin zaten bulunmadığını dile getirmektedir. (Bkz. HART, *The Concept of Law*, s.273-276.)

⁷² Dworkin’in teorisi “semantik iğne” adını verdiği bir eleştiriyi de içermektedir. Bu eleştiri, semantik hukuk teorilerinin ihtilafı görmediği alanda dahi, anlamlı ve gözden kaçan bir teorik ihtilaf alanı olduğunu dile getirir. Dworkin, “hukukçuların ne söylediğini ve ne yaptığını dikkatli bir şekilde inceleyerek ortaklaşa sahip olunan kuralları kazıp çıkarma projesi” olarak ifade ettiği ve başarısızlığa mahkum gördüğü semantik teorilere ilişkin eleştirisi ve yorum hakkındaki görüşleri için bkz. DWORKIN, Ronald: *Hukukun Hükümranlığı*, çev.: Ertuğrul UZUN, Nora Kitap, İstanbul 2018, s.55-71, 72-119; DWORKIN, Ronald: *Justice in Robes*, Harvard University Press, 2006, s.9-12; TÜRKBAĞ, Ahmet Ulvi: *Kanıtlanamayan Kanıtlanmak: Ronald Dworkin’in Hukuk Kuramı*, İkinci Baskı, Derin Yayınları, İstanbul 2010, s.127-132.

⁷³ İlgili değerlendirmeler için bkz. Bkz. UYGUR, Gülriş: “Objektiflik, Hukuk ve Ronald Dworkin”, *Aydınlanma ve Hukuk-Modern Hukukun Sorunları Bağlamında Türkiye’de Hukuk*, Hazırlayan: Levent Köker, Osmanlı Bankası Arşiv ve Araştırma Merkezi Yayınları, İstanbul 2008, s.35-37. Dworkin’in eleştirilerine değinilen bölüm için bkz. İSPİR, H.L.A. Hart’ta Açık Metin Kavramı, s.103-111. Ayrıca Hart’ın bu tartışma üzerine söyledikleri için bkz. HART, *The Concept of Law*, s.244-250.

⁷⁴ Bkz. SHAW, “H.L.A. Hart’s Lost Essay:...”, s.723.

⁷⁵ Bkz. SHAW, “H.L.A. Hart’s Lost Essay:...”, s.723. Dworkin’in hukuki bütünlük görüşü ile “Takdir” metni arasında kurulan bağ için ayrıca bkz. SHAW, “H.L.A. Hart’s Lost Essay:...”, s.723.

⁷⁶ Bkz. SHAW, “H.L.A. Hart’s Lost Essay:...”, s.724. Hart’ın, yargıcın dilden kaynaklanan belirsizlik alanında ne yapılması gerektiğine dair somut bir önerisi olmaması nedeniyle takdir kullanımının “nihayetinde bir tercihin dile getirilmesi” olacağı ve bu noktanın Dworkin’in eleştirilerinin önemli bir gerekçesini oluşturduğu vurgusu için bkz. UZUN, Ertuğrul: “H.L.A. Hart: Kurallar Sistemi Olarak Hukuk”, *Çağdaş Hukuk Düşüncesine Giriş* içinde, (ed.) UZUN, Ertuğrul, İthaki Yayınları, İstanbul 2015, s.165.

yayımladığı eserler esas alınarak dile getirilmişlerdir.⁷⁷ Bu çalışma özelinde incelenen “Takdir” de ortaya çıkarılmasının ardından ayrıca çeşitli incelemelerin konusu olmuştur. Bu incelemeler, metnin hukuk teorisi içerisindeki yerine, özel olarak da Hart’ın hukuk teorisi için önemine ilişkin saptamalar ortaya koymaktadırlar. Giriş bölümünde de değinildiği gibi, Hart’ın bu metninde dile getirdiği görüşler ile Hukuki Süreç Okulunun yaklaşımı arasında benzerlikler olduğu iddiası bunlardan birisidir.⁷⁸ Bu nedenle aşağıda öncelikle bu iddiaya ve sonrasında da metin üzerine diğer bazı görüşlerden örneklere yer verilecektir.

Hart, hukukta kaçınılmaz olarak karşı karşıya kalınan belirsizlik tartışmaları açısından formalizm ile kural şüpheciliği arasında bir orta yolu benimsemekte ve bu durumun yol açabileceği çözüm eksikliğinin takdir kullanımını gerektirdiğini ileri sürmektedir. Süreç teorisyenleri de, hukuki belirsizliğin hukuk devleti ile tutarlı biçimde var olabileceği bir teori oluşturma gayretindedirler. Buna göre “yeterince sınırlandırılmışsa ve sorumlu bir biçimde icra ediliyorsa” takdir, hukuk sistemleri için kabul edilebilir bir kurumdur.⁷⁹ Dolayısıyla bir orta yolu benimsemek bakımından benzeşmelerinin yanı sıra belirsizlik, takdir ve hukuk devleti (rule of law) arasında kurdukları ilişki açısından da iki yaklaşım arasında ortaklık bulunduğu söylenebilir. Süreç teorisyenlerinin takdir yetkisine ilişkin görüşlerini Shaw, şöyle dile getirmektedir:

“Süreç teorisyenlerine göre, sorumlu yargıçlar, davalarda rasyonel biçimde, kurumsal pozisyonlarını idarenin diğer alanlarıyla ilgisinde gözeterek ve gerekçelerini yargı organının mesleki becerisini, rasyonelliğini ve ferasetini yansıtacak biçimde yazılı olarak açıklayarak karar verirlerse –ki bunlar kamuya güven telkin edecek unsurlardır– takdir yetkisi ve hukuk devleti beraberce var olabilirler.”⁸⁰

Hart’ın hukuk devleti ile ilişkisinde belirsizliğe ilişkin yaklaşımı Hukuki Süreç Okulu ile benzerlik taşımaktadır. Buna göre belirsizlik, uygun metotla ortadan kaldırıldığı müddetçe, hukuk sistemlerinin kaçınılmaz olmakla birlikte kabul edilebilir bir parçasıdır.⁸¹

Hart’ın gerekçe (reason) ve rasyonel gerekçelendirme üzerinde özellikle duruyor oluşu ile Süreç Okulunun güçlü yargısal karar verme açısından normatif bir gereklilik olarak gördüğü gerekçeli açıklama (reasoned elaboration) arasında da bir ilişki kurulmuştur.⁸² Buna göre her iki görüş açısından da rasyonellik, yargıçların ve hukuk alanındaki diğer yetkililerin sağlamakla yükümlü oldukları bir gerekliliktir.⁸³ Shaw, Hart’ın metnine bu konuda bir eleştiri getirmektedir. Yazar, Hart’ın gerekçe (reason) ve rasyonel onam (rational approval) ile neyi kastettiğini tam olarak ifade etmediğini, makalenin zayıf sayılabilecek yönlerinden birinin rasyonellik talebinin karar vermeyi nasıl sınırlandırdığının tartışılmamış olması olduğunu söylemektedir.⁸⁴

İki yaklaşım arasındaki ilişkiye dair bir diğer husus, “Takdir”in, Hart’ın daha soyut ve

⁷⁷ Söz konusu itirazlar Fuller ve Dworkin’in eleştirileri ile sınırlı değildir. Ancak burada ilgili çalışmalarda en çok göndermede bulunulan değerlendirmelere örnek olması bakımından bu iki isim üzerinde özellikle durulmuştur.

⁷⁸Bkz. SHAW, “H.L.A. Hart’s Lost Essay:...”, s.676-693. Bu konudaki kapsamlı doktora tezi çalışması için bkz SHAW, Geoffrey C.: The Rise and Fall of Liberal Legal Positivism- Legal Positivism, Legal Process and the H.L.A. Hart’s America 1945-1960, Oxford University, 2013, https://ora.ox.ac.uk/objects/uuid:e7ea644b-0d13-4a60-8993e4119404a5ca/download_file?file_format=pdf&safe_filename=Hart_DPhil.pdf&type_of_work=Thesis, Erişim tarihi: 10.10.2019.) Ayrıca bkz. LACEY, “The Path Not Taken...”, s.637-641.

⁷⁹ SHAW, “H.L.A. Hart’s Lost Essay:...”, s.668.

⁸⁰ SHAW, “H.L.A. Hart’s Lost Essay:...”, s.668.

⁸¹ SHAW, “H.L.A. Hart’s Lost Essay:...”, s.672.

⁸² SHAW, “H.L.A. Hart’s Lost Essay:...”, s.707. Süreç teorisyenleri farklı görevlerin farklı kurumlara (örneğin: mahkemeler, yasa koyucular, idari organlar gibi) nasıl tahsis edilebileceğini belirlemek üzere bir kurumsal yetki (institutional competence) teorisi geliştirmişlerdir. Bu çerçevede, “yasa koyucular, kurumlar (agencies) ve idarenin organları –uzmanlıklarına göre ve demokratik vekalet mekanizması aracılığı ile– siyasi kararlar oluşturmada rol üstlenebilirler... gerekçe (reason) ve ilkelere uygun biçimde sorun çözebilme yeteneğine sahip olacak kurumlar ise sadece mahkemelerdir... Yargısal kararların rasyonel olmaları, siyasi önceliklerden ziyade genel ilkelere yaslanmaları, yazılı olarak açıklanmaları gerekir. (Bkz. SHAW, “H.L.A. Hart’s Lost Essay:...”, s.678-679.) Gerekçeli açıklama (reasoned elaboration) kavramı süreç teorisi açısından özellikle vurgulanan bir kavramdır. Shaw’ın belirttiği üzere, “bir hukuk kuralı davanın sonucunu belirlemede başarısız oluyorsa ve yargıç hukuk oluşturmak zorundaysa, yargıcın, önündeki sorunu çözebilme üzere yürütmesi gereken faaliyet, hukuku, “gerekçeli açıklaması”nı yaparak genişletmek olacaktır.” Bu faaliyet sırasında yargıç hukuk düzeninin genel amaçlarının da ötesine geçerek, söz konusu o tek hukuk düzenlemesinin spesifik amaçlarının da “gerekçeli açıklamasını” yapacaktır. Böylesi bir açıklama teorisi, yargısal fonksiyonun gerekçelendirilmesi ve bu fonksiyonun sınırlandırılması gibi iki büyük tartışma alanına sağladığı katkının yanı sıra, yeri geldiğinde, yargıçlardan diğer kurumların kararlarına saygı göstermelerini talep ederek ve yargısal kararların şeffaf, rasyonel ve amaca yaslanmasında ısrarcı olarak mahkemelerin gücünün sınırlandırılmasını da sağlamaktadır. (Bu açıklamaları için bkz. SHAW, “H.L.A. Hart’s Lost Essay:...”, s.679-680.)

⁸³ SHAW, “H.L.A. Hart’s Lost Essay:...”, s.707.

⁸⁴ SHAW, “H.L.A. Hart’s Lost Essay:...”, s.707.

kavramsal diğer çalışmalarına nazaran, hukukun kurumsal yönüne verdiği yerdir. Buna göre metin, yetkililerin hukuki metinleri yorumlarken karşılaştıkları güçlükler ve yönetimin idari ayağının karmaşık çalışma biçimine de yer verecek biçimde kaleme alınmıştır.⁸⁵ Kurumsal yapıya ilişkin söz konusu soruların tartışılmış olması, Süreç Okulunun, Hart'ın Harvard Üniversitesinde bulunduğu süre içerisinde görüşlerine yaptığı etki olarak yorumlanmıştır.⁸⁶

Shaw'un, "Takdir" in Hukuki Süreç Okuluyla ilişkisi dışında önemli gördüğü ikinci nokta ise, bu metin ile Hart'ın bir hukuki akıl yürütme teorisi taslağı ortaya koymuş oluşudur. Buna göre Hart, sonraki çalışmalarında hukuki sistemlerin kavramsal yapısı, hukuk-ahlâk ilişkisi, ceza hukuku teorisi üzerinde daha çok durup, "Takdir"deki bu belirgin temadan uzaklaşacaktır.⁸⁷ Shaw'un bu konudaki belirlemesi, Hart'ın *Concept of Law*'da "yargılama ve hukuki akıl yürütme konularında çok az söz söylediği" yönündeki itirafıyla da desteklenmektedir.⁸⁸

Nicola Lacey ise, Hart'ın "Takdir" metninin diğer çalışmaları arasında ayırt edici biçimde öne çıkan özelliğinin "hukuki karar vermenin doğasına ilişkin kavrayışımızda kurumsal faktörlerin önemine vurgusu" olduğunu söylemektedir.⁸⁹ Dilsel analiz yöntemini etkin kullanımı, sosyal pratiklerden hareketle gösterdiği ayrımlar ve bu pratikler içindeki derin mantığı aydınlatma biçimi, Lacey açısından bu metnin önemli görünen yanlarıdır. Yazarın dikkatlerimize sunduğu bir diğer nokta ise metinde Hart'ın, farklı biçimde yapılandırılmış hukuki kurumlar ile takdiri şekillendiren ve sınırlandıran bir hukuk doktrini alanına verdiği önemi ortaya koyuyor oluşudur.⁹⁰

Lacey'nin işaret ettiği üzere Hart'ın takdir yaklaşımı, Amerikan realizminin resmettiği ve hukuk kurallarını hiçbir biçimde normatif standartlar olarak görmeyen "kâbus" denebilecek aşırı uç ile hukuki standartların tüm davalar açısından sonuçları belirleyebilecek nitelikte görüldüğü "rüya" denilebilecek bir başka aşırı uç arasında bir orta yolu ifade etmektedir.⁹¹ Takdir metninde bu orta yol, birtakım sınırlamalar ve gereklerle açıklanmaya çalışılmıştır. Bununla birlikte özellikle takdire ilişkin tasnif yapıldıktan sonra, karar verici organlara ilişkin detaylı analizlerin yerini daha soyut argümanların ve örneklerin aldığı da bir eleştiri olarak dile getirilmiştir.⁹²

Yukarıdaki analizlerin yanı sıra, Hart'ın metninin tamamen başka bir biçimde değerlendirilmesi gerektiğini düşünen eleştiriler de mevcuttur. Örneğin Allan C. Hutchinson, "kısa, taslak halinde ve yayımlanmamış bir bildiri" metninin bu denli ilgi görmesinin günümüz hukuk teorisi alanının zayıflığı olduğunu, metnin Hart'ın görüşlerinin sonradan başka eserlerinde ilgili tartışmalara yer verdiği "tarihsel bir dipnotu" olduğunu düşünmektedir. Hutchinson'a göre bugün hukuk felsefesi çalışmalarında, yargısal takdir açısından, kendilerine ait avantajları-dezavantajları olan ve ancak Hart'ın zamanı açısından özgün sayılabilecek (pozitivizm, doğal hukuk, formalizm gibi) perspektifler üzerinde durmaktansa, başka bir bakış açısı geliştirilmesi gerekmektedir.⁹³ Takdirin bir yorum faaliyeti olması gerektiğinde ısrarcı olan bu eleştiri, hukuku yorumlayanlardan, hukuksal metinlerin dışındaki diğer faktörleri de hesaba katacak aktif bir yaratımda bulunmalarını talep etmektedir.⁹⁴

⁸⁵ Shaw, "H.L.A. Hart's Lost Essay:...", s.674.

⁸⁶ Bkz. SHAW, "H.L.A. Hart's Lost Essay:...", s.674. Süreç Okulu teorisyenlerinden Henry Hart'ın takdir üzerine söyledikleri ile H.L.A. Hart'ın yaklaşımı arasındaki benzerlik ve farklılıklar için bkz. SHAW, "H.L.A. Hart's Lost Essay:...", s.710-716.

⁸⁷ SHAW, "H.L.A. Hart's Lost Essay:...", s.674.

⁸⁸ Bkz. HART, *The Concept of Law*, s.259.

⁸⁹ Bkz. LACEY, "The Path Not Taken...", s.637.

⁹⁰ Bkz. LACEY, "The Path Not Taken...", s.642.

⁹¹ Bu iki aşırı uca ilişkin rüya ve kâbus benzetmeleri için Lacey, Hart'ın "American Jurisprudence Through English Eyes: The Nightmare and the Noble Dream" başlıklı makalesinden hareket etmektedir. Bkz. LACEY, "The Path Not Taken...", s.643. Formalizm, doğal hukuk ve Dworkin'in hüküm vermeye ilişkin teorisi aşırı uçlardan ve Hart'ın "rüya" olarak gördüğü ikinci gruba dahil edilmektedir. (Bkz. LACEY, "The Path Not Taken...", s.643.)

⁹² Bkz. LACEY, s.646-647. Lacey, "Takdir" metninde, henüz başlangıçta beşinci soru olarak belirlenen, takdirin etkili biçimde nasıl yapılandırılacağı sorusunun yanıtının analitik hukuk felsefesi ve sosyo-hukuki çalışmalar arasında kurulacak bir diyalogu mümkün kılabileceğini ve hatta hukuk devleti itirazına da güçlü bir yanıt ortaya koyabileceğini; ancak Hart'ın bu yola gitmediğini dile getirmiştir. Bu konudaki diğer eleştirel değerlendirmeleri için bkz. LACEY, "The Path Not Taken...", s.649-651.

⁹³ Bkz. HUTCHINSON, Allan C.: "Chewing Cud: Revisiting Hart and Jurisprudence", *Jurisprudence*, 5(1), 2014, s.29-40.

⁹⁴ Bkz. HUTCHINSON, özellikle s.36-39.

IV. SONUÇ

Hart'ın Amerika'da geçirdiği akademik dönem, hukuk teorisi alanına kazandırdığı pek çok çalışmanın da temellerinin atıldığı bir dönem olarak gösterilmektedir.⁹⁵ Bu dönemde kaleme aldığı “Takdir” başlıklı metnin incelediği pek çok husus daha sonra, çeşitli çalışmalarında yer almıştır. Bu bakımdan, söz konusu metin öncesi erişebildiğimiz Hart literatürü içerisinde, ilgili takdir tartışması belirli ölçüde ve hâlihazırda yapılmış durumdadır. Bununla birlikte kavrama ilişkin öncelikli olarak tartışmaya değer görülen temel soruların saptanmasıyla, yargı mekanizması içinde olduğu kadar bunun dışındaki alanda da takdir kullanımına ilişkin yaptığı tasnif ve analizlerle, bir yöntem olarak sıkça kullandığı dilsel-kavramsal analizin herhangi bir hukuki kavramın anlaşılmasındaki yerini göstermesi bakımından başvurduğu örneklerle bu metin, Hart çalışmaları açısından çeşitli bağlantıların daha rahat kurulmasına imkân veren bir başvuru kaynağı niteliğindedir.

Bu metin içinde Hart'ın takdiri, keyfi ve kişisel belirlenimlerden etkilenen seçimlerden farklı bir biçimde, belirli sınırlamaları ve gerekleri karşılaması gereken bir hukuk yapma yolu olarak açıkladığını görmekteyiz. Bu sınırlandırma kaynakları ve yol gösterici araçlar düşünürün kaçınılmaz gördüğü hukuki belirsizlik tartışmaları açısından da önemlidir. Çünkü Hart'a göre, bir karar verme biçimi olarak gereği gibi kullanılması halinde belirsizliği giderme aracı niteliği taşıyan takdir, hukuk devleti açısından bir tehlike değil, bir kazanım olarak görülebilecektir.

Hart hukuk uygulamasında takdiri, pratik bilgeliği, sağduyu, basiret gibi olanakların kullanımına imkân veren “entelektüel bir erdem” olarak nitelendirmektedir. Sonraki çalışmalarından *The Concept of Law*'da da hukukta karara ulaşma süreçleri içerisinde yargıçtan beklenen “karakteristik yargısal erdemler”e tekrar değinmektedir. Bununla birlikte, “Takdir” metni içerisinde faaliyetin kapsamı ve sınırları açısından, bu türden önemli belirleyenler ve ölçülerin nasıl etkin ve kontrol edilebilir biçimde kullanılabilmesine ilişkin detaylı bir analiz sunulmamaktadır. Bu durum, her ne kadar gerekçelendirme, kurumsal rollerin gerekleri, rasyonellik gibi sınırlamalar içerse de belirli bir tercihin ortaya konması anlamına gelen takdir faaliyetinin metinde sunulan çerçevesini, yukarıda sayılan katkılarına rağmen eleştiriye açık hale getirmektedir.

⁹⁵ LACEY, “The Path Not Taken...”, s.637. Lacey'nin, Hart üzerine ünlü biyografik çalışmasının düşünürün Harvard'da geçirdiği dönemi anlattığı bölümü için bkz. LACEY, Nicola: *A Life of H.L.A. Hart-The Nightmare and the Noble Dream*, Oxford University Press, New York 2004, s.179-208.

KAYNAKÇA

- BIX, Brian H.: “H.L.A. Hart and the ‘Open Texture’ of Language”, *Law and Philosophy*, 10(1), 1991, s.51-72.
- BIX, Brian: *Law, Language and Legal Determinacy*, Oxford University Press, New York 1993.
- BIX, Brian H.: *A Dictionary of Legal Theory*, Oxford University Press, New York 2004.
- DWORKIN, Ronald: *Justice in Robes*, Harvard University Press, 2006.
- DWORKIN, Ronald: *Hakları Ciddiye Almak*, çev.: Ahmet Ulvi Türkbağ, Dost Kitabevi Yayınları, Ankara 2007.
- DWORKIN, Ronald: “Hart’s Posthumous Reply”, *Harvard Law Review*, 130(8), 2017, s.2096-2130.
- DWORKIN, Ronald: *Hukukun Hükümranlığı*, çev.: Ertuğrul UZUN, Nora Kitap, İstanbul 2018.
- FULLER, Lon L.: “Positivism and Fidelity to Law-A Reply to Professor Hart”, *Harvard Law Review*, 71(4), 1958, s.630-672.
- FULLER, Lon L.: *The Morality of Law*, Yale University Press, USA, 1969.
- FULLER, Lon L.: “Pozitivizm ve Hukuka Bağlılık-Profesör Hart’a Bir Cevap”, H.L.A. Hart ve Hukuk-Ahlâk Ayrımı içinde, GÜRLER, Sercan (ed.), çev.: Sevtap METİN, Tekin Yayınevi, İstanbul 2015, s.153-215.
- FULLER, Lon.L.: *Hukukun Ahlakı*, çev.: Engin ARIKAN, Tekin Yayınevi, İstanbul 2016.
- HART, H.L.A.: “Positivism and the Separation of Law and Morals”, *Harvard Law Review*, 71 (4), 1958, s.593-629.
- HART, H.L.A.: *The Concept of Law*, 2nd ed., Oxford University Press, New York 1994.
- HART, H.L.A.: “Discretion”, *Harvard Law Review*, 127(2), 2013, s.652-665.
- HART, H.L.A.: “Pozitivizm ve Hukuk ile Ahlâkın Ayrılması”, H.L.A. Hart ve Hukuk- Ahlâk Ayrımı içinde, GÜRLER, Sercan (ed.), çev.: Ertuğrul UZUN, Tekin Yayınevi, İstanbul 2015, s.101-151.
- HUTCHINSON, Allan C.: “Chewing Cud: Revisiting Hart and Jurisprudence”, *Jurisprudence*, 5(1), 2014, s.29-40.
- İSPİR, Zeynep: “H.L.A. Hart’ta Açık Metin Kavramı”, *Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi*, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2008.
- İSPİR, Zeynep: “Hart-Fuller Tartışması- ‘Parka Taşıt Giremez’ Kuralı Üzerinden Bir Değerlendirme, Hukuka Felsefi ve Sosyolojik Bakışlar-V Sempozyumu, İstanbul 2010, Yayımlanmamış Tebliğ Metni.
- LACEY, Nicola: *A Life of H.L.A. Hart-The Nightmare and the Noble Dream*, Oxford University Press, New York 2004.
- LACEY, Nicola: “The Path Not Taken: H.L.A. Hart’s Harvard Essay on Discretion”, *Harvard Law Review*, 127(2), 2013, s.636-651.
- SCHAUER, Frederick: “A Critical Guide to Vecihles in the Park”, *New York University Law Review*, 83 (4) 2008, s.1109-1134.
- SHAW, Geoffrey C.: “H.L.A. Hart’s Lost Essay: Discretion and the Legal Process School”, *Harvard Law Review*, 127(2), 2013, s.666-727.
- SHAW, Geoffrey C.: *The Rise and Fall of Liberal Legal Positivism- Legal Positivism, Legal Process and the H.L.A. Hart’s America 1945-1960*, Oxford University, 2013. ([https://ora.ox.ac.uk/objects/uuid:e7ea644b-0d13-4a60-8993e4119404a5ca/download_file?file_format=pdf&safe_filename=Hart_DPhil.pdf](https://ora.ox.ac.uk/objects/uuid:e7ea644b-0d13-4a60-8993e4119404a5ca/download_file?file_format=pdf&safe_filename=Hart_DPhil.pdf&type_of_work=Thesis) &type_of_work=Thesis, Erişim tarihi: 10.10.2019.)
- SURLU, Aydan Ömür: “H.L.A. Hart’ta Yargıcın Takdir Hakkı”, *Erzincan Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, 2(2), 2009, s.483-489.
- ŞAHİN CEYLAN, Şule: *H.L.A. Hart’ın Hukuk Kavramı*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2014.
- TÜRKBAĞ, Ahmet Ulvi: *Kanıtlanamayanı Kanıtlamak: Ronald Dworkin’in Hukuk Kuramı*, İkinci Baskı, Derin Yayınları, İstanbul 2010.
- UYGUR, Gülriz: “Objektiflik, Hukuk ve Ronald Dworkin”, *Aydınlanma ve Hukuk- Modern Hukukun Sorunları Bağlamında Türkiye’de Hukuk*, Hazırlayan: Levent Köker, Osmanlı Bankası Arşiv ve Araştırma Merkezi Yayınları, İstanbul 2008, s.30-42.
- UZUN, Ertuğrul: “H.L.A. Hart: Kurallar Sistemi Olarak Hukuk”, *Çağdaş Hukuk Düşüncesine Giriş* içinde, UZUN, Ertuğrul (ed.), İthaki Yayınları, İstanbul 2015, s.139-165.
- ÜYE, Saim: “Gündelik Dil Felsefesi, Betimleyici Sosyoloji ve Eleştirelilik”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 27(114), 2014, s.361-380.

TAŞINMAZ ÜZERİNDE GERİ ALIM HAKKI

THE RIGHT OF REPURCHASE ON IMMOVABLE PROPERTY

Pınar GÜZEL *  

Makale Bilgi

Gönderilme: 04/02/2020
Kabul: 27/05/2020

Anahtar Kelimeler

*Geri Alım
Sözleşmesi,
Satış İlişkisi
Doğuran Haklar,
Yenilik Doğurucu
Hak.*

Article Info

Received: 04/02/2020
Accepted: 27/05/2020

Keywords

*Repurchase Contract,
Rights Triggering Sale
Contract,
Formative Right.*

Özet

Özel hukukta geri alım hakkı, malike sattığı malı belirli koşullar ve bir bedel karşılığında tek taraflı irade beyanı ile geri alabilmesi imkânını bahşeden yenilik doğurucu bir haktır. Söz konusu bu hak Türk hukukunda özellikle taşınmaz mallar açısından önem arz eder. Geri alım hakkı çoğunlukla sözleşme ile doğar ve satış sözleşmesinin içinde, bir yan anlaşma olarak veya bir ek anlaşma olarak öngörülebilir. Türk Medenî Kanunu'nda ve Türk Borçlar Kanunu'nda taşınmazları konu edinen geri alım hakkını kuran sözleşmenin geçerliliğinin resmî şekilde kurulmasına bağlı olduğu ve geri alım hakkının azami on yıl için kurulabileceği düzenlenmektedir. Geri alım hakkı bir nispi hak olup, Türk Medenî Kanunu uyarınca tapu siciline şerh edilebilir. Şerh edilmiş geri alım hakkı taşınmaz üzerinde şerhten sonra aynı hak iktisap eden kişilere karşı da ileri sürülebilir. Geri alım hakkı, uygulamada çoğunlukla teminat fonksiyonu icra etmektedir ve kanunda açıkça yer verilmiş bir hak olması sebebiyle lex commissoria yasağını ihlâl etmediği kabul edilmektedir.

Abstract

The right of repurchase in private law is a formative right providing the owner of an asset sold with the option to repurchase under particular conditions for a certain price by unilateral declaration of will. This is of particular importance for immovable assets under Turkish law. The right of repurchase often arises from a contract and can be stipulated within or as a side contract to a sale contract or as a supplement thereto. The Turkish Civil Code and Turkish Code of Obligations provide the official form as a validity condition for the repurchase contract regarding immovable assets. The right of repurchase can be established for a maximum period of ten years. Being a right in personam, the right of repurchase can be annotated with the land registry. The annotated right can be asserted against parties subsequently acquiring rights in rem over the asset. In practice, the right of repurchase often serves as security and is not considered as breach of the lex commissoria prohibition since it is a right regulated by law.

I. GİRİŞ

Geri alım (vefa) hakkı, malikle malı devralan arasında kurulan ve geri alım sözleşmesi (anlaşması) olarak adlandırılan sözleşme çerçevesinde, önceki malike, tek taraflı bir geri alım beyanında bulunarak, bir geri alım bedeli karşılığında malı geri alma imkânını veren, kurucu bir yenilik doğuran haktır¹. Sözleşmenin nispiyeti gereğince, kural olarak geri alım hakkı, hakkı tesis eden sözleşmenin tarafları ve onların küllî halefleri arasında hüküm ifade eder². Ancak kanun koyucu çeşitli iktisadî fonksiyonlara hizmet eden bu hakkın şerh edilerek taşınmaz üzerinde sonradan hak edinen üçüncü kişilere karşı da ileri sürülebilmesine imkân tanımıştır³.

Geri alım hakkına ilişkin düzenleme “bey’i bilvefa mukavelesi” kavramı altında 818 sayılı Borçlar Kanunu’nun 213. maddesinde sözleşmenin geçerlilik şekline ilişkin kuralla sınırlı olarak yer almaktaydı. 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun (TBK) m.237 ila m.239 hükümleri, geri alım hakkını kuran sözleşmenin geçerlilik şeklinin yanında, hakkın süresi, şerhi ve devredilebilirliği hususlarını içermektedir. Ayrıca Türk Medenî Kanunu’nun (TMK) m.736 ve m.1009 hükümleri, geri alım hakkının şerh edilmesini ve şerhin geçerlilik süresini düzenlemektedir.

TMK’da veya TBK’da, iradî olmayan mülkiyet kısıtlaması getiren bir “kanunî” geri alım hakkı düzenlenmemiştir. Kamulaştırma Kanunu’nda düzenlenen “geri alma hakkı”, kamulaştırılmış malı (eski) malike kazandırma işlevi bakımından sözleşmeden kaynaklanan geri alım hakkına benzese de, ortaya çıkma koşulları ve amacı bakımından farklılık arz eder. Kamulaştırma Kanunu m.22 ve m.23, malike, kamulaştırmadan sonraki beş yılda malın kamuya tahsisine ihtiyaç kalmaması veya idarenin taşınmazı amacına uygun kullanmaması veya olduğu gibi bırakması hallerinde kamulaştırma bedeli karşılığında malını geri alma hakkı verir. Bu düzenlemelerin amacı, kamulaştırmadaki kamu yararının gerçekleşmemesi, gerçekleşme imkânının kalmaması veya ortadan kalkması durumunda, kamu yararı ve bireyin mülkiyet hakkı arasındaki dengenin korunması düşüncesiyle malın malike iadesidir⁴.

Geri alım hakkının konusu taşınırlar ve taşınmazlar olabilir. Taşınmazlara ilişkin geri alım hakkının pozitif hukukumuzdaki yeri ve uygulamadaki önemi itibarıyla bu çalışmada taşınmaz üzerinde kurulan geri alım hakkı ve bu hakka vücut veren geri alım sözleşmesine ilişkin hususiyetler ele alınmaktadır.

II. GERİ ALIM HAKKI KAVRAMI, GERİ ALIM HAKKININ HUKUKİ NİTELİĞİ ve BENZER HUKUKİ MÜESSESELERDEN AYIRT EDİLMESİ

A. Geri Alım Hakkı Kavramı

Geri alım hakkının ve geri alım sözleşmesinin (anlaşmasının) temeli eski hukuk sistemlerine uzanır. Roma hukukunda geri alım anlaşmasına benzeyen, rızâ akitlerden alım satım akdinde sözleşmenin tipine özgü hükümleri değiştirmeye yarayan ek koşullardan biri olan *pactum de retrovendendo* (*pactum de retroemendo*) ile satıcıya semeni alıcıya iade ederek malı geri alma imkânı tanınabilmekteydi⁵. Türk hukukundaysa eskiden dinî sebeplerle faizsiz kredi sağlamak

¹ SEBÜK, Tahir, Şüf’a, Vefa ve İştirâ Hakları, Kader Basımevi, İstanbul, 1951, s.25; NOMER, Halûk N., Vefa Hakkı (Vefa), Beta, İstanbul, 1992, s.3; OĞUZMAN, Kemal/SELİÇİ, Özer/OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe, Eşya Hukuku Kısaltılmış Ders Kitabı, 2.B., Filiz, İstanbul, 2019, s.296; ARSLAN UGAN, Deniz, Geri Alım (Vefa) Hakkı, Yetkin, Ankara, 2020, s.21.

² OĞUZMAN, Kemal/ÖZ, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt:I, 17.B, Vedat, İstanbul, 2019, s.28; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip, Borçlar Hukuku Genel Bölüm: Borçlar Hukukuna Giriş, Hukukî İşlem, Sözleşme (Borçlar Hukuku), Cilt:1, 4.B, Filiz, İstanbul, 2008, s.15.

³ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s.138-139; SUTTER-SOMM, Thomas, Schweizerisches Privatrecht, Cilt: V/1: Eigentum und Besitz, Helbing&Lichtenhahn, Basel, 2014, s.28-29.

⁴ AKGÜNER, Tayfun/ERMAN, Hasan, “Kamulaştırmada Son Gelişmeler ve Malikin Geri Alma Hakkı (İlginç Bir Karar)”, İKÜHFD, 1(1-2), 2002, s.17; SOLMAZ, Eren, Kamulaştırma Hukukunda Malikin Geri Alma Hakkı, XII Levha, İstanbul, 2016, s.10, 151. İdarenin hareketsiz kalmasının malik lehine haklar doğuran sebep olarak değerlendirilmesi hakkında bkz. Danıştay İDDGK’nın E.2007/2255 K.2012/801 sayılı, 24.5.2012 tarihli kararı, (www.kazanci.com), (Erişim Tarihi: 10.05.2020).

⁵ di MARZO, Salvatore, Roma Hukuku (Çeviren:Ziya UMUR), 2.B, İstanbul Matbaası, İstanbul, 1959, s.441 [“*si ea nupta eiesse desisset, ut eos fundos si ipse vellet eodem pretio mulier transcriberet viro*”(Aralarında mevcut evlenme kalkarsa ve koca isterse kadın satın almış olduğu taşınmazları aynı fiyatla iade etmek zorundadır.); BERGER, Adolf, Encyclopedic Dictionary of Roman Law, New Jersey, 2014, s.615. Yazarlar, *pactum de retrovendendo* ve *pactum de retroemendo* arasında ayırım yapmamışlardır. Bazı yazarlar geri alım hakkını ifade etmek için *pactum de retroemendo*’yu tercih etmektedirler. Bkz. ZIMMERMANN, Reinhard, The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition, Cape Town, 1996, s.509-510, dn.12; PRAGER, Georg, Allgemeine Lehren und Sachenrecht:1, Berlin, 1888, s.59. Diğer bazı yazarlar, *pactum de retrovendendo*’nun alıcıya geri satma, *pactum de*

amacıyla geri alım hakkına başvurulmaktaydı. Günümüzde geri alım hakkı, kanunî faiz sınırları dışında faiz elde etmek ve özellikle taşınmaz maliki tarafından kredi teminatı sağlamak veya daha genel bir ifadeyle ilk satışın hükümlerini teminat altına almak amacıyla başvuru bir yol olarak karşımıza çıkmaktadır⁶.

Taşınmaza ilişkin geri alım hakkı düzenlenmekle birlikte, ne TBK ne de TMK kavramını tanımlanmaktadır. Öğretide geri alım hakkı, maliki bulunduğu taşınmazı başkasına devretmiş olan kimseye, taşınmazı tek taraflı irade açıklamasıyla geri alma yetkisi bahşeden hak olarak tanımlanmaktadır⁷. Geri alım ilişkisinde malik, taşınmazını başkasına devretmekte, ancak devri gerçekleştirirken taşınmazı geri alım bedeli karşılığında geri satın alma hakkı malike tanınmaktadır. Esasen öğretide ifade edildiği üzere geri alım hakkı bir alım hakkıdır⁸. Taşınmazı satın alma hakkının üçüncü kişiye değil, daha önce taşınmazı satmış bulunan kişiye tanınması onu diğer alım haklarından ayırır.

B. Geri Alım Hakkının Doğumu

Uygulamada geri alım hakkı çoğunlukla bir geri alım sözleşmesiyle tanınmaktadır (TBK m.237/f.2). Malik geri alım sözleşmesiyle, satın mülkiyetini devrettiği taşınmazı, sözleşmede belirtilen koşullar çerçevesinde ve bedelin ödenmesi karşılığında geri alma imkânına sahip olur⁹.

Öğretideki ağırlıklı görüş¹⁰ uyarınca geri alım hakkı ölüme bağlı bir tasarrufla, örneğin bir vasiyetnameyle de kurulabilir. Hakkın vasiyetnameyle geçerli olarak kurulması vasiyetnameye ilişkin şekil koşullarına uyulmasını gerektirir¹¹. Geri alım hakkı miras sözleşmesine de konu edilebilir¹². Aksi yöndeki görüşe¹³ göre, geri alım hakkı kural olarak ölüme bağlı tasarrufla kurulamaz, ancak geri alım sözleşmesinde hakkın kullanılması hakkı tanıyan tarafın ölümüne geçerli olarak bağlanabilir. Ölüme bağlı tasarrufla kurulan geri alım hakkı tahvil veya yorum yoluyla alım hakkı olarak geçerli kabul edilebilir¹⁴.

1. Geri Alım Sözleşmesi

Taşınmazının mülkiyetini devreden kişiye geri alım hakkı tanımak üzere yapılan sözleşme “geri alım sözleşmesi” şeklinde ifade edilmektedir. Sözleşmenin objektif esaslı unsurları tarafların kimlikleri ve geri alım konusu şeydir. Geri alım bedeli belirlenmiş olabilir, ancak sözleşmenin objektif esaslı unsurlarından biri değildir. Bedel belirlenmemişse satış

retroemendo'nun satıcıya geri alma imkânı veren, birbirinden farklı kavramlar olduğunu belirtmektedirler. Bkz. BUCKLAND, William Warwick, A Text-Book of Roman Law from Augustus to Justinian, Cambridge, 1921, s.492; APATHY, Peter/KLINGENBERG, Georg/PENNITZ, Martin, Einführung in das römische Recht, 6.B, Böhlau, Viyana, 2016, s.172. Kavram tercihindeki farklılaşmanın, aynı metne dayanılarak yapılan yapay ayırmadan kaynaklandığına dair bkz. TAHAN, Duygu, “Roma Hukuku’nda Alım Satım Akdine Bağlı *Pactum*’lar”, İnÜHFD, C.8, S.1, 2017, s.214-215.

⁶ OLGAÇ, Senai, Şüf’a Vefa İştirâ Hakları, Olgaç Matbaası, Ankara, 1978, s.246; NOMER, Halûk Nami, “Teminat Amaçlı Vefalı Satışlar ile İnanç Sözleşmeleri ve Lex Commissoria Yasası” (Teminat), Cevdet Yavuz’a Armağan, Cilt:II, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 2016, s.2007.

⁷ OLGAÇ, s.247; TANDOĞAN, Halûk, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Cilt: I/1, 6.B, İstanbul, Vedat, 2008, s.275; NOMER, Vefa, s.3; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s.296; SİRMEN, Lale, Eşya Hukuku, 7.B, Yetkin, Ankara, 2019, s.419.

⁸ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s.297; TEKİNAY, Selahattin Sulhi, Taşınmaz Mülkiyetinin Takyitleri, Eşya Hukuku II/1, Filiz, İstanbul, 1988, s.12; ERTAŞ, Şeref, Eşya Hukuku, 14.B, Barış, İzmir, 2018, s.383; CAVIN, Pierre/REYMOND, Claude, Traité de Droit Privé Suisse, Cilt:VII/1, Editions Universitaires Fribourg, Fribourg, 1978, s.150.

⁹ AKİPEK, Jale/AKINTÜRK, Turgut/ATEŞ, Derya, Eşya Hukuku, 2.B, Beta, İstanbul, 2018, s.575.

¹⁰ Bu görüşte bkz. SEBÜK, s.40; OLGAÇ, s.247; TANDOĞAN, s.278; BUZ, Vedat, Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar, Yetkin, Ankara, 2005, s.147; YAVUZ, Cevdet/ACAR, Faruk/ÖZEN, Burak, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 10.B, İstanbul, 2014, s.251; ZEVKLİLER, Aydın/GÖKYAYLA, K. Emre, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 19.B, Turhan, Ankara, 2019, s.69; ARSLAN UGAN, s.105; ALLGÄUER, Oskar, Vorkaufs-, Rückkaufs- und Kaufsrecht, H.R.Sauerländer&Co., Aarau, 1918, s.44; GIGER, Hans, Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Cilt:VI/2/1/3:Der Grundstückskauf Art. 216-221 OR, Stämpfli, Bern, 1997, s.39.

¹¹ Bkz. TMK m.531 vd.

¹² ARSLAN UGAN, s.106. Bkz. TMK m.545’teki şekil koşulu.

¹³ NOMER, Vefa, s.19. Yazar, geri alım hakkının satış sözleşmesinin bir unsuru olması sebebiyle ölüme bağlı tasarrufla kurulamayacağını belirtmektedir. Aynı yönde bkz. MEIER-HAYOZ, Arthur, Schweizerisches Privatrecht, Cilt:VI/D:Das Sachenrecht, Basel, Helbing&Lichtenhahn, 1977, s.206, 216.

¹⁴ NOMER, Vefa, s.19.

sözleşmesindeki satış bedeli geri alım bedeli olarak kabul edilmektedir¹⁵. Geri alım bedelinin sözleşmede dolaylı olarak, örneğin satış tarihinde bir uzman tarafından, belirlenmesi mümkündür.

Geri alım bedelinin taraflarca belirlenmiş olduğu, ancak geri alım hakkının kurulmasıyla dava tarihi arasında uzun sürenin geçmiş olduğu durumlarda, hak sahibi tarafından ödenecek bedel, ahde vefa ilkesi gereğince, değişen ekonomik koşullardan, özellikle paranın değerindeki düşüşten, etkilenmez¹⁶. Ancak Yargıtay'ın, geri alım bedeli olarak sözleşmede öngörülen meblağın dava tarihindeki karşılığı dikkate alınarak yeniden belirlenmesinin kabul edilebileceği yönünde kararlarına rastlanmaktadır¹⁷. Anılan kararlarda benimsenen yaklaşım, ancak sözleşme tarihinde belirlenmiş olan parasal değer beklenmeyen bir şekilde ve olağanüstü boyutta azalması gibi zorlayıcı sebeplerin varlığı halinde gündeme gelebilir. Geri alım bedelinin değişen koşullara uyarlanması TBK m.138'deki koşullar çerçevesinde mümkündür.

Geri alım hakkının süresi ve şerh verilmesi de sözleşmede düzenlenebilir. Mevzuat İsviçre Borçlar Kanunu'na 1991 revizyonu ile¹⁸ eklenen m.216a'da geri alım hakkının ve şerhin süresinin 25 yılı¹⁹ geçemeyeceği düzenlenmiş, İsviçre Medeni Kanunu'nun 683. maddesiyle (TMK m.736'nın mevzuat hükmü) yürürlükten kaldırılmıştır²⁰. Hakkın ve şerhin süresinin tek bir hükümde birleştirilmesi şerhin hakkı güçlendirme işlevi sebebiyle ve kanun sistematigi açısından olumlu karşılanmıştır²¹. TBK m.238'de, geri alım hakkının kararlaştırılabileceği süre için 10 yıllık üst sınır öngörülmüştür. Şerhe ilişkin TMK m.736/f.2'deki 10 yıllık üst süre sınırsız korumuştur²². 10 yıllık süre öngörülmesinin amacı hakkın kullanım süresiyle şerhin geçerliliği için kanunda izin verilen azami süre arasında paralellik sağlamaktır²³. Sözleşmede 10 yıldan uzun bir süre kararlaştırılmışsa, süreye ilişkin koşul kural olarak kısmi hükümsüz olur (TBK m.27/f.2)²⁴ ve hak 10 yılın sonunda kendiliğinden sona erer²⁵. Süre belirlenmemişse, kanunda tanınan azami süre boyunca hakkın varlığını sürdüreceğini kabul etmek gerekir²⁶. TBK m.238'de getirilen bu kısıtlamadan önce de öğretide geri alım hakkının belirsiz veya çok uzun bir süre için kararlaştırılmış olmasının muhatabı ekonomik açıdan TMK m.23 ve TBK m.27 kapsamında kişilik haklarına veya ahlâka aykırılık teşkil edecek seviyede kuşatması durumunda sözleşmenin süresine ilişkin klozların kesin hükümsüzlüğünün ileri sürülebileceği ifade edilmekteydi²⁷. Anılan

¹⁵ SEBÜK, s.40; NOMER, Vefa, s.19; TEKİNAY s.12; TERCIER, Pierre/BIERI, Lauerent/CARRON, Blaise, Les Contrats Spéciaux, 5.B, Schulthess, Cenevre, Zürih, Bale, 2016, s.144.

¹⁶ SEBÜK, s.99; NOMER, Vefa, s.66; TERCIER, Pierre/PICHONNAZ, Pascal/DEVELİOĞLU, Murat, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, XII Levha, İstanbul, 2016., s.306.

¹⁷ Bkz. E.2000/6-64 K.2000/73 sayılı, 9.2.2000 tarihli; E.2000/6-1815 K.2000/1825 sayılı, 20.12.2000 tarihli YHGK ve E.2012/1281 K.2012/4872 sayılı, 27.3.2012 tarihli Yargıtay 6.HD kararları, (www.kazanci.com), (Erişim Tarihi: 8.1.2020).

¹⁸ 04.10.1991 tarihli Federal Kanun (RO1993 1404; FF1988 III 889) ile düzenlenen ve 01.01.1994 tarihinde yürürlüğe giren revizyon.

¹⁹ İsviçre Medeni Kanunu'nun yürürlükten kaldırılan m.683'de öngörülen 10'ar yıllık şerh sürelerinin uygulamada sözleşme serbestisi sebebiyle genellikle daha uzun süre için kararlaştırılan haklar karşısında yetersiz kaldığı için, uygulamanın kanun metnine taşınması yoluyla 25 yıl gibi uzun bir sürenin revizyon kapsamında düzenlendiği hakkında bkz. BRÜCKNER, Christian, "§ 11 Verwandte Verträge (Vorvertrag, Vorkaufsvertrag, Vertrag auf Begründung eines Kaufsrechts bzw. Rückkaufsrechts)", in Koller, Alfred(ed.), Der Grundstückskauf, 2.B, Stämpfli, Bern, 2001, s.508. İsviçre hukukunda geri alım ve ön alım hakları için 25 yıl olarak düzenlenen süre, alım hakkı için bu hakkın kullanım anını taşınmaz malikinin seçemiyor olması gerekçesiyle 10 yıl ile sınırlandırılmıştır. Bkz. MARCHAND, Sylvain, "La reconciliation de l'effet et de l'effet personnel des droits de preemption, d'emption et de remere immobiliers en droit suisse", in Erdem, Ercüment H.(ed.)/Bolle, Pierre-Henri(ed.), Journées juridiques turco-suisse, Beta, İstanbul, 2005. s.176, dn.5.

²⁰ Ön alım, alım ve geri alım hakları sözleşmeyle kurulan haklar olduklarından borçlar kanununda yer almaları gerektiği hakkında bkz. MEIER-HAYOZ, s.202.

²¹ MARCHAND, s.177. Bununla birlikte, süre bakımından sözleşme özgürlüğünü kısıtlayan düzenlemenin eşya hukuku prensipleriyle birlikte uygulanmasının güç olduğu belirtilmektedir. Bkz. GIGER, s.279-281.

²² Geri alım sözleşmesinde süre belirtilmemiş olmasına karşın şerhin süreyle sınırlandırılmış olmasının hakkın kendisini süreyle kısıtlamayacağı hakkında bkz. Yargıtay 14.HD'nin E.2015/15856 K.2016/10198 sayılı, 7.12.2016 tarihli kararı, (www.kazanci.com), (Erişim Tarihi:8.1.2020).

²³ YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s.254. Nitekim madde gerekçesine göre de süre, TMK m.736'da öngörülen süreyle uyumlu hale getirilmiştir. TMK'da İsviçre Borçlar Kanunu'ndaki revizyona paralel şekilde değişiklik yapılmamış bulunmasının eleştirisi için bkz. HELVACI, İsviçre, s.407.

²⁴ OĞUZMAN/ÖZ, Cilt:I, s.180 vd.; ARSLAN UGAN, s.68; MARCHAND, s.185. Bu kloz olmaksızın sözleşmenin yapılmayacağı açıkça anlaşılabilirse sözleşmenin tamamı kesin hükümsüz olur (TBK m.27/f.2-c.2).

²⁵ NOMER, Halûk N./ERGÜNE, M.Serkan, Eşya Hukuku, XII Levha, İstanbul, 2019, s.154; ARSLAN UGAN, s.184.

²⁶ TERCIER/BIERI/CARRON, s.1032.

²⁷ SEBÜK, s.107; NOMER, Vefa, s.78. Yazar ancak kelepçeleme (boğazlama) sözleşmesi niteliğindeki anlaşmaların hükümsüz addedileceğini belirtmektedir. Burada hükümsüzlüğün esnek hükümsüzlük olarak değerlendirilebileceği ve ilgili görüşler için bkz. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Borçlar Hukuku, s.568-576.

seviyede bir hukuka aykırılık söz konusu olmasa dahi, geri alım hakkının kurulduktan çok uzun süre sonra kullanılması hakkın kötüye kullanılması da teşkil edebilir²⁸. Geri alım hakkının sıklıkla teminat amacıyla kurulduğu ve günümüz koşullarında kısa sayılmayacak 10 yıllık sürenin bitiminde hakkın ve şerhin taraflarca yeniden oluşturulmasının mümkün olduğu dikkate alındığında, TBK m.238'in hak sahibine sağladığı koruma mehz kanuna nazaran yetersiz görünmemektedir.

Gerri alım sözleşmesi çoğunlukla taşınmazın devrini hedefleyen satış sözleşmesine ait resmî senette yer almaktadır, ancak daha sonra ayrı bir sözleşme olarak da kurulabilir²⁹. Gerri alım sözleşmesi, satış sözleşmesine ilişkin bir yan anlaşmadır ve ilgili olduğu satış sözleşmesinin bir parçasıdır³⁰. Taşınmazın devrine ilişkin satış sözleşmesinin ifasından sonra kurulacak bir geri alım sözleşmesiye geri alım değil, alelade bir alım sözleşmesi teşkil eder³¹. Bu durumda roller değişir; satış sözleşmesi gereğince taşınmazın mülkiyetini devreden taraf, alım hakkı sahibi olur.

Nomer'e³² göre, satış sözleşmesiyle geri alım sözleşmesi arasında zamansal fark varsa, özellikle geri alım sözleşmesi satış sözleşmesinden uzun süre sonra kurulmuşsa, sadece satış sözleşmesine atıfta bulunulmuş olması sonradan yapılan sözleşmeye geri alım sözleşmesi niteliğini kazandırmaz. Çoğunlukla geri alım sözleşmesinin temel gayesini oluşturan teminat işlevi ancak taşınmazın mülkiyetinin alıcıya geçmesinden önce satıcıya tanınacak bir geri alım hakkıyla yerine getirilebilir. Satış sözleşmesinden çok uzun zaman sonra kurulan hukukî işlemin geri alım sözleşmesi olup olmadığını değerlendirirken iki sözleşme arasındaki bağlantı incelenmelidir.

Yargıtay geri alım hakkı tanınarak gerçekleştirilen taşınmaz satışlarında, paylı mülkiyete tâbi bir taşınmaz söz konusu ise, kanunî önalım hakkının kullanılmasının mümkün olmadığına hükmetmiştir³³. Ancak aynı kararda bu işlemin TMK m.2'ye aykırı şekilde paydaşın önalım hakkını kullanmasını engellemek amacıyla yapılması halinde ön alım hakkının kullanılabileceği belirtilmiştir. Gerçekten kanunî ön alım hakkının tanınma sebebi paydaşların içinde yer aldıkları mülkiyet ilişkisine bir yabancınnin dâhil olmasına engel olabilmeleri ve payların mümkün olduğunca tek elde toplanmasıdır³⁴. Örneğin payını 12 ay sonra geri almayı uman ve salt teminat amacıyla geri alımlı satış sözleşmesi yapan bir paydaşın payını ele geçirmek somut olayın koşulları çerçevesinde hükmün amacına aykırı olabilir. Bununla birlikte, geri alım kaydı içeren sözleşme de bir satış sözleşmesi olduğundan TBK m.240/f.1 uyarınca ön alım olayıdır³⁵. Üstelik geri alım hakkının uzun bir süre için tanınmış olduğu durumlarda diğer paydaşın bir yabancıyla

²⁸ NOMER, s.78-79.

²⁹ EREN, Fikret, Mülkiyet Hukuku (Mülkiyet), 4.B, Yetkin, Ankara, 2016, s.463; SİRMEN, s.419; NOMER, Vefa, s.17 vd.; CAVIN/REYMOND, s.149. İsviçre Federal Mahkemesi'nin BGE 109 II 219 sayılı, 26.5.1983 tarihli kararında tarafların resmî şekle uyarak gerçekleştirdikleri taşınmaz satış işleminin içinde yer alan ve satış bedelinden yüksek geri alım bedelini içeren anlaşmanın geçerli olduğu belirtilmiştir. (https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/de/php/clir/http/index.php?highlight_docid=atf%3A%2F%2F109-II-219%3Ade&lang=de&zoom=&type=show_document), (Erişim Tarihi:8.1.2020). Graubünden Kanton Mahkemesi ise ZF 80/90 (GR) sayılı ve 4.3.1991 tarihli bir kararında, taşınmaz satış sözleşmesinin kurulmasından önceki tarihli bir sözleşmede yer alan geri alım anlaşmasının taşınmaz satış sözleşmesine ilişkin bir yan anlaşma olarak kabul etmiştir, (<https://www.swisslex.ch/de/doc/claw/49cac944-fa48-4c52-801b-7f96a3226422/search/114576254>), (Erişim Tarihi:11.05.2020). Alman Borçlar Kanunu'nun Paragraf 456 hükmünün hakkın satış sözleşmesinde satıcı tarafından tekrar satın alma hakkının muhafaza edilmesi yoluyla tesis edileceğine dair açık lafzına rağmen Alman hukukunda dahi Alman İmparatorluk Mahkemesi'nin 21.11.1929 tarihli ve RGZ 126, 308, 311 no'lu içtihadına dayanan genel kabul uyarınca geri alım sözleşmesinin satış sözleşmesinden farklı bir yan anlaşma ile tesis edilebileceğine ilişkin olarak ise bkz. CASPER, Matthias, Der Optionsvertrag, Mohr Siebeck, Tübingen, 2005, s.218.

³⁰ NOMER, Vefa, s.18; WIELAND, Carl, Kanunu Medenide Aynı Haklar, Çeviren: İsmail Hakkı Karafakı, Adalet Bakanlığı Yayınları, Ankara, 1946, s.261; EREN, Mülkiyet, s.463.

³¹ NOMER, Vefa, s.17 vd; HELVACI, İlhan, "Satış İlişkisi Doğuran Haklar" (Satış), in İnceoğlu, Murat(ed.), Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu, XII Levha, İstanbul, 2012, s.227. Bu yönde bkz. Yargıtay 11.HD'nin E.1997/9076 K.1998/1707 sayılı, 13.3.1998 tarihli kararı, (www.kazanci.com), (Erişim Tarihi:8.1.2020).

³² NOMER, Vefa, s.17 vd. Yazar, zamansal olarak iki sözleşme arasında kısa bir boşluk bulunması halinde işlemler arasındaki bağlantının varlığını kabul etmenin daha kolay olacağını ifade etmektedir.

³³ Yargıtay 6.HD'nin E.1974/3617 K.1974/3993 sayılı, 24.09.1974 tarihli kararı, (www.kazanci.com), (Erişim Tarihi:11.05.2020). Bir başka karardaysa kat karşılığı inşaat yapımı ilişkisinde paydaşlarla müteahhit arasındaki taşınmaz payı satış sözleşmesine ilişkin geri alım sözleşmesini kurmaktan kaçınarak ön alım hakkını kullanan paydaşın davranışının TMK m.2'ye aykırılığına hükmedilmiştir. YHGK'nın E.2010/6-404 K.2010/533 sayılı, 20.10.2010 tarihli kararı, (www.kazanci.com), (Erişim Tarihi:11.05.2020).

³⁴ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s.309.

³⁵ EREN, Fikret, "Yasal Önalım Hakkı" (Önalım), GÜHFD, XII(1-2), 2008, s.114; ŞİPKA, Şükran; Türk Hukukunda Kanunî Önalım (Şuf'a) Hakkı, Alfa, İstanbul, 1994, s.85.

mülkiyet ilişkisi içinde kalmaktansa ön alım hakkını kullanmakta hukuken korunmaya değer bir menfaati olabilir.

2. Geri Alım Sözleşmesinin Geçerliliğine İlişkin Özellik Arz Eden Hususlar

a. Şekil

Gerî alım sözleşmesinin geçerliliği TBK m.237/f.2'nin açık hükmü gereğince resmî şekilde gerçekleştirilmesine bağlıdır³⁶. Koşulunun gerekçesi, malikin taşınmazın mülkiyetini devretmeye yönelik irade serbestisini sınırlandırmasına, hatta ortadan kaldırmasına ve hak sahibinin taşınmazı satın almak konusunda tek taraflı iradesiyle hukukî sonuç doğurma imkânını elde etmesine dayandırılmaktadır³⁷. Resmî şeklin sözleşmenin objektif ve sübjektif bütün esaslı unsurlarını kapsaması gerekir³⁸. Tarafların kimliğine ve geri alım konusu taşınmaza ilişkin bilgiler resmî senette yer alması gereken objektif esaslı unsurlardır³⁹.

Gerî alım hakkının tanınacağı resmî senedi düzenlemeye yetkili makamın hangisi olacağı hususunda kanunda bir açıklık bulunmaması sebebiyle, tapu sicil memurlarının mı noterlerin mi bu düzenlemeyi yapmaya yetkili olduğu hususunda öğretide ve uygulamada bir görüş birliği yoktur. Bir görüşe göre Noterlik Kanunu m.60 hükmü uyarınca noterlerin geri alım sözleşmesinin geçerlilik koşulu olan resmî senedi düzenlemeye yetkili sayılması gerekmektedir⁴⁰. Diğer bir görüşe göre ise, Tapu Kanunu m.26 uyarınca resmî senedin esasen tapu sicil memurlarınca düzenlenmesi gerekir⁴¹. TBK m.237/f.2'de geri alım sözleşmesinin yanı sıra taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin geçerliliğinin de resmî şekle tâbi kılınmış bulunması, buna karşılık Noterlik Kanunu m.60/b. 3 hükmünün sadece taşınmaz satış vaadi sözleşmelerini düzenlemenin noterlerin görevi olduğunu ifade etmesi karşısında, kanun koyucunun iradesinin TBK m.237/f.2'de geçerliliği resmî şekle tâbi kılınan alım ve geri alım sözleşmelerinin noterlerce düzenlenebilmesine izin vermemek olduğu sonucuna varılabilirse de, uygulamada noterce düzenleme şeklinde kurulan geri alım sözleşmelerinin de geçerli olarak kurulduğu kabul görmektedir⁴².

b. Kanuna Karşı Hile

Gerî alım hakkının temel işlevlerinden olan ödünç alınan parayı teminat altına alma amacıyla yapılan sözleşmelerin TMK m.873/f.2 hükmünde ifade bulan *lex commissoria* (mürtehinin merhunu temellükü) yasağının dolanılmasını teşkil edip etmeyeceği öğretide tartışılmaktadır. TMK m.873/f.2, borç ifa edilmezse rehinli taşınmazın mülkiyetinin alacaklıya geçeceğini öngören sözleşme hükmünün geçersizliğini düzenlemektedir. Yasaklanan, ifa yerine temlikin borcun muaccel olmasından önce kararlaştırılmasıdır⁴³. *Lex commissoria* yasağının amacı, borcunu zamanında ödeyebileceği düşüncesiyle alacaklının ileri sürdüğü koşulları kabul

³⁶ TMK m.676/f.3 kapsamında akdedilen miras paylaşım sözleşmesinde geri alım hakkının kuruluşu bakımından resmî şekil koşulunun istisnasının olduğu belirtilmektedir. Bkz. STEINAUER, Paul Henri, Les Droits Réels, Cilt:II, 2.B, Stämpfli, Bern, 1994, s.107; İsviçre Federal Mahkemesi'nin 5.11.1992 tarihli kararı, BGE 118 II 395, (http://relevancy.bger.ch/php/clir/http/index.php?highlight_docid=atf%3A%2F%2F118-II-395%3Ade&lang=de&type=show_document), (Erişim Tarihi:8.1.2020).

³⁷ TANDOĞAN, s.279.

³⁸ OĞUZMAN, Kemal/ÖZ, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt:1, 17.B, Vedat, 2019, s.152. Resmî şekilde gerçekleştirilmemiş sözleşmenin geçersizliğinin ileri sürülmesinin hakkın kötüye kullanılması olarak nitelendirilebildiği durumlarda şekle aykırı şekilde kurulan sözleşmenin hüküm doğuracağı kabul edilmektedir. Bkz. TERCIER/PICHONNAZ/DEVELİOĞLU, s.215 vd. Şekle aykırılığın taşınmaz mülkiyetinin iktisabından sonra ileri sürülmesi bir hakkın kötüye kullanılması hali olarak değerlendirilmiştir. Bkz. Yargıtay 14.HD'nin E.2005/9863 K.2005/10236 sayılı, 22.11.2005 tarihli kararı, (www.kazanci.com), (Erişim Tarihi:29.1.2020).

³⁹ NOMER, s.35; ARSLAN UGAN, s.75.

⁴⁰ BİLGE, Necip, Borçlar Hukuku Özel Borç Münasebetleri, Yeni Desen Matbaası, Ankara, 1962, s.82; NOMER, Vefa, s.30; TUNABOYLU, Müslüm, Önalım Alım Geri Alım Davaları, Adil, Ankara, 2003, s.700 (Yazar hem noterlerin hem de tapu sicil memurlarının bu sözleşmeyi resmî şekilde düzenlemeye yetkili bulunduğunu belirtmektedir.); AYAN, Mehmet, Eşya Hukuku II Mülkiyet, 9.B, Seçkin, Ankara, 2016, s.430; KARAHASAN, Mustafa Reşit, Yeni Türk Medeni Kanunu Eşya Hukuku, Cilt:I, İstanbul, Arıkan, 2007, s.1284.

⁴¹ TANDOĞAN, s.279; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s.294; GÜMÜŞ, Mustafa Alper, Borçlar Hukuku Özel Hükümler (Özel Hükümler), Cilt:I, 3.B, Vedat, İstanbul, 2013, s.132; EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Özel Hükümler (Özel Hükümler), Yetkin, 7.B, Ankara, 2019, s.225; TUNÇOMAĞ, Kenan, Türk Borçlar Hukuku Cilt:II, Özel Borç İlişkileri, 3.B, Sermet Matbaası, İstanbul, 1977, s.302.

⁴² Bkz. Yargıtay 14.HD'nin E.2015/15856 K.2016/10198 sayılı, 7.12.2016 tarihli; E.2005/9863 K.2005/10236 sayılı, 22.11.2005 tarihli kararları, (www.kazanci.com), (Erişim Tarihi:8.1.2020).

⁴³ NOMER, Teminat, s.2012.

ederek teminat veren borçluyu korumaktır.

Öğretide çoğunluk, geri alım hakkının borç ifa edilmediği takdirde taşınmaz mülkiyetinin ipotekli alacaklıya ait olmasını yasaklayan TMK m.873 düzenlemesinin dolanılması olarak değerlendirilebileceğini, ancak bu duruma kanun koyucu tarafından açıkça cevaz verilmiş bulunduğundan, geri alımlı satışların hukuka uygun sayılması gerektiğini ifade etmektedir⁴⁴. Yine bu yaklaşım çerçevesinde, taşınmaz rehninde taşınmazın mülkiyetinin alacaklıya devredilmemesi karşısında, geri alım hakkında borçlunun taşınmazı malvarlığından çıkarmayı ve ancak geri alım sözleşmesindeki koşulların oluşması halinde geri alabilmeyi göze alarak işlem yaptığı gerekçesiyle, geri alım hakkının teminat amaçlı kurulmasının *lex commissoria* yasağının dolanılması olarak değerlendirilemeyeceği belirtilmektedir⁴⁵. Bir başka görüşe göre, geri alım hakkı kaydıyla gerçekleştirilen satışlarda *lex commissoria* yasağına aykırılık bulunup bulunmadığı hususunda genel bir kuralı kabul etmek yerine somut olay çerçevesinde değerlendirme yapılmalıdır⁴⁶. Gerçekten de kanun koyucunun abesle iştiğal etmeyeceği prensibi gereğince geri alım hakkına kanunen cevaz verilmesi karşısında *lex commissoria* yasağının dolanıldığı mutlak olarak kabul edilmemelidir. Üstelik borçlunun malvarlığını koruyan bu ilke bakımından somut olay değerlendirilmesi yapılması borçlunun korunan menfaati açısından isabetli sonuçlar verebilir⁴⁷.

C. Geri Alım Hakkının Hukukî Niteliği ve Geri Alım Sözleşmesinin Benzer Hukukî Müesseselerden Ayırt Edilmesi

1. Geri Alım Hakkının Hukukî Niteliğine İlişkin Görüşler

Geri alım hakkı da alım hakkı gibi hak sahibine bir şeyi satın alma imtiyazı sağlamaktadır, ancak alım hakkından farklı olarak satıcıya sattığı şey üzerinde kontrol sağlayarak, koşullar oluştuğunda onu satın alma imkânını vermektedir⁴⁸. Ancak bu imkân, satılan devralan yeni malikin kullanma ve satılarda değişiklik yapma hakkını kısıtlamaz⁴⁹.

Öğretide geri alım hakkının hukukî niteliğine ilişkin farklı yaklaşımlar tespit edilmiştir⁵⁰. Bu yaklaşımlar genellikle ön alım, alım ve geri alım haklarının hepsinin hukukî niteliğini açıklamak üzere ortaya atılmıştır ve aralarından özellikle yenilik doğuran hak görüşünün güncelliğini koruduğu anlaşılmaktadır⁵¹.

İsviçre öğretisinde savunulan uzatılmış öneri görüşü geri alım sözleşmesi akdedilirken iki öneriden söz etmektedir⁵². Öncelikle, geri alım hakkının kullanılmasına izin verecek yeni bir satış sözleşmesi kurulmasına yönelik öneri mevcuttur. İkinci öneri ise, öneride bulunanın önerisiyle uzun süre bağlı kalması hususundaki anlaşmaya yöneliktir. Geri alım hakkı sahibinin ikinci

⁴⁴ FEYZİOĞLU, Feyzi F., Şüf'a Hakkı, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1959, s.4; TANDOĞAN, s.278; CAVIN/REYMOND, s.150; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s.70-71; ERTAŞ, s.383; AYDOĞDU, Murat/KAHVECİ, Nalan, Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 4. Baskı, Adalet, Ankara, 2019, s.269; NOMER, Vefa, s.38 vd. (Yazar, TMK m.690 ve 883 hükümleri çerçevesinde geri alım hakkının teminat amaçlı kullanılmasının kanun koyucunun iradesine uygun bulunduğunu, kanuna karşı hile teşkil etmeyeceğini belirtmektedir); OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s.296-297 (Yazarlar, geri alım sözleşmesinin taşınmazı geri almak bakımından malik için daha avantajlı, alıcı bakımından da daha güçlü bir teminat sağlamaya elverişli olduğunu belirtmektedirler). Aynı yönde bkz. İsviçre Federal Mahkemesi'nin 23.12.1930 tarihli kararı, BGE 56 II 451, (<http://servat.unibe.ch/dfr/pdf/c2056444.pdf>), (Erişim Tarihi:30.1.2020).

⁴⁵ TEKİNAY, s.13 vd.; NOMER, Teminat, s.2014. Ayrıca Yargıtay 1.HD'nin E.2013/14869 K.2014/18833 sayılı, 02.12.2014 tarihli kararı, (www.kazanci.com), (Erişim Tarihi:11.05.2020).

⁴⁶ HELVACI, İlhan, Türk Medeni Kanununa Göre Lex Commissoria Yasağı (Lex Commissoria), Alfa, İstanbul, 1997, s.139 vd. ve burada belirtilen yazarlar. Sözleşmede alacaklının alacağını aşan meblağı borçluya iade etmeden taşınmazın mülkiyetini muhafaza etmesine izin veren klotlar varsa TMK m.873/f.2'nin uygulanmamasının kabul edilemeyeceğine dair bkz. ÇETİNER, Bilgehan, Taşınmaz Teminatı, Filiz, İstanbul, 2015, s.386.

⁴⁷ Geri alım hakkı sahibinin taşınmazın mülkiyetini teminat ilişkisinin başında devrettiği için aldığı riski ipotek borçlusundan daha gerçekçi değerlendirebilmesinin *lex commissoria* yasağı ile sınırlandırılmış rehin ilişkisine nazaran lehe sonuçlar doğurabileceği yönünde bkz. NOMER, Teminat, s.2013.

⁴⁸ STEINAUER, s.107.

⁴⁹ CAVIN/REYMOND, s.150. Ancak Yargıtay, taşınmazın üzerinde değeri yüksek tesisler kurulmuş bulunmasının hak sahibinin hakkını kullanmasına engel olamayacağına hükmetmiştir. Bkz. YHGK'nın E.1987/464 K.1987/912 sayılı, 9.12.1987 tarihli kararı, (www.kazanci.com), (Erişim Tarihi:8.1.2020). Geri alım hakkı satıcı tarafından belirli tarihte kullanılmak üzere düzenlenmiş olabilir. Bkz. Yargıtay 1.HD, 9.6.1982 tarih ve 6981/7580 sayılı kararı (YKD, 1984 Sayı:9, s.1373).

⁵⁰ Ayrıca ön sözleşme teorisine ilişkin olarak bkz. BUZ, s.152; ARSLAN UGAN, s.35.

⁵¹ NOMER, Vefa, s.11; ARSLAN UGAN, s.34 vd.

⁵² BECKER, Hermann, İsviçre Medeni Kanunu Şerhi Borçlar Hukuku, Stämpfli&CIE, Bern, 1934, s.153.

öneriyi kabul etmesiyle geri alım sözleşmesi tamamlanır. Yeni satış sözleşmesi kurulmasına ilişkin önerinin geri alım hakkı sahibi tarafından kabul edilmesiyle geri alım hakkı kullanılır. Bu görüş, önerinin bağlayıcılığının kanunen düzenlenmiş olması ve sözleşmeyle bu yönde bir düzenleme getirmeye gerek bulunmaması, kişinin önerisiyle çok uzun süre bağlı kalmasının kavram itibarıyla kabul edilemeyeceği gerekçeleriyle eleştirilmiştir⁵³.

Geri alım hakkının hukukî niteliğine ilişkin ikinci görüş satış vaadi görüşüdür⁵⁴. Buna göre, geri alım sözleşmesi tek taraflı bir satış vaadidir ve malı satın alan kişi geri alım hakkı sahibine bu malı belirli bir süre içinde satma vaadinde bulunmaktadır. Görüş, geri alım hakkının kullanılabilmesi için mutlaka ikinci kez karşılıklı bir irade uyuşması aranmasının geri alım hakkının doğasıyla bağdaşmaması gerekçesiyle eleştirilmektedir. Gerçekten de geri alım hakkı tek taraflı irade beyanıyla kullanılır, ikinci satış sözleşmesinin kurulması için geri alım hakkının muhatabının irade açıklamasında bulunması gerekmez. Ayrıca kanunun taşınmaz satış vaadini ve geri alım hakkını düzenlemiş olması iki hukukî müessesenin farklı esaslara tâbi olduğunun bir göstergesidir.

Şarta bağlı satış teorisi, geri alım sözleşmesinin geri alım hakkı sahibinin hakkını kullanmak yönünde iradesini açıklaması, yani geri alım beyanında bulunması şartına bağlı bir satış sözleşmesi olduğunu ifade etmektedir⁵⁵. Burada şart, geri alım hakkı sahibinin inisiyatifinde bulunan bir iradî geciktirici şarttır⁵⁶. Sözleşmenin kaderinin salt bir tarafın iradesine bağlandığı şartların geçerliliği öğretide tartışma konusu olduğundan⁵⁷, bu görüş de eleştirilmiştir⁵⁸. Bir başka eleştiri, görüşün ölüme bağlı tasarrufla kurulan alım ve önalım haklarının meydana gelişini açıklamakta yetersiz kalmasıdır⁵⁹. Ayrıca görüşe itibar edilirse TBK m.171/f.2 uyarınca alacaklının şarta bağlı hakkının tehlikeye düşmesi halinde alabileceği önlemler çerçevesinde geri alım hakkı muhatabından taşınmazın üçüncü kişilere satılmamasını istemesi gibi geri alım hakkının niteliğiyle bağdaşmayan talepler gündeme gelebilir⁶⁰.

İsviçre hukukunda ileri sürülmüş olan bir başka görüş yenilik doğuran hak görüşüdür⁶¹. Türk hukuk öğretisinde çoğunluk, genellikle birlikte incelenen alım, geri alım ve önalım haklarının hukukî niteliğine ilişkin olarak bizim de katıldığımız yenilik doğuran hak yaklaşımını benimsemektedir⁶². Görüşün hareket noktası hakkı doğuran sözleşme değil, hakkın kendisidir ve kullanılmakla yeni bir hukukî ilişki meydana getiren bu hakların kurucu yenilik doğuran haklar olduğu kabul edilir. Hakka vücut veren sözleşme bir satış sözleşmesi değil, yenilik doğuran hak yaratan *sui generis* bir sözleşmedir, çünkü satış ilişkisi bu sözleşmenin kurulmasıyla değil, hakkın kullanılmasıyla doğar. Ancak geri alım hakkı nitelik itibarıyla daima bir satış ilişkisi ekseninde şekillenerek, kullanılmasıyla ikinci bir satış ilişkisinin doğmasını sağlar⁶³. Maddî değeri olan yenilik doğuran haklardan geri alım hakkı, parayla ölçülebilen bir değere sahip olduğundan

⁵³ Görüş ve eleştirisiyle ilgili bkz. NOMER, Vefa, s.11-12; TANDOĞAN, s.275.

⁵⁴ Görüş ve eleştirisiyle ilgili bkz. NOMER, Vefa, s.12; TANDOĞAN, s.275. BGE 16 I 390, İsviçre Federal Mahkemesi'nin ön alım hakkının kullanımına ilişkin 09.05.1890 tarihli kararında bu tür hukukî ilişkilerde satışa yönelik vaatte bulunulduğu için işlemin satış sözleşmesinin tâbi olduğu kanton hukukuna tabi olması gerektiği belirtilmektedir (<http://servat.unibe.ch/dfr/pdf/c1016388.pdf>), (Erişim Tarihi:8.1.2020).

⁵⁵ ALLGÄUER, s.28; NOMER, Vefa, s.12 dn.40'ta belirtilen yazarlar.

⁵⁶ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Satış Vaadi, s.92; NOMER, Vefa, s.13.

⁵⁷ Tartışmalar için bkz. OĞUZMAN, Kemal/ÖZ, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt:II, 15.B, Vedat, İstanbul, 2020, s.508.

⁵⁸ NOMER, Vefa, s.13; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Satış Vaadi, s.92.

⁵⁹ FEYZİOĞLU, s.14; TANDOĞAN, s.276; Görüş ve eleştirisi ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. NOMER, Vefa, s.13; TANDOĞAN, s.276. İsviçre Federal Mahkemesi, 26.5.1983 tarihli kararında geri alım hakkını geri alım beyanında bulunma geciktirici koşuluna bağlanmış bir alım hakkı olarak tanımlamıştır. Bkz. BGE 109 II 219, (http://relevancy.bger.ch/php/clir/http/index.php?highlight_docid=atf%3A%2F%2F109-II-219%3Ade&lang=de&type=show_document), (Erişim Tarihi: 8.1.2020).

⁶⁰ ARSLAN UGAN, s.39.

⁶¹ von TUHR, Andreas/PETER, Hans, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Erster Band, Erste Lieferung, 3.B, Zürich, 1974, s.23; HAAB/Robert/SIMONIUS, August/SCHERRER, Werner/ZOBL, Dieter, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, IV/1, Art.641-729, 2.B, Schulthess, Zürich, 1977, s.427.

⁶² FEYZİOĞLU, s.19; SEBÜK, s.36; TEKİNAY, s.18; ESENER, Turhan/GÜVEN, Kudret, Eşya Hukuku, Yetkin, Ankara, 2017, s.291; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s.253; EREN, Özel Hükümler, s.224.

⁶³ NOMER, Vefa, s.17 vd.; Geri alım hakkının hukukî niteliğinin şartlı satış ve yenilik doğuran hak görüşlerinin ikisi ile de açıklanabileceği yönündeki görüş için bkz. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip, Türk Medeni Hukukunda Gayrimenkul Satış Vaadi (Satış Vaadi), Sulhi Garan Matbaası, İstanbul, 1959, s.99.

malvarlığı hakları kapsamındadır⁶⁴.

2. Geri Alım Sözleşmesinin Benzer Hukukî Müesseselerden Ayırt Edilmesi

Geri alım sözleşmesi, işlem yapısı ve sonuçları bakımından bazı hukukî müesseselerle benzerlik taşır. Bununla birlikte, tâbi olacağı esaslar bakımından geri alım sözleşmesi ve benzer müesseseler arasındaki temel farkların ortaya konması gerekmektedir⁶⁵.

Öncelikle bir satış sözleşmesine benzetilebilen geri alım sözleşmesinin satış sözleşmesinden temel farkı, satış sözleşmesine ilişkin bir yan anlaşma olması ve geri alım sözleşmesinin kurulmasıyla hak sahibi ve muhatabı arasında bir satış ilişkisinin meydana getirilmemesidir⁶⁶. Geri alım hakkının bizim de katıldığımız kurucu yenilik doğurucu niteliği gereği, satış ilişkisi bu hakkın tek taraflı kullanılmasıyla meydana gelir.

Geri alım hakkının hukukî niteliğinden bahsederken değindiğimiz üzere⁶⁷, geri alım hakkı satışa yönelik öneriden de farklıdır. Geri alım sözleşmesi iki taraflı bir hukukî işlem, öneriyse tek taraflı bir işlemdir⁶⁸. Geri alım ilişkisinde ikinci satış sözleşmesi geri alım hakkının kullanılmasıyla doğmaktadır, oysa satış sözleşmesine ilişkin öneri, sözleşmeyi meydana getirmek için kabul beyanıyla tamamlanmak zorundadır⁶⁹.

Bir ön sözleşme olan satış vaadi sözleşmesiye, vaatte bulunulana sözleşme kurulması hususunda talep hakkı vermektedir. Oysa geri alım sözleşmesiyle düzenlenen geri alım hakkı hak sahibinin tek taraflı irade açıklamasıyla kullanılmakla satış ilişkisini meydana getirmektedir⁷⁰. Zira geri alım hakkı alacak hakkı değil, kurucu yenilik doğurucu hakktır.

Teminat amacıyla inanca devirlerde amaç ve -taşınmazın baştan alacaklıya devri sebebiyle- işlemin yapısı geri alıma benzer⁷¹. İnançlı teminat sözleşmelerinde inanan bir borcunun teminatı olarak aynı hakkını inanılana devretmeyi, inanılan ise teminat objesini inananla aralarındaki sözleşmeye uygun kullanmak ve alacağı ödendiğinde inanan veya bir üçüncü kişiye devretmeyi üstlenir⁷². Malî sıkıntı içinde bulunan borçlunun teminat amacıyla mülkiyetini baştan inanılana devrettiği durumda borçlunun malvarlığının tehlike altında bulunduğu söylenebilir. İnanan borcunu ifa etmezse inanılan teminat konusunun paraya çevrilmesi yoluyla alacağını elde edebilir⁷³. Şayet inanca devir sözleşmesinde inanca konu taşınmazın borcun ödenememesi halinde paraya çevrilerek alacağı aşan miktarın borçluya iadesi öngörülmediyse, burada TMK m.873/f.2'ye aykırılık vardır⁷⁴. Geri alımlı satış sözleşmesi ile inanca devir arasındaki en önemli fark, inanca işlemde inanılanın taşınmazın mülkiyetini iade borcunun sözleşmedeki koşulların yerine gelmesiyle kendiliğinden doğması⁷⁵, geri alımı sağlayacak satış sözleşmesinin ve taşınmazı devretme borcununsa geri alım hakkının kullanılmasıyla doğacak olmasıdır⁷⁶. Ayrıca geri alım hakkı TMK m.1009 uyarınca tapuda şerh verilebilmekteyken, inanca sözleşmesi için böyle bir

⁶⁴ OĞUZMAN, Kemal/BARLAS, Nami, Medeni Hukuk Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar, 25.B., İstanbul, 2019, s.156.

⁶⁵ Ayrıntılı değerlendirme için bkz. NOMER, Vefa, s.20 vd.

⁶⁶ NOMER, Vefa, s.20.

⁶⁷ Bkz.II.C.1.

⁶⁸ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Borçlar Hukuku, s.193 dn.53'te yer alan yazarlar. Önerinin öneride bulunana iradesinden bağımsız olarak sonuç doğurması sebebiyle hukukî işlem olmadığına dair bkz. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Borçlar Hukuku, s.194 ve orada dn.54 ve 55'te anılan yazarlar.

⁶⁹ NOMER, Vefa, s.21.

⁷⁰ NOMER, Vefa, s.21; ARSLAN UGAN, s.100.

⁷¹ Ancak geri alım hakkından farklı olarak inanca işlemde doğan taşınmazı geri elde etme hakkını TMK m.1009 hükmü karşısında tapuda şerh vermek mümkün değildir. GÜVENÇ, Özgür, Taşınmazların İnançlı İşlemlerle Devri, Yetkin, Ankara, 2014, s.172 vd.

⁷² ÖZSUNAY, Ergun, Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta İnançlı Muameleler, Cezaevi Matbaası, İstanbul, 1968, s.10; OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe, "Teminat Amaçlı Mülkiyet Devri Sözleşmeleri" (Teminat), MHB, C:19, S.1-2, 1999, s.665; ÖĞÜZ, Tufan, "İnançlı Temlike Konu Taşınmazın İadesi Talebinin Dayandığı Hukukî Esasların Değerlendirilmesi", İKÜHFD, Aralık 2005, s.125; TERCİER/PICHONNAZ /DEVELİOĞLU, s.282.

⁷³ OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe, "Yargıtay'ın MK m.1023'ün Yanlış Uygulandığı Üç Kararının Değerlendirilmesi" (Değerlendirme), in Öğüz, Tufan/Engin, Baki İlkay(ed.), Medeni Hukuk Alanındaki Güncel Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi Sempozyumu, Cilt:I Eşya Hukuku, XII Levha, İstanbul, 2017, s.215.

⁷⁴ NOMER, Vefa, s.39.Bkz.II.B.2.b.

⁷⁵ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s.218; GÜVENÇ, s.159.

⁷⁶ NOMER, Vefa, s.23.

imkân tanınmamıştır⁷⁷.

D. Geri Alım Hakkının Şerh Edilmesi

TBK m.238 ve TMK m.1009 uyarınca geri alım hakkı en çok 10 yıl için kararlaştırabilir ve tapu siciline şerh verilebilir. Şerh işleminin yapılabilmesi mal sahibinin muvafakatine bağlıdır⁷⁸. Geri alım hakkının şerh verilmesiyle birlikte mülkiyet hakkının malike sağladığı devretme yetkisi sınırlandırıldığından, şerh anlaşmasının varlığının aranması menfaatler dengesine uygun görünmektedir. Şerh anlaşması geri alım sözleşmesiyle birlikte veya daha sonra yapılabilir. Tapu Sicil Tüzüğü m.47 uyarınca, satış sözleşmesi dâhilinde yer alan geri alım hakkının şerhi için resmî senedin, satış sözleşmesinden bağımsız şekilde kurulan geri alım hakkının şerhi için ise noterce düzenleme şeklinde gerçekleştirilen bir sözleşmenin varlığı aranmaktadır. Oysa öğretilerde şerh anlaşmasının geri alım sözleşmesinin esaslı unsurlarına dâhil bir yan anlaşması olması ve taşınmazı şerhle yüklenen borçlunun borcunu ağırlaştırması sebebiyle, TBK m.13 uyarınca ilişkili bulunduğu sözleşmenin geçerlilik şekline uyularak kurulması gerektiği belirtilmektedir⁷⁹.

Geri alım hakkı, tapuda şerh edilmedikçe, nispi bir hak olup, yalnız söz konusu hakkı tanyan kişiye ve onun külli haleflerine karşı ileri sürülebilir. Hak sahibi geri alım anlaşmasından doğan kişisel hakkını taşınmazı devralan üçüncü kişiye karşı ileri sürüp onu taşınmazı kendisine devretmeye zorlayamaz. Ancak geri alım hakkının şerhiyle birlikte, hakkın kullanılması karşısında mülkiyeti devretme borcu eşyaya bağlı borç niteliğini kazanır ve TMK m.736/f.1 uyarınca hak 10 yıllık azamî şerh süresi boyunca taşınmazın her malikine karşı ileri sürülebilir. Şerhin munzam etkisi taşınmaz üzerinde sonradan kazanılan ve geri alım hakkıyla bağdaşmayan hakların terkinini talep yetkisi sağlar.

Şerhin geri alım hakkını tanyan kişi bakımından bir mülkiyet sınırlaması teşkil etmesi sebebiyle şerh talebinin bu kişi tarafından gerçekleştirilmesi gerekmektedir⁸⁰. Şerh için talepte bulunulmazsa, hak sahibi mahkemeye başvurarak muhatabın irade beyanında bulunmaya zorlanmasını talep edebilir. Mahkemenin vereceği kararın niteliği tartışmalıdır. Bir görüşe göre MK m.716 kıyasen uygulanacak, mahkeme kararıyla şerh edilecek kişisel hak şerhten önce aynı etki kazanmış olacaktır⁸¹. Diğer bir görüşe göre, hâkimin vereceği karar kişisel hakkı tanyan kimsenin irade beyanı yerine geçer ve hak sahibi karara dayanarak hakkının tapuda şerh verilmesini talep edebilir⁸².

Şerh verilen kişisel hak niteliğindeki geri alım hakkı aynı hak niteliğini kazanmamaktadır, sadece hakkın ileri sürülebileceği kişilerin çevresi genişlemiş olmaktadır⁸³. Kişisel hakların şerhinin etkisini açıklayan farklı görüşler ileri sürülmüştür. Özellikle *Sungurbey* tarafından savunulmuş olan aynı etki görüşü⁸⁴ uyarınca şerh verilen kişisel nitelikteki geri alım hakkının kullanılmasıyla doğan malın mülkiyetinin devrine ilişkin alacak hakkı malda sonradan hak kazananlara karşı da ileri sürülebilecektir, ancak hakkın muhatabı değişmemektedir. Eşyaya bağlı borç görüşü⁸⁵ uyarınca ise, geri alım ilişkisi şerh vasıtasıyla şerhe konu taşınmazın mülkiyetine bağlanmaktadır, dolayısıyla geri alım hakkının muhatabı taşınmaz üzerinde mülkiyet hakkını elde eden yeni malik olmaktadır⁸⁶.

Geri alım hakkının kullanılmasından ve satış ilişkisinin kurulmasından sonra üçüncü

⁷⁷ TMK m.1009/f.1'in açık ifadesi gereği şerh edilebilen haklarda *numerus clausus* ilkesi geçerli olduğundan, inanc sözleşmesinin tapuda şerh edilmesi mümkün değildir. OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s.119.

⁷⁸ SEBÜK, s.40; SUNGURBEY, İsmet, Kişisel Hakların Tapu Kütüğüne Şerhi, Sermet Matbaası, 1963, s.47; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s.121; SİRMEN, s.207; NOMER, Vefa, s.70.

⁷⁹ SUNGURBEY, s.50-51; NOMER, Vefa, s.70. TBK m.13, m.237/f.2'nin yorumlanmasıyla varılan sonuç karşısında, Tapu Sicili Tüzüğü m.47'deki kuralın kanuna aykırı olduğu sonucuna varılmalıdır. Bkz. OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s.121; NOMER/ERGÜNE, s.152.

⁸⁰ NOMER, s.71; SUNGURBEY, s.58.

⁸¹ SUNGURBEY, s.68.

⁸² KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Satış Vaadi, s.193 dn.29; ACEMOĞLU, Kevork, Tescilsiz İktisaplar Yoluyla Mahdut Aynı Haklar ve Şerh Edilebilen Şahsi Hakların Edinilmesi, İÜHFMD, 28(3-4), 1962, s.807; HAAB/SIMONIUS/SCHERRER/ZOBL, s.406; NOMER, Vefa, s.72.

⁸³ OĞUZMAN/BARLAS, s.161. Böylelikle bu nispi hak, taşınmazı devralan üçüncü kişilere karşı da ileri sürülebilir. ANTALYA, Gökhan/TOPUZ, Murat, Marmara Hukuk Yorumu, IV(1) Eşya Hukuku, Seçkin, Ankara, 2019, s.667.

⁸⁴ SUNGURBEY, s.102.

⁸⁵ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s.297; EREN, Mülkiyet, s.464; SİRMEN, s.210; EREL, Şafak, Eşyaya Bağlı Borç, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara, 1982, s.205 vd.

⁸⁶ Görüşler ve değerlendirme için bkz. NOMER, Vefa, s.73 vd.

kişilerin şerh edilmiş kişisel hakka konu taşınmaz üzerinde hak iktisap etmeleri halinde eşyaya bağlı borç görüşünü savunanlar arasında da görüş ayrılığı mevcuttur. Bir görüşe göre, şerhin eşyaya bağlı borç etkisi geri alım hakkının kullanılmasıyla sona ermekte, bunun yerini şerhin munzam etkisi almaktadır⁸⁷. Buna karşılık öğretide geri alım hakkının kullanılmasından sonra taşınmazı iktisap eden kişinin, şerhin tasarruf yetkisini kısıtlayıcı rolü sebebiyle tescile rağmen malik olamayacağı görüşüyle şerhin eşyaya bağlı borç etkisinin devam edeceği ve yeni malikin geri alım hakkının kullanılmasıyla kurulan satış ilişkisinin tarafı olacağı görüşleri de ileri sürülmüştür⁸⁸.

TMK m.736/f.2'deki 10 yıllık süre şerhin yevmiye defterine kaydedilmesi anından başlar⁸⁹ (TMK m.1022/f.2). Zira Tapu Sicili Tüzüğü m.51/f.1 uyarınca yevmiye numarasıyla birlikte kaydedilen şerhlerin tapu kütüğüne yazımına, tescile ilişkin kurallar örnekseme yoluyla uygulanır⁹⁰. Azamî sürenin sonunda hukukî değerini kaybeden şerh, Tapu Sicili Tüzüğü m.69/f.4 uyarınca malik tarafından terkin ettirilebilir. Şerhin geri alım hakkının süresinden daha kısa bir zaman dilimi için kararlaştırılmış olması ihtimalinde, sürenin bitiminde şerhin etkisi sona erer. Taraflarca tekrar şerh anlaşması yapılarak tapuda şerh düşülmesi mümkündür; ikinci şerh ilk şerhin devamı değil, bağımsız olacaktır⁹¹.

III. GERİ ALIM HAKKININ KULLANILMASI

A. Hak Sahibi

Geri alım hakkının sahibi, geri alım hakkının kapsamında veya ilişkili bulunduğu satış sözleşmesindeki satıcıdır. Yukarıda⁹² belirtildiği üzere, geri alım hakkının satış sözleşmesinden sonra, ancak mülkiyetin alıcıya geçirilmesinden önce, satış sözleşmesiyle ilişkilendirilmek suretiyle kurulması halinde hak sahibi yine satış sözleşmesindeki satıcı olacaktır.

Geri alım sözleşmesiyle kurulan geri alım hakkı, TBK m.239/f.1 uyarınca, taraflarca bu yönde bir anlaşmaya varılmış olmadıkça bir başkasına devredilemediği halde, aksine düzenleme olmadıkça miras yoluyla geçmektedir⁹³. TBK m.239/f.2'ye göre geri alım hakkının devredilebileceğinin kararlaştırılmış olması halinde, devrin hakkın kurulmasını sağlayan işlem için öngörülmüş bulunan resmî şekilde yapılması geçerlilik koşuludur. Yenilik doğurucu hak olan geri alım hakkının devri, muhatabın rızasına tâbidir ve bir alacağın devri değildir⁹⁴. Geri alım hakkının sözleşmenin devri hükümlerine (TBK m.205) göre devredileceği belirtilmektedir⁹⁵.

Geri alım hakkının devri yerine, hakkın kullanılmasıyla doğacak alacak hakkının TBK m.183 vd. uyarınca üçüncü kişiye devredilmesiyle geri alım hakkının devredilmesinden farklıdır. Böyle bir devir, şekil koşulu ve diğer unsurlar bakımından alacağın devri hükümlerine tâbidir.

Geri alım hakkı kişiye sıkı sıkıya bağlı olmadığından kanunî veya iradî temsilci aracılığıyla kullanılabilir⁹⁶. Öğretide geri alım hakkının eşyaya bağlı hak olarak tanınabileceği, bunun için taşınmazın hakkın kurulduğu esnada geri alım unsuru içeren satış sözleşmesindeki satıcının mülkiyetinde olması gerektiği belirtilmektedir⁹⁷.

⁸⁷ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s.139, 297; NOMER, Vefa, s.75.

⁸⁸ Görüşler ve değerlendirme için bkz. NOMER, Vefa, s.74 vd.

⁸⁹ SEBÜK, s.123. Yevmiye defteri, tapu kütüğünün kaydı talep edilen hususların talep sırasına göre yazılmasını sağlayan tamamlayıcı unsurdur. Bkz. OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s.81.

⁹⁰ SUGURBEY, s.43.

⁹¹ BERTAN, Suad, Ayni Haklar, Cilt:I, Ankara, 1976, s.809.

⁹² Bkz.II.B.1.

⁹³ Geri alım hakkı sahibinin hakkın mirasçılara geçmeyeceğini beyan etmesinin muhatap lehine bir vasiyet niteliğini haiz olduğu hakkında bkz. NOMER, Vefa, s.51. Düzenleme kanunda yer almasaydı dahi miras hukuku prensipleri gereğince hakkın kural olarak mirasla intikal edeceği, ancak sözleşme özgürlüğü çerçevesinde aksinin kararlaştırılmasının mümkün olacağı; düzenlemenin gereksiz olduğu hakkında bkz. HELVACI, İlhan, "İsviçre Borçlar Kanununun Sözleşmeden Doğan Önalm Alım ve Geri Alım Haklarına İlişkin Değişiklikleri" (İsviçre), MHB, C:19, S:1-2, 1999, s.405.

⁹⁴ HELVACI, Satış, s.403.

⁹⁵ BAYGIN, Cem, "Yeni Borçlar Kanunu'nun Satış İlişkisi Doğuran Haklar Konusunda Getirdiği Düzenlemelere Genel Bir Bakış", Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, Mart-Nisan 2011, S.79-80, s.16; OTT, Walter, "Die Abtretung vertraglicher Vorkaufs-, Kaufs-, und Rückkaufsrechte als Vertragsübernahme", Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht, 59/1978, s.259.

⁹⁶ NOMER, Vefa, s.56; SEBÜK, s.74.

⁹⁷ NOMER, Vefa, s.50; TEKİNAY, s.4; ALLGÄUER, s.59.

B. Hakkın Muhatabı

Gerî alım hakkı, hakka konu olan taşınmazı devralan ve taşınmaza ilişkin önceki malikle gerî alım sözleşmesi kurmuş bulunan yeni malik veya onun küllî haleflerine karşı ileri sürülür. Sözleşmenin nisbîliği prensibi gereğince hakkın üçüncü kişilere karşı ileri sürülmesi mümkün değildir. Dolayısıyla kural olarak taşınmazın üçüncü kişilere devredilmesi halinde hakkın muhatabı değişmez. Bu ihtimalde hakkın muhatabının taşınmazı satma edimini ifası imkânsızlaşmış olur ve hak sahibi TBK m.112 vd.'na başvurabilir. Gerî alım hakkının tapuya şerh verilmiş olması halinde, şerhin süresi boyunca taşınmazın mülkiyetini kazanan üçüncü kişilere karşı ileri sürülmesi mümkün olacaktır. Hatta gerî alım hakkı kullanıldıktan ve satış ilişkisi kurulduktan sonra hak sahibi adına tescil yapılmadan önce malik taşınmazı üçüncü kişiye devretmişse, şerh gerî alım hakkının bu kişiye karşı da ileri sürülebilmesine imkân verdiğinden, MK m.716 uyarınca açılacak tescile zorlama davası bu kişiye yöneltilebilir⁹⁸.

Şerhin söz konusu olmadığı durumlarda, taşınmazı devralan üçüncü kişinin, devreden gerî alım sözleşmesiyle gerî alım hakkı sahibine olan taşınmazı gerî satma borcunu borcun dış üstlenilmesi çerçevesinde resmî senetle taahhüt edebileceği kabul edilmektedir. Bu ihtimalde esasen muhatap değişmeyecek, hakkın kullanılmasıyla satış ilişkisi hak sahibi ve taşınmazı üçüncü kişiye devreden muhatap arasında kurulacaktır; ancak muhatabın taşınmazın mülkiyetini devretme borcunun ifası borcu yüklenen üçüncü kişiden talep edilecektir⁹⁹.

Muhatabın vefatı halinde, gerî alım hakkı muhatabın mirasçılara karşı ileri sürülebilir, ancak taraflar bunun aksini önceden geçerli olarak kararlaştırabilirler veya gerî alım hakkı sahibi tek taraflı bir ölüme bağlı tasarrufla gerî alım hakkının muhatabın mirasçılara karşı kullanılmamasını öngörebilir. Muhatabın vefatında birden fazla mirasçısı bulunuyorsa, bu mirasçılardan tümü küllî halef sıfatıyla gerî alım hakkının muhatabını teşkil ederler. Dolayısıyla gerî alım hakkı bütün mirasçılara karşı veya varsa, miras ortaklığı temsilcisi, vasiyeti yerine getirme görevlisi veya terekeyi resmen idare etmek üzere tayin edilmiş memura karşı kullanılmalıdır¹⁰⁰. Mirasçılar, TMK m.681 uyarınca gerî alım konusu taşınmazın mülkiyetini hak sahibine geçirme borcundan mirasın paylaşılmasından itibaren beş yıl boyunca müteselsilen sorumlu olurlar. Sürenin bitiminde TBK m.162/f.2 uyarınca sona eren müteselsil sorumluluğun ne tür bir sorumluluğa dönüşeceği tartışmalıdır¹⁰¹. Mirasın tamamen paylaşıldığı durumda, beş yıllık sürenin bitiminde mirasçılardan gerî alım hakkı sahibine karşı miras payları oranında sorumlu olmaları karine olarak kabul edilmesi gereken çözüm olarak değerlendirilebilir¹⁰². Bununla birlikte pratikte hakkın kullanılmasıyla kurulacak satış sözleşmesinden doğacak taşınmazın mülkiyetini devir borcunun ifası tapu kütüğünde malik olarak kayıtlı mirasçılar tarafından birlikte yerine getirilecek tescil talebiyle mümkün olur. Objektif kısmî paylaşım yapılarak taşınmazın paylaşımının dışında bırakılması ihtimalindeyse¹⁰³ taşınmaz üzerinde elbirliği mülkiyeti devam edeceğinden, mirasçılardan gerî alım hakkı sahibine karşı kolektif borçlu sayılmaları borcun doğası gereği bizce makuldür.

C. Gerî Alım Beyanı

Yukarıda ifade ettiğimiz üzere yenilik doğuran haklardan gerî alım hakkının kullanılması tek taraflı bir hukukî işlemdir¹⁰⁴. Gerî alım hakkının tek taraflı irade beyanıyla kullanılmasıyla, muhatabın irade beyanına gerek olmaksızın, satış ilişkisi kurulur. Hakkın kullanmasının hüküm ifade etmesi için hak sahibinin bu yöndeki tek taraflı irade beyanını hakkın muhatabına yöneltilmiş olması gerekir¹⁰⁵.

⁹⁸ SİRMEN, s.421.

⁹⁹ NOMER, Vefa, s.53. Yazar, satış ilişkisi bir bütün olarak devredilmeksizin, borcun nakli yoluyla muhatabın değişmesinin mümkün olmadığını belirtmektedir. Aksi görüşte bkz. ALLGÄUER, s.66; SEBÜK, s.117.

¹⁰⁰ NOMER, Vefa, s.54.

¹⁰¹ Müteselsil sorumluluğun sona ermesinden sonra mirasçılardan mirasbırakanın borçlarından elbirliğiyle, aralarındaki anlaşmaya göre veya miras paylarına göre sorumlu olacakları yönünde farklı görüşlere ilişkin açıklamalar için bkz. DURAL, Mustafa/ÖZ, Turgut, Türk Özel Hukuku Cilt:IV Miras Hukuku, 13.B, Filiz, İstanbul, 2019, s.462.

¹⁰² TERCIER/PICHONNAZ/DEVELİOĞLU, s.499. Mirasçılar arasında yapılacak sözleşmeye taraf olmayan alacaklının (hakkını kullanan gerî alım hakkı sahibinin) mağdur olmaması bakımından sorumluluğun sözleşmede düzenlenen rejime değil, miras paylarına göre tespit edilmesi gerekliliği hakkında bkz. DURAL/ÖZ, s.462.

¹⁰³ TERCIER/PICHONNAZ/DEVELİOĞLU, s.500.

¹⁰⁴ Bkz.II.C.2. Gerî alım hakkının dava yoluyla da kullanılabilmesinin mümkün olduğu, davanın TMK m.716 kapsamında değerlendirileceği yönünde bkz. TUNABOYLU, s.700.

¹⁰⁵ NOMER, Vefa, s.55; OĞUZMAN/BARLAS, s.165, 180; İsviçre Federal Mahkemesi'nin dn.59'da anılan kararı.

Geril alım hakkının kullanılmasına yönelik irade beyanının şekliyle ilgili kanunda özel bir koşul yer almadığından¹⁰⁶ TBK m.12/f.1’de öngörülen serbesti geçerli olacaktır, meğerki taraflar geril alım hakkının kullanılması için özel bir şekil öngörmüş olsunlar¹⁰⁷. Geril alım hakkı sözlü bir beyanla veya kanaat verici davranışla kullanılabilir¹⁰⁸.

İspat bakımından 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK) m.200/f.1 gözden kaçırılmamalıdır. Taşınmazın mülkiyetinin hak sahibi adına tescilini talep hakkı doğuran tek taraflı hukukî işlem niteliğindeki geril alım beyanının gerçekleştirildiği anda işlemin değerinin HMK m.200 vd.’daki parasal sınırları aşacağı düşünüldüğünde, senetle ispat zorunluluğu gündeme gelecektir. Ayrıca tapuda yapılacak tescilin hakkın kullanıldığına dair belgeye dayandırılması gerekli olacağından, beyanın noter aracılığıyla veya iadeli taahhütlü mektup gibi bir araçla iletilmesi ispat kolaylığı sağlayacaktır¹⁰⁹.

Geril alım beyanının içeriğinin irade beyanının yorumlanmasına ilişkin genel prensipler uyarınca yorumlanması gerekir. Hak sahibinin kullandığı kelimelerin ve ifadelerin lafzı kadar, muhatabın somut olayın koşullarına göre bildiği veya bilmesi gereken tüm unsurlar çerçevesinde mevcut irade beyanından dürüstlük kuralı uyarınca çıkarması gereken anlam esas alınmalıdır¹¹⁰. Hak sahibinin muhataba geril alım hakkının süresi içinde geril alım bedelini ödemeyi teklif etmemiş olması veya beyan anında hak sahibinin ödeme gücünün bulunmaması, geril alım beyanının geçerliliğine ve satış ilişkisinin kurulmasına etki etmez.

Yenilik doğuran hakların kullanılmasına ilişkin beyanın hüküm ifade etmesinin şarta bağlı kılınmaması prensibi geril alım hakkı bakımından da geçerlidir. Ancak şartın yarattığı belirsiz durumun hakkın muhatabına zarar vermediği durumlarda, özellikle şartın gerçekleşmesinin muhatabın iradesine bağlı ve onun hâkimiyet alanında olduğu hallerde, hakkın kullanılmasının şarta bağlanabileceği belirtilmektedir¹¹¹.

Beyan muhatabının hazır olması durumunda, satış ilişkisi, hak sahibinin tek taraflı irade açıklamasında bulunduğu an kurulur. Muhatabın hazır bulunmaması durumunda, hakkın kullanılmasına ilişkin yöneltilmesi gereken tek taraflı irade açıklamasının hangi anda hüküm ifade edeceği TBK’da düzenlenmemektedir. Kabul beyanına ilişkin TBK m.11’deki prensibin menfaatler dengesi gereğince geril alım hakkının kullanılmasında da uygulanabileceği görüşü savunulmaktadır¹¹².

Hakkın kullanıldığına ilişkin beyan, muhataba varmadan önce hak sahibi tarafından tek taraflı olarak geril alınabilir. Beyanın geril alınmasına da TBK m.10/f.1 hükmü uygulanır.

D. Hakkın Kullanılmasının Sonuçları

Geril alım hakkının kullanılması hak sahibinin beyanının muhataba varmasıyla hüküm ifade eder¹¹³. Hakkın kullanılmasıyla, muhatabla geril alım hakkı sahibi arasında geril alım sözleşmesinde kararlaştırılmış bulunan koşullar çerçevesinde satış ilişkisi doğar. İkinci satış ilişkisinde ilk satıştaki satıcı, geril alım hakkı sahibi olan alıcı; alıcı ise hakkın muhatabı konumundaki satıcı olur. Hak kullanıldığında muhatap taşınmazın mülkiyetini hakkını kullanan kişiye devretme, hak sahibi ise geril alım bedelini muhataba ödeme borcu altına girer.

Geril alım hakkı kurucu yenilik doğurucu hak olduğundan, hakkın kullanılmasından sonra, hak sahibinin işlemi tek taraflı iradesiyle geril alması mümkün olmaz. Hak sahibinin geril alım beyanında bulunduktan sonra geril alım bedelini ödememesi muhataba TBK m.112 vd.’na başvurma imkânı verir.

¹⁰⁶ Bkz. YHGK’nın E.1987/464 K.1987/912 sayılı, 9.12.1987 tarihli kararı, (www.kazanci.com), (Erişim Tarihi:8.1.2020).

¹⁰⁷ BERTAN, s.811. Tarafların öngördükleri şekil koşuluna aykırı irade beyanıyla yapılacak işlem kesin hükümsüzdür.

¹⁰⁸ BUZ, s.250; TERCIER/PICHONNAZ/DEVELİOĞLU, s.92. Örneğin somut olayda geril alım bedeli muhataba gönderilmişse bu davranışın güven prensibi çerçevesinde muhatap tarafından geril alım hakkının kullanılması yönündeki bir irade beyanı olarak anlaşılması gerektiğinin savunulabileceği yönünde bkz. NOMER, Vefa, s.62. Buna karşılık, geril alım beyanının da resmî şekle tâbi olması gerektiği hususunda bkz. BECKER, s.152.

¹⁰⁹ Geril alım hakkının muhataba gönderilen dava dilekçesi yoluyla da kullanılabilmesi hakkında bkz. NOMER, Vefa, s.62.

¹¹⁰ OĞUZMAN/BARLAS, s.294; İsviçre Federal Mahkemesi’nin dn.59’da anılan kararı.

¹¹¹ OĞUZMAN/BARLAS, s.166; BUZ, s.482.

¹¹² KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Borçlar Hukuku, s.155 vd.; NOMER, Vefa, s.55; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s.253.

¹¹³ TANDOĞAN, s.284.

Muhatab malın mülkiyetini devretme borcunu yerine getirmekten kaçınırsa, geri alım hakkını kullanan taraf, TMK m.716 uyarınca mülkiyetin kendisine hükmen geçirilmesini talep edebilir. Bu durumda taşınmazın mülkiyetinin hâkimin vereceği kararın kesinleşmesiyle hak sahibine intikal edeceği kabul edilmektedir¹¹⁴. Söz konusu olan bir eda davası olmasına rağmen, mahkemece verilen karar yenilik doğuran karar niteliğindedir ve taşınmaz mülkiyetini iktisap eden taraf lehine tapuda yapılacak tescil açıklayıcı olur¹¹⁵. Tescile zorlama davası açıldığında, geri alım bedelinin mahkemece verilen sürede mahkemeye depo edilmesi gerekmektedir¹¹⁶.

IV. GERİ ALIM HAKKININ SONA ERME HALLERİ

A. Hakkın Kullanılması

Geri alım hakkının yenilik doğuran hak niteliği sebebiyle kullanılmakla sona ermesi hakkın doğal sona erme biçimidir. Diğer yenilik doğuran haklarda olduğu gibi, hakkın kullanılmasıyla fonksiyonu yerine getirilmiş olur. Tarafların sözleşme serbestisi çerçevesinde yenilik doğuran bu hakkın kullanılmasının sonuçlarını bertaraf eden veya değiştiren başka bir işlem yapması halinde geri alım hakkının kullanılmış olmasının sonuçları ortadan kaldırılabilir¹¹⁷, fakat bir kez kullanılmakla sona ermiş bulunan geri alım hakkı canlanmaz.

Bir görüşe göre¹¹⁸, yenilik doğuran hakların kullanılmakla sona ermesini mutlak bir sonuç olarak değerlendirmemek gerekir. Yenilik doğuran hakların kullanılmakla sona ermesi ve geri alınmaması ilk planda muhatabın menfaatinin korunmasına ve hukuk alanında belirsizlik yaratılmamasına hizmet etmektedir. Muhatabın bizzat onay vermesi halinde yenilik doğuran hakkın kullanımının geri alınmasının mümkün sayılması gerekmektedir. Anılan görüşe itibar edildiğinde, kullanılmakla kural olarak sona eren geri alım hakkının, muhatabın geri alım beyanının geri alınmasına muvafakat etmesi halinde yeniden canlanması mümkün olur.

B. Sürenin Geçmesi

Geri alım hakkı geri alım anlaşmasında taraflarca belirlenen süre içinde kullanılabilir. TBK m.238/f.1 geri alım hakkının azami 10 yıl için kararlaştırılabileceğini düzenlemektedir. Ancak taraflar daha kısa süreli bir geri alım hakkı öngörebilirler. Süre, geri alım sözleşmesinin akdedilmesiyle işlemeye başlamaktadır¹¹⁹. Tarafların öngördüğü sürenin 10 yılı aşmaması halinde bu sürenin, aksi takdirde 10 yıllık sürenin sona ermesiyle hak sona erer¹²⁰. Taraflar 10 yıldan daha uzun süreli bir geri alım hakkı kararlaştırmak isterlerse, mevcut sürenin bitiminde yeni bir hukukî işlemle geri alım hakkı kurabilirler¹²¹. Ancak on yıl için tanınmış geri alım hakkının süresinin bitiminden önce sürenin uzatılması için yapılacak bir hukukî işlem TBK m.238'e aykırılık sebebiyle kesin hükümsüz olur¹²².

C. Feragat

Geri alım hakkından tek taraflı feragat edilebilir¹²³. Hak sahibi, geri alım hakkından tamamen veya belirli bir kimseye karşı feragat edebilir. Feragat için herhangi bir geçerlilik şekli öngörülmemiştir, ancak HMK m.200 gereğince ispat şekline tâbi olur. Feragatte bulunulabilmesi için hak, kullanılma veya sürenin geçmesi gibi bir sebeple sona ermemiş olmalıdır.

Geri alım hakkından feragat edilmesi halinde geri alım hakkı sona erer. Yalnız belirli bir kişi lehine feragatteyse geri alım hakkı sona ermekte, ancak lehine feragat edilen ve onun küllî haleflerine karşı ileri sürülemez duruma gelmektedir, üçüncü kişilere karşı kullanılabilir¹²⁴. Geri alım konusu taşınmazın muhatabın vefatı üzerine birden fazla mirasçıya intikal etmesi örneğinde hak sahibinin mirasçılardan biri lehine hakkından feragat etmesi, daha sonra taşınmazın

¹¹⁴ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s.295.

¹¹⁵ EREN, Mülkiyet, s.463.

¹¹⁶ Bkz. Yargıtay HGK'nın E.2000/6-1815 K.2000/1825 sayılı, 20.12.2000 tarihli; E.2000/6-64 K.2000/73 sayılı, 9.2.2000 tarihli kararları, (www.kazanci.com), (Erişim Tarihi:8.1.2020).

¹¹⁷ NOMER, Vefa, s.76; SEBÜK, s.118; OĞUZMAN/BARLAS, s.167; BUZ, s.447 vd.

¹¹⁸ BUZ, s.447 vd., s.481-482.

¹¹⁹ THEVENOZ, Luc/WERRO, Franz, Commentaire Romand Code des Obligations I, 2.B, Helbing Lichtenhahn, Basel, 2012, s.1498.

¹²⁰ ARSLAN UGAN, s.184.

¹²¹ GIGER, s.281.

¹²² THEVENOZ/WERRO, s.1499. Aynı yönde bkz. ARSLAN UGAN, s.185.

¹²³ BUZ, s.420.

¹²⁴ NOMER, Vefa, s.79; SEBÜK, s.120; ARSLAN UGAN, s.183.

mülkiyetini iktisap etmesi söz konusu olan diğer mirasçılara karşı da hakkından feragat etmiş olduğu anlamına gelmez.

D. Ölüm

TBK m.239/f.2 uyarınca geri alım hakkının, aksi kararlaştırılmadıkça mirasçılara intikal ettiğini ve muhatabın vefatı halinde de geri alım beyanının yöneltildiği üzerine muhatabın küllî haleflerinin taşınmazın mülkiyetini hak sahibine geçirme borcu altında olacaklarını belirtmiş¹²⁵. Taraflarca bunun aksine düzenleme yapılmış ve hak ve/veya borç kişiye bağlı hale getirilmişse, hak sahibinin ve/veya muhatabın ölümüyle geri alım hakkı sona erer¹²⁶.

E. Hak Sahibi ve Muhatap Sıfatlarının Birleşmesi

TBK m.135/f.1, öğretide borç ilişkilerini kapsar şekilde yorumlanmaktadır¹²⁷. Hak sahibinin geri alım konusu taşınmazı miras, bağışlama gibi küllî veya cüzî halefiyet yollarından biriyle iktisap etmesi halinde geri alım hakkının tanınmasındaki amaç başka bir vasıtayla gerçekleşmiş olur. Taşınmazın satıcıya dönmüş olması sebebiyle artık geri alım hakkının kullanılmasına ihtiyaç bulunmadığından hakkın kendiliğinden sona erdiği kabul edilmektedir¹²⁸. TBK m.135/f.2 uyarınca birleşmenin geçmişe etkili olarak ortadan kalkması halinde ise geri alım hakkı varlığını sürdürür¹²⁹.

F. Cebri Artırma

Geri alım hakkının kurulmasından önce rehinle kayıtlanmış taşınmaz cebri artırma yoluyla satıldığında, geri alım hakkı sona erer. Rehlinli alacaklı, şerh edilmiş geri alım hakkı bakımından şerhin terkinini talep edebilir ve taşınmaz geri alım hakkından ari olarak satılabilir¹³⁰.

G. Hak Konusunun Hak Sahibine Devrinin İmkânsızlaşması

Geri alım hakkına konu taşınmazın devrinin objektif imkânsızlığa uğramasının geri alım hakkına etkisine ilişkin kanunî düzenleme mevcut değildir. Öğretide ve uygulamada hakkın kullanılmasıyla kurulacak sözleşmenin konusu edimin imkânsızlaşması sebebiyle geri alım hakkının sona ereceği kabul edilir¹³¹. Örneğin taşınmazın kamulaştırılması halinde artık bireysel mülkiyetten söz edilemeyeceğinden ve taşınmazın satılıp devredilmesi objektif olarak imkânsızlaşacağından, geri alım hakkının kullanılmasıyla kurulacak satış sözleşmesi imkânsızlık sebebiyle TBK m.27/f.1 uyarınca kesin hükümsüz olur¹³². Taşınmazın yok olması halinde de hakkın kullanılmasıyla kurulacak satış sözleşmesinden doğan mülkiyeti geçirme edimi imkânsızlaşır¹³³. Ancak malın yok olması hakkın muhatabına isnat edilebilecek bir sebepten kaynaklanıyorsa, hak sahibi geri alımın gerçekleşmemesinden doğacak zararının tazminini muhataptan talep edebilir¹³⁴.

V. SONUÇ

Geri alım hakkı, modern hukuk sistemlerinde düzenlenen rehin hakkının bugünkü şekline ulaşmasından önce alacaklı için oldukça elverişli bir teminat sağlayan, aynı zamanda taşınmazı çeşitli vesilelerle bir süreliğine devretmek isteyen malike taşınmazın mülkiyetini tek taraflı hukukî işlemle geri kazanma fırsatı veren bir haktır.

Taşınmazlarda hakkın tesisinin geçerliliği kanunen resmî şekle bağlanmıştır, ancak şekli gerçekleştirmeye yetkili makam kanunda belirtilmediğinden bu husus hala tartışmalıdır. Yargıtay

¹²⁵ Bkz. III.B.

¹²⁶ SEBÜK, s.121.

¹²⁷ GÜMÜŞ, Alper, “Alacaklı ve Borçlu Sıfatının Birleşmesi (BK m.116)” (Birleşme), İKÜHFD, 2008, Cilt: 7, Sayı: 2, s.30 ve dn.27 ve 28’de anılan yazarlar; ARSLAN UGAN, s.187.

¹²⁸ NOMER, Vefa, s.80; OLGAC, s.259; KOCAYUSUPPAŞAOĞLU, Satış Vaadi, s.211; SEBÜK, s.122.

¹²⁹ Ancak TBK m.135/f.2’nin uygulama alanı bulması için alacaklı ve borçlu sıfatlarının birleşmesine sebep olan işlemin öncelikle geçerli olarak kurulmuş olması gerekir. Bkz. GÜMÜŞ, Birleşme, s.45.

¹³⁰ NOMER, Vefa, s.81; SEBÜK, s.122.

¹³¹ BUZ, s.439; YHGK’nın E.1987/464 K.1987/912 sayılı ve 9.12.1987 tarihli kararı, (www.kazanci.com), (Erişim Tarihi:8.1.2020).

¹³² NOMER, Vefa, s.81.

¹³³ Şerh edilmemiş geri alım hakkı konusu taşınmazın üçüncü kişiye devredilmesiyle sebep olunan subjektif imkansızlığın da hakkın sona ermesine sebep olacağı yönünde bkz. SEBÜK, s.121 vd. Aynı yönde ARSLAN UGAN, s.183.

¹³⁴ NOMER, Vefa, s.82. Buradaki sorumluluğun *culpa in contrahendo* esasına dayandığına ve olumsuz zararın talep edileceğine dair bkz. BUZ, s.439.

uygulamasında noterce düzenlenen resmî senetle geçerli olarak geri alım hakkı tesis edilmesine cevaz verildiği anlaşılmaktadır.

Çoğunlukla geri alım sözleşmesiyle kurulan ve ileri sürülebileceği kişiler bakımından etki alanını genişletmek için tapuya şerh verilebilen geri alım hakkının hukukî niteliği tartışmalı olmakla birlikte, satış ilişkisi doğuran diğer haklar gibi geri alım hakkının da kurucu yenilik doğuran hak olduğu görüşü öğretide ağırlıklı olarak savunulmaktadır. Şerhin etkisi bakımından geri alım hakkının şerhinin eşyaya bağlı borç etkisi doğurduğu görüşünün daha fazla taraftar bulduğu tespit edilmektedir.

Taşınmaz satışlarında satıcıya geri alım hakkı tanınmasının *lex commissoria* yasağına aykırılık teşkil edip etmeyeceği sorusuna Türk hukukunda yazarların çoğunluğunun kanunun açık düzenlemesi sebebiyle olumsuz cevap verdiği, ancak yine de somut olay değerlendirmesinde bu ihtimale önem atfedilmesi gerektiği belirlenmiştir.

Mehaz İsviçre Borçlar Kanunu'nun 216a maddesinde düzenlenen geri alım hakkının azamî süresi ve sistematik konumu dikkate alınarak yapılan kısa değerlendirmenin sonucunda, revize edilen İsviçre Borçlar Kanunu'nda hakkın ve şerhin üst sınırı için uygulamaya paralel şekilde 25 yıl gibi uzun bir sürenin düzenlendiği tespit edilmiştir. Buna karşılık Türk kanun koyucusunun geri alım hakkı için TMK m.736/f.2 ile uyumlu şekilde 10 yıllık bir üst süre öngördüğü ve Türk hukukunda hakkın ve şerhin üst sürelerinin aynı hükümde birleştirilmesine gerek görülmediği belirlenmiştir.

KAYNAKÇA

- ACEMOĞLU, Kevork: Tescilsiz İktisaplar Yoluyla Mahdut Ayni Haklar ve Şerh Edilebilen Şahsi Hakların Edinilmesi, İÜHFM, 28(3-4), 1962 s.799-809.
- AKGÜNER, Tayfun/ERMAN, Hasan: “Kamulaştırmada Son Gelişmeler ve Malikin Geri Alma Hakkı (İlginç Bir Karar)”, İKÜHFD, 1(1-2), Haziran 2002 s.1-23.
- AKİPEK, Jale/AKINTÜRK, Turgut/ATES, Derya: Eşya Hukuku, 2. Bası, Beta, İstanbul, 2018.
- ALLGÄUER, Oskar: Vorkaufs-, Rückkaufs- und Kaufsrecht, H.R.Sauerländer&Co., Aarau, 1918.
- ANTALYA, Gökhan/TOPUZ, Murat: Marmara Hukuk Yorumu Cilt:IV/1 Eşya Hukuku, Seçkin, Ankara, 2019.
- APATHY, Peter/KLINGENBERG, Georg/PENNITZ, Martin: Einführung in das römische Recht, 6. Bası, Böhlau, Viyana, 2016
- ARSLAN UGAN, Deniz: Geri Alım (Vefa) Hakkı, Yetkin, Ankara, 2020.
- AYAN, Mehmet: Eşya Hukuku II Mülkiyet, 9. Bası, Seçkin, Ankara, 2016.
- AYDOĞDU, Murat/KAHVECİ, Nalan, Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 4. Baskı, Adalet, Ankara, 2019
- BAYGIN, Cem: “Yeni Borçlar Kanunu'nun Satış İlişkisi Doğuran Haklar Konusunda Getirdiği Düzenlemelere Genel Bir Bakış”, Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, S.79-80, Mart-Nisan 2011, s.7-30
- BECKER, Hermann: İsviçre Medeni Kanunu Şerhi Borçlar Hukuku, Stämpfli&CIE, Bern, 1934.
- BERGER, Adolf: Encyclopedic Dictionary of Roman Law, Philadelphia, 1991.
- BERTAN, Suad: Ayni Haklar, Cilt:I, Ankara, 1976
- BİLGİ, Necip: Borçlar Hukuku Özel Borç Münasebetleri, Yeni Desen Matbaası, Ankara, 1962
- BRÜCKNER, Christian “§ 11 Verwandte Verträge (Vorvertrag, Vorkaufsvertrag, Vertrag auf Begründung eines Kaufsrechts bzw. Rückkaufsrechts)”, in Koller, Alfred (ed.), Der Grundstückskauf, 2. Bası, Stämpfli, Bern, 2001, s.503-520.
- BUCKLAND, William Warwick: A Text-Book of Roman Law from Augustus to Justinian, Cambridge, 1921.
- BUZ, Vedat: Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar, Yetkin, Ankara, 2005.
- CAVIN, Pierre/REYMOND, Claude: Traité de Droit Privé Suisse, Cilt:VII/1, Editions Universitaires Fribourg, Fribourg, 1978.
- CASPER, Matthias: Der Optionsvertrag, Mohr Siebeck, Tübingen, 2005.
- ÇETİNER, Bilgehan: Taşınmaz Teminatı, Filiz, İstanbul, 2015.
- DURAL, Mustafa/ÖZ, Turgut: Türk Özel Hukuku Cilt:IV Miras Hukuku, 13. Bası, Filiz, İstanbul, 2019.
- EREL, Şafak: Eşyaya Bağlı Borç, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara, 1982.
- EREN, Fikret: Mülkiyet Hukuku (Mülkiyet), 4. Bası, Yetkin, Ankara, 2016.
- EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Özel Hükümler (Özel Hükümler), 7. Bası, Yetkin, Ankara, 2019.
- EREN, Fikret: “Yasal Önalım Hakkı” (Önalım), GÜHFD, XII(1-2), 2008, s.103-126.
- ERTAŞ, Şeref: Eşya Hukuku, 14. Bası, Barış, İzmir, 2018.
- FEYZİOĞLU, Feyzi F.: Şüf'a Hakkı, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1959.
- GIGER, Hans: Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Cilt:VI/2/1/3, Der Grundstückskauf

- Art. 216-221 OR, Stämpfli, Bern, 1997.
- GÜMÜŞ, Mustafa Alper: “Alacaklı ve Borçlu Sifatının Birleşmesi (BK m.116)” (Birleşme), İKÜHFD, 7(2), 2008, s.25-59.
- GÜMÜŞ, Mustafa Alper: Borçlar Hukuku Özel Hükümler (Özel Hükümler), Cilt:I, 3. Bası, Vedat, İstanbul, 2013.
- GÜVENÇ, Özgür: Taşınmazların İnançlı İşleme Devri, Yetkin, Ankara, 2014.
- HAAB/Robert/SIMONIUS, August/SCHERRER, Werner/ZOBL: Dieter Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, IV/1, Art.641-729 ZGB, 2. Bası, Schulthess, Zürich, 1977.
- HELVACI, İlhan: “İsviçre Borçlar Kanununun Sözleşmeden Doğan Önalım Alım ve Geri Alım Haklarına İlişkin Değişiklikleri” (İsviçre), MHB, C:19, S.1-2, 1999, s.397-417.
- HELVACI, İlhan: “Satış İlişkisi Doğuran Haklar” (Satış), in İnceoğlu, Murat (ed.), Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu, XII Levha, İstanbul, 2012, s.223-232.
- HELVACI, İlhan: Türk Medeni Kanununa Göre Lex Commissoria Yasağı (Lex Commissoria), Alfa, İstanbul, 1997
- KARAHASAN, Mustafa Reşit: Yeni Türk Medenî Kanunu Eşya Hukuku, Cilt:I, Arkan, İstanbul, 2007.
- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip: Borçlar Hukuku Genel Bölüm: Borçlar Hukukuna Giriş, Hukukî İşlem, Sözleşme (Borçlar Hukuku), Cilt:1, 4. Bası, Filiz, İstanbul, 2008.
- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip: Türk Medeni Hukukunda Gayrimenkul Satış Vaadi (Satış Vaadi), Sulhi Garan Matbaası, İstanbul, 1959.
- MARCHAND, Sylvain: “La reconciliation de l’effet et de l’effet personnel des droits de preemption, d’emption et de remere immobiliers en droit suisse”, in Erdem, Ercüment H. (ed.) /Bolle, Pierre-Henri (ed.), Journées juridiques turco-suisse, Beta, İstanbul, 2005, s.173-185.
- di MARZO, Salvatore: Roma Hukuku (Çeviren: Ziya UMUR), 2. Bası, İstanbul Matbaası, İstanbul, 1959
- MEIER-HAYOZ, Arthur: Schweizerisches Privatrecht, Cilt:V/I:Das Sachenrecht, Basel, Helbing&Lichtenhahn, 1977
- NOMER, Halûk Nami: “Teminat Amaçlı Vefalı Satışlar ile İnanç Sözleşmeleri ve Lex Commissoria Yasağı” (Teminat), Cevdet Yavuz’a Armağan, Cilt:II, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 2016, s.2007-2015.
- NOMER, Halûk N.: Vefa Hakkı (Vefa), Beta, İstanbul, 1992.
- NOMER, Halûk N./ERGÜNE, M.Serkan: Eşya Hukuku, XII Levha, İstanbul, 2019.
- OĞUZMAN, Kemal/BARLAS, Nami: Medeni Hukuk Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar, 25. Bası, Vedat, İstanbul, 2019.
- OĞUZMAN, Kemal/ÖZ, Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt:I, 17. Bası, Vedat, İstanbul, 2019.
- OĞUZMAN, Kemal/ÖZ, Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt:II, 15. Bası, Vedat, İstanbul, 2020.
- OĞUZMAN, Kemal/SELİÇİ, Özer/OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe: Eşya Hukuku Kısaltılmış Ders Kitabı, 2. Bası, Filiz, İstanbul, 2019
- OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe: “Teminat Amaçlı Mülkiyet Devri Sözleşmeleri” (Teminat), MHB, C:19, S.1-2, 1999, s.657-683.
- OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe: “Yargıtay’ın MK m.1023’ün Yanlış Uygulandığı Üç Kararının Değerlendirilmesi” (Değerlendirme), in Ögüz, Tufan/Engin, Baki İlkay (ed.), Medeni Hukuk Alanındaki Güncel Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi Sempozyumu, Cilt:I Eşya Hukuku, XII Levha, İstanbul, 2017, s.199-221.
- OLGAÇ, Senai: Şüf’a Vefa İştira Hakları, Olgaç Matbaası, 1978.
- OTT, Walter: “Die Abtretung vertraglicher Vorkaufs-, Kaufs-, und Rückkaufsrechte als Vertragsübernahme”, Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht, 59/1978, s.258-287.
- ÖĞÜZ, Tufan: “İnançlı Temlike Konu Taşınmazın İadesi Talebinin Dayandığı Hukukî Esasların Değerlendirilmesi”, İKÜHFD, Aralık 2005, s.119-133.
- ÖZSUNAY, Ergun: Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta İnançlı Muameleler, Cezaevi Matbaası, İstanbul, 1968.
- SEBÜK, Tahir: Şüf’a, Vefa ve İştira Hakları, Kader Basımevi, İstanbul, 1951.
- SİRMEN, Lale: Eşya Hukuku, 7. Bası, Yetkin, Ankara, 2019.
- SOLMAZ, Eren: Kamulaştırma Hukukunda Malikin Geri Alma Hakkı, XII Levha, İstanbul, 2016.
- STEINAUER, Paul Henri: Les Droits Réels, Cilt:II, 2. Bası, Stämpfli, Bern, 1994.
- SUNGURBEY, İsmet: Kişisel Hakların Tapu Kütüğüne Şerhi, Sermet Matbaası, İstanbul, 1963.
- SUTTER-SOMM, Thomas: Schweizerisches Privatrecht, Cilt:V/1:Eigentum und Besitz, Helbing&Lichtenhahn, Basel, 2014.
- ŞİPKA, Şükran: Türk Hukukunda Kanunî Önalım (Şüf’a) Hakkı, Alfa, İstanbul, 1994.
- TAHAN, Duygu: “Roma Hukuku’nda Alım Satım Akdine Bağlı Pactum’lar”, İnÜHFD, 8(1), 2017, s.199-224.
- TANDOĞAN, Haluk: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Cilt:I/1, 6. Bası, İstanbul, Vedat, 2008.

- TEKİNAY, Selahattin Sulhi: Taşınmaz Mülkiyetinin Takyitleri, II/1, Filiz, İstanbul, 1988.
- TERCIER, Pierre/BIERI, Lauerent/CARRON, Blaise: Les Contrats Spéciaux, 5. Bası, Schultess, Cenevre, Zürih, Bale, 2016.
- TERCIER, Pierre/PICHONNAZ, Pascal/DEVELİOĞLU, Murat: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, XII Levha, İstanbul, 2016.
- THEVENOZ, Luc/WERRO, Franz: Commentaire Romand Code des Obligations I, 2. Bası, Helbing&Lichtenhahn, Basel, 2012.
- von TUHR, Andreas/PETER, Hans: Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Erster Band, Erste Lieferung, 3. Bası, Zürih, 1974.
- TUNÇOMAĞ, Kenan: Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Cilt:II, 3. Bası, Sermet Matbaası, İstanbul, 1977.
- WIELAND, Carl: Kanunu Medenide Ayni Haklar, Çeviren: İsmail Hakkı Karafakı, Adalet Bakanlığı Yayınları, Ankara, 1946.
- YAVUZ, Cevdet/ACAR, Faruk/ÖZEN, Burak: Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 10. Bası, Beta, İstanbul, 2014.
- ZEVKLİLER, Aydın/GÖKYAYLA, K. Emre: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 19. Bası, Turhan, Ankara, 2019.
- ZIMMERMANN, Reinhard: The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition, Cape Town, 1996.

ESKİ VAKIFLARDA TOPRAK MÜLKİYETİNDEN DOĞAN SORUNLARIN GÜNÜMÜZE YANSIYAN BİÇİMLERİ: TAVİZ BEDELİ

THE FORMS REFLECTED PRESENT OF THE PROBLEMS ARISING FROM THE LAND
SYSTEM AND PROPERTY IN OLD WAQFS: CONCESSION FEE

Murat ÇAK*  & Demet ÇAK** 

Makale Bilgi

Gönderilme: 09/04/2020
Kabul: 30/05/2020

Anahtar Kelimeler

*Toprak Mülkiyeti
Türleri,
Sahih Vakıf,
Gayri Sahih Vakıf,
Mukataa,
İcareteyn,
Taviz Bedeli.*

Article Info

Received: 09/04/2020
Accepted: 30/05/2020

Keywords

*Type of Landownership,
Valid Waqf,
Nonvalid Waqf,
Mukataa,
Icareteyn,
Concession Fee.*

Özet

743 sayılı Türk Kanuni Medenisinin yürürlüğe girmesinden önce kurulmuş bulunan vakıfların, Vakıflar Genel Müdürlüğü tarafından temsil ve idare edilenlerine mazbut vakıflar adı verilmektedir. Mazbut vakıflar, mülk sayılan arazilerin ve bunlardan elde edilen gelirlerin insanlığın hayrına olacak şekilde vakfa bağışlanmasıyla oluşturulabildiği gibi; miri arazilerden bir kısmının vergi ve sair gelirlerinin hayır şartına vakfedilmesiyle de kurulabilmektedir. Bunlardan ilki sahih vakıfları meydana getirirken, ikincisi ise gayrisahih vakıfları oluşturmaktadır. Günümüzde ise sahih mazbut vakıflara ait, mukataa ve icareteyn usulleriyle kiraya verilen arazilerin şahıslar veya kurumlar adına serbest tasarrufa geçirilmesi esnasında 5737 sayılı Vakıflar Kanunu'nun 18. maddesi uyarınca taviz bedeli adı altında, taşınmazın emlak vergisi değerinin %10'una denk bir bedel tahsil edilmektedir. Taviz bedeli tahsilatı, şahıslar ve kurumlarla, Vakıflar Genel Müdürlüğü arasında ihtilafa neden olmakta ve bu ihtilaf yargı mercilerinde çözüme kavuşturulmaktadır. Bu çalışmamızda kökeninde Selçuklu ve Osmanlı Devletlerinin toprak sistemlerindeki arazi çeşitleriyle mülkiyet esaslarının yer aldığı taviz bedeli sorununun, yargı aşamasında çözümünde izlenecek yöntem ele alınmaktadır.

Abstract

Those which are represented and administered by the Directorate General of Foundations of the waqfs that were established before the adoption of the Civil Law numbered 743 are called mazbut waqfs. As waqfs can be created by not only donating the lands that are deemed as property and the income obtained from them to the foundation for the benefit of humanity and but also they could be established by dedicating some of the tax income and other revenues of the state lands to the charity. While the first one constitutes "sahih" (valid) waqfs, the second one constitutes the "gayrisahih" (nonvalid) waqfs. Today, however, according to Article 18 of the Foundations Law No. 5737, a fee is called "concession fee" that equivalent to 10% of the property tax value of the land is collected for the lands that were leased by mukataa and icareteyn methods belonging to the valid (sahih) mazbut waqfs during the transfer to the free property on behalf of individuals or institutions. Concession fee collection causes disputes between individuals, institutions and the Directorate General of Foundations and this dispute is resolved in the judicial authorities. In this study, the method to be followed in the solution of the concession fee issue that originated in the land systems of the Seljuk and Ottoman States and their property principles at the judicial stage is discussed.

I. GİRİŞ

Bireylerin içinde buldukları toplum yararına, karşılıksız bir biçimde bazı işleri gerçekleştirme düşüncesi, çeşitli nedenlerle kişisel mutluluk ya da tatmin sağlayan içsel motivasyona sahip duygularından biri olarak, hayatlarının belirli evrelerinde yoğunlaşmaktadır. Bu düşünce farklı nedenlerle tezahür etmekle birlikte, sahip olunan maddi imkanlarla doğru orantılı bir biçimde, gerçekleştirilen kamu yararına faaliyetin sınırları da belirlenmektedir. Bireyin nasıl bir hayat deneyimine sahip olduğundan, almış olduğu eğitime, sosyal statüsünden, inanç yapısına kadar çok geniş bir aralıktaki bir o kadar da fazla unsur tarafından etkilenebilen kamu yararına yönelik davranış biçiminin, özellikle İslamiyet sonrası Türk toplumlarında vücut bulmuş hali vakıflardır diyebiliriz.

Benzer ya da marjinal sayılabilecek amaçlar için kurulmuş vakıfların yoğun bir biçimde toplumla iç içe olduğu Osmanlı döneminde ise, uhrevi sebeplerin vakıf tesis etme hususunda merkezde yer aldığı belirtilebilir. Allah'ın ebedi rızasına nail olabilmek amacıyla yol gösterici ayet ve hadislerde yer alan açıklamalar doğrultusunda hareket ederek oluşturulan kamu yararına kurumlar şekline bürünen selatin vakıflar, temelde saray masrafları ve askeri harcamalardan meydana gelen Osmanlı bütçesinin sosyal hizmet yönünü tamamlar hale gelmiştir¹.

Bu görüşe ilaveten, Osmanlı Devleti'nin kuruluş aşamalarında fethedilen toprakların Türkleştirilmesi, İslamiyet ile tanıştırılması, imara yönelik ihtiyaçların yerinden ve kolaylıkla sağlanabilmesi amaçlarıyla özellikle bir takım Ahiler ile dervişlerin tekke ve zaviyelerinin vakıflaşmasının devlet eliyle teşvik edildiği de bilinmektedir.² Bu nedenlerle vakıfların gerek bir devlet politikası zarureti olarak sosyal hizmetler gören kamu yararına kuruluşlar, gerekse dini sebepler ve daha sonraları ise aynı soydan gelenlere düzenli bir gelir bırakmanın önemli bir aracı olarak yaygınlaştıkları görülmektedir.

Temelde vakıflarda vakfedilen unsur iktisadi değeri olan bir taşınmaz ya da mal topluluğu (araziler, değirmenler, dükkanlar, binalar v.b.) veya ondan elde edilen gelir ile bazen de doğrudan nakit olduğundan; maliye ve iktisat konularıyla ilgili olan medeni kanunun kabulü öncesinde kurulan mazbut ve mülhak vakıfların, toprak sistemi ve fıkıh ilmiyle de yakından ilgili olduğu söylenebilir. Bu nedenlerle çalışmamıza Selçuklu ve Osmanlılarda toprak sistemi ile hangi tür toprakların bağışlanmasıyla vakıf kurulmasına izin verildiği hususlarıyla devam edilecek, nihayetinde taviz bedeli ile ilgili teorik ve uygulamaya ilişkin açıklamalar yapılarak, konunun yargı aşamasında çözümünde göz önüne alınması gerekli esaslar tartışılacaktır.

II. SELÇUKLU VE OSMANLILARDA TOPRAK SİSTEMİ

İslam inancına göre bir arazinin mülkiyetinin edinilmesinde temel faktör fetihlerdir. Fethedilen tüm yeni yerlerde geçerli olmak üzere o topraklar üzerindeki mülkiyet hakkı değiştirilebilmekteydi. Eğer bir yerin fethi anlaşma yoluyla gerçekleşmediyse ve savaşarak bahis konusu toprak ele geçirildiyse, fethedilen toprakların 4/5'i galip İslam hükümdarı tarafından fetih için savaşa katılanlar arasında kılıç hakkı olarak dağıtılabilmekteydi.³ Bunun yanı sıra, fethedilen yerler devlet hazinesine de aktarılıbiliyordu. Bu uygulamada o arazi üzerinde yerleşik bulunanların araziyi ekip biçmelerine ve mahsullerinden yararlanmalarına bir vergi geliri karşılığında izin verilmekteydi. Bu durumda toprağın kuru mülkiyeti devlet otoritesine ait olmakla birlikte yararlanma, tasarruf hakkı toprağı işleyenlere bırakılıyor, karşılığında vergi geliri elde ediliyordu. İşte bu ikinci türdeki toprakların kuru mülkiyetleri devlet hazinesine ait

¹ Âl-i İmran suresi 92. ayette “Sevdiğiniz şeylerden Allah yolunda harcamadıkça iyiliğe erişemezsiniz. Ne harcansanız Allah onu hakkıyla bilir” buyurulmaktadır. Bunun gibi Allah yolunda hayır yapmayı öven pek çok ayet bulunmaktadır. Sahih olarak kabul edilen hadislerden birinde “İnsan ölünce üç şey dışında ameli kesilir. Sadaka-i câriye yani faydası kesintisiz devam eden hayır, kendisinden faydalanan ilim ve kendisine dua eden hayırlı evlat.” denilmektedir. Bu hadiste de belirtildiği gibi, İslam inancına göre bireyin görece kendi kısa hayatının ötesine geçebilmesinin, hayır ve dua ile sürekli anılabilmesinin şartlarının başında Allah'ın rızasını kazanmak için harcamak gelmektedir. Bu nedenledir ki yoksulları, düşkünlere, yetimlere, yolcuları, hastaları gözetmek nedeniyle vakıflar eliyle meydana getirilmiş pek çok şifahane, medrese, kervansaray, imarethane, camii, v.b. yapılar oluşturulmuştur.

² Bu hususta Ömer Lütfi Barkan Osmanlı İmparatorluğunda bir İskan ve Kolonizasyon metodu olarak Vakıflar ve Temlikler adlı eserinde, Osmanlı Devletinin kurucusu Osman Bey'in ve Oğlu Orhan Bey'in şeyhlerle olan münasebetlerinden ve kuruluş dönemindeki padişahlar zamanında çeşitli ahi ve şeyhlere vakıflar aracılığıyla mülk olarak verilen topraklardan örnekler sunmaktadır.

³ Enfâl Suresinde “Biliniz ki ganimet olarak elinize geçen malların beşte biri Allah'a, Resule, yakın akrabalara, yetimlere, miskinlere, yolculara aittir.” denilmektedir.

olduğundan, miri arazi niteliği taşımaktaydı.

A. Selçuklu Toprak Sistemindeki Arazi Türleri

Burada Selçuklu toprak sistemi bir bütün olarak tüm ayrıntılarıyla değil, sadece bir özet halinde ele alınacak ve ana hatlarıyla incelenecektir. Selçuklularda toprağın mülkiyetinin devlet hazinesine ait olduğu bilinmektedir. Ancak tıpkı İslam inancında olduğu gibi bu mülkiyet hakkı toprağın kuru mülkiyetine işaret etmekte olup; toprağı işlemek, ondan ürün elde etmek, tarım faaliyetini devam ettirmek üzere oğluna tasarruf hakkını miras olarak bırakmak gibi bazı haklara köylü yerleşikler sahipti. Başka bir söylemle, arazinin kuru mülkiyeti devlet hazinesine (beytülmal), tasarruf hakkı kira yoluyla reayaya bırakılmıştı. Araziler coğrafi büyüklükleri ve getirebilecekleri gelir dikkate alınmak suretiyle ikta adı verilen kısımlara ayrılmış olup; her bir ikta, çağırıldığı zaman asker getirmekle mükellef olan ikta sahiplerine (mukta) devlet adına tahsis edilmişti. Toprağı işleyen köylü ya da çiftçi, ikta sahibine tapu bedeli denilen ve araziye tasarruf etme (ekip, biçme, miras bırakma) hakkı karşılığında bir meblağ ödemekte idi⁴. Bu meblağ dışında toprağın verimine göre yetiştirilen ürün üzerinden ödenen vergiler ile hayvanlar üzerinden alınan bazı vergiler de bulunmaktaydı. Tüm bu koşullara uyararak köylüler, üzerinde buldukları ve ekip biçtikleri araziye kendi mülkleri gibi tasarruf etme hakkı kazanmaktaydılar. Bu sistem sayesinde köylü çiftçiler tarım yapabildikleri kadar araziye satmak, bağış yapmak, vakıf kurmak dışında tasarruf hakkına sahip olabilmekte, devlet ise Orta Asya'dan Selçuklu ülkesine gelen Türk kabilelerinin de yerleşebilecekleri alanları oluştururken, büyük toprak sahibi şahsiyetlerin ortaya çıkmasıyla oluşabilecek olumsuzlukların önüne geçebilmekteydi⁵.

Bunun dışında, genellikle şehir ve büyük kasabaların yakınlarındaki tarla, bahçe ve meyveliklerden ibaret olan üzerinde sahiplerinin tam anlamıyla mülkiyetlerinin olduğu, devlete gerekli vergilerin zamanında verilmesi haricinde başkaca bir mükellefiyetin oluşmadığı, istenildiği takdirde satılabilen, bağışlanabilen ya da üzerinde vakıf dahi kurulabilen görece daha az sayıda bir takım arazilerin varlığından da söz edilebilmektedir.⁶ Yine, devletin belirli araziler üzerinde bulunan haklarını temlik etmesi yoluyla oluşan mülk topraklardan da bahsedilebilmektedir. Selçuklu dönemindeki büyük arazilere sahip vakıfların bu şekilde oluştuğu söylenebilir.

B. Osmanlı Toprak Sisteminde Yer Alan Arazi Türleri

Osmanlı toprak sistemi, Selçuklulardan devir alınan sistemin adeta bir uzantısı gibi olmakla birlikte, sistemle ilgili itilafların çözümlerine ilişkin mevzuatın ve arazi türlerine ilişkin açıklamaların farklı divan-ı hümayun defterlerine kayıtlı toplu bir biçimde bulunmayan dağınık hükümlerden devrin uzmanlarınca derlenip zaman zaman yayımlandığı bilinmektedir. Nihayetinde bu şekilde varlığını devam ettiren ve çeşitli mahkemelerce uygulanana uygulana yerleşik hale gelen arazi ile ilgili kararların 1274 H (1858 M) tarihinde arazi kanunnamesi adı altında ihdas edildiği anlaşılmaktadır⁷. Bu durumda, sözkonusu arazi kanunnamesinin maddelerinde yer alan açıklamaların 1858 tarihinden önceki olaylara uygulanamayacağı yönünde görüş bildiren bazı yazarlara ait savların geçerli olması mümkün değildir. Öncesinde de bahsettiğimiz üzere, bu kanun her ne kadar 1858 tarihinde ihdas edilmiş olsa bile, kanunda yer alan açıklamaların farklı kanunlar içerisinde dağınık bir biçimde de olsa evvelce mevcut olduğu ve uygulandığı görülmektedir.

1. 1858 Arazi Kanununa Göre Arazi Çeşitleri

Bu açıklamalardan sonra gerek 7 Ramazan 1274 H (21 Nisan 1858 M) tarihli Arazi Kanununun ihdasından önce gerekse sözkonusu arazi kanununda Osmanlı devleti içerisinde beş çeşit araziden bahsedildiğini belirtmek gerekir.

⁴ TURAN, Osman: Selçuklu Tarihi ve Türk İslam Medeniyeti, 2. Baskı, Turan Neşriyat Yurdu, İstanbul, 1969.

⁵ TURAN, Osman: "Türkiye Selçuklularında Toprak Hukuku: Miri Topraklar ve Hususi Mülkiyet Şekilleri", Belleten, XII(47), Türk Tarih Kurumu Basımevi, Ankara, 1948, s.559.

⁶ TURAN, Osman: "Celâleddin Karatay, Vakıfları ve Vakfiyeleri", *Belleten*, XII(45), Ankara, 1948, s.17-160. Burada verilen mülk arazi tanımı ile her ne kadar aralarında yüzyıllar bulunsu da Osmanlı dönemindeki 1858 tarihli Arazi kanunnamesinde tanımı yapılan mülk toprakların bir kısım açıklamalarının uyumlu olduğu anlaşılmaktadır. Buradan bahis konusu arazi kanunnamesinin, yüzyıllardır süregelen uygulamaların derlenip toplanması sonucunda meydana getirildiği çıkarımında bulunulabilir.

⁷ MARDİN, Ebül' Ula: Toprak Hukuku Dersleri, Cumhuriyet Matbaası, İstanbul, 1947, s.4; CİN, Halil: Osmanlı Toprak Düzeni ve Bu Düzenin Bozulması, Boğaziçi Yayınları, İstanbul, 1985, s.20.

a. Arazi-i Memluke (Mülk, Sahipli) Arazi

Bunlardan ilki sahipli, mülk arazileri tarif eden arazi-i memlukeye ait açıklamadır. Bu tür arazilerin sahipleri, o toprak parçası üzerinde tam anlamıyla bir tasarruf hakkına sahiptirler. Satış, hibe, vakıf kurma, miras olarak gelecek kuşaklara intikal dahil yasal mevzuat çerçevesindeki her türlü hakkı malikler kullanabilir.⁸ Arazi kanunnamesinde mülk arazi olarak tabir edilen topraklar 4 kısım olarak ele alınmaktadır⁹.

• Kura ve kasabat derunlarında bulunan arsalar ve kenarlarında bulunup tetimme-i sükna itibar olunan nısıf dönüm miktarı yerler. Bu tip yerler kadim köy, kasabalar ve şehirlerde bulunan yüzölçümleri ne olursa olsun arsalar ile bu şehir ve kasabaların içerlerinde olmayıp, kenarlarında bulunan odun koymak, araba çekmek, kuyu kazmak gibi faaliyet ve işlere yarayan bir nevi oturma hakkını tamamlayan, yarım dönümü aşmayan arazilerdir.¹⁰

• Arazi-i emiriyeden bi'l-ifraz mesağ-ı şer'iyeye binaen enva-ı vücuh-ı mülkiyet ilke tasarruf olunmak üzere temlik olunmuş olan arazi. Bu tür araziler içerisine sahih bir padişah temliki ile miri araziden temlik edilmiş yerler girmektedir. Temlik suretiyle toprağın mülk edinilmesi kolay bir süreç olmamakla birlikte çoğunlukla beylerbeyi, veziriazam gibi üst düzey yöneticilerden biri aracılığıyla başvurunun yapıldığı vurgulanmaktadır. Temlik için genellikle ileri sürülen nedenler, dini bir vakıf aracılığıyla hayrat tesis etmek, ya da mevcut bir vakfa gelir sağlaması üzere araziye ilave etmek şeklinde belirtilmektedir.¹¹ Burada bazı yazarlar, padişahın sadece kamu menfaati sözkonusuysa ve hazine yararı da varsa devlete ait arazi üzerinde özel mülke dönüşüm için hüküm verilebileceğinin sonradan Mecelle ile ilave edildiği hususunu aktarmaktadırlar.¹² Hazine yararından kasıt, bahis konusu miri arazinin mülk araziye dönüşmesi için gerekli bedelin devlet hazinesince tahsil edilmiş olmasıdır. Padişahlar tarafından bedeli karşılığında verilmeyen temliklerin İslam Hukukuna uygun olmadığı için geçerli sayılamayacağı yönünde çok önemli görüşler bulunmaktadır. Karınabadizade Ömer Hilmi Efendi, İthafülhalef fi Ahkamilevkaf adlı eserinin mülk arazilerden bahseden arazi-i mevkufe'ye dair kısmının 130. Mesele'sinde aynen "mücerred temlikname ile temlik-i sahih hasıl olmaz. Şöyle ki bir kimse arazi-i emiriyeden bir kıt'ayı mesai-i sabıkada beyan olunduğu vech üzre şira-yı sahih ile canib-i beytümalden iştiratimeksizin ol kıt'a kendüye meccanen temlik ve yedine temlikname i'ta olunsa temlik-i sahih hasıl olmuş olmaz"¹³ demek suretiyle; bedelsiz bir biçimde alınan temliklerin soyut olacağı ve geçerli olmayacağı yönünde görüş bildirmektedir.

• Nev'i salis arazi-yi öşriyye ve nev'i rabi haraciyyedir ki mesela hin-i fetihde ganimine tevzi ve temlik olunan yerlere arazi-yi öşriyye ve gayr-i müslim olan asıl yerlileri yedlerinde takrir ve ibka olunan yerlere arazi-yi haraciye denilir.¹⁴ Arazi kanununa göre mülk araziler

⁸ Mülk arazilerde maliklerin her türlü tasarruf hakkına sahip oldukları Mecelle'de de belirtilmektedir.

⁹ ÇEKER, Orhan: Arazi Kanunnamesi, Ebru Yayınları, İstanbul, 1985, s.13.

¹⁰ Elmalılı Hamdi Yazır, yarım dönümü aşan kısmın miri arazi olarak kabul edilmesi yönünde görüş belirtmektedir.

¹¹ İNALCIK, Halil: Osmanlı İmparatorluğu'nun Ekonomik ve Sosyal Tarihi, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul, 2017, s.143.

¹² Eğer devlet bütçesinde gelirler giderlerden fazla ise ya da denklik sözkonusuysa devlete ait arazinin değerinin iki misli bedelle özel mülkiyete dönüşmesi sözkonusu iken, bütçe açığı mevcutsa arazinin değerinde bir meblağ karşılığında özel mülkiyete dönüşümünün olabileceği bildirilmektedir. Bu hususta Bülent Köprülü'nün Toprak Hukuku Dersleri (1958) adlı eserinde daha detaylı açıklamalar bulunmaktadır. Diğer taraftan diğer bazı yazarlar ise padişahlar tarafından verilen temliklerde sadece kamu ya da hazine yararı aranmadığı, kimi askeri ya da idari makamlara sahip şahıslara göstermiş oldukları çeşitli yararlılıklar özellikle belirtmek suretiyle genellikle bedelsiz temlikler verildiğinden bahsetmişlerdir. Bu hususta Ömer Lütfi Barkan'ın İslam Türk Mülkiyet Hukuku Tatbikatının Osmanlı İmparatorluğunda Aldığı Şekiller: Mülk Topraklar ve Sultanların Temlik Hakkı, Hukuk Fakültesi Mecmuası, VII(I), İstanbul, 1941 adlı eserinde geniş açıklamalar ve örnekler mevcuttur.

¹³ HİLMİ Karınabadizade, Ömer/SUNGURBEY, İsmet: Eski Vakıfların Temel Kitabı, İ.Ü. Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1978, s.47.

¹⁴ Arazi kanununda göre öşür ve haraç tahsil edilen araziler de mülk araziler arasında sayılmışlardır. İslami inanca göre "Müslüman halkları üzerinde bulunan araziler sahiplerindedir ve öşür arazisidir. Arap putperestleri gibi kendilerinden cizye kabul olunmayan ya Müslüman olmaları veya öldürülmeleri gereken kimselerin arazileri de -halife tarafından zorla alınsa dahi- öşür arazisidir. Çünkü Peygamberimiz Arapların pek çoğunu kuvvet kullanarak mağlup ettiği halde arazileri sahiplerine bırakmıştır. Bu araziler öşür arazisidir. Arap beldelerinin dışında kalan memleketlerden halifenin zorla aldığı ve sahiplerine terk ettiği toprak haraç arazisidir. Eğer sahipleri ellerinde bırakılmaz da fethedenlere taksim ederse öşür arazisi olur. Sulh yoluyla alınan ve ahalisi zimmi (başka din mensubu) her arazi ise haraç arazisidir." Bu hususta Kadı Ebu Yusuf'un Kitabü'l Haraç adlı eserinin Ali Özek tarafından tercüme edilmiş 1978 baskısından yararlanılmıştır. Benzer bir şekilde Kudeme İbn Cafer Kitabü'l Harac adlı eserinin Ramazan Şeşen tarafından tercüme edilen 2018 yılı baskısında, Halkı kendiliğinden Müslüman olan Taif halkı ile toprakları feth olunduktan sonra Müslüman olan Dumetü'l Cendel halkının arazileri örnek gösterilerek hepsinin öşür arazisi olduğundan söz edilmekte, nihayetinde Müslüman olan Arapların hepsinin arazilerinin öşür arazisi olduğu belirtilmektedir. Ebul'ula Mardin ise,

arasında gösterilen üçüncü tip arazi öşür arazileridir. Evveliyatından beri üzerinde Müslüman halkın ikamet ettiği ya da fetih yoluyla elde edilerek Müslüman köylülere dağıtılan araziye ve son olarak fethedenlerin dışındaki Müslümanlara dağıtılan araziye öşür arazisi denilmektedir.¹⁵ Bu tanım Ebussud Efendi'nin arazi-yi öşriyye tanımı ile de uyum göstermektedir. Ayrıca Müslümanların ellerindeki topraklardan haraç vergisi alınmasının mümkün olmadığı da çeşitli eserlerde belirtilmektedir.¹⁶

• Gayrimüslimlerin elindeki arazilerin kılıç zoru ya da barış yolu ile ele geçirilip yine aynı halkın eline vergi karşılığında bırakılması durumunda, bu türlü topraklara haraci topraklar ya da arazi-yi haraciye denilmektedir.¹⁷

b. Arazi-i Emiriyye (Devlete ait Arazi-Miri Topraklar)

Kuru mülkiyeti her zaman devlete ait olan genellikle tarla, çayır, yayla, kışlak, koru v.b. yerlerden müteşekkil, köylülere süreli ya da süresiz bir biçimde verilen, daha öncesinde tımar, zeamet sahipleriyle mültezim ve muhassillerin iznine bağlıyken sonrasında ilgili memurlarca işlemleri yürütülen, karşılığında toprağın tasarrufunda bulunulabileceğine dair tapu belgesi verilen arazilere arazi-i emiriyye denilmektedir.¹⁸ Burada köylüye verilen tapu belgesi tam bir mülkiyet hakkı tanımamaktadır. Ancak, kendisine tapu belgesi verilen köylü vefat ettiğinde bu hak mirasçılara bedelsiz intikal etmektedir. Bu bedelsiz intikalin belirli koşulları bulunmaktadır. Arazi-i Emiriyye, iki kısma ayrılmaktadır. Bunların bir kısmının tüm geliri devlet hazinesine aittir ve arazi-i emiriyye-i sıfıra şeklinde kategorize edilmektedir. Diğer bir kısmı ise üçlü bir izah tarzı ile açıklanmaktadır ki, bu özellikleri barındıran araziye arazi-i emiriyye-i mevkufe denilmektedir. Bu tür arazilerin ya sadece gelirleri, yani hazineye ilişkin olan menfaatleri hayır amacı taşıyan bir vakfa tahsis edilmiştir, ya da sadece toprağın daha önce bahsetmiş olduğumuz tasarruf hakları hayır amacı taşıyan bir vakfa tahsis edilmiştir veyahutta hem gelirleri hem de tasarruf hakları bir hayır amacına tahsis edilmiştir.¹⁹ Bu üçlü izah tarzı ile açıklanan arazi-i emiriyye-i mevkufede de kuru mülkiyet devlete aittir. Bir arazinin vakfa dönüştürülebilmesi için olmazsa olmaz ilk şart onun mülk statüsünde yer alması olduğundan, bu tür araziler üzerinde sahih anlamda vakıf kurulması mümkün gözükmemektedir. Bizim burada bahsettiğimiz vakıflar Osmanlı dönemi vakıfları olduğundan, o dönemde de vakfın anlamı kendi mülkünü insanların yararına olacak biçimde ve Allah'ın mülkü olarak kabul edip; satma ya da ticarete konu yapıp kişisel kazanç sağlama işlemlerinden mahrum etme anlamına geldiğinden, bir arazinin vakıf olabilmesi için birinci şartın, o arazinin vakfın mülkü olması gerektiği sonucuna ulaşılmaktadır.²⁰

c. Arazi-i Metruke (Genel Kullanıma Açık Arazi)

Bu tür araziler genel kullanıma açık pazar yerleri, meydanlar, yollar v.b. yerler olarak örneklendirilebilir. Aynı zamanda bir ya da birden fazla köy ya da kasaba halkının ortaklaşa kullanımına terk edilen mera, yayla, harman yeri, koru v.b. yerler de bu kategoride

Toprak Hukuku Dersleri (1947) adlı eserinin 8. ve 9. sayfalarında ziraat için sulama hususunda güçlük bulunan toprakları öşür arazisi olarak nitelendirmekte, araziye tasarruf edenin Müslüman ya da gayri müslim olmasının arazinin öşri ya da haraci arazi olması üzerinde etkili olmadığını görüşünü savunmaktadır.

¹⁵ CİN, s.25.

¹⁶ BARKAN, Ömer Lütfi: XV ve XVI Asırlarda, Osmanlı İmparatorluğunda Zırai Ekonominin Hukuki ve Mali Esasları, I Kanunlar, İstanbul, 1943, s.298-299.; BARNES, John Robert: Evkaf-ı Humayun: Vakıf Administration Under the Ottoman Ministry for Imperial Religious Foundations 1839 to 1875, University of California Los Angeles, 1980, p.86.

¹⁷ BERKİ, Ali Himmet: Vakıflar, Cihan Kitaphanesi, İstanbul, 1940, s.13. Haraç iki kısımdır. Arazinin hasılatından toprağın verimliliğine göre, kaç kez ürün almıyorsa alınana haraç-ı mukaseme, yalnızca senede bir kez, verime bağlı olmaksızın alınana ise haraç-ı muvazzaf denilmektedir.

¹⁸ Arazi Kanunnamesinde arazi-i emiriyye şu şekilde tarif edilmiştir: Rakabesi canib-i beytü'lmal'a aid olarak ihale ve tefvizi taraf-ı devlet-i aliyyeden icra olunagelen tarla ve çayır yayla ve kışlak ve korular ve emsali yerlerdir ki mukaddemen ferağ ve mahlulat vukuunda sahib-i arz itibar olunan tımar ve zeamet ashabının ve bir aralık mültezim ve muhassilin izin ve tefviziyle tasarruf olunur iken muahharan bunların ilgası hasebiyle elhaletü hazihi tarafı Devlet-i Aliyyeden bu hususta memur olan zatın izin ve tefviziyle tasarruf olunup mutasarrıflarına yedlerine balası tuğralı tapu senedi verilir. Milli Tettebular Mecmuasında yer alan eski Osmanlı Kanunnamelerine göre ise sürülen ve ekilip biçilen arazi mutlak surette miriye aittir ve özel mülk olamaz. Herhangi bir bağ veya bahçe, tarla olarak sürdürüldüğü anda miri arazi statüsüne geçer ve üzerinden düzenli olarak öşür ve diğer köylü vergileri alınmaya başlanır.

¹⁹ KÖPRÜLÜ, Bülent: Toprak Hukuku Dersleri, Cilt I, İ.Ü. Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1958, s.23.

²⁰ Karınabadizade Ömer Hilmi Efendi, İthafülahlaf fi Ahkamilevkaf adlı eserinde vakfı; "Vakıf, menfaati ibadullaha ait olur veçhile bir aynı Cenab-ı Hakkın milki hükmünde olmak üzere temlik ve temellükten mahbus ve memnu kılmaktır" şeklinde tanımlamaktadır. Bu hususta KARINABADİZE, Ömer Hilmi/SUNGURBEY, s.1.

değerlendirilmektedir.²¹

d. Arazi-i Mevat (Ölü Arazi)

Bu tabir, hiç kimsenin mülkiyetinde ya da tasarrufunda olamayan, herhangi bir topluma belirli şartlarla ya da koşulsuz olarak tahsis edilmemiş, üzerinde tarım yapılmayan, zamanın koşulları dikkate alındığında köy ya da kasabalara görece uzak araziler için kullanılmaktadır.²² İslam inancına göre sahih bir hadiste peygamberimiz şöyle buyurmaktadır: “kim boş bir araziye ihya ederse arazi ona aittir. Çaresiz bir yolcunun ve fakirin, kuşların, hayvanların karınlarını doyuracak kadar yediği şey sadakadır”.²³ Daha sonra bu tür arazilerin ihya edilmesinin hükümdarın ya da halifenin iznine bağlı olup olmadığı hususunda görüş ayrılığı ortaya çıkmıştır.²⁴ Arazi kanunnamesinde de bu izin konusu kabul edilmiş şartlardandır. Alınan izne göre kuru mülkiyeti de içerebilen bir tasarruf hakkı ya da sadece miri topraklarda görülen ekip, biçme hakkı ile bu hakkın miras bırakılabilmesi şeklindeki tasarrufa nail olunabiliyordu. Eğer, kuru mülkiyetin intikali de dahil olmak üzere izin alınmışsa, bu toprakların ileride vakfa dönüştürülmesinde herhangi bir sakınca bulunmamaktadır.

Bu şekilde Selçuklu ve Osmanlı Devletlerindeki arazilerin çeşitleri verildikten sonra, mülga 743 sayılı Türk Kanunu Medenisinin yürürlük tarihinden önce (1926) kurulmuş ve mülga 2762 sayılı Vakıflar Kanunu gereğince Vakıflar Genel Müdürlüğünce yönetilen mazbut vakıflar ile şahıs ve kurumlar arasında günümüzde ortaya çıkan taviz bedeli sorununun yargı aşamasında çözüm yoluna değinilecektir.

III. 5737 Sayılı VAKIFLAR KANUNUNDA TAVİZ BEDELİ KONUSU

1935 yılında yürürlüğe giren mülga 2762 sayılı Vakıflar Kanununun 27. maddesinde de yer alan taviz bedeli mevzuu, 2008 yılında kabul edilen 5737 sayılı Vakıflar Kanununun 18. maddesinde düzenlenmiştir.²⁵ Söz konusu düzenlemede “Tapu kayıtlarında, icareteyn ve mukataalı vakıf şerhi bulunan gerçek ve tüzel kişilerin mülkiyetinde veya tasarrufundaki taşınmazlar, işlem tarihindeki emlak vergisi değerinin yüzde onu oranında taviz bedeli alınarak serbest tasarrufa terk edilir. Ancak miri arazilerden mukataalı hayrata tahsis edilmeyenler ile aşar ve rüsumu vakfedilen taşınmazlar tavize tâbi değildir. Taviz bedelinin hesaplanmasında; ortaklığın giderilmesi veya cebri icra yoluyla satılanlarda satış bedeli, kamulaştırmalarda ise kamulaştırma bedeli esas alınır. Bu Kanun hükümleri gereğince taviz bedelinin tamamı vakfı adına ödenmedikçe, taşınmaz üzerindeki temlik tasarruflar tapu dairelerince tescil olunmaz. Vakıf şerhleri ile ilgili olarak, diğer kanunlarda yer alan zamanaşımı ve hak düşürücü sürelerle ilişkin hükümler uygulanmaz” denilmektedir. O halde kanun metnini yakından incelediğimizde bir taşınmazın tapusunda, vaktiyle ilgili taşınmazın icareteynli ya da mukataalı bir biçimde vakfi tarafından kiraya verildiğine işaret eden bir şerh ya da işaret var ise, o taşınmaz serbest tasarrufa yani mülkiyete geçeceği zaman, o vakfi günümüzde idare eden Vakıflar Genel Müdürlüğüne taviz bedeli adı altında kanunda belirtilen oranlara karşılık gelecek şekilde bir meblağ ödenmesi

²¹ Arazi Kanunnamesinin 5. maddesinde aynen “Arazi-yi metruke iki kısımdır. Biri umum-i nas için terk olunmuş olan yerlerdir ki tarik-i amm bu kabildendir. Diğeri bir karye ve kasaba veya kura ve kasabat-ı müteaddidenin umum ahalisine terk ve tahsis olunan yerlerdir ki ahali-i kura ve kasabata tahsis kılınmış olan meralar bu kabildendir” hükmü yer almaktadır.

²² Arazi Kanunnamesinin 6. maddesinde “Arazi-i mevat bir kimsenin tasarrufunda olmadığı, ve ahaliye terk ve tahsis kılınmadığı halde cehiru’s-savt olan kimsenin aksa-yı umrandan sayhası istima olunmayacak derecede kura ve kasabatdan bait bulunan yani aksa-yı umrana bir buçuk mil yani yarım saat miktarı bu’diyyeti olan hali mahallerdir” denilmektedir.

²³ CAFER, Kudeme İbn: Kitabü’l Harac, Yeditepe Yayınevi, İstanbul, 2018, s.187.

²⁴ İmam-ı Azam Ebu Hanife “her kim halifenin izni olmadan bir ölü toprağı diriltirse, o toprak diriltenin değildir. Halifenin bu toprağı diriltenin elinden almak, icara vermek, iktaen başkasına temlik etmek gibi hakkı vardır” buyurmuşlardır. Ancak onun talebelerinden Ebu Yusuf, “bu konuda halifenin izninin şart koşulması ancak insanlar arasında ortaya çıkacak ihtilafları çözmek ve karar bağlamak bakımındandır. İhtilaflı olan bir yer hakkında halife kime izin vermişse hak onundur.” şeklinde belirtmiştir. Bu konuda daha fazla bilgi Ebu Yusuf’un Kitabü’l Harac adlı eserinde bulunmaktadır.

²⁵ 2762 sayılı mülga Vakıflar Kanununun 27. maddesinde taviz bedeli ile ilgili olarak “Vakfın türüne göre ayırım yapılmaksızın üzerinde taviz şerhi bulunan mevcut mukataalı veya icareteynli vakıf taşınmaz malların mülkiyetleri, taşınmazların bulunduğu illerde defterdarlık, ilçelerde mal müdürlüğü bünyesinde yer alan Hazine taşınmaz malının satış ihalesine yetkili olan komisyon tarafından takdir edilecek rayiç bedelinin yüzde yirmi oranında hesap edilecek taviz bedeli karşılığında mutasarrıflarına geçirilir. Taviz bedeli ödenmeden ortaklığın giderilmesi veya cebri icra yoluyla satış yapılacak taşınmaz malların taviz bedellerinin hesaplanmasında satış bedeli esas alınır.” hükmü bulunmaktadır.

gerektiği, aksi halde o taşınmazın serbest tasarrufa intikal edemeyeceği anlaşılmaktadır.

Bu hususu bir örnekle açıklamak gerekirse; farz edelim ki A şahsı tapusunun malik hanesinde kendisinin görüldüğü bir araziyi, B şahsına bedeli karşılığında satış işleminde bulunsun, B şahsı da bedeli ödemiş olsun, bir müddet sonra B şahsı satın aldığı arazi üzerinde inşaat yapmak üzere C firmasıyla kat karşılığı sözleşmesi yapsın. Bu sırada Vakıflar Genel Müdürlüğü (VGM), B şahsına tapusu kendisinde olan arazinin ilk tesisten itibaren tapu ve kadaströ kayıtları incelendiğinde, bahis konusu kayıtlarda Osmanlı döneminde kurulmuş ve hali hazırda VGM tarafından yönetilip temsil edilen bir mazbut vakfın şerhinin bulunduğunu, bu durumda arazinin serbest mülkiyete geçirilebilmesi ve üzerinde inşaat yapılabilmesi için 5737 sayılı Vakıflar Kanununun 18. maddesine göre taviz bedeli ödemesi gerektiğini bildirsin. Bu durumda arazi üzerinde inşaata başlanabilmesi için kanunda belirtilen ve VGM tarafından ilgiliye tebliğ edilecek taviz bedelinin 60 gün içerisinde peşinen ya da yarısı peşin kalanı da beş eşit taksitte olmak üzere en fazla bir yıl içerisinde VGM hesaplarına ödenmesi gerekmektedir.²⁶ Taviz bedelini ödedikten sonra B şahsı, taviz bedelinin haksız olarak kendisinden VGM tarafından tahsil edildiğine inanıyorsa, bu bedelin ödenmesini müteakip bir yıl içerisinde, bedelin iadesine yönelik olarak asliye hukuk mahkemelerinde dava açabilmektedir.²⁷

Yukarıda vermiş olduğumuz örnekten devam edecek olursak, taviz bedelinin iadesine yönelik olarak B şahsının açmış olduğu davada mahkeme ilk önce dava konusu arazinin ilk tesisten beri tapu ve kadaströ kayıtlarını ilgili makamlardan talep edecektir. Buradan amaç, ilgili arazinin mevcut olan en eski tapu kütüğü, tapulama tutanakları, kadaströ evrakları ve varsa temessük kayıtları gibi belgelere ulaşılıp, o belgelerde de söz edilen mazbut vakfa ait şerhin olup olmadığının, var ise nasıl geçtiğinin ya da bir açıklamanın bulunup bulunmadığının tespit edilmesidir.²⁸ Ayrıca, arazinin ulaşılabilen en eski tapu kayıtlarındaki durumu, daha büyük bir araziden ifraz yoluyla meydana gelip gelmediği gibi durumlar da vakıf taşınmazının değerlendirilmesinde dikkate alınması gereken konulardandır. Bu şekilde mazbut vakfa ait şerhin mevcut arazi tapusuna sonradan sehven eklenip eklenmediği hususu da açıklığa kavuşacaktır.

Pek çok uygulamada görülmektedir ki, arazinin tapusunda genellikle Osmanlı zamanında kurulmuş bir mazbut vakfa ait şerh mevcutsa ve bu şerh ilk tesisten beri getirtilen tapu ve kadaströ kayıtlarında da varsa, ayrıntılara dikkat edilmeksizin taviz bedelinin VGM tarafından tahsilinin haklılığı yönünde karar verilebilmektedir. Halbuki burada, 5737 sayılı kanunun 18. maddesinin ilk kısmında bahsedilen icareteyn ve mukataalı vakıf şerhi olup olmadığına dikkat edilmesi gerekmektedir. Başka bir söylemle taşınmazın evveliyatını gösteren tapu ve kadaströ kayıtlarında sadece “X mazbut Vakfından” şeklindeki bir şerh yerine, “X mazbut vakfından İcareli” ya da “X mazbut Vakfından Mukataalı” gibi bir şerhin olması taviz bedelinin VGM tarafından haklı ya da haksız tahsilinin ortaya konulmasında büyük bir önem arz etmektedir. Ancak bazı durumlarda her ne kadar “X mazbut vakfından” şeklinde bir şerh bulunsada dahi, kadaströ tutanaklarının beyanlar kısmında, ilgili arazinin mukataalı ya da icareli olduğuna dair açıklamalara yer verilebilmekte, icare ya da mukataa bedellerine dair hususlara değinilebilmektedir.

Bu nedenlerle, tapuda yer alan şerhin içeriğinin tespiti, davanın seyrine birinci dereceden tesir etmektedir. Çeşitli şekilleri olmakla birlikte, icare bir tür kira sözleşmesidir. Eski vakıfların mülk taşınmazlarının idaresinde de temel olan kiralama yöntemi icare-i vahidedir. Eğer vakfedenin, vakıf taşınmazlarını ne surette ve ne aralıklarla (ay ya da yıl) kiraya vermeyi düşündüğü vakfiyede yer almıyor ise, vakfın mütevellileri ya da mazbut vakıflarda müteveli yerine geçen VGM idaresi tarafından geçici süreyle (en fazla üç yıl) taşınmaz kiraya verilmekteydi. İcare-i vahideli usul ile kiralanan vakıf taşınmazlarında, sözleşme süresi son bulduğunda, taşınmazın yeni bir talibe ya da eski kiracısına kiralınmasında herhangi bir sakınca bulunmamakla birlikte, eski kiracının kiralama da herhangi bir üstünlüğü ya da önceliği

²⁶ 5737 sayılı Kanunun 19. maddesinde “Taviz bedelleri, yapılacak tebligat üzerine altmış gün içerisinde peşin olarak ödenebileceği gibi eşdeğer bir taşınmazla takas edilebilir veya yarısı peşin, kalanı bir yılda beş eşit taksitte ödenebilir. Taksitlendirme halinde, taşınmaza birinci derece ve birinci sırada ipotek konulur. Taksitlerden birinin zamanında ödenmemesi halinde geri kalan taksitlerin tamamı muaccel olur. Genel Müdürlükçe tahakkuk ettirilen taviz bedelleri, yapılacak tebligata rağmen ödenmediği takdirde 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun hükümlerine göre gecikme zammı ile birlikte tahsil edilerek vakfı adına gelir kaydedilir” denilmektedir.

²⁷ VGM tarafından 5737 sayılı kanunun 18. maddesine dayanılarak tahsil edilen taviz bedellerinin iadesi için, tahsil edilen bedelin hukuki dayanaktan yoksun olduğu ve VGM’nin sebepsiz zenginleşmesine sebebiyet verdiği gerekçesiyle taviz bedelinin istirdatı davası açılmaktadır.

²⁸ Temessük kaydı, Osmanlı zamanında kullanılan tapu senetleridir.

bulunmamaktadır.²⁹

İcarede ikinci bir tür, icare-i vahide-i kadimedir. Aslında bu tür kira sözleşmeleri sonradan ve birtakım zorunluluklar neticesinde ortaya çıkmıştır. Vakıf arazileri içerisinde yer alan binaların zamanla ciddi şekilde yıpranmaları ya da yangın, sel, deprem, v.b doğal afetler nedeniyle yok olacak hale gelmeleri bazı vakıfları mali açıdan zor duruma düşürmüş, bahis konusu binaları kendi bütçelerinden onarmaları veya eski hale getirmeleri adeta imkansızlaşmıştır. Bu durumda esas olarak icare-i vahide usulü ile kiraya verilen vakıf taşınmazları, kira müddeti sonunda belirli bir ücret karşılığında eski kiracılarına ve bunların vefatları halinde mirasçılara süresiz bir biçimde kiralanmaya başlanmıştır.³⁰

Çift icar anlamına gelen icareteyn usulünde vakıf taşınmazının satılması durumunda hak edilebilecek bedele denk bir kira bedeli (icare-i muaccele) baştan peşinen alınmakla birlikte, ayrıca her yıl belirli bir miktar kira (icare-i müeccele) alınmaktaydı. Bu tür kira sözleşmeleri de yukarıda bahsettiğimiz zorunluluklar neticesinde ortaya çıkmış olup, her üç tür icare sözleşmesinde de taşınmazın kuru mülkiyeti vakfa ait olmaktadır. Bu durumda icare sözleşmeleriyle kiraya verilen vakıf taşınmazlarında, taşınmazın kuru mülkiyeti vakfına ait olduğundan, kiralayanın sadece tasarruf hakkı mirasçılara geçtiğinden, tapu ve kadastro belgelerinde icareli, icareteynli gibi şerh bulunan taşınmazlarda VGM'nin 5737 sayılı yasanın 18. madde hükmüne istinaden taviz bedeli alması hukuki ve haklı bir nedene dayanmaktadır.

Bununla birlikte 5737 sayılı Vakıflar Kanunu'nun bahsettiği mukataa da yine uzun süreli farklı bir tür kira sözleşmesidir. Bu tür kira sözleşmesi, taşınmazı kiralayana süresiz bir üst kullanım hakkı tanımaktadır.³¹ Burada da arazinin kuru mülkiyeti vakfa ait olmakla birlikte, üzerinde yer alan ve sonradan yapılan her türlü ağaçlar, üzüm kütükleri v.b. kiracıya aittir. Bu kiralama şeklinde de, başlangıçta arsanın kıymetine yakın bir meblağ ve her sene zemin için ödenen bir miktar ücret alınmaktadır.³² Bu anlamda mukataalı usul ile kiraya verilen vakıf taşınmazlarının serbest tasarrufa geçmesi esnasında da mazbut vakıflar için VGM'nin taviz bedeli tahsili kanuna uygundur. Ancak burada mahkeme ve alanında uzman bilirkişilerin dikkat etmesi gereken diğer bir husus, mukataa kelimesinin 5737 sayılı kanunun 18. maddesinde bahsedildiği anlamında kullanılıp kullanılmadığıdır. Çünkü mukataa aynı zamanda ve genellikle devlet hazinesine ait bazı vergilerden oluşturulmuş birer mali birim anlamı taşımaktadır. Belirli coğrafi bölgelerden elde edilebilecek vergi tahsili, mumhane, boyahane gibi devlet tekeli gelirleri, çeşitli madenlerin çıkarılmasından elde edilecek gelirler ile her türlü zirai, ticari ve sınai kuruluşu mukataa konusu teşkil edebilmekteydi. Mukataa gelirleri devlete ait olmakla birlikte, vakıflara tahsis edilen mukataalar da mevcuttu. Devlet böylelikle gelir kaynaklarını belirleyip mukataalar haline getirmekte ve çoğunlukla bu gelirleri tahsil etme işini özel teşebbüse (mültezim ya da muhassıl) bırakmaktaydı.³³ (Tabakoğlu, 1985, Çakır 2003). Mukataa kelimesinin şimdi ifade ettiğimiz öşür v.b vergi gelirlerinin bir araya getirilmesiyle oluşan bir gelir birimi anlamında kullanılması halinde, sadece ilgili araziden elde edilen gelirin vakfın amaçlarına tahsisi sözkonusu olduğundan ve vakfın sözkonusu arazinin mülkiyeti üzerinde bir hakkı olamayacağından, VGM'nin 5737 sayılı kanunun 18. maddesine istinaden taviz bedeli tahsili haksız olacaktır.

Kimi zaman uygulamada görülen mukataa-ı aşar, bedel-i öşür mukataası, v.b. ifadeler mukataa kavramını vergi ile ilişkilendirirken; özellikle "mukataa-i zemin", "icare-i zemin" ifadeleri, mukataa kavramını vakıf ile ilişkilendirmektedir. Bu kavramların birbirlerinin yerine kullanılması sonucunda ortaya çıkabilecek sorunların aşılabilmesi amacıyla çeşitli kurumların zaman içerisinde genelgeler ve yönetmelikler yayımladığı bilinmektedir. Örneğin, Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü'nün 18/07/1940 tarih ve 986 sayılı genelgesinde "bedeli Öşür mukataası olarak Aşar'a taalluk eden ve aşar dolayısıyla evkaf lehine tesis etmiş bir hakkın

²⁹ BERKİ, s.31.

³⁰ AKGÜNDÜZ, Ahmet: İslam Hukukunda ve Osmanlı Tatbikatında Vakıf Müessesesi, İstanbul, 1996, s.496-497; ÖZTÜRK, Nazif: Menşe-i ve Tarihi Gelişimi Açısından Vakıflar, VGM Yayınları, Ankara, 1983, s.106.

³¹ HATEMİ, Hüseyin: Medeni Hukuk Tüzel Kişileri I, İ.Ü. Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1979, s.744-745.

³² Mukataa sözleşmesinin yapılması için, belirli koşulların gerçekleşmesi gerekmektedir. Buna göre, mukataalı vakıfta, taşınmaz üzerine yapılan binaların, dikilen ağaçların çeşitli nedenlerle zarar görmesi (yangın, sel vb.) ve vakfın kendi imkânlarıyla bunu tamir edememesi, eski hale getirememesi, kiralamaya isteklilerin çıkmaması gerekmektedir. Vakıf, söz konusu eserlerin eski hale getirilmesi, ağaçların dikilmesi, binanın onarılması karşılığında mülkiyetini kendi üzerinde tutarak kullanım (yararlanma) hakkını süresiz olarak mutasarrıfa geçirmektedir. Mutasarrıf, onarımı ve bakımı yapmayı ayrıca cüz'i bir kira bedeli ödemeyi üstlenmektedir.

³³ TABAKOĞLU, Ahmet: Gerileme Dönemine Girerken Osmanlı Maliyesi, Dergah Yayınları, İstanbul, 1985, s.120; ÇAKIR, Baki: Osmanlı Mukataa Sistemi (XVI.-XVIII. Yüzyıl), Kitabevi, İstanbul, 2003, s.2.

rakabeye (taşınmazın çıplak ya da kuru mülkiyetine) taalluk etmediği” (ilgisi olmadığı) belirtilmektedir.³⁴ Bu tür mukataaların aşar vergisinin ilgasına dair olan kanun hükmü ile ilga edildiği ve taviz bedeline tabi olmadığı açıktır. Böylesi bir durumda sözkonusu taşınmaz, 5737 sayılı kanunun 18. maddesinin devamında belirtilen miri arazilerden olup mukataası hayır amacına tahsis edilen, sadece aşar ve rüsumu vakfedilen, tahsisat kabilinden bir hal alacaktır ki, Osmanlı Devleti’nde toprak çeşitleri kısmında bahsettiğimiz arazi-i emiriye-i mevkufe ile uyumlu olacaktır. Arazinin kuru mülkiyeti devlete ait iken, sadece araziden elde edilen gelirin vakfın hayır amaçlarına hasredildiği vakıflara gayri sahih vakıflar denilmekte olup, bu tür arazilerin gelirlerinden oluşturulan gayri sahih vakıfların şerhleri dolayısıyla taviz bedeli tahsilatı haklı bir nedene dayanmayacaktır.

Taviz bedeli tahsilatının iadesine ilişkin davalarda ve yukarıda sunmuş olduğumuz örneğimizde ihtilaflı olabilecek, bu nedenle de hassasiyetle üzerinde durulması gereken diğer bir durum, sultanlar, sultan eşleri, paşaların ya da saray efradı tarafından kurulan vakıflar ile ilgilidir. Uygulamada genellikle hukuk kökenli pek çok uzman, bu tür vakıfları tahsisat kabilinden, gayri sahih vakıf türünden gördüklerini ve miri arazilerin tahsis edilmesiyle oluşturulduklarından, bu vakıfların taşınmazlarının serbest tasarrufa geçmesi esnasında taviz bedeli ödenmemesi gerektiği yönünde görüş belirtmektedir. Kanaatimizce, dava konusu arazi ile ilgili gerekli tetkik yapılmaksızın bir vakfı bütün taşınmazları ve malvarlığı ile gayrisahih ya da sahih ilan etmek uygun değildir. Bu hususta arazi bazında araştırma yapılması icap etmektedir. Böylesi bir durum sözkonusuysa, başka bir söylemle arazinin tapusunda şerhi bulunan vakıf bir sultan, sultan eşi, paşa ya da saray efradına ait ise, öncelikle yapılması gereken vakfiyeye müracaat etmektir. Bir vakfın gerçekte var olup olmadığını kesin bir biçimde ortaya koyan, hangi türdeki taşınmazların vakfa özgülediğini belirten, kimlerin müteveli olabileceği ve kimlerin galle fazlası almaya hakkı olduğu, ne türlü hayır cihetinin yerine getirileceği, kimlere ücret ödeneceği, taşınmazların hangi şartlarda kiraya verileceği gibi pek çok konuya açıklık getiren en temel belge vakfiyedir. Vakfiyede hangi tür taşınmazların nasıl vakfedildikleri hususunda bir açıklama olabilir. Mülk arazi ya da tahsisat kabilinden, miri arazinin gelirinin vakfedilip vakfedilmediği konusunda bir bilgiye vakfiyeden ulaşılabilir. Diğer taraftan taşınmazın, vakfın kuruluşundan çok sonra bağışlanıp zeyl vakfiyelerde de bu hususun yer almadığı hususu göz ardı edilmemelidir. Medeni Kanunun kabulünden önce kurulmuş olan vakıflar genelde büyük arazilere sahip vakıflar olduğundan, toprak türü (mülk, miri) bakımından homojen olarak sadece mülk arazilerin vakfedilmesiyle oluşturulduğu ya da sadece miri arazilerin gelirlerinin tahsis edilmesiyle vakıf teşekkül ettirildiğini söylemek güçtür. Hatta çoğu zaman her iki şekilde arazilerin ve gelirlerinin hayır cihetine vakfedildiği vakıflarla uygulamada karşılaşılmaktadır. Nitekim Yargıtay’ın yerleşik kararlarında vakıflara ait her bir arazinin coğrafi konumuna ve diğer özelliklerine göre ayrı ayrı değerlendirilmesi hatta keşif yapılmasının gerektiğinin vurgulanması bu nedenlerdir.

Vakfiyede ve zeyl vakfiyelerde taşınmazın mülk ya da tahsisat kabilinden olduğu hakkında açıklayıcı bir bilgiye rastlanılmadıysa, bu durumda arazinin ulaşılabilir en eski kayıtlardaki hali dikkate alınarak 1858 tarihli arazi kanunnamesindeki mülk ve miri topraklar ile ilgili açıklamalar göz önünde bulundurulmak suretiyle bir karar verilmesi gerekmektedir. Arazinin hiçbir şüpheye yer vermeyecek biçimde mülk arazi olarak tanımlanabilmesi için, daha önce de açıkladığımız üzere kadim şehir ve kasabaların içinde olması ya da bu şehir ve kasabaların içerlerinde olmayıp, kenarlarında bulunan odun koymak, araba çekmek, kuyu kazmak gibi faaliyet ve işlere yarayan bir nevi oturma hakkını tamamlayan, yarım dönümü aşmayan topraklardan olup olmadığına karar vermek icap eder. Sözgelimi, tapuda şerhi bulunan vakfa dair arazi İstanbul’un sur içi diye tabir

³⁴ Bu hususta bazı yazarlar ve bilirkişiler bedel-i öşür mukataası tabirini öşre denk bir zemin kirası olarak hiçbir dayanağı olmayacak bir biçimde yorumlamakta ve bu durumda dahi taviz bedeli tahsilatını haklı göstermeye çalışmaktadırlar. Ancak, Osmanlı Toprak Sistemi bahsinde de açıkladığımız üzere, miri arazide Müslüman köylülere ekip/biçme ve bu hakkı mirasçılara geçirme biçimindeki tasarruf hakkı verilmekteydi. Bunun karşılığında da bu tür arazilerden öşür alınmaktaydı. Bazı durumlarda, seçkin ilim adamlarına, savaşlarda yararlılık göstermiş kişilere ve saray efradına bu arazilerden elde edilen gelirlerin tahsis edildiği bilinmektedir. Arazilerden elde edilen gelirlerin tahsis edildiği şahıslar, bu gelirleri kendi kuracakları vakfın amaçlarına hasredebiliyorlardı. Böylelikle elde edilen öşür nev’i gelirler vakfa tahsis edilmiş olmaktadır ve arazinin mülkiyetinin vakıfla bir ilgisi olmuyordu. Bazı yazarlar ise, ürün getirmeyen topraklarda öşürün yerine, köylülerden öşre bedel olmak üzere bedel-i öşür mukataası adı verilen bir meblağın alındığını bu uygulamanın yüzyıllar boyunca devam ettiğini belirtmişlerdir. Bu ikinci hususta daha fazla bilgi almak için Prof. Dr. Necla Giritlioğlu’nun Boğaziçi Üniversitesi Vakfı tarafından 7-8 Aralık 1999 tarihinde düzenlenen seminerde sunmuş oldukları Sahih ve Gayrisahih Vakıflar ile Sultan Vakıfları ve Taviz Bedeli Uygulamaları adlı tebliği bakılabilir.

edilen kısmında bulunuyorsa, bu durumda vakfın kurulduğu yıllarda arazinin kadim bir şehir içinde bulunduğu, bu nedenle de mülk arazi statüsünde olup; taviz bedeli tahsil edilmesi gerektiği kolaylıkla belirtilebilir. Diğer taraftan arazinin coğrafi konumunun bu kadar kolay bir değerlendirme yapılmasına elverişli olmadığı durumlarda, daha büyük bir araziden ifraz yoluyla oluşturulup oluşturulmadığı bilgisi önem taşımaktadır. Çünkü şehir sınırlarında olup yarım dönümden büyük araziler miri arazi olarak kabul edileceğinden taviz bedelinin tahsili haksız olarak değerlendirilecektir.

Yine miri araziden bedeli mukabilinde padişah temlikıyla özel mülk statüsüne geçen arazinin daha sonra vakfedilmesi neticesinde oluşturulmuş vakıflar da kanaatimizce sahih vakıflardandır ve özel tasarrufa geçişi sırasında taviz bedelinin tahsili gerekir. Bu durumun anlaşılabilmesi için ilgili temlikin ve tercümesinin mutlaka görülmesi gerekmektedir. Burada miri arazinin vaktiyle sahih bir padişah temlik ile mülke çevrildiği hususunun VGM tarafından ispatı icap eder. Padişah temlikinin sahihliği başka bir ihtilaf konusu olduğundan burada sadece bahsedilmekle yetinilmiştir.

Arazi tapularında şerhi bulunan ve fakat vakfiyesi bulunamayan ve VGM tarafından da getirilip dosya kapsamına sunulamayan mazbut vakıflar için VGM'nin taviz bedeli tahsili durumunda, taşınmazın ilk tesisten beri olan tapu ve kadastro belgelerindeki açıklamalarla varsa ek tarihi dokümanların o taşınmazın vaktiyle icareteynli ya da mukataalı usulle kiraya verilen bir vakıf taşınmazı olduğunu hiçbir şüpheye yer vermeyecek biçimde kesinlikte ispatı gerekir şeklinde düşünülmektedir. Çünkü, taviz bedelini tahsil eden idarenin vakfiyeyi dosya kapsamına sunarak iddiasını kanıtlaması zorunludur.³⁵ Bu olmuyorsa, mevcut belgeler arasında bulunan ilk tesisten itibaren taşınmazın tapu kütüğü ve kadastro kayıtlarında açıkça ilgili taşınmazın “senevi şu kadar kuruş, akçe v.b. mukataalı, icareli” gibi ifadelerin varlığı aranmalıdır. Aksi halde idarenin taviz bedeli tahsili, mevcut belgeler kapsamında haklı bir nedene dayanmayacaktır.

Bu hususta özellikli bir durum da Haremeyn Vakfı şerhleriyle ilgilidir. Bilindiği üzere taviz bedeli tahsil edilen taşınmazların bir bölümü, arazilerin tapularında yer alana Haremeyn Vakfı, Haremeyn Muhteremeyn Vakfı, Haremeyn-i Şerefeyn Vakfı gibi tabirlerle karşımıza çıkan vakıf şerhlerine ilişkindir. Tapulama tutanaklarında ya da kadastro belgelerinde bu nevi şerhler olan taşınmazlara ilişkin olarak VGM'nin taviz bedeli tahsiline çokça rastlanmaktadır. Halbuki, bilindiği üzere ne Selçuklularda ne de Osmanlı'da münferit, vakfiyesi bulunan, amaçları açıkça yazılı halde bu isimde bir vakıf bulunmamaktadır. Bu tür bir şerh; Müslümanlar için kutsal sayılan Mekke ve Medine şehirlerindeki cami hizmetlileri, Peygamberimizin türbesinin hademeleri, muhtelif yerlerden hac niyetiyle veya yerleşmek üzere bu iki şehre gelenler ve oradaki yerleşiklerle hac yerlerinde yaşayan fakirler için kurulan vakıflardan herhangi birini ya da vakfiyesinde bu yönde bir madde bulunan vakıflardan birini, özetle Mekke ve Medine Halkının ihtiyaçlarının görülmesi için bu amaçla kurulan ve nihayetinde idaresi Evkaf Nezareti'ne devredilen pek çok vakfın kullanımlarına terk edilen arazilerden birini işaret etmektedir. Bu nedenle de VGM bu vakfa ait vakfiyeyi talep ettiğimizde gönderememekte ve dosya kapsamına sunamamaktadır. Böylesi bir halde, arazinin vakıf arazi olduğu kesinleşse dahi, icareteynli ya da mukataalı usul ile kiraya verilenlerden olup olmadığına anlaşılması zorlaşacak, nihayetinde hangi vakıf adına tapu tescilinin gerçekleştirileceği sorunu ortaya çıkacaktır. Burada mümkünse arazide şerhi bulunan vakfın Haremeyn hayır şartı içeren hangi vakıf olduğunun VGM idaresince ortaya konulması vakfiyesiyle birlikte arazinin icareli veya mukataalı usul ile kiraya verildiğinin kesin bir biçimde kanıtlanması gerekecektir.

IV. SONUÇ

Medeni Kanunun kabulünden önce kurulmuş bulunan vakıfların VGM tarafından temsil ve idare edilenlerinin (mazbut vakıflar), günümüzde taviz bedeli şeklinde ortaya çıkan sorununun kökeninde genellikle Selçuklu ve Osmanlı devletlerindeki arazi çeşitleri ve toprak mülkiyetine dayalı açıklamalar yatmaktadır. Mazbut vakıflar, mülk sayılan arazilerin ve bunlardan elde edilen gelirlerin insanlığın hayrına olacak şekilde vakfa bağışlanmasıyla oluşturulabildiği gibi; detayları metin içerisinde açıklandığı üzere, miri arazilerden bir kısmının vergi ve sair gelirlerinin hayır

³⁵ Vakfiyesi olmayan bir vakıfta vakfın sahih ya da gayrisahih nitelikte olup olmaması ya da arazinin miri arazi veya mülk arazi niteliğinde değerlendirilip değerlendirilemeyeceği konusunda en önemli belge bulunmamaktadır. Yargıtay'ın bu hususta yerleşik kararlarında da vakfiyenin mahkemece celbi ve uzman bilirkişiler marifetiyle incelenmesi neticesinde vakfın sahih ya da gayrisahih olduğu sonucuna varılabileceği bildirilmektedir.

şartına vakfedilmesiyle de kurulabilmekteydiler. İlk durumda mülk arazilerin vakfedilmesiyle oluşturulan vakıflar sahih vakıf olarak adlandırılırken, ikinci kısımdaki vakıflara gayri sahih vakıflar denilmektedir. Mülk arazilere sahip olan vakıflar, bu arazilerin icareli ya da mukataalı usul ile kiraya verilmesinden elde edilen gelirleri, vakfiyelerinde yazılı amaçlar doğrultusunda sarf edebilmekteydiler. Günümüzde ise mazbut vakıflara ait, vaktiyle mülk vakıf arazisi olup ta bunlardan, mukataa ve icareteyn usulleriyle kiraya verilenlerin şahıslar veya kurumlar adına serbest tasarrufa geçirilmesi esnasında 5737 sayılı Vakıflar Kanunu'nun 18. maddesi uyarınca taviz bedeli adı altında, taşınmazın emlak vergisi değerinin %10'una denk bir bedel tahsil edilmektedir. Bu bedelin hesaplanmasında ortaklığın giderilmesi veya cebri icra yoluyla satılanlarda satış bedeli, kamulaştırmalarda ise kamulaştırma bedeli esas alınmaktadır. Bu bedelin VGM tarafından tahsiline müteakip bir yıl içerisinde, bedelin haksız yere tahsili mevzuunda, sebepsiz zenginleşme ile ilgili gerekçeleri ileri sürerek dava açılabilir. Böylesi bir durumda mahkemelerin ilgili arazinin ilk tesisten itibaren tapu ve kadastro kayıtlarıyla, tapulama tutanaklarını ve bu tutanaklara dayanak teşkil eden belgeleri Tapu ve Kadastro Müdürlüklerinden, tapuda şerhi bulunan vakfa ait vakfiyeyi de VGM'den talep edip, dosya kapsamına aldirmaları ve bilirkişi marifetiyle mahallinde keşif yaptırmaları büyük önem arz etmektedir. Uzman bilirkişilerin ise, dosya kapsamına aldırılan tapu ve kadastro kayıtlarıyla vakfiye üzerinde arazinin mülk ya da miri arazi çeşitlerinden biri olup olmadığı, vakfın sahih ya da gayri sahih vakıf olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceği hususlarında, arazinin coğrafi konumu ve diğer özellikleriyle birlikte titizlikli bir çalışma yürütmeleri, taviz bedelinin kanuna uygun olarak tahsili ya da iadesinin gerekip gerekmediği iddialarının hiçbir şüpheye yer vermeyecek biçimde sonuçlandırılmasında etkin rol oynayacaktır.

KAYNAKÇA

- AKGÜNDÜZ, Ahmet; İslam Hukukunda ve Osmanlı Tatbikatında Vakıf Müessesesi, İstanbul, 1996.
- BARKAN, Ömer Lütfi; XV ve XVI inci Asırlarda Osmanlı İmparatorluğunda Zirai Ekonominin Hukuki ve Mali Esasları, Cilt I, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1943.
- BARKAN, Ömer Lütfi; "Osmanlı İmparatorluğunda Bir İskân ve Kolonizasyon Metodu Olarak Vakıflar ve Temlikler I: İstilâ Devirlerinin Kolonizatör Türk Dervişleri ve Zâviyeler." Vakıflar Dergisi, 2, 1942, s.279-386.
- BARKAN, Ömer Lütfi; "İslam Türk Mülkiyet Hukuku Tatbikatının Osmanlı İmparatorluğunda Aldığı Şekiller: Mülk Topraklar ve Sultanların Temlik Hakkı", Hukuk Fakültesi Mecmuası, VII(I), İstanbul, 1941, s.157-176.
- BARNES, John Robert; Evkaf-ı Humayun: Vakıf Administration Under the Ottoman Ministry for Imperial Religious Foundations 1839 to 1875, University of California Los Angeles, 1980.
- BERKİ, Ali Himmet; Vakıflar, Cihan Kitaphanesi, İstanbul, 1940.
- CAFER, İbn Kudame; Kitabü'l Harac, Yeditepe Yayınevi, İstanbul, 2018.
- CİN, Halil; Osmanlı Toprak Düzeni ve Bu Düzenin Bozulması, Boğaziçi Yayınları, İstanbul, 1985.
- ÇAKIR, Baki; Osmanlı Mukataa Sistemi (XVI.-XVIII. Yüzyıl), Kitabevi, İstanbul, 2003.
- ÇEKER, Orhan; Arazi Kanunnamesi, Ebru Yayınları, İstanbul, 1985.
- GİRİTLİOĞLU, Necla; "Sahih ve Gayrisahih Vakıflar ile Sultan Vakıfları ve Taviz Bedeli Uygulamaları", Eski Vakıfların Günümüze Ulaşan Uygulamaları Semineri, 7-8 Aralık 1999, Boğaziçi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2001, s18-29.
- HATEMİ, Hüseyin; Medeni Hukuk Tüzel Kişileri I, İ.Ü. Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1979.
- HİLMİ, Karınabadizade Ömer/SUNGURBEY, İsmet; Eski Vakıfların Temel Kitabı, İ.Ü. Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1978.
- İNALCIK, Halil; Osmanlı İmparatorluğu'nun Ekonomik ve Sosyal Tarihi, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul, 2017.
- KÖPRÜLÜ, Bülent; Toprak Hukuku Dersleri, Cilt I, İ.Ü. Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1958.
- MARDİN, Ebül' Ula; Toprak Hukuku Dersleri, Cumhuriyet Matbaası, İstanbul, 1947.
- ÖZTÜRK, Nazif; Menşe-i ve Tarihi Gelişimi Açısından Vakıflar, VGM Yayınları, Ankara, 1983.
- TABAKOĞLU, Ahmet; Gerileme Dönemine Girerken Osmanlı Maliyesi, Dergah Yayınları, İstanbul, 1985.
- TURAN, Osman; "Türkiye Selçuklularında Toprak Hukuku: Miri Topraklar ve Hususi Mülkiyet Şekilleri", Belleten, XII(47), Türk Tarih Kurumu Basımevi, Ankara, 1948.
- TURAN, Osman; "Selçuklu Tarihi ve Türk İslam Medeniyeti", Turan Neşriyat Yurdu, İstanbul, 1969.
- TURAN, Osman; "Celâleddin Karatay, Vakıfları ve Vakfiyeleri", Belleten, XII(45), Ankara, 1948, s.17-171.
- YUSUF, Ebu; Kitabü'l Haraç, İ.Ü. İktisat Fakültesi Maliye Enstitüsü Yayınları, İstanbul, 1973.

6750 SAYILI TİCARÎ İŞLEMLERDE TAŞINIR REHNİ KANUNU UYARINCA AYNI ALACAĞA TEMİNAT TEŞKİL ETMEK ÜZERE BİRDEN ÇOK TAŞINIRIN REHİN HAKKINA KONU OLMASI

MORE THAN ONE CHATTEL TO BE PLEDGED FOR A SINGLE DEBT ACCORDING TO THE
LAW REGARDING PLEDGE OF CHATTELS IN COMMERCIAL TRANSACTIONS

Bahar ÖCAL APAYDIN *  

Makale Bilgi

Gönderilme: 02/03/2020
Kabul: 02/06/2020

Anahtar Kelimeler

Ticari İşlemlerde
Taşınır Rehni,
Birden Çok Taşınır
Rehni,
Toplu Rehni,
Paylı Rehni,
Rehin Kurulduktan
Sonraki
Değişiklikler.

Article Info

Received: 02/03/2020
Accepted: 02/06/2020

Keywords


Pledge of Chattels In
Commercial
Transactions,
More Than One Chattel
To Be Pledge,
Partition of
Encumbrance of Pledge,
Non-Partition of
Encumbrance Of Pledge,
Changings After
Creations of Pledge.

Özet

29871 sayılı ve 28 Ekim 2016 tarihli Resmî Gazete’de yayımlanan 6750 sayılı Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu (TİTRK), 1 Ocak 2017 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Bu Kanun ile taşınır rehninin uygulanmasını ve rehne konu taşınırın çeşitliliğini artırmak amacıyla, rehne konu taşınırın teslimine ihtiyaç duymayan sicilli bir rehni türü benimsenmiştir. TİTRK m. 5/f.1 hükmünde rehne konu olabilecek taşınır varlıklar tahdidi olmayan bir şekilde sayılmıştır. Taşınır rehni uygulamasının artırılması amacıyla, TİTRK m. 5/f.6 hükmünde birden çok taşınırın rehne konu olabileceği düzenlenmiştir. Ne var ki, Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu’nda birden çok taşınırın rehne konu olması hususunda açık bir düzenleme yapılmamıştır. Buna karşılık, TİTRK m. 18 hükmünde, Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu’nda hüküm bulunmayan hâllerde Türk Medeni Kanunu’nun (TMK) “taşınmaz rehne” ilişkin hükümlerinin uygulanacağı ifade edilmiştir. Bu doğrultuda birden çok taşınırın rehne konu olması hâlinde TİTRK m. 18’in atfıyla TMK m. 855 hükmü uygulama alanı bulacağı kabul edilmektedir. Bu çalışmanın amacı, Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu uyarınca birden fazla taşınırın aynı alacağa teminat teşkil etmesi amacıyla rehni hakkının tesisi hâlinde rehni tesis edilmesinin koşulları ile rehni tesis edildikten sonra ortaya çıkan değişikliklerin rehni hakkı üzerindeki etkisini incelemektir.

Abstract

The Law Number 6750 regarding Pledge of Chattels in Commercial Transactions (Law no.6750) published in the Official Gazette no. 29871 on the 28th of October 2016 and entered into force on the 1st of January 2017. In order to extend both the use of pledge as a security right and the variety of the chattels which are to be pledged the law replaces the transfer of the possession with the registration of a notice of the pledge. The article 5/ (1) of the Law no.6750 provides a list of the chattels which are to be pledged while not respecting the rule of numerus clausus. In order to extend the use of pledge, the art. 5/ (6) of the Law no.6750 states that more than one chattel are to be pledged for a single debt. However, the Law no.6750 does not contain any provisions which determine how to be pledged more than one chattels for a single debt. Yet the art. 18 of the Law regarding Pledge of Chattels in Commercial Transactions refers to the provisions regarding mortgages of the Turkish Civil Code (TCC) in terms of situations for which there are no provisions. Thus where more than one chattel to be pledged, the art. 855 of the TCC shall be applied with reference to the art. 18 of the Law no.6750. The aim of this study is to examine the conditions for the establishment of a lien on more than one chattel according to Law no.6750 and the effect of changes that occur after the lien has been established.

 Bu eser [Creative Commons Atıf 4.0 Uluslararası Lisansı](https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/) ile lisanslanmıştır

* Dr. Öğretim Üyesi, Eskişehir Osmangazi Üniversitesi, İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi.

Bu çalışma, 15-16 Kasım 2019 tarihinde gerçekleştirilen “Uluslararası Eşya Hukuku Sempozyumu” nda tebliğ olarak sunulmuş ve gelen katkı ve eleştiriler doğrultusunda makale hâline getirilmiştir.

I. GİRİŞ

6750 sayılı Ticarî İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu (TİTRK) ile ticarî işlemlerde taşınır rehni, teslimsiz (sicilli) taşınır rehni özelliği gösteren bir rehin türü olarak düzenlenmiştir¹.

Taşınırlar üzerinde zilyetlik devredilmeksizin, sicile tescil ile rehin tesis edilmesi Türk hukukuna yabancı değildir. TMK m. 940/f. 2 hükmü kapsamında bir sicile tescili zorunlu olan taşınırların zilyetliği devredilmeden rehne konu olması mümkündür. Bu doğrultuda sicile kayıtlı motorlu taşıt, gemi ve hava araçları üzerinde sicile tescil ile rehin hakkı tesis edilebilmektedir².

TİTRK'nun amacı, “taşınırın teslimine ihtiyaç duyulmadan Rehinli Taşınır Siciline tescil edilmesi suretiyle rehin hakkı tesis edilmesi ve bu suretle rehin hakkı tesisi ile taşınır rehininin kullanımını yaygınlaştırmak ve rehne konu olan taşınırların çeşitliliğini artırarak kapsamını genişletmek olarak ifade edilmiştir” (TİTRK m. 1/f. 1). Böylece TİTRK'nu, mülga TİRK'ndan daha geniş bir uygulama alanına sahip olmayı amaçlamaktadır.

TİTRK m. 5/f. 6 hükmü uyarınca bir ya da birden fazla taşınır varlık üzerinde rehin hakkı kurulabileceği öngörülmüştür. Dolayısıyla rehinli alacaklının ve rehin verenin iradeleri, birden fazla taşınır varlık üzerinde rehin hakkının kurulması yönünde olabilir. Ancak Ticari İşlemlerde Rehin Hakkının Kurulması ve Temerrüt Sonrası Hakların Kullanılması Hakkında Yönetmelik³ (Tem.Yön.) m. 11/f.2'de rehinle teminat altına alınan alacağın belirli olması hâlinde, borç miktarının tamamına ek olarak azami beşte bir oranına yetecek kadar taşınır varlık üzerinde rehin hakkı kurulabileceği düzenlenmek suretiyle bir sınırlama getirilmiştir.

TİTRK m. 5/f. 1 hükmünde sayılan varlıkların borcu karşılama hâlinde işletmenin tamamının rehne konu edilmesi TİTRK m. 5/f. 2 hükmü ile yasaklanmıştır. O nedenle ticarî işletme ya da esnaf işletmesinin tamamı üzerinde rehin hakkının kazanılması, ancak işletme mevcudunu oluşturan ve TİTRK m. 5 hükmünde sayılan varlıkların değerinin borcu karşılamaması hâlinde mümkündür. Dolayısıyla taşınır varlığın birinin ya da birden fazlasının alacağı karşılayacak şekilde teminat teşkil etmesi hâlinde ticarî işletme yahut esnaf işletmesi üzerinde rehin hakkı kurulamayacaktır. O nedenle ticarî işletme veya esnaf işletmesi üzerinde rehin hakkı kurulması, böyle bir koşula bağlanmak suretiyle zorlaştırılmakta ve dolaylı da olsa birden fazla taşınır üzerinde rehin hakkı tesisi teşvik edilmektedir.

TİTRK kapsamında ise birden fazla taşınır varlık üzerinde rehin hakkının kurulması ve rehin hakkının akıbeti hüküm altına alınmamıştır. 15.02.2018 tarih ve 7099 Sayılı Yatırım Ortamının İyileştirilmesi Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun (7099 Sayılı Kanun) m. 33 ile TİTRK m. 18'de değişiklik yapılmak suretiyle, TİTRK'nda hüküm bulunmayan hâllerde Türk Medeni Kanunu'nun “taşınmaz rehnine” ilişkin hükümlerinin uygulanacağı ifade edilmiştir. TİTRK m. 18 hükmünün eski hâli “*bu Kanunda hüküm bulunmayan hâllerde 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun taşınır rehnine ilişkin hükümleri uygulanır*” şeklinde idi. Ticarî İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu'nda düzenlenen rehin türünün sicilli bir taşınır rehni olmasının yanı sıra sabit dereceler sistemi gibi taşınmaz rehnine özgü benzerlikler taşınması nedeniyle bu atıf hükmü eleştirilmekteydi⁴. Ne var ki, , mevcut atıf hükmü kapsamında, benzerliklere rağmen söz konusu rehin türlerinin nitelik itibarıyla farklı olduğu dikkate alınarak, Türk Medeni Kanunu'nun taşınmaz rehnine ilişkin hükümlerinin yapısına uygun düşüğü ölçüde kıyasen TİTRK kapsamında taşınır rehnine uygulanması gerektiği kabul edilmektedir⁵. Dolayısıyla bir alacağa teminat teşkil etmek üzere birden fazla taşınır üzerinde

¹ 29871 sayılı ve 28 Ekim 2016 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanan 6750 Sayılı TİTRK, 1 Ocak 2017 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

² TİTRK ile yürürlükten kaldırılmış olan 1447 sayılı Ticarî İşletme Rehni Kanunu (TİRK) da, ticarî işletmenin rehnedilebilmesi bakımından sicile kayıt ile rehin tesisine imkân vermektedir.

³ RG. 31.12. 2016, S. 29935.

⁴ ESENER Turhan/GÜVEN Kudret: Eşya Hukuku, Ankara 2017, s. 578; ACAR, Faruk: Rehin Hukuku Dersleri, 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2017, N. 281; KÖROĞLU-ÖLMEZ, Belin: “Ticarî İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu Uyarınca Ticarî İşletme Rehni”, TBB Dergisi, 2017(129), s. 276; GÜRPINAR, Damla: “Ticarî İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu Uyarınca Kurulmuş Olan Rehinli Taşınır Sicilinin Tapu Sicili ile Karşılaştırılmalı Olarak İncelenmesi”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 19, S. 2, 2017, s. 137, dipnot 42.

⁵ SİRMEN, A. Lale: “Ticarî İşlemlerde Taşınır Rehininin Düzenleniş Biçimi, Niteliği ve Rehne Hâkim Olan İlkeler”, Ticarî İşlemlerde Taşınır Rehni Sempozyumu (Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi), 16 Şubat 2018, Ankara, 2018, [Sempozyum], s. 26. Hatta taşınmaz rehnine ilişkin hükümlerin yanında taşınır rehnine ilişkin hükümlerin de uygulama alanı bulması gerektiği ileri sürülmektedir (ERTEN, M.Ali: “Ticarî İşlemlerde Taşınır Rehininde Teminatın Taşınır

rehin hakkının kazanılması hâlinde TİTRK m. 18 hükmü atfıyla TMK m. 855 hükmü kıyasen uygulanacaktır⁶.

Bu çalışmanın amacı, TİTRK uyarınca birden fazla taşınırın bir alacağa teminat teşkil etmesi amacıyla rehin hakkının tesisi hâlinde rehin hakkının kurulmasının koşulları ile rehin hakkı kurulduktan sonra ortaya çıkan değişikliklerin rehin hakkı üzerindeki etkisini incelemektir⁷.

II. TİCARİ İŞLEMLERDE TAŞINIR REHNİ KANUNU UYARINCA BİR DEN FAZLA TAŞINIRIN REHNE KONU OLMASININ BELİRLİLİK VE TEMİNAT YÜKÜNÜN BÖLÜNMEZLİĞİ İLKELERİ BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

A. Belirlilik İlkesi

TMK m. 854 hükmünde taşınmaz rehni bakımından düzenleme altına alınan belirlilik ilkesi uyarınca, rehin kurulurken rehne konu taşınmazın belirtilmesi gerekir. Belirlilik ilkesi gereğince, ferden belirlenmeksizin bir kimsenin malvarlığında yer alan ve ileride yer alacak taşınmazların (bütün taşınmazların yahut taşınmazların bir kısmının) rehin hakkına konu olması mümkün değildir⁸. Buna karşılık, TMK m. 855 hükmü, taşınmazların her birinin ayrı ayrı belirtilmesi suretiyle birden fazla taşınmazın aynı alacak için teminat gösterilmesine imkân tanımıştır. Birden fazla taşınmazın bir alacağa teminat teşkil etmek üzere rehnedilmesi, TMK m. 855 hükmünde iki ihtimal dâhilinde düzenlenmiştir. Birinci ihtimalde taşınmazlardan her biri, alacağın tamamına teminat sağlamaktadır. İkinci ihtimalde ise teminat yükü rehne konu taşınmazlar üzerinde paylaştırılmaktadır (bölünmektedir).

Taşınır rehni konusunun belirli olması, teslimli taşınır rehni ile alacak ve hak rehni bakımından farklılık gösterir. Teslimli taşınır rehninde, rehni konusunun ferden belirlenmiş olması hâlinde, zilyetliğinin devri mümkündür⁹. Hak ve alacak rehni bakımından da, üzerinde rehin kurulacak alacak veya hakkın belirlenebilir bir şekilde tanımlanmış olması gerekir¹⁰. Taşınır rehni konusunun bakımından belirlilik ilkesi ile bir kişinin malvarlığının tümü ya da bir kısmının tek bir işlemle rehne konu olamaması kast edilmektedir¹¹.

Varlık Yönünden Kapsamı”, Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Sempozyumu (Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi), 16 Şubat 2018, Ankara, s. 181).

⁶SİRMEN, Sempozyum, s. 46.

⁷ Birden fazla taşınır üzerinde rehin hakkı kurulması halinde alacaklının tatmin edilmesi ile ilgili olarak bkz. TUNCER KAZANCI, İdil: “Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu Kapsamında Kurulan Rehlinde Rehinli Alacaklının Tatmin Edilmesi”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi – İnÜHFD 10(1), s. 77 -78.

⁸ FASEL, Urs: Sachenrecht Art. 641-977 ZGB, CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, (Herausgeber: Peter Breitschmid, Alexandra Jungo), Schulthess Juristische Medien AG 2016 [CHK-ZGB], Art. 797, N. 1; SCHMID-TSCHIRREN, Christina: ZGB Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch, OFK - Orell Füssli Kommentar (Navigator.ch), (Herausgeber: Jolanta Kren Kostkiewicz, Stephan Wolf, Marc Amstutz, Roland Fankhauser), Orell Füssli Verlag AG 2016 [OFK-ZGB], Art. 797, N. 3; KÖPRÜLÜ, Bülent/KANETİ, Selim: Sınırlı Ayni Haklar, İstanbul 1982-1983, s. 208; OĞUZMAN, Kemal/SELİÇİ, Özer/OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe: Eşya Hukuku, İstanbul 2018, N. 3212; NOMER, Halûk Nami/ERGÜNE, Mehmet Serkan: Eşya Hukuku, İstanbul 2017, s. 584; SARI, Suat: “*Taşınmaz Rehni Belirlilik (Muayyenlik) İlkesi*”, Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman’ın Anısına Armağan, İstanbul 2000, s. 991; ACAR, Faruk: Rehni Hukukunda Taşınmaz Kavramı ve Özellikle Belirlilik İlkesi, Tıpkı 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2017 [Belirlilik İlkesi], s. 212-214ve 243; KURŞAT, Zekeriya: “Birlikte Rehin”, Prof. Dr. Özer Seliçi’ye Armağan, Ankara, 2006, s. 394; AYDIN-ÜNVER, Tülay: Birden Fazla Taşınmaz Üzerinde Toplu Rehin Kurulması, Medeni Hukuk Alanındaki Güncel Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi Sempozyumları, C. I, Eşya Hukuku, 20 Ekim 2016 (Editörler: ÖĞÜZ, Tufan/ENGİN, Baki İlkay), İstanbul 2017, s. 86; ŞENOCAK, Kemal/KAHRAMAN, Zafer/ TUNCER-KAZANCI, İdil/ÖCAL-APAYDIN, Bahar: Ticari İşletme Taşınır Rehni, Ankara 2019, s. 39.

⁹ FOËX, Benedict: Le contrat de gage mobilier, Collection Genevoise, Faculté de Droit de Genève, Helbing & Lichtenhahn, Bâle et Francfort-sur-le-Main 1997, N. 573 [Gage mobilier]; FOËX, Bénédict: Commentaire Romand, Code Civil II, Art. 457-977, Art. 1-61 Tit. Fin. CC, édité par Pascal Pichonnaz/Bénédict Foëx/ Denis Piotet, Helbing & Lichtenhahn, Bâle 2016. [CR-CC], Art. 884, N. 24; WOLF, Stephan / EGGEL, Martin: ZGB Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch OFK - Orell Füssli Kommentar (Navigator.ch), (Herausgeber: Jolanta Kren Kostkiewicz, Stephan Wolf, Marc Amstutz, Roland Fankhauser), Orell Füssli Verlag AG 2016 [OFK-ZGB], Art. 884, N. 4; KÖPRÜLÜ/KANETİ, s. 468; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, N. 3633; AKINTÜRK, Turgut: Eşya Hukuku, İstanbul 2009, s. 839; SEROZAN, Rona: Taşınır Eşya Hukuku, İstanbul 2007, s. 343; ÖCAL-APAYDIN, Bahar: “Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu Uyarınca Teminat Yükünün Kapsamı Bakımından Özellikle Arz Eden Hâller”, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:13, Sayı: 169-170, Eylül-Ekim 2018, s. 94; ŞENOCAK/KAHRAMAN/TUNCER-KAZANCI/ÖCAL-APAYDIN, s. 39.

¹⁰ KÖPRÜLÜ/KANETİ, s. 469; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, N. 3634; AKINTÜRK, s. 839; SİRMEN, Sempozyum, s. 43; ŞENOCAK/KAHRAMAN/TUNCER-KAZANCI/ÖCAL-APAYDIN, s. 40.

¹¹ REETZ Peter, GRABER Michael: Sachenrecht Art. 641-977 ZGB, CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, (Herausgeber: Peter Breitschmid, Alexandra Jungo), Schulthess Juristische Medien AG 2016 [CHK-ZGB],

Teslimsiz (sicilli) taşınır rehni bakımından rehlin konusunun belirli olması, sicile tescil ile kendisini gösterir¹². Daha açık bir anlatımla, sicile rehlin konusu olarak tescil edilen taşınırlar üzerinde rehlin hakkı kazanılmaktadır. O nedenle sicile tescil edilen rehlin konusu cins, sayı, tür vb. özellikleriyle belirlenmiş ya da belirlenebilir bir şekilde tanımlanmış yahut ferdileştirilmiş olmalıdır¹³.

TİTRK m. 5 hükmünde rehne konu olabilen taşınır varlıklar sayılmıştır. 7099 sayılı Kanun ile değişiklik yapılmadan önce bu sayımın tahdidî olduğu kabul edilmekteydi¹⁴. 7099 Sayılı Kanun ile TİTRK m. 5 hükmüne eklenen “benzeri her türlü taşınır varlık ve hak” şeklindeki bent nedeniyle taşınır varlıkların artık tahdidî olarak sayıldığından söz edilememektedir¹⁵. TİTRK m. 4/f. 6-c hükmü uyarınca “Rehne konu varlık ile bu varlığın ayırt edici özelliklerini belirten seri numarası, markası, üretim yılı, şasi numarası, belge seri numarası, varsa GTİP ya da PRODTR sanayi ürünü kodu gibi hususlar” rehlin sözleşmesinde yer alması gereken zorunlu unsurlar olarak sayılmıştır. Ne var ki, 7099 sayılı Kanun m. 27 ile söz konusu bende “niteliği gereği ayırt edici özelliği bulunmayan taşınır varlıklar için bu şart aranmaz” cümlesi eklenmiştir.

TİTRK uyarınca kurulan rehlinler bakımından, taşınırların kendisinin kayıtlı olduğu bir sicil ve bu sicile tescil ile rehlin kurulması söz konusu olmamaktadır¹⁶. Nitekim rehlin hakkı taşınır varlık üzerinde söz konusu olmakta; ancak TİTRK m. 4 hükmü uyarınca rehlin sözleşmesinin sicile tescili ile kurulmaktadır. 7099 sayılı Kanun ile değişiklik yapılmadan önce, ayırt edici özelliklerin sözleşmenin zorunlu içeriğinde yer alması gerektiğini düzenleyen kanun koyucunun; “belirlenebilir” olmayı yeterli görmediği, rehnedilen taşınır eşyanın diğer eşyadan ayırt edilmesini, yani ferden tayin edilmesini arzu ettiği ileri sürülmüştür¹⁷. Buna karşılık, 7099 sayılı Kanunun m. 27 hükmü ile bu bende yapılan ekleme, niteliği gereği ayırt edici özelliği olmayan varlıklar için bu şartın aranmayacağı, diğer bir deyişle, kanun koyucunun bunlar için “belirlenebilir” olmayı yeterli gördüğü anlamına gelmektedir¹⁸. Zira rehlin sözleşmesinde rehnedilen eşyanın sadece “belirlenebilir” olması yeterli görülmektedir¹⁹. Tem.Yön. m. 9/f. 2 hükmü uyarınca “rehlin konusu taşınır varlığın ayırt edici özellikleri yoksa genel olarak belirlenmesine yarayan niteliklerin” rehlin sözleşmesinde yer alacağı düzenlenmiştir. Dolayısıyla TİTRK m. 4/f. 6 hükmü uyarınca rehne konu taşınır varlığın varsa ayırt edici özelliklerini belirten seri numarası, markası, üretim yılı, şasi numarası, belge seri numarası, varsa GTİP ya da PRODTR sanayi ürünü kodu gibi hususlar rehlin sözleşmesinde yazılmalıdır. Örneğin, rehlin konusu diz üstü bilgisayarların markaları ve seri numaraları sözleşmede yer almalıdır. Buna karşılık, böyle ayırt edici özellikleri yoksa rehlin konusu varlığın belirlenmesine yarayan genel

Art. 884, N. 8; WOLF/EGGEL, OFK-ZGB, Art. 884, N. 4; STEINAUER, Paul-Henri: Les droits réels, Tome III, 4e éd., Berne 2012, N. 3136; KÖPRÜLÜ/KANETİ, s. 468 GÜRİSOY, Kemal T./EREN, Fikret/CANSEL, Erol, Türk Eşya Hukuku, Ankara 1984, s. 1093; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, N. 3635; AKINTÜRK, s. 839; SİRMEN, A. Lâle: Eşya Hukuku, 5.bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2018, s. 656; ESENER /GÜVEN, s. 552; ERTAŞ, Şeref: Eşya Hukuku, İzmir 2014, s. 581; NÖMER/ERGÜNE, N. 734.

¹² ESENER/GÜVEN, s. 552; ÖCAL-APAYDIN, s. 94, ŞENOCAK/KAHRAMAN/TUNCER-KAZANCI/ÖCAL-APAYDIN, s. 40.

¹³ ÖCAL-APAYDIN, s. 94; ŞENOCAK/KAHRAMAN/TUNCER-KAZANCI/ÖCAL-APAYDIN, s. 40.

¹⁴ 6750 Sayılı Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu 5. maddesinin gerekçesi. Bu düzenlemenin eleştirisi için bkz. GÖLE/AYDOĞAN, s. 26.

¹⁵ ÖZ, Turgut: Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni kanunu, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. İur. Merih Kemal Omağ’a Armağan, C. 16, S. 2 (Özel Sayı) Temmuz 2017, İstanbul, s. 151-186, <https://jurix.com.tr/article/9728#>, (E.T. 25.11.2018) [<https://jurix.com.tr/article/9728#>]s. 126; ÖCAL-APAYDIN, s. 106.

¹⁶ Buna karşılık bazı hallerde taşınır yahut hakkın kendisinin sicile tescili söz konusu olur. Örneğin, TMK m. 940/f.2 hükmü kapsamında bir sicile tescili zorunlu olan taşınırlardan kasıt, Karayolları Trafik Kanunu (KTK) m. 19 gereğince trafik siciline tescili zorunlu olan motorlu taşıtlardır. Bunların dışında TTK m. 940 ve TTK m. 935/f.2 a-c ile TTK m. 957 hükümlerinde ifade edilen gemilerin gemi siciline tescili zorunludur. Türk Sivil Havacılık Kanunu (TSHK) m. 49 ve 60 hükümlerinde belirtilen hava araçlarının uçak siciline tescili gerekmektedir. Maden Kanunu (Mad.K) m. 38/f.4 uyarınca maden üzerindeki haklar sicile tescil edilmedikçe hüküm ve sonuç doğurmadığından maden işletme hakkının maden siciline tescili gerekir (ŞENOCAK/KAHRAMAN/TUNCER-KAZANCI/ÖCAL-APAYDIN, s. 23-24).

¹⁷ ANTALYA, Gökhan/ACAR, Faruk: Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni, 2. Bası, İstanbul 2017, s. 50; SİRMEN, Sempozyum, s. 43 vd.; GÜRİPINAR, Damla: “Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu Uyarınca Kurulmuş Olan Rehlin Taşınır Sicilinin Tapu Sicili ile Karşılaştırılması Olarak İncelenmesi, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 19, S. 2, 2017 [Tapu Sicili], s. 69.

¹⁸ ŞENOCAK/KAHRAMAN/TUNCER-KAZANCI/ÖCAL-APAYDIN, s. 126.

¹⁹ ANTALYA/ACAR, s. 49; ERGÜNE, Mehmet Serkan: “Ticari İşlemlerde Taşınır Rehlinin Kuruluşu”, Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Sempozyumu (Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi), 16 Şubat 2018, Ankara, 2018, s. 120; ŞENOCAK/KAHRAMAN/TUNCER-KAZANCI/ÖCAL-APAYDIN, s. 126.

niteliklerinin sözleşmeye yazılması gerekmektedir. Örneğin, hammaddenin rehnedilmesi amaçlanıyorsa, hammaddenin ağırlığı, uzunluğu, oluştuğu madde, kökeni gibi nitelikleri yahut bulunduğu yer gibi olguları ifade etmek suretiyle rehin konusu belirlenebilir²⁰.

TİTRK uyarınca birden fazla taşınır varlık üzerinde rehin hakkı kurulurken, rehin sözleşmesinde rehne konu edilen taşınır varlıklardan ayırt edici özellikleriyle belirtilmesi mümkün olanların bu özelliklerinin; ayırt edici özellikleri bulunmayanların belirlenmesine yarayan niteliklerinin ifade edilmesi gerekir.

B. Teminat Yükünün Bölünmezliği İlkesi

Bu ilke TMK m. 944/f. 2 hükmünde kendisini göstermektedir. Şöyle ki, söz konusu hüküm uyarınca alacaklı, alacağının tamamını almadıkça rehin konusu taşınırın tamamı ya da bir kısmını geri vermek zorunda değildir²¹. Aynı alacak için birden fazla taşınır rehnedilmişse kısmî ödemeler, taşınırlardan birinin ya da birden fazlasının geri verilmesine imkân vermez²². Diğer bir deyişle aynı alacak için birden fazla taşınır üzerinde rehin hakkı kurulmuşsa, rehin konusu olan taşınırların hepsi alacağın bütününe teminat teşkil eder²³. Ancak tarafların aksini kararlaştırması mümkündür²⁴. Buna göre taraflar, her bir taşınırın alacağın sadece belirli bir kısmına teminat teşkil edeceğini kararlaştırabilir²⁵. Dolayısıyla birden çok taşınır üzerinde rehin hakkı tesis edilmesi hâlinde kural, teminat yükü bölünmeden oluşturulan rehin; istisna ise teminat yükü bölünerek oluşturulan rehindir.

Yukarıda da ifade edildiği üzere birden fazla taşınmazın aynı alacağa teminat teşkil edecek şekilde rehnedilmesi mümkündür. Birden fazla taşınmazın aynı alacağa teminat teşkil etmek amacıyla rehnedilmesi hâlinde, kural teminat yükünün taşınmazlar üzerinde bölündüğü rehin; istisna ise teminat yükü bölünmeden kurulan rehindir²⁶. TMK m. 855/f. 1 hükmünde, rehin yükü taşınmazlar üzerinde paylaştırılmaksızın, birden çok taşınmazın rehne konu olması için taşınmazların ya aynı kişiye ait olması yahut taşınmazlar farklı kişilere aitse, bu kişilerin borçtan müteselsilen sorumlu olmaları gerekir. Bu hâlde alacağın tamamı, taşınmazlardan her biri tarafından güvence altına alınmıştır ve teminat yükü taşınmazlar üzerinde bölünmez²⁷. TMK m. 855/f. 2 hükmünde ise teminat yükünün taşınmazlar üzerinde bölündüğü rehin düzenlenmiştir. Bu rehin türünde taşınmazların malikinin aynı kişi olması yahut taşınmaz maliklerinin farklı kişiler olması hâlinde bu kişilerin müteselsilen borçtan sorumlu olması gerekmez²⁸. Bu hâlde

²⁰ SİRMEN, Sempozyum, s. 44.

²¹ Bu hüküm teminatın bölünmezliği ilkesinin, gerek alacağın tamamının teminat altına alınması şeklindeki görünümünü gerekse rehlinli taşınırın bütünüyle rehlinli alacağı güvence altına alması şeklinde ifade edilen görünümünü içermektedir (CANSEL, Erol: Türk Menkul Rehni Hukuku, Cilt I, Teslim Şartlı Menkul Rehni, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Sevinç Matbaası, Ankara 1967, s. 24-26; GÜRİSOY/EREN/CANSEL, s. 1095; DAVRAN, Bülent: Rehni Hukuku Dersleri, İstanbul 1972, s. 91; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, N. 3640; AKINTÜRK, s. 840; ERTAŞ, s.582; NOMER/ERGÜNE, N. 752; ŞENOCAK/KAHRAMAN/TUNCER-KAZANCI/ÖCAL-APAYDIN, s. 46).

²² KÖPRÜLÜ/KANETİ, s. 473; GÜRİSOY/EREN/CANSEL, s. 1095; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, N. 3649; ACAR, N.89; ŞENOCAK/KAHRAMAN/TUNCER-KAZANCI/ÖCAL-APAYDIN, s. 46.

²³ STEINAUER, N. 3143; FOËX, CR-CC, Art. 884, N. 25; KÖPRÜLÜ/KANETİ, s. 472; SİRMEN, s. 667; NOMER/ERGÜNE, N. 737; OKTAY-ÖZDEMİR, s. 83; ACAR, N. 89; ŞENOCAK/KAHRAMAN/TUNCER-KAZANCI/ÖCAL-APAYDIN, s. 46-47.

²⁴ KÖPRÜLÜ/KANETİ, s. 472; NOMER/ERGÜNE, N. 737; OKTAY-ÖZDEMİR, s. 83; ACAR, N. 89; ŞENOCAK/KAHRAMAN/TUNCER-KAZANCI/ÖCAL-APAYDIN, s. 47.

²⁵ NOMER/ERGÜNE, N. 737; ŞENOCAK/KAHRAMAN/TUNCER-KAZANCI/ÖCAL-APAYDIN, s. 47.

²⁶ SCHMID-TSCHRIRREN, OFK-ZGB, Art. 798, N. 12; FASEL, CHK-ZGB, Art. 798, N.2; MARCHAND, CC-CR, Art. 798, N. 1-2; HELVACI, s. 212; KUNTALP, Erden: "Aynı Alacak İçin Birden Çok Taşınmazın Rehni", Yiğit Okur'a Armağan, İstanbul 1998, s. 266-267; ACAR, N. 96; KURŞAT, s. 394; ÇETİNER, s. 199; AYDIN-ÜNVER, s. 88; KAŞAK, Fahri Erdem/GÜVENÇ, İpek: Taşınmazların Birlikte Rehni (TMK m. 855), Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XXIII, Y. 2019, Sa. 1, s. 63 .

²⁷ SCHMID-TSCHRIRREN, OFK-ZGB, Art. 798, N. 2; FASEL, CHK-ZGB, Art. 798, N. 5; MARCHAND, Sylvain: Commentaire Romand, Code Civil II, Art. 457-977, Art. 1-61 Tit. Fin. CC, édité par Pascal Pichonnaz/Bénédict Foëx/Denis Piotet, Helbing & Lichtenhahn, Bâle 2016 [CR-CC], Art. 798, N.1; GÜRİSOY, Kemal T.: Birden Ziyade Gayrimenkulün Aynı Borç İçin İpotek Edilmesi ve Uygulamada Ortaya Çıkan Sorunlar, Ankara 1978, s. 8; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, N. 3220; NOMER/ERGÜNE, N. 591; HELVACI, İlhan: Eski Medeni Kanunumuz ile Karşılaştırmalı Olarak Türk Medeni Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan İpotek Hakkı, İstanbul 2008, s. 212-213; ACAR, N. 96; KURŞAT, s. 394; ÇETİNER, Bilgehan: Taşınmaz Teminatı, İstanbul, 2015, s. 203; AYDIN-ÜNVER, s. 91; KAŞAK/GÜVENÇ, s. 70.

²⁸ ACAR, Belirlilik İlkesi, s. 245.

taşınmazlardan her biri, aynı alacağın belirli bir bölümü için teminat teşkil eder²⁹. Teminat altına alınan alacak ise bütünlüğünü korur³⁰. Diğer bir deyişle, teminat altına alınan alacak tektir; ancak teminat yükü (rehin yükü) bölünmektedir³¹. Dolayısıyla alacaklıya sağlanan teminat miktarı, rehne konu birden çok taşınmaz üzerindeki rehin miktarı kadardır³². O nedenle, her bir taşınmaz alacağın bir kısmını teminat altına alır ve taşınmazların teminat yükünün toplamı alacak miktarını geemez³³.

Yukarıda da ifade edildiği üzere, TİTRK m. 5/f. 6 hükmü uyarınca birden fazla taşınır varlık üzerinde rehin hakkı kurulabileceği öngörülmüştür. TİTRK kapsamında, birden fazla taşınır varlık üzerinde rehin hakkının tesis edilmesi hâlinde, TİTRK m. 18 hükmü atfıyla TMK m. 855 hükmünün kıyasen uygulanması ile kural, birden çok taşınır üzerinde teminat yükünün paylaşılması ile oluşturulan rehin; istisna ise teminat yükü bölünmeden kurulan rehindir.

III. BİRDEN ÇOK TAŞINIR ÜZERİNDE REHİN HAKKI TESİSİ

A. Rehne Konu Taşınır Varlıkların Belirlenmesi

TİTRK uyarınca birden çok taşınır üzerinde rehin hakkının kurulması bakımından gerek teminat yükü bölünmeden gerekse teminat yükü bölünerek kurulan rehin hakkı bakımından rehne konu edilen taşınır varlıklar belirlenmelidir.

TİTRK m. 5/f.1 uyarınca “*alacaklar; çok yıllık ürün veren ağaçlar; fikri ve sınai mülkiyete konu haklar; hammadde; hayvan; her türlü kazanç ve iratlar; başka bir sicile kaydı öngörülmemen ve idari izin belgesi niteliğinde olmayan her türlü lisans ve ruhsatlar; kira gelirleri; kiracılık hakkı; makine ve teçhizat, araç, ekipman, alet, iş makinaları, elektronik haberleşme cihazları dâhil her türlü elektronik cihaz gibi menkul işletme tesisatı; sarf malzemesi; stoklar; tarımsal ürün; ticaret unvanı ve/veya işletme adı; ticarî işletme veya esnaf işletmesi, ticarî plaka ve ticarî hat; ticarî proje, vagon ile benzeri her türlü taşınır varlık ve hakkın yanı sıra sayılanlardan üçüncü kişilerin zilyetliğindeki taşınır varlık, hak ve paylı mülkiyet hakları*” Kanun kapsamında rehni mümkün olan taşınır varlıklardır.

TİTRK m. 5/f.6 hükmünde rehin hakkının, sayılan varlıklardan biri ya da birden fazlası üzerinde kurulabileceği öngörülmüştür³⁴. Tem.Yön. m. 11/f.2 hükmü uyarınca “*borç miktarının belirli olması halinde birinci fıkrada sayılan varlıklardan ancak borç miktarının tamamına ek olarak azami beşte bir oranına yetecek kadarı üzerinde rehin kurulabilir*”. Dolayısıyla, anapara rehni kurulması hâlinde, borç miktarının tamamına ek olarak azami beşte bir oranına yetecek kadar taşınır varlık üzerinde rehin hakkı kurulabileceği düzenlenmiştir³⁵. Kanunda böyle bir sınırlama olmamasına rağmen, Yönetmelik hükmü ile anapara rehni bakımından birden fazla taşınır varlık üzerinde rehin kurulması bakımından bir sınırlama getirilmiş olmaktadır³⁶.

TİTRK m. 5/f. 6 hükmünde bir ayırım yapılmaksızın TİTRK m. 5/f.1 hükmünde sayılan varlıkların biri ya da birden fazlası üzerinde rehin hakkı kurulabileceği ifade edilmiştir. Ne var ki, ticarî işletme ve esnaf işletmesi TİTRK m. 5/f. 1 hükmünde rehne konu olabilen varlıklar arasında sayılmakla birlikte TİTRK m. 5/f. 1 hükmünde varlıkların borcu karşılaması hâlinde işletmenin tamamının rehnedilmesi TİTRK m. 5/f. 2 hükmü ile yasaklanmıştır³⁷. Tem. Yön. m. 17/f.3 ayrıca

²⁹ MARCHAND, CC-CR, Art. 798, N. 12; KÖPRÜLÜ/KANETİ, s. 211; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, N. 3216; SİRMEN, s. 587; KUNTALP, Aynı Alacak, s. 267-268; SARI, s. 1003; ACAR, N. 92; ACAR, Belirlilik İlkesi, s. 244.

³⁰ KÖPRÜLÜ/KANETİ, s. 211; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, N. 3216; KUNTALP, s. 267-268; SARI, s. 1003; ACAR, Belirlilik İlkesi, s. 244.

³¹ SİRMEN, s. 587; ACAR, N. 92; KAŞAK/GÜVENÇ, s. 83.

³² KUNTALP, s. 267-268; KURŞAT, s. 399.

³³ KURŞAT, s. 399.

³⁴ Maddenin gerekçesinde, rehin hakkının belirtilen varlıklardan biri veya birden fazlası üzerine kurulabileceği düzenlenerek işletmelere rehin olarak gösterebilecekleri taşınır konusunda serbestlik tanındığı ifade edilmektedir. Bkz. <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem26/yil01/ss418.pdf> (Erişim tarihi, 7.11.2019).

³⁵ TİTRK m. 4/f. 6-b hükmü uyarınca rehinele teminat altına alınan alacak miktarı belirli ise borcu miktarı; şayet alacağın miktarı belirli değilse rehnele teminat teşkil ettiği alacağın azami miktarının sözleşmede yer alması zorunludur. Rehinele teminat altına alınan alacak miktarı belirli değilse, taraflarca azami miktar belirlenmişse üst sınır rehni söz konusu olmaktadır (SİRMEN, Sempozyum, s. 41-42; ŞENOCAK/KAHRAMAN/TUNCER-KAZANCI/ÖCAL-APAYDIN, s. 42-43).

³⁶ AKSOY, Mehmet Ali: “Yeni Bir Kurum Olarak Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni'nin Ticari İşletme Rehni ile Karşılaştırılmalı Olarak Değerlendirilmesi”, 2018/1 Ankara Barosu Dergisi, s. 74.

³⁷ ŞENOCAK/KAHRAMAN/TUNCER-KAZANCI/ÖCAL-APAYDIN, s. 93.

burada daha açık bir sınırlama getirmiştir. Buna göre “*alacağın belirli olması hâlinde, diğer taşınır varlıklardan biri ya da birden fazlasının alacak miktarının tamamına ek olarak beşte birinden fazlasını karşılıyorsa, işletmenin tamamı üzerinde rehin hakkı kurulamaz*”³⁸. Hâliyle, ticarî işletme ya da esnaf işletmesinin tamamı üzerinde rehin hakkının kurulabilmesi, ancak işletme mevcudunu oluşturan ve TİTRK m. 5 hükmünde sayılan varlıkların değerinin borcu karşılamaması hâlinde mümkündür. Ticarî işletme veya esnaf işletmesi ile birlikte diğer varlıkların aynı alacağa teminat teşkil etmek üzere rehne konu edilip edilemeyeceği hususu ise Kanunda düzenlenmemiştir. Öncelikle, TİTRK m. 5/f. 6 hükmünde ticarî işletmenin rehne konu olması bakımından getirilen sınırlama, rehin verenden çok ticarî işletmenin menfaatini korumaya yönelik gibi görünmektedir. Zira bu hâlde düşük bir borç için işletmenin tamamı üzerinde rehin hakkı kurulmasına imkân verilmemektedir³⁹. Buna karşılık, tek başına ticarî işletmenin rehnedilmesi hâlinde de kimi zaman işletmenin değeri alacağın teminat altına alınması bakımından yeterli olmayabilir. Kaldı ki, birden çok taşınır varlık üzerinde rehin hakkı kurulmasının amacı çoğunlukla yüksek miktardaki alacağa teminat sağlamaktır. O nedenle ticarî işletme ile birlikte başka varlıklar üzerinde rehin hakkı kurulması bazı hallerde zorunluluk arz edebilir. Ayrıca belirtmek gerekir ki, TİTRK m. 5/f. 6 hükmünde getirilen sınırlamadan hareketle, ticarî işletme veya esnaf işletmesi ile birlikte diğer taşınır varlıklar üzerinde de rehin hakkı kurulması hâlinde, teminat yükü bölünerek oluşturulan rehmin söz konusu olduğu kabul edilmektedir⁴⁰.

Ticarî işletme üzerinde rehin hakkı kurulduğunda, ticarî işletmenin faaliyetine tahsis edilmiş varlıkların hepsi rehmin kapsamına dâhil olmaktadır. Dolayısıyla ticarî işletmenin rehnedilmesi hâlinde işletme faaliyetine tahsis edilmiş bir varlığın münferiden ve işletmenin yanı sıra rehne konu edilmesi mümkün değildir. Ne var ki, bir kişinin ticarî işletme ile birlikte ticarî işletmenin faaliyetine tahsis edilmemiş bir taşınır ya da birden fazla taşınır varlığını rehne konu etmesi mümkün olmalıdır. Ayrıca TİTRK m. 5/f. 6 hükmü gereğince, bu hâlde işletmenin faaliyetine tahsis edilmemiş olan diğer varlıkların alacağı karşılamıyor olması da gerekmektedir.

Aynı alacağa teminat teşkil etmek üzere farklı kişilere ait taşınırlar üzerinde de rehin hakkı kurulabilir. Rehinle teminat altına alınmış olan alacağın borçlusu olmayan üçüncü kişi tacir ya da esnafın işletmesini rehnedebileceği kabul edilmektedir⁴¹. Dolayısıyla rehin verenlerden birinin ticarî işletmesini, bir diğerinin bir başka varlığı rehne konu etmesi mümkündür.

B. Teminat Yükü Bölünmeden Rehin Hakkı Kurulması(Toplu Rehin)

TİTRK uyarınca birden çok taşınır üzerinde teminat yükü bölünmeksizin rehin hakkı kurulması bakımından TMK m. 855/f. 1 hükmünün kıyasen uygulanması suretiyle, belirli koşulların bir arada bulunması gerekir. Öncelikle aynı alacak için teminat teşkil etmek üzere birden fazla taşınır rehnedilmelidir. Farklı alacaklar için taşınırların rehni bu kapsamda değerlendirilmez. Yukarıda da ifade edildiği üzere, rehin sözleşmesinde taşınırlar belirlenmiş ya da belirlenebilir olmalıdır.

İkinci olarak, taşınırlar aynı şahsa yahut borçtan müteselsilen sorumlu olanlara ait olmalıdır. Bu hâlde, rehin sözleşmesinin tarafları bakımından, TİTRK m. 3 hükmünde öngörülen sınırlamalar nazara alınmalıdır. Dolayısıyla, teminat yükü bölünmeden kurulan rehin hakkı bakımından rehinli alacaklı kredi kuruluşu ise rehin veren kredi sözleşmesinin tarafı tacir, esnaf, çiftçi, üretici örgütü, serbest meslek erbabı gerçek veya tüzel kişi olabilir. Buna karşılık, rehinli alacaklının tacir yahut esnaf olması hâlinde rehne konu taşınırların maliki tacir veya esnaf olmalıdır. Her iki hâlde de rehne konu taşınırlar aynı kişiye aitse, bu kişinin rehine teminat altına alınması amaçlanan alacağın borçlusu olması şart değildir⁴². Dolayısıyla bu hâlde, teminat altına alınan alacağın borçlusunun dışındaki üçüncü kişinin, rehin veren olarak rehin sözleşmesine taraf olması mümkündür⁴³. Rehne konu taşınırlar farklı kişilere aitse, borçtan müteselsilen sorumlu olan borçluların her biri rehin sözleşmesine taraf olmalıdır. TİTRK m. 3'deki sınırlamalar

³⁸ Yönetmelikle getirilen sınırlandırmanın, kanun koyucunun çizdiği sınırları aşması ve kanunu esnetmesi nedeniyle Yönetmelik hükmünün değiştirilmesi yönünde bkz. GÖLE,/AYDOĞAN, s. 29; ŞİT-İMAMOĞLU, s. 32-33; ARKAN, s. 144.

³⁹ ARKAN, s. 144.

⁴⁰ SİRMEN, Sempozyum, s. 46.

⁴¹ ARKAN, s. 146.

⁴² ANTALYA/ACAR, s. 32; AYTAÇ, s. 106.

⁴³ ANTALYA/ACAR, s. 30 vd. AYTAÇ, s. 106.

dâhilinde, rehinli alacaklı kredi kuruluşu yahut tacir ya da esnaf da olsa taşınırın maliki rehin verenlerin teminat altına alınan borçtan müteselsilen sorumlu olmaları gerekir⁴⁴.

Üçüncü koşul ise rehin veren ve rehinli alacaklının anlaşmasıdır. Teminat yükü bölünmeden birden çok taşınırın aynı alacak için teminat teşkil etmesi amacıyla rehin tesisi bakımından, rehin sözleşmesi taraflarının iradelerinin bu yönde uyuşması gerekmektedir⁴⁵.

Birden çok taşınmaz üzerinde teminat yükü bölünmeden rehin hakkı kurulduğu takdirde, tapu sicilinde her bir taşınmaz bakımından ayrı ayrı tescil yapılmalıdır⁴⁶. Daha önce de ifade edildiği üzere, TİTRK taşınırın sicile tescilini öngörmemektedir. TİTRK m. 4 hükmü uyarınca rehin sözleşmesinin Rehlinli Taşınır Siciline tescili ile rehin hakkı kazanıldığından, teminat yükü bölünmeden birden çok taşınır üzerinde rehin hakkı, rehin sözleşmesinin sicile tescili ile doğmaktadır⁴⁷.

Teminat bölünmeden birden fazla taşınır üzerinde rehin hakkı kazanılmışsa, rehne konu taşınırın her biri teminat altına alınan alacağın tamamı için güvence oluşturmaktadır⁴⁸. Ayrıca aynı alacağın birden çok taşınırın rehnedilmesi suretiyle teminat altına alınması amaçlandığından, taşınır arasında bir hukuki bağ oluşmaktadır⁴⁹. Söz konusu hukuki bağ, rehne konu her bir taşınırın teminat yükünün tamamına güvence teşkil etmesinden kaynaklanmaktadır. Bunun sonucu olarak, taşınırlardan birinin paraya çevrilmesi üzerine rehinli alacaklı alacağını elde etmişse, diğer taşınır üzerindeki rehin hakkı sona ermektedir⁵⁰.

C. Teminat Yükü Bölünerek Rehlin Hakkı Kurulması (Paylı Rehlin)

Birden fazla taşınır varlık üzerinde rehin tesis edilirken, şayet taraflar toplu rehni tercih etmemişlerse yahut toplu rehne ilişkin koşullar oluşmamışsa, o takdirde, TMK m. 855/f. 2 hükmü kıyasen uygulanır ve rehin yükü taşınır varlıklar üzerinde paylaşılır. Bu hâlde taşınır varlıklardan her biri, aynı alacağın belirli bir bölümü için teminat teşkil eder⁵¹. Teminat altına alınan alacak ise bütünlüğünü korur⁵². Diğer bir deyişle, teminat altına alınan alacak tektir; ancak

⁴⁴ Güvence bölünmeden birden çok taşınmazın rehne konu olması hâlinde aynı çözüm tarzı için bkz. KURŞAT, s. 405.

⁴⁵ Tarafların açıkça toplu rehni kararlaştırması gerektiği yönünde bkz. STEINAUER, N. 2665a; SCHMID-TSCHIRREN, OFK-ZGB, Art. 798, N. 9; FASEL, CHK-ZGB, Art. 798, N.5; GÜRİSOY/EREN/CANSEL, s. s. 1037; DAVRAN, s. 28; KÖPRÜLÜ/KANETİ, s. 209; KUNTALP, s. 273; NOMER/ERGÜNE, N. 596; HELVACI, s. 218; ACAR, Belirlilik İlkesi, s. 253; KAŞAK/GÜVENÇ, s.68. Buna karşılık, taraflarca rehin sözleşmesinde açıkça belirtilmese dahi, tarafların iradelerinin toplu rehni kurma yönünde olduğunun anlaşıldığı hallerde toplu rehni kurulmak istendiği yönünde bkz. KURŞAT, s. 406, dipnot, 43; ÇETİNER, s. 204; AYDIN-ÜNVER, s. 95.

⁴⁶ GÜRİSOY, s. 9. TST m. 32 hükmü uyarınca rehin ile yüklenen her bir taşınmazın sayfasında rehinler sütununa alacak miktarının tamamı yazılır ve düşünceler sütununa taşınmazın, hangi taşınmazlarla birlikte rehnedildiği belirtilerek taşınmazlar arasında hukukî bağlantı sağlanır (KÖPRÜLÜ/KANETİ, s. 292; GÜRİSOY, s. 9-10; ÇETİNER, s. 201; KURŞAT, s. s. 406; NOMER/ERGÜNE, N. 597).

⁴⁷ Ticarî İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu m.4/f.1 uyarınca “*rehin hakkı, rehin sözleşmesinin sicile tescil edilmesiyle kurulur.*” Rehlin sözleşmesinin tescil yapılmadıkça rehin hakkı kazanılmış olmaz. O nedenle tescil, kurucu etkiyi haizdir (ARKAN, s. 55; GÜRİPINAR, s. 76 ve 89; UYUMAZ, Alper: “Medenî Kanun Dışındaki Kanunlarda Düzenlenmiş Taşınır Rehni Çeşitleri”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 21, S. 4, 2017, s. 61; SİRMEN, Sempozyum, s. 32). Ticarî İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu’nda rehin sözleşmesinin tescilinden bahsedildiği ve rehin hakkının kurulmasına dönük uyuşma olmadan aynı hak kazanılmayacağından, rehin sözleşmesinin aynı sözleşme niteliğinde olduğunu kabul eden yazarlar da rehin hakkının tescil ile kazanıldığını kabul etmektedir (ANTALYA/ACAR, s. 40-41; ERGÜNE, s. 122).

⁴⁸ SCHMID-TSCHIRREN, OFK-ZGB, Art. 798, N. 2; FASEL, CHK-ZGB, Art. 798, N. 5; GÜRİSOY, s. 8; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, N. 3220; NOMER/ERGÜNE, N. 591; HELVACI, s. 212-213; ACAR, N. 96; KURŞAT, s. ÇETİNER, s. 203; AYDIN-ÜNVER, s. 91; ŞENOCAK/KAHRAMAN/TUNCER-KAZANCI/ÖCAL-APAYDIN, s. 48.

⁴⁹ Hatta güvence bölünmeksizin aynı alacağa teminat teşkil etmek üzere birden çok taşınmazın rehne konu olması hâlinde taşınmazlar arasında bir teselsül olduğu ifade edilmektedir (KURŞAT, s. 411). Taşınmazlar arasında teselsül ile ilgili olarak bkz. ACAR, Belirlilik, s. 258 vd.

⁵⁰ Güvence bölünmeksizin birden çok taşınmaz üzerinde rehin tesis edilirse, rehin hakkı tapu siciline tescil ile kurulmaktadır. Rehlin hakkının sona ermesi de kural olarak, sicilden terkin ile olmaktadır. Dolayısıyla güvence bölünmeksizin rehin tesis edilen taşınmazlardan birinin paraya çevrilmesi hâlinde rehinli alacaklı alacağının tamamını elde etmişse o takdirde diğer taşınmazlar üzerindeki rehin hakkı maddî anlamda sona ermektedir (GÜRİSOY, s. 9 ve 11; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, N. 3225; SİRMEN, 578; KURŞAT, s. 410; AYDIN-ÜNVER, s. 91).

⁵¹ SCHMID-TSCHIRREN, OFK-ZGB, Art. 798, N. 13; KÖPRÜLÜ/KANETİ, s. 211; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, N. 3216; SİRMEN, s. 587; KUNTALP, s. 267-268; SARI, s. 1003; ACAR, N. 92; ACAR, Belirlilik İlkesi, s. 244; ŞENOCAK/KAHRAMAN/TUNCER-KAZANCI/ÖCAL-APAYDIN, s. 48.

⁵² STEINAUER, N. 2666; SCHMID-TSCHIRREN, OFK-ZGB, Art. 798, N. 14; KÖPRÜLÜ/KANETİ, s. 211; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, N. 3216; KUNTALP, s. 267-268; SARI, s. 1003; ACAR, Belirlilik İlkesi, s. 244; ŞENOCAK/KAHRAMAN/TUNCER-KAZANCI/ÖCAL-APAYDIN, s. 48.

teminat yükü (rehin yükü) bölünmektedir⁵³. Dolayısıyla alacaklıya sağlanan teminat miktarı, rehne konu birden çok taşınır üzerindeki rehin miktarı kadardır⁵⁴.

Teminat yükü bölünmek suretiyle birden fazla taşınır varlık üzerinde rehin hakkı kurulması için, söz konusu varlıkların aynı kişiye ait olması yahut farklı kişilere aitse bu kişilerin rehinle teminat altına alınan borçtan müteselsilen sorumlu olmaları gerekmez. Bu rehin türünde birden fazla taşınır varlık aynı alacağa teminat teşkil etmek üzere rehnedilmekte ve fakat her biri alacağın belirli bir miktarı için güvence oluşturmaktadır⁵⁵. Diğer bir deyişle, güvence bölündüğünden her bir taşınır teminat yükünün belirli bir miktarı ile yüklü olur. Güvence bölünmeden kurulan rehin hakkından farklı olarak rehne konu olan taşınırlar arasında hukuki bir bağ oluşmaz. Dolayısıyla taşınır varlıklardan birinin paraya çevrilmesinden elde edilecek tutarın güvence miktarından az ya da fazla olması diğer taşınırlar üzerindeki rehin hakkını etkilemez⁵⁶. Zira bu rehin türünde alacaklı, rehne konu varlıkların tamamının paraya çevrilmesi hâlinde güvencenin tümünü elde etmek suretiyle alacağına kavuşmaktadır⁵⁷.

Birden fazla taşınmazın teminat yükü bölünmek suretiyle rehnedilmesi hâlinde, TMK m. 855/f. 2 hükmü uyarınca her bir taşınmazın alacağın ne kadarlık kısmı için teminat oluşturduğunun belirlenmesi gerekir. Taraflar rehin hakkı tesis edilirken, rehin yükünün nasıl paylaşılacağına karar verebilirler⁵⁸. Ancak taraflarca böyle bir belirleme yapılmamışsa, taşınmaz rehni bakımından TMK m. 855/f. 3 hükmü uyarınca tapu idaresi re'sen rehin yükünü taşınmazların her birinin değeri oranında paylaşmaktadır⁵⁹. Buna karşılık, ne TİTRK'nda ne de bu kanuna dayanılarak çıkarılan yönetmeliklerde sicil yetkilisine böyle bir görev verilmiştir⁶⁰. Dolayısıyla teminat yükü bölünmek suretiyle kurulan rehinde, teminat yükünün nasıl bölüneceği taraflarca kararlaştırılmamışsa, sicil yetkilisinin bu eksikliğin giderilmesini taraflardan istemesi uygun olacaktır.

Teminat yükü bölünmek suretiyle kurulan rehin bakımından, rehne konu taşınırlar aynı kişiye aitse, bu kişi rehin sözleşmesine taraf olur. Rehne konu taşınırların farklı kişilere ait olması hâlinde ise bu kişiler rehin sözleşmesine taraf olurlar. Her iki hâlde de sözleşmeye taraf olan rehin verenlerin, teminat altına alınan alacağın borçlusu olmaları şart değildir. Ne var ki, sözleşme tarafı

⁵³ STEINAUER, N. 2666; SCHMID-TSCHIRREN, OFK-ZGB, Art. 798, N. 14; SİRMEN, s. 587; ACAR, N. 92; ÇETİNER, s. 85; ŞENOCAK/KAHRAMAN/TUNCER-KAZANCI/ÖCAL-APAYDIN, s. 48.

⁵⁴ KUNTALP, s. 267-268; KURŞAT, s. 399; ŞENOCAK/KAHRAMAN/TUNCER-KAZANCI/ÖCAL-APAYDIN, s. 48.

⁵⁵ Güvence bölünerek birden fazla taşınmaz üzerinde rehin hakkı kurulması ile ilgili olarak bkz. NOMER/ERGÜNE, N. 589; ACAR, Belirlilik İlkesi, s. 245; AYDIN-ÜNVER, s. 88

⁵⁶ Güvence bölünerek birden fazla taşınmaz üzerinde rehin hakkı kurulması hâlinde her bir taşınmaz üzerinde aynı rehin hakkı olduğu ve bunun doğal sonucu olduğu yönünde bkz. NOMER/ERGÜNE, N. 589

⁵⁷ Taşınmaz rehni bakımından bkz. GÜRSOY, s. 21.

⁵⁸ DAVRAN, s. 27; GÜRSOY, s. 19; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, N. 3216; SİRMEN, s. 587; NOMER/ERGÜNE, N. 590; KUNTALP, s. 268; ACAR, N. 92; ACAR, Belirlilik İlkesi, s. 245-246; ŞENOCAK/KAHRAMAN/TUNCER-KAZANCI/ÖCAL-APAYDIN, s. 48-49.

⁵⁹ Uygulamada tapu kütüğünde taşınmazların gerçek değeri belirtilmediğinden hükmün uygulama kabiliyeti olmadığı yönünde bkz. NOMER/ERGÜNE, N. 590. Tapu kütüğünde taşınmazın değerine ilişkin bir kayıt bulunmadığından tapu memurunun teminat yükünün paylaşılması yönünde anlaşmaya varamamış olan taraflardan taşınmazların değerlerini kendisine bildirmelerini talep etmesi gerektiği, aksi halde tapu memurunun istemi reddetmesi yönünde bkz. KÖPRÜLÜ/KANETİ, s. 295; SİRMEN, s. 588. Ayrıca tapu uygulamasında rehin sözleşmesi ile tescil talebi bir arada ve aynı zamanda olduğu için, rehin sözleşmesinde teminat yükünün nasıl paylaşılacağına belirtilmemiş olmasının mümkün olmadığı yönünde bkz. KUNTALP, s. 270. Dolayısıyla paylaşımın yapılması bakımından son çare olarak mahkemeye başvurulması yönünde bkz. KUNTALP, s. 270; ACAR, Belirlilik İlkesi, s. 247, dipnot 730.

⁶⁰ Tapu Sicil Tüzüğü m. 32/f.1-c hükmü şu şekildedir: “Müşterek ve/veya müteselsil borç durumu söz konusu olmaksızın aynı alacak için birden çok kişiye ait taşınmaz veya pay rehnedilirse; taşınmaz veya paylardan her birinin bu alacağın belli bir kısmı için rehin edilmesi gerekir. İlgili taşınmazların kütük sayfaları rehin sütununa, rehin miktarından taşınmaza isabet eden miktarı tescil edilir. Her bir taşınmaz veya payın ne miktar için rehnedildiği belirtilmezse istem reddedilir”. Dolayısıyla teminat yükü bölünerek birden çok taşınmaz üzerinde rehin hakkı kurulması talebinde rehin yükünün paylaşılmamış olması hâlinde, rehin tesisi isteminin reddedileceği düzenlenmiştir.

Rehlinli Taşınır Sicili Yönetmeliği m. 9'da sicil yetkilisinin görevleri sayılmıştır. Bu görevlerden bazıları şunlardır: “Rehin sözleşmelerinin tescil, değişiklik, terkin ile diğer tescil talepleri ile ilgililer tarafından yapılan bildirimlerin alınmasını sağlamak; rehin işlemlerine ilişkin taleplerin mevzuata uygunluğunu incelemek; rehin işlemlerine ilişkin taleplerdeki hata ve eksikliklerin giderilmesini sağlamak; gerekli şartları taşınması hâlinde talepleri Sicile tescil etmek; mahkemelerce verilen tescil, değişiklik veya terkin kararlarını tescil etmek; rehin işlemlerine ilişkin taleplerin tescili hâlinde gerekli belgelerin tanzim edilerek rehin taraflarına iletilmesini sağlamak; rehin işlemlerine ilişkin taleplerin reddedilmesi hâlinde sebeplerini rehin taraflarına bildirmek; sicil kayıtlarına esas belgelerin saklanması sağlamak; fiziki ve elektronik ortamdaki her türlü belge ve kayıtların doğruluğu ile güvenliğini sağlamak”.

olacak rehin veren veya rehin verenlerin TİTRK m. 3 hükmünde sözleşmeye taraf olma yönünden aranan nitelikleri haiz olmaları gerekir.

IV. BİRDEN FAZLA TAŞINIR ÜZERİNDE REHİN HAKKI KURULDUKTAN SONRAKİ DEĞİŞİKLİKLERİN REHİN HAKKINA ETKİSİ

A. Rehınle Teminat Altına Alınan Alacağın Devri

Rehinle teminat altına alınan alacak, TBK m. 183 hükmü gereğince rehinli alacaklı tarafından üçüncü bir kişiye devredilebilir. Bu hâlde, TBK m. 189/f. 1 hükmü uyarınca alacağa bağlı haklar da devralana geçmektedir⁶¹. TİTRK m. 12/f. 6 hükmü uyarınca alacağın devrini Sicile tescil ettirmekle rehin veren yükümlü kılınmıştır⁶².

Yukarıda da ifade edildiği üzere, TİTRK m. 3 hükmünde rehin sözleşmesine taraf olacak kişiler belirlenmiştir. Rehınli alacaklının rehinle teminat altına alınmış olan alacağı, TİTRK m. 3 hükmünde belirtilenlerin dışında üçüncü bir kişiye devretmesi hâlinde, hukuki kaderi alacağa bağlı olan rehin hakkı da alacağı devralana geçer⁶³. Ne var ki, teminat yükü bölünmeden birden fazla taşınır üzerinde rehin hakkı kurulduktan sonra rehin alacaklısı, alacağı farklı kişilere devredemez⁶⁴. Diğer bir deyişle, teminat yükü bölünmeksizin kurulan rehinde alacaklının, alacağın tamamını devretme zorunluluğu vardır. Ancak bu hâlde alacakla birlikte rehin hakkı da devralana geçer.

Teminat yükü bölünmek suretiyle rehin hakkı kurulduktan sonra ise rehinli alacaklının alacağın tamamını devretme zorunluluğu yoktur⁶⁵. Başka bir anlatımla, rehinli alacaklının, dilediği taşınır üzerindeki rehin hakkının teminat altına aldığı alacak miktarını devretmesi mümkündür⁶⁶. Bu hâlde, devredilen alacak miktarı üzerindeki rehin hakkı TBK m. 189/f. 1 hükmü gereğince kendiliğinden devralana geçmektedir.

B. Rehne Konu Taşınır Varlığın Devri

Rehin hakkının varlığı, rehin verenin taşınır üzerindeki ve rehin alanın da alacak üzerindeki tasarruf yetkisini kısıtlamaz. Rehın verenin taşınırı ve rehin alacaklısının da alacağını üçüncü kişiye devretmesi mümkündür⁶⁷. TİTRK m. 12/f. 6 hükmü uyarınca rehin veren, rehinli taşınır varlığın devrini Sicile tescil ettirmekle yükümlüdür⁶⁸. Zira rehin konusu taşınır varlık, sicil dışında devredilmektedir⁶⁹.

Yukarıda ifade edildiği üzere TİTRK uyarınca rehin hakkının kazanılması bakımından taşınırın teslimine ihtiyaç duyulmaz, zira TİTRK m. 3 uyarınca rehin hakkı rehin sözleşmesinin sicile tescili ile kazanılmaktadır. Sicile tescil aynı zamanda aleniyet işlevini yerine getirmektedir⁷⁰. TİTRK uyarınca taşınır üzerinde rehin hakkı tesis edildiğinde, rehin alan rehin konusu taşınırın rehin amacıyla dolaylı zilyetliğini kazanır. Rehın veren/rehin verenlerin ise taşınır üzerinde doğrudan zilyetliği devam eder⁷¹. Rehın veren veya rehin verenlerin rehin konusu taşınırı üçüncü kişiye devri, zilyetliğinin devri suretiyle gerçekleşir⁷². Diğer varlıklar bakımından ise gerekli görülen işlemler yerine getirilerek devir gerçekleşmektedir. Üzerinde rehin hakkı kazanılmış olan varlığın devredilmesi hâlinde rehin hakkı sona ermez ve fakat rehin hakkı ile yüklü olarak varlık devredilmiş olacaktır⁷³.

⁶¹ Bu konudaki ayrıntılı değerlendirmeler için bkz. ANTALYA/ACAR, s. 35-37.

⁶² Buradaki bildirim zorunluluğunun aynı hakkın akıbeti bakımından değil; ancak TİTRK m. 12 hükmündeki hak ve yetkilerin kullanılması bakımından getirilmiş olduğu yönünde bkz. ANTALYA/ACAR, s. 138, dipnot 207 ve s. 140. Tescilin açıklayıcı nitelikte olduğu yönünde bkz. GÜRPINAR, Tapu Sicili, s. 76.

⁶³ ANTALYA/ACAR, s. 35-36; AYTAÇ, s. 111; ARKAN, Sempozyum, s. 145.

⁶⁴ FAŞEL, CHK-ZGB, Art. 798, N. 6; HELVACI, s. 213; KAŞAK/GÜVENÇ, s. 70.

⁶⁵ KAŞAK/GÜVENÇ, s. 83.

⁶⁶ KAŞAK/GÜVENÇ, s. 83.

⁶⁷ ŞİT-İMAMOĞLU, s. 20; AYTAÇ, s. 111.

⁶⁸ Buradaki bildirim zorunluluğunun aynı hakkın akıbeti bakımından değil; ancak TİTRK m. 12 hükmündeki hak ve yetkilerin kullanılması bakımından getirilmiş olduğu yönünde bkz. ANTALYA/ACAR, s. 138, dipnot 207 ve s. 140.

⁶⁹ GÜRPINAR, Tapu Sicili, s. 76.

⁷⁰ ANTALYA/ACAR, s. 33.

⁷¹ ANTALYA/ACAR, s. 135.

⁷² ANTALYA/ACAR, s. 33.

⁷³ Rehın hakkının herkese ileri sürülebilen bir aynı hak olması nedeniyle bu sonuca varılmaktadır. Kaldı ki, TİTRK m. 4/f.7 hükmünde rehin sözleşmesinde yer alan ve rehin verenin rehin konusu üzerinde tasarruf yetkisini kısıtlayan kayıtların hükümsüz olduğu ifade edilmiştir (ANTALYA/ACAR, s. 137).

Teminat yükü bölünmeden rehin hakkının kurulmuş olması hâlinde, üzerinde rehin hakkı kurulan varlıklar aynı kişiye aitse, bu varlıklardan hepsinin üçüncü kişiye devri rehin hakkını sona erdirmez. Devredilen varlıklar alacağın tamamına teminat teşkil etmeye devam eder. Güvence bölünmeden kurulan rehne konu varlıklar farklı kişilere aitse ve rehin hakkı kazanıldıktan sonra söz konusu varlıklardan biri rehinle teminat altına alınmış borçtan müteselsilen sorumlu olanlardan birine devredilmişse, yine devredilen taşınır varlık alacağın tamamına teminat teşkil etmeye devam eder. Her iki hâlde de, teminat yükü bölünmeden oluşturulan rehin hakkına ilişkin koşullar devam etmektedir⁷⁴. Ne var ki, teminat yükü bölünmeden üzerinde rehin hakkı kazanılmış olan ve aynı kişiye ait varlıklardan birinin üçüncü bir kişiye devri yahut teminat altına alınan borçtan sorumlu olmayan birine devri hâlinde teminat yükü rehin konusu varlıklar üzerinde paylaşılmalıdır⁷⁵.

Teminat yükü bölünmek suretiyle rehin hakkı kurulduktan sonra rehne konu taşınır varlıklardan biri ya da birkaçının üçüncü bir kişiye devri, rehin hakkını sona erdirmez. Bu hâlde, devredilen taşınır varlık ya da varlıklar rehinle yüklü olarak devralana geçmektedir.

C. Rehne Konu Taşınırın Üretim Sürecinde Kullanılması

Yukarıda da ifade edildiği üzere TİTRK, sicilli rehin sistemi getirmek suretiyle rehne konu taşınırın zilyetliğinin rehin verende kalmasına imkân tanımaktadır⁷⁶. Bu suretle, taşınır varlık üzerinde rehin hakkı kurulduktan sonra dahi rehin veren rehne konu taşınırını kullanabilmektedir⁷⁷. Ne var ki, rehin verenin bu kullanım hakkının sınırını TİTRK m. 12 hükmü teşkil etmektedir⁷⁸. TİTRK m. 12/f. 2 hükmü uyarınca zilyet, rehinli taşınırın değerini koruyacak gerekli tedbirleri almakla yükümlüdür.

7099 Sayılı Kanun’la değişiklik yapılan TİTRK m. 7/f. 2 hükmünde, bir üretim sürecinin kullanıldığı taşınır varlıklarla birlikte rehnedilmesi hâlinde rehlin, üretim sürecinde ve sonucunda gerçekleşecek olan “*alacak*” üzerinde aynı oranda ve sırada kendiliğinden tesis edilmiş sayıldığı düzenlenmiştir. Anılan hükümde üretim sürecinin rehni ifadesi kullanılmış olsa da böyle bir rehin söz konusu olamayacağından, hükümde üretim sürecine konu olan bir taşınırın rehnedilmesi hâlinin ifade edilmek istendiği kabul edilmektedir⁷⁹. Bu doğrultuda bir üretim sürecinde kullanılan taşınırın rehnedilmesi hâlinde, üretim süreci sonucunda meydana gelecek varlık üzerinde rehin tesis edilmiş olmaz ve fakat üretim sürecinin her aşamasında veya üretim sürecinin sonunda rehinli taşınırın yerini alan *alacak* üzerinde rehin aynı oranda ve sırada kendiliğinden kurulmuş sayılır (Tem.Yön. m. 15/f. 3).

TİTRK m. 7/f. 1 hükmünde ise taşınır varlığın ikamesi malların, taşınır varlık ile birlikte doğrudan rehlin kapsamında olduğu düzenlenmiştir. Tem.Yön. m. 15/f. 4 hükmünde, rehinli taşınır varlıkların ikamesinin, başka bir işleme gerek olmaksızın, rehlin kapsamına dâhil olduğu düzenlenmiştir. Bu düzenleme kapsamında, kanun koyucu aynı ikame ilkesini benimsemiştir⁸⁰. Eşya birliğinin teslimli taşınır rehinine konu edilmesi hâlinde, taraflar rehin sözleşmesinde aynı ikameyi kararlaştırmış ise, eşya birliğine sonradan girecek taşınır rehin kapsamına girmekte; birlikten çıkan taşınır ise rehin verene iade edilmektedir⁸¹. Aynı ikame ilkesinin sicilli taşınır rehni bakımından, rehne konu taşınırın gerek yerine geçen gerekse dönüştüğü taşınırın

⁷⁴ Güvence bölünmeden birden fazla taşınmazın rehnedilmesi bakımından konu ile ilgili değerlendirmeler için bkz. ÖZER, M. Tolga: Taşınmazların Birlikte Rehni (Aynı Alacağı Teminat Altına Almak İçin Birden Fazla Taşınmazın Rehni), İstanbul, 2015, s. 71.

⁷⁵ Güvence bölünmeden birden fazla taşınmaz üzerinde rehin hakkı kazanıldıktan sonra koşulların değişmesi hâlinde TMK m. 889/f.1 hükmü uyarınca sorun çözülmeli ve bu doğrultuda güvence bölünmeden kurulan rehin hakkı sona erdiğinden taşınmazlar üzerindeki teminat yükü taraflarca bölünmeli, taraflar arasında böyle bir anlaşmaya varılamaması hâlinde tapu idaresi tarafından teminat yükünün taşınmazlar üzerinde paylaşılmalıdır (KUNTALP, s. 281 vd.; GÜRSOY, s. 17; HELVACI, s. 313 vd.; KURŞAT, s. 415; ACAR, Belirlilik İlkesi, s. 248; ÖZER, s. 71; KAŞAK/GÜVENÇ, s. 79).

⁷⁶ KIRCA, Çiğdem: “*Ticari İşlemlerde Taşınır Rehinde Sıra*”, Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Sempozyumu (Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi), 16 Şubat 2018, Ankara, 2018, 159; OKTAY-ÖZDEMİR, s. 53; ACAR, Faruk: “*Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Bakımından Rehni Alanın ve Rehni Vereninin Hak ve Yükümlülüklerine Kısa Bir Bakış*”, Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Sempozyumu (Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi), 16 Şubat 2018, Ankara, s. 194.

⁷⁷ ACAR, Sempozyum, s. 194.

⁷⁸ OKTAY-ÖZDEMİR, s. 72; ACAR, Sempozyum, s. 194-195.

⁷⁹ SİRMEN, Sempozyum, s. 35; OKTAY-ÖZDEMİR, s. 82.

⁸⁰ SİRMEN, Sempozyum, s. 34; OKTAY-ÖZDEMİR, s. 71.

⁸¹ OKTAY-ÖZDEMİR, s. 71.

rehnin kapsamında değerlendirilmesi yönünde etkisi olduğu kabul edilmektedir⁸². Nitekim TİTRK m. 7/f.1 hükmü, rehin hakkı kazanıldıktan sonra taşınır varlığın ikamesi olan taşınır varlığın doğrudan, başkaca işleme gerek olmaksızın, rehin kapsamına gireceğini düzenleme altına almıştır.

TİTRK m. 7/f. 1 ve f.2 hükmündeki düzenlemeler, özellikle hammadde, stok ve sarf malzemesi gibi işletmenin dönen malvarlığı değerlerinin rehne konu olmasına çözüm bulmayı amaçlar niteliktedir⁸³. Bu doğrultuda, üzerinde rehin hakkı kazanılmış olan birden çok taşınır varlıktan birinin üretim sürecinde kullanılan söz konusu dönen malvarlığı değerlerinden biri olması hâlinde iki ihtimal dikkate alınmalıdır. TİTRK m. 7/f. 2 hükmündeki ihtimal dâhilinde, üzerinde rehin hakkı kazanılmış olan taşınır varlığın üretim sürecinde kullanılması ile üretim süreci devam ederken ortaya çıkan yarı mamul yahut üretim süreci sonundaki mamulün hukuki işleme konu edilmesi karşılığında elde edilen bedel alacağı üzerinde rehin hakkı kendiliğinden devam eder⁸⁴. İkinci olarak TİTRK m. 7/f. 1 hükmünde ifade edilen ihtimal dâhilinde, üretim sürecinde kullanılan taşınır varlık rehne konu edilmişse, üretim sürecinin her aşamasında ve sonucunda rehne konu varlığın yerine geçen ikame mal rehin kapsamına dâhil olur⁸⁵. Diğer bir deyişle, ikame varlık üzerinde rehin hakkı devam edecektir.

D. Rehne Konu Taşınır Varlığın Tüketilmesi, Yok Olması veya Rehne Konu Hakkın Sona Ermesi

Birden fazla taşınır üzerinde rehin hakkı üzerinde rehin hakkı kazanıldıktan sonra, bu taşınırlardan birinin ya da birden fazlasının tüketilmesi veya yok olması hâlinde, rehin hakkının akıbeti de belirlenmelidir. Örneğin, rehne konu taşınır varlığın sarf malzemesi olması hâlinde tüketilmesi, marka olması hâlinde hakkın sona ermesi söz konusu olabilir. Rehne konu taşınır varlığın maddi varlığı olan bir taşınır olması hâlinde ise yok olmasından bahsedilir. Münferiden rehne konu olan bir taşınırın yok olması, sarf malzemesinin tüketilmesi yahut rehne konu marka hakkının sona ermesi hâlinde, rehin hakkı da sona erer.

Teminat yükü bölünmeden birden çok taşınır üzerinde rehin hakkı kazanıldıktan sonra rehne konu taşınırlardan birinin yok olması, sarf malzemesinin tüketilmesi yahut rehne konu olan marka hakkının sona ermesi hâlinde, diğer taşınırların her biri rehin yükünün tamamı için teminat teşkil ettiğinden rehinli alacaklının bir zararı söz konusu olmaz. Ne var ki, teminat yükü bölünerek rehin hakkı kurulmuşsa rehne konu taşınırlardan birinin yok olması, sarf malzemesinin tüketilmesi yahut marka hakkının sona ermesi hâlinde söz konusu taşınır üzerindeki rehin hakkı sona ereceğinden, teminat yükü üzerinde rehin hakkı sona eren taşınırın üzerindeki rehin yükü oranında azalacaktır.

TİTRK’nda teslimsiz bir taşınır rehni rejimi benimsendiğinden, alacağın güvencesi olan taşınır malın değerinde yaşanabilecek düşüşler, rehin alacaklısının aleyhine olacak; buna karşın alacaklı, malın zilyetliğine sahip olmadığı için bu değer düşüşlerini önleme imkânından yoksun kalacaktır. İşte bu nedenle, kanun koyucu, rehinli malı elinde tutmaya devam eden zilyedi (rehin vereni), rehinli taşınırın değerini koruyacak gerekli tedbirleri almakla yükümlü kılmıştır. Buna rağmen malın zilyedi, rehinli taşınırın değerini düşüren davranışlarda bulunursa; alacaklı, kanunun kendisine verdiği yetkiyi kullanarak hâkimden bu gibi davranışları yasaklamasını isteyebilir. Alacaklıya, gerekli önlemleri almak üzere hâkim tarafından yetki verilebileceği gibi; gecikmesinde tehlike bulunan hâllerde alacaklı, böyle bir yetki verilmeden de gerekli önlemleri kendiliğinden alabilir (TİTRK m. 12/f. 2). Hakları zarar görenler önlem için yapmış olduğu giderlerin tazminini zarara sebep olanlardan isteyebilir (TİTRK m. 12/f. 3).

Rehin alacaklısı, rehin veren ya da üçüncü bir kişinin zilyetliğinde bulunan rehne konu taşınır varlığı denetleme hakkına sahiptir (TİTRK m. 12/f. 4). Ayrıca, rehin veren, rehin konusu taşınır varlıkların değerini rehin alacaklısı aleyhine azaltan tasarruflarından doğan zararları tazmin etmekle yükümlüdür (TİTRK m. 12/f. 5).

⁸² AESCHLIMANN, Lionel/ FOËX Bénédicte: “Sûretés Mobilières: Limites et Réforme Du Droit Suisse”, Journée 2005 de droit bancaire et financier, (Éditeurs: Luc Thévenoz, Christian Bovet), Schulthess Juristische Medien AG 2006, s. 33; OKTAY-ÖZDEMİR, s. 71.

⁸³ ÖCAL-APAYDIN, s. 100.

⁸⁴ SİRMEN, Sempozyum, s. 35.

⁸⁵ SİRMEN, Sempozyum, s. 35.

Üzerinde birden rehin hakkı kazanıldıktan sonra rehne konu varlığın tüketilmesi yahut hakkın sona ermesi ya da taşınır varlığın yok olması nedeniyle rehlin paraya çevrilmesi aşamasında rehinli alacaklının taşıdığı risk rehne konu taşınırın sigorta ettirilmesi ile aşılabılır. Bu suretle elden çıkarılan, tamamen tüketilen yahut yok olan taşınırın ya da sona eren hakkın yerine geçen kaim değer TİTRK m. 7/f. 1 hükmü uyarınca doğrudan rehlin kapsamında olmaktadır⁸⁶.

V. SONUÇ

Türk Medeni Kanunu'nda taşınırlar üzerinde rehin hakkının kazanılması bakımından kural, teslimine bağlı taşınır rehnidir. Zira TMK m. 939/f.1 hükmü uyarınca kanunda öngörülen ayrık durumlar dışında taşınırlar, ancak zilyetliğin alacaklıya devri suretiyle rehne konu olabilir. TİTRK'nda benimsenen sicilli rehin rejimi de ayrık durumlardan biridir. 7099 sayılı Kanun ile değişiklik yapılmadan önce, TİTRK m. 18 hükmünde Türk Medeni Kanunu'nun taşınır rehni hükümlerine atıf yapılmaktayken, 7099 sayılı Kanun'la yapılan değişiklik sonrası atıf hükmü Türk Medeni Kanunu'nun taşınmaz rehni hükümleri olarak değiştirilmiştir. Nitekim Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu'nda sicilli bir rehin rejimi benimsenmesi sayesinde sabit dereceler sistemine göre rehin hakkının kazanılabilmesi, üst sınır rehni kurulabilmesi gibi imkânlar tanındığından bu Kanun kapsamındaki rehin daha çok taşınmaz rehni ile benzerlikler taşımaktadır. Dolayısıyla, bünyesine uygun düştüğü ölçüde Türk Medeni Kanunu'nun taşınmaz rehne ilişkin hükümleri, Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu kapsamındaki taşınır rehni bakımından uygulama alanı bulacaktır.

Teslimli taşınır rehninde birden fazla taşınır üzerinde rehin hakkının kazanılması mümkündür. Ne var ki, TMK m. 944 teslimli taşınır rehni bakımından kural teminat yükü bölünmeden kurulan rehin, istisna ise teminat yükü bölünerek kurulan rehnidir. Taşınmaz rehni bakımından ise TMK m. 855 hükmü uyarınca birden çok taşınmazın aynı alacağa teminat teşkil etmesi hâlinde teminat yükü bölünerek kurulan rehin kural, teminat yükü bölünmeden kurulan rehin istisnadır. TİTRK kapsamında birden çok taşınır varlık üzerinde rehin kurulması hâlinde sicilli bir rehin rejimi benimsendiğinden taşınır eşyanın alacaklıya teslimi gerekmez. Ayrıca TİTRK m. 5/f.1 hükmünde rehne konu edilebilecek varlıklar arasında taşınır eşya hükmünde olmayan alacaklar, haklar ve işletme de bulunmaktadır. Dolayısıyla rehinli taşınırın zilyetliğinin alacaklıya devri mantığına uygun olarak birden çok taşınırın rehnedilmesi hâlinde teminat yükü bölünmeden her bir taşınırın alacağın tamamına teminat teşkil etmesi şeklindeki anlayışın kural olarak benimsenmesi, TİTRK uyarınca kurulan rehinler bakımından isabetli olmayacaktır. Nitekim TİTRK m. 18 hükmü atfıyla TMK m. 855 hükmünün kıyasen uygulanması sonucunda TİTRK kapsamında birden fazla taşınırın rehne konu olması hâlinde teminat yükü bölünerek kurulan rehlin kural, teminat yükü bölünmeden kurulan rehne ise istisna olduğunu kabul etmek bu rehin türünün yapısına daha uygun olacaktır.

Birden çok taşınır üzerinde rehin hakkı kurulması bakımından ayrıca TİTRK kapsamındaki sınırlamalar da dikkate alınmalıdır. Öncelikle, rehin sözleşmesinin tarafları TİTRK m. 3 hükmü uyarınca belirlenmelidir. Buna göre rehinli alacaklı kredi kuruluşu ise rehin veren kredi sözleşmesinin tarafı tacir, esnaf, çiftçi, üretici örgütü, serbest meslek erbabı gerçek veya tüzel kişi olabilir. Rehlinli alacaklının tacir yahut esnaf olması hâlinde ise rehin sözleşmesinin tarafı tacir veya esnaf olmalıdır. İkinci olarak ticari işletme ya da esnaf işletmesinin, başka taşınır varlıklarla birlikte rehnedilmesi hâlinde taraflar, koşulları bulunsa dahi teminat yükü bölünmeden rehin hakkı tesis edemezler. Zira TİTRK m.5/f.1 hükmünde ifade edilen varlıkların borcu karşılama hâlinde TİTRK m.5/f.2 hükmü ile işletmenin tamamının rehne konu edilmesinin yasaklanması, işletmenin tamamı ile işletmenin faaliyetine tahsis edilmemiş olan taşınırların her birinin alacağın tamamına teminat teşkil etmek üzere rehnedilmesine engel teşkil eder. Ayrıca Tem.Yön. m. 11/f.2 hükmünde, ana para rehni kurulması hâlinde alacağın miktarının tamamına ek olarak azami beşte bir oranına yetecek kadar taşınır varlık üzerinde rehin hakkı kurulabileceği düzenlenmiştir. Bu suretle taşınırla varlıklar arasında fark gözetilmeksizin, birden fazla taşınırın anapara rehne konu olması bakımından Kanun'da yer almayan bir sınırlama getirilmiştir.

Teslimli taşınır rehninden farklı olarak, TİTRK kapsamında sicilli taşınır rehni rejimi benimsenmesinin sonucu olarak taşınır eşya ise dolaysız zilyetliği rehin verende kalmaktadır.

⁸⁶ Özellikle sarf malzemesi ile ilgili değerlendirmeler için bkz. ÖCAL-APAYDIN, s. 102.

Dolayısıyla rehin veren rehin hakkı kurulduktan sonra taşınır varlık üzerinde tasarrufla bulunabilmektedir. Taşınmaz rehninde de rehin verenin taşınmaz üzerinde tasarrufla bulunması mümkündür. Ne var ki, taşınmazlar tapu sicilinde kayıtlı olduğundan taşınmazlara ilişkin her türlü işlemin tapuda yapılması gerekir. TİTRK uyarınca rehin hakkı kurulduktan sonra rehin konusu taşınır varlığın devri ise sicil dışında gerçekleşmektedir. Bu hâlde rehin verene rehinli varlığın devrini Sicile bildirmekle yükümlü kılınmıştır.

Üzerinde rehin hakkı kurulan taşınır varlıklardan biri ya da birden fazlasının hammadde, stok, sarf malzemesi gibi işletmenin dönen malvarlığında yer alan değerlerden biri olması hâlinde, Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu'nda Türk Medeni Kanunu'nda bulunmayan birtakım imkânlar getirilmiştir. Rehlin verenin üzerinde rehin hakkı kazanılmış olan birden çok taşınır varlıktan birini üretim sürecinde kullanması hâlinde, TİTRK m. 7/f.2 hükmündeki ihtimal dâhilinde, üzerinde rehin hakkı kazanılmış olan taşınır varlığın üretim sürecinde kullanılması ile üretim süreci devam ederken ortaya çıkan yarı mamul yahut üretim süreci sonundaki mamulün hukuki işleme konu edilmesi karşılığında elde edilen bedel alacağı üzerinde rehin hakkı kendiliğinden devam eder. TİTRK m. 7/f.1 hükmünde ifade edilen ihtimal dâhilinde ise üretim sürecinde kullanılan taşınır varlık rehne konu edilmişse, üretim sürecinin her aşamasında ve sonucunda rehne konu varlığın yerine geçen ikame varlık üzerinde rehin hakkı devam edecektir.

Rehin hakkı kurulduktan sonra, rehin konusu taşınır yok olduğu yahut hak sona erdiği takdirde rehin hakkı da sona erer. Teminat yükü bölünmeden birden çok taşınır üzerinde rehin hakkı kazanıldıktan sonra rehne konu taşınırlardan birinin yok olması, sarf malzemesinin tüketilmesi yahut rehne konu olan marka gibi bir hakkın sona ermesi hâlinde, diğer taşınırların her biri rehin yükünün tamamı için teminat teşkil ettiğinden rehinli alacaklının bir zararı söz konusu olmaz. Buna karşılık, teminat yükü bölünerek rehin hakkı kurulmuşsa rehne konu taşınırlardan birinin yok olması, sarf malzemesinin tüketilmesi yahut marka hakkının sona ermesi hâlinde söz konusu taşınır üzerindeki rehin hakkı sona ereceğinden, teminat yükü üzerinde rehin hakkı sona eren taşınırın üzerindeki rehin yükü oranında azalacaktır. Bu hâlde TİTRK m. 12 hükmünde düzenlenen ve rehinli alacaklıyı koruyan imkânlar kullanılabilir.

KAYNAKÇA

- ACAR, Faruk: *Rehin Hukukunda Taşınmaz Kavramı ve Özellikle Belirlilik İlkesi*, Tıpkı 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2017 [Belirlilik İlkesi].
- ACAR, Faruk: *Rehin Hukuku Dersleri*, 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2017.
- ACAR, Faruk: "Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Bakımından Rehlin Alanın ve Rehlin Vereninin Hak ve Yükümlülüklerine Kısa Bir Bakış", *Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Sempozyumu* (Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi), 16 Şubat 2018, Ankara, s. 191-199 [Sempozyum].
- AESCHLIMANN, Lionel/ FOËX Bénédict: "Sûretés Mobilières: Limites et Réforme Du Droit Suisse", *Journée 2005 de droit bancaire et financier*, (Éditeurs: Luc Thévenoz, Christian Bovet), Schulthess Juristische Medien AG 2006, s. 17-38.
- AKINTÜRK, Turgut: *Eşya Hukuku*, İstanbul 2009.
- AKSOY, Mehmet Ali: "Yeni Bir Kurum Olarak Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni'nin Ticari İşletme Rehni ile Karşılaştırılmalı Olarak Değerlendirilmesi", 2018/1 *Ankara Barosu Dergisi*, s. 53-90.
- ANTALYA, Gökhan/ACAR, Faruk: *Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni*, 2. Bası, İstanbul 2017.
- ARKAN, Sabih: *Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu Açısından Ticari İşletmenin Rehni, Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Sempozyumu* (Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi), 16 Şubat 2018, Ankara, 2018, s. 141-157.
- AYDIN-ÜNVER, Tülay: *Birden Fazla Taşınmaz Üzerinde Toplu Rehlin Kurulması, Medeni Hukuk Alanındaki Güncel Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi Sempozyumları*, C. I, *Eşya Hukuku*, 20 Ekim 2016 (Editörler: Tufan Ögüz /Baki İlkay Engin), İstanbul 2017.
- AYTAÇ, Zühtü: "Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kapsamında Taraflar", *Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Sempozyumu* (Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi), 16 Şubat 2018, Ankara, 2018, s. 85-117.
- CANSEL, Erol: *Türk Menkul Rehni Hukuku*, Cilt I, *Teslim Şartlı Menkul Rehni*, Ankara

- Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Sevinç Matbaası, Ankara 1967.
- ÇETİNER, Bilgehan: Taşınmaz Teminatı, İstanbul 2015
- DAVRAN, Bülent: Rehin Hukuku Dersleri, İstanbul 1972.
- ERGÜNE, Mehmet Serkan: “Ticarî İşlemlerde Taşınır Rehninin Kuruluşu”, Ticarî İşlemlerde Taşınır Rehni Sempozyumu (Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi), 16 Şubat 2018, Ankara, 2018, s. 117-124.
- ERTAŞ, Şeref: Eşya Hukuku, İzmir 2014.
- ERTEN, M.Ali: “Ticari İşlemlerde Taşınır Rehninde Teminatın Taşınır Varlık Yönünden Kapsamı”, Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Sempozyumu (Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi), 16 Şubat 2018, Ankara, s. 181-191.
- ESENER Turhan/GÜVEN Kudret: Eşya Hukuku, Ankara 2017.
- FASEL, Urs: Sachenrecht Art. 641-977 ZGB, CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, (Herausgeber: Peter Breitschmid, Alexandra Jungo), Schulthess Juristische Medien AG 2016 [CHK-ZGB].
- FOËX, Benedict: Le contrat de gage mobilier, Collection Genevoise, Faculté de Droit de Genève, Helbing & Lichtenhahn, Bâle et Francfort-sur-le-Main 1997, N. 573 [Gage mobilier].
- FOËX, Bénédict: Commentaire Romand, Code Civil II, Art. 457-977, Art. 1-61 Tit. Fin. CC, édité par Pascal Pichonnaz/Bénédict Foëx/ Denis Piotet, Helbing & Lichtenhahn, Bâle 2016. [CR-CC].
- GÖLE, Celal/AYDOĞAN, Gökhan: Ticarî İşlemlerde Taşınır Rehni Kanununun Ticaret Hukuku Açısından Değerlendirilmesi, BATIDER, C. 33, Sa. 1, Yıl 2017, s.5-51.
- GÜRPINAR, Damla: “Ticarî İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu Uyarınca Kurulmuş Olan Rehinli Taşınır Siclinin Tapu Sicili ile Karşılaştırılmalı Olarak İncelenmesi, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 19, S. 2, 2017, s. 61-102.
- GÜRPINAR, Damla: “Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu Uyarınca Kurulmuş Olan Rehinli Taşınır Siclinin Tapu Sicili ile Karşılaştırılmalı Olarak İncelenmesi, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 19, S. 2, 2017, s. 61-102 [Tapu Sicili].
- GÜRSOY, Kemal T./EREN, Fikret/CANSEL, Erol, Türk Eşya Hukuku, Ankara 1984.
- GÜRSOY, Kemal T.: Birden Ziyade Gayrimenkulün Aynı Borç İçin İpotek Edilmesi ve Uygulamada Ortaya Çıkan Sorunlar, Ankara 1978.
- HELVACI, İlhan: Eski Medeni Kanunumuz ile Karşılaştırmalı Olarak Türk Medeni Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan İpotek Hakkı, İstanbul 2008.
- KAŞAK, Fahri Erdem/GÜVENÇ, İpek: Taşınmazların Birlikte Rehni (TMK m. 855), Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XXIII, Y. 2019, Sa. 1, s. 61-92.
- KIRCA, Çiğdem: “Ticarî İşlemlerde Taşınır Rehninde Sıra”, Ticarî İşlemlerde Taşınır Rehni Sempozyumu (Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi), 16 Şubat 2018, Ankara, 2018, s. 159-181.
- KÖPRÜLÜ, Bülent/KANETİ, Selim: Sınırlı Ayni Haklar, İstanbul 1982-1983.
- KÖROĞLU-ÖLMEZ, Belin: “Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu Uyarınca Ticari İşletme Rehni”, TBB Dergisi, 2017(129), s.261-286.
- KUNTALP, Erden: “Aynı Alacak İçin Birden Çok Taşınmazın Rehni”, Yiğit Okur’a Armağan, İstanbul 1998.
- KURŞAT, Zekeriya: “Birlikte Rehin”, Prof. Dr. Özer Seliçi’ye Armağan, Ankara, 2006, s. 393-426.
- MARCHAND, Sylvain: Commentaire Romand, Code Civil II, Art. 457-977, Art. 1-61 Tit. Fin. CC, édité par Pascal Pichonnaz/Bénédict Foëx/ Denis Piotet, Helbing & Lichtenhahn, Bâle 2016. [CR-CC]
- OĞUZMAN, Kemal/SELİÇİ, Özer/OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe: Eşya Hukuku, İstanbul 2018.
- OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe: “Ticarî İşlemlerde Taşınır Rehni Kanununa Göre Üzerinde Rehin Hakkı Kurulabilecek Ticarî İşletmeler Dışındaki Taşınır Varlıklar”, Ticarî İşlemlerde Taşınır Rehni Sempozyumu (Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi), 16 Şubat 2018, Ankara, 2018, s. 53-85.
- ÖCAL-APAYDIN, Bahar: “Ticarî İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu Uyarınca Teminat Yükünün Kapsamı Bakımından Özellik Arz Eden Hâller”, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:13, Sayı: 169-170, Eylül-Ekim 2018, s. 87-120.

- ÖZER, M. Tolga: Taşınmazların Birlikte Rehni (Aynı Alacağı Teminat Altına Almak İçin Birden Fazla Taşınmazın Rehni), İstanbul, 2015.
- REETZ Peter, GRABER Michael: Sachenrecht Art. 641-977 ZGB, CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, (Herausgeber: Peter Breitschmid, Alexandra Jungo), Schulthess Juristische Medien AG 2016 [CHK-ZGB].
- SARI, Suat: “ Taşınmaz Rehninde Belirlilik (Muayyenlik) İlkesi”, Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman’ın Anısına Armağan, İstanbul 2000, s. 963-1011.
- SCHMID-TSCHIRREN, Christina: ZGB Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch, OFK - Orell Füssli Kommentar (Navigator.ch), (Herausgeber: Jolanta Kren Kostkiewicz, Stephan Wolf, Marc Amstutz, Roland Fankhauser), Orell Füssli Verlag AG 2016 [OFK-ZGB].
- SEROZAN, Rona: Taşınır Eşya Hukuku, İstanbul 2007.
- SİRMEN, A. Lale: “Ticarî İşlemlerde Taşınır Rehninin Düzenleniş Biçimi, Niteliği ve Rehne Hakim Olan İlkeler”, Ticarî İşlemlerde Taşınır Rehni Sempozyumu (Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi), 16 Şubat 2018, Ankara, 2018, s. 21-52 [Sempozyum].
- SİRMEN, A. Lâle: Eşya Hukuku, 5.bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2018.
- STEINAUER, Paul-Henri: Les droits réels, Tome III, 4e éd., Berne 2012.
- ŞENOCAK, Kemal/KAHRAMAN, Zafer/ TUNCER-KAZANCI, İdil/ÖCAL-APAYDIN, Bahar: Ticarî İşletme Taşınır Rehni, Ankara 2019.
- ŞİT-İMAMOĞLU, Başak: Ticarî İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu Üzerine Bir İnceleme, Ankara 2017.
- TUNCER KAZANCI, İdil: “Ticarî İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu Kapsamında Kurulan Rehinlerde Rehinli Alacaklının Tatmin Edilmesi”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi – İnÜHFD 10(1), s. 73-86.
- UYUMAZ, Alper: “Medenî Kanun Dışındaki Kanunlarda Düzenlenmiş Taşınır Rehni Çeşitleri”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 21, S. 4, 2017, s. 49-90.
- WOLF, Stephan / EGGEL, Martin: ZGB Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch OFK - Orell Füssli Kommentar (Navigator.ch), (Herausgeber: Jolanta Kren Kostkiewicz, Stephan Wolf, Marc Amstutz, Roland Fankhauser), Orell Füssli Verlag AG 2016 [OFK-ZGB].

ZINANIN HUKUK-İÇİ VE HUKUK-DIŞI SOYKÜTÜĞÜ 

IN IURE AND EXTRA LEGEM GENEALOGY OF ADULTERY

Rabia SAĞLAM*  **Makale Bilgi**Gönderilme: 06/05/2020
Kabul: 03/06/2020**Anahtar Kelimeler**Zina,
Ataerki,
Hukuki Şiddet,
Zina Yargısı,
Türkiye Aile
Mahkemeleri,
Yargıtay.**Article Info**Received: 06/05/2020
Accepted: 03/06/2020**Keywords**Adultery,
Patriarchy,
Legal Violence,
Jurisdiction
of Adultery,
Turkish Family Courts,
Supreme Court.**Özet**

“Gayrı meşru cinsel ilişki” anlamına gelen zina, ataerki sembolik düzende düzenleyici bir normdur. Makalede ataerki sembolik düzen kavramını Butler’ın düşüncelerine atıfla tartışacağım. Butler, enest yasasına dayanan Lévi-Strauss’un ve Lacan’ın yapısal söyleminin toplumsal/sembolik normların evrensel ve ideal biçimi olarak formüle edildiğini belirtir. Bu evrensel yapıdaki ortak nokta, eşit ve özerk kadın özneye yer olmamasıdır. Diğer ifadeyle, kadın özne ataerki sembolik düzende ikincil konumdadır. Ataerki sembolik düzen normlarının ve zinanın toplumsal/sembolik anlamının hukuki norm ve yorumları şiddet edimleriyle içerden ve dışardan etkilediğini açıklayacağım. Cover’ın “hukuki şiddet”, Fricker’in “epistemik adaletsizlik” kavramlarını analiz ederek, common-law’da zina tarihine kısaca değinerek zinaya ilişkin hukuki norm ve yorumları eleştirel bir şekilde ele alacağım. Zina normu Türkiye’de özel boşanma nedeni olarak Medeni Kanunda düzenlenmiştir. Dolayısıyla hukuki şiddetin Türkiye’deki zina yargısıyla nasıl etkileşim içinde olduğunu ayrıntılı bir şekilde tartışmak gerekir. Türkiye Aile Mahkemelerinin ve Yargıtayın zinaya ilişkin kararlarını inceleyerek, kusur-temelli boşanma sürecinde yargısal kararların nasıl yorumlandığını ve kadın özneler hukuki şiddetin nasıl icra edildiğini göstermeye çalışacağım. Yargıtayın yerleşik içtihadına göre, boşanma davalarında tazminatın ve evlilikle ilgili kazanım miktarının belirlenmesi açısından kadın eşin zinası kocanın aile-içi şiddetinden daha ağır kusur kabul edilmektedir.

Abstract

Adultery, which means “illegitimate sexual intercourse”, is a regulative gender norm in the patriarchal symbolic order. In this article, I will discuss the concept of patriarchal symbolic order through a reference to Butler’s thesis. Butler argues that Lévi-Strauss’ and Lacan’s structuralist discourse, bases on the incest law, are formulated as a universal and ideal form of social/symbolic norms. The common point of this universal structure is that there is no room for an equal and autonomous female subject. In other words, the female subject has a subsidiary position in the patriarchal symbolic order. I will explain that the patriarchal symbolic order norms and the social/symbolic meaning of adultery internally and externally affect the legal norms and interpretations through acts of violence. I will critically debate on legal norms and interpretations of adultery by analyzing Cover’s concepts of “legal violence” and Fricker’s “epistemic injustice” by briefly mentioning the history of adultery in common-law. In Turkey, adultery is regulated as a specific reason for divorce in the Civil Code. Thus, it is necessary to argue on the ways of interaction between the legal violence and the jurisprudence on adultery in Turkey. I will try to put forward the ways of interpretation of judicial decisions in the fault-based divorce process and subjection of women to legal violence by examining Turkish Family Court’s and Supreme Court’s precedents on adultery. While determining the amount of the compensation and the share of intra-marital acquisitions in divorce cases, the Supreme Court firmly considers adultery of the wife as a gross fault, even more than domestic violence of the husband.

“Bu günahın çok geniş bir ailesi var, aynı zamanda güçlü müttefikleri ve ilişkileri var; hem bunu kökünden kesip atmak da imkânsız aziz peder” (Shakespeare, Kısasa Kısas, s.70).

 Bu eser Creative Commons Atıf 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır

* Dr. Öğr. Üyesi, Kocaeli Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi ABD. Zina ile ilgili mahkeme kararlarını tarayarak işimi kolaylaştıran yüksek lisans öğrencim Ayşe Nur Kaya’ya teşekkür ederim.

I. GİRİŞ

Bu makale, zinanın¹ hukuk-ıçi ve hukuk-dışı soykütüğünü irdeleyerek kadının hukuk önünde özerk bir özne statüsünde tanınmadığını göstermeyi amaçlamaktadır. Makalenin iddiası, ataerki sembolik düzen normlarının (hukuk-dışı soykütük), zinaya ilişkin yasalara ve yorumlara (hukuk-ıçi soykütük) yansiyarak hukuki şiddeti kurumsallaştırdığıdır. Makalede, hukuk-dışı soykütüğü açıklamak için -yapısalcı antropoloji ve dilbiliminin enest yasağını temel alan anlatısı-, Judith Butler'ın post-yapısalcı argümanlarına başvurulacaktır. Kadının, toplumsal cinsiyet düzenlemelerinde ve Lévi-Strauss'un "kültürel" (babasoyuna dayanan akrabalık ilişkileri), Lacan'ın "sembolik" (fallusmerkezli eril özneyi merkeze alan) örgütlenme modelinde "tabi" ya da "ikincil" konumlandırılışını 'ataerki sembolik düzen' kavramıyla açıklıyorum. Makalenin iddiasının izinin sürülebilmesi açısından ataerki sembolik düzen kavramını biraz daha açalım.

Ataerki, antropolojik ve sosyolojik açıdan, babasoyluluk, kadının koca evine gelin gitmesi, mirasın erkek üzerinden intikali, erkek otoritesi gibi toplumsal kurumlar ve adetlerle ilgili bir kavramdır.² Buna göre ataerki sembolik düzeni, kültürel farklılıklara rağmen eskil ve modern toplumlarda, iktidar, dil, ahlaki ve bilimsel otorite, iş bölümü, siyasal egemenlik ve mülk üzerindeki sahiplik, kontrol ve denetimin toplumsal cinsiyet normlarına ya da ritüellerine göre kurulması, yorumlanması, kurumsallaşması şeklinde tanımlıyorum. Kate Millett *Cinsel Politika* kitabında, Weber'in ataerki kavramından yola çıkarak, kadının erkek karşısındaki eşitsiz toplumsal rolünü ataerki ilişkiler üzerinden açıklar. Millett'e göre ataerki düzen, erkeğin egemen olduğu ailede başlayıp toplumsal düzene yayılan, erkek iktidarının aile-merkezli kuramıdır.³ Ataerki ilişkiler kadın üzerindeki tahakkümün farklı toplumlarda çeşitli biçimlerde sürmesinin nedenidir.⁴ Ataerki düzen, eril tahakkümü toplumsal alanda olağanlaştırırken sembolik anlamıyla da normalleştirir. Bourdieu'nun deyişiyile, "toplumsal düzen, amacı, üzerine temellendiği eril tahakkümü tasdik etmek olan devasa bir sembolik makine gibi işler."⁵

Toplumsal düzende eril tahakkümün sembolik işleyişi, kadının özerk özneliğini tanımayan çeşitli toplumsal cinsiyet normlarının dolaşıma sokulmasına bağlıdır. Butler'ın "toplumsal cinsiyetin edimsel yorumu", ataerki sembolik düzende kadının özerk özneliğinin tesis edilmesi açısından yol gösterici bir argümandır. Butler'a göre, kadının kurucu ve üretici bir özne olmasının imkânı, tam da kadınlığı inşa eden toplumsal/sembolik düzenin kendisinde bulunabilir.⁶ Butler, toplumsal cinsiyetin edimsel yorumunun –kadının kurucu ve üretici bir özne olmasının- anlamını ve yöntemini açıklar: "Gösterenin tarihselliğinin yeniden işlenmesi."⁷ O halde kadın gösterenini zina yasaları ve yorumları ile ilişkilendirmek, farklı toplumsal/hukuki normları 'aynılık' sahasında toplayarak yeniden işlemek anlamına gelir. Böylelikle makalenin eleştirel duruşu da ayırt edilebilir: Kadının özerk özneliğine, hukuk normunda ve yorumunda yer açmak. Kadın göstereninin tarihsel sürekliliğini göstermek için farklı toplumsal cinsiyet normlarından –toplumsal/hukuki normlar- örnekler verelim.

Antik Yunanda, nüfus kontrolü, mirasın bölünmesini engelleme ya da geçim sıkıntısı gibi gerekçelerle ailelerin yeni doğmuş çocuklarını öldürmeleri ya da terk etmeleri yaygın bir 'toplumsal norm'dur. Ailelerin, öldürmeyi ya da terk etmeyi uygun gördükleri çocuklar ise kız

¹ Zina, Arapça *zın* kökünden türetilmiş "gayri meşru cinsel ilişki" anlamına gelir. İbranice, Aramice/Süryanice dillerinde aynı anlamda kullanılan kavramın soykütüğü, tek/çok tanrılı dinlerin ve dillerin boy gösterdiği belirli bir coğrafyaya aittir. İbranice *zana*; zina etmek, Aramice/Süryanice; *zanita* fahişe anlamına gelir. <https://www.etimolojiturkce.com/kelime/zina> (Erişim: 20.04.2020).

² EMBER, Carol R./EMBER, Melvin: *Encyclopedia of Sex and Gender*, Springer, 2014, s.xxix.

³ Ataerki kavramının ve feminist kuramların kısa bir özeti için; GÜNEŞ, Fatime: "Feminist Kuramda Ataerki Tartışmaları Üzerine Eleştirel Bir İnceleme", *Fırat Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, 27/2, 2017. Ataerki kavramını Weber, geleneksel egemenlik biçimini tanımlamak için kullanır. Weber'e göre ataerki otorite belirli bir tarihsel döneme özgü, akrabalık ilişkilerine dayalı ekonomik bir örgütlenmedir. YAMAN, Melde: "Ataerki: Bir Kavramın Yeniden İnşası, 'Eski' Ataerki'den Ataerki Kapitalizme", *Eğitim Bilim Toplum Dergisi*, 2012, s.15.

⁴ MACKINNON, Catharine A.: "Foreword", içinde *Sexual Politics*, Kate Millett, Columbia University Press, New York, 2016, s.xi.

⁵ BOURDIEU, Pierre: *Eril Tahakküm*, çev. Bediz Yılmaz, Bağlam Yayınları, İstanbul, 2018, s.22.

⁶ BUTLER, Judith: "Toplumsal Cinsiyet Düzenlemeleri", çev. Begüm Kovulmaz, *Cogito*, (Feminizm), Sayı: 58, Bahar 2009, s.73 vd.; BUTLER, Judith: "Olumsal Temeller: Feminizm ve Postmodernizm Sorusu", içinde *Çatışan Feminizmler, Felsefi Fikir Alışverişi*, çev. Feride Evren Sezer, Metis Yayınları, İstanbul, 2008, ss.44-67.

⁷ BUTLER, Judith: "Dikkatli Bir Okuma İçin", içinde *Çatışan Feminizmler, Felsefi Fikir Alışverişi*, çev. Feride Evren Sezer, Metis Yayınları, İstanbul, 2008, s.148.

çocuklarıdır: M.Ö. birinci yüzyıldaki bir papirüsde Mısırlı Hilaron, İskenderiye'den, Oxyrhynchus'daki eşi Alis'e, çocuğu oğlan olursa yetiştirmesini kız olursa terk etmesini yazar.⁸ Benzer bir 'toplumsal norm' Arap topluluklarında devam eder. M.S. yedinci ya da sekinci yüzyılda kitaplaştırılan kutsal metinde, Arap kabilelerinin İslam öncesi adetlerinden biri kınanarak teşhis edilir: "O diri diri toprağa gömülen kıza sorulduğu zaman, hangi suçtan dolayı öldürüldüğü."⁹ Nihayet aynı norm Hindu geleneğine ve yasalarına sirayet eder. Sati geleneği – kadının ölü kocasının yakıldığı yerde kendini kurban etmesi- Hinduizm metinlerine dayalı dini bir ritüel olmasına rağmen, sadece kadınların ölen eşlerinin ardından kendilerini yaktıkları toplumsal/sembolik bir norma dönüşür. Zira sati pratiği, dini bir ritüel kimliğini çoktan kaybetmiş, mülkiyet üzerinde erkek kontrolünü sürdürmenin 'gerekçesi' haline getirilmiştir.¹⁰ Aynı toplumsal normlar farklı bir içerikte Osmanlı mahkeme/kadı içtihatlarına da yansır. Onsekizinci yüzyılda evli kadınların, mahkemelere müracat ederek haklarını aradıkları temel hukuki olay kocalarının evlenme ile kendilerine ödemek zorunda olduğu mehr'in (*mehr-i mü'eccel*), ödenmemesidir.¹¹

Tüm bu zamansal-topolojik geçişlerdeki amacım, ataerkil sembolik düzende düzenleyici bir "toplumsal cinsiyet normu" olduğunu iddia ettiğim "gayrı meşru cinsel ilişkinin" (zina normunun), kadını "tabi" veya "ikincil" bir özne statüsünde konumlandığı, hukuk yasalarının da ataerkil sembolik düzen normlarının gölgesinde şekillendiğini ve yorumlandığını göstermektir.¹² Örneklerde görüldüğü üzere, kadının ataerkil sembolik düzende toplumsal cinsiyetli mevcudiyeti, geleneksel toplumlardan modern toplumlara farklı içeriklerde, fakat aynı düzlemde devam eder. Modern hukuk düzeninde kadının "tabi" veya "ikincil" konumlandırılışını, zinaya ilişkin yasaları ve yorumları tema ederek göstermeye çalışacağım.¹³ Kadının özerk özneliğinin tanınması, hukukun zina yargısında şiddet üreten "ideolojik" yapısının deşifre edilmesini gerektirir. Buna göre makalenin yazarının amacı, kusura dayalı bir boşanma sebebi olarak kadın zinasının erkek özne karşısında eşitsiz kodlandığı ve adaletsiz yorumlandığı gerçeğini betimleyerek, yaygın *prima facia* yanılığın –hukuk önünde herkes eşittir- *primary component* -hukuk ideolojiktir- şeklinde düzeltmektir.

Makalenin ilk bölümünde ensest yaşağı temelinde kurgulanan ataerkil sembolik düzen, kadının bu düzendeki ikincil konumlandırılışının hukuki şiddetle ilişkisi ve zina normunun common-law geleneğindeki tarihsel gelişimi ele alınacaktır. Kadının boşanmanın kusurlu tarafı ilan edildiği modern mahkeme salonlarında, kanun önünde eşitlik, şüpheden sanık yararlanır, suçsuzluk karinesi, sağduyu, hayatın olağan akışı, hak sahibi birey, fiil ehliyetine sahip kişi, özgür ve özerk özne gibi hukuki kavram, ilke ve normlar askıya alınır. Makalenin ikinci bölümü, hukukun ataerkil sembolik düzenin koruyucu ve kollayıcı muhafız rolünü, Aile Mahkemesi ve Yargıtayın zinaya dayalı boşanma davası kararlarını inceleyerek somutlaştıracaktır. Özellikle Yargıtay kararları, zinanın toplumsal/sembolik anlamının hukuk normuna ve yorumuna nasıl yansıtıldığını göstermesi açısından önemlidir. Yargıtayın zina ile ilgili kararları ataerkil sembolik düzenin hukuki şiddet biçiminde kurumsallaştığı savını öne alarak ayrıntılı bir şekilde analiz edilecektir.

II. HUKUK-DIŞI SOYKÜTÜK: ZINANIN TOPLUMSAL/SEMBOLİK ANLAMI

Butler, yapısalci antropoloji ve dilbilimin ensest yasa nosyonunu merkeze alan anlatısında toplumsal cinsiyetli kadının ikincil konumunun değişmez bir "idea" veya "bilinçdışı" bir sembol

⁸ CROIX, Geoffrey Ernest Maurice De Ste.: Antik Yunan Dünyasında Sınıf Mücadelesi, çev. Çağdaş Sümer, Yordam Yayınları, İstanbul, 2016, s.140.

⁹ Kuran-ı Kerim, Tekvir Süresi, 81/8-9.

¹⁰ SPİVAK, Gayatri Chakravorty: Madun Konuşabilir mi?, çev. Dilek Hattatoğlu-Gökçen Ertuğrul-Emre Koyuncu, Dipnot Yayınları, Ankara, 1999, ss.85-89.

¹¹ TUĞ, Başak: "Ottoman Women As Legal And Marital Subjects", içinde The Ottoman World, Christine Woodhead (ed.), Routledge Press, London, New York, 2012, s.363.

¹² Türkçe hukuk literatüründe yargı kararlarını tema ederek kadının ikincil konumlandırılışını eleştirel-yorum bilgisiyle tartışan öncü akademik metinler için bkz.: KİA, Rukiye Akkaya: "Hukukun Kadına Bakışı: Ergen ve Eşit Olmama Hali", EÜHFD, XIII(1-2), 2009; DEMİR, Esra: "N.Ç. Davası: Tecavüze Razi Olmak ve Kadınların Ahlakı", içinde Mehmet Akad'a Armağan, Bihterin Dinçkol (ed.), Der Yayınları, İstanbul, 2012; Hukuk ve Toplumsal Cinsiyet Çalışmaları, Gülriz Uygur ve Nadire Özdemir (ed.), Seçkin Yayınları, Ankara, 2. Baskı, 2019.

¹³ Bugün hâlâ Güney Kore'de zinanın muntazam bir şekilde cezai soruşturmanın konusu olması, Pasifik Asya'da, Tayvan'da ve Filipinler'de evlilikteki sadakatsizliğin suç sayılması, yirmi ABD eyaletinde evlilik dışı cinsel ilişkinin nadiren icra edilmesine rağmen medeni ve cezai kovuşturulmasına izin verilmesi makalenin iddiasını doğrulayan olgulardır. YU, Eliza B.: "Adultery: Inequality in the Rule of Law?", <https://www.academia.edu/32883225/> (Erişim: 07.02.2020).

haline getirilmesini eleştirir. Bu başlık altında Butler’ın yapısalcı söylemin babasoyuna dayanan kültürel yasayı dilbilimin sembolik öğeleriyle ilişkilendirmesi kısaca açıklanarak, ataerkil sembolik düzenin hukuki şiddetle ilişkisi tema edilecektir. Böylelikle üç iddia temellendirilecektir: (1) Lévi-Strauss’un ve Lacan’ın kültürel ve sembolik sisteminde kadın, “tabi” ya da “ikincil konum”dadır. (2) Modern toplumlarda, kadının ikincil konumu zina normu ile sürdürülür. (3) Zinanın toplumsal/sembolik anlamı (ataerkil sembolik düzen normu), zinaya ilişkin hukuki yasa ve yorumlara sırayet ederek hukuki şiddeti kurumsallaştırır.

A. Toplumsal/Sembolik Düzen

Toplumsal/sembolik ya da ataerkil sembolik düzen kavramsallaştırması kadının özerk özneliğini dışlayan iki yapısalcı argümana işaret eder: (1) Lévi-Strauss’a göre “her kültür, en başta dilin, evlilikle ilgili kuralların, ekonomik ilişkilerin, sanat, bilim ve dinin vuku buluşunu düzenleyen bir sembolik sistemler topluluğu”dur. (2) Lacan da Lévi-Strauss’un tasvirine sadık kalır; “bilinçdışı bir dil gibi yaplanır”, özneler, önceden tesis edilmiş Baba Adı’na dayalı bu bilinçdışına; sembolik düzene yerleştirilir.¹⁴ Encest yasasına “kurucu” rol atfederek ataerkil toplumsal örgütlenme modelini evrenselleştiren yapısalcı kültürel söylemi ve Lacan’ın fallusmerkezli sembolik düzenini Butler’ın argümanları eşliğinde açıklayalım.

Lévi-Strauss *Yapısalcı Antropoloji* kitabında, yöntemini ve amacını farklı kültürler arasında değişmez bir yasanın varlığını göstermek şeklinde açıklar.¹⁵ Lévi-Strauss’a göre, bir toplumdaki aile ya da akrabalık ilişkileri ekonomik ve iletişimsel ilişkileri belirler. Her toplumda akrabalık yapısı eşzamanlı ya da artzamanlı üç öğeyi içinde barındırabilir: Kanbağı ilişkisi, evlilik ilişkisi ve soybağı ilişkisi. Kanbağında aynı anne ya da babadan doğan kız kardeş-erkek kardeş, evlilik ilişkisinde karı-koca, soybağında baba ile çocuk arasındaki ilişkiler kurulur.¹⁶ Üç öğeden oluşan akrabalık yapısının “doğal” değil “kültürel” bir “olgu” olduğunun altını çizelim. Lévi-Strauss, bu toplumsal görünümün değişmez bir yasa ile evrensellik kazandığını belirtir: Encest ilişki yasağı. Encest ilişki yasağı, diğer deyişle annenin doğurduğu erkek çocuğu, babanın kız çocuğu ile cinsel ilişkiye girememesine ilişkin kültürel “yasa”, akrabalık yapısının temel görünümüdür. Kültürel yasa, akrabalık ilişkilerini belirlediği gibi farklı klanlar, gruplar ve toplumlar arasındaki ekonomik ilişkilerin ve iletişim biçiminin de bel kemiğini oluşturur. Zira insan toplumlarında üç öğeden oluşan akrabalık yapısı, evlilik kurallarıyla kalıcılık kazanır. Evlilik kuralları, biyolojik kökene ya da kanbağına dayalı aile ögesini toplumsal ilişkiler sistemine dönüştürür.¹⁷ Toplumsal örgütlenme biçimlerinde farklı tür evlilik kuralları yürürlükte olabilir, fakat tek bir kategori kültürel sisteme hâkimdir: “İnsan toplumunda bir erkek yalnızca başka bir erkekten -bu onun kızı ya da kız kardeşi olabilir- kadın alabilir.”¹⁸

Değiş-tokuş edilebilen kadın ‘özne’, aileler, klanlar, gruplar ve toplumlar arasındaki iletişimi sağlayan bir “mesaj” niteliğindedir. Lévi-Strauss tam burada gözlemlenebilir sosyolojik bir toplumsal olguyu, bir başka toplumsal olguya açıklamaya girişir: Dil. Dilsel sistem, özellikle sesbilimi, insanoğlunun doğadan kültüre geçiş sürecinin bilinemezliğine ayna tutacak argümantatif bir sığınma limanıdır. Lévi-Strauss, akrabalık yapısının kültürel “görünümü” ile dilsel göstergelerin “sembolik” anlam ağı arasında tamamlayıcı bir işlev bulur. Nitekim farklı klanlardaki erkekler dış evlilik yoluyla babaadına göre birbirinden ayrılır. Kadın, hediye olarak bir diğer erkeğe sunularak babasoyunu güvence altına alırken erkeklere de babaadına göre kimlik kazandırır.¹⁹ Evlilikte kadın, Butler’ın deyişiyle, sembolik “bir gösterge ve değer”dir; “klanları birbirinden ayıran, hepsini ortak ama kendi içinde farklılaşan babasoylu bir kimliğe bağlayan ilişkiyel bir terim”dir.²⁰

Lévi-Strauss için kültürün hem ürünü hem bir parçası görülen dil, bilinçdışının, makalenin diliyle; ataerkil sembolik düzen normlarının üretildiği bir sahnedir. Aşağıda bu düzenin kökenine

¹⁴ BUTLER: “Toplumsal Cinsiyet Düzenlemeleri”, s.90, dipnot 10.

¹⁵ LÉVİ-STRAUSS, Claude: *Yapısalcı Antropoloji*, çev. Adnan Kahiloğulları, İmge Yayınları, Ankara, 2012, s.125: “Tek yapmak istediğimiz, gözlem ve tasvir çabalarımızı her zaman aşan görgül bir zenginlik ve çeşitlilikten, başka zaman ve mekânlarda tekerrür eden değişmezleri çıkarmaktır.”

¹⁶ LÉVİ-STRAUSS, ss.79- 80.

¹⁷ LÉVİ-STRAUSS, s.95.

¹⁸ LÉVİ-STRAUSS, s.80.

¹⁹ LÉVİ-STRAUSS, ss.97-99; BUTLER, Judith: *Cinsiyet Belası, Feminizm ve Kimliğin Altüst Edilmesi*, çev. Başak Ertür, Metis Yayınları, İstanbul, 2019, s.96.

²⁰ BUTLER: *Cinsiyet Belası*, s.97.

yerleştirilen ensest yasağı yerine düzenleyici zina normunu koyarak hukuki şiddetin soykütüğüne değineceğim. Fakat öncelikle Lacan'ın fallusmerkezli göstergeler dünyasındaki dişil öznenin ikincil konumunu; ataerkil düzenin “sembolik” boyutunun ne ifade ettiğini kısaca açıklayalım.

Lacan'a göre kültür, dilsel sistem ve göstergelerden oluşur. Fallus “sembolik” bir gösterendir. Lacan için sembolik, baba adıyla ya da baba yasasıyla önceden tesis edilmiş düzenin adıdır. Toplumsal düzen, sembolik baba adı ya da baba yasası tarafından belirlenir. Aslında sembolik babanın konumunda ikamet eden gerçek ya da imgesel bir baba yoktur; sembolik yasanın anlamı burada açığa çıkar: Babanın simgelediği anlam öznelere bilinçdışıyı kuşatarak toplumsal düzeni belirler.²¹ Lacan'a göre bu düzende iki farklı cinsel konum vardır: Fallus'a “sahip olan” eril arzu ile fallus sahibi erkeğin arzularının göstereni “olmak” konumundaki kadın. Fallusa “sahip olmak” ile fallus “olmak” arasında şekillenen arzu, ‘toplumsal’ yahut ‘biyolojik’ cinsiyet arasındaki ilişkilere “sembolik” bir anlam yükler. Öyle ki kadın sahip olmadığı fakat sahip olmaya can attığı “fallus” yoksunluğu nedeniyle eril özne karşısında eksik; bütün-olmayan bir ötekidir.²² Fallus'un “sembolik” bir gösteren olması, yasaklanan başka bir arzuyla; ensest yasağındaki imkânsız arzuyla da ilintilidir. Arzulananı arzulayan eril ya da dişil özne, annenin fallusa sahip olmadığını, aksine babaya tabi olduğunu keşfettiğinde babanın sözünü yasa beller. Her ne kadar fallus sahibi babanın “sözü anne tarafından tanındığı ölçüde yasa statüsü kazanıyorsa da”, baba “ensest yasağının” sembolik taşıyıcısıdır.²³

Butler, Lacancı “sembolik” düzenin eril bir özne tarafından inşa edildiğini, kadının da böyle bir inşaada fallus sahibi bir özne tarafından gösterilmeyi bekleyen; “fallusun gücünü yansıtan, o gücü gösterip imleyen” eksik bir varlık kabul edildiğini belirtir. Lacan da Lévi-Strauss gibi -fallus sahibi eril öznenin fallusunu olumlayarak- kadının ikincil ontolojik konumunu onaylar.²⁴ O yüzden Butler'a göre Lévi-Strauss ve Lacan'da kültürel evrenselliğin temel bileşeni, kadının “tabi” olduğu bir düzen kurgusudur. Bu tür bir evrensel kültürde ya da dilbilimsel sistemde kadının konumu konuşan, dinleyen ve ataerkil yasalara tabi olan bir “gösteren” olmaktan ibarettir. Eril cinsel özne karşısında kadın, toplumsal cinsiyet hiyerarşisinde “gösterilmeyi” bekleyen ikincil sembolik bir değerdir.

Butler, bilinçdışı/dilsel (sembolik) yasanın ve aynı zamanda da toplumsal bir olguya tekabül eden kültürel (ataerkil) yapının, eril-heteroseksüel bir cinsel fail varsaydığını vurguladıktan sonra çıkış yolunu gösterir: Lacan'ın “sembolik” ve Lévi Strauss'un “kültürel” düzeni evrensel değildir. Aksine, durumsal ve tarihsel toplumsal cinsiyet normlarının icra edildiği bir düzendir. Toplumsal cinsiyet farkının yasallığına karşı çıkıp eylemsel biçimini öne çıkaran Butler, toplumsal yasa (ensest yasağı temelinde kadın değiş-tokuşu –evlilik kuralları- ile kurulan akrabalık ilişkileri) ve sembolik yasayı (bilinçdışı göstergeler sistemi olarak dil) Foucaultcu “norm” kavramı etrafında yeniden ele alır. Butler'a göre norm, yasadan farklı bir gerçeklik; “eylem biçimidir.” Norm, öznenin eylemlerini yönetir, toplumsal olguları normalleştirir.²⁵ Peki, toplumsal cinsiyetin düzenleyici bir norm olması ne anlama gelir?

Butler'a göre modern toplumlarda toplumsal cinsiyet düzenlemeleri Foucault'un işaret ettiği gibi, iktidar faaliyetiyle ilgilidir. Dolayısıyla bir iktidar etkinliği olarak toplumsal cinsiyet düzenlemelerinin görünümü “yasa” formundadır. Toplumsal cinsiyet normları, somut yasalar, kurallar ve politikalarla düzenlenir. Butler, Foucault'ya, toplumsal cinsiyet düzenlemelerinin, düzenleyici iktidarın geniş çaplı işlevlerinden biri görülmesi noktasında itiraz eder. Butler'a göre toplumsal cinsiyet düzenlemeleri, diğer sosyal ve kültürel normlardan farklı, kendine has düzenleyici ve disipline edici bir rejim tesis eder.²⁶ Fakat diğer düzenleyici normlarla, sözgelimi cinselliğe ilişkin normlarla da etkileşim içindedir.²⁷ Düzenleyici toplumsal cinsiyet normları, “tekerrür ve ritüellerle” “kültürel olarak sürdürülen zamansal bir süreç olarak” performe edilirler.²⁸ Öyleyse Lévi-Strauss'ın kadın değiş-tokuşunu düzenleyen “toplumsal”, Lacan'ın fallusmerkezli “sembolik” yasağını, erkekliği ve kadınlığı üreten, konumlandıran ve denetleyen

²¹ BUTLER: “Toplumsal Cinsiyet Düzenlemeleri”, s.90, dipnot 10.

²² LACAN, Jacques: Fallus'un Anlamı, çev. Saffet Murat Tura, Afa Yayınları, İstanbul, 1994, s.51, 59 vd.

²³ TURA, Saffet Murat: “Önsöz: ‘Olmak’ta Eksik’ Lacan’da Kastrasyon ve Narsizm”, içinde Fallus'un Anlamı, Afa Yayınları, İstanbul, 1994, s.23.

²⁴ BUTLER: Cinsiyet Belası, s.103.

²⁵ BUTLER: “Toplumsal Cinsiyet Düzenlemeleri”, s.83 vd.

²⁶ BUTLER, Judith: Undoing Gender, Routledge, New York and London, 2004, s.41.

²⁷ BUTLER: “Toplumsal Cinsiyet Düzenlemeleri”, s.86.

²⁸ BUTLER: Cinsiyet Belası, s.20.

toplumsal cinsiyet normları mümkün kılar: “Toplumsal cinsiyet, bu anlamda üremeyi sağlayan belli başlı cinsel bağları güvence altına almak ve başka türlü cinsel bağları yasaklamak üzere iş görür. (...) Öznelerin toplumsal olarak düzenlendiği ve üretildiği yasaklanmış ve buyrulmuş cinsel ilişkilerin bir dizidir.”²⁹

Tam da burada toplumsal/sembolik düzenin kökenini ensest yasağı dağarcığından kurtarıp, Butler’ın kültürel evrenselliğe ya da biyolojik zorunluluğa dayanmayan “toplumsal cinsiyet normu” ile yeniden okuyorum. Zina düzenleyici bir toplumsal cinsiyet normudur: Ataerkil sembolik düzeni önceleyerek mümkün kılar. Zina normunun hem sembolik (ideal/bilinçdışı/dilsel) bir anlam alanı hem toplumsal bir görünümü (kültürel, eylemsel) vardır. Diğer bir deyişle, makale bağlamında, zinanın bilinçdışında ifade bulan ideal (sembolik), toplumsal pratikte icra edilen (olgusal) bir toplumsal cinsiyet normu olduğunu iddia ediyorum. Zinanın toplumsal cinsiyet normu formunda ritüelleştiği toplumlarda kadının “tabi” ya da “ikincil” konumu, zinanın hukuki yasa formunda düzenlenmesiyle “güvence altına alınır” ve “normalleştirilir.” Zina normu hukuki bir yasa haline geldiğinde, çifte bir şiddet kurumsallaşır: (1) Eril tahakkümü meşrulaştıran ataerkil sembolik düzen normlarının şiddeti, (2) zinaya ilişkin hukuki yasa ve yorumların bu ataerkil sembolik düzen normlarının şiddetini “hukuki şiddet” aygıtlarıyla kurumsallaştırması. Makalede kadının özerk özne statüsünü tanımayan ‘ataerkil sembolik düzen normları’ ile ‘hukuki normlar’ birbirini var eden, besleyip büyüten iki şiddet mekanizmasını ifade etmektedir.

Özetleyelim: Ataerkil sembolik düzen normları ile bu normların hukuk yasasına ve yorumuna aksetmesi, kadının toplumsal cinsiyet hiyerarşisinde ikincil konumunu kurumsallaştırır. Böylelikle ataerkil sembolik düzen normlarını rehber edinmiş zinaya ilişkin hukuki yasa ve yorumlar, kadının özerk özneliğini silikleştiren bir dizi hukuk-içi ve hukuk-dışı normu eril tahakküm ve cebir aygıtlarını devreye sokarak muhafaza eder.

B. Ataerkil Sembolik Düzendeki Hukuki Şiddet

Zinanın, modern hukukta bir suç ya da boşanma nedeni olarak varlığını devam ettirmesini, ataerkil sembolik düzeni önceleyerek mümkün kılan ‘düzenleyici toplumsal cinsiyet’ rolüne borçluyuz. Bu başlıkta, ataerkil sembolik düzendeki toplumsal cinsiyet normu kabul ettiğim “gayri meşru cinsel ilişkinin” hukuki şiddet biçimine dönüşmesini Cover’ın anlatı ve nomos arasında kurduğu ilişkiyi ve Fricker’in “epistemik adaletsizlik” kavramını kısaca irdeleyerek açıklamaya çalışacağım. Cover’ın normatif anlamın hukuki kurumlara ve yoruma şiddet etkinliği formunda yansıdığı iddiasının ve epistemik adaletsizliğin örnekleri ikinci bölümde; Türkiye’deki yargı kararlarının eleştirel yorumlanmasında ayrıntılı bir şekilde tartışılacaktır.

Cover’un anlatılar dediği dil ve mitos, içinde yaşadığımız *nomos*³⁰ dünyasına anlam verir. Anlatı bir değer objektifleştirilmesidir. Öyle ki anlatılar, davranış kalıpları yaratır, “olması gereken” ile olan, gerçek ile imgesel dünya arasındaki ilişkileri belirler ve normatif eylem sözlüğü oluştururlar. Cover’a göre hukuk geleneği, bu normatif dünyanın ayrılmaz parçasıdır. Anlatıların şekil verdiği hukuk, aynı anlatı aygıtlarıyla normatif anlamını açığa çıkarır. Sözelimi gerçek dünyada hukuki kurallar ve ilkeler toplum, halk, egemen ya da Tanrı tarafından dayatılan talepler biçiminde görülür. Oysa hukuk normları –kural ve ilkeler- başkalarıyla iletişimi mümkün kılan birer göstergedir. Hukuki göstergelere –normlara- anlamını veren içinde doğup büyüdükleri anlatılardır.³¹

Cover, hukuk normlarının anlamının, normatif dünyadaki yorumlayıcı bağlılıklarla ilgili olduğunu belirtir. Hukuki anlamın yaratılması, bir dizi toplumsal sürecin belirleyiciliğine bağlıdır. Diğer deyişle hukuki yorum yasa koyucunun ya da devletin değil kültürel çevrenin bir ürünüdür. Cover, kültürel çevre –normatif dünya- ile yasaların anlamlarının ortaya çıkışını Tevrat’a ve İncil’e başvurarak örneklendirdikten sonra modern mahkemelerin *jurispathic* (hukuk-tahrip edici)³² karakterinin hukuki şiddeti yorumla ortaya çıkardığını belirtir: “Yorum daima bir

²⁹ BUTLER: “Toplumsal Cinsiyet Düzenlemeleri”, s.81.

³⁰ “Bir hukuk dünyası olarak *nomos*, gerçeklik ve imgelem arasındaki gerilim sistemiyle oluşmuş hâlihazır bir dünyadır.” COVER, Robert M.: “The Supreme Court 1982 Term, Foreword: Nomos and Narrative”, Harvard Law Review, 97(4), 1983-1984, s.9.

³¹ COVER, s.8-9.

³² *Jurispathic*, hukukun cebri (ya da zorlayıcı) boyutunu ifade eder. Yargıcın ya da mahkemelerin hukuki yorumunun eşzamanlı hukukun diğer mümkün anlamlarını tahrif etmesidir. <https://www.oxfordreference.com>. (Erişim:

baskının gölgesinde gerçekleşir.”³³

Hukuki yorum, sözü, kurumsal rolleri ve eylemi aynı şiddet çatısı altında buluşturur. Cover bunun yargıçların yorum edimlerinde üç şekilde gerçekleştiğini belirtir: (a) Yargısal söz: Bir bütün olarak hukuki sisteme anlam atfeder ve atfettiği anlam temelinde hukuk normlarının “dilini eyleme, sözünü edime dönüştürmek için gerekli kalıbı sağlar”, (b) Cezalandırıcı edim: Acı ve ölüme sebebiyet verecek “gerçek” ya da olgusal bir ‘şiddet’e onay verir, (c) Etkililik: Yetkilendirdiği eylemleri tahakküm mekanizmasıyla (sulh yargıcı, polis, gardiyan, hapisane müdürü) icra eder.³⁴

Cover’ın, toplumsal anlatılar ile hukuk adı verilen örgütlü şiddet mekanizmasının karşılıklı etkileşim içinde olduğu görüşü, makalenin iddiasını doğrular: Ataerkil sembolik düzendeki zınaya ilişkin her türlü normatif anlatı (mitsel, dini, örfi, ahlaki, edebi), hukuki norma ve yoruma sirayet eder. Anlatılarda hüküm süren zina normu peşi sıra hukuk normuna dönüştürüldüğünde, hukuki yorum ataerkil sembolik düzenin katalizörü olur. Bu düzenin bekçisi rolüne soyunmuş hukuki normlar da kadının özerk özne statüsünü tanımaz. Zina, kadının erkek özne karşısındaki ikincil konumunu onaylayarak hukuki norm biçimini aldığı ve yorumlandığında, ataerkil sembolik düzendeki eril tahakküm hukuki şiddet formunda kurumsallaşır.

Hukuki yorumun (ya da normun) icrai/performatif şiddeti diyebileceğimiz bu şemanın zina normu bağlamında ne şekilde aktifleştirildiğini sonraki başlıklarda ayrıntılı bir şekilde inceleyeceğim. Fakat bundan önce zina yargısının ataerkil sembolik düzendeki eril tahakkümle (hukuk-dışı normatif anlamla) nasıl içli dışlı örüldüğünü ve hukuki şiddeti kurumsallaştırdığını göstermesi açısından Fricker’ın “epistemik adaletsizlik” kavramına başvurulum. Fricker’a göre epistemik adaletsizlik, bilginin aktarımında konuşan ve işiten özneler arasında sistematik önyargıların öznelerin güvenilirliğini etkilemesi ya da haksız yere dezavantajlı konuma koyulmalarını ifade eder. Özneler güvenilirlik dereceleri azaltılarak veya yapısal önyargılar nedeniyle adaletsizliğe maruz kalırlar. Fricker, ilkinde “tanıksal” ikincisine “hermenötik” adaletsizlik adını verir. Tanıksal adaletsizlik, bilgiyi işiten öznenin, konuşan özneyi önyargılara dayanarak azaltılmış bir güvenilirlik derecesinde konumlandırmasıdır. Bilgi verici konumundaki konuşan özneye, kimlikel önyargılara dayalı güven kaybıyla yaklaşılır.³⁵ Zina yargısında kadının konuşan bir özne olarak tanıklığı (beyanı) hukuk normu ve yorumu açısından önyargılara (ataerkil sembolik düzen normlarına) dayanır. Hatta zina eden kadınsa, mahkeme ve yargıçlar kadının bilgi veren özne konumuna itibar etmez. Kadının özne konumuna itibar etmeyen her hukuki yorum, hukuki şiddet icrasıdır.

Hermenötik adaletsizlik, öznenin toplumsal deneyimine bir anlam vermek istediğinde ortak anlayışta kendisine karşılık bulamamasıdır. Diğer deyişle, iletişime dayalı ortak anlayıştaki belirli tür gedikler, öznenin deneyimini anlamlandırma çabasına engel olur. Fricker bu gediklere hermenötik boşluk adını verir. Hermenötik boşluğun varlığı, öznenin ait olduğu toplumsal grubun görece güçsüzlüğü nedeniyledir. Zira hermenötik boşluk, ortak yorum kaynaklarını yapısal olarak önyargılı kılar.³⁶ Hermenötik adaletsizlik, kadının özerk özne statüsünün ataerkil sembolik düzende bir karşılığının olmamasıdır. Kadın zinasının koca zinasından ve şiddetinden daha büyük “ahlaki kötülük” kabul edildiği bir toplumsal-kültürel anlayışta, kadın öznenin evlilik ve cinsellikle ilgili tercih, talep ve arzusu “meşru” görülmez. Kadının toplumsal/sembolik düzendeki bu ikincil konumu, hukuk önünde özerk özneliğinin tanınmasını da engeller. Ataerkil sembolik

03.04.2020). Mümkün diğer hukuki yorumların tahrif edilmesi hukuki cebri, makalenin diliyle hukuki “şiddeti” açığa çıkarır. O halde yargıcın her hükmü/yorumu daha baştan diğer yorumları geçersiz ilan ettiğinden daima bir şiddet eylemidir.

³³ COVER, s.40.

³⁴ COVER, Robert M.: “Şiddet ve Söz”, içinde Şiddetin Eleştirisi Üzerine, Aykut Çelebi (hazırlayan ve sunuş), çev. Ferit Burak Aydar, Metis Yayınları, İstanbul, 2010, s.187 vd.

³⁵ Fricker, tanıksal adaletsizliğin öznenin kimliği nedeniyle sistematik ve ısrarlı bir değer kaybına tabi tutulmasını *Bülbülü Öldürmek* kitabında yargılanan siyah Tom Robinson örneğiyle açıklar. Tom Robinson, beyaz genç bir kadına cinsel saldırı suçuyla yargılanır. Beyaz erkeklerden oluşan jüri için siyah bir erkeğin söylediğine güvenip beyaz bir kadına itimat etmemek psikolojik olarak imkânsızdır. İrkçi önyargısal stereotipler –tüm zenciler yalan söyler, zenciler ahlaksız varlıklardır- jürinin konuşan özneyi kavrayışında etkilidir. FRICKER, Miranda: *Epistemic Injustice, Power&Ethics of Knowing*, Oxford University Press, Oxford, New York, 2007, s.25.

³⁶ Fricker’a göre, homoseksüelliğin sapkın ya da ayıp olarak yorumlandığı bir kültürel-tarihsel bağlamda homoseksüel arzusunun meşru cinsel yönelim şeklinde anlam ifade etmemesi hermenötik adaletsizliktir. Homoseksüel özne kendi cinsel deneyimini yapısal önyargıların hüküm sürdüğü bir toplumda düzgün bir şekilde anlamlandıramaz. FRICKER, Miranda: “Forum On Miranda Fricker’s Epistemic Injustice: Power And The Ethics Of Knowing”, *Theoria* 61, 2008, s.70.

düzen normları hukuki yoruma sirayet ederek hermenötik adaletsizliğe; hukuki şiddete kurumsal bir kimlik kazandırır.

Zina, evrensel bir yasa değil de toplumsal cinsiyet normu kabul edildiğinde, kadının epistemik adaletsizliğin ve hukuki şiddetin öznesi konumunda olması değişebilir. O halde geriye Butler’ın deyişiyle (zina) normun(un) tarihselliğini irdelemek ve nihayet ürettiği eril tahakkümü ve hukuki şiddeti tartışmak kalır. Bundan sonraki başlık ve bölümde sırasıyla zina normunun common-law’daki kısa tarihi ve Türkiye’deki hukuki şiddete dönüşme pratiği ele alınacaktır.

C. Zina Normunun Tarihi Görünümü

Zina normunun farklı kültürlerde icra edilen düzenleyici bir toplumsal cinsiyet normu olduğu iddiasını ve hukuki norma dönüşmesinin tarihsel gelişimini common-law geleneğine kısaca göz atarak gösterelim. Zinanın toplumsal ritüel kimliğinden hukuki norma dönüşme süreci farklı kültürlerdeki ataerkil sembolik düzen normlarının tarihsel sürekliliğini de gözler önüne serer. Bu anlamda common-law, kocanın kadın üzerindeki hak sahipliğini evlilik kurallarıyla kurumsallaştıran ve modern/seküler muhtevaya büründüren bir örnek olması açısından kayda değerdir. Common-law’da zinanın toplumsal ve hukuki seyri, makalenin ikinci bölümünün, - Türkiye’de zinanın hukuki normu ve yorumu- tarihsel izleği; Batı toplumlarında ve modern hukukta ataerkil sembolik düzenin örneği şeklinde okunmalıdır.

Batı toplumlarında zina normunun izini süren Mergen’e göre, zina eden kadının zina eden koca karşısındaki eşitsiz konumunun kökeni Hammurabi Kanunlarında ve Asur yasalarında bulunabilir.³⁷ Hatta eskil yasalarda ve toplumlarda “kocanın karısına sadakatsizliği nadiren suç olarak kabul edilir.”³⁸ Hindu-Germen yasalarındaki zina suçu Roma yasalarına sirayet eder. Germen kabilelerinin ve Romalıların işgalinden sonra zina, İngiliz toplumunda yerleşik bir norm halini alır. Weinstein, İngiltere’de Germen kabilelerinin ve Romalıların işgalinden önce hısımlık temelinde ortak kadın eşlerin paylaşıldığını, işgalden sonra tek eşliliğin toplumda yerleşik bir norm haline geldiğini ve ardından zinanın “ciddi bir kusur” (wrong) kabul edildiğini yazar. Nedeni gayet basittir: “Zina ailenin soyzincirini lekeler, aile birliğini yıkar, erkeğin gururunu beş paralık eder.”³⁹ Tek eşliliğin toplumsal norm kabul edilmesiyle kadın, akraba erkeklerin soyu devam ettiren ortak nesnesi konumundan (eskil toplumsal cinsiyet normu), tek erkeğin (koca) üzerinde hak sahibi olduğu ikincil bir konuma (zinanın düzenleyici toplumsal cinsiyet normu olması) geçer. Kadınların ikincil konumu Hıristiyanlığın etkisiyle pekişir. Kilise hukukunda zina, ataerkil sembolik düzenin dini normuna dönüşür. Nihayetinde dini norm, 1857 tarihli *Evlilik Davaları Kanununda* (Matrimonial Causes Acts) hukuki bir norm; boşanma nedeni halini alır.

Common-law geleneğinde zina bir suç değildir, Kilise hukukunu ve mahkemelerini ilgilendiren bir meseledir. Ancak on yedinci yüzyılda boşanma yasalarının ortaya çıkışıyla birlikte common-law mahkemelerinde ceza davasının (suç) da konusu olmaya başlar. Zira 1857 tarihli *Evlilik Davaları Kanununa* göre evliliğin bozulması zina, işkence ve terk nedenlerine bağlıdır. Zina ceza mahkemelerinde ispatlandığında, taraflar common-law mahkemelerinde boşanabilmektedirler. Böylelikle Kilise yargısından “common-law” yargılarına değişen ve dönüşen “cinsel ahlak, evlilik, evlilik dışı cinsel ilişki, aile” gibi kavramlar modern/seküler bir muhtevaya bürünür.⁴⁰

Kilise hukukunda “günah”la damgalanan zinaya, common-law’da “ahlaki kusur” mührü basılır: Sivil otoriteler nezdinde evlilik birliğindeki sadakatsizlik adli soruşturmanın konusu olmaktan çıkar; “mahrem alandaki kusur” kabul edilir.⁴¹ Ünlü İngiliz yargıç Blacstone “ahlaki

³⁷ MEZGER, Fritz: “The Origin of a Specific Rule on Adultery in the Germanic Laws”, *Journal of The American Oriental Society*, 68(3), 1948, s.148.

³⁸ HOBHOUSE, L. T.: *Morals in Evolution*, part I, 174’den aktaran: MEZGER, s.145.

³⁹ WEINSTEIN, Jeremy D.: “Adultery, Law, and the State: A History”, *Hastings Law Journal*, 38(1), 1986, s.202, dipnot 42.

⁴⁰ WEINSTEIN, s.218.

⁴¹ Geç on yedinci yüzyıl İngiliz edebi ve yargısal metinlerini inceleyen Turner’a göre, erken modern dönemde kadın ve erkek “iffetsizliğine” ilişkin algı farklılaşmaya başlar. Başka bir deyişle, modern hukuk kadın aleyhine çifte bir standart belirler: Koca, karısının evlilik dışı cinsel ilişkisi nedeniyle boşanmak istediğinde, kadın üzerindeki hak sahipliğinin el değiştirmesinin olası zararları dikkate alınır. Buna karşın kocanın evlilik dışı cinsel ilişkisinde, erkeklerin kadınlar aracılığıyla hemcinsleri üzerinde iktidar ve otorite kurma kaygıları dikkate alınır. Haliyle cinsel ilişki, “gayrı meşru” sıfatını yargılanan kadın olduğunda alır. Erkek “boynuzlanan koca” olarak toplumda ve mahkeme salonlarında alay konusu olurken, kadın “gayrı meşru” cinsel ilişkinin ağırlığını tek başına omzunda bir yük, altında bir leke olarak

kusur”un hukuki gerekçesini kayıt altına alır: “Kanun zina nedeniyle kocayı, zinacı erkeğe karşı *cebren müdahalenin men’i davası* yoluyla memnun eder.”⁴² Diğer ifadeyle kocanın, karısı üzerindeki haklarının başka bir erkek tarafından izinsizce ihlal edildiği gerekçesiyle haksızlığa uğradığı ve zarar gördüğü varsayılır. Zarara uğrayan kocadır, karısının cinsel ilişkiye rızasının olması davanın esasına etki etmez. “Ahlaki kusur” kabul edilen zina, hukuken korunan menfaat kapsamına sokulur.⁴³

Common-law geleneğinde zina hâlâ “asli bir boşanma” nedenidir; yaygın ve yadırganan bir “kusur” olma özelliğini hiç kaybetmez. Kusura-dayanmayan boşanmayı düzenleyen 1996 tarihli *İngiliz ve Wales Aile Hukuku Kanunu* henüz yürürlüğe girmediğinden, 1973 tarihli *Evlilik Davaları Kanunu* (Matrimonial Causes Act)’na göre beş kusur-temelli boşanma nedeni arasında “zina” ilk sıradadır.⁴⁴ Kanuna göre boşanmak isteyen taraf, davalı tarafın zina ettiğini ve bunun birlikte yaşamı çekilmez kıldığını mahkemeye kanıtlamalıdır. Eşinin “gayri meşru” cinsel ilişkisini kanıtlaması beklenen taraf, mahkemeyi gayri meşru ilişki nedeniyle davalı ile yaşamamasının mümkün olmadığına da ikna etmelidir.⁴⁵

III. HUKUK-İÇİ SOYKÜTÜK: ZINANIN HUKUKİ NORMU VE YORUMU

Bu bölümde mülga TCK’deki zina suçu, Medeni Kanunda özel boşanma nedenleri arasında sayılan zina normu, Aile Mahkemelerinin ve Yargıtayın zina yorumu, kadının ataerkil sembolik düzendeki ikincil konumunun hukuka sirayet etmesi ve hukuki şiddeti kurumsallaştırması açısından analiz edilecektir.

A. Toplumsal Cinsiyet Farkına Dayalı Zina Normu ve Yorumu

1889 tarihli İtalyan Ceza Kanunundan alınan, 1926 yılında yürürlüğe giren 765 sayılı mülga TCK -1996/1998 yılında Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilen- m. 440 ve m. 441’de, zina suçunun maddi unsurları failin cinsiyetine göre iki farklı biçimde düzenlenir. Kanun koyucu ata-erk, kocanın karısı dışında başka bir kadınla cinsel ilişkiye girmesini zinanın asli bileşeni kabul etmek yerine, suçun sübut koşullarına ataerkil sembolik düzen normlarını yansıtır. Şöyle ki kocanın (1) başka bir erkekle evli olmayan bir kadınla, (2) karısıyla ikamet ettiği evde ya da herkesçe bilinen başka bir yerde, (3) karı-koca gibi yaşaması, suçun aranan şartlarıdır. Kanun diliyle ifade edelim: Evli bir erkeğin zina suçunun faili olması için, bekar bir kadının (başkasıyla evli olmayan) ya aile konutunda ya da başka bir konutta kuşkuya yer bırakmayacak bir şekilde “tutulması” gerekir. Erkeğin zinasında cinsel ilişki esaslı unsur değil *prima facie* bir cürümdür. 1926’dan 1996’ya kadar yasa koyucu iktidarın suç politikasının, kültürel yapının hoş gördüğü, toplumsal normların payelendirdiği erkeğin poligamik “aile” yatkınlığını tek eşli aile yapısına dönüştürme amacını bir kenara not edelim. Buna rağmen yetmiş yıl boyunca, mülga Ceza Kanunu ve yorumunda erkeğin zinasının cinsel ilişki anlamı geri plana itilir, yerine toplumsal cinsiyet hiyerarşisinin yalın hali -erkeğin birincil konumu- ikame edilir: Kocanın başka bir kadınla cinsel

taşır. TURNER, David M.: *Fashioning Adultery, Gender, Sex and Civility in England 1660-1740*, Cambridge University Press, 2004, s.13 vd.

⁴² “The law gives a satisfaction to the husband for it by action of trespass *vi et armis* against the adulterer.” BLACKSTONE, W.: *Commentaries* 140’dan aktaran: WEINSTEIN, s.219, dipnot 175.

⁴³ WEINSTEIN, s.192. Her ne kadar zina modern common-law’da suç olmaktan çıkarılıp karı-koca ilişkisindeki kusura indirgense de, pek çok modern ceza kanununda “yazısız yasa” biçiminde yürürlüğe sokulur. Amerika Birleşik Devletlerinin bazı eyaletlerinde kadın aleyhine tutulan eril seyir defteri, zinanın tahkir ediciliğini tahrik nedeni sayar. Teksas ve Georgia’da koca karısını “zina” ederken yakaladığında, jüri kararıyla, mütecavizi öldürmesini “aldatılan erkeğin öcü” şeklinde kodlayarak kurumsallaştırır. Roma hukukunda aldatılan erkeğin “karısını” öldürmesi *patria potestas* kabul edilirken, “modern” Amerikan mahkemeleri “gayri meşru sevgili”yi ya da “karısını” öldüren kocanın hıncını makulleştirir. Bir bakıma “gayri meşru” sevgiliyle “gayri meşru” cinsel ilişki kocayı tahrik ettiğinden jüri üyeleri katil kocayı haklı bulur. Kuşkusuz jüri üyelerinin kanaatlerine nüfuz eden “yazısız yasaların” yazılı görünüşleri de vardır: 1925 tarihli -1974 yılında yürürlükten kaldırılana kadar- Teksas Ceza Kanunu madde 1220’e göre, “koca tarafından karısıyla zina eden birine karşı işlenen adam öldürme suçu hukuka uygundur.” WEINSTEIN, s.229-230.

⁴⁴ STEWART, James/FLOYD, Edward/DZİOBON, Rebecca: *Family Law in the UK (England and Wales): Overview*, Global Guide, 2017. <https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com>. (Erişim: 07.02.2020).

⁴⁵ MCA 1973 m. 1/2a. Kanun, erkek modeline bağlılığını heteroseksüel kültürel normu hukuken korunması gereken değer mertebesine çıkararak kanıtlar: Zina farklı cinsiyetler arasında mümkündür. Zina kadın ve erkek arasında vuku bulursa kusurdur; aksi halde, yani eşin hemsinsiyle cinsel ilişkisi zinaya dayalı bir boşanma sebebi olamaz. STEWART, James/FLOYD, Edward/DZİOBON, Rebecca, s.5. Kuşkusuz farklı cinslerin cinsel ilişkisini kendine tema edinen yazılı yasa dilini boylu boyunca tartışmak bu makalenin sınırlarını aşar. Boşanma nedeni eş dışındaki herhangi biri değil; karşı cins olduğunda korunan menfaat hukukileşmektedir. Aşikâr ki kadının hemsinsiyle cinselliğinin, hukukun diline doladığı toplumsal cinsiyet rollerine ve kadının ataerkil konumlandırılışına bir zarar vermediği düşünülmektedir. STEWART, James/FLOYD, Edward/DZİOBON, Rebecca, s.5.

ilişkisi zina suçunu oluşturmaz; başka bir kadınla “karı-koca” gibi yaşaması gerekir. Oysa mülga Ceza Kanunu m. 440, hiçbir ayrıntıya girmez: “Zina eden karı hakkında altı aydan üç seneye kadar hapis cezası tertip olunur.” Zinanın faili kadın olduğunda, derme çatma delillendirilmiş bir söylenti ya da iftira zina suçunun sübutuna yeterlidir. Anayasa Mahkemesi, iki farklı cinsiyeti kanun önünde eşit görmeyen ilgili zina maddelerini oyçokluğuyla iptal etse de zina veya gayri meşru cinsel ilişkiyi haksız tahrik indirimine gerekçe kılan aynı sayılı mülga TCK m. 462’nin iptal başvurusunu 1998 yılında reddeder.⁴⁶ Zina veya gayri meşru cinsel ilişki nedeniyle failin cezasında yapılacak indirimin Anayasanın eşitlik ilkesine aykırı olmadığına karar veren Anayasa Mahkemesi, evlilik dışı cinsel ilişkinin haksız, erkek failin suçunun da tahrik altında işlendiğine karar verir. Adı geçen madde 2003 yılında yürürlükten kaldırılıncaya kadar zina ve gayri meşru cinsel ilişkinin bedeli, yargı yorumuyla kadına ödettilir.

Yargının “ailenin şerefi ve namusu” adına suç işleyen erkeği hukuken koruyup kollaması Ceza Kanunu ile sınırlı değildir. Zina, 2005 yılında yürürlüğe giren 5237 sayılı yeni Ceza Kanununda suç ve haksız tahrik olmaktan çıkarılır⁴⁷, fakat 2001 tarihli yeni Medeni Kanun m.161’de özel boşanma nedenlerinin ilki kalmaya devam eder. Medeni Kanunda zinanın yerinden edilmemesi, boşanma yargılamasını kadını “cezalandırma” etkinliğine çevirir. Oysa MK m. 161’de cinsiyet ayrımı yapılmaz: “Eşlerden biri zina ederse, diğer eş boşanma davası açabilir.” Gelgelelim, Aile Mahkemeleri ile Yargıtayın zinaya dayalı boşanma davalarındaki ‘muhakeme zinciri’ mülga Ceza Kanunu ve yorumundaki ataerkil sembolik düzen normlarını ‘saygı’yla devralır. Diğer deyişle, zinanın 765 sayılı mülga TCK’de kadın ile erkek arasında eşitsiz kodlanması, m. 462’de kadının “gayri meşru” cinsel ilişkisinin erkek faili haksız tahrik ettiğinin varsayılması, zina nedenine dayalı boşanma davalarının yorumunda örtülü bağlayıcılığını ve geçerliliğini sürdürür. Aile Mahkemeleri ile Yargıtay kararları, kadın zinası boşanma davasının konusu olduğunda, mülga TCK’nin eril tahakkümü meşrulaştıran yorumlarına zımni atıflarla doludur.

Yargının istikrarlı eril tahakküm etkinliğinin başında, kadının zinası ve tam kusurlu ilanı için maddi gerçeğin –cinsel ilişki- varlığına değil, delaletine yönelik tanık beyanlarının ‘yeter de artar’ delil kabul edilmesi gelir. Boşanma davalarında kadın zinasının “ispatına” yönelik delillerin önyargılı seçilmesi, yaygın bir epistemik adaletsizlik (tanıksal adaletsizlik) türüdür. Kocanın boşanma talebi karısının zinasına dayandığında, kadının konuşan özne sıfatıyla söylediklerine, sunduğu delillere, beyanlarına ve taleplerine itibar edilmez. Kadının toplumsal/sembolik normlara göre zinaya delalet ettiği varsayılacak herhangi bir eylemi, kolaylıkla zinanın “ispatı” şeklinde yorumlanır. Kocanın sunduğu deliller kadının zinasını ispatlayamadığı durumda mahkemeler, evlilik birliğinin temelinden sarsılmasının tüm kusurunu aynı delillere dayanarak kadına yükler. Sözelimi kadının evlilik birliğinin temelinden sarsılması (MK m. 166/1), erkeğin zina (MK m.161) sebebine dayalı açtıkları boşanma davasında Aile Mahkemesi, kocanın zina iddiasına dayalı boşanma talebini reddeder. Aile Mahkemesine göre, kuaför salonunda müdür kadının, patronu B.Y ile “dükkanın içinde telefonla mesajlaştıkları”, “Nişantaşı’nda samimi bir şekilde sarmaş dolaş evli bir kadının yapmaması gereken şekilde dolaşması”, “bakışmaları”, “ağda odasından on dakika sonra çıkmaları” ve “çıkarken üstünü düzeltmesi”, “vücut dilinden aralarında bir ilişkinin olduğu”⁴⁸ şeklindeki tanık beyanları zinanın ispatına değil, evlilik birliğinin temelinden sarsılmasında kadının tam-kusurluluğuna delil teşkil eder. Buna karşın Yargıtay, aynı tanık beyanlarına bir çırpıda başka bir anlam yükler: Kadının duygusal ilişkisini

⁴⁶ Mülga TCK m. 462: “Yukarıda geçen iki fasılda beyan olunan filler, zinayı icra halinde veya gayri meşru cinsî münasebette bulunduğu esnada meşhuden yakalanan veya zina yapmak veya gayri meşru cinsî münasebette bulunmak üzere yahut henüz zina yapmış veya gayri meşru cinsî münasebette bulunmuş olduğunda zevahire göre şüphe edilmeyecek surette görünen bir koca veya karı yahut kız kardeş veya füruğdan biri yahut bunların müşterek faili veya her ikisi aleyhinde karı veya koca yahut usulden biri veya erkek veya kız kardeş tarafından işlenmiş olursa failin muayyen olan cezası sekizde bire indirilir ve ağır hapis cezası hapis cezasına tahvil olunur. Müebbet ağır hapis cezası yerine dört seneden sekiz seneye ve idam cezası yerine de beş seneden on seneye kadar hapis cezası verilir.” Ayrıca bkz.; HAMZAOĞLU, Mehtap/KONURALP, Emrah: “Türk Hukuk Sisteminin ‘Namus’la İmtihanı: Ulusal Mevzuat ve Uluslararası Düzenlemeler Açısından Namus Cinayetleri”, Marmara Üniversitesi Kadın ve Toplumsal Cinsiyet Araştırmaları Dergisi, 2(2), 2018, s.71 vd.

⁴⁷ Yeni TCK’nin kadını erkeğin “namusu” görüp, koca şiddetini “haksız tahrik indiriminden” nasıplendiren Yargıtay kararlarının toplumsal cinsiyet ve ataerkil normlarla ilişkisini gösteren öncü ve özgün bir çalışma için bkz.; DOĞAN, Recep: *Namus, Töre ve Eril Şiddet*, Ütopya Yayınları, Ankara, 2016.

⁴⁸ İstanbul 1. Aile Mahkemesi, Esas: 2014/202, Karar: 2016/98.

“cinsel”, güven sarsıcı davranışını zinanın “ispatı” şeklinde yorumlar.⁴⁹ Makalenin diliyle ifade edelim: Yargıtay, tanık beyanlarını, zinanın toplumsal/sembolik anlamına göre; yani tanıklar kadının zina etmesinden ne anlıyorlarsa, ona göre yorumlar. Tanıkların hüküm verici yargılarına bağlı kalan bir yorum, epistemik adaletsizliği hukuki şiddete dönüştürür.

Ne var ki boşanma davasının konusu erkek eşin zinası olduğunda, davacı kadının sunduğu deliller veya tanık beyanları aynı etkiyi yaratmaz. Aile Mahkemesi ve Yargıtayın pek çok kararında kocanın başka bir kadınla cinsel ilişkisi ya da sadakat yükümlülüğüne aykırı davranışı zina değil “güven sarsıcı davranış” şeklinde yorumlanır. Nitekim Aile Mahkemesi kocanın zinasına dayalı bir boşanma davasında, maddi gerçeği –cinsel ilişki- apaçık gösteren delilleri “zina boyutuna ulaşmayan güven sarsıcı davranış” kabul eder: “Davalı erkeğin (...) başka bir kadınla duygusal ilişkisi olduğu, (bu kanaate Aksaray 1. Asliye Ceza Mahkemesinin (...) dava dosyasındaki fotoğraflar, tanık beyanları, dosyadaki mevcut görüşme kayıtlarının incelenmesi ve değerlendirilmesi sonucunda ulaşılmıştır) (...) Fakat başka bir kadınla duygusal ilişki vakası bu aşamada zina boyutuna ulaşmadığından bu eylem sadece güven sarsıcı davranış olarak davacının diğer boşanma talebinde dikkate alınmıştır.”⁵⁰

Yargıtay, yukarıdaki Aile Mahkemesi kararını, kocanın başka bir kadınla ilişkisinin duygusal değil “cinsel” olduğunun ispatlandığı gerekçesiyle bozar. Şaşırtıcı olmayan bir şekilde Yargıtay, boşanma davasında erkek zinasını mülga TCK’de düzenlendiği gibi “başka bir kadınla birliktelik yaşamak” şeklinde anlamlandırır: “(...) Davalı erkeğin evli bir kadının evinde olduğunu gösteren fotoğrafların olduğu, dosyamız davalısı erkeğin diğer kadının eşinin şikayetiyle konut dokunulmazlığını ihlal suçundan ceza aldığı, tanık beyanında da belirtildiği üzere, erkeğin aleyhine uzaklaştırma kararı verildiği, bu kadının yanında kaldığı, gerçekleşen bu durumlar karşısında erkeğin bir başka kadınla birliktelik yaşadığı anlaşılmaktadır. Bu durumda, davalı erkeğin zinası ispatlanmıştır.”⁵¹

Yargıtaya göre kocanın zinası iddiası, kesin delillerle -tanık beyanları, fotoğraflar, bilirkişi raporları ve mahkeme kararları- ispatlanmalıdır. Kocanın başka bir kadınla ilişkisinin “duygusal” veya “güven sarsıcı eylem” değil de zinanın ispatı sayılabilmesi kuşkuyla yer bırakmayacak delillerle ortaya koyulmalıdır. Buna karşın kadının başka bir erkekle herhangi bir ilişkisinin –iş, arkadaşlık, duygusal-, hatta ilişki söylentisinin tanık beyanıyla desteklenmesi zinanın ispatına yeter de artar. Kocanın ortak konuta kamera yerleştirerek⁵², otel basarak⁵³ hukuka aykırı ve kötü niyetle elde ettiği delilleri sorgusuz sualsiz kadın zinasının “ispatı” haline getiren yorumlar, epistemik adaletsizliğin başka bir görünümüdür.

⁴⁹ “Yapılan yargılama, toplanan deliller ve dinlenen tanık beyanlarından davacı-davalı kadının B.Y. isimli kişi ile birlikte olduğu anlaşılmaktadır. Bu durumda kadının, dava tarihi itibarıyla zinası ispatlanmış olup erkeğin birleşen MK m.161’de zina hukuksal nedenine dayalı davasının da kabulüne karar verilecek yerde (...)” Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, Esas: 2016/23539, Karar: 2018/10064.

⁵⁰ Aksaray 2. Aile Mahkemesi, Esas: 2017/94, Karar: 2017/407.

⁵¹ Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, Esas: 2017/4249, Karar: 2018/11761.

⁵² “(...) Davacı koca dilekçesinde: Davalının müşterek haneye yabancı erkek almaya başladığını da öğrendiklerini, davacının bu durumu öğrendikten sonra evin girişine kurduğunu kamera sistemi sayesinde daha önceden tanımadığı bir şahsı davalı eşinin eve aldığını tespit ettiğini, evlilik birliğinin temelinden sarsıldığını (...) Davalı kadın dilekçesinde: 2006 yılında davacının uygunsuz davranışları ve alkol bağımlılığı sebebiyle iş akdinin fesh edildiğini, davacının işten ayrılmasının verdiği sıkıntı ile davalı hakkındaki olumsuz düşüncelerinin arttığını, aynı çatı altında yaşayamaz hale geldiklerini, davacının, davalı eşini ve müşterek çocuklarını evden kovduğunu, aile dostlarının araya girmesi sonucu yeniden eve aldığını, bu defa kendisinin evden ayrılarak ailesinin yanına yerleştiğini, mal rejiminin değiştirilmesi ve katılım payı alacağına yönelik dava açtığını, davacının dava sebebi olarak ileri sürdüğü zina suçunun gerçekleşmediğini, davacının bu boşanma sebebinin zinaya dayandırmasının MK m. 236’da yer alan haktan faydalanmaya yönelik olduğunu, davacının bu iddia ile elde etmek istediği yararın boşanma değil artık değerler ile ilgili beklentileri olduğunu, kamera kayıtlarındaki kişinin davalı ve ailesine yakın aile dostları olduğunu, bu nedenle dayanaksız açılan davanın öncelikle reddine (...)” Adana 2. Aile Mahkemesi, Esas: 2007/1028, Karar: 2008/439.

⁵³ Davacı kocanın tanığı: “Bu sene Ocak ayında davacıdan, eşinden şüphelendiğini duyduğunu, kendisine ait araba ile eşini takip etmelerini istediğini, bunun üzerine davacı ile birlikte davalıyı müşterek olarak oturdukları evden çıktığı andan itibaren takip etmeye başladıklarını, davalının yürüyerek Ümraniye’ye geldiğini, orada Megane marka arabanın ön sağ koltuğuna oturduğunu, arabayı bir erkeğin kullandığını, Polonezköy’e doğru gitmeye başladıklarını, kendilerinin de arkadan takip ettiklerini, arabanın Polonezköy’de bir pansiyonun önünde durduğunu, davalı ile yanındaki erkeğin pansiyona girdiklerini, kendilerinin de arabadan indiklerini, davacının pansiyona girmek istediğini ancak görevlilerin izin vermediklerini, bunun üzerine jandarma karakoluna gittiklerini, görevlilerin bir şey yapamayacaklarını söylemeleri üzerine yeniden pansiyonun önüne geldiklerini, Sedat Bey’in bağırıp çağırmaya başladığını, pansiyonun kapısını kırdığını, jandarmaların olay yerine geldiklerini, daha sonra davalının pansiyonun arka kapısından çıkarıldığını duyduğunu beyan etmiştir.” Üsküdar 3. Aile Mahkemesi, Esas: 2012/40, Karar: 2012/722.

Yargıtayın kadın zinasındaki yorum şiddeti, zinaya delalet eden olguların sınırlarını pervasızca genişleterek devam eder. Yargıtayın çoğunluk görüşüne katılmayan 2014 tarihli bir karşı oy yazısı, delillerin zinaya “delalet etmesini”, eril merkezli bakış açısını yansıtan bir kıvraklıkla, zinanın “gerçekleşmesi” şeklinde yorumlar: “Mahkeme kadının gerçekleşen bu eylemini ‘güven sarsıcı tutum ve davranış’ olarak değerlendirmiştir. Oysa evli bir kadının, teyzesinin oğlu da olsa otuz yaşında bir erkekle tatile gidip, aynı otelde kalması ve bu kişiyi birkaç kere kocası evde yokken geceleyin müşterek konuta alması zinaya delalet eder. Dosyadaki deliller karşısında kadının zinası gerçekleşmiştir.”⁵⁴

Yargıtayın yorum şiddetini ve eril tahakküm etkinliğini doktrine atf yaparak geçersiz kılmaya çalışan az sayıdaki Aile Mahkemesi kararlarından da söz edelim. Bir Aile Mahkemesi evli bir kadının eşi vefat etmiş bir erkeğin evinde ücret karşılığında annesine bakma amacıyla yatılı kalmasını zinanın ispatı kabul etmez. Neyin zina neyin sadakatsizlik şeklinde yorumlanması gerektiğini “bilimsel görüşlere” değinerek açıklar: “Zina, evli bir erkeğin eşinden başka bir kadınla evli bir kadının da eşinden başka bir erkekle cinsel ilişkide bulunması ya da ilişkide bulunmaya teşebbüs etmesidir. Başkası ile samimi şekilde konuşma, el ele gezme, cinsel ilişki dışındaki (...) davranışlar sadakatsiz davranışlar olup, zina nedeniyle boşanma nedeni olamaz, bu gibi hallerde sadakatsizliğe ve çekilmezliğe dayalı boşanma davası açılabilir. (Bkz: Özuğur, Ali İhsan, *Boşanma, Ayrılık ve Evlenmenin İptali Davaları*, Ankara 2011, s.66).”⁵⁵ Yargıtay, Aile Mahkemesinin kararını onaylar. Gelgelelim çoğunluğun onayladığı görüşe katılmayan bir Yargıtay üyesi, hukuki şiddeti yorumuna zerk eder: “Davalının, eşi vefat etmiş olan Halil’e ait evde, bu kişinin annesine bakmak için de olsa, yatılı olarak kalması zinaya delalet eder. MK m. 161’de yer alan boşanma sebebi ispatlanmıştır.”⁵⁶ Yargıtay üyesine, ‘kocanın aynı durumda olması aynı yorumu/sonucu doğuracak mıydı?’ sorusunu sorup yanıtını biz verelim: Boşanmanın konusu kadının herhangi bir erkekle –cinsel ilişkisi şöyle dursun- herhangi bir ilişkisiyse, hukuk ataerkil sembolik düzen normlarını tereddütsüz hukuki normun yorumuna yansıtır.

B. Koca Şiddeti (<) Kadın Zinası

Zinanın hukuk-içi ve hukuk-dışı soykütüğünde eril tahakkümün hüküm sürdüğü iddiasının en çarpıcı kanıtı, Yargıtayın kadın zinasını koca şiddetinden daha ağır bir kusur kabul etmesidir. Yargıtay, kocanın karısına fiziksel şiddet uygulaması ile kadının kocası yerine başka bir erkekle zinaya delalet edebilecek herhangi bir ilişkisinin olması arasında kusur hiyerarşisi kurar: Koca şiddeti kadın zinasından daha küçüktür! Öyle ya, kadının bedeni üzerinde *abusus, fructus* ve *usus* hakkı kocanıdır. Kocanın menfaatini koruyan Yargıtay kararlarının teşvik ve teskin edicisi de ataerkil sembolik düzen normlarıdır. Koca şiddeti ve kadın zinası karşı karşıya geldiğinde Aile Mahkemesi çoğunlukla yumuşak geçişli bir yol tutturmaya çalışır: Tarafları eşit kusurlu gören yorumlar icat eder. Buna karşın Yargıtay reji koltuğuna kurulu eril tahakkümü hızlıca yorumuna yerleştirir. Sözelimi koca şiddetine maruz kalan kadının zina ettiği “ispat”landığında, tarafların kusurlarını eşit gören Aile Mahkemesinin⁵⁷ bir kararını Yargıtay şu gerekçeyle bozar: “Mahkemece, davacı kocanın şiddet uyguladığı, davalı kadının da zinası nedeniyle, taraflar eşit kusurlu kabul edilerek MK m.161 uyarınca boşanmalarına karar verilmiş ise de, yapılan yargılama ve toplanan delillerden, zina ilişkisi içerisinde olan kadının, davacı kocaya nazaran ağır kusurlu olduğu anlaşılmaktadır. Ağır kusurlu eş yararına yoksulluk nafakası verilmez. (MK m.175) (...) Davalı kadın ağır kusurlu olup, kadının eylemi davacı kocanın kişilik haklarına saldırı niteliğindedir. O halde koca yararına uygun miktarda manevi tazminata (MK m.174/2) hükmedilmesi gerekir.”⁵⁸

Yargıtayın yukarıdaki ‘muhakemesinden’, korunmaya değer görmediği hukuki menfaatin kadının menfaati olduğu kolaylıkla anlaşılabilir. Hukukun kadının menfaatini korumaması hermenötik adaletsizliktir. Hermenötik adaletsizlik, kadının hukuk önünde özerk bir özne statüsünde görülmemesi, özerk özneliğinin ortak anlayışta (ataerkil sembolik düzende) bir karşılığının da olmamasıdır. Yargıtay ataerkil sembolik düzen normlarını yorumuna taşıdığına,

⁵⁴ Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, Esas: 2014/20635, Karar: 2015/9686.

⁵⁵ Kınık Asliye Hukuk Mahkemesi (Aile Mahkemesi Sıfatıyla), Zina Nedeniyle Boşanma, Esas: 2011/35, Karar: 2011/229.

⁵⁶ Yargıtay 2. Hukuk Dairesi (Boşanma), Esas: 2012/5871, Karar: 2012/25635.

⁵⁷ Ankara 2. Aile Mahkemesi, Esas: 2012/1599, Karar: 2013/1051.

⁵⁸ Yargıtay 2. Hukuk Dairesi (Boşanma-Temyiz), Esas: 2013/23053, Karar: 2014/7166.

koca şiddetinin meşruluğunu, kadın zinasının ağır kusurunu tasdik etmiş olur. Şiddet ile zinanın boşanmanın nedeni yapıldığı davalarda, hem kadının hukuk önünde ikincil konumu onaylanır hem eril tahakküm hükmün *ratio decidendi*'si olur. Aile Mahkemesinin koca şiddeti ve kadın zinasında tarafların kusurlarını boşanmanın fer'ileri açısından dengelemeye çalışan başka bir kararını⁵⁹ onaylayan Yargıtayın çoğunluk görüşüne katılmayan bir karşı oy 'gerekçe'si kadının "ağır kusurluluğunda" ısrar eder. Yargıtay üyesine göre zina eden kadın, kendisine şiddet uygulayan kocaya tazminat vermelidir: "Kadın eşin zinası sebebiyle boşanma kararı verildiği halde erkek eşin manevi tazminat isteminin reddine karar verilmesi isabetsizdir. Zina yapan bir kadının manevi tazminat ödemekten muafiyeti hiçbir sebeple düşünülemez."⁶⁰ Yargıtay üyesinin yorumundaki söz dizimi hermenötik adaletsizliği (kadınlar hukuk önünde özerk bir özne değildir) açık bir 'muhakeme' formunda ifade eder: "Zina yapan kadının (...) hiçbir sebeple düşünülemez." Yargıcın yorumundaki bu açık adaletsizlik formu ("hiçbir sebeple"), zina yargısında eril tahakküm güdümündeki "ortak anlayış" (ataerkil sembolik düzen) normlarının referans alındığını gösterir. Zira Yargıtay üyesinin ağır kusuru kadına yükleyen yorum şiddeti herhangi bir temellendirmeye ya da haklılaştırmaya usulen dahi başvurmaz.⁶¹

Zina yargısı, kadın aleyhine hukuki şiddet üretmenin bereketli toprağıdır. Toprağı Yargıtay ekip biçtikçe yorum şiddeti emsal karar (*ratio decidendi*) haline gelir ve Aile Mahkemeleri de kadın zinasını koca şiddetinden daha ağır kusur kabul eder: "Sadakatsizlik toplumumuzun genel değer yargılarına, örf ve adetlerine göre dayak olayından daha kusurlu bir davranıştır. Yerleşmiş Yargıtay uygulamaları da bu yoldadır."⁶²

Medeni Kanunda özel boşanma sebeplerinden "hayata kast, pek kötü veya onur kırıcı davranış" ile "zina" arasında değer hiyerarşisi olduğu iddiasını ileri sürecek olası safdil itirazları şimdilik bir kenara bırakalım ve olgulara (zina-şiddet) eşit kusur atfederek eril tahakkümü nispeten hafifletmeye çalışan bir Aile Mahkemesi kararını ve Yargıtayın yorum şiddetini irdelemeye devam edelim.

C. Kadın Zinası (>) Değildir Koca Şiddeti

2015 tarihli bir kararında Erzurum Aile Mahkemesi, kadın zinasının iddia ve koca şiddetinin beyan edildiği bir boşanma davasında tarafları eşit kusurlu kabul eder.⁶³ Aile Mahkemesi yargıcı, kadının kocasından şiddet gördüğü beyanını tarafların kusur derecesinin hesaplanmasında dikkate alır. Başka bir ifadeyle, kocanın şiddetini yok sayıp kusuru topyekün zina eden kadına yüklemes. Az bulunur bir argümanlaştırmayla, somut olayın özelliklerini ayrı ayrı hükmün esasına etki ettirir. Tanık beyanlarından, bilirkişi raporlarına kadar yargıcın yorumunda hukuken korunan menfaat kanun önünde eşit iki öznenin hakları ile hakkaniyettir. Ne var ki Yargıtay, hermenötik adaletsizliği farklı bir yorum şiddetiyle yineleyerek kararı bozar:

Davacı-karşı davalı erkek, dava dilekçesinde 'kadının zinası ve evlilik birliğinin temelinden sarsılması' sebeplerine dayalı boşanma talebinde bulunmuştur. Bu durumda davacı-karşı davalı erkek boşanma sebebi olarak hem zina (MK m.161) hem de evlilik birliğinin temelinden sarsılmasını (MK m.166/1) göstermek suretiyle özel ve genel boşanma sebeplerine dayanarak dava açmıştır. Mahkemece evlilik birliğinin temelinden sarsılması hukuki sebebine dayalı olarak boşanma kararı verilmiş, zina sebebiyle açılan boşanma davası yönünden olumlu ya da olumsuz bir karar verilmemiştir. Mahkeme, tarafların talep sonuçlarıyla bağlı olup; her bir talep hakkında ayrı ayrı verilen hükmü, kararın sonuç kısmında göstermesi gerekir (HMK, m.26). O halde davacı-karşı davalı erkeğin zina hukuki sebebine dayalı

⁵⁹ "Davacı-davalı kadın; kendisinin öğretmen olduğunu, ayda 1.500 TL aldığını, davalının ise (...) doktor olduğunu, aylık 10.000 TL aldığını, davalının kendisine şiddet uyguladığını, çirkin iftiralarda bulunduğunu, daha önce boşanmak için dava açtıklarını ancak davalının boşanırsan seni öldürürüm diye kendisini tehdit etmesi üzerine vazgeçmek zorunda kaldığını, evlilik birliğinin temelinden sarsıldığını (...), davalı-davacı koca; davacının güven sarsıcı davranışlarının olduğunu, davacıyı takip ettirerek zina ettiğini öğrendiğini, evlilik birliğinin temelinden sarsıldığını ancak bunda davacının kusurlu olduğunu (...) Aile Mahkemesi; davalı M.Ş.Ö'nin davacı A.Ö'ye şiddet uyguladığı, güven sarsıcı davranışlarının olduğu, davacı A.Ö'nin de zina ettiği, tarafların eşit kusurlu davranışları nedeniyle evlilik birliğinin temelinden sarsıldığı anlaşılmalı asıl davanın ve karşı davanın kabulüne, tarafların m. 166/1 ve m. 161 gereğince boşanmalarına, davacı A.Ö'nin manevi tazminat talebi, karşı davacı M.Ş.Ö'nin maddi ve manevi tazminat talebinin eşit kusurlu davranışları nedeniyle reddine, davacının tedbir ve yoksulluk nafakası taleplerinin öğretmen olması nedeniyle reddine (...)" Bursa 3. Aile Mahkemesi, Esas: 2009/1167, Karar: 2010/970.

⁶⁰ Yargıtay 2. Hukuk Dairesi (Karar Düzeltme), Esas: 2012/16555, Karar: 2012/23039.

⁶¹ Davalı kadına şiddet uyguladığı gerekçesiyle hapis cezasına çaptırılan koca, boşanma davasında karısının zinasına delalet eden delil sunduğunda, kusuru hafifletici nedenle azaltılır. Üsküdar 3. Aile Mahkemesi Esas: 2012/40, Karar: 2012/722.

⁶² Mersin 3. Aile Mahkemesi, Esas: 2007/323, Karar: 2008/1025.

⁶³ Erzurum 2. Aile Mahkemesi, Esas: 2014/119, Karar: 2015/698.

boşanma isteği hakkında olumlu ya da olumsuz bir hüküm kurulması gerekirken, bu husus üzerinde durulmadan karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir.⁶⁴

Yargıtay, “evlilik birliğinin temelinden sarsılması” gerekçesiyle boşanma kararı veren Aile Mahkemesine, yargılama usulünden söz ederek davacı kocanın zina sebebine dayalı boşanma talebini de göz ardı etmemesi gerektiğini hatırlatır. Biz de Yargıtaya Medeni Kanun m.184’ü hatırlatalım: “Boşanmada yargılama, aşağıdaki kurallar saklı kalmak üzere Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununa tabidir: 1. Hâkim, boşanma veya ayrılık davasının dayandığı olguların varlığına vicdanen kanaat getirmediğiçe, bunları ispatlanmış sayamaz (...) 3. Tarafların bu konudaki her türlü ikrarları hâkimi bağlamaz. 4. Hâkim, kanıtları serbestçe takdir eder.” Yargıtayın bozma gerekçesini, ataerkil sembolik düzen normlarının izdüşümleri bağlamında tartışmayı bir süreliğine erteleyip hüsniyetle yorumlayalım. Yargıtayın ‘boşanma davasında zinaya ilişkin talep ve delillerin neden hükme esas alınmadığı gösterilmelidir’ serzenişinin arkasında Aile Mahkemesinin, Asliye Hukuk Mahkemesi gibi, talep ve delillerle bağlı olduğuna ilişkin ‘kanaati’ yatar. Oysa Medeni Kanun, boşanmanın yargılama usulünü ve *esasını*, başka hiçbir yargılamada olmadığı kadar yargıç ekseninde serbestleştirir: Yargıç (1) taraflar atılı kusur isnadını ikrar etse dahi bununla bağlı değildir, (2) her türlü delili, zorunlu neden-sonuç ilişkisi kurmadan serbestçe takdir edebilir, (3) olguların varlığına talep, ikrar ve delille değil vicdanen kanaat getirmelidir. Dolayısıyla Yargıtayın ‘Aile Mahkemesinin tarafların talep sonuçlarıyla bağlı olduğu’na ilişkin bozma gerekçesi, MK m.184’te yargıca tanınan talep ve delilleri hukuken nitelendirmedeki ‘özel’ yetkiyi ıskartaya çıkarır. Somut olayda davalı kadının boşanma sebebi (talebi) evlilik birliğinin temelinden sarsılmasıdır. Davacı erkeğin dayandığı boşanma sebebi (talebi) zina ve evliliğin temelinden sarsılmasıdır. Aile Mahkemesi yargıç, kocanın kadın eşe fiziksel şiddet uyguladığını ve zora dayalı cinsel ilişkide bulunduğunu, görücü usulüyle evlendirildiklerini tarafların kısmi ikrarından, tanık beyanlarından öğrenir. Öte yandan kadın eşin, kocasıyla arasında herhangi bir bağ olmaması nedeniyle başkasıyla duygusal ve cinsel ilişkiye girdiği de davacı koca tarafından iddia edilir. Aile Mahkemesi yargıç, davanın hukuki nitelendirmesinde tarafların beyanlarının veya ikrarlarının olguların varlığını ispat ettiğine ve delillerin beyanları/ikrarları desteklediğine vicdanen kanaat⁶⁵ getirir. Hükmünü, MK m.184’e uygun bir şekilde, -taleplerin dayandığı sebeplere değil- vicdanen kanaat getirdiği hukuki nedenlere dayandırır: “Tüm dosya kapsamı ile tanık beyanları birlikte değerlendirildiğinde taraflar arasında müşterek hayatı temelinden sarsacak derecede ve birliğin devamına imkân vermeyecek nitelikte bir geçimsizlik mevcut ve sabit olmakla olayların akışı karşısında bu şartlar altında eşleri birlikte yaşamaya zorlamanın artık kanunen mümkün görülmemesine ve de evlilik birliğinin devamında taraflar ve toplum (kamu) için bir fayda kalmadığı anlaşıldığına göre, tarafların MK m.166/1 gereğince davanın kabulü ile şiddetli geçimsizlik nedeni ile boşanmalarına karar verilmiştir.”⁶⁶ O halde Yargıtayın ‘kanaatini’ düzeltelim: MK m.184’e göre, yargıçın boşanma davasındaki talep, delil ve beyanların yorumunda geniş bir takdir yetkisi vardır, takdir yetkisini de hakkaniyete (MK m.4) uygun kullanması gerekir.⁶⁷

⁶⁴ Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, Esas: 2017/2992, Karar: 2017/8145. Aile Mahkemesinin kararına konu çekişmeli boşanma davasında, davacı tarafın dilekçesine atfedilen MK m. 161’e -zina talebine- ilişkin bir açıklama yok. Davacı tarafın zinaya ilişkin boşanma talebini Yargıtayın bozma gerekçesinden öğreniyoruz.

⁶⁵ Hukuk yargılamasında veya boşanma davasında “vicdani kanaat”ten ne anlaşılması gerektiğini tartışmak şimdilik bu makalenin sınırlarını aşıyor.

⁶⁶ Erzurum 2. Aile Mahkemesi, Esas: 2014/119, Karar: 2015/698.

⁶⁷ Medeni yargılama usulünde yargıç, tarafların talepleriyle bağlıdır, fakat tarafların subjektif haklarına ilişkin taleplerinin dayandığı somut olayı hukuken nitelendirmek bunun dışındadır. Dava dilekçesinde gösterilen iki farklı hukuki sebep ya da talepten hangisine göre yargılama yapılacağına, vakıaların hukuken nasıl nitelendirileceğine, iddianın ispatına yönelik delillerin taleple –hukuki sebeple- nasıl ilişkilendirileceğine; yani talep edilenin hukuken ne şekilde sonuçlanacağına karar verme yetkisi yargıçındır. Şayet Yargıtay “talep sonuçla bağlılık”la (“zina hukuki sebebine dayalı boşanma isteği hakkında olumlu ya da olumsuz bir hüküm kurulması gerekirken”), Aile Mahkemesinin gerekçesinde, ‘zina iddiası ispatlanamamıştır’ ya da ‘zinaya dayalı boşanma talebinin reddi gerekir’ gibi ifadelerin usul hukuku gereği (HMK m. 26) açıkça beyan edilmesi gerektiğini iddia ediyorsa, bozma kararı hukuka uygun kabul edilebilir. Ne var ki Yargıtay, Aile Mahkemesinin neden özel boşanma sebebini tercih etmediğini, tersinden ifade edelim, neden genel boşanma sebebini tercih ettiğini sorguluyorsa, bozma gerekçesi, talep, beyan ve delillerin serbestçe ve vicdanen takdir edilmesine ilişkin MK m. 184’teki özel yargılama usulüne aykırıdır. Nitekim MK m. 184, boşanma yargılamalarında yargıca, tarafların iddia ve taleplerine ilişkin sundukları delilleri, olguların ispatı şeklinde yorumlama değil “serbestçe takdir etme” yetkisi tanır. Buna göre Yargıtayın gerekçesi, Aile Mahkemesinin somut olayın bütün özelliklerini dikkate alarak talep ve delilleri vicdanen kanaat getirdiği hukuki sebeplere göre yorumlama yetkisini yok sayar. Aile Mahkemesi boşanmanın hukuki sebebini zina talebi/iddiası yerine evlilik birliğinin temelinden sarsılması talebine göre belirlediğinde, “taleple bağlılık” ilkesine hâlâ riayet etmektedir. Zira yargıçın, –somut olayı ve delilleri

Kadın zinası ile koca şiddeti arasında kendinden menkul bir yorumla kusur hiyerarşisi icat eden Yargıtayın, vakayı adiyeden koca şiddetini vakayı adliyeye devşirme sınırlarının sınır tanımayan hukuk-dışılığını yukarıdaki gibi hüsniyetle yorumlamanın da bir sınırı vardır. Zira Yargıtayın koca şiddetini kadının kişilik haklarının ihlali saymayıp kadının zinasını kocanın kişilik haklarının ihlali sayan aşağıdaki kararı, hüsniyete sığdıramayacak kadar hukuki şiddet yükklüdür: “Mahkemece davacı kocanın şiddet uyguladığı, davalı kadının da zinası nedeniyle taraflar eşit kusurlu kabul edilerek MK m.161 uyarınca tarafların boşanmalarına karar verilmiş ise de (...), boşanmaya sebep olan olaylarda davalı kadın ağır kusurlu olup, kadının eylemi davacı kocanın kişilik haklarına saldırı niteliğindedir. O halde koca yararına uygun miktarda manevi tazminata (MK m.174/2) hükmedilmesi gerekirken, reddi doğru olmayıp bozmayı gerektirmiştir.”⁶⁸

Kocanın manevi tazminatı hak ettiğini ilan eden Yargıtaya “neye istinaden” sorusunu sormak hüsniyetin değil naifliğin tezahürü olurdu hiç şüphesiz. Yargıtayın kadın zinasını koca şiddetinden daha ağır “ahlaki kusur” görerek yoktan var ettiği kusur hiyerarşisinin ataerkil düzen yanlılığı, hukuki şiddeti sürekli dolaşıma sokarak kurumsallaştırır.

IV. SONUÇ

“Gayri meşru cinsel ilişki” ataerkil sembolik düzenin düzenleyici normudur. Zina, kadına erkek özne karşısında “tabi” ya da “ikincil” konum bahşeden ataerkil sembolik düzeni yapılandıran bir toplumsal cinsiyet normudur. Zinayı kayıt altına alan hukuki normlar ve yorumlar, kadının ataerkil sembolik düzendeki konumunu sonu gelmez bir şekilde sabitler. Başka bir deyişle, boşanma gerekçesi zina, ataerkil sembolik düzen normlarından soyutlanarak, toplumsal cinsiyet körü hukuki bir kavram gibi yorumlanmaz. Mahkeme ya da yargıç zinayı ve kadını, hukuk düzeninin kendine biçtiği kural ve ilkelere göre değil zinanın toplumsal/sembolik anlam ağıyla birlikte yorumlar. Nitekim Yargıtayın koca şiddetini “hoş gören”, kadın zinasını “hor gören” mesnetsiz yorumları, eril tahakkümün hukuki mahfazasıdır. Yorum, hukuki hoyratlığın sınırlarında eril şiddet biçimlerini bir yandan muhafaza eder, diğer yandan yeniden üretir.

Makalenin iddiasını hatırlatıp “olması gereken”i sonuca bağlayalım. Kadının özerk özneliğine yer açmanın öncelikli yolu, Medeni Kanundaki zina maddesinin kaldırılmasıdır. Zira aileye ya da evliliğe yüklenen hukuki değerlerin varlık zemini, zinanın ispatlanması için her türlü delilin gayri meşru araçlara başvurularak elde edilmesini mazur gören Aile Mahkemeleri ve Yargıtayın içtihatlarıyla parçalanır. Zina yargısı, tarafların iddialarının ispatı için özel hayatın gizliliğini ihlal ederek aleyhlerine delil toplamalarının, aile içi mahremiyetlerini fütursuzca ortaya dökmelerinin hukuki gerekçesi haline getirilir. Zinanın ispatına yönelik delilleri elde etme amacının mübah kıldığı ahlaka aykırı araçlara başvuran boşanmanın tarafları, hukuk marifetiyle hukuka aykırı davranmaya zorlanmaktadır. O halde hukukun söylediği gibi özerk ve eşit özne kurgusuna sadık bir düzen olması, kusur-temelli boşanma yargılamasından topyekün vazgeçilmesine bağlıdır.

maddi hukuk çerçevesinde değerlendirerek- davacı tarafın iki talebinden birine hukuki sonuç bağlaması, diğer talebin/iddianın (zinanın) neden hükme esas alınmadığını da gerekçelendirdiği anlamına gelir. Bkz.; MERİÇ, Nedim: “Medeni Yargılama Hukukunda Tasarruf ve Taleple Bağlılık İlkesinin Kapsamı ve Bazı Güncel Kararların Değerlendirilmesi”, S.D.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, Mihbir Özel Sayısı, 4/2, 2014, ss.39-40.



⁶⁸ Yargıtay 2. Hukuk Dairesi (Boşanma), Esas: 2013/23053, Karar: 2014/7166. Ayrıca bkz.; bu makale, s.13.

KAYNAKÇA

- BOURDIEU, Pierre: Eril Tahakküm, çev. Bediz Yılmaz, Bağlam Yayınları, İstanbul, 2018.
- BUTLER, Judith: “Toplumsal Cinsiyet Düzenlemeleri”, çev. Begüm Kovulmaz, Cogito, (Feminizm), Sayı: 58, Bahar 2009.
- BUTLER, Judith: Undoing Gender, Routledge, New York and London, 2004.
- BUTLER, Judith: “Olumsal Temeller: Feminizm ve Postmodernizm Sorusu”, içinde Çatışan Feminizmler, Felsefi Fikir Alışverişi, çev. Feride Evren Sezer, Metis Yayınları, İstanbul, 2008.
- BUTLER, Judith: “Dikkatli Bir Okuma İçin”, içinde Çatışan Feminizmler, Felsefi Fikir Alışverişi, çev. Feride Evren Sezer, Metis Yayınları, İstanbul, 2008.
- BUTLER, Judith: Cinsiyet Belası, Feminizm ve Kimliğin Altüst Edilmesi, çev. Başak Ertür, Metis Yayınları, İstanbul, 2019.
- COVER, Robert M.: “The Supreme Court 1982 Term, Foreword: Nomos and Narrative”, Harvard Law Review, 97(4), 1983-1984.
- COVER, Robert M.: “Şiddet ve Söz”, içinde Şiddetin Eleştirisi Üzerine, Aykut Çelebi (hazırlayan ve sunuş), çev. Ferit Burak Aydar, Metis Yayınları, İstanbul, 2010.
- CROIX, Geoffrey Ernest Maurice De Ste.: Antik Yunan Dünyasında Sınıf Mücadelesi, çev. Çağdaş Sümer, Yordam Yayınları, İstanbul, 2016.
- DEMİR, Esra: “N.Ç. Davası: Tecavüze Razı Olmak ve Kadınların Ahlakı”, içinde Mehmet Akad’a Armağan, Bihterin Dinçkol (ed.), Der Yayınları, İstanbul, 2012.
- DOĞAN, Recep: Namus, Töre ve Eril Şiddet, Ütopya Yayınları, Ankara, 2016.
- EMBER, Carol R./EMBER, Melvin: Encyclopedia of Sex and Gender, Springer, 2014.
- FRICKER, Miranda: Epistemic Injustice, Power&Ethics of Knowing, Oxford University Press, Oxford, New York, 2007.
- FRICKER, Miranda: “Forum On Miranda Fricker’s Epistemic Injustice: Power and The Ethics of Knowing”, Theoria 61, 2008.
- GÜNEŞ, Fatime: “Feminist Kuramda Ataerki Tartışmaları Üzerine Eleştirel Bir İnceleme”, Fırat Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, 27(2), 2017.
- HAMZAOĞLU, Mehtap/KONURALP, Emrah: “Türk Hukuk Sisteminin ‘Namus’la İmtihanı: Ulusal Mevzuat ve Uluslararası Düzenlemeler Açısından Namus Cinayetleri”, Marmara Üniversitesi Kadın ve Toplumsal Cinsiyet Araştırmaları Dergisi, 2(2), 2018.
- KİA, Rukiye Akkaya: “Hukukun Kadına Bakışı: Ergen ve Eşit Olmama Hali”, EÜHFD, XIII(1-2), 2009.
- LACAN, Jacques: Fallus’un Anlamı, çev. Saffet Murat Tura, Afa Yayınları, İstanbul, 1994.
- LÉVI-STRAUSS, Claude: Yapısalcı Antropoloji, çev. Adnan Kahiloğulları, İmge Yayınları, Ankara, 2012.
- MACKINNON, Catharine A.: “Foreword”, içinde Sexual Politics, Kate Millett, Columbia University Press, New York, 2016.
- MERİÇ, Nedim: “Medeni Yargılama Hukukunda Tasarruf ve Taleple Bağlılık İlkesinin Kapsamı ve Bazı Güncel Kararların Değerlendirilmesi”, S.D.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, Mihbir Özel Sayısı, 4(2), 2014.
- MEZGER, Fritz: “The Origin of a Specific Rule on Adultery in the Germanic Laws”, Journal of The American Oriental Society, 68(3), 1948.
- SPIVAK, Gayatri Chakravorty: Madun Konuşabilir mi?. çev. Dilek Hattatoğlu-Gökçen Ertuğrul-Emre Koyuncu, Dipnot Yayınları, Ankara, 1999.
- STEWART, James/FLOYD, Edward/DZİOBON, Rebecca: Family Law in the UK (England and Wales): Overview, Global Guide, 2017. <https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com>. (Erişim: 07.02.2020).
- TUĞ, Başak: “Ottoman Women as Legal and Marital Subjects”, içinde The Ottoman World, Christine Woodhead (ed.), Routledge Press, London, New York, 2012.
- TURA, Saffet Murat: “Önsöz: ‘Olmak’ta Eksik’ Lacan’da Kastrasyon ve Narsizm”, içinde Fallus’un Anlamı, Afa Yayınları, İstanbul, 1994.
- TURNER, David M.: Fashioning Adultery, Gender, Sex and Civility in England 1660-1740, Cambridge University Press, 2004.
- WEINSTEIN, Jeremy D.: “Adultery, Law, and the State: A History”, Hastings Law Journal, 38(1), 1986.
- YAMAN, Melda: “Ataerki: Bir Kavramın Yeniden İnşası, ‘Eski’ Ataerki’den Ataerki Kapitalizme”, Eğitim Bilim Toplum Dergisi, 2012.
- YU, Eliza B.: “Adultery: Inequality in the Rule of Law?”, <https://www.academia.edu/32883225/> (Erişim: 07.02.2020).
- UYGUR, Gülriz/ÖZDEMİR, Nadire: Hukuk ve Toplumsal Cinsiyet Çalışmaları, Gülriz Uygur ve Nadire Özdemir (ed.), Seçkin Yayınları, Ankara, 2. Baskı, 2019.
- <https://www.etimolojiturkce.com/kelime/zina> (Erişim: 20.04.2020).
- <https://www.oxfordreference.com>. (Erişim: 03.04.2020).

YARGILAMAYI HIZLANDIRAN BİR MODEL OLARAK ALMAN CEZA MUHAKEMESİ HUKUKUNDA HÜKÜM ANLAŞMASI (§257c StPO)

NEGOTIATED AGREEMENT IN GERMAN CRIMINAL PROCEDURE LAW AS A TRIAL ACCELERATING MODEL (§257c StPO)

Meral EKİCİ ŞAHİN*  

Makale Bilgi

Gönderilme: 22/01/2020
Kabul: 04/06/2020

Anahtar Kelimeler

Ceza Muhakemesi Hukuku, Hüküm Anlaşması, Ceza Pazarlığı, İkrar, Anlaşmanın Bağlayıcılığı, Seri Muhakeme Usulü.

Article Info

Received: 22/01/2020
Accepted: 04/06/2020

Keywords

Criminal Procedure Law, Negotiated Agreement, Punishment Negotiation, Confession, Binding Force of The Agreement, Rapid Trial Procedure.

Özet

Alman ceza muhakemesi hukukunda 1970’li yıllardan bu yana, yargılamanın hızlandırılması ve mahkemelerin iş yükünün azaltılması yönünde genel bir eğilim bulunmaktadır. Bunun sonucunda, yeni ceza muhakemesi hukuku kurumları ortaya çıkmıştır. Bu kurumlardan biri de uygulamada uzun süredir mahkemelerin rutini haline gelmiş olan, ancak 2009 yılında Alman Ceza Muhakemesi Kanunu §257c’de yapılan düzenlemeyle yasal zemine kavuşan hüküm anlaşmasıdır. Türk ceza muhakemesi hukukunda da yargılamayı hızlandırmak amacıyla, Ceza Muhakemesi Kanununda “seri muhakeme usulü” (TCMK m.250) ve “basit yargılama usulü” (TCMK m.251) gibi yeni kurumlar düzenlenerek, Ceza Muhakemesi Kanununa eklenmiştir. TCMK m.250’yi yeniden düzenleyerek “seri muhakeme usulü” getiren 7188 sayılı Kanun’un 23. maddesinin gerekçesinde: “maslahata uygunluk” ilkesinden daha geniş bir biçimde istifiye edilmeye başlanan Alman hukukunda, günümüzde Alman Ceza Usul Kanununun 257c maddesinde yer alan şekliyle “mahkeme ve muhakeme süjeleri arasında anlaşma” adı altında, sanığın suçunu kabul etmesi durumunda uygulanan bir muhakeme usulü bulunmaktadır”, şeklinde bir açıklamaya yer verilmiştir. Ayrıca seri muhakeme usulünün düzenlenmesinde Almanya’nın modellendiğinden de söz edilmiştir. Bu nedenle hüküm anlaşması kurumu dikkatimizi çekmiştir. Bu çalışmada, ceza muhakemesini hızlandırma çabalarına katkı sağlamak amacıyla, AİCMK §257c’de düzenlenmiş olan “hüküm anlaşması” kurumu incelenmiştir.

Abstract

Since 1970s, there has been a tendency to accelerate the proceedings and to reduce the workload of the courts in German criminal procedure law. As a result, new criminal procedure law concepts have emerged. One of these concepts is the provision of the Negotiated Agreement which has long been the routine of the courts in practice, but got the legal basis in 2009 with the German Criminal Procedure Code (StPO) §257c. In order to accelerate the proceedings in the Turkish criminal procedure law, new regulations such as “rapid trial procedure” (CMK m.250) and “simple trial procedure” (CMK m.251) were introduced in the Criminal Procedure Code (CMK). The reasoning of the amendment in article 23 of the Code numbered 7188, which re-regulates the CMK m.250 and brings the “rapid trial procedure”, mentions StPO §257c because of the similarity. In this study, the concept of the “Negotiated Agreement”, which is regulated in the StPO §257c, is examined in order to contribute to the efforts to accelerate the criminal procedure.

I.GİRİŞ

Hüküm anlaşması, Alman ceza muhakemesi hukukunda muhakemenin hızlandırılması amacıyla 1970'lerden itibaren mahkemeler tarafından geliştirilmiş ve fiilen uygulanmış bir kurumdur¹. Modelin esasları mahkeme, savcılık ve savunma makamlarının anlaşmasıdır. Anlaşmanın şartları; sanığın suçunu ikrar etmesi, bunun karşılığında muhakemenin hükmedeceği cezada önemli bir indirim yapmasıdır. Hüküm anlaşması uzun yıllar boyunca çoğu zaman gizlice, duruşma salonu dışında yapılmış, hatta duruşmalarda böyle bir anlaşmanın varlığından çoğu zaman hiç söz edilmemiş, anlaşma duruşma tutanaklarına yansıtılmamıştır. Ancak sanık suçunu ikrar edip, mahkeme yeni delil ikamesinden feragat ettiğinde², taraflar arasında bir anlaşma olduğu ortaya çıkmıştır.

1982 yılında takma isimle yayınlanan bir makale, dikkatleri bir anda bu konuya çekmiştir³. Böylece hüküm anlaşması (Verständigung)⁴, Alman ceza muhakemesi hukukunun en tartışmalı konularından biri haline gelmiştir. Öğreti hüküm anlaşmasına karşı eleştirel ve mesafeli yaklaşırken⁵, Alman mahkemeleri kurumu uygulamaya ve geliştirmeye devam etmişlerdir⁶.

Federal Alman Mahkemesi daireler kurulu, 2005 yılında verdiği bir kararda⁷, kural olarak hüküm anlaşmasını yasaklayan bir düzenleme bulunmadığına, ancak böyle bir anlaşma yapılırken Anayasal sınırlara özenle riayet edilmesi gerektiğine işaret etmiştir. Uygulamada çok sevilen ve sık sık başvurulmuş hüküm anlaşması, 4.8.2009 tarihinde yürürlüğe giren kanunla, yasal zemine kavuşmuştur. AICMK §257c'de yer alan hüküm anlaşmasına ilişkin düzenlemenin Alman Anayasasına aykırı olduğu iddiasıyla Alman Anayasa Mahkemesine başvurulmuştur. Başvuruyu inceleyen Alman Anayasa Mahkemesi, 2013 yılında AICMK §257c'nin Alman Anayasasına aykırı olmadığına karar vermiştir⁸. Kararın gerekçesinde, hüküm anlaşmasının muhakemenin maddi gerçeği araştırma yükümlülüğünü ortadan kaldırmadığına, anlaşmanın hükmün tek dayanağı olamayacağına, muhakemenin hüküm kurarken sanığın suçluluğu konusundaki bütün şüpheleri yenmek zorunda olduğuna, bu nedenle sanık suçunu ikrar etmiş olsa bile, muhakemenin bu ikrarın gerçeğe uygunluğunu denetlemesi gerektiğine işaret edilmiştir. AICMK §257c'nin hukuka uygun bir hüküm anlaşmasının geçerlilik şartlarını belirlediği, geçersiz olanın ise yasal çerçeveye uymayan informel anlaşmalar olduğuna Alman Anayasa Mahkemesinin 2 dairesinin verdiği bu kararda vurgulanmıştır. Hüküm anlaşmasıyla kanun koyucunun rızaya dayanan yeni bir muhakeme modeli getirmediği, bilakis anlaşmayı mevcut ceza muhakemesi sistemine entegre ettiği belirtilmiştir⁹. Mahkeme, hüküm anlaşmasına ilişkin yasal düzenlemenin, uygulamaya ilişkin önemli eksiklikleri bulursa da bu haliyle Alman Anayasası'na aykırılık teşkil etmediğini belirtmiştir. Bununla birlikte kanun koyucunun anayasal güvenceleri sağlamak için gerekli kontrol ve iyileştirme mekanizmalarını kurması gerektiğine de işaret edilmiştir¹⁰.

AICMK §257c'ye göre; mahkeme, vereceği hüküm konusunda yargılamanın taraflarıyla bir anlaşma yapabilir. Mahkeme ile muhakeme süjeleri arasında anlaşma başlığını taşıyan AICMK §257c şu şekildedir:

1. Mahkeme, uygun hallerde, aşağıdaki fıkralarda öngörülen şartlarda, muhakeme süjeleriyle muhakemenin ilerleyişi ve neticesine ilişkin olarak anlaşma yapabilir. §244/2 hükmü saklıdır.

¹ ROENNAU, Thomas, "Grundwissen: Strafprozessrecht: Verständigung im Strafverfahren", JuS 2018, s.114-115.

² ROENNAU, JuS 2018, s.115.

³ DEAL, Detlef, aus Mauschelhausen, "Der strafprozessuale Vergleich", StV 1982, H. 11, s.545- 552.

⁴ Muhakemenin taraflarının muhakeme dışında, kapalı kapılar ardında ve herhangi bir hukuk kuralıyla bağlı olmaksızın anlaşma yapması öğretilen hüküm pazarlığı yani "Deal" olarak adlandırılmaktadır. "Verständigung" ise duruşma salonunda, aleni olarak ve kanunda şartları ve sınırları belirlenmiş olan usulle muhakemenin, savcı ve sanıkla anlaşma yapmasını ifade eder. Bu açıdan "Deal" yasadışı hüküm pazarlığı, "Verständigung" ise hukuka uygun anlaşma anlamında kullanılmaktadır.

⁵ Öğretilen, hüküm anlaşması "hukuk devleti ilkesine dayanan ceza muhakemesini" topyekün erozyona uğrayacağı gerekçesiyle eleştirilmektedir. Bkz. ROXIN, Claus/ACHENBACH, Hans/JAEGER, Christian/HEINRICH, Manfred: Strafprozessrecht, 17. Aufl, München 2019, s.152.

⁶ BGHSt 36, s.210-216; BGHSt 42, s.191-195.

⁷ BGHSt 50, s.40- 64.

⁸ BVerfG, Urt. v. 19.3.2013, 2 BvR 2628/10, 2. BvR 2883/10, 2BvR 2155/11, in: NJW 2013, s.1058- 1071.

⁹ BVerfG, Urt. v. 19.3.2013, 2 BvR 2628/10, 2. BvR 2883/10, 2BvR 2155/11, in: NJW 2013, s.1058- 1059.

¹⁰ BVerfG, Urt. v. 19.3.2013, 2 BvR 2628/10, 2. BvR 2883/10, 2BvR 2155/11, in: NJW 2013, s.1058.

2. Anlaşma yalnızca hüküm ve ara kararların içeriği, muhakemeye ilişkin diğer tedbirlerle muhakemeye katılan tarafların davranışlarına ilişkin olabilir. Her anlaşmanın temel unsuru, ikrar olmalıdır. Kusuru tespit eden kararlar, güvenlik tedbirleri konusunda anlaşma yapılamaz.

3. Mahkeme, anlaşmanın içeriğinin nasıl olabileceği konusunda bilgilendirme yapar. Bunun yanında mahkeme, somut olayın bütün özelliklerini ve cezanın belirlenmesine ilişkin genel kuralları dikkate alarak, cezanın alt ve üst sınırını da açıklayabilir. Muhakeme stüjeleri görüşlerini bildirme olanağına sahiptir. Sanık ve savcılık mahkemenin yaptığı teklifi kabul ederse, anlaşma sağlanmış olur.

4. Hukuki veya maddi açıdan önemli olan hususlar mahkemenin gözünden kaçır veya bu hususlar sonradan ortaya çıkarsa ve mahkeme bu nedenle önerdiği ceza aralığının fiille ve failin kusuruyla orantılı olmadığı kanaatine ulaşırsa, mahkemenin anlaşmayla bağlılığı son bulur. Sanığın mahkemenin devamındaki davranışları, mahkeme tarafından kendisinden beklenen davranışlarla çeliştiğinde de bu hüküm uygulanır. Bu durumda, sanığın ikrarı kullanılamaz. Mahkeme kararını değiştirdiğini gecikmeksizin bildirmek zorundadır.

5. Sanık, 4. fıkrada öngörülen neticelerden mahkemenin anlaşmadan caymasının şartları ve caymanın sonuçları konusunda bilgilendirilmelidir.

Davaların kısa sürede sonlandırılması ve ceza muhakemesinin hızlandırılması amacıyla yapılan bu düzenleme, ceza muhakemesine hakim olan temel ilkelere aykırılık teşkil ettiği iddiasıyla eleştirilse de, uygulama açısından artık vazgeçilmez bir kurum haline gelmiştir¹¹. Hüküm anlaşması lehinde ve aleyhinde ileri sürülen görüşler aşağıda açıklanmıştır.

II. HÜKÜM ANLAŞMASI LEHİNDE VE ALEYHİNDE GÖRÜŞLER

A. Lehe Görüşler

Hüküm anlaşması lehinde ileri sürülen görüşler şu şekildedir:

a. Hüküm anlaşmasıyla uzun ve zahmetli ceza muhakemesi süreci hızlandırılır ve uyuşmazlıklar kısa sürede sonlandırılır. Hüküm anlaşmasıyla yeni delil araştırma ve ispat süreçlerine gerek kalmaz, bu süreçlerden vazgeçilir. Böylece hüküm anlaşmasıyla hem zamandan hem de mahkeme masraflarından tasarruf edilir. Bu açıdan hüküm anlaşması, usul ekonomisine ve “çabukluk” ilkesine uygun bir kurumdur¹².

Hüküm anlaşması, özellikle ekonomik suçlarda önemli bir işlevi yerine getirmektedir¹³. Ekonomik suçlarda somut olay, hukuki açıdan çoğu zaman kapsamlı ve karmaşık olduğundan, yargılamada ilerleme sağlanamamakta; mahkemeler yıllarca duruşmalarla meşgul olmasına rağmen, taraflar açısından tatmin edici bir sonuca ulaşmak çoğu zaman mümkün olmamaktadır. Uzayan davalarda adalet çoğunlukla sağlanamadığından, klasik “ceza muhakemesi” kendisinden beklenen fonksiyonu icra edememektedir¹⁴.

b. Hüküm anlaşması, AİHS m.6 ile garanti altına alınmış olan adil yargılanma hakkına aykırılık teşkil etmez. Bilakis sanığa muhakeme sürecine etki edebilme imkânı vererek, sanığın ceza muhakemesindeki pozisyonunu güçlendirir¹⁵. Ancak bunun için AİCMK §257c/5’de düzenlenen sanığa haklarının belletilmesi konusundaki kurallara yani sanığın aydınlatılmasına, özenle riayet edilmelidir¹⁶.

c. Hüküm anlaşması zamanın ruhuna uygun bir kurumdur. Uyuşmazlıkların anlaşma yoluyla çözümlenmesine ilişkin yöntemler bütün dünyada öne çıkmaktadır. Barışçıl yöntemler sayesinde sosyal ve hukuki barış güçlenmektedir¹⁷.

d. Sanığın ikrarı, tanık dinlenmesi veya başka delil araştırılmasını gereksiz kıldığından, özellikle cinsel suçlarda mağdurun tekrar tekrar dinlenmesi veya muayeneye gönderilmesi

¹¹ KREY, Volker/HEINRICH, Manfred: Deutsches Strafverfahrensrecht, 2. Aufl., Stuttgart 2019, kn. 1511.

¹² KREY/HEINRICH, kn. 1507.

¹³ BEULKE, Werner/SWOBODA, Sabine: Strafprozessrecht, 14. Aufl., Heidelberg 2018, kn. 394.

¹⁴ VOLK, Klaus/ENGLAENDER, Armin: Grundkurs StPO, 9. Aufl., München 2018, §30, kn. 2.

¹⁵ BVerfG, NJW 2013, s.1060 vd.

¹⁶ GOETTGEN, Martin: Prozessökonomische Alternativen zur Verständigung im Strafverfahren, Berlin 2019, s.17.

¹⁷ KREY/HEINRICH, kn. 1507.

söz konusu olmayacak, böylece mağdur yaşadığı travmayı yeniden yaşamak zorunda kalmayacaktır¹⁸. Bu açıdan da hüküm anlaşması mağduru koruyan bir işleve sahiptir.

B. Aleyhe Görüşler

Hüküm anlaşması aleyhinde aşağıdaki görüşler ileri sürülmüştür.

a. Hüküm anlaşması, masumiyet karinesine aykırıdır¹⁹. Hüküm anlaşmasında, AİCMK §136a’da gösterilen yasak sorgu yöntemleri kapsamında değerlendirilebilecek yoğunlukta bir baskıdan söz edilemeye de sanık ağır ceza tehdidi ve beraat etme ihtimali arasında sıkışır. Sanık susma hakkını kullanarak kendi aleyhine beyanda bulunmaktan kaçınabilir. Ancak bu durumda, ağır ceza tehdidiyle karşı karşıya kalır²⁰. Bu da sanık üzerinde, suçu ikrar etme konusunda bir baskı yaratır. Sanık ağır ceza tehdidinden kurtulmak istiyorsa, suçunu ikrar etmelidir. Suçunu ikrar ettiğinde ise, muhakeme sonunda beraat etme ihtimali ortadan kalkar²¹. Uygulamada, sanığa anlaşma yapmasını kimi zaman bizzat kendi müdafii tavsiye etmektedir. Sanık içinden çıkılması zor bir ikileme düşmektedir. Bu durum masumiyet karinesini ihlal eder, sanığı psikolojik baskı altına sokar ve onu muhakemenin objesi²² haline dönüştürür. Bu nedenle mahkeme sanığa suçunu itiraf ederse cezasında indirim yapılacağı, itiraf etmezse en ağır şekilde cezalandırılacağı gibi bir teklifle gelmemeli veya suçunu itiraf etmesi halinde kendisine hukuka aykırı bir menfaat temin edileceği vaadinde bulunmamalıdır. Böyle bir anlaşma, AİCMK §136a kapsamında yasak sorgu yöntemlerine girer ve hukuka aykırıdır²³.

Masumiyet karinesi şeklen yürütülen bir ceza muhakemesiyle aşılamaz. Suçluluğu ispat edilinceye kadar, herkes masumdur. Hukuka uygun bir muhakeme neticesinde suçluluğu ispat edilmeden, kimseye ceza verilemez. Hukuka uygun bir yargılama yapılmadan kişinin suçluluğu konusunda hüküm kurulamaz²⁴. Sanığın masumiyetine ilişkin şüphe, ancak şüpheden sanığın yararlanacağı (in dubio pro reo) ve kimsenin kendi aleyhine delil göstermeye zorlanamayacağı (nemo- tenaturse ipsum accusare) ilkelerine riayet edilerek yapılan bir yargılama neticesinde yenilebilir²⁵. Bu iki ilkeye riayet edilmeden yapılacak bir yargılamada, masumiyet karinesinin çürütülmesi ve sanığın suçluğu konusunda vicdani bir kanaate ulaşılabileceği mümkün değildir. Hüküm anlaşmasında ise, ağır cezaya mahkum olma tehdidiyle karşı karşıya kalan sanık, bu tehditten kurtulmak için suçunu ikrar eder. Bu durum sanığın irade özgürlüğüne ve kendi aleyhine delil göstermeye zorlanamayacağı ilkesini aykırıdır²⁶.

b. Hüküm anlaşması kovuşturma mecburiyeti ilkesine aykırıdır²⁷. Zira bir suçu takibe yetkili makamlar yani savcı ve ona bağlı olarak çalışan kolluk kuvvetleri, bir suçun işlendiğini öğrendiklerinde, derhal işin aslını araştırmak zorundadır. Bu araştırma neticesinde; fiil ve fail tespit edilir, kamu davasının açılmasına yetecek ölçüde delil elde edilir ve dava şartları gerçekleşirse savcı, iddianame düzenleyerek kamu davasını açmak ve muhakeme sonuçlanıncaya kadar davayı takip etmekle görevlidir²⁸. Bu şekilde; suçu takibe yetkili makamlar tarafından derhal soruşturma evresine başlanmasını ifade eden “araştırma mecburiyeti”, yeterli delile ulaşılabileceği ve şartların gerçekleşmesi halinde kamu davası açılmasını ifade eden “kamu davasını açma mecburiyeti” ve açılan kamu davasının muhakeme sonuçlanıncaya kadar yürütülmesini ifade eden “kamu davasını yürütme mecburiyeti” alt ilkelerinden oluşan ilkeye “kovuşturma

¹⁸ KREY/HEINRICH, kn. 1507.

¹⁹ DUTTGE, Gunnar: “Die Urteilabsprachen als Signum einer rechtlichen Steuerungskrise”, in: Festschrift für Bernd Schünemann zum 70. Geburtstag am 1. November 2014, Berlin, Boston 2014, s.879 (s.875-889); VOLK/ENGLÄNDER, §30, kn. 4.

²⁰ GOETTGEN, s.19.

²¹ VOLK/ENGLÄNDER, §30, kn. 5.

²² AMBOS, Kai/ZIEHN, Pamela: Strafprozessordnung, Kommentar, Herausgegeben von Radtke, Henning/Hohmann, Olaf, München 2011, §257c, kn. 3; BEULKE/SWOBODA, kn. 394a.

²³ AMBOS/ZIEHN, in: Radtke/Hohmann, §257c, kn. 3.

²⁴ ROTHE, Manuel/SZALAI, Stephan: “Der Deal im Strafprozess- Sunlight is the best disinfectant?”, in: NJOZ 2013, s.1803 (s.1801- 1807).

²⁵ VOLK/ENGLÄNDER, §30, kn. 4.

²⁶ AMBOS/ZIEHN, in: Radtke/Hohmann, §257c, kn. 3.

²⁷ BEULKE/SWOBODA, kn. 394a.

²⁸ ÖZTÜRK, Bahri/TEZCAN, Durmuş/ERDEM, Mustafa Ruhan/SIRMA GEZER, Özge/SAYGILAR KIRIT, Yasemin F./ALAN AKCAN, Esra/ÖZAYDIN, Özdem/ERDEN TÛTÛNCÛ, Efser/ALTINOK VİLLEMİN, Derya/TOK, Mehmet Can: Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 13. Baskı, Ankara Eylül 2019, s.151, 152.

mecburiyeti ilkesi” (Legalitätsprinzip) denir²⁹. Suçu takip etmekle görevli makamların, devletin cezalandırma talebi üzerinde tasarruf etme yetkileri bulunmamaktadır. Kamu davası sonuçlanıncaya kadar onu takip etmek zorunda olan savcının, mahkemeye anlaşması kovuşturma mecburiyeti ilkesine aykırıdır³⁰.

c. Hüküm anlaşması “maddi gerçeğin araştırılması” ilkesiyle çelişmektedir³¹. Maddi gerçeğin araştırılması ilkesi, soruşturma ve kovuşturma organlarının maddi gerçeği re’sen araştırmakla yükümlü olmalarını ifade eder. AİCMK §244/2 gereğince³², mahkeme gerçeği ortaya çıkarma yükümlülüğünün gereği olarak, maddi olayı tespit etmek amacıyla re’sen araştırma yapar³³. Mahkeme uyuşmazlığa ilişkin her delili, her belirtiyi maddi gerçeği aydınlatıp aydınlatmadığı açısından değerlendirir³⁴. Hüküm anlaşması ise, sanığın suçu ikrar etmesi üzerine daha hafif bir cezayla cezalandırılması esasına dayandığından, ikrardan sonra yeni delil ikamesinden, delillerin ortaya konulmasından ve tartışılmasından feragat edilir. Ancak bu durum “maddi gerçeğin araştırılması” ilkesi adına büyük bir risk taşımaktadır³⁵. Zira mahkeme, sanığın ikrarı konusunda tereddüt etmesine veya bu ikrar konusunda tam olarak ikna olmamasına rağmen, uzun ve zahmetli yargılama süreçlerinden tasarruf etmek adına, hüküm anlaşmasına uygun hareket edebilir ve yeni delil ikamesinden vazgeçebilir³⁶. Bunun anlamı; hüküm anlaşmasının, maddi gerçek ortaya konmadan, masumiyet karinesi yenilmeden veya maddi gerçeğe aykırı bir hükmün verilmesi riski taşıdığıdır³⁷. Nitekim uygulamada deliller zayıf olmasına rağmen mahkemeler, sanığın yeterince açık ve güçlü olmayan ikrarına dayanarak, söz konusu ikrarın gerçeğe uygun olup olmadığını araştırmaksızın, hüküm kurabilmektedir³⁸.

d. Hüküm anlaşması alenilik ve sözlülük ilkesine de aykırılık teşkil etmektedir. Sözlülük ilkesi, somut olaya ilişkin bütün delillerin duruşmaya getirilmesi ve tartışılmasını ifade eder. Duruşmada ortaya konarak tartışılmamış, tarafların bilgisine sunulmamış bir delilin hükme esas alınması mümkün değildir. Ceza muhakemesinde dosya üzerinden hüküm verilmez. Bütün delillerin sözlü duruşmada tartışılması gerekir³⁹.

Ceza muhakemesinin aleniliği ilkesi ise, duruşmanın herkese açık olması anlamına gelir. Ceza muhakemesinde duruşmalar, hüküm ve diğer mahkeme kararlarının tefhimi alenidir⁴⁰. Ancak Alman ceza hukuku uygulamasında hüküm anlaşmasının duruşma dışında, kapalı kapılar arkasında yapılması, duruşmada ise yalnızca bu müzakerelerde ulaşılan sonuçların açıklanması, ceza muhakemesinin sözlülük ve alenilik ilkeleri açısından bir tehdittir⁴¹. Sürecin tutanağa geçirilmesi konusundaki kanuna aykırı davranışlar, Anayasal ilkeleri ve ceza muhakemesinin temel ilkelerini tehdit etmektedir⁴². Uygulamada esasa ilişkin kararlar duruşma dışında alınıp, anlaşma yapıldıktan sonra, kamuya açık oturumda sanki anlaşma yapılmış gibi davranılması, gösteriden öteye gitmemektedir⁴³.

²⁹ ÖZTÜRK VE DİĞERLERİ, s.152; UĞUR, Hüsamettin: “Ceza Muhakemesinde Kovuşturma Mecburiyeti İlkesinden Maslahata Uygunluk İlkesine”, TBB, S.73, Y. 2007, s.257.

³⁰ KREY/HEINRICH, kn. 1508.

³¹ ROTHE/SZALAI, NJOZ 2013, s.1803; KREY/HEINRICH, kn. 1509.

³² Söz konusu düzenlemeye göre, mahkeme delillerin ortaya konulmasının kapsamını maddi gerçeğe ulaşmak amacıyla, karar için önemli tüm olgu ve delilleri kapsayacak şekilde kendiliğinden genişletir. İlkenin izlerine TCMK’da da rastlanmaktadır. TCMK m.207’de “delilin ortaya konulması isteminin, bunun ve ispat edilmek istenen olayın geç bildirilmiş olması nedeniyle reddedilemeyeceği” ve TCMK m.225/2’de “mahkemenin, fiilin nitelendirilmesinde iddia ve savunmalarla bağlı olmadığı” yönündeki düzenlemeler, “maddi gerçeğin araştırılması” ilkesinin kovuşturma aşamasında mahkemeler açısından da geçerli olduğuna işaret etmektedir.

³³ ÖZBEK, Veli Özer/DOĞAN, Koray/BACAŞIZ, Pınar: Ceza Muhakemesi Hukuku, 12. Baskı, Ankara Ağustos 2019, s.67-68. İlkenin sadece kovuşturma makamlarını değil soruşturma makamlarını da ilgilendiren yönleri bulunmaktadır. Bu açıdan soruşturma makamları maddi gerçeğin araştırılması ve adil yargılamanın yapılabilmesi için, şüphelinin lehine ve aleyhine olan bütün delilleri toplayarak muhafaza altına almakla yükümlüdür.

³⁴ YENİSEY, Feridun/NUHOĞLU, Ayşe: Ceza Muhakemesi Hukuku, 7. Baskı, Ankara Ağustos 2019, s.79.

³⁵ BEULKE/SWOBODA, kn. 394a.

³⁶ KREY/HEINRICH, kn. 1509.

³⁷ MEYER-GOßNER, Lutz/SCHMITT, Bertram, Becksche Kurz Kommentare, Strafprozessordnung, 60. Aufl., München 2017, §257c, kn.3; DUTTGE, FS-Schünemann, s.884.

³⁸ ROENNAU, JuS 2018, s.115.

³⁹ YENİSEY/NUHOĞLU, s.80.

⁴⁰ YENİSEY/NUHOĞLU, s.80.

⁴¹ VOLK/ENGLAENDER, §30, kn. 4; BEULKE/SWOBODA, kn. 394a.

⁴² DUTTGE, FS-Schünemann, s.876.

⁴³ DUTTGE, FS-Schünemann, s.879.

Öte yandan, bazı hakimlerin hüküm anlaşmasına ilişkin müzakereleri ve sürecin ilerleyişini duruşma tutanağına geçirmeyi gereksiz bir formalite olarak değerlendirmeleri, duruşma tutanaklarının hüküm anlaşmalarının içeriğini tam olarak yansıttığı konusunda şüphe yaratmaktadır⁴⁴. Anlaşma müzakerelerinin tutanağına geçirilmesi ve belgelenmesi konusundaki yasal düzenlemeyle, uzun yıllar boyunca mahkemelerde oluşmuş olan kötü alışkanlıkların bir anda değişmesini beklemek, naif bir yaklaşımdır⁴⁵. Başarısızlıkla sonuçlanan anlaşma girişimleri, mahkemelerin AICMK §257c'nin yasal sınırları içinde kalarak anlaşma yapma konusunda özenli davranmadıklarını göstermektedir⁴⁶. Anlaşma sürecini tam olarak yansıtmayan, eksik duruşma tutanakları, üst mahkemeler açısından kanun yolu denetimi sırasında önemli bir problem yaratmaktadır⁴⁷.

e. Kanunun hüküm anlaşması yapılmaya elverişli suçları açık bir şekilde saymak yerine, mahkemenin “uygun göreceği” haller olarak genel bir ifade kullanması, Anayasal eşitlik ilkesine aykırıdır⁴⁸. Bu durumda aynı suçu işleyen bazı kişiler hakkında AICMK §257c uygulanabilecekken bazıları hakkında uygulanamayacaktır. Bu açıdan düzenleme Alman Anayasası §3'de garanti altına alınmış olan eşitlik ilkesine aykırıdır⁴⁹.

f. Hüküm anlaşması kovuşturmanın erken bir safhasında yapılırsa “doğrudan doğrualık” ilkesini ihlal eder⁵⁰. Doğrudan doğrualık ilkesine göre hakim vicdani kanaati, ancak duruşmada sunulan ve sözlü olarak tartışılan delillerin değerlendirilmesi neticesinde oluşmalı ve hakim bu delillere dayanarak bir hüküm kuralmalıdır⁵¹. Hakim, duruşmada tartışılmayan, doğrudan temas etmediği bir delile dayanamaz. Hüküm anlaşmasında ise, basit bir usul uygulamaktadır⁵². Özellikle kovuşturma aşamasının başında, henüz deliller yeterince ortaya konulup tartışılmadan anlaşmayla muhakemenin hızlı bir şekilde sonlandırılması, doğrudan doğrualık ilkesine aykırıdır⁵³.

III. HÜKÜM ANLAŞMASININ ŞARTLARI VE SONUÇLARI

A. Hüküm Anlaşmasının Kapsamı

AICMK §257c'nin uygulama alanıyla ilgili olarak herhangi bir suç katalogu belirlenmemiş, yalnızca mahkemenin “uygun göreceği” hallerden söz edilmiştir. Kanunun gerekçesinde de işaret edilen hüküm anlaşması yapmaya “uygun haller”in neler olduğu konusunda bir açıklama yapılmamıştır. Bu nedenle hangi hallerin hüküm anlaşması yapmaya uygun, hangilerinin uygun olmadığı sorusuna net bir cevap vermek mümkün görünmemektedir⁵⁴. Bu durumda hüküm anlaşması yapılmasına uygun bir halin mevcut olup olmadığı, somut olayın şartlarına göre mahkeme tarafından belirlenecektir.

AICMK §257c'nin gerekçesinde Federal Alman Mahkemesi'nin kararına atıf yapılarak yeterli inceleme yapılmadan, dosyayı hızlı bir şekilde sonlandırma saikiyle hareket edilmemesi gerektiği vurgulanmıştır⁵⁵. Federal Alman Mahkemesi'nin atıf yapılan söz konusu kararına göre; mahkeme, görevinin gereklerine aykırı olarak iddianameyi ve dosyayı incelemeyen, muhakemeyi hüküm anlaşması yoluyla çabucak sonlandırma yoluna gitmemelidir⁵⁶. Mahkeme en azından, somut olayda hüküm anlaşması yapılmasına mani olacak fiili veya hukuki bir nedenin bulunup bulunmadığını araştırmalıdır. Mahkeme, muhakemenin hızlandırılmasının mümkün olduğu, böyle bir potansiyelin bulunduğu her davada, hüküm anlaşması usulünü uygulayabilir⁵⁷. Bu açıklamalardan hareketle, “hüküm anlaşmasının” muhakemenin hızlandırılması potansiyeli olan

⁴⁴ GOETTGEN, s.23.

⁴⁵ FISCHER, Thomas: “Ein Jahr Absprache-Regelung Praktische Erfahrungen und gesetzlicher Ergänzungsbedarf”, in: ZRP 2010, s.250.

⁴⁶ FISCHER, ZRP 2010, s.250.

⁴⁷ GOETTGEN, s.23-24.

⁴⁸ MURMANN, Uwe: “Reform ohne Wiederkehr?- Die gesetzliche Regelung der Absprachen im Strafverfahren”, in: ZIS 10/2009, s.535.

⁴⁹ MURMANN, ZIS 10/2009, s.535.

⁵⁰ BEULKE/SWOBODA, kn. 394a.

⁵¹ ROENNAU, JuS 2018, s.115.

⁵² KREY/HEINRICH, kn. 1510.

⁵³ BEULKE/SWOBODA, kn. 394a.

⁵⁴ MURMANN, ZIS 10/2009, s.534; ROXIN/ACHENBACH/JAEGER/HEINRICH, s.152.

⁵⁵ BT- Drucks.16/11736, s.11, Erişim: <http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/16/117/1611736.pdf>, (Tarih: 08.12.2019).

⁵⁶ BGHSt 50, s.49.

⁵⁷ MURMANN, ZIS 10/2009, s.534.

bütün ceza davalarında uygulanması mümkün, genel bir kurum olduğu söylenebilir⁵⁸. Somut olayda, böyle bir potansiyelin olup olmadığını ve anlaşma yapıp yapmamayı davaya bakan mahkeme değerlendirecektir.

Öğretide, delillerin güçlü olduğu, maddi ve hukuki açıdan herhangi bir sorun içermeyen, bu nedenle zaten kısa sürede sonuçlandırılabilir olan davaların, hüküm anlaşması yapılmasına elverişli olmadığına işaret edilmektedir⁵⁹. Bu tür davalarda yapılan anlaşmadan beklenen fayda, gerçekten işlediği suçtan pişman olan veya soruşturma dosyasında eksikler bulunan, bu nedenle yargılamanın erken bir safhasında suçunu ikrar eden sanıkla yapılan anlaşmaya oranla çok daha azdır. Hatta, bu gibi durumlarda zaten mevcut delil durumu açık olduğundan ve sanığın ikrarının pratik bir önemi bulunmadığından, anlaşmadan beklenen somut hiçbir fayda olmayabilir⁶⁰. Hüküm anlaşması sanığın cezasında indirim yapılması için getirilmiş, genel bir kurum olmadığından, ancak amaca uygunsuz uygulanmalıdır. Hüküm anlaşmasının asıl amacı, ceza muhakemesini hızlandırmaktır. Bu amaçla yapılmayan anlaşmalar, kanunun amacına aykırıdır.

B. Hüküm Anlaşmasının Konusu

Hüküm anlaşması yalnızca muhakemenin işleyişi, hükmün içeriği ve sonuçları hakkında yapılabilir. Örneğin, cezanın türü, seçenek yaptırıma çevrilmesi, fer'i cezaya hükmedilip hükmedilmeyeceği, müsadere kararı verilip verilmeyeceği, cezanın ertelenip ertelenmeyeceği veya tutukluluk halinin devam edip etmeyeceği⁶¹ anlaşmanın konusu olabilir. Aynı şekilde mahkeme, muhakemenin taraflarıyla belli bir muhakeme işleminin yapılma şekli (örneğin bir tanığın video konferans yöntemiyle dinlenmesi) veya o muhakeme işleminin yapılmasından veya belli bir delilin ikamesinden feragat edilmesi konusunda anlaşabilir⁶².

Bununla birlikte, sanığın kusuru veya güvenlik tedbirleri hüküm anlaşmasına konu olamaz. Bu nedenle, suçun nitelikli halini işlemiş olan sanığın, suçun temel şeklinden cezalandırılmasına ilişkin bir anlaşma yapılamaz⁶³. Sanığın bir psikiyatri kliniğine yatırılması (AICK §63), bağımlılıktan kurtulmak için bir tedavi merkezine yerleştirilmesi (AICK §64) veya failin tehlikeliliğini esas alan başka bir güvenlik tedbiri konusunda yapılan hüküm anlaşması geçersizdir. Bunun gibi bir meslek veya sanatın icrasının yasaklanması veya sürücü belgesine el konması da hüküm anlaşmasına konu edilemez⁶⁴.

Mahkeme, tarafların anlaşması halinde sanık hakkında hükmedeceği cezanın alt ve üst sınırlarını önceden bildirebilir. Ancak cezanın miktarı veya süresi konusunda kesin bir taahhütte bulunamaz⁶⁵. Örneğin, mahkeme altı ay hapis cezasına hükmedileceği gibi kesin bir cezayı taahhüt edemez, ama altı ayla on iki ay arasında bir hapis cezasına hükmedeceğini açıklayabilir. Ayrıca mahkeme anlaşma gerçekleşirse hükmedeceğini bildirdiği cezanın alt ve üst sınırlarını belirlerken, sanığın kusurunun ağırlığını dikkate almak zorundadır. Mahkemenin belirlediği ceza aralığıyla sanığın kusuru arasında orantı olmalıdır. Hükmedilecek olan ceza, sanığın kusurunun ağırlığından az olamaz⁶⁶. Bu nedenle, öğretilerde hüküm anlaşması için önerilen cezayla çekişmeli muhakeme neticesinde verilecek olan ceza arasında en fazla %20 veya %30 oranında bir fark olabileceği kabul edilmektedir. Buna göre, isnat olunan suça ilişkin olarak kanunda öngörülen cezada yapılması teklif edilen indirimin oranı %20 veya %30'u aşmamalıdır⁶⁷.

Mahkemenin sadece cezanın üst sınırını belirleyip, alt sınıra ilişkin herhangi bir belirleme yapmamasının hüküm anlaşması için yeterli olup olmadığı ise tartışmalıdır. Ancak Federal Alman Mahkemesi yalnızca üst sınırın belirlenmesinin kanuna uygun olmayacağını, bu nedenle cezanın

⁵⁸ Aynı şekilde Amerikan hukukunda uygulanan "guilty plea", her suç açısından uygulanabilen, ceza yargılamasını kısaltan bir usuldür. Buna karşın bazı ülkeler ceza muhakemesini kısaltan kurumların uygulanması için, yasal cezaya ilişkin bir sınır belirlemişlerdir. Örneğin, İspanya'da on yıla, İsviçre'de ise beş yıla kadar hapis cezası gerektiren suçlarda, muhakemeyi hızlandıran usuller uygulanabilmektedir. Japonya'da ise ceza muhakemesini kısaltan uygulamalara, yalnızca cezanın ertelenmesi söz konusu olduğunda müsaade edilmektedir. Bilgi için bkz. DEITERS, Mark: "Abgekürzte Strafverfahren", in: ZStW 2018 (130), s.499-500.

⁵⁹ MURMANN, ZIS 10/2009, s.535.

⁶⁰ MURMANN, ZIS 10/2009, s.535.

⁶¹ KREY/HEINRICH, kn. 1515; MEYER- GOßNER/SCHMITT, StPO, §257c, kn. 15a.

⁶² VOLK/ENGLAENDER, §30, kn. 4a.

⁶³ BGH NJW 2011, s.1526.

⁶⁴ MEYER- GOßNER/SCHMITT, StPO, §257c, kn. 9.

⁶⁵ BEULKE/SWOBODA, kn. 395a; VOLK/ENGLAENDER, §30, kn. 4a; KREY/HEINRICH, kn. 1516.

⁶⁶ KREY/HEINRICH, kn. 1515.

⁶⁷ MEYER- GOßNER/SCHMITT, StPO, §257c, kn. 19.

alt sınırının da anlaşma sırasında belirtilmesi gerektiğini kabul etmektedir. Mahkemeye göre; AICMK §257c, 3. fıkranın, 2. cümlesinde açıkça “cezanın alt ve üst sınırlarından”, ayrıca aynı paragrafın 4. fıkrasının ilk cümlesinde de “önerilen ceza aralığından” bahsedilmektedir. Bu nedenle, anlaşma halinde hükmedilecek cezanın hem alt hem de üst sınırı önceden taraflara mutlaka bildirilmelidir⁶⁸.

Muhakeme şartları ve kanun yolları⁶⁹ konusunda yapılacak bir hüküm anlaşması da geçersizdir. Bu nedenle şikayetin geri alınmasına veya istinaf kanun yoluna gidilmeyeceğine ilişkin bir hüküm anlaşması yapılamaz. Aynı şekilde savcılığın başka bir delil araştırması veya yeni soruşturma yapmayacağı gibi bir hususta anlaşma yapılması da hukuka aykırıdır⁷⁰.

Kanun yollarına başvurmadan feragat edilmesinin hüküm anlaşması konusu yapılmaya yasağı, geçmişteki kötü uygulamalardan kaynaklanmaktadır. Alman ceza hukuku uygulamasında, önceleri kanun yoluna başvurmadan feragat edilmesi, anlaşma şartı olarak getirilmekte ve böylece hükmün üst derece mahkemesi tarafından denetlenmesinin önüne geçilmekteydi. Ancak Federal Alman Mahkemesi anlaşmanın hukuka uygun olup olmadığını mutlaka denetlenmesi gerektiği, bu nedenle kanun yoluna başvurmadan feragat şartıyla yapılan anlaşmanın geçersiz olduğu yönünde bir karar vermiştir⁷¹. Federal Alman Mahkemesi Büyük Dairesi verdiği kararda; kanun yolu başvurusundan vazgeçme konusunda yapılacak bir anlaşmanın geçersiz olduğunu, ayrıca sanığa hükmün tefhimi sırasında hükme karşı hangi kanun yollarına başvurabileceği, başvuru süresi ve başvuru usulü hakkında bilgi verilmesi gerektiğini vurgulamıştır⁷².

Kanun yoluna başvurma hakkından feragat, anlaşma şartı yapılamaz. Sanığa, hükme karşı başvurabileceği kanun yollarına ilişkin bilgi verilmemesi de hukuka aykırıdır. Bu kurallara aykırılık bozma nedenidir. AICMK §257c’ye ilişkin kanun tasarısında, kanun yolundan feragat yasağının açıkça düzenlemesi önerilmiştir. Ancak AICMK §302/1, 2 cümlesinde yer alan “*hüküm bir anlaşma neticesinde verilmişse, kanun yolu başvurusundan vazgeçilemez*” açık bir düzenleme bulunduğu için, aynı hükmün AICMK §257c’de tekrarlanması gereksiz bulunmuş ve öneri reddedilmiştir.

Cezanın infazıyla ilgili hususlarda veya muhakeme konusuyla bağlantısı olmayan konularda yapılan anlaşmalar da hukuka aykırıdır. Anlaşma şartı olarak, sanıktan muhakeme konusu olayla bağlantısı olmayan başka edimleri yerine getirmesi talep edilemez⁷³. Örneğin, sanıktan mağdur haklarını koruyan veya mağdurlara yardım eden bir derneğe bağış yapması istenemez⁷⁴. Veya mahkeme, hırsızlık ve suç eşyasını satın alma suçundan yargılanan sanığa, devlete olan vergi borcunu öderse, söz konusu suçlardan hakkında en fazla dört yıl hapis cezasına hükmedileceği şeklinde bir anlaşma öneremez⁷⁵. Hüküm anlaşması yalnızca muhakeme konusu olayla bağlantılı hususlarda yapılabilir. Anlaşma konusu yapılan hususlar arasında mutlaka bir bağlantı olmalıdır⁷⁶.

Sanık hakkında yürütülmekte olan bir başka soruşturma veya kovuşturma, hüküm anlaşmasının konusu olamaz. Bu itibarla savcının, sanığa suçunu ikrar ederse hakkında yürütülmekte olan başka bir davayla ilgili olarak, mahkemeden AICMK §154/II gereğince “açılmış olan kamu davasının yürütülmesinin durdurulmasını” talep etmeyi teklif etmesi veya bu konuda bir anlaşma yapılması hukuka aykırıdır⁷⁷.

⁶⁸ BGH NStZ 2011, s.648.

⁶⁹ AICMK §302 gereğince kanun yoluna başvurmadan feragat edilebilir veya kanun yoluna başvurduktan sonra başvuru geri çekilebilir. AMBOS/ZIEHN, in: Radtke/Hohmann, §257c, kn. 29; MEYER- GOBNER/SCHMITT, StPO, §257c, kn. 15b. TCMK m.266’da ise yapılmış olan kanun yolu başvurusundan vazgeçilebileceği düzenlenmiş olmasına rağmen, kanun yolu başvurusundan feragat edilmesi düzenlenmemiştir.

⁷⁰ BVerfG, NJW 2013, s.1064.

⁷¹ BGHSt 50, s.40-64.

⁷² BGHSt 50, s.62.

⁷³ KREY/HEINRICH, kn. 1517-1518; BGHSt 49, s.89.

⁷⁴ MEYER-GÖBNER/SCHMITT, StPO, §257c, kn. 15a.

⁷⁵ ROXIN/ACHENBACH/JAEGER/HEINRICH, s.153, 154.

⁷⁶ KREY/HEINRICH, kn. 1517-1518.

⁷⁷ KREY/HEINRICH, kn. 1519.

C. Suçu Kabul- İkrar

AICMK §257c/2, 2. cümlede ikrarın hüküm anlaşmasının unsuru olması gerektiği belirtilmiştir. Bu düzenleme Alman ceza muhakemesi hukuku uygulaması açısından önemli bir yeniliktir. Ancak söz konusu ifade kesin bir emir değil gereklilik kipi içermektedir. Bu nedenle ikrar olmadan hüküm anlaşmasının yapılamayacağını söylemek doğru değildir⁷⁸. Ancak kural olarak hüküm anlaşmasında sanığın suçu ikrar etmesi beklenir ve anlaşma ikrar üzerine gerçekleşir⁷⁹. Sanığın ikrarı, hüküm anlaşmasının başlangıç noktasıdır⁸⁰.

Bununla birlikte kanunun gerekçesinde de ifade edildiği gibi, sanığın suçunu ikrar etmesi mahkemenin maddi gerçeği araştırma yükümlülüğünü ortadan kaldırmaz. İkrara rağmen mahkeme, maddi olayı açığa çıkarmak için gerekli araştırmaları yapmak zorundadır. Sanık kendisine teklif edilen cezayı kabul etmeye hazır olsa bile, mahkemenin maddi olayı araştırma yükümlülüğü devam eder⁸¹.

İkrar bizzat sanık tarafından ve sözlü olarak yapılmalıdır. Müdafinin, müvekkilinin suçunu ikrar ettiğini beyan etmesi veya yazılı olarak mahkemeye sunulan ikrar geçersizdir⁸².

Sanığın “iddianamede anlatılan olaylar gerçeği yansıtmaktadır” şeklindeki, içerikten yoksun, tamamen şekli ikrarı, hüküm anlaşması için yeterli değildir. İkrar, samimi, nitelikli ve iddianamenin içeriğine ilişkin olmalıdır⁸³. Sanık ikrarında, özellikle kovuşturma makamlarınca aydınlatılmamış olan noktaları açıklamalı, olayın ayrıntılarına ilişkin maddi gerçeğin aydınlatılmasına yarayan bilgiler vermelidir. İkrar tam olmalı, boşluk içermemelidir⁸⁴. Ayrıca mahkeme, dosyadan hareketle ikrarın maddi olaya uygunluğunu araştırmalı, sanığın ikrarının gerçeğe uygunluğunu kontrol etmelidir⁸⁵.

İkrar yalnızca gönüllü ve sanığın özgür iradesine dayanıyorsa hukuken geçerlidir. İkrar, dikkatli değerlendirilmesi gereken bir delildir⁸⁶. Sanık başkasının işlemiş olduğu suçu, onu cezadan kurtarmak için üstlenmiş olabilir. Ya da ağır ceza tehdidiyle, suçu üstlenme ikilemi arasından kalan sanık, işlemediği bir suçu üstlenebilir. Ağır bir yaptırımla karşılaşma riskini bertaraf etmek isteyen sanık, hafif cezaya razı olarak işlemediği suçu itiraf edebilir. Bu nedenle ikrar anlaşma şartı olmamalı, sanığa anlaşmak istiyorsa suçunu itiraf etmesi gerektiği söylenerek baskı yapılmamalıdır. Sanık ikrara zorlanmamalıdır. İkrarın anlaşma şartı yapılması, masumiyet karinesi ve nemo tenetur ilkelerine aykırıdır. Ceza muhakemesinin maddi gerçeği ortaya çıkarma amacı, çabukluğa feda edilmemelidir. Sanığın kendisini ikrar konusunda baskı altında hissetmesine yol açacak uygulamalardan kaçınılmalıdır. Nitekim AICMK §257c’de bir anlaşmanın temel unsurunun ikrar olması gerektiğine işaret edilmiş, ancak ikrar anlaşmanın zorunlu unsuru haline getirilmemiştir.

Öte yandan ikrar, tek başına hükme esas alınmamalıdır. Sanığın suçluluğunu destekleyen başka deliller aranmalıdır. İkrar dışında, sanığın suçlu olduğunu gösteren başka bir delile ulaşılamazsa, şüpheden sanık yararlanır ilkesine uygun hareket edilmelidir.

D. Usul

Hüküm anlaşması yapmak, kural olarak mahkemenin inisiyatifindedir. Heyet halinde teşekkül eden mahkemelerde, hakimlerin en az üçte ikisi hüküm anlaşması usulünün uygulanması yönünde karar vermelidir. Bununla birlikte savcı veya müdafii de hüküm anlaşması usulünün

⁷⁸ ROTHE/SZALAI, NJOZ 2013, s.1806.

⁷⁹ MEYER-GÖBNER/SCHMITT, StPO, §257c, kn. 16.

⁸⁰ AMBOS/ZIEHN, in: Radtke/Hohmann, §257c, kn. 25.

⁸¹ BVerfG, NJW 2013, s.1063; KREY/HEINRICH, kn. 1522.

⁸² AMBOS/ZIEHN, in: Radtke/Hohmann, §257c, kn. 26.

⁸³ ROXIN/ACHENBACH/JAEGER/HEINRICH, s.155-156.

⁸⁴ MEYER-GÖBNER/SCHMITT, StPO, §257c, kn. 17.

⁸⁵ VOLK/ENGLAENDER, §30, kn. 4a.

⁸⁶ Ortaçağda ikrar delillerin şahı kabul edilmekte ve bu delilin elde edilmesi için gerekirse sanığa işkence yapılmaktaydı. Bkz. ÖZTÜRK VE DİĞERLERİ, s.85.

uygulanmasını önerebilir. AICMK §160b⁸⁷, §202a⁸⁸ ve §212⁸⁹ gereğince savcı veya mahkeme muhakeme süjeleriyle bir araya gelip muhakemenin geldiği aşamayı değerlendirebilmektedir. Bu nedenle uygulamada anlaşma yapılıp yapılmayacağı, genellikle kovuşturma aşamasından önce, muhakemeye ilişkin hususlar değerlendirilirken gündeme gelmektedir. Ancak duruşma öncesinde taraflar arasında yapılan görüşmeler, henüz AICMK §257c anlamında bir hüküm anlaşması değildir⁹⁰.

Mahkeme, muhakeme konusu olayın anlaşmaya uygun olduğu kanaatine ulaşırsa, muhakemenin diğer süjelerine anlaşma teklif eder. Sanık ve savcı, mahkemenin anlaşma önerisini değerlendirir ve kararını bildirir⁹¹. Mahkeme anlaşma teklifi konusunda yalnızca savcı ve sanığın veya onu temsil eden müdafinin değil, diğer muhakeme süjelerinin, özellikle davaya katılan kişilerin görüşlerini de alır. Ancak katılanın onayı, anlaşmanın geçerlilik şartlarından biri değildir. Katılanın itirazı, anlaşmasının yapılmasına engel olmaz. Anlaşmanın konusu hükmün içeriği ve sonuçları olduğundan, katılanın bu hususlar üzerinde zaten bir tasarruf yetkisi bulunmamaktadır. Ancak katılan, anlaşmaya karşı çıkarak, savcının ve mahkemenin görüşlerini etkileyebilir⁹². Aynı şekilde müdafinin anlaşmayı kabul edip etmemesi de önemsizdir. Sanık anlaşmak istiyorsa, ayrıca müdafinin onayının alınmasına gerek yoktur⁹³.

Bu açıdan, anlaşma teklifini kabul edecek süjeler sanık ve savcıdır. Sanığın yokluğunda müdafî, savcı ve mahkeme arasında yapılan anlaşma geçersizdir⁹⁴.

Mahkemenin teklifi, diğer muhakeme süjeleri tarafından açık bir şekilde kabul edilirse, anlaşma gerçekleşir⁹⁵. Teklifin zımnen kabulü yeterli olmaz, açık beyan şarttır. Hem savcı hem de sanık anlaşmayı kabul ettiğini açıkça beyan etmelidir⁹⁶.

Hüküm anlaşması duruşma dışında kapalı kapılar ardında değil, duruşmada herkesin gözü önünde, aleni bir şekilde yapılmalıdır⁹⁷. Gizlice, duruşma dışında yapılan anlaşma, yani hüküm pazarlığı (deal) yasa dışıdır⁹⁸. Ancak anlaşma hazırlığı duruşma dışında yapılan müzakerelerle yürütülebilir⁹⁹. Bununla birlikte hüküm anlaşmasına ilişkin müzakereler ve müzakere sonucu, mutlak surette duruşma tutanağına geçirilmelidir. Hem duruşma sırasında hem de duruşma aralarında yapılan görüşmeler belgelenmelidir. Bütün sürecin tutanak altına alınması, muhakemenin aleniyeti açısından vazgeçilemez niteliktedir. Alman kanun koyucu AICMK §257c ile hüküm anlaşmasının tam bir şeffaflık içinde yapılmasını, sürece ilişkin bütün ayrıntıların duruşma tutanağına geçirilmesini öngörerek, aleniyetin sağlanmasını amaçlamıştır. Kanunun hiçbir şekilde dolanılmaması, bütün sürecin en açık şekliyle tutanağa bağlanması yasal zorunluluktur. Yalnızca aleniyet ilkesini tam olarak karşılayan, bütün sürecin açık ve ayrıntılı olarak tutanağa bağlandığı hüküm anlaşmaları hukuken geçerlidir¹⁰⁰.

Tutanağa bağlama kuralı, müzakerelerin hem olumlu hem de olumsuz sonuçlandığı haller için geçerli mutlak bir kuraldır. Müzakereler olumsuz sonuçlansa ve anlaşma sağlanamasa bile, süreç ayrıntılı bir şekilde belgelenmelidir. Müzakerelere ilişkin yeterli bilgi içermeyen duruşma tutanağı eksiktir ve bu açıdan ispat gücü zayıftır. Müzakerelerin tutanağa bağlanmasından kısmen veya tamamen feragat edilmesi kanunun ihlalidir. Aleniyet ilkesini ihlal eden ve ayrıntıları tutanağa geçirilmemiş, iyi belgelenmemiş bir anlaşmayı esas alan hükme karşı, AICMK §337

⁸⁷ Muhakemenin geldiği aşamanın değerlendirilmesi başlığını taşıyan söz konusu düzenlemeye göre: “Savcılık, uygun gördüğü hallerde, muhakemeye yardımcı olmak amacıyla, muhakemenin bulunduğu aşamayı muhakeme süjeleri ile görüşebilir. Yapılan değerlendirmenin önemli olan hususları tutanağa geçirilir”.

⁸⁸ Kovuşturma öncesi değerlendirme başlığını taşıyan söz konusu düzenlemeye göre; “Mahkeme kovuşturma evresine geçmeyi düşünüyorsa, muhakeme açısından yararlı olacaksa, muhakemenin içinde bulunduğu durumu, süjelerle birlikte değerlendirebilir. Yapılan bu değerlendirmenin ana hatları dosyaya işlenir”.

⁸⁹ Kovuşturma açılmasından sonraki değerlendirme başlığını taşıyan söz konusu düzenlemeye göre; “§202a kovuşturma evresine geçildikten sonra da uygulanır”.

⁹⁰ MEYER-GÖBNER/SCHMITT, StPO, §257c, kn. 23.

⁹¹ MEYER-GÖBNER/SCHMITT, StPO, §257c, kn. 23.

⁹² MEYER-GÖBNER/SCHMITT, StPO, §257c, kn. 24.

⁹³ VOLK/ENGLAENDER, §30, kn. 4a.

⁹⁴ BGHSt 43, s.206 (s.195-212)

⁹⁵ MEYER-GÖBNER/SCHMITT, StPO, §257c, kn. 25.

⁹⁶ VOLK/ENGLAENDER, §30, kn. 4a.

⁹⁷ ROTHE/SZALAI, NJOZ 2013, s.1804.

⁹⁸ MEYER-GÖBNER/SCHMITT, StPO, §257c, kn. 4a.

⁹⁹ KREY/HEINRICH, kn. 1529.

¹⁰⁰ GOETTGEN, s.23.

gereğince “hükümün kanun ihlal edilerek verildiği” gerekçesiyle temyiz kanun yoluna başvurulabilir. Hükümün bir kanun ihlal edilerek verilmesi, temyiz nedenidir¹⁰¹.

Sanığı, yüksek ceza tehdidiyle korkutmak hukuka aykırıdır. Örneğin sanığa; “anlaşırsa, hakkında en fazla iki yıl hapis cezasına hükmedileceği; anlaşmazsa muhakeme sonunda en az altı yıl hapis cezasına çarptırılacağı” söylenmemeli, sanık ağır ceza tehdidiyle korkutulmamalıdır¹⁰².

AICMK §267’ye göre, gerekçesiz hüküm olmaz. Mahkeme tarafından verilen her hükümün mutlaka bir gerekçesi olmak zorundadır. AICMK §267’de gösterilen unsurları içermeyen ve gerekçesiz olarak yazılan kararlar bozmayı gerektirir¹⁰³. Mahkemenin, muhakemenin sùjeleriyle yaptığı bir anlaşma sonucunda verdiği hüküm de gerekçeli olmak zorundadır. Hükümde, mahkemeye muhakeme sùjeleri arasında bir anlaşma yapıldığı ve hükümün bu anlaşmaya dayandığı açıkça belirtilmelidir¹⁰⁴.

Mahkeme, kanun yoluna başvurma hakkı olan kişilere, özellikle sanığa AICMK §35a gereğince söz konusu hükme karşı kanun yoluna başvurma hakkını kullanmakta serbest olduğunu bildirir. Sanık hükme karşı başvurabileceği kanun yolu, kanun yoluna başvuru süresi ve başvuru usulü konusunda ayrıntılı ve açık bir şekilde bilgilendirilir. Mahkeme, sanığın haklarını anladığından emin olmalıdır¹⁰⁵. Kanun yolu başvurusundan vazgeçildiğine ilişkin bir anlaşma ise, yukarıda da işaret edildiği gibi, AICMK §302/1, 2. cümle gereğince geçersizdir.

E. Hüküm Anlaşmasının Bağlayıcılığı

Hüküm anlaşması esas itibarıyla mahkemeyi bağlar. Savcı ve sanığın, mahkemenin anlaşma teklifini kabul etmesinden sonra, mahkeme kural olarak yapılan anlaşmayla bağlıdır. Mahkeme, artık anlaşmaya uymak ve bir hüküm kurmak zorundadır. Mahkemenin anlaşmayla bağlı olması sanığın mahkemeye ve sürece güven duyması açısından önemlidir¹⁰⁶.

Ancak anlaşmanın mahkeme açısından bağlayıcılığı mutlak değildir. Bazı durumlarda anlaşmanın bağlayıcılığı mahkeme açısından son bulur. Çünkü anlaşmanın mahkeme açısından mutlak şekilde bağlayıcı kabul edilmesi, maddi gerçeğin araştırılması ilkesini tehlikeye düşürür. Anlaşmanın mahkeme açısından kural olarak bağlayıcı olması, sanığın mahkemeye ve sürece güvenmesini temin etmektedir. İstisnai durumlarda anlaşmanın bağlayıcılığının sona ermesi ise, ceza muhakemesinin maddi gerçeğin ortaya çıkartılması amacına hizmet eden bir yaklaşımdır¹⁰⁷. Bu nedenle Alman kanun koyucunun kural-istisna dengesine uygun bir şekilde, kanunda gösterilen belli şartlar altında, anlaşmanın bağlayıcılığının sona ereceğini açıkça düzenlemesi son derece isabetlidir (AICMK §257c/4).

AICMK §257c/4’e göre mahkeme, hukuki veya maddi açıdan önemli olan bazı hususları gözden kaçırdığını fark ederse, hüküm anlaşmasından vazgeçebilir. Aynı şekilde, anlaşma yapıldığı anda bilinmeyen ancak hukuki veya maddi açıdan hükme etki eden bazı hususlar, anlaşma yapıldıktan sonra ortaya çıkar ve mahkeme bu nedenle önerdiği ceza aralığının fiile ve failin kusuruna uygun olmadığı kanaatine ulaşırsa, hüküm anlaşmasından cayabilir. Örneğin, mahkeme suçun temel şeklinin değil nitelikli halinin işlendiği kanaatine sonradan ulaşırsa, anlaşmayla bağlı olmadığını açıklayabilir. Sanığın muhakemenin devamındaki davranışlarının, mahkemenin sanıktan beklediği davranışlarla örtüşmemesi durumunda da mahkeme anlaşmadan dönebilir¹⁰⁸.

Anlaşmanın bazı durumlarda mahkemeyi bağlamayacak olması, öğretide problemlili bulunarak, eleştirilmektedir. Haklılık payı olan bu eleştiriye göre; kanunun yalnızca anlaşma yapıldıktan sonra ortaya çıkan yeni durumları değil, anlaşma sırasında mevcut olan ancak mahkemenin dikkatinden kaçan hususları da cayma nedeni sayması, mahkemenin hatasından sanığın sorumlu tutulması anlamına gelmektedir¹⁰⁹. Mahkemenin anlaşma yapıldığı sırada

¹⁰¹ GOETTGEN, s.24; VOLK/ENGLAENDER, §30, kn. 4a; BVerfG, NJW 2013, s.1063.

¹⁰² VOLK/ENGLAENDER, §30, kn. 4a.

¹⁰³ MEYER-GOßNER/SCHMITT, StPO, §257c, kn. 21.

¹⁰⁴ VOLK/ENGLAENDER, §30, kn. 4a.

¹⁰⁵ VOLK/ENGLAENDER, §30, kn. 4a.

¹⁰⁶ TSUJIMOTO, Norio: “Eine inhaltliche Analyse der Verständigung im deutschen Strafprozess aus der Perspektive eines Außenstehenden”, in: ZIS 12/2012, s.615 (s.612-622).

¹⁰⁷ TSUJIMOTO, ZIS 12/2012, s.615.

¹⁰⁸ VOLK/ENGLAENDER, §30, kn. 5.

¹⁰⁹ MURMANN, ZIS 10/2009, s.538.

mevcut olan hususları gözden kaçırmamasının sonuçlarına, sanığın katlanmasını beklemek haksızlıktır. Ayrıca bu düzenleme, savunmanın mahkeme tarafından yönlendirilmesi riski taşımaktadır. Zira, mahkemenin sanıktan beklediği davranış tarzı, savunmayı sınırlandırabilir ve sanık üzerinde baskı yaratabilir. Mahkemenin sanıktan beklediği davranışlar, sanığın anlaşma dışında kalan, savunmaya ilişkin diğer davranışlarını etkileyebilir¹¹⁰.

Anlaşmanın geçersiz hale gelmesi için, mahkeme anlaşmayla bağlı olmadığına dair bir karar almalıdır. Bu karar aslında, mahkemenin anlaşma yapmak için teklif ettiği ceza aralığının, artık geçerli olmadığını açıklamasından ibarettir¹¹¹. Cayma kararıyla mahkeme anlaşmayı tek tarafı olarak fesheder ve anlaşmanın geçersiz olduğunu açıklar. Karar gecikmeksizin muhakeme süjelerine bildirilmelidir. Mahkeme anlaşmayla bağlı olmadığını açıkladığında, sanığın ikrarı da geçersiz hale gelir. Söz konusu ikrar artık hükme esas alınmaz (AICMK §257c/2, 3. cümle). Delil değerlendirme yasakları kapsamında kalan ikrar, sanık aleyhinde kullanılamasa da lehinde kullanılabilir. Mahkeme anlaşmadan caydıktan sonra verdiği yeni hükümde, sanığın geçersiz hale gelen önceki ikrarını cezada indirim yapmak üzere göz önünde bulundurabilir¹¹².

Öğretide, ikrarın geçersiz hale gelmesinden sonra, ikrar neticesinde elde edilen diğer delillerin durumu da değerlendirilmiştir¹¹³. Alman ceza muhakemesi hukukunda¹¹⁴ delil yasakları konusunda, ağırlıklı olarak nispi değerlendirme yasağı görüşü benimsenmektedir. Nispi değerlendirme yasağına göre; bir hak ihlal edilerek, hukuka aykırı olarak elde edilen bir delil, otomatik olarak yasal delil olarak sınıflandırılmaz. Böyle bir delilin bazı durumlarda kullanılması mümkündür. Somut olayda delilin elde edilmesi sırasında ihlal edilen hak ile delilin hukuka aykırı olmasından dolayı kabul edilmemesi halinde ihlal edilecek olan hak arasında bir değerlendirme yapılır. Bu değerlendirmede; şüpheli veya sanığın, delilin elde edilmesi amacıyla ihlal edilen hakkı ağır basıyorsa, delil geçersizdir. Buna karşın, suçların cezalandırılmasına ilişkin devletin menfaati ağır basıyorsa, delil hukuka aykırı olsa bile, değerlendirilir. Delil elde edilirken, sanığın hakları “önemli ölçüde ihlal edilmişse”, ilgili delil değerlendirme dışı bırakılır. Delil şüpheli veya sanığın bir temel hakkı ihlal edilerek elde edilmişse, o delil hiçbir şekilde kullanılamaz. Ancak “ihlal ikincil nitelikteyse veya sanığın hakları açısından hiçbir önem taşııyorsa”, hukuka aykırı yollarla elde edilen delil kullanılabilir. Aynı şekilde hukuka aykırı bir delilden hareketle elde edilen ikincil delillerin değerlendirilip değerlendirilmeyeceği yani hükme esas alınıp alınmayacağı konusunda da nispi değerlendirme yapılması gerektiği görüşü, Alman ceza hukukunda hakim görüşüdür¹¹⁵.

İkrar geçerliliğini kaybettikten sonra, ona bağlı olarak elde edilen diğer delillerin de delil yasakları kapsamında olduğu ve değerlendirilemeyeceği görüşü, Alman ceza muhakemesi öğretisinde azınlıkta kalmaktadır¹¹⁶. Öğretide, ikrar geçersiz hale gelse bile, ona bağlı olarak elde edilen ikincil delillerin değerlendirme yasağı kapsamında olmadığı görüşü ağırlıklı olarak savunulmaktadır. AICMK §257c'nin lafzının ve hüküm anlaşması kurumunun tarihi gelişiminin bu görüşü desteklediği iddia edilmektedir¹¹⁷. Bu durumda anlaşma geçersiz hale gelse ve ikrar değerlendirmesi yasak deliller arasına girse bile, ikrara bağlı olarak elde edilen diğer deliller değerlendirilebilir ve hükme esas alınabilir¹¹⁸.

Mahkeme sanığa anlaşma teklif ederken, anlaşmanın kural olarak mahkemeyi bağladığını, ancak kanunda sayılan bazı istisnai nedenlerin ortaya çıkması durumunda, anlaşmadan dönebileceğini ve bu durumda anlaşmadan bağımsız bir hüküm vereceğini açıklamalıdır. Sanık

¹¹⁰ VOLK/ENGLAENDER, §30, kn. 5.

¹¹¹ KREY/HEINRICH, kn. 1528.

¹¹² BGHSt 42, s.194 (191-194); AMBOS/ZIEHN, in: Radtke/Hohmann, §257c, kn. 37.

¹¹³ GOETTGEN, s.42-44.

¹¹⁴ Bkz. KREY/HEINRICH, kn. 1591-1595; BGHSt 38, s.219-220 (s.214-231).

¹¹⁵ Bkz. KREY/HEINRICH, kn. 1632. Bununla birlikte öğretide hukuka aykırı delillerin uzak etkisini kabul ederek, zehirli ağacın meyvesinin de zehirli olacağı görüşünü savunan yazarlar da vardır. bkz. KUHNE, Hans-Heiner, Strafprozessrecht- Eine systematische Darstellung des deutschen und europäischen Strafverfahrensrechts, 9. Aufl., Heidelberg 2015, kn. 912 vd.

¹¹⁶ KUHNE, kn. 912 vd.

¹¹⁷ GOETTGEN, s.43- 44.

¹¹⁸ *Beulke/Swoboda* 'ya göre; hüküm anlaşması mahkemenin hukuki veya fiili bir durumu gözden kaçırmaması nedeniyle geçersiz hale gelirse, sanığın ikrarına bağlı olarak elde edilen ikincil deliller de değerlendirilemez ve hükme esas alınmaz. Yazarlara göre, anlaşmanın mahkemenin hatası dışında başka bir nedenle geçersiz hale gelmesi durumunda ise, ikrarın uzak etkisi önemsizdir. İkrar geçersiz olsa bile, ona bağlı ikincil deliller değerlendirilebilir. Bkz. BEULKE/SWOBODA, kn. 396c.

mahkemenin anlaşmadan caymasına yol açan istisnai nedenler ve caymanın sonuçları konusunda, ayrıntılı olarak aydınlatılmalıdır¹¹⁹. Aydınlatma mutlaka sürecin başında, anlaşma teklifi yapıldığı sırada, sanık henüz teklife ilişkin kararını açıklamadan ve her halükarda sanık suçunu ikrar etmeden önce yapılmalıdır¹²⁰. İkrardan sonra yapılacak aydınlatma geçersizdir. Mahkemenin anlaşmadan caymasının nedenleri ve caymanın sonuçları sanığa açıklanmazsa, AICMK §257c/5'e aykırı hareket edilmiş olur. AICMK §337/2'ye göre, bir hukuk kuralının uygulanmaması veya yanlış uygulanması temyiz nedenidir. Aydınlatma yükümlülüğünün ihlali, hükmün bozulmasını gerektirir.

Alt derece mahkemesinin yaptığı anlaşma, istinaf veya temyiz incelemesi yapan üst derece mahkemelerini bağlamaz¹²¹. Örneğin, ilk derece mahkemesi, muhakeme süjeleriyle yaptığı anlaşmaya dayanarak sanık hakkında 15 ay hapis cezasına hükmeder ve ardından da hükmettiği cezaı erteler. Ancak, savcı verilen cezanın az olduğu gerekçesiyle istinaf kanun yoluna başvurur. Bu durumda ilk derece mahkemesinin anlaşma sırasında belirlediği 12-18 aylık ceza aralığı, üst derece mahkemesi açısından bağlayıcı değildir. Ayrıca sanığın anlaşmak için yaptığı ikrar, istinaf mahkemesinde delil olarak değerlendirilemez¹²². Anlaşmanın üst derece mahkemeleri açısından bağlayıcı olmaması, kanun yolu denetiminin gereğidir. Zira kanun yolu denetiminde üst derece mahkemesi, alt derece mahkemesinin vermiş olduğu kararı istinafta maddi ve hukuki, temyizde ise hukuki açıdan denetler.

Mahkemenin anlaşma teklifini kabul eden savcılığın beyanı, kendisi açısından bağlayıcıdır. Savcılık anlaşmayı kabul ettikten sonra, hukuki veya maddi açıdan önemli hususları gözden kaçırdığını veya mahkemenin önerdiği ceza aralığının fiille ve failin kusurunun ağırlığıyla orantılı olmadığını fark etse bile, anlaşmadan dönemez¹²³. Mahkemenin aksine, savcılığa anlaşmadan cayma hakkı tanınmamıştır. Bununla birlikte, mahkemenin anlaşmadan cayma kararı, savcıyı da anlaşmayla bağlı olmaktan kurtarır¹²⁴.

Sanık açısından ise, hüküm anlaşmasının bir bağlayıcılığı yoktur. Sanık anlaşmadan her zaman cayabilir. Sanık, daha önce yapmış olduğu ikrarı geri çekmekte serbesttir. Sanığın savunma hakkı kapsamında ikrarını her an geri çekip, suçsuz olduğunu iddia etme hakkı vardır. Hüküm anlaşması gönüllü olmalı ve sanığın özgür iradesine dayanmalıdır. Sanık anlaşma yapma konusundaki beyanına sadık kalmaya zorlanamaz. Sanığın anlaşmayı önce kabul edip, suçunu ikrar ettikten sonra, bundan vazgeçmesi, AICMK §257c/4, 2. cümlede belirtilen, sanığın “muhakeme sırasındaki davranışlarıyla, sonraki davranışlarının mahkemenin öngörüsüne uymaması” durumuna örnek gösterilebilir. Bu durumda anlaşmanın mahkeme açısından bağlayıcılığı sona erer ve mahkeme artık sanık hakkında anlaşmadan bağımsız yeni bir karar verebilir¹²⁵.

IV. ALCMK §257C'DE DÜZENLENEN HÜKÜM ANLAŞMASI VE TCMK M.250'DE DÜZENLENEN SERİ MUHAKEME USULÜ BENZER KURUMLAR MIDIR?

Türk Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 250. maddesi 7188 sayılı Kanun'un 23. maddesiyle yeniden düzenlenmiştir. Söz konusu düzenlemeyle, “seri muhakeme usulü” (TCMK m.250) getirilmiştir. Madde gerekçesinde, benzer bir kurumun AICMK §257c'de de mevcut olduğundan söz edilmiştir. Bu nedenle bu iki kurum arasında bir benzerlik olup olmadığına da kısaca değinmek gerekmektedir.

TCMK m.250'ye göre¹²⁶, kanunda sayılan katalog suçlardan birinin işlendiğini öğrenen Cumhuriyet savcısı soruşturmanın son aşamasında, kamu davasının açılmasının ertelenmesi

¹¹⁹ ROTHE/SZALAI, NJOZ 2013, s.1804.

¹²⁰ GOETTGEN, s.18.

¹²¹ VOLK/ENGLAENDER, §30, kn. 7.

¹²² VOLK/ENGLAENDER, §30, kn. 7.

¹²³ MEYER-GOßNER/SCHMITT, StPO, §257c, kn. 25.

¹²⁴ KREY/HEINRICH, kn. 1529.

¹²⁵ KREY/HEINRICH, kn. 1526.

¹²⁶ Madde 250- (1) Soruşturma evresi sonunda aşağıdaki suçlarla ilgili olarak kamu davasının açılmasının ertelenmesine karar verilmediği takdirde seri muhakeme usulü uygulanır:

- a) Türk Ceza Kanununda yer alan;
 1. Hakkı olmayan yere tecavüz (madde 154, ikinci ve üçüncü fıkra),
 2. Genel güvenliğin kasten tehlikeye sokulması (madde 170),
 3. Trafik güvenliğini tehlikeye sokma (madde 179, ikinci ve üçüncü fıkra),
 4. Gürültüye neden olma (madde 183),

kararı vermesine engel bir durum varsa, kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararı verilemiyorsa şüpheliye seri muhakeme usulü uygulamayı teklif eder. Şüpheli müdafii huzurunda Cumhuriyet savcısının teklifini kabul ederse, Cumhuriyet savcısı TCK m.61/1 gereğince şüpheli hakkında uygulanacak temel cezayı belirler ve bu ceza üzerinden yarı oranında indirim yapar (TCMK m.250/4). Cumhuriyet savcısı şartların olduğu kanaatine ulaşırsa, belirlediği cezayı TCK m.50 gereğince seçenек yaptırıma çevirebilir, TCK m.51 gereğince cezanın ertelenmesine (TCMK m.250/5) veya TCMK m.231 gereğince hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına (TCMK m.250/6) karar verebilir. Ardından bir talepname düzenleyerek görevli mahkemeden seri muhakeme usulünün uygulanmasını ve taleplemede belirtilen doğrultuda hüküm kurmasını ister¹²⁷. Şüpheli seri muhakeme usulünün uygulanmasını kabul ederse aynı gün mahkemeye yönlendirilir¹²⁸. Mahkeme talepten verildiği gün incelemesini derhal yapar ve şüpheliyi seri muhakeme usulünün uygulanmasına ilişkin olarak dinledikten sonra TCMK m.250/3'de sayılan şartların gerçekleşip gerçekleşmediğini kontrol eder¹²⁹. Yani, seri muhakeme usulünün

5. Parada sahtecilik (madde 197, ikinci ve üçüncü fıkra),
6. Mühür bozma (madde 203),
7. Resmi belgenin düzenlenmesinde yalan beyan (madde 206),
8. Kumar oynanması için yer ve imkan sağlama (madde 228, birinci fıkra),
9. Başkasına ait kimlik veya kimlik bilgilerinin kullanılması (madde 268), suçları.

b) 10/7/1953 tarihli ve 6136 sayılı Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanununun 13 üncü maddesinin birinci, üçüncü ve beşinci fıkraları ile 15 inci maddesinin birinci, ikinci ve üçüncü fıkralarında belirtilen suçlar.

c) 31/8/1956 tarihli ve 6831 sayılı Orman Kanununun 93 üncü maddesinin birinci fıkrasında belirtilen suç.

d) 13/12/1968 tarihli ve 1072 sayılı Rullet, Tilt, Langırt ve Benzeri Oyun Alet ve Makinaları Hakkında Kanununun 2 nci maddesinde belirtilen suç.

e) 24/4/1969 tarihli ve 1163 sayılı Kooperatifler Kanununun ek 2 nci maddesinin birinci fıkrasının (1) numaralı bendinde belirtilen suç.

(2) Cumhuriyet savcısı veya kolluk görevlileri, şüpheliyi, seri muhakeme usulü hakkında bilgilendirir.

(3) Cumhuriyet savcısı tarafından seri muhakeme usulünün uygulanması şüpheliye teklif edilir ve şüphelinin müdafii huzurunda teklifi kabul etmesi hâlinde bu usul uygulanır.

(4) Cumhuriyet savcısı, Türk Ceza Kanununun 61 inci maddesinin birinci fıkrasında belirtilen hususları göz önünde bulundurarak, suçun kanuni tanımında öngörülen cezanın alt ve üst sınırı arasında tespit edeceği temel cezadan yarı oranında indirim uygulamak suretiyle yaptırımı belirler.

(5) Dördüncü fıkra uyarınca sonuç olarak belirlenen hapis cezası Cumhuriyet savcısı tarafından, koşulları bulunması hâlinde Türk Ceza Kanununun 50 nci maddesine göre seçenек yaptırımlara çevirebilir veya 51 inci maddesine göre ertelenebilir.

(6) Bu maddeye göre belirlenen yaptırımlar hakkında, Cumhuriyet savcısı tarafından, koşulları bulunması hâlinde 231 inci madde kıyasen uygulanabilir.

(7) Bu madde kapsamında yaptırım uygulanması, güvenlik tedbirlerine ilişkin hükümlerin uygulanmasına engel teşkil etmez.

¹²⁷ Madde 250- (8) Cumhuriyet savcısı, şüpheli hakkında seri muhakeme usulünün uygulanmasını yazılı olarak görevli mahkemeden talep eder. Talep yazısında;

- a) Şüphelinin kimliği ve müdafii,
- b) Mağdur veya suçtan zarar görenlerin kimliği ile varsa vekili veya kanuni temsilcisi,
- c) İsnat olunan suç ve ilgili kanun maddeleri,
- d) İsnat olunan suçun işlendiği yer, tarih ve zaman dilimi,
- e) Şüphelinin tutuklu olup olmadığı; tutuklanmış ise, gözaltına alma ve tutuklama tarihleri ile bunların süreleri,
- f) İsnat olunan suçun oluşturan olayların özeti,
- g) Üçüncü fıkrada belirtilen şartların gerçekleştiği,
- h) Belirlenen yaptırım ile beşinci ve altıncı fıkra uygulanmış ise bunlara ilişkin hususlar ve güvenlik tedbirleri, gösterilir.

¹²⁸ Ceza Muhakemesinde Seri Muhakeme Yönetmeliği m.10/9, 31 Aralık 2019 Tarih ve 30995 (4. Mükerrer) sayılı Resmi Gazete.

¹²⁹ Madde 250- (9) Mahkeme, şüpheliyi müdafii huzurunda dinledikten sonra üçüncü fıkradaki şartların gerçekleştiği ve eylemin seri muhakeme usulü kapsamında olduğu kanaatine varırsa talepte belirlenen yaptırım doğrultusunda hüküm kurar; aksi takdirde talebi reddeder ve soruşturmanın genel hükümlere göre sonuçlandırılması amacıyla dosyayı Cumhuriyet başsavcılığına gönderir. Mazeretsiz olarak mahkemeye gelmeyen şüpheli, bu usulden vazgeçmiş sayılır.

(10) Seri muhakeme usulünün herhangi bir sebeple tamamlanamaması veya soruşturmanın genel hükümlere göre sonuçlandırılması amacıyla Cumhuriyet başsavcılığına gönderilmesi hâllerinde, şüphelinin seri muhakeme usulünü kabul ettiğine ilişkin beyanları ile bu usulün uygulanmasına dair diğer belgeler, takip eden soruşturma ve kovuşturma işlemlerinde delil olarak kullanılamaz.

(11) Suçun iştirak hâlinde işlenmesi durumunda şüphelilerden birinin bu usulün uygulanmasını kabul etmemesi hâlinde seri muhakeme usulü uygulanmaz.

(12) Seri muhakeme usulü, yaş küçüklüğü ve akıl hastalığı ile sağır ve dilsizlik hâllerinde uygulanmaz.

(13) Resmî mercilere beyan edilmiş olup da soruşturma dosyasında yer alan adreste bulunmama veya yurt dışında olma ya da başka bir nedenle şüpheliye ulaşılamaması hâlinde, seri muhakeme usulü uygulanmaz.

(14) Dokuzuncu fıkra kapsamında Cumhuriyet savcısının talebi doğrultusunda mahkemece kurulan hükme

uygulanması teklifinin yapıp yapılmadığını, şüphelinin teklifi müdafî huzurunda kabul edip etmediğini ve fiilin TCMK m.250’de sayılan katalog suçlardan birine uygun olup olmadığını kontrol eder (TCMK m.250/9). Bu şartlar yerine gelmişse, mahkeme talepname doğrultusunda hüküm kurmak zorundadır (TCMK m.250/9). Mahkemenin talepnameyi başka bir nedenle reddetme veya Cumhuriyet savcısının belirlediği cezayı değiştirme yetkisi bulunmamaktadır.

TCMK m.250’de düzenlenen seri muhakeme usulü, soruşturma aşamasında uygulanan bir yöntemdir. Buna karşın AICMK §257c’de düzenlenmiş olan hüküm anlaşması kovuşturma aşamasında uygulanmaktadır. Hüküm anlaşmasında, taraflara anlaşma teklif eden, delilleri takdir eden mahkemedir. Seri muhakeme usulünde ise, deliller mahkeme tarafından değerlendirilmemekte, seri muhakeme usulü uygulanması teklifi mahkeme tarafından değil, Cumhuriyet savcısı tarafından yapılmaktadır. Mahkeme, yalnızca eylemin seri muhakeme kapsamında olup olmadığını, şüpheliye seri muhakeme usulü teklifi yapıp yapılmadığını ve şüphelinin müdafî huzurunda özgür iradesiyle bu teklifi kabul edip etmediğini denetleyebilir (TCMK m.250/9). Seri muhakeme usulünde adli sicile işlenecek olan hükmü¹³⁰ görünüşte mahkeme vermektedir, ancak hükmün içeriğini Cumhuriyet savcısı belirler. TCMK m.250’de öngörülen usul, özü itibarıyla tez ve antitezin ortaya konup tartışıldığı ve buradan bir sonuç çıkartılan klasik bir yargılama faaliyeti değildir. Hüküm anlaşmasında sürecin patronu mahkemeyken, seri muhakeme usulünde Cumhuriyet savcısıdır.

Seri muhakeme usulünde yargılamanın duruşma safhasından vazgeçilmekte ve duruşma yapılmadan hüküm aşamasına geçilmektedir. Söz konusu usulde iddianame düzenleme ve duruşma safhaları tamamen ortadan kaldırılmaktadır. İddianame düzenlenmediği için kovuşturma aşamasına geçilmemekte, şüpheliye sanık sıfatı verilmeden, hükümlü sıfatı verilmektedir. Seri muhakeme usulünde mahkeme, şüpheliyi suçla ilgili olarak sorguya çekemez, yalnızca müdafî huzurunda seri muhakeme usulü ile ilgili olarak dinleyebilir¹³¹. Mahkeme talepten önce eksik olup olmadığını; eylemin seri muhakeme usulü kapsamında bir suç oluşturup oluşturmadığını; cezanın belirlenmesinde maddi hata yapıp yapılmadığını; Cumhuriyet savcısı hükmün açıklanmasının geri bırakılması, cezanın seçenek yaptırıma çevrilmesi veya ertelenmesi kararı vermişse, bu kararlara ilişkin objektif koşulların gerçekleşip gerçekleşmediğini; hükmedilmesi talep edilen cezaya uygun bir güvenlik tedbiri belirleyip belirlemediğini; şüpheliye usulüne uygun teklif yapıp yapılmadığını ve şüphelinin müdafî huzurunda, özgür iradesiyle teklifi kabul edip etmediğini kontrol eder (TCMK m.250/9). Bu usul, mahkemenin maddi gerçeği ortaya çıkarma ödevi ve muhakemenin maddi gerçeğe ulaşma amacıyla bağdaşmamaktadır. Hüküm anlaşmasında ise, maddi gerçeğe ulaşma amacı, muhakemenin hızlı bir şekilde sona erdirilmesi amacının önüne geçmektedir. Bu nedenle, hüküm anlaşması mahkeme açısından mutlak bağlayıcı değildir (AICMK §257c/4). Mahkeme maddi veya hukuki açıdan hükme etki edecek hususları gözden kaçırdığında veya bu hususlar sonradan ortaya çıktığında anlaşmadan cayabilmekte ve anlaşmadan bağımsız yepyeni bir hüküm kurabilmektedir.

Hüküm anlaşması üzerine yaptığımız bu çalışma, gerekçedeki iddianın aksine TCMK m.250’de yer alan “seri muhakeme usulü” düzenlenirken, AICMK §257c’nin örnek alınmadığını, iki kurum arasında benzerlik bulunmadığını ortaya koymuştur. Türk Ceza Muhakemesi Kanunu’nda yer alan seri muhakeme usulü (TCMK m.250), hüküm anlaşmasından ziyade Fransız ceza hukukunda uygulanmakta olan “suçunu kabul edenlerin yargılanması”¹³² usulüne benzemektedir. Fransız hukukunda uygulanan söz konusu usule göre; beş yıla kadar hapis cezası öngören suçlarla ilgili savcıyla şüpheli belirli bir yaptırım konusunda anlaşmaktadır. Mahkeme dışında gerçekleşen bu anlaşma kamuya açık bir duruşmada mahkemenin onayına sunulmakta ve mahkeme tarafından incelendikten sonra uygun bulunursa, onaylanmaktadır. Mahkeme onayıyla kamu davası düşmekte ve üzerinde savcıyla şüphelinin anlaştığı yaptırımın infazına geçilmektedir¹³³. AICMK §257c’de düzenlenmiş olan hüküm anlaşması hem TCMK m.250’de

itiraz edilebilir.

(15) Bu maddenin uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar Adalet Bakanlığı tarafından çıkarılan yönetmelikle belirlenir.

¹³⁰ Ceza Muhakemesinde Seri Muhakeme Yönetmeliği m.10/1, f.

¹³¹ Ceza Muhakemesinde Seri Muhakeme Yönetmeliği m.13.

¹³² TAŞKIN, Mustafa, “Fransız ve Türk Hukukunda Suçunu Kabul Edenlerin Yargılanması”, THD, S.44, Nisan 2010, s.23.

¹³³ Fransız hukukunda uygulanmakta olan bu usulde mahkemenin, yaptığı inceleme neticesinde, savcıyla şüphelinin üzerinde anlaştığı yaptırımı onaylama veya reddetme konusunda takdir yetkisi olduğu aktarılmaktadır. Mahkeme önerilen ve kabul edilen yaptırım üzerinde değişiklik yapamaz. Ancak mahkeme yaptığı incelemede, sanığın o suçu

düzenlenmiş olan “seri muhakeme usulünden” hem de klasik ceza yargılaması ilkelerinin büyük bir kısmını devre dışı bırakan¹³⁴ Fransız ceza hukukundaki “suçunu kabul edenlerin yargılanması usulünden”¹³⁵ farklıdır.

V. DEĞERLENDİRME VE SONUÇ

Ceza muhakemesini hızlandırma çabaları ve bu yönde geliştirilen kurumlar tüm dünyada ciddi bir uygulama alanı bulmuştur. Klasik ceza muhakemesi usulünün uygulama alanı giderek daralmaktadır. Örneğin; Amerika ve İsviçre’de ceza uyuşmazlıklarının yalnızca %10’luk bir kısmı normal ceza muhakemesi yöntemleriyle çözümlenmektedir. Kalan %90’lık kısım ise, klasik ceza muhakemesi dışındaki usul ve yöntemlerle sonlandırılmaktadır. Japonya’da ise ceza uyuşmazlıklarının yaklaşık ¾’ünde, “ceza kararnamesi” adlı bir kısa muhakeme usulü uygulanmaktadır¹³⁶.

Alman ceza muhakemesi hukukunda hüküm anlaşması; zaman, maliyet, toplumsal ve hukuki barış açısından önemli avantajlar sağlamaktadır. Ancak, hüküm anlaşması ceza muhakemesinin temel ilkeleri açısından dikkatli uygulanması gereken bir kurumdur. Alman ceza muhakemesi hukukunda, maddi gerçeğe ulaşmak için hukuka uygun yollarla “re’sen araştırma” ilkesi geçerlidir. Savcılığın veya savunmanın getirdiği delillerden bağımsız olarak, maddi gerçeği ortaya çıkarmakla görevli olan mahkeme, kendiliğinden olgu ve delil araştırması yapabilir¹³⁷. Buna karşın Anglo-Amerikan hukuk sistemi taraf muhakemesi şeklinde yürür ve mahkeme, tarafların önüne getirdiği delillerle bağlıdır¹³⁸. Taraf muhakemesi şeklinde yürüyen bir ceza muhakemesi sisteminde, taraflar kendi aralarında anlaşabilir. Buna karşın maddi gerçeğe ulaşmak için re’sen araştırma ve kovuşturmaya devam etme mecburiyetini benimsemiş bir hukuk sistemiyle, hüküm anlaşmasının bağdaşması kolay değildir. Bu düşünce, Alman ceza hukukunda hüküm anlaşmasına karşı çıkılmasının asıl nedenidir. Hüküm anlaşmasının, hukuk devleti ilkesine dayanan klasik ceza muhakemesine zarar vermesinden endişe edilmektedir¹³⁹.

Hüküm anlaşmasının, duruşmaya hakim olan alenilik, delillerin doğrudan doğruya değerlendirilmesi ve savcılığın açmış olduğu kamu davasını takip etme mecburiyeti (kovuşturma mecburiyeti) ilkelerine aykırılık teşkil edebileceğine ilişkin görüşlerde¹⁴⁰ haklılık payı bulunmaktadır. Ancak Federal Alman Mahkemesi kararlarında, hüküm anlaşmasının duruşma salonunda, herkesin gözü önünde yapılması ve müzakerelerin duruşma tutanağına geçirilmesi gerektiğine açıkça işaret ederek, alenilik ilkesine; sanığın süreç hakkında doğru ve ayrıntılı bir şekilde aydınlatılması ve mahkemenin sanığın ikrarının gerçeğe uygun olup olmadığını denetlemesi gerektiğine vurgu yaparak, maddi gerçeğin araştırılması ilkesine uygun bir içtihat oluşturmaya çalışmaktadır.

Hüküm anlaşmasında, muhakemenin soruşturma ve kovuşturma aşamaları muhafaza edilmektedir. Muhakemenin duruşma safhası kısaltılarak, kovuşturma aşaması daha hızlı sonlandırılmaktadır. Bununla birlikte, sanığın kusuru ve suçun sabit olup olmadığı konusundaki nihai kararı, hakim duruşmada ortaya konan delillere göre vicdani kanaatiyle vermektedir. Yargılama dosya üzerinden değil, duruşma yapılarak yapılmaktadır. AİCMK §257c/3’de mahkemenin, somut olayın bütün özelliklerini ve cezanın belirlenmesine ilişkin genel kuralları dikkate alarak, teklif edilen cezanın alt ve üst sınırını belirleyeceği düzenlenmiştir. Taraflar özgür iradeleriyle, mahkemenin teklifini kabul ederse, mahkeme anlaşmaya uygun bir hüküm kurmaktadır. Hüküm anlaşmasının şartlarını, muhakeme süljeleri değil mahkeme belirlemektedir. Ayrıca mahkeme, önceden var olan ve hükme etki eden bazı hususları gözden kaçırdığında veya

işlemediği kanaatine ulaşırsa veya suçu işlediğinden emin olmakla birlikte, önerilen yaptırımın işlenen suçla orantılı olmadığı kanaatine varırsa, anlaşmayı onaylamaz. Bkz. TAŞKIN, s.37.

¹³⁴ TAŞKIN, s.23.

¹³⁵ Bu usulde de tıpkı seri muhakemede (TCMK m.250) olduğu gibi bir iddianame düzenlenip kamu davası açılmadan, savcıyla şüpheli arasında soruşturma aşamasında yapılan yaptırım sözleşmesi mahkemenin onayına sunulmaktadır. Mahkeme önünde yapılan işlem aslında bir muhakeme değil, sadece yaptırım anlaşmasının sonucunun kaydedilmesi ve gerekçeli mahkeme kararı haline getirilmesidir. Mahkeme, anlaşmayı ret veya kabulden ibaret sınırlı bir yetkiye sahiptir. Bkz. TAŞKIN, s.36.

¹³⁶ GOEHLER, Johanna, “Strafverfahren ohne Hauptverhandlung im Rechtsvergleich- Ein Bericht über die 36. Tagung der Gesellschaft für Rechtsvergleichung aus strafrechtlicher Perspektive”, in: ZStW 2018 (130), s.521.

¹³⁷ KREY/HEINRICH, kn. 566-568.

¹³⁸ ÖZTÜRK VE DİĞERLERİ, s.85.

¹³⁹ ROXIN/ACHENBACH/JAEGER/HEINRICH, s.152.

¹⁴⁰ KREY/HEINRICH, kn. 1510, 1511.

bu hususlar sonradan ortaya çıktığında, anlaşmadan cayabilmektedir. AICMK §257c/4’de yapılan açık düzenlemeyle anlaşmanın, maddi gerçeğin araştırılması ilkesinin önüne geçmesine müsaade edilmemiştir. Hüküm anlaşması tamamen gönüllü ve iradi bir süreç olarak düzenlendiğinden, sanığın anlaşmadan cayması ise her zaman mümkündür.

AICMK §257c uygulandığında hüküm, mahkeme tarafından vicdani kanaatine göre verilmektedir. Bu usulde, mahkemenin hükümle ilgili yetkileri kısmen de olsa savcılık gibi başka bir mercie devredilmemekte, mahkeme kısa bir yargılama yaparak hüküm kurmaktadır. Bu açıdan hüküm anlaşması, TCMK m.250’de düzenlenen ve cezanın belirlenmesini Cumhuriyet savcısına bırakan, mahkemenin muhakeme sürecindeki rolünü, savcının belirlediği cezayı hükme çevirmeye indirgeyen, muhakemenin kovuşturma aşamasını atlayarak, soruşturma aşamasından doğrudan hüküm verme aşamasına geçen “seri muhakeme usulünden” ayrılmaktadır. Bu açıdan hüküm anlaşmasıyla TCMK m.250’de yer alan “seri muhakeme usulü” arasında önemli farklar bulunmaktadır.

Hüküm anlaşması konusunda işaret edilmesi gereken bir diğer husus da AICMK §257c’nin oldukça dikkatli formüle edilmiş olmasına rağmen, bazı yasal boşluklar içerdiğidir. Kanun iştirak halinde işlenen suçlarda, hüküm anlaşmasının yapıp yapılamayacağı veya nasıl yapılacağı konusunda sessiz kalmıştır. Suç ortaklarından bazılarının anlaşmayı kabul edip, diğerlerinin reddetmesi durumunda, hüküm anlaşmasının nasıl uygulanacağı belirsizdir¹⁴¹.

Benzer şekilde kanun, anlaşma yapıldıktan sonra, ancak henüz hüküm kesinleşmeden önce istinaf veya temyiz süresi içinde anlaşmadan vazgeçilmesi durumunda, nasıl hareket edileceği sorusuna da bir cevap vermemektedir¹⁴².

Hüküm anlaşmasına ilişkin kötü uygulamalar, öğretinin kuruma karşı mesafeli yaklaşmasının bir diğer nedenidir. Öğretideki en önemli kaygılardan biri aleniyet ilkesinin ihlal edilmesi ve müzakerelerin tutanağa geçirilmesinde özenli davranılmamasıdır¹⁴³. Müzakerelere ilişkin duruşma tutanakları ne kadar ayrıntılı ve açık tutulursa, ihlallerin önüne o kadar kolay geçilir ve kuruma olan güven o oranda artar¹⁴⁴. Usulüne uygun tutulan duruşma tutanakları, üst derece mahkemeleri tarafından yapılacak kanun yolu denetimi açısından da vazgeçilmezdir. Mahkemelerden, zamanla hüküm anlaşmasını kanunda düzenlendiği şekliyle uygulamayı alışkanlık haline getirip, hukuka aykırı ceza pazarlığı alışkanlıklarından vazgeçmeleri beklenmektedir¹⁴⁵.

Alman kanun koyucu öğretideki tereddütlere ve eleştirilere rağmen, suç politikasına ilişkin bir tercihte bulunmuş ve “hüküm anlaşmasını” yasal zemine kavuşturmuştur. Mahkemelerin ağır iş yükü ve bazı suçlarla ilgili yargılamaların kısaltılmasındaki bireysel ve kamusal yarar, muhakemeyi hızlandıran kurumları vazgeçilmez kılmaktadır.

Türkiye’de de yargının ağır iş yükü baskısı altında olması ve adaletin gecikmesinin toplumun her kesimini rahatsız etmesi, muhakemeyi hızlandıran yeni kurumlara ihtiyaç olduğunu göstermektedir. Öğretide getirilen eleştiriler dikkate alınır ve ceza muhakemesi hukukunun temel ilkeleriyle ilgili endişeler giderilirse, “hüküm anlaşması” ülkemizde yapılacak yeni düzenlemelere örnek teşkil edebilir.

¹⁴¹ ROTHE/SZALAI, NJOZ 2013, s.1806.

¹⁴² ROTHE/SZALAI, NJOZ 2013, s.1806.

¹⁴³ FISCHER, ZRP 2010, s.250.

¹⁴⁴ ROTHE/SZALAI, NJOZ 2013, s.1806.

¹⁴⁵ FISCHER, ZRP 2010, s.251.

KAYNAKÇA

- AMBOS, Kai/ZIEHN, Pamela: Strafprozessordnung, Kommentar, Herausgegeben von Radtke, Henning/Hohmann Olaf, München 2011.
- BEULKE, Werner/SWOBODA, Sabine: Strafprozessrecht, 14. Aufl., Heidelberg 2018.
- DEITERS, Mark: “Abgekürzte Strafverfahren”, ZStW 2018 (130), s.491-512.
- DEAL, Detlef: “Mauschelhausen, Der strafprozessuale Vergleich”, StV 1982, H. 11, s.545-552.
- DUTTGE, Gunnar: “Die Urteilabsprachen als Signum einer rechtlichen Steuerungskrise”, in: Festschrift für Bernd Schnemann zum 70. Geburtstag am 1. November 2014, Berlin, Boston 2014, s.877-889.
- FISCHER, Thomas: “Ein Jahr Absprache-Regelung Praktische Erfahrungen und gesetzlicher Ergänzungsbedarf”, in ZRP 2010, s.249-251.
- GOEHLER, Johanna: “Strafverfahren ohne Hauptverhandlung im Rechtsvergleich- Ein Bericht über die 36. Tagung der Gesellschaft für Rechtsvergleichung aus strafrechtlicher Perspektive”, in: ZStW 2018 (130), s.513-525.
- GOETTGEN, Martin: Prozessökonomische Alternativen zur Verständigung im Strafverfahren, Berlin 2019.
- KUHNE, Hans-Heiner: Strafprozessrecht- Eine systematische Darstellung des deutschen und europäischen Strafverfahrensrechts, 9. Aufl., Heidelberg 2015.
- MEYER-GOßNER, Lutz/SCHMITT, Bertram: Becksche Kurz Kommentare, Strafprozessordnung, 60. Aufl., München 2017.
- MURMANN, Uwe: “Reform ohne Wiederkehr?- Die gesetzliche Regelung der Absprachen im Strafverfahren”, in: ZIS 10/2009, s.526-538.
- KREY, Volker/HEINRICH, Manfred: Deutsches Strafverfahrensrecht, 2. Aufl., Stuttgart 2019.
- ÖZBEK, Veli Özer/DOĞAN, Koray/BACAŞIZ, Pinar, Ceza Muhakemesi Hukuku, 12. Baskı, Ankara Ağustos 2019.
- ÖZTÜRK, Bahri/TEZCAN, Durmuş/ERDEM, Mustafa Ruhan/SIRMA GEZER, Özge/
SAYGILAR KIRIT, Yasemin F./ALAN AKCAN, Esra/ÖZAYDIN, Özdem/ERDEN TÜTÜNCÜ, Efser/ALTINOK VİLLEMİN, Derya/TOK, Mehmet Can: Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 13. Baskı, Ankara Eylül 2019.
- ROTHER, Manuel/SZALAI, Stephan: “Der Deal im Strafprozess- Sunlight is the best disinfectant?”, in: NJOZ 2013, s.1801-1807.
- ROXIN, Claus/ACHENBACH, Hans/JAEGER, Christian/HEINRICH, Manfred: Strafprozessrecht, 17. Aufl, München 2019.
- ROENNAU, Thomas: “Grundwissen: Strafprozessrecht: Verständigung im Strafverfahren”, JuS 2018, s.114-118.
- TAŞKIN, Mustafa: “Fransız ve Türk Hukukunda Suçunu Kabul Edenlerin Yargılanması”, THD, S.44, Nisan 2010, s.23-48.
- TSUJIMOTO, Norio: “Eine inhaltliche Analyse der Verständigung im deutschen Strafprozess aus der Perspektive eines Aussenstehenden”, in: ZIS 12/2012, s.612-622
- UĞUR, Hüsamettin: “Ceza Muhakemesinde Kovuşturma Mecburiyeti İlkesinden Maslahata Uygunluk İlkesine”, TBBD, S.73, Y. 2007, s.256-288.
- VOLK, Klaus/ENGLAENDER, Armin: Grundkurs StPO, 9. Aufl., München 2018, §30.
- YENİSEY, Feridun/NUHOĞLU, Ayşe: Ceza Muhakemesi Hukuku, 7. Baskı, Ankara Ağustos 2019.

ANONİM ŞİRKET GENEL KURUL KARARININ İPTALİNDE DAVA DİLEKÇESİNİN ISLAHI

AMENDMENT OF THE LAWSUIT PETITION IN THE ACTION FOR AVOIDANCE AGAINST THE JOINT-STOCK CORPORATION

Taner Emre YARDIMCI*  

Makale Bilgi

Gönderilme: 12/03/2020
Kabul: 19/06/2020

Anahtar Kelimeler

Genel Kurul,
İptal Davası,
Dava Konusu,
Dava Sebebi,
Islah.

Article Info

Received: 12/03/2020
Accepted: 19/06/2020

Keywords

Shareholders' Meeting,
Contesting Action,
Subject-Matter of the
Action,
Cause of the Action,
Amendment of the
Petition.

Özet

Genel kurul tarafından verilmiş bir kararın kanuna ve esas sözleşmeye aykırı olduğu gerekçe gösterilerek iptaline karar verilmesi istenebilir. Genel kurul tarafından verilmiş bu şekildeki bir kararın hükümsüz olduğuna karar verilebilmesi için pay sahipleri, yönetim kurulu ve yönetim kurulu üyeleri tarafından iptal davası ikame edilebilir. Şirketin temsil edilmesi kural olarak yönetim kurulu tarafından gerçekleştirilir ve yönetim kurulunun dava açması hâlinde ise şirketi kayyımın temsil etmesi söz konusu olur. Bu dava, genel kurul kararının kanuna veya esas sözleşmeye aykırılık teşkil ettiği gerekçesiyle açılır. İptal davasının kararın verilmesinden itibaren üç ay içinde açılması gerekir. İptal davasına yönelik dilekçe, davacı tarafından dava görülmekte iken genişletilmek ve/veya değiştirilmek istenebilecek iki temel unsura dayanmaktadır. Bunlardan birisi, hakkında hükümsüzlüğe karar verilmesi istenen genel kurul kararını ifade eden dava konusudur. Diğeri ise vakialardan ibaret olan davanın sebebini teşkil etmektedir. Davacının dava konusu ve/veya dava sebebi yönünden genişletme ve/veya değiştirme talebi, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na göre ıslah kurumu ile gerçekleşmektedir.

Abstract

To be declared null and void of a resolution of the shareholders' meeting, an action for avoidance shall be instituted by the shareholders, management board and members of the management board. The corporation shall be represented in principal by the management board and where the management board is bringing the action, the corporation shall be represented by the trustee. The action brought on the ground that a resolution of the shareholders' meeting is against the law or articles of the Joint-Stock Corporation. The action must be brought within three months of the resolution having been adopted. The lawsuit petition of the action for avoidance based on two essential elements which may be expanded and/or altered by the claimant in the litigation process. One of these is the subject-matter of the action which indicates a resolution of the shareholders' meeting must be declared null and void. The other one constitutes the cause of the action consisting of facts. The request of the claimant for expansion and/or amendment of the subject-matter and/or cause of action shall be carried out by the amendment of petition under the Code of Turkish Civil Procedure.

I. GİRİŞ

Genel kurul kararları aleyhine iptal davası açıldıktan sonra davacı, bazı sebeplerden ötürü ıslaha başvurmak isteyebilir. Ne zaman ıslaha başvurulması gerektiği öncelikle bu davanın tabi olduğu yargılama usulüne ve ıslahı gerektiren taleplerin belirlenmesine bağlıdır. Öyle bazı talepler ileri sürülebilir ki, hiç gerek yokken davacının buna yönelik isteminin sadece ıslah yoluyla mümkün olabileceği düşünülebilir. Bu hususta isabetli bir sonuca varılabilmesi için hem iptal davasının hukuki mahiyeti hem de davacının isteminin özelliği doğru bir şekilde değerlendirilmelidir.

İptal davası açıldıktan sonra genel kurulun iptali istenmiş kararı yerine veya bunun yanında başka bir kararın iptali de talep edilebilir. Başka bir ihtimal ise genel kurul kararının sakatlığını haklı kılan sebep yerine veya bunun yanında başka bir sebebe dayanılmasıdır. Bütün bu hâllerde davacının isteği doğrultusunda yargılamaya devam edilebilmesi için ıslaha başvurulması ihtiyacı doğabilir. Bu hususta, iptal davasının konusu belirlenmeli ve genel kurul kararının iptalini haklı kılan sakatlığın dava dilekçesi yönünden nasıl bir unsur teşkil ettiği açıklığa kavuşturulmalıdır.

İşbu çalışmada dava dilekçesinde ıslah yoluyla gerçekleştirilecek genişletme ve değiştirme hâllerini dava konusu ve dava sebebi bakımından ele alacağız. Yine dava dilekçesinin unsurları arasında yer alan diğer unsurlar (*davanın tarafları, deliller vb.*) için ıslah yoluna başvurulamayacağını düşündüğümüzden bunlara ilişkin düzenlemeler yönünden bir değerlendirme yapmayacağız. Bu bağlamda, öncelikle iptal davasının genel özellikleri incelenecek ve ıslah başvurusunu gerektirmeyecek bazı hususlar üzerinde durulacaktır. Daha sonra dava konusu ve dava sebebi yönünden ıslah başvurusunun bu iptal davasında nasıl bir sonuç meydana getireceği ele alınacaktır. Son olarak, hakkında ıslah başvurusuyla genişletme ve değiştirme gerçekleşmiş bir iptal davası reddedildikten sonra yine aynı konuda ve/veya sebebe istinaden dava açılmasının mümkün olup olmadığı değerlendirilecektir.

II. GENEL KURUL KARARININ İPTALİ DAVASININ GENEL ÖZELLİKLERİ

Anonim şirketlerde genel kurul kararının iptali davasında sıfatın¹ kime ait olduğu, TTK (Türk Ticaret Kanunu) m.446'da öngörülmüş olup; bu davanın genellikle yönetim kurulu veya kayyım tarafından temsil edilecek olan anonim şirket aleyhine ikamesi şarttır². Genel kurul kararının sakat görülmesini haklı kılan vakıa bütünü ve buna dair delilleri davacı ileri sürmüş olmalıdır. Gerek dava malzemesinin hangi ana kadar toplanacağı gerekse iptal davasının hukuki niteliğine göre iddia ve savunmanın genişletilmesi ve değiştirilmesi yasağı (*genişletme ve değiştirme yasağı*)³ ele alınmalı ve hangi hâllerde ıslaha başvurusunun gerekeceği belirlenmelidir. Dava dilekçesinin ıslah edilmesi hakkı da şüphesiz ki bu davayı açabilenlere aittir⁴.

A. Genel Kurul Kararının İptali Davasında Uygulanan Yargılama Usulü

İptal davasında TTK m.1521 hükmü gereğince basit yargılama usulünün uygulanması esastır. Basit yargılama usulünün uygulanması sebebiyle, genişletme ve değiştirme yasağı taraflar için sırasıyla dava ve cevap dilekçesinin verilmesiyle başlar. Bununla birlikte, basit yargılama usulünün uygulanabileceğine dair hükmün lafzı bağlamında davacı tarafta kimin yer aldığına göre farklı bir yargılama usulü uygulanmasının gerektiği söylenebilir. “*Şirket davalarında yargılama usulü*” başlıklı TTK m.1521 hükmü şu şekildedir: “*Ticaret şirketlerinde, ortakların veya pay sahiplerinin şirketle veya birbirleriyle şirket ortaklığından veya pay sahipliğinden kaynaklanan davalarda veya şirketin yönetim kurulu üyeleri, yöneticileri, müdürleri, tasfiye memurları ya da denetçilerine karşı açılacak davalarda basit yargılama usulü uygulanır.*”.

Genel kurul kararları aleyhine iptal davası açma imkânı kanunda öngörülen şartlar altında belirli kişi ve organlara tanınmıştır. TTK m.445 ve 446 gereğince, pay sahipleri, yönetim kurulu

¹ İptal davası açabileceği kabul edilenler dışında kalan bir kişi tarafından bu davanın açılması hâlinde, dava usulden değil esastan reddedilmelidir, bkz. MüKoAktG/HÜFFER/SCHÄFER AktG § 246 kn. 6.

² KIRCA, İsmail, Anonim Şirketler Hukuku (Kırca, Şehirli-Çelik, Manavgat), Cilt 2/2, 2. Baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2017, s.211, 212.

³ İddia ve savunmayı genişletme ve değiştirme yasağı, çalışmamızda “*genişletme ve değiştirme yasağı*” olarak ifade edilecektir.

⁴ İptal davasının ıslah edilmesinde menfaati olsa dahi fer’î müdahil tarafından ıslaha başvurulamaz (PEKCANITEZ, Hakan: Medenî Usul Hukukunda Fer’î Müdahale, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara 1992, s.148; YILMAZ, Ejder: Medenî Yargılama Hukukunda Islah (6100 sayılı HMK’na göre Değiştirilmiş), 4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2013, s.89).

ve yönetim kurulu üyeleri tarafından iptal davası açılabilir. Davalı tarafın şirket olduğu dikkate alındığında, yönetim kurulu veya pay sahibi olmayan yönetim kurulu üyeleri tarafından açılan iptal davaları, hükmün lafzına göre TTK m.1521'in kapsamına girmemektedir. Öğretide madde başlığının da dikkate alınması ve davanın kim tarafından açıldığına göre yargılama usulünün değişmemesi gerektiği dikkate alınarak basit yargılama usulünün uygulanacağı belirtilmiştir⁵. Buna ek olarak, TTK m.1521'in yürürlüğünden önce bu hususu düzenleyen “*Şirket davalarında muhakeme usulü*” başlıklı TTK m.1460 çerçevesinde farklı yargılama usulleri uygulanması sebebiyle iptal davalarının birleştirilememesi de bu görüşe dayanak gösterilmiştir⁶. Aksi yöndeki görüş ise yargılama usulünün Anayasa m.142 gereğince kanunla belirlenebileceğini dikkate almakta ve bu davada yazılı yargılama usulünün de uygulanabileceğini kabul etmektedir. Yine bu görüşe göre, farklı davacılar tarafından açılan iptal davaları birleştirilirse, hepsine yazılı yargılama usulü uygulanmalıdır⁷.

Hakikaten davanın kim tarafından açıldığına göre iptal davasına farklı bir yargılama usulünün uygulanmasının makul bir sebebi yoktur⁸. Buna rağmen tabii hâkim ilkesi bağlamında son görüşün daha isabetli olduğunu belirtmeliyiz. Bir dava veya işin hangi yargılama usulüne tabi olduğu kanunla düzenlenebilir ki, TTK m.1521'de basit yargılama usulünün uygulanmasını gerektiren dava ve işler hakkında tereddüt uyandırmayacak şekilde bir ifade kullanılması gerekirdi. Öte yandan, davaların birleştirilmesi için aynı yargılama usulüne tabi olmaları şeklinde bir şart da HMK (Hukuk Muhakemeleri Kanunu) m.166 bağlamında aranmamaktadır⁹. Ayrıca, davaların birleştirilmesinin bir sonucu olarak hepsine aynı yargılama usulünün uygulanması da mümkün değildir. Yargılama usulünün kanunla belirlenmesi ilkesi gereğince, davalar birleştirildiği durumda dahi her bir dava tabi olduğu yargılama usulüne göre görülmelidir.

Yazılı yargılama usulü uygulandığı takdirde ise davacı ve davalı için genişletme ve değiştirme yasağı sırasıyla cevaba cevap ve ikinci cevap dilekçelerinin verilmesiyle başlayacaktır. Ön inceleme duruşmasına taraflardan birisi gelmediği takdirde ise gelen tarafın yine yasağa tabi olmaksızın iddia ve savunmasını genişletebileceği ve değiştirebileceği kabul edilmiştir (HMK m.141/1, 2. cümle). Her iki yargılama usulünde de genişletme ve değiştirme yasağının başladığı andan itibaren dava dilekçesinde gösterilmemiş bir talep ileri sürülemez ve yeni bir dava sebebine dayanılmayacaktır. Buna göre, genel kurul kararının iptali davasında genişletme ve değiştirme yasağının başladığı andan itibaren, iptali istenenden başka bir kararın dava konusu edilmesi ve/veya genel kurul kararı hakkında başka bir sakatlık sebebinin gündeme getirilmesi, ancak ıslahla veya karşı tarafın açık muvafakatiyle mümkün olabilir.

B. Mahkemeden İstenen Hukuki Korumaya Göre Genel Kurul Kararının İptali Davasının Hukuki Niteliği

Anonim şirket genel kurulu kararının verilmesindeki sakatlıklar öyle ağır olabilir ki, genel kurul kararının yok hükmünde veya kesin hükümsüz görülmesi gerekebilir. Yokluk hâlinde kurucu unsurlardaki noksanlık sebebiyle şeklen de olsa bir genel kurul karardan bahsetme olanağı yoktur¹⁰. Buna karşın, kurucu unsurları tamam olmakla birlikte, özellikle TTK m.446'ya aykırılık veya bu mahiyetteki bir sebeple genel kurul kararının kesin hükümsüzlüğü söz konusu olabilir. Esasen yokluk ve kesin hükümsüzlük ayrımının pek de önemi yoktur. Ancak, kesin hükümsüzlükte tahvilin mümkün olması, kesin hükümsüzlüğün dürüstlük kuralına aykırı olarak ileri sürülememesi gibi hususlarda farklılıklar vardır¹¹. Genel kurul kararı itibariyle yokluk veya kesin hükümsüzlük hâllerinde kararın hükümsüzlüğüne yönelik açılacak dava tespit davası mahiyetindedir¹².

Hukuken mevcut ve fakat sakat doğmuş bir işlem hakkında ise iptal edilebilirlik yaptırımı uygulanır¹³. İşlemin iptal edilmesi için bu yenilik doğurucu hakkın kullanılması yeterlidir. Bazı

⁵ MOROĞLU, Erdoğan: Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü, 5. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2009, s.249.

⁶ DOMANIÇ, Hayri: Anonim Şirketler Hukuku ve Uygulaması (TTK. Şerhi II), Temel Yayınları, İstanbul 1988, s.898.

⁷ TÜRK, Mehmet Cemil: Anonim Şirketlerde Genel Kurul Kararlarının İptali, Adalet Yayınevi, Ankara 2019, s.227.

⁸ KIRCA, s.235.

⁹ ÖZEKES, Pekcanitez Usûl Medenî Usul Hukuku, 15. Bası, İstanbul 2017, s.1437.

¹⁰ PULAŞLI, Hasan: Şirketler Hukuku Şerhi, Cilt II, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2018, s.1012, 1013 (kn. 4).

¹¹ OĞUZMAN, Kemal/BARLAS, Nami: Medenî Hukuk (Giriş, Kaynaklar ve Temel Kavramlar), 24. Baskı, Vedat Yayınevi, İstanbul 2018, s.226 (kn. 755, 756), s.280 (kn. 889 vd.).

¹² MOROĞLU, s.127, 128 ve 147; PULAŞLI, s.1014 (kn. 6), 1016 (kn. 10), 1032 (kn. 41), 1056 (kn. 55).

¹³ OĞUZMAN/BARLAS, s.230-233 (kn. 761-766).

yenilik doğurucu hakların kullanılması ise dava yoluyla mümkün olabilir¹⁴. Anonim şirketlerde genel kurul kararlarının iptaline yönelik açılan dava da bu niteliktedir. Buna göre, genel kurul kararının kanuna veya esas sözleşmeye aykırı¹⁵ olması sebebiyle açılan iptal davası, hukuken mevcut olup; sakat doğmuş bu karara daırdır¹⁶. İptal davasıyla genel kurul kararının geçmişe etkili olacak şekilde sona erdirilmesi talep edildiğinden bu davanın inşâi bir dava olduğu hususunda tereddüt yoktur¹⁷.

C. Genel Kurul Kararının İptali Davasında Genişletme ve Değiştirme Yasağı Kapsamına Girmeyen İstemler

İptal davasında davacının istemleri, genişletme ve değiştirme yasağına girmemesi kaydıyla ıslaha gerek olmaksızın gerçekleştirilebilir. Bu hususta istemin mahiyetinin anlaşılmasına ihtiyaç vardır.

1. İptal Davasında Talep Sonucu Yönünden Hukuki Nitelendirmenin Değiştirilmesi

Uygulamada iptal davası dilekçesinde aralarında bir terdit ilişkisi kurularak kesin hükümsüzlük ve iptal edilebilirlik talebinde bulunmaktadır. Şöyle ki, asli talep kararın kesin hükümsüzlüğünün tespiti; ferî talep ise kararın iptaline karar verilmesidir. Alman hukukunda da bir dönem uygulama bu yönde olup sonradan terk edilmiştir¹⁸. Türk hukukunda da bu şekilde terditli talepte bulunulması uygun görülmemektedir¹⁹. Gerçekten, terdit ilişkisi kurulmasına lüzum yokken bu şekilde dava açılması pek de isabetli değildir.

Kesin hükümsüzlük ve iptal edilebilirlik hâllerinde her ne kadar mahkemeden istenen hukuki korumanın şekli farklı da olsa, bunların aynı amaca yönelik oldukları gözetilmelidir. Her iki hâlde de davanın kabulünde herkes için hüküm ve sonuç doğurma söz konusudur²⁰. Buna ilaveten, genel kurul kararı iptal edilmekle geçmişe etkili olacak şekilde geçersiz kılınmakta iken; kesin hükümsüzlüğün tespitinde kararın alındığı tarihten beri geçersiz olduğu saptanmaktadır²¹. Yargıtay da iptal davasında kesin hükümsüzlüğünü gerektiren bir husus tespit edilirse bu hususa göre karar verilebileceğini kabul etmiştir²². Kaldı ki, kesin hükümsüzlük itiraz mahiyetinde olup; dosyadan anlaşılması hâlinde resen dikkate alınmalıdır²³. Yani iptal davasında kesin hükümsüzlüğü gerektiren bir durum tespit edilirse, hukuki nitelendirmeyi hâkim yapmalı ve tespit hükmü verebilmelidir²⁴. O hâlde, iptal davasında kesin hükümsüzlüğün tespitini talep etmek, genişletme ve değiştirme yasağı kapsamına girmeyecektir. Zaten mahkemeden istenen hukuki koruma şekli, dava konusu kapsamında görülmemelidir²⁵. Bu bağlamda, iptal davasına dayanak teşkil eden sakatlık sebebi (*davanın sebebi*) değiştirilmediği sürece²⁶, kesin hükümsüzlüğün tespitini talep etmek, dava değişikliği anlamına gelmez.

Kesin hükümsüzlüğün tespiti istenmişken sonradan iptale karar verilmesi istenirse de aynı şeyi söylemek mümkündür²⁷. Aslında mahkemeden istenen hukuki korumaya göre dava türünün değiştirilmesi (*tespit davasında edaya hüküm kurulmasının istenmesi*), talep sonucunda değişiklik

¹⁴ Bu hususta bkz. ÖNEN, Ergun: İnşâi Dâva (İnşâi Hak-İnşâi Dâva-İnşâi Hüküm-İnşâi Tesir), Olgaç Matbaası, Ankara 1981, s.50-54.

¹⁵ Çalışmamızda genel kurul kararının kanuna aykırılığının içinde dürüstlük kuralını da belirttiğimiz dikkate alınmalıdır.

¹⁶ PULAŞLI, s.1015 (kn. 9).

¹⁷ ÖNEN, s.116; MOROĞLU, s.205; MüKoAktG/HÜFFER/SCHÄFER AktG § 246 kn. 14; KIRCA, s.174, 254.

¹⁸ MüKoAktG/HÜFFER/SCHÄFER AktG § 246 kn. 22.

¹⁹ MOROĞLU, s.152, 153; MUŞUL, Timuçin: Medenî Usul Hukukunda Terdit İlişkileri, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2009, s.129, 130.

²⁰ MOROĞLU, s.152; SCHWAB, Martin: Das Prozeßrecht gesellschaftsinterner Streitigkeiten, Mohr Siebeck Verlag, Tübingen 2005, s.272; MüKoAktG/HÜFFER/SCHÄFER AktG § 246 kn. 21; KIRCA, s.255.

²¹ MOROĞLU, s.153, 154; SCHWAB, s.270, 271; KIRCA, s.272.

²² Yargıtay HGK E. 2013/11-1048, K. 2014/430, T. 02.04.2014 (Karar için bkz. TOPALOĞLU, Mustafa: “Anonim Şirket Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü Davalarında Islah”, Terazi Hukuk Dergisi, 14(151), 2019, s.647, 648); Yargıtay 11. HD, E. 2013/13716, K. 2014/15737, T. 16.04.2014 (Karar için bkz. PULAŞLI, s.1084, 1085).

²³ PULAŞLI, s.1017 (kn. 10); TOPALOĞLU, s.647.

²⁴ PULAŞLI, s.1016 (kn. 9); KIRCA, s.276.

²⁵ MüKoAktG/HÜFFER/SCHÄFER AktG § 246 kn. 18.

²⁶ Vakıa bütününde değişiklik yapılmamışsa başka bir hukuki sebebe dayanılması genişletme ve değiştirme yasağı kapsamına girmez (BİLGE, Necip/ÖNEN, Ergun: Medenî Yargılama Hukuku Dersleri, 3. Baskı, Sevinç Matbaası, Ankara 1978, s.468, 469).

²⁷ SCHMIDT in Großkomm AktG, § 246 kn. 61; SCHWAB, s.271; MüKoAktG/HÜFFER/SCHÄFER AktG § 246 kn. 23; TOPALOĞLU, s.650.

gerektirmektedir²⁸. Fakat genel kurul kararının iptaline yönelik davada bu kararın kesin hükümsüzlüğünün tespiti istenmesi, talep sonucunda değişiklik olarak görülemez. Hatta her iki hâlde de davanın kabulüne yönelik kararlar birbirinden farklı sonuçlar doğurmamaktadır. Şu hâlde, bahsettiğimiz yöndeki değişiklikler ıslaha gerek kalmaksızın gerçekleşebilmelidir. Aksi yöndeki görüşe göre ise genel kurul kararının kesin hükümsüzlüğünün tespiti istenmiş iken iptaline karar verilmesini yönündeki istem için ıslaha başvurulmalıdır²⁹.

2. Talep Sonucu ve İptal Sebebi Yönünden Yazı ve Hesap Hatasının Düzeltilmesi

Yazı ve hesap hatası söz konusuysa bunun giderilmesine HMK m.183'te açıkça imkân tanınmıştır. İslahın ikincil olma niteliği gözetilerek bu gibi durumlarda ıslaha başvurulamayacağı kabul edilmelidir³⁰. Yazı ve hesap hatası olarak nitelendirilen hususun HMK m.183'ün kapsamına girmesi için açık olması şarttır. Açık olmayan hatada ıslaha başvurulmadığı sürece tarafın yeni talebine cevaz verilemez³¹. Ancak tereddüt hâlinde hak kaybının yaşanmaması amacıyla HMK m.183'ün uygulanabileceğinin kabulü daha isabetlidir³².

Genel kurul kararının iptalinde HMK m.183'ün kapsamına girebilecek yazı ve hesap hataları özellikle iptali istenen kararın belirtilmesi itibarıyla söz konusu olabilir. Aynı genel kurul toplantısında alınmış bir dizi karar varsa, bunlardan hangisinin veya hangilerinin iptalinin istendiği hatalı bir şekilde (*kararın madde numarası yanlış yazıldığı için*) belirtilmiş olabilir. İptal davasında hüküm verilmeden önce bu durumu fark eden taraf, lüzumlu değişikliği yapabilmelidir. Yine genel kurul kararının alındığı tarihin yanlış yazılmış olması da düzeltilebilir bir hata olarak görülmelidir.

3. İptal Davasında Talep Sonucunun Daraltılması veya İptali İstenen Kararlardan Biri veya Birkaçı Hakkında Karar Verilmemesinin Talep Edilmesi

Genel kurul kararının iptali davasında talep sonucu bakımından ıslaha gidilemeyecek iki ihtimalden bahsedilebilir. Birincisi, iptali istenen kararın tamamının değil de bir kısmının iptalinin talep edilmesidir. İkincisi ise birden fazla kararın iptali istenmiş iken bunlardan biri veya birkaçı hakkında karar verilmemesi yönündeki istemdir.

a. Genel Kurulun Tamamen İptali İstenmiş Bir Kararının Kısmen İptalini Talep

Genel kurul kararlarının kısmen iptalinin de istenebileceği kabul edilmektedir. Verilmiş kararın kısmen iptal edilmeye elverişli olması bunun için yeterlidir³³. Tamamen iptali istenen kararın kısmen iptalinin talep edilmesi, talep sonucunun daraltılması mahiyetindedir. Aslında talep sonucunun daraltılması, dava değiştirilmesi olarak görülmez ve bu yüzden ıslaha başvurulamaz³⁴. Daraltma neticesinde hakkında karar verilemeyecek kısım bakımından davadan kısmen feragat edildiğinin mi yoksa davanın kısmen geri alındığının mı kabul edileceği bağlamında farklı görüşler³⁵ ileri sürülmektedir. Özellikle karşı tarafın bu daraltmaya açıkça muvafakat gösterip göstermediği üzerinden değerlendirme yapılmaktadır. Bir görüşe göre ise davacı talebini tasarruf ilkesi gereğince hiçbir sınırlama olmaksızın azaltabilir³⁶.

Karşı taraf muvafakat göstermese dahi talep sonucunu daraltırken davadan kısmen feragat edildiği takdirde, feragatin tek taraflı gerçekleştirilebilmesi³⁷ sebebiyle, bunun doğrudan sonuç

²⁸ MERİÇ, Nedim: Medeni Yargılama Hukukunda Tasarruf İlkesi, Yetkin Yayınları, Ankara 2011, s.131,132; YILMAZ, s.329, 330; ASLAN, Kudret: Medenî Usul Hukukunda Davanın Geri Alınması, Yetkin Yayınları, Ankara 2016, s.495, 514.

²⁹ TOPALOĞLU, s.649-651.

³⁰ ÖZEKES, Pekcanitez Usûl, s.1517.

³¹ YILMAZ, s.57.

³² YILMAZ, s.58.

³³ MOROĞLU, s.203, 204; SCHMIDT in Großkomm AktG, § 246 kn. 57.

³⁴ YILMAZ, s.321 vd.; KURU, Baki: Hukuk Muhakemeleri Usulü, CİLT IV, 6. Baskı, Demir Demir Yayıncılık, Ankara 2001, s.4048 vd.; ÖZEKES, Pekcanitez Usûl, s.1514; BUDAK, Ali Cem/KARAASLAN, Varol: Medenî Usul Hukuku, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2019, s.197 (kn. 19); ARSLAN, Ramazan/YILMAZ, Ejder, TAŞPINAR-AYVAZ, Sema/HANAĞASI, Emel: Medenî Usul Hukuku, 5. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2019, s.527; BULUT, Uğur: "Islah Yoluyla Talep Sonucunun Daraltıl(ama)ması", İzmir Barosu Dergisi, 2018, Yıl 83, Sayı 2, s.30.

³⁵ ÜSTÜNDAĞ, Saim: İddia ve Müdafanın Değiştirilmesi Yasağı, Cezaevi Matbaası, İstanbul 1967, s.159; KURU, Cilt IV, S.4049; MERİÇ, s.135, 136; YILMAZ, s.328; KARSLI, Abdurrahim: Medeni Muhakeme Hukuku, 4. Baskı, Alternatif Yayınevi, İstanbul 2014, s.613; TUTUMLU, Mehmet Akif: Medeni Usul Hukukunda Islah (Kuram ve Uygulama Işığında), 4. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2019, s.335.

³⁶ ERCAN-ÖZLER, Meltem: Medeni Usul Hukukunda Dava Konusu, On İki Levha Yayınevi, İstanbul 2019, 456.

³⁷ AKYOL-ASLAN, Leyla: Medenî Usul Hukukunda Davadan Feragat, Yetkin Yayınları, Ankara 2011, s.127-129.

doğuracağından hiç şüphe edilmemelidir. Asıl tartışma davanın kısmen geri alınmasının istenmesi ve karşı tarafın buna açıkça rıza göstermemesi noktasında toplanabilir ve ıslahla bunun gerçekleşmesinin mümkün olup olmadığı üzerinde durulmalıdır. İslah yoluyla davanın geri alınabileceği yönündeki görüş bağlamında talep sonucunu daraltmak isteyen tarafın davayı kısmen geri alabileceği belirtilmektedir³⁸. Talep sonucu yönünden meydana gelecek daralmanın miktar veya muhteva itibarıyla olması şeklinde ayırım yaparak MERİÇ, niceliksel azalmada ıslah aracılığıyla kısmen geri alınmanın mümkün olduğunu kabul etmektedir³⁹. ASLAN ise ıslah yoluyla davanın kısmen geri alınamayacağını savunmakta ve karşı tarafın rıza göstermesi şartının bu şekilde bertaraf edilmesini uygun bulmamaktadır⁴⁰. Son olarak, BULUT'a göre ıslah başvurusuyla dahi talep sonucu daraltılamaz ve davanın açıldığı tarihteki talebe göre karar verilmelidir⁴¹.

Kanaatimizce de karşı taraf rıza göstermemişse ıslah, davanın kısmen geri alınmasını sağlayamaz. Böylece, ıslah kurumunu sadece genişletme ve değiştirme hâllerine hasretme anlayışına uygun bir sonuca varılabilir. Şu var ki, talep sonucunun daraltılmak istenen kısmı itibarıyla HMK m.150/1 ve 2'nin de uygulanabileceği kabul edilmelidir. Karşı taraf da azaltılmak istenen kısım itibarıyla devam etmek istemezse, kısmen işlemden kaldırılma mümkün olabilir. Tarafların iradesine göre davanın tamamen işlemden kaldırılmasına cevaz veriliyorsa, bu şekilde kısmen işlemden kaldırmadan bahsedilebilmelidir. Öte yandan, eğer karşı taraf duruşmaya gelmezse davacı, daraltmak istediği kısım itibarıyla davaya devam etmeyebilir ve dosyanın kısmen işlemden kaldırılmasını isteyebilir. Şartlar oluşursa davanın takip edilmeyen kısmı yönünden davanın açılmamış sayılması sonucu doğabilir.

Genel kurul kararının tamamen iptali istenirken bunu kısmen iptal hâline getirmek talep sonucunda bir azaltma olarak görülmelidir. Yukarıdaki görüşler çerçevesinde davacının iradesinin kısmen feragat mi veya kısmen geri alma mı veyahut dosyanın kısmen işlemden kaldırılması mı olduğu tespit edilmelidir. Son iki ihtimalde ise şartları farklı da olsa⁴² davalı, bunlara imkân verecek bir irade göstermiş olmalıdır. İslah çatısı altında bu işlemleri gerçekleştirme yönündeki beyan ise ıslaha başvurulmasına lüzum olmadığı için doğru bir şekilde ele alınmalıdır. Dolayısıyla, ıslaha gerek olmadığı için yine de ıslah yoluyla daraltma talebinde bulunulmuşsa, ıslah hakkı kullanılmamış sayılmalıdır⁴³.

Kısmen iptali talep edilmiş genel kurul kararının tamamen iptalini istemek ise ıslaha başvurulmasına bağlıdır. Bu hâlde, ıslaha başvurulduğu takdirde HMK m.181 anlamında kısmen ıslah yapıldığı kabul edilmelidir. Nitekim önceki davanın devamı niteliğinde olan ve eski talebe ek yapılan hâllerde kısmi ıslah söz konusu olur⁴⁴. Öte yandan, ilk talebe göre farklı bir talep ileri sürülüyorsa dava yığılması meydana gelmediği⁴⁵ gözetildiğinde, kısmen iptali istenen genel kurul kararının tamamen iptali istendiğinde de dava yığılmasından söz edilemez.

b. Genel Kurulun İptali İstenmiş Kararlarından Biri veya Birkaçı Hakkında Karar Verilmemesine Yönelik İstem

İptal davasının birden fazla genel kurul kararı aleyhine açılması mümkündür. Böyle bir durumda, öncelikle HMK m.110 anlamında dava yığılmasından bahsedilip bahsedilemeyeceği belirlenmelidir. Dava yığılmasında birden fazla asli ve bağımsız talep ileri sürülmektedir. Pek tabii ki, dava sebebindeki fazlalık bu kapsama girmez⁴⁶. O hâlde, iptal davasını haklı kılan farklı mahiyetteki birden fazla sakatlık olsa dahi dava yığılmasından söz edilemez. Buna karşın, birden

³⁸ KURU, Cilt IV, s.4049-4051; KARSLI, s.613.

³⁹ MERİÇ'e göre, niteliksel bir değişiklik yapılmak (*eda davası-tespit davası*) istenmesi, davanın değiştirilmesi mahiyetindedir. Buna karşın, talep sonucu azaltılarak davanın kısmen geri alınmasına karşı taraf rıza göstermemişse, ıslah yoluyla bunun gerçekleşmesi mümkündür (MERİÇ, s.130, 135, 136).

⁴⁰ ASLAN, s.512, 513.

⁴¹ BULUT, (2018), s.35, 36.

⁴² PAMUKÇU, Bengü: Medenî Yargılama Hukukunda Dosyanın İşlemden Kaldırılması, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2020, s.91-98.

⁴³ ALANGOYA, H. Yavuz: Medenî Usul Hukuku Esasları, 2. Baskı, Nemaş Yayınevi, İstanbul 2001, s.269; ASLAN, s.511.

⁴⁴ PEKCANITEZ, Hakan/ATALAY, Oğuz/ÖZEKES, Muhammet: Medenî Usûl Hukuku, 14. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2013, s.628.

⁴⁵ BULUT, Uğur: Medenî Usûl Hukukunda Davaların Yığılması (Objektif Dava Birleşmesi), Adalet Yayınevi, Ankara 2017, s.45-47.

⁴⁶ BULUT, s.36; ERCAN-ÖZLER, s.354, 355.

fazla kararın iptali istendiği takdirde, aynı veya benzer sakatlıklara veyahut farklı sakatlıklara dayanılmış olsun iptal davasında birbirinden farklı talepler ileri sürülmüş olur. Bu kararların iptalinin birlikte istenmiş olması ise onları aynı talep hâline getirmez⁴⁷. Kaldı ki, farklı tarihlerde alınan ve haklarında farklı sakatlıklar olan genel kurul kararlarının birlikte dava edilmesinde dahi durum bu yöndedir. Nitekim HMK m.110'un uygulanması için taleplerin birbiriyle bağlantılı olması şartı aranmaz. Son olarak, genel kurul kararların bazılarının iptal edilebilir (*inşai dava*); bazılarının ise kesin hükümsüz olmasının (*tespit davası*) da bir önemi yoktur. Çünkü dava yığılmasında taleplerin aynı dava türüne yönelik olması şartı aranmaz⁴⁸. Sonuç olarak, iptal davasında hakkında karar verilmesi istenen genel kurul kararı sayısınca dava açıldığının kabulü gerekir⁴⁹.

Dava yığılması hâlinde istem sonuçlarından birisi veya birkaçı hakkında karar verilmemesi yönündeki talep, genişletme ve değiştirme yasağının kapsamında değildir⁵⁰. Dolayısıyla, bu mahiyetteki bir talep için ıslaha başvurulması düşünülemez⁵¹. Şöyle ki, davacının bu yöndeki talebinin davadan feragat, davanın geri alınması veya dava dosyasının işlemde kaldırılması bakımından değerlendirilmesi isabetli olacaktır. Öncelikle, HMK m.31 uyarınca davacının iradesi anlaşılmalıdır. Davadan feragat etme niyeti anlaşılabiliriyorsa, ilgili genel kurul kararının iptaline karar verilemez. Davanın geri alınmasında ise karşı tarafın açık rıza göstermesi beklenmelidir⁵² ki, böyle bir muvafakat varsa buna konu olan genel kurul kararı mahkeme tarafından iptal edilmemelidir. İşlemden kaldırma için ise karşı tarafın da bunu kabul etmesi (HMK m.150/1) veya duruşmaya gelmemesi (HMK m.150/2) yeterli olabilir. Doğaldır ki, bütün bu hâllerde sadece hakkında işlem yapılan asli talep (*artık hakkında karar verilmesi istenmeyen genel kurul kararı*) itibarıyla bir sonuç meydana gelir.

III. İPTALİ DAVASINDA ISLAHA BAŞVURULMASINI GEREKTİREN TALEPLER

İptal davasında talep sonucu ve/veya dava sebebine yönelik değişiklik karşı tarafın muvafakatiyle mümkün olabilir. Anonim şirketi temsil edecek organ veya kişinin buna rıza göstermesinin mümkün olup olmadığı belirlenmelidir. HMK m.141/1'e göre rıza gösterilmemiş ise ıslaha başvurulabilir ki, ıslah başvurusuna göre davaya devam edilmesi yoluna gidilmelidir.

A. Karşı Tarafın Açık Muvafakatinin Bulunmaması

İptal davasının davalısı şirket tüzel kişiliği olup esasen yönetim kurulu tarafından temsil edilir. Bazı istisnai hâllerde ise temsil kayyım veya başka bir birim tarafından gerçekleştirilebilir⁵³. Tasarruf ilkesinin uygulandığı iptal davasında taraf usul işlemlerine geniş ölçüde cevaz verilebilir. Lakin bu davanın kabulü mümkün görüldüğünde iptal davasında şirket temsil edecek yönetim kurulunun genel kurul kararlarını hükümsüz hâle getirme olanağına sahip olacağı hususundan kaygı duyulmaktadır⁵⁴. Alman hukukunda bu hâlde dahi hâkim görüş, iptal davasının kabul edilebileceği yönündedir⁵⁵. Türk hukukunda da iptal davasında HMK m.308'e göre kabulün mümkün olduğu belirtilmektedir⁵⁶.

İptal davasında genişletme ve değiştirme yönündeki talebe açıkça muvafakat gösterilmesinde ise yukarıda belirtilen kaygıdan bahsetmek güçtür. Talep sonucu veya dava sebebi yönünden genişletme ve değiştirme söz konusu olsa dahi, hâkimin iptale hüküm kurup kurmayacağı doğrudan belirlenmemektedir. Öyleyse genel kurul kararlarının iptalinde anonim şirket temsil eden organ veya kişinin HMK m.141/2'ye göre açıkça muvafakat gösterebileceği sonucuna varılabilir.

⁴⁷ Şirketin birden fazla kararı aleyhine açılan dava, tipik bir dava yığılması örneği olarak gösterilmektedir (BULUT, s.36; ROSENBERG, Leo/SCHWAB, Karl Heinz/GOTTWALD, Peter: Zivilprozessrecht, 18. Aufl., C. H. Beck Verlag, München 2018, s.582 (kn. 2)).

⁴⁸ PEKCANITEZ, Pekcanitez Usûl, s.1093, 1094; BULUT, s.47-51; ERCAN-ÖZLER, s.353.

⁴⁹ Birden fazla kararın iptali davasının reddedilmesi hâlinde her bir talep için ayrı ayrı yargılama giderlerine hükmedileceğine karar verilmiştir, bkz. Yargıtay 11. HD, E. 2016/5149, K. 2017/7619, T. 26.12.2017 (KİBB Erişim: 10.12.2019). Bu da göstermektedir ki, birden fazla kararın iptali istenirse objektif dava yığılması meydana gelmektedir.

⁵⁰ ÜSTÜNDAĞ, s.157.

⁵¹ YILMAZ, s.327, 328; MERİÇ, s.139, 140; ASLAN, s.516; BULUT, s.363-366.

⁵² MERİÇ, s.139, 140; YILMAZ, s.328; ASLAN, s.516.

⁵³ Bu hususta bkz. KIRCA, s.211-213.

⁵⁴ SCHMIDT in Großkomm AktG, § 246 kn. 78.

⁵⁵ MüKoAktG/HÜFFER/SCHÄFER AktG § 246 kn. 29.

⁵⁶ KIRCA, s.253.

B. Genel Kurul Kararının İptali Davasında Talep Sonucu Yönünden Genişletme ve Değişirme

İptali istenen genel kurul kararı veya kararları yönünden bir değişiklik yapılmak istenebilir veya dava açılırken iptali istenmemiş bir karar hakkında da karar verilmesi talep edilebilir. İslah yoluyla bu şekilde talepte bulunulması değerlendirilmeden önce genel kurul kararının iptali başvurusunda dava konusunun ne olduğu belirlenmelidir.

1. Hangi Karar Hakkında İptal Davası Açıldığıının Dava Dilekçesinde Belirtilmesi

İptal davasında genel kurulun hangi kararının iptalinin istendiği ve bunun hangi hayat olayından ileri geldiği önem arz eden iki unsurdur. Dava konusunun iptali istenen karardan ibaret mi görüleceği yoksa buna ek olarak iptali haklı gösteren sakatlığın da mı dikkate alınması gerektiği tartışmalı bir konudur. Öğretide iki teori çerçevesinde farklı görüşler ileri sürülmektedir.

a. Tek Unsurlu Teoriye Göre İptal Davasının Konusu

Tek unsurlu teoriye göre bir davanın konusu mahkemeye yöneltilen talebe göre belirlenir. Bu talebe göre hüküm verilmesini haklı kılan hayat olayının belirtilmesi ise dava konusunun anlaşılması için asli bir unsur değildir⁵⁷. Tek unsurlu teoriye göre genel kurul kararının iptaline yönelik açılan davada, hangi karar hakkında iptale karar verilmesi istendiğinin belirtilmesi yeterlidir. Ayrıca bu kararın sakat olduğunu gösteren hayat olayının belirtilmiş olmasına ihtiyaç yoktur. Alman hukukunda azınlıkta kalan görüşe göre, genel kurul kararlarının iptalinde tek unsurlu teoriye başvurulmalıdır. Tek unsurlu teori tercih edildiği takdirde, açtığı iptal davası reddedilen pay sahibi, farklı bir hayat olayına dayansa dahi aynı karar aleyhine yeniden dava açamayacaktır⁵⁸. Zira inşâî davalarda gerek esastan ret gerekse esastan kabul kararları için durum bu yöndedir. İptali davasında ise bir pay sahibinin aynı karar aleyhine yine dava açmasının önüne geçebilmek için hükmün konusu da dâhil olmak üzere tek unsurlu teoriye başvurulmalıdır⁵⁹.

Alman Federal Mahkemesi'nin eleştirilen bir kararında tek unsurlu teorinin uygulanabileceği kabul edilmiştir. Şöyle ki, istinaf aşamasında yeni bir kesin hükümsüzlük veya iptal edilebilirlik sebebinin ileri sürülmesinin dava değiştirilmesi olarak görülmesi uygun bulunmamıştır. Karara göre, dava edilen genel kurul kararı için farklı bir sebebe dayanılsa dahi dava konusu değişmemiş olur. Böylece, genel kurul kararının hükümsüzlüğünü haklı kılan farklı sebeplere dayanarak aynı karar aleyhine başka davalar açılmayacaktır. Aynı şeyi iptal edilebilirlik için de söylemek mümkün olmakla birlikte, kısa hak düşürücü sürenin öngörülmesi sebebiyle pratikte bu hususun bir önemi yoktur⁶⁰.

Federal Mahkemenin görüşüne şu şekilde bir eleştiri getirilmektedir: İptal edilebilirlik veya kesin hükümsüzlüğü yönünden açılan bir davanın konusu, bu kararın verilmesine dayanak teşkil eden bütün hayat olayını kapsayacaktır. Dava açıldıktan sonra yeni iptal sebeplerinin getirilmesi mümkün olabileceği gibi, davanın reddine karar verildiği takdirde farklı bir sebebe dayanılsa dahi genel kurulun aynı kararı aleyhine yeniden dava açılmayacaktır. Sonuç olarak, davanın kabulünü haklı kılan sebebin belirtilmesine lüzum kalmayacağı gibi, bu şekilde açılan davalar bir hukuki kontrol davası niteliğine bürünecektir⁶¹.

b. Çift Unsurlu Teoriye Göre İptal Davasının Konusu

Çift unsurlu teoride dava konusu belirlenirken talep sonucuna ve buna dayanak olan hayat olayına bakılmalıdır. Talebin yanı sıra bu talebi haklı kılan vakıa bütünü de önemlidir. Her iki unsur birlikte dava konusunu teşkil etmektedir⁶². Bunlardan herhangi birinin değişmesi dava konusunun da değişmesi anlamına gelir. Alman hukukuna egemen görüş, genel kurul kararlarının iptaline veya hükümsüzlüğünün tespitine yönelik bir davada çift unsurlu teorinin esas alınması yönündedir⁶³. Buna göre, iptal davasında davacının getirdiği ve talebi haklı kılan vakıalara bağlı kalınarak karar verilmelidir⁶⁴. Davanın reddi hâlinde verilen kararın kesin hüküm etkisi, dava

⁵⁷ BÖRÜ, Levent: Dava Konusunun Devri, Yetkin Yayınları, Ankara 2012, s.218; ERCAN-ÖZLER, s.213.

⁵⁸ Stein/Jonas/ROTH, vor § 253 kn. 13.

⁵⁹ Stein/Jonas/ROTH, vor § 253 kn. 64.

⁶⁰ BGH, Urteil vom 22.07.2002 - II ZR 286/01 (Neue Juristische Wochenschrift, Heft 47, 2002, s.3465-3467).

⁶¹ MüKoAktG/HÜFFER/SCHÄFER AktG § 246 kn. 19, 20.

⁶² BÖRÜ, s.220; ERCAN-ÖZLER, s.220.

⁶³ SCHMIDT in Großkomm AktG, § 246 kn. 61.

⁶⁴ MüKoAktG/HÜFFER/SCHÄFER AktG § 246 kn. 19.

sebebiyle sınırlı olacağı için başka bir sakatlığa dayanılarak genel kurulun aynı kararı aleyhine yeniden dava açılabilir⁶⁵.

Bu çerçevede, çift unsurlu teoride hayat olayı da önem arz ettiği için genel kurul kararının iptaline dayanak olan vakıa örgüsü ve/veya talep sonucundan en az birisinin değiştirilmesi dava konusunun değiştirilmesi anlamına gelir. Çift unsurlu teoriye göre dava konusu bakımından kararın iptalini istemek veya kesin hükümsüzlükle sakat olduğuna dayanılması arasında bir fark yoktur. Yeter ki, davaya dayanak teşkil eden hayat olayı değiştirilmesin⁶⁶. Nitekim mahkemeden istenen hukuki korumanın şekli (*geçersiz kulma veya hükümsüzlüğü tespit*) dava konusunun kapsamına girmemektedir⁶⁷.

c. Genel Kurul Kararının İptali Davasında Hangi Teorinin Tercih Edilmesi Gerekliği

Türk hukukunda HMK m.4, 57, 119 ve 303 düzenlemeleri dikkate alınarak dava konusunun belirlenmesinde usuli talebin dikkate alındığı ve buna göre tek unsurlu teorinin tercih edildiği savunulmaktadır. Eğer dava konusu hayat olayını da kapsıyor olsaydı, kesin hükmün unsurları arasında bunun ayrıca sayılması yoluna gidilmemesi gerekirdi. Dava sebebini teşkil eden vakıalar karışımı derdestlik ve kesin hüküm bakımından önem arz etmektedir⁶⁸. Çift unsurlu teorinin reddedildiği bu görüşe göre, genel kurul kararının iptaline dayanak teşkil eden yeni bir hayat olayına dayanılması hâlinde dava konusunun değiştirilmediği kabul edilmelidir. Zira talep sonucunda bir değişiklik meydana gelmemektedir ki, tek unsurlu teoride talep sonucundaki değişiklikle dava konusunda bir değişiklik meydana gelebilir⁶⁹.

Tek unsurlu teoride önceden dayanılan hayat olayından farklı bir hayat olayına dayanılmış olsa dahi, genel kurulun iptali istenen kararı yerine başka bir kararın iptali istenmediği sürece, ıslah veya karşı tarafın açık rızasına lüzum kalmayacağı düşünülebilir. Hâlbuki hukukumuzda genişletme ve değiştirme yasağına dava sebebini oluşturan hayat olayı da girmektedir. Dolayısıyla, hukukumuzda tek unsurlu teorinin tercih edilmesi hâlinde dahi, Alman Federal Mahkemesi kararına getirilen eleştirileri haklı kılan bir durum ortaya çıkmamaktadır. Zira dava sebebi vakıalardan ibaret olup; hukuki sebep aynı kalsa dahi vakıa bütünü yönünden genişletme ve değiştirme, dava sebebine dair görülmelidir⁷⁰. Dolayısıyla, Alman Federal Mahkemesi'nin görüşüne yönelik eleştirilerin Türk hukukunda bir karşılığı bulunmamaktadır. Bu sonuç, iptal davasının inşaî bir dava olması dikkate alındığında, öğretide inşaî davanın konusunun tek unsuru olduğu yönündeki kanaate⁷¹ de uygun düşmektedir.

2. Genel Kurulun İptali Talep Edilmiş Kararı Yerine Başka Bir Kararın İptalini Talep

Dava konusunu oluşturan genel kurul kararı yerine başka bir kararın iptali istendiğinde genellikle davanın tamamen ıslah edildiği kabul edilebilir. Nitekim bu suretle dava konusu tamamen değiştirilmektedir. Dava konusu değiştiği için ilk kez ıslah başvurusuyla iptali istenen genel kurul kararı bakımından üç aylık hak düşürücü süre geçmemiş olmalıdır⁷². Hukukumuzda ıslah hâlinde zamanaşımı bakımından, ıslah sonrası dava konusu hâline gelen talep için ıslah anında zamanaşımının kesildiği kabul edilmektedir⁷³. Aynı anlayışla, ıslahla iptali istenen genel kurul kararı için hak düşürücü sürenin geçip geçmediği de ıslah anına göre belirlenmelidir⁷⁴. Eğer sonradan iptali istenen kararın kesin hükümsüzlüğü söz konusu ise bu hak düşürücü sürenin uygulanmasından bahsedilemez.

⁶⁵ MüKoAktG/HÜFFER/SCHÄFER AktG § 246 kn. 19.

⁶⁶ SCHMIDT in Großkomm AktG, § 246 kn. 61.

⁶⁷ MüKoAktG/HÜFFER/SCHÄFER AktG § 246 kn. 18.

⁶⁸ TANRIVER, Süha: Medenî Usul Hukukunda Derdestlik İtirazı, Adalet Yayınevi, Ankara 2007, s.81; BÖRÜ, s.232, 233.

⁶⁹ BÖRÜ, s.219; ERCAN-ÖZLER, s.444.

⁷⁰ YILMAZ, s.156, 157.

⁷¹ ERCAN-ÖZLER, s.334, 335.

⁷² Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu m.16/2'ye göre, iptali istenen karar hakkında arabulucuya başvurulmuşsa üç aylık sürenin hesabında arabulucuda geçen süre gözönünde tutulmalıdır.

⁷³ ATALI, Murat: "Islah Yoluyla İleri Sürülen Talep Bakımından Zamanaşımının Kesildiği Tarih", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 11, Özel Sayı, 2019, s.119; MERİÇ, s.135; PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s.629, 630; ÖZEKES, Pekcanitez Usül, s.1544.

⁷⁴ Öğretide ise davanın tamamen ıslahında hak düşürücü sürenin davanın açıldığı tarihte korunacağı belirtilmektedir (POSTACIOĞLU, İlhan E./ALTAY, Sümer: Medenî Usül Hukuku Dersleri, 7. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2015, s.551; TUTUMLU, s.545-550).

İslah yoluyla talep sonucu itibariyle gerçekleştirilecek genişletme ve değiştirme için dava sebebinin değiştirilmesi zorunlu değildir. Aynı şekilde, genel kurul kararlarının iptali davasında da dava sebebinin değiştirilmesi yoluna gidilmeyebilir. Lakin ıslah aracılığıyla dava konusu değiştirildiği gibi yeni bir vakıa örgüsüne dayanılması gerekebilir⁷⁵. Şöyle ki, genel kurulun iptali istenmiş kararı bakımından ileri sürülen sakatlık sebebi, ıslah sonrası iptali istenen karar için geçerli olmayabilir. İşte, bu gibi bir durumda sadece talep sonucunun düzeltilmesiyle yetinilmemeli, başka sakatlık veya sakatlıklar da yargılamaya dâhil edilmelidir.

3. Genel Kurulun İptali İstenen Kararına Ek Olarak Başka Karar veya Kararların İptalinin Talep Edilmesi

Dava dilekçesinde belirtilmemiş bir genel kurul kararı hakkında iptale karar verilmesi istenirse dava konusu muhafaza edilmekle birlikte buna bir ek yapıldığı açıktır. Talep sonucu bakımından bu şekildeki bir yenilik aslında genişletme mahiyetindedir. Her ne kadar Yargıtay'ın dava konusu edilmemiş bir talebin ıslah yoluyla ileri sürülemeyeceği yönünde birçok kararı⁷⁶ bulursa da, dava konusu edilmemiş yeni bir talep ıslahla ileri sürülebilmeli ve buna bağlı olarak dava konusu hâline gelebilmelidir⁷⁷. Öğretide bir görüşe göre, eski talebin yanına ıslah yoluyla getirilmek istenen yeni talep bakımından bu ikisi arasında objektif dava yığılması ilişkisi kurulup kurulmayacağına bakılmalı ve HMK m.166/4 anlamında bir bağlantı olmalıdır⁷⁸. Aslında iptal davasında başka bir kararın iptali de istenirse bu görüşe uygun bir ıslah gerçekleşmiş olur. Davaya yeni konu edilen genel kurul kararı veya kararları sayısınca dava açılmış olur ki, dava yığılması meydana gelir.

Bu bağlamda, genel kurulun bir kararı aleyhine açılmış iptal davasında yapılacak ıslahla başka bir kararın da iptali istenebilir⁷⁹. Aksi hâlde, iptali istenen diğer genel kurul kararı için ayrı bir davanın ikame edilmesinden başka çare kalmaz. Bu durumda çoğunlukla davaların birleştirilmesi yoluna gidilecektir. Özellikle iptali istenen diğer karar aynı toplantıda karara bağlanmışsa aynı sakatlığa dayalı iptal talebi gündeme gelir. Bu sebeple, davacıyı ayrı bir dava açmak zorunda bırakmamak için diğer genel kurul kararının ıslah yoluyla dava konusu hâline getirilmesine cevaz verilmelidir.

Görülmede olan iptal davasında ıslah yoluyla sonradan ileri sürülen bu talep veya talepler yönünden ise ıslaha başvurulabileceği kabul edilmelidir⁸⁰. Nitekim sadece ilk dava ıslah edilmiş olur ve sonuçta sonradan açılan davalar bu ıslah başvurusuyla açılmaktadır. Fakat şunu da belirtmeliyiz ki, bu şekilde ıslah yoluna gidilmesi pek isabetli değildir. Ayrı bir dava açıp davaların birleştirilmesi talep edilirse, ilk davadaki ıslah hakkı gereksiz yere tüketilmemiş olur.

İslah başvurusuyla sonradan iptali istenen genel kurul kararı bakımından hak düşürücü sürenin geçmemiş olması gerektiğine de dikkat edilmelidir⁸¹. Nitekim yeni taleple ilgili hak düşürücü sürenin geçip geçmediği hâkim tarafından resen gözetilmelidir⁸². Hak düşürücü süre geçmişse, ıslahla sonradan iptali istenen karar bakımından kesin hükümsüzlüğün söz konusu olup olmadığına bakılmalıdır. Eğer bu yönde bir sakatlık tespit edilirse, istisnai düzenlemeler saklı kalmak kadıyla⁸³, artık ıslah sonrası dava konusu hâline gelen genel kurul kararı süre şartı aranmaksızın hükme bağlanabilir.

Sonradan dava konusu hâline getirilen genel kurul kararı için eğer önceki dayanılan dava sebebinden başka bir sakatlık varsa iptali haklı kılan bu sakatlık da izah edilmelidir. İslah yapılırken bu şekilde yeni vakıa bütünü getirilebileceğinden şüphe edilmemelidir. Aksi hâlde, dava sonrası başka genel kurul kararlarının iptalinin ıslah yoluyla istenebilecek olmasının bir

⁷⁵ ÜSTÜNDAĞ, s.152; YILMAZ, s.196; TOPALOĞLU, s.643.

⁷⁶ Kararlar için bkz. YILMAZ, s.238-260.

⁷⁷ KURU, Cilt IV, s.4015; ÜSTÜNDAĞ, s.217; ÜSTÜNDAĞ, Saim: Medeni Yargılama Hukuku, Cilt I-II, 7. Baskı, Nesil Matbaacılık, İstanbul 2000, s.552, 557; YILMAZ, S.260; BULUT, s.96; ÖZEKES, Pekcanitez Usûl, s.1505-1507; BUDAK/KARAASLAN, s.200 (kn. 33); ERCAN-ÖZELER, s.454, 455. Aksi yöndeki bir görüşe göre ise taleplerin aynı hayat olayından kaynaklanması şartıyla ıslah yapılabilir (MERİÇ, s.138, 139).

⁷⁸ PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s.623, 624; ÖZEKES, Pekcanitez Usûl, s.1507; TOPALOĞLU, s.643.

⁷⁹ TOPÇUOĞLU, s.653.

⁸⁰ BULUT, s.361, 362.

⁸¹ TOPÇUOĞLU, s.653.

⁸² ÖZEKES, Pekcanitez Usûl, s.1508.

⁸³ Sermaye Piyasası Kanunu m.92/1 - (b)'de yokluk ve kesin hükümsüzlüğün tespiti için beş yıllık süre öngörülmüştür.

anlamı kalmaz. Bu hâlde dahi davanın kısmen ıslah edildiği kabul edilebilir⁸⁴. İlk talep bakımından gerçekleşmiş işlemlerin dava tarihi itibarıyla yapılmamış sayılması yönünde ıslah yoluna gidilmemektedir ki, bu durumda kısmi ıslah yapıldığı kabul edilebilir⁸⁵.

C. Genel Kurul Kararının İptalini Gerektiren Dava Sebebinin Değiştirilmesi veya Yeni Bir Sebebe Daha Dayanılması

Genel kurul kararının iptalinin talep edilmesinin neden ileri geldiği bu davada dava sebebinin teşkil eder ve HMK m.119/1 - (e) gereğince bu örgüyü oluşturan vakıalar sıra numarası altında açıkça özetlenmelidir. Mahkeme, iptali gerektiren bir sakatlığın olup olmadığını bu olaya göre karara bağlamalıdır. İslah yoluyla ise dava dilekçesinde bahsedilenden başka bir sebebe veya buna ek bir sebebe daha dayanılması yoluna gidilebilir.

1. Genel Kurul Kararının İptali Davasında Dava Sebebinin Değiştirilmesi ve Yeni Bir Sebebe Dayanılması Olarak Görülebilecek Hâller

Genel kurul kararının sakat görülmesini gerektiren bir veya birden çok sebep mevcut olabilir. Her ne kadar davanın sebebinin teşkil eden bu olay veya olayların dava konusu kapsamına girmediğini kabul etsek de bunlar dava dilekçesinin bir unsurudur ve genişletme ve değiştirme yasağına tabidir⁸⁶. Şu var ki, davada dayanılan hayat olayıyla uyum içinde olan ve eksik bırakılmış vakıaların ileri sürülmesi genişletme ve değiştirme olarak görülemez⁸⁷.

İptal davasını sadece dava sebebinin değiştirilmesi yönüyle ele almak ise eksik olur. Davada dayanılmış dava sebebine ek olarak başka bir dava sebebine de dayanılmak istenebilir. Dava sebebinin bu şekilde genişletilmesi ise kısmi ıslah mahiyetindedir⁸⁸. O hâlde, iptal davasında dava sebebinin değiştirildiği veya buna yeni bir ekleme yapıldığı takdirde kısmi ıslah söz konusu olur⁸⁹. Zira eski dava aynı kalmaktadır ve buna bağlı olarak geçmişteki usuli işlemlerin tamamen yapılmamış sayılmasına lüzum yoktur.

Sonuç itibarıyla, genel kurul kararının iptali için açılan davada dayanılan sakatlık sebebi değiştirilirse sadece bu sebep için yapılmış işlemler dikkate alınmayabilir. Ek bir sakatlık sebebi ileri sürüldüğü takdirde ise ıslah öncesi yapılmış işlemlerin yapılmamış sayılması düşünülemez⁹⁰.

2. Yeni İleri Sürülen İptal Sebebinin Hak Düşürücü Süre Yönünden Değerlendirilmesi

Uzun olması yönünden eleştirilse⁹¹ de genel kurul kararının iptali için dava açma süresi, üç ay olarak belirlenmiştir. Sürenin başlangıç tarihi ise tescilli gereken genel kurul kararları için dahi kararın verildiği tarih olarak kabul edilmektedir⁹². Kararın iptali için öngörülen bu hak düşürücü süre hukuki güvenliği sağlamaya yöneliktir⁹³. Gerçekten, süre geçtikten sonra iptalin istenememesi, genel kurul kararına istinaden yapılacak işlemler açısından belirlilik sağlayacak niteliktedir.

Genel kurul kararının iptali talep edildikten sonra talebe dayanak teşkil eden dava sebebinden başka bir sebebe dayanılmak istendiği takdirde, hak düşürücü süreye göre ileri sürülen yeni sakatlık sebebinin dikkate alınıp alınmayacağı sorunu doğar. Eğer ileri sürülen bu yeni olay kararın en başından beri kesin hükümsüzlüğü sonucunu doğuruyorsa, hak düşürücü sürenin uygulanamayacağı hususunda tereddüt edilemez. Nitekim genel kurul kararının kesin hükümsüzlük yaptırımına tabi olmasını haklı kılan hâllerde bunun ileri sürülmesi yönünden herhangi bir süre sınırlaması getirilmemiştir.

⁸⁴ TOPÇUOĞLU, s.653.

⁸⁵ POSTACIOĞLU/ALTAY, s.546, 547; YILMAZ, s.73; BULUT, s.88, 89; TANRIVER, Sühâ: Medenî Usul Hukuku (Temel Kavramlar ve İlk Derece Yargılaması), Cilt I, Yetkin Yayınları, Ankara 2018, s.748, 751.

⁸⁶ ÜSTÜNDAĞ, s.115, 116; YILMAZ, s.158; ASLAN, s.491.

⁸⁷ BİLGE/ÖNEN, S.469; KURU, Cilt II, s.1719; YILMAZ, s.158-160; TANRIVER, (2018), s.697; ASLAN, s.491, 492. Buna göre, dava sebebine zımnen dâhil olan vakıalar yasakla karşılaşmaz (KURU, Cilt IV, s.4052). Bir görüşe göre ise bu nitelikteki vakıaların getirilmesinde de genişletme ve değiştirme yasağı uygulanır (ÜSTÜNDAĞ, (2000), s.558; ÖZEKES, Pekcanitez Usul, S.1496).

⁸⁸ KURU, s.3992, 4037.

⁸⁹ TOPÇUOĞLU, s.653.

⁹⁰ İslah yoluyla gerçekleşmiş genişletmeye ve değiştirmeye rağmen anlam ve önemini kaybetmemiş usuli işlemlerin dikkate alınması gerekir (ATALI, s.125).

⁹¹ MOROĞLU, s.244.

⁹² KIRCA, s.213, 214.

⁹³ MüKoAktG/HÜFFER/SCHÄFER AktG § 246 kn. 4. Alman hukukunda Paylı Ortaklık Kanunu m.246/4, 2. cümlede davanın ilanından sonra yine bir ay içinde fer'î müdahalede bulunulabileceği öngörülmüştür.

Alman hukukunda iptal davasında yeni bir hayat olayına dayanılmadığı sürece davanın değiştirilmesinden söz edilemeyeceği ve hak düşürücü sürenin geçmiş olmasının da bir önemi olmadığı belirtilmektedir. Yeni bir hayat olayı getirildiği takdirde ise dava değiştirildiği için hak düşürücü süre uygulama alanı bulur⁹⁴. İleri sürülen başka bir sakatlık genel kurul kararının kesin hükümsüz görülmesine sebep değilse, hak düşürücü süre geçtiği gözetilerek karar verilmelidir⁹⁵.

Kanaatimizce, iptale karar verilmesi için ıslah yoluyla getirilen yeni vakıa bütününe göre sadece iptali haklı kılan bir durum olsa bile hak düşürücü sürenin uygulanamayacağı kabul edilmelidir. Üç aylık hak düşürücü süre, genel kurul kararının iptalinin dava yoluyla ileri sürülmesi için öngörülmüştür ve davanın bu süre içinde açılması yeterlidir. Zaten dava açılmasıyla hak düşürücü sürenin işlemesi durduğu için sonradan getirilen sakatlık mahkemece dikkate alınmalıdır. Diğer bir ifadeyle, dava açılmasıyla hak düşürücü sürenin korunması, sadece dava konusu itibarıyla uygulanmalıdır⁹⁶. Öte yandan, genel kurul kararı aleyhine iptal davası açıldıktan sonra ilgililer için o kararın geçerliliği yönünde haklı bir beklentinin varlığından bahsedilemez.

3. Genel Kurulun Birden Fazla Kararının İptalinin İstenmesi Hâlinde Bunların İptalini Haklı Kılan Dava Sebebinde Genişletme veya Değiştirme

Dava yığılmasında asli talep sayısınca dava açılmış olur ve bunlardan sadece biri veya hepsi ıslahın konusu olabilir. Burada dikkate edilmesi gereken husus, hangi talep veya talepler yönünden işlem yapmak için irade gösterildiğidir. Sadece bir kez kullanılabilen ıslah bakımından bu hususta doğru bir tespitte bulunulmalıdır. Aynı dava dosyasındaki birden fazla davadan her biri için bir kez olmak üzere ıslah yapılabilir⁹⁷. Sadece bir talep hakkında ıslaha başvurulmuş iken hepsi için ıslah yapıldığı kabul edilirse artık ıslaha başvuru imkânı kalmaz. Bu ise davacı için HMK m.110 anlamında bir araya gelebilecek davaların ayrı ayrı açılması yoluna gidilmesini zorunlu kılar. Sonuçta davaların birlikte açılması suretiyle usul ekonomisinin sağlanması yönündeki hedefin gerçekleşmesi de güçleşir. Şu hâlde, her asli talebe yönelik olarak ayrı ayrı ıslah yapılabileceği kabul edilmelidir⁹⁸.

Bununla birlikte, davaların tamamı veya bir kısmı bakımından genişletme ve değiştirme mahiyetinde bir ıslah başvurusu yapılmış olabilir⁹⁹. Şöyle ki, birden fazla genel kurul kararının iptali istendikten sonra bunlardan hepsinde veya bazılarında dava sebebi teşkil eden sakatlık aynı veya tamamen farklı olabilir. Böyle bir durumda dava sebebi değiştirilirse veya ek bir sebebe daha dayanılırsa, asli taleplerin hepsi veya bazıları için ıslah hakkının kullanılması kaçınılmazdır. Buna karşın, bunlardan sadece birinin dava sebebi yönünden genişletme ve değiştirme talep edilirse, diğer davalar için ıslah hakkı tüketilmiş olmaz.

IV. GENEL KURUL KARARININ İPTALİ DAVASINDA ISLAH BAŞVURUSU SONRASI DAVANIN REDDİ ÜZERİNE DAVA DİLEKÇESİNDE İPTALİ İSTENMİŞ GENEL KURUL KARARI ALEYHİNE YENİDEN DAVA AÇILMASI

İptal davasında dava dilekçesinde belirtilmiş dava konusu ve dava sebebi olmak üzere iki husus bakımından ıslah yoluyla genişletme ve değiştirme söz konusu olabilir. İlk durumda, genel kurulun iptali istenen kararı yerine veyahut bu karara ek olarak başka bir kararın iptali istenebilir. İkinci durumda ise iptal davasında dayanak alınan hayat olayı bakımından bir genişletme veya değiştirme yapılabilir. Her iki hâlde de bu dava reddedildilerse, genel kurul kararının tekrar dava konusu edilip edilemeyeceği veyahut davaya dayanak gösterilmiş sebebe yeniden dayanıp dayanamayacağı tartışması doğacaktır. İptal davasının kabulünde ise inşâî hükmün *inter omnes*

⁹⁴ SCHMIDT in Großkomm AktG § 246 kn. 61.

⁹⁵ MüKoAktG/HÜFFER/SCHÄFER AktG § 246 kn. 46.

⁹⁶ Hak düşürücü süre içinde açılmış bir davada ıslahla dava konusu değiştirildiğinde yeni dava konusu itibarıyla bu sürenin dava anında korunmadığı kabul edilmektedir (ÖZEKES, Pekcanitez Usûl, s.1519). Genel kurul kararının iptalinde dava sebebi değiştirilse dahi dava konusu aynı kaldığında hak düşürücü sürenin korunduğu benimsenmelidir.

⁹⁷ YILMAZ, s.481; BULUT, s.360; TUTUMLU, s.189.

⁹⁸ Yargıtay 9. HD, E. 2012/906, K. 2014/6502, T. 03.03.2014 (KİBB Erişim: 09.01.2020): “... Somut uyumsuzlukta davacının her talebi ayrı bir dava konusudur ve objektif dava birleşmesi (davaların yığılması) vardır. Her talep ayrı bir dava olduğuna göre kötüye kullanılmadığı sürece her talep ayrı ayrı da ıslah konusu yapılabilir. ...”.

⁹⁹ BULUT, s.360, 361.

etkisi¹⁰⁰ gereği yeni bir dava açılmayacağından bu hususta değerlendirme yapılmasına lüzum yoktur.

A. Dava Dilekçesinde İslah Başvurusundan Önce İptali İstenmiş Genel Kurul Kararının Yeniden Dava Konusu Edilebilmesi

İptali davasında iptali istenen karar yerine başka bir kararın iptalinin istenmesinde dava sebebinin değiştirilmesi şart değildir. Ancak ıslah yoluyla dava konusu hâline gelen genel kurul kararı için başka bir sakatlık söz konusu ise dava sebebi de değiştirilmelidir. İslah başvurusuyla dava dilekçesinde belirtilen dava konusu değiştirildiğinde ortaya çıkacak sonuç iki farklı yönden ele alınmaktadır. Bir görüşe¹⁰¹ göre ilk davadan feragat edildiği kabul edilmeli; diğer bir görüşe¹⁰² göre ise karşı tarafın muvafakati olmasa dahi ıslahla dava geri alınabileceğinden¹⁰³ ilk dava geri alınmış sayılmalıdır.

Eğer davadan feragat edildiği kabul edilirse davacı, ıslah öncesi iptali istenmiş genel kurul kararı aleyhine ikinci kez dava açamaz. Feragatin örtülü olarak gerçekleşmeyeceği¹⁰⁴ dikkate alınarak, bu yönde açık bir irade gösterilmediği sürece, ıslah başvurusuyla değiştirilen dava konusundan feragat edildiğinin kabulü isabetli görülmemektedir¹⁰⁵.

Davanın geri alındığı yönündeki görüş bağlamında ıslahın geri alma yasağının bir istisnası olarak görülmesi ve buna yönelik kanuni düzenleme yapılması tavsiye edilmektedir. Kaldı ki, karşı tarafın açık rızası arandığı takdirde ıslaha başvurulmasının da bir anlamı kalmaz¹⁰⁶. Davanın geri alındığı görüşü kabul edilirse, eski dava konusu hakkında yeniden dava açılacaktır. Esasen dava geri alındıktan sonra aynı davanın yeniden açılacağı hususunda herhangi bir tereddüt yoktur. Nitekim HMK m.123'te geri alma hâlinde davanın açılmamış sayılmasına karar verilmesi yönünde bir düzenleme yapılması düşünülmüş olsa da kanunlaşmamıştır¹⁰⁷.

Bir görüşe göre ise ıslahla değiştirilmiş davanın açılmamış sayılmasına benzer bir sonuç ortaya çıkar¹⁰⁸. Kanaatimizce, davanın geri alınmasıyla sonuçları itibarıyla aynı da olsa, dava konusu olmaktan çıkmış talep hakkında bu son görüş esas alınmalıdır. İstisnai hâller saklı kalmak kaydıyla bir taraf, ıslaha başvurarak yaptığı usuli işlemin hiç yapılmamış gibi görünmesini sağlayabilir. Ortaya çıkan bu sonucu açıklamak için farklı kurumlara başvurulmamalıdır. Bizzat kanuni düzenleme (HMK m.179/1) gereği davanın açılmamış sayılması veya bu mahiyette olmayan bir usuli işlemin yapılmamış sayılması sonucuna varılabilir.

İptal davasının ıslah edilmesiyle başka bir kararın iptali istendiğinde ıslah öncesi yapılmış işlemler önemsiz hâle gelebilir. Burada, ıslahın hangi kapsamda yapıldığı önem arz eder. Sadece talep sonucu değiştirilmişse ve fakat dava sebebi aynı kalmışsa, bütün usuli işlemlerin yapılmamış sayılması istenebilir. Eğer bu işlemler HMK m.179/2 kapsamına giriyorsa, bu talep olumlu karşılanamaz. Talep sonucu ve dava sebebi değiştirildiğinde ise HMK m.179/2'nin kapsamına

¹⁰⁰ Bu hususta bkz. ÖNEN, s.184-187.

¹⁰¹ BİLGE/ÖNEN, s.363, 364; ALANGOYA, s.277; TUTUMLU, s.335. ÜSTÜNDAĞ, böyle bir durumda davadan feragat edildiğinin veya davanın geri alındığının kabul edilebileceğini belirtmektedir. Yazara göre, ilk davadaki dava sebebi sonrakiyle hiçbir irtibata sahip değilse, davadan feragat edildiği sonucuna varılabilir (ÜSTÜNDAĞ, s.216, 217). Yazarın başka bir eserinde ise tamamen ıslah hâlinde feragatin gerçekleşmediğinin kabulü daha uygun görülmüştür (ÜSTÜNDAĞ, 2000, s.559).

¹⁰² POSTACIOĞLU/ALTAY, s.460, 461; YILMAZ, s.606, 607; ASLAN, s.499.

¹⁰³ Bazı yazarlara göre karşı tarafın rızası yoksa ıslah yoluyla dava geri alabilir (KURU, Cilt IV, s.4049; YILMAZ, s.606, 607). ASLAN'a göre ise sadece davanın geri alınması yönünde yapılan ıslaha cevaz verilmemelidir. Ancak, ıslah yoluyla dava konusu değiştirilirse ilk dava geri alınmış olur (ASLAN, s.500-503). Hukukumuzda ıslah yoluyla davanın geri alınmayacağı yönünde görüşler de bulunmaktadır (ALANGOYA, s.271; BULUT, s.364; ÖZEKES, Pekcanitez Usûl, s.1515; BUDAK/KARAASLAN, s.201 (kn. 38)). Özellikle karşı tarafın rızası olmamasına rağmen ıslahla dava geri alınabilirse, aynı davanın tekrar açılabilmesi ve bu davada da ıslaha başvurulabilmesi gibi istenmeyen bir durum ortaya çıkar (ALANGOYA, Yavuz/YILDIRIM, Kamil/DEREN-YILDIRIM, Nevhis: Medeni Usul Hukuku Esasları, 7. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul 2009, s.268, 269; AKİL, Cenk: "6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Çerçevesinde İslaha Gidilemeyeceği Kabul Edilen Haller Üzerine Düşünceler", Prof. Dr. Ramazan ASLAN'a Armağan, Cilt 1, Ankara 2015, s.94). Kanaatimizce de ıslah başvurusuyla doğrudan davanın geri alınmasına cevaz verilmemelidir. Fakat öyle bir ıslah yapılabilir ki, dava konusu üzerinde tahkikat yürütmeye gerek kalmaz. Bu hâlde, davanın geri alınmasıyla benzer hukuki sonuçlar meydana gelebilir. Yine de dava geri alınmış olmaz; sadece ıslaha bağlı özel bir durum doğmaktadır.

¹⁰⁴ AKYOL-ASLAN, s.147-152.

¹⁰⁵ YILMAZ, s.606; ASLAN, s.499.

¹⁰⁶ ASLAN, s.503.

¹⁰⁷ (<http://www.adalet.gov.tr/Tasarilar/HMK-TASARI-İKİLİ-TABLO.pdf> Erişim: 12/05/2019).

¹⁰⁸ ÖZEKES, Pekcanitez Usûl, s.1541.

giren işlemler de dâhil olmak üzere, bütün işlemlerin yapılmamış sayılması sonucu doğabilir (HMK m.179/3). Nitekim ıslah başvurusuyla bu işlemler davanın karara bağlanması bakımından önemini kaybedecektir.

Islah yapılırken iptali istenen kararın değiştirilmesiyle birlikte dava sebebi değiştirilmemişse, bu dava reddedildikten sonra aynı sebebe istinaden dava dilekçesinde iptali istenmiş karar (*ıslah başvurusunda önce iptali istenen karar*) hakkında ikinci bir davanın açılmasına usulen bir engel yoktur. Çünkü ilk davanın hüküm sonucuyla ikinci davadaki talep sonucu farklıdır. Bununla birlikte, ikinci davanın esastan kabulünün pek olanaklı olmadığını belirtmeliyiz. İlk davadaki vakıa tespitlerinin (*ileri sürülen sakatlığın gerçekleşmediği vb.*) ikinci davada karar verilirken gözetilmesi gerekir. İptali istenen genel kurul kararıyla birlikte dava sebebi de ıslah yoluyla değiştirilirse, ıslah öncesi yapılmış bütün işlemlerin ikinci dava açısından hiçbir önemi kalmaz. Bu hâlde, ilk dava dilekçesinde iptali istenmiş karar ikinci kez dava konusu ediliyorsa, iptale karar verilebilir.

İptal davası reddedildikten sonra, aynı dava sebebiyle bu sefer kararın kesin hükümsüzlüğü gerekçesiyle açılan dava ise esastan karara bağlanamaz. Nitekim ilk davanın reddedilmesi, iptali istenen genel kurul kararı ve ileri sürülen iptal sebebi itibarıyla kesin hüküm teşkil eder. İlk davanın kesin hükümsüzlüğe dair olmasına rağmen ikinci davanın iptal davası olmasında da aynı durum söz konusu olur. İptal davası için kısa bir hak düşürücü süre öngörüldüğü için uygulamada bu son ihtimalle karşılaşmak pek de olası değildir¹⁰⁹. Yine de bu şekilde açılan ikinci davanın kesin hüküm sebebiyle usulden reddi yoluna gidilmelidir. Buna karşın, farklı bir sakatlık sebebine dayanılarak genel kurulun aynı kararının kesin hükümsüzlüğünün tespitine yönelik açılacak dava görülebilir. Bu sefer dava sebebi değiştirildiği için kesin hükümden bahsedilemez.

B. İptal Davasında Değiştirilmiş Dava Sebebine Dayanılarak Aynı Genel Kurul Kararı Aleyhine Yeniden Dava Açılması

Dava sebebi değiştirilmez ve buna ek başka bir sakatlığa dayanılırsa, verilecek karar her iki sebep bakımından da kesin hüküm teşkil eder. Bunun sebebi ise başlangıçta dayanak yapılan dava sebebinin varlığını korumasıdır¹¹⁰. İptal davası sonrası dava sebebi değiştirildiğinde ise eski (*ıslah öncesi dayanılmış*) sebebe istinaden genel kurulun aynı kararı yeniden dava edilirse, ilk davada ıslah öncesi gösterilmiş eski sebep yönünden ikinci kez açılacak davada kesin hükmün söz konusu olup olmadığı sorusu gündeme gelir. Bu husustaki çözüm, dava sebebindeki değişikliğin hangi kapsamda ele alınabileceğine bağlıdır. Yine bununla bağlantılı olarak dava sebebinin değiştirilmesinin karşı tarafın açık muvafakatiyle mi yoksa ıslahla mı gerçekleştiği de göz önünde bulundurulmalıdır.

1. Dava Sebebinin Değiştirilmesine Karşı Tarafın Açıkça Muvafakat Göstermiş Olması

Davaya dayanak gösterilmiş vakıa örgüsünün rızaya bağlı olarak değişmesinde ıslahın hüküm ve sonuçları itibarıyla bir değerlendirme gerekli değildir. Yani davadan feragat edildiğinin mi yoksa davanın geri alındığının mı kabul edileceği tartışmasının bir önemi kalmaz. Buna karşın, öğretide davalının açık muvafakatle dava sebebinin değiştirilmesinin davalı aleyhine olan sonuçlarını açıklamanın güç olmadığı belirtilmektedir. Bu görüşe göre, muvafakat göstermiş davalının menfaatlerinin ihlal edildiği söylenemez ve davanın geri alındığı kabul edilebilir¹¹¹. Gerçekten, karşı tarafın muvafakati bulunuyorsa HMK m.123'e göre bir sonuca varılacağı düşünülebilir.

Kanaatimizce, dava sebebinin değiştirilmesinin dava bakımından ortaya çıkardığı sonuç, davanın geri alınması yönünden bir değerlendirme yapmaya elverişli değildir. Dava esnasında bu şekildeki bir değişiklikte dava konusu şey üzerinde yargılama devam edecektir. Oysaki davanın geri alınmasının en tipik sonucu davanın sona ermesidir. Buna bağlı olarak, davanın esasına ilişkin inceleme yapılmamalıdır¹¹². Dava sebebi değiştirildiğinde ise açılmış davaya yeni dava sebebi itibarıyla devam edilir. Sadece dava sonunda verilecek hüküm, eski dava sebebini kapsamayacaktır. Kaldı ki, hakkında tahkikat yürütülmemiş eski dava sebebi kesin hükmün

¹⁰⁹ MüKoAktG/HÜFFER/SCHÄFER AktG § 246 kn. 25.

¹¹⁰ ASLAN, s.492.

¹¹¹ ASLAN, s.493.

¹¹² ASLAN, s.312.

kapsamına giremez. Kesin hüküm etkisinin karara bağlanmış hususlarda dair olduğu anlayışına¹¹³ da uygun bir sonuca varılmış olur. Dolayısıyla, aynı konuda ve fakat eski dava sebebine dayanılarak açılacak ikinci davada kesin hüküm itirazı gündeme gelemez.

Bu bağlamda, genel kurul kararlarının iptali için açılmış davada sebebin değiştirilmesine muvafakat gösterirse ilk dava sebebine istinaden yeniden dava açılabilir. İptal davası için öngörülmüş hak düşürücü sürenin kısalığı sebebiyle bu şekilde dava açılmayacağı düşünülebilir. İki ihtimalde ikinci bir davanın görülebileceği kanaatindeyiz. İptal davasıyla birlikte hak düşürücü sürenin gösterilen dava sebebinden bağımsız olarak korunacağı görüşümüz kabul edilirse, iptal davasının reddi üzerine ikinci iptal davası kısa bir süre içinde açılırsa, ilk davada karşı tarafın muvafakatiyle inceleme konusu edilmeyen dava sebebine dayanılarak ikinci kez dava açılabilir. Çünkü hak düşürücü süre dolmamış olur ve süre geçmediği için ikinci davanın reddi yoluna gidilemez. İkinci ihtimal ise ilk davada değiştirilmiş dava sebebinin genel kurul kararının kesin hükümsüzlüğüne sebep olacak mahiyette olması şartıyla süre sınırlaması olmaması sebebiyle gündeme gelebilir.

2. İslah Yoluyla Dava Sebebinin Değiştirilmiş Olması

Dava sebebi ıslahla değiştirildiği takdirde davadan feragat edildiği ve davanın geri alındığı yönünde iki görüş savunulabilir. Davadan feragat edildiği görüşüne göre, genel kurul kararının iptali için dava dilekçesinde gösterilmiş ve değiştirilmiş sakatlık sebebine göre genel kurul kararı aleyhine yeniden dava açılmaz. Zira feragat edilen bir hususta yeniden dava açılması, kesin hüküm itirazı sebebiyle davanın usulden reddedilmesini gerektirir. Davanın geri alındığı yönündeki görüşe göre ise eski dava sebebine istinaden yeniden dava açılabilir¹¹⁴. **ASLAN**, feragatin ağır sonuçlar doğurmasını ve örtülü olarak gerçekleşmemesini dikkate alarak, dava sebebi değiştirildiğinde davanın geri alındığının kabulünü uygun bulmaktadır¹¹⁵.

İslah yoluyla bu şekilde bir değişiklik yapıldığında davadan feragat edildiği veya davanın geri alındığı şeklinde bir değerlendirme yapılamayacağı düşüncesindeyiz. Şöyle ki, dava sebebi değiştirilmiş de olsa davanın görülmesine devam edilecektir. Davadan feragatte veya davanın geri alınmasında ise bir davanın sona ermesi söz konusudur. Dava konusu itibarıyla düşünülebilecek feragat ve geri alma yönündeki tartışmalar dava sebebi yönünden uygulanamaz niteliktedir. Dava sebebi ıslahla değiştirilmişse, bu hususta tahkikat yürütülmemekte ve hüküm verilememektedir. Kesin hükmün sınırları ise hükme bağlanan dava sebebiyle sınırlıdır¹¹⁶. Dolayısıyla, eski dava sebebi bakımından, ıslahın davanın geri alınmasının bir istisnası olarak görülmesine dahi lüzum yoktur.

İlk davada değiştirilmiş dava sebebinin ikinci davada gösterilebilmesinin yanı sıra, bu dava sebebi gösterilmiş iken yapılan ve HMK m.179/2 uyarınca ıslahın geçersiz kılamayacağı işlemlerin akıbeti de ele alınmalıdır. Her ne kadar bu işlemler geçersiz kılınmasa da ıslaha başvurularak dava sebebi değiştirildikten sonra uyuşmazlığın esastan karara bağlanması için bu işlemler gereksiz hâle gelebilir. Çünkü ıslahtan sonra bu işlemlerin dikkate alınmaması sonucu doğabilir¹¹⁷ ki, HMK m.179/3 uyarınca bu işlemlerin yapılmamış sayılması gerekir¹¹⁸. Doğal olarak, ikinci davada bu işlemlerin tekrar edilmesi yoluna gidilebilir ve ilk davada ıslah öncesi yapılmış işlemler taraflar için kural olarak bağlayıcı olmaz.

Yukarıdaki açıklamalar çerçevesinde, genel kurul kararının iptali davası dilekçesinde gösterilmiş ve ıslah başvurusuyla değiştirilmiş dava sebebi gözetilerek yeniden aynı genel kurul kararı aleyhine dava açılmasının herhangi bir usuli itirazla karşılaşmayacağını belirtmeliyiz. Dava dilekçesinde gösterilmiş ilk sakatlık hakkında yapılmış ve ıslahın geçersiz kılamayacağı işlemler ise aynı genel kurul kararı aleyhine açılacak ikinci davada dikkate alınmamalıdır. Genel kurul kararının iptal için açılan ilk davadaki esastan ret kararı sonrası açılacak ikinci davanın esastan görülmesinin şartları ise dava sebebinin değiştirilmesine karşı tarafın açıkça rıza göstermesinde olduğu gibi olmalıdır.

¹¹³ İYİLİKLİ, Ahmet Cahit: Hukuk Yargılamasında Kesin Hüküm, 2. B, Yetkin Yayınları, Ankara 2020, s.433-437.

¹¹⁴ ASLAN, s.491-493.

¹¹⁵ ASLAN, s.493.

¹¹⁶ ÜSTÜNDAĞ, (2000), s.547; ATALI, Pekcanitez Usûl, s.2066.

¹¹⁷ KURU, Cilt IV, s.4019.

¹¹⁸ ÖZEKES, Pekcanitez Usûl, s.1541.

V. SONUÇ

Genel kurul kararının iptali davasında basit yargılama usulünün uygulanacağına dair TTK m.1521'in doğru bir şekilde kaleme alınmaması sebebiyle, davacı tarafa göre bu davada yazılı yargılama usulünün uygulanması mümkün görülebilir. Bu şekilde farklı yargılama usullerinin uygulanması isabetli olmadığı için bu hususta kanuni bir değişikliğin gerektiği açıktır. İptal davasında ıslaha başvurulması gerekliliği, uygulanacak yargılama usulüne göre iddia ve savunmanın teksif ettiği noktadan itibaren doğar.

İptal davasında hukuki nitelendirmenin değiştirilmesi ıslahı gerektiren bir husus değildir. Şöyle ki, genel kurul kararının iptali istenmişken kesin hükümsüzlüğünün tespitini talep etmek veya kesin hükümsüzlüğe dayanılmışken sonradan iptali ileri sürmek ıslahı gerektirmez. Yeter ki, dava konusu ve dava sebebi genişletilmesin ve değiştirilmesin. Yine iptal davasında HMK m.183'ün kapsamına giren yazı ve hesap hatalarını gidermek amacıyla ıslaha başvurulmamalıdır.

Genel kurulun tamamen iptali istenmiş bir kararının kısmen iptalinin istenirse ıslaha gerek yoktur. Nitekim bu hâlde bir genişletme ve değiştirme değil daraltma söz konusudur. Birden fazla kararın iptali istenmiş iken bunlardan biri veya birkaçı hakkında karar verilmesi istenmezse de aynı şeyi söylenebilir. Bu gibi hâllerde ıslaha başvurulmuş olsa dahi davadan feragate, davanın geri alınmasına ve davanın işleminden kaldırılmasına dair hükümlere göre bir karar verilmelidir. Son iki hâlde karşı tarafın aynı yönde bir iradeye sahip olması önem arz edecektir.

İptal davasında davacının genişletme ve değiştirmeye yönelik talebine temsilci tarafından HMK m.141/1'e göre rıza gösterilebilir. Bu yönde bir rıza yoksa davacı, ıslaha başvurarak dava konusu ve/veya dava sebebi yönünden genişletme ve/veya değiştirme yapılabilir. İptal davasında dava konusu iptali istenen genel kurul kararı olup; bunun yerine veya buna ek olarak başka bir kararın iptali de isteniyorsa ıslaha başvurulmalıdır. Şuna dikkat edilmelidir ki, ilk kez ıslahla iptali istenen karar yönünden hak düşürücü süre geçmemiş olmalıdır. Bu davanın sebebi, genel kurul kararının sakat görülmesini haklı kılan hayat olayıdır. İptal davası açıldıktan sonra ıslah başvurusunda farklı bir sakatlığa veya ek bir sakatlığa dayanılsa da hak düşürücü süre bu sebepler için de korunmuş olur.

Dava dilekçesinde genişletme ve değiştirme sonrasında bu dava reddedilirse, dava dilekçesinde iptali istenmiş genel kurul kararı hakkında ıslah sonrası karar verilmesine lüzum kalmamış (*bu karar yerine başka bir kararın iptali istenmiş*) ise aynı karar hakkında yeniden dava açılabilir. Ancak davanın esastan kabulü için hak düşürücü sürenin geçmemiş olması gerekecektir. İslah yoluyla dava sebebi değiştirildiğinde ise mahkeme, bu sebep hakkında karar veremez. Kesin hükmün mahkemece karara bağlanan hususları kapsamaması nedeniyle, dava dilekçesinde belirtilmiş olup ıslahla değiştirilen sebebe istinaden yeniden dava açılabilir.

KAYNAKÇA

- AKİL, Cenk: “6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Çerçevesinde Islaha Gidilemeyeceği Kabul Edilen Haller Üzerine Düşünceler”, Prof. Dr. Ramazan ASLAN'a Armağan, Cilt 1, Ankara 2015, s.83-121.
- AKYOL-ASLAN, Leyla: Medenî Usul Hukukunda Davadan Feragat, Yetkin Yayınları, Ankara 2011.
- ALANGOYA, H. Yavuz: Medenî Usul Hukuku Esasları, 2. Baskı, Nemaş Yayınevi, İstanbul 2001.
- ALANGOYA, Yavuz/YILDIRIM, Kamil/DEREN-YILDIRIM, Nevhis: Medenî Usul Hukuku Esasları, 7. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul 2009.
- ARSLAN, Ramazan/YILMAZ, Ejder, TAŞPINAR-AYVAZ, Sema/HANAĞASI, Emel: Medenî Usul Hukuku, 5. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2019.
- ASLAN, Kudret: Medenî Usul Hukukunda Davanın Geri Alınması, Yetkin Yayınları, Ankara 2016.
- ATALI, Murat: “İslah Yoluyla İleri Sürülen Talep Bakımından Zamanaşımının Kesildiği Tarih”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 11(Özel Sayı), 2019, s.115-127.
- BİLGE, Necip/ÖNEN, Ergun: Medenî Yargılama Hukuku Dersleri, 3. Baskı, Sevinç Matbaası, Ankara 1978.
- BÖRÜ, Levent: Dava Konusunun Devri, Yetkin Yayınları, Ankara 2012.
- BUDAK, Ali Cem/KARAASLAN, Varol: Medenî Usul Hukuku, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Anka-ra 2019.
- BULUT, Uğur: Medenî Usul Hukukunda Davaların Yığılması (Objektif Dava Birleşmesi), Adalet Yayınevi, Ankara 2017.
- BULUT, Uğur: “İslah Yoluyla Talep Sonucunun Daraltıl(ama)ması”, İzmir Barosu Dergisi, 2018, 83(2),

s.15-43.

- DOMANIÇ, Hayri: Anonim Şirketler Hukuku ve Uygulaması (TTK. Şerhi II), Temel Yayınları, İstanbul 1988.
- ERCAN-ÖZLER, Meltem: Medeni Usul Hukukunda Dava Konusu, On İki Levha Yayınevi, İstanbul 2019.
- GOETTE, Wulf/HABERSACK, Mathias/KLASS, Susanne (Hrsg.): Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, Band 4 §§ 179-277, 4. Aufl., Verlag C.H. Beck/Verlag Franz Vahlen, München 2016.
- HOPT, Klaus J./WIEDEMANN, Herbert (Hrsg.): Aktiengesetz Großkommentar, Band 7/Teil 2, 4. Aufl., De Greyter Verlag, Berlin 2013
- İYİLİKLİ, Ahmet Cahit: Hukuk Yargılamasında Kesin Hüküm, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2020.
- KARSLI, Abdurrahim: Medeni Muhakeme Hukuku, 4. Baskı, Alternatif Yayınevi, İstanbul 2014.
- KIRCA, İsmail/ŞEHİRALİ-ÇELİK, Feyzan Hayal/MANAVGAT, Çağlar: Anonim Şirketler Hukuku, Cilt 2/2, 2. Baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2017.
- KURU, Baki: Hukuk Muhakemeleri Usulü, Cilt II ve IV, 6. Baskı, Demir Demir Yayıncılık, Ankara 2001.
- MERİÇ, Nedin: Medeni Yargılama Hukukunda Tasarruf İlkesi, Yetkin Yayınları, Ankara 2011.
- MOROĞLU, Erdoğan: Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü, 5. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2009.
- MUŞUL, Timuçin: Medenî Usul Hukukunda Terdit İlişkileri, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2009.
- OĞUZMAN, Kemal/BARLAS, Nami: Medenî Hukuk (Giriş, Kaynaklar ve Temel Kavramlar), 24. Baskı, Vedat Yayınevi, İstanbul 2018.
- ÖNEN, Ergun: İnşai Dâva (İnşai Hak-İnşai Dâva-İnşai Hüküm-İnşai Tesir), Olgaç Matbaası, Ankara 1981.
- PAMUKÇU, Bengü: Medenî Yargılama Hukukunda Dosyanın İşlemden Kaldırılması, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2020.
- PEKCANITEZ, Hakan: Medeni Usul Hukukunda Fer'i Müdahale, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara 1992.
- PEKCANITEZ, Hakan/ATALAY, Oğuz/ÖZEKES, Muhammet: Medenî Usûl Hukuku, 14. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2013.
- PEKCANITEZ, Hakan/ÖZEKES, Muhammet/AKKAN, Mine/TAŞ-KORKMAZ, Hülya (Ed.): Medenî Usûl Hukuku, 15. Baskı, C. 1-3, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017.
- POSTACIOĞLU, İlhan E./ALTAY, Sümer: Medenî Usûl Hukuku Dersleri, 7. Baskı, Vedat Ki-tapçılık, İstanbul 2015.
- PULAŞLI, Hasan: Şirketler Hukuku Şerhi, Cilt II, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2018.
- ROSENBERG, Leo/SCHWAB, Karl Heinz/GOTTWALD, Peter: Zivilprozessrecht, 18. Aufl., C. H. Beck Verlag, München 2018.
- SCHWAB, Martin: Das Prozeßrecht gesellschaftsinterner Streitigkeiten, Mohr Siebeck Verlag, Tübingen 2005.
- BORK, Reinhard/ROTH, Herbert (Hrsg.): Kommentar zur Zivilprozessordnung, Band 3: §§ 148-270, 23. Aufl., Mohr Siebeck Verlag, 2016.
- TANRIVER, Süha: Medenî Usul Hukukunda Derdestlik İtirazı, Adalet Yayınevi, Ankara 2007.
- TANRIVER, Süha: Medenî Usûl Hukuku (Temel Kavramlar ve İlk Derece Yargılaması), Cilt I, Yetkin Yayınları, Ankara 2018.
- TOPALOĞLU, Mustafa: “Anonim Şirket Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü Davalarında Islah”, Terazi Hukuk Dergisi, 14(151), 2019, s.641-655.
- TUTUMLU, Mehmet Akif: Medeni Usul Hukukunda Islah (Kuram ve Uygulama Işığında), 4. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2019.
- TÜRK, Mehmet Cemil: Anonim Şirketlerde Genel Kurul Kararlarının İptali, Adalet Yayınevi, Ankara 2019.
- ÜSTÜNDAĞ, Saim: İddia ve Müdafaanın Değiştirilmesi Yasağı, Cezaevi Matbaası, İstanbul 1967.
- ÜSTÜNDAĞ, Saim: Medeni Yargılama Hukuku, Cilt I-II, 7. Baskı, Nesil Matbaacılık, İstanbul 2000.
- YILMAZ, Ejder: Medenî Yargılama Hukukunda Islah (6100 sayılı HMK'na göre Değiştirilmiş), 4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2013.

İDARİ YARGILAMA USULÜNDE YARGILAMANIN YENİLENMESİ BAŞVURUSU^{doi}

THE APPLICATION OF THE RETRIAL IN THE ADMINISTRATIVE JUDICIAL PROCEDURE

Bariş ACUN*   

Makale Bilgi

Gönderilme: 16/03/2020
Kabul: 23/06/2020

Anahtar Kelimeler

İdari Yargı,
Olağanüstü Kanun
Yolu,
Yargılamanın
Yenilenmesi,
Özel Yargılama
Usulleri.

Article Info

Received: 16/03/2020
Accepted: 23/06/2020

Keywords

Administrative
Jurisdiction,
Extraordinary Legal
Remedy,
The Retrial,
Special Judicial
Procedures.

Özet

Yargılamanın yenilenmesi, ağır hukuki hatalara sahip bir mahkeme kararının varlığını sona erdirip yeniden yargılama yapılması suretiyle hukuki güvenlik ilkesini sağlamayı amaçlayan bir kanun yoludur. Yargılamanın yenilenmesi yolu Cumhuriyet döneminde idari yargılama usulünü düzenleyen tüm kanunlarda yer almıştır. 2577 Sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 53. ve 55. maddelerinde de yargılamanın yenilenmesi yolunun hukuki rejimine ilişkin hükümler yer almaktadır. Öğretide, kesinleşmiş – kesinleşmemiş mahkeme kararı ayırımına dayanılarak yapılan olağan – olağanüstü kanun yolu ayırımında yargılamanın yenilenmesi, olağanüstü kanun yolu kategorisinde değerlendirilmektedir. Olağanüstü kanun yolu olarak yargılamanın yenilenmesi yoluna sadece kesin mahkeme kararlarına karşı gidilebileceği kabul edilmekte; kesinleşmemiş bir mahkeme kararına karşı olağan kanun yollarına başvuru imkânı bulunduğu için kesinleşmemiş mahkeme kararlarına karşı yapılan yargılamanın yenilenmesi başvuruları idari yargı yerlerince reddedilmektedir. Yargılamanın yenilenmesi taleplerinin esas kararı veren mahkeme tarafından karara bağlanacağına ilişkin kanun hükmü sebebiyle yenileme başvurusunun, yenilenmesi talep edilen yargılamayı yapan ve yargılamanın sonunda kararı veren mahkemeye yapılacağı kabul edilmektedir. Ancak kanun hükmünde “esas karar” ifadesinin kullanılmış olması sebebiyle idari yargı yerleri tarafından verilmeyle birlikte esas karar niteliğinde olmayan mahkeme kararlarına karşı yargılamanın yenilenmesi yoluna başvurulamayacağı kabul edilmektedir. Bu çalışmada, yargılamanın yenilenmesi yoluna başvurunun günümüzdeki hukuki rejiminin incelenmesinin ardından olağan yargılama usulünden ayrılma anlamına gelen özel yargılama usullerinin yargılamanın yenilenmesi yoluna başvuruda ortaya çıkardığı soruna dikkat çekilecektir.

Abstract

The retrial is a legal remedy that aims to provide the principle of legal security by ending the existing court decision with serious legal errors and rehearing. All codes regulating the administrative judicial procedure in the Republican period involve the foundation of the retrial. Articles 53 and 55 of the Administrative Judicial Procedure Code No. 2577 also contain provisions regarding the legal regime of the retrial. In the doctrine, the retrial in the distinction between the ordinary and extraordinary legal remedy that is made on the basis of the decisive – indecisive court decision distinction is considered in the category of extraordinary legal remedy. It is accepted that the retrial as an extraordinary legal remedy can only be made against the decisive court decisions; since it is possible to apply for ordinary remedies against an indecisive court decision, applications for the retrial against uncertain court decisions are rejected by administrative jurisdictions. It is accepted that the application for the retrial will be made to the court that decides at the end of the trial, due to the legal provision that the requests for the retrial will be decided by the court that decides judgement on the merits. However, because the term “judgement on the merits” is used in the legal provision, it is accepted that it will not be requested for the retrial against court decisions made by administrative jurisdictions but not as “judgement on the merits”. In this study, the current legal regime of the application for the retrial will be examined. Later, attention will be drawn to the problem posed by special judicial procedures - leaving the general judicial procedure- in the application for the retrial.

I. GİRİŞ

İdareyle birey arasında çıkan bir uyuşmazlığın yargı organı tarafından kesin olarak çözülmesi, hukuki güvenlik ve hukuki istikrar ilkesinin bir gereğidir. İdari eylem veya işlem dolayısıyla bir menfaatin veya hakkın ihlal edildiği iddiasıyla açılan davanın bir süre sonra sona ermesi gerekir. Bir uyuşmazlığı sona erdiren mahkeme kararının hatalı olma ihtimali her zaman vardır. Hatalı mahkeme kararlarının hukuk dünyasında varlıklarını devam ettirmelerine engel olan kanun yolları, Türk idari yargılama hukukunda da kabul edilmiştir. Mahkeme kararının olağan kanun yollarından geçmesi kararın bir kez de başka bir yargı mercii tarafından incelenmesi anlamına gelir. Mahkeme kararının olağan kanun yollarından geçmesinin hukuki işlevi kararın kesinleşmesini sağlamasıdır. Kesin hüküm ilkesi uyarınca kararı veren mahkeme dahi olağan kanun yolları tüketildikten sonra o kararı değiştiremez. Davanın tarafları aynı uyuşmazlığı tekrardan yargı mercileri önüne taşıyamazlar. Ancak bu ilkenin mutlak bir biçimde uygulanması ağır hukuki hatalara sahip mahkeme kararlarına da dokunulamaması anlamına gelir. Bu sebeple kesin mahkeme kararlarının da yeniden incelenebilmesi imkânını yaratan olağanüstü kanun yolları, Türk idari yargılama hukukunda kabul edilmiştir. Olağanüstü kanun yolu olarak kabul edilen yargılamanın yenilenmesi yolu, İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun (İYUK) 53. ve 55. maddelerinde düzenlenmiştir. Bu çalışmada idari yargılama usulünde yargılamanın yenilenmesi başvurusuna ilişkin güncel sorunlar araştırılacaktır. Yargılamanın yenilenmesi yolunu anlamlandırabilmek ve var olan sorunları ortaya koyabilmek için kesin hüküm, kanun yolu, yenileme sebebi ve esas karar gibi kavramlara gerektiği ölçüde değinilecektir.

II. KANUN YOLU VE KESİN HÜKÜM KAVRAMI

Hatalı veya hukuka aykırı mahkeme kararının düzeltilmesi amacıyla yapılan başvuruya “kanun yolu” adı verilmektedir. Kanun yolu başvurusunun konusu mahkeme kararı olduğu için başvuru, bir mahkemeye yapılacak ve yargısal usullerle görülecektir. Başka bir ifadeyle kanun yolu başvurusu yargısal bir başvurudur. Genel olarak kanun yolu başvurusu, kararı veren mahkemeye yapılabileceği gibi üst derece mahkemeye de yapılabilir. Anayasanın 142. maddesine göre mahkemelerin görev ve yetkileri kanunla düzenleneceği için kanun yolu incelemesi yapma görev ve yetkisi kanunda açıkça düzenlenecektir. Kanun yolu başvurusunun hangi mahkemeye yapılacağı ilgili kanun yolunu düzenleyen kanun hükmünde açıkça belirtilmelidir.

Kanun yollarının birçok işlevi bulunmaktadır. Bunlardan bir tanesi de kanun yolu başvurusu sonuçlanıncaya kadar hükmün kesinleşmesini engellemesidir.¹ Öğretide kanun yollarına ilişkin olağan – olağanüstü kanun yolu ayrımı yapılmaktadır. Bu ayrım, kesin hüküm kriterine dayanmaktadır. Kesinleşmemiş mahkeme kararlarına karşı yapılan ve sonuçlanıncaya kadar mahkeme kararının kesinleşmesini askıya alan kanun yollarına “olağan kanun yolu”; kesinleşmiş mahkeme kararlarına karşı yapılan kanun yollarına “olağanüstü kanun yolu” adı verilmektedir.² Bu çalışmanın konusu olan yargılamanın yenilenmesi de olağanüstü kanun yolu kategorisi içinde değerlendirilmektedir.³

Olağanüstü kanun yolu olarak yargılamanın yenilenmesine geçmeden önce kesin hüküm kavramına değinmek gerekir. “Kesin hüküm”, her şeyden önce mahkeme kararının sahip olabileceği bir etkidir. Ancak her mahkeme kararı kesin hüküm etkisine sahip değildir. Etki olarak kesin hüküm şu üç hususa işaret eder:⁴

- a. yargılama yapılan konu hakkında artık yargılama yapılamayacağı,
- b. kesin hükmün aksinin iddia edilemeyeceği,
- c. kesin hükmün uygulanmak zorunda olduğu.

Kesin hüküm kavramı öğretide şekli anlamda kesin hüküm ve maddi anlamda kesin hüküm olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Hükme karşı başvurulabilecek kanun yolunun bulunmaması halinde hüküm şekli anlamda kesinleşir. Şekli anlamda kesin hüküm iki ihtimalde gerçekleşir.

¹ PEKCANITEZ, Hakan/ATALAY, Oğuz/ÖZEKES, Muhammet: Medeni Usul Hukuku, 5. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2017, s.453.; KURU, Baki/ARSLAN, Ramazan/YILMAZ, Ejder: Medeni Usul Hukuku, 25. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2014, s.573, 574.

² PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 453.; KURU/ARSLAN/YILMAZ, s.574, 575.

³ GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref: Yönetmelik Yargı, 35. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2016, s.540.; KAPLAN, Gürsel: İdari Yargılama Hukuku, Ekin Yayınları, Bursa 2016, s.466.; KALABALIK, Halil: İdari Yargılama Usulü Hukuku, 14. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2020, s.433.

⁴ TANSUĞ, Çağla: İdari Yargılama Hukukunda Yargılamanın Yenilenmesi, Beta Yayınları, İstanbul 2016, s.5, 6.

Birinci ihtimalde hüküm, ilk derece mahkemesi kararının kesin olması sebebiyle baştan kesindir. Bu ihtimalde ilk derece mahkemesinin kararına karşı kanun yoluna başvurmak mümkün değildir. İkinci ihtimalde ise karara karşı süresinde kanun yoluna başvurulmamış, kanun yoluna başvurmadan feragat edilmiş, kanun yoluna başvurulmuş ancak başvuru reddedilmiş ve artık başvurulabilecek kanun yolu kalmamış yani kanun yolları tüketilmiştir.⁵

Şekli anlamda kesin hükmün maddi anlamda da hukuki gerçeği yansıttığı kabul edilmektedir. Maddi anlamda kesin hüküm, mahkeme kararının artık değişmeyeceği, olağan kanun yoluna başvurulamayacağı ve aynı konudaki davada bağlayıcı olacağını ifade eder. Maddi anlamda kesin hükümle birlikte yargının birbiriyle çelişen kararlar vermesinin önüne geçilmiş ve böylece hukuki barış ortamı sağlanmış olur.⁶

Kesin hüküm etkisi yalnızca mahkemeye karşı öne sürülmez. Davanın tarafları ve diğer kişiler için de geçerli bir etki olabilir. İdari yargıda iptal edilen işlem genelse işleminden doğrudan veya bireysel bir işlem aracılığıyla etkilenen herkes için etki doğurur.⁷ İptal davasında davanın reddine ilişkin kararın kesin hüküm teşkil etmediği de kabul edilmektedir.⁸ Sübjektif bir hakkın ihlal edilmesinden kaynaklanan hukuki uyumsuzluğun çözümü için açılan tam yargı davasında verilen karar, davanın tarafları için kesin hüküm oluşturur. Başka bir ifadeyle tam yargı davasında kesin hükmün etkisi nispidir.⁹ Kesin hüküm etkisi kamu düzenine ilişkin olduğundan idari yargıda yargıç tarafından resen dikkate alınır.¹⁰

Şekli anlamda kesin hükme karşı olağan kanun yoluna başvurmak mümkün değilse de olağanüstü kanun yoluna başvurmak mümkündür. İYUK'ta düzenlenen olağanüstü kanun yolları; kanun yararına temyiz ve yargılamanın yenilenmesidir. Olağanüstü kanun yollarından sadece yargılamanın yenilenmesi yolu hükme etki etme potansiyeline sahiptir. İYUK'un 51. maddesi uyarınca kanun yararına temyiz sonucu verilen bozma kararının, kesinleşmiş mahkeme kararının hukuki sonuçlarına herhangi bir etkisi bulunmaz.

III. YARGILAMANIN YENİLENMESİ YOLUNUN GEREKLİLİĞİ

Mahkeme kararının şekli anlamda kesinleşmesiyle birlikte hukuki gerçeği yansıttığı kabul edilir. Bu nedenle kararı veren mahkeme dahi artık kararı değiştiremez. Ancak bu kuralın mutlak biçimde uygulanması büyük yanlışlıklara ve hatalara sahip mahkeme kararlarının düzeltilmemesi anlamına geleceğinden hukuka aykırı sonuçlar doğması mümkündür. Bu nedenle şekli anlamda kesinleşmiş mahkeme kararlarına karşı belirli süre içinde ve belirli sebeplere dayalı olarak başvurulması anlamına gelen yargılamanın yenilenmesi yolu öngörülmüştür.¹¹ Yargılamanın yenilenmesine kesin hükme karşı başvurulabildiği için yargılamanın yenilenmesi kesin hükmün istisnası olarak ifade edilmektedir.¹²

Yargılamanın yenilenmesi istemi kabul edildiğinde daha önce kesinleşen hukuki uyumsuzluk canlanır. Kesinleşen hukuki uyumsuzluğun canlanmasından dolayı kesin hüküm ilkesinden beklenen hukuki güvenliğin zedeleneceği düşünülebilir. Ancak kabul edilemez

⁵ PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s.433.; KURU/ARSLAN/YILMAZ, s.653, 654.

⁶ PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s.433, 434.; KURU/ARSLAN/YILMAZ, s.656.

⁷ GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref/TAN, Turgut: İdare Hukuku C. 2 İdari Yargılama Hukuku, 8. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2016, s.550, 551.

⁸ TUNCAY, Aydın H./ÖZDEŞ, Orhan/BAŞPINAR, Recep: "İdari Yargılama Usulü", Yüzyıl Boyunca Danıştay 1868 – 1968, Türk Tarih Kurumu Basımevi, Ankara 1968, s.696, 697.; ULUSOY Ali D.: Yeni Türk İdare Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2019, s.777.; İptal davalarında davanın reddi kararının davacılar açısından kesin hüküm teşkil etmemesinin idare hukukunun genel ilkelerinden olduğuna ilişkin görüş için bkz. TEKİNSOY, M.Ayhan: "Danıştay'ın Temyiz İncelemesi Üzerine Verdiği Kararların Uygulanması", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 5(2), 2014, s.34.

⁹ TUNCAY/ÖZDEŞ/BAŞPINAR, s.697.

¹⁰ YAŞAR, Hasan Nuri: İdari Yargı Kararlarının Etkinleştirilmesi Arayışında İdari Yargı İdari Yargıç Yargısal Emir, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2013, s.125.; GÖZÜBÜYÜK/TAN, s.551.

¹¹ PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s.490.; KAPLAN, s.466,467.; KALABALIK, s.433.; ÇAĞLAYAN, Ramazan: İdari Yargı Kararlarına Karşı Başvuru Yolları (Fransa – Türkiye Mukayeseli Bir Deneme), Seçkin Yayınları, Ankara 2017, s.429.

¹² YILDIRIM, Ramazan: "Türk İdari Yargısında Yargılamanın Yenilenmesi", Prof. Dr. Nuri Çelik'e Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, C. 1, s.419.

"Bir yargı yerince yasada gösterilen usullere göre verilen karar, itiraz ve temyiz yollarından geçerek veya itiraz ve temyiz süreleri sona ererek kesinleştikten sonra yargılamanın iadesi gibi bazı istisnaların dışında artık değişmez bir nitelik kazanır, hiçbir makam, merci, hatta kararı vermiş olan yargı yeri dahi başka bir kararla onu değiştiremez." Danıştay 5. Dairesi, 06. 11. 2002, E. 1999/2310 K. 2002/4242. (Lexpera)

yanlılıklara ve hatalara sahip bir mahkeme kararının hukuk düzeninde varlığını sürdürmesi, yargıya olan güveni zedeler. Bireylerin yargıya olan güvenlerini zedelememek için süre¹³ ve sebeple sınırlı olarak yargılamanın yenilenmesi yoluyla kesin hükmün ortadan kaldırılması gereklidir.¹⁴

IV. YARGILAMANIN YENİLENMESİ YOLUNUN HUKUKİ REJİMİ

A. Yargılamanın Yenilenmesi Sebeplerinin Sınırlılığı

Öğretide idari yargıda yargılamanın yenilenmesi talebinin İYUK'un 53/1. maddesinde¹⁵ sayılan sebeplere dayanması ve mahkemenin de bu sebeplere dayanarak yenileme talebini kabul edebileceği ifade edilmektedir.¹⁶ İYUK'un 53/1. maddesinde “*yargılamanın yenilenmesinin aşağıda yazılı sebeplere dayanılarak istenebileceğinin*” düzenlenmesi bu görüşün pozitif dayanağıdır. Ayrıca İYUK'un 55/3. maddesinde kanunda yazılı sebeplere dayanmayan yargılamanın yenilenmesi istemlerinin reddine karar verileceği düzenlenmiştir.

İYUK'ta İYUK'a yapılan göndermeler “bu kanun” ifadesiyle yapılmakta, diğer kanunlara yapılan göndermeler “diğer kanun”, “başka kanun”, “özel kanun” gibi ifadelerle yapılmaktadır. Bu nedenle İYUK'un 55/3. maddesindeki kanunda yazılı sebepler ifadesini İYUK'la birlikte diğer kanunlarda yazan diğer sebepler olarak anlamlandırmak mümkündür.¹⁷

Bu durumda, yargılamanın yenilenmesi sebeplerinin İYUK'ta sınırlı olmadığı ve AYM'nin bireysel başvuru sonucunda verdiği ihlal kararının ardından 6216 Sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 50/2. maddesi uyarınca yeniden yargılama yapılması için dosyanın mahkemeye gönderilmesinin yargılamanın yenilenmesi sebebi sayılıp sayılmayacağı tartışılabilir.¹⁸ Mahkeme kararından kaynaklanan bir ihlalin varlığı durumunda AYM, ihlalin giderilmesi amacıyla yeniden yargılama yapılması için kararı veren mahkemeye dosyayı gönderebilmektedir. Yeniden yargılamanın söz konusu ihlali giderecek biçimde ve dosya üzerinden yapılması gerekir.

AYM'nin yeniden yargılama yapılmak üzere dosyayı ilgili mahkemeye göndermesinin; açıkça yargılamanın yenilenmesi sebepleri arasında sayılmaması, söz konusu yeniden yargılamanın dosyanın gönderildiği mahkeme tarafından yapılmasının zorunlu olması ve kabule

¹³ İYUK'un 53/3. maddesinde yargılamanın yenilenmesine başvurulabilecek süreler üç kategoride toplanmıştır. Bu ayırım yargılamanın yenilenmesi sebeplerine dayanmaktadır. İYUK'un 53/1-h. maddesindeki sebebe dayanılarak yapılan istemlerde 10 yıl, İYUK'un 53/1-ı. maddesindeki sebebe dayanılarak yapılan istemlerde 1 yıl ve diğer sebeplere dayanılarak yapılan istemlerde ise 60 günlük süreler öngörülmüştür. Sürelerin başlangıç tarihleri dayanılan sebebin istemde bulunan yönünden gerçekleştiği tarihi izleyen günden başlar. Ancak İYUK'un 53/1-ı. maddesindeki sebebe dayanılarak yapılan başvurularda süre AİHM kararının kesinleşme tarihinden itibaren başlar.

¹⁴ TANSUĞ, s.9. Yargılamanın yenilenmesi yolunun gerekliliğini adalet kavramıyla ilişkilendiren görüş için ayrıca bkz. KAPLAN, s.467.

¹⁵ İYUK m.53/1: “*Danıştay ile bölge idare, idare ve vergi mahkemelerinden verilen kararlar hakkında, aşağıda yazılı sebepler dolayısıyla yargılamanın yenilenmesi istenebilir.*

a) *Zorlayıcı sebepler dolayısıyla veya lehine karar verilen tarafın eyleminden doğan bir sebeple elde edilemeyen bir belgenin kararın verilmesinden sonra ele geçirilmiş olması,*
b) *Karara esas olarak alınan belgenin, sahteliğine hükmedilmiş veya sahte olduğu mahkeme veya resmi bir makam huzurunda ikrar olunmuş veya sahtelik hakkındaki hüküm karardan evvel verilmiş olup da yargılamanın yenilenmesinin isteyen kimsenin karar zamanında bundan haberi bulunmamış olması,*
c) *Karara esas olarak alınan bir ilam hükmünün, kesinleşen bir mahkeme kararıyla bozularak ortadan kalkması,*
d) *Bilirkişinin kasıtlı gerçeğe aykırı beyanda bulunduğu mahkeme kararıyla belirlenmesi,*
e) *Lehine karar verilen tarafın, karara etkisi olan bir hile kullanmış olması,*
f) *Vekil veya kanuni temsilci olmayan kimseler ile davanın görülüp karara bağlanmış bulunması,*
g) *Çekinmeye mecbur olan başkan, üye veya hâkimin katılmasıyla karar verilmiş olması,*
h) *Tarafları, konusu ve sebebi aynı olan bir dava hak-kında verilen karara aykırı yeni bir kararın verilmesine neden olabilecek kanuni bir dayanak yokken, aynı mahkeme yahut başka bir mahkeme tarafından önceki ilamın hükmüne aykırı bir karar verilmiş bulunması.*

i) *Hükmün, İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmenin veya eki protokollerin ihlali suretiyle verildiğinin, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kesinleşmiş kararıyla tespit edilmiş olması veya hüküm aleyhine Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine yapılan başvuru hakkında dostane çözüm ya da tek taraflı deklarasyon sonucunda düşme kararı verilmesi.”*

¹⁶ GÖZÜBÜYÜK/TAN, s.1013, 1014.; KAPLAN, s.467, 468.; KALABALIK, s.433 vd.

¹⁷ TANSUĞ, s.23 – 25.; AKYILMAZ, Bahtiyar/SEZGİNER, Murat/KAYA, Cemil: Türk İdari Yargılama Hukuku, Savaş Yayınevi, Ankara 2019, s.715.

¹⁸ Yeniden yargılama yapılması için dosyanın mahkemeye gönderilmesini yargılamanın yenilenmesi sebebi sayan yazarlar bulunmaktadır. Bkz. GÖZÜBÜYÜK/TAN, s.1017.; KARAHANOGULLARI, Onur: İdari Yargı İdarenin Hukuka Zorlanması (Yargı Kararlarına Dayalı Bir İnceleme), Turhan Kitabevi, Ankara 2019, s.752.; PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s.494, 495.

bağlı olmaması¹⁹, yeniden yargılama yapılmasının belirli bir süreye bağlanmaması hususları göz önüne alındığında AYM'nin bireysel başvuru sonucunda verdiği ihlal kararının teknik olarak yargılamanın yenilenmesi sebebi sayılamayacağı söylenebilir.²⁰ Kanun koyucunun aynı kavramları kullanmaktan kaçınmış olması, usul kanunlarındaki yargılamanın yenilenmesine ilişkin kurallara atıf yapmaması ve özellikle yeniden yargılamanın mümkünse dosya üzerinden karara bağlanması yeniden yargılama ile yargılamanın yenilenmesinin aynı kurumlar olmadığını düşündürmektedir.²¹

AYM de yeniden yargılama yapılmak üzere dosyanın ilgili mahkemeye gönderilmesini usul kanunlarında yer alan yargılamanın yenilenmesi kanun yolundan farklı olarak “*bireysel başvuruya özgü bir giderim yolu*” olarak nitelendirmektedir. AYM'ye göre dosyanın kendisine gönderilmesinin ardından bireysel başvuru kararında tespit edilen ihlali ve ihlalin sonuçlarını ortadan kaldıracak biçimde yeniden yargılama yapacak olan mahkemenin yargılama sebebinin varlığını tartışma imkânı yoktur. Ayrıca, lehine ihlal kararı verilen kişi veya ilgililerin talepte bulunma zorunluluğu bulunmamaktadır.²²

6216 Sayılı Kanun'un 50/2. maddesiyle İYUK'un 53/1-1. maddesinin benzerliği düşünüldüğünde AYM'nin ihlal kararının da yargılamanın yenilenmesi sebepleri arasında dahil edilmesi gerektiği düşünülebilirse de AYM kararının yargılamanın yenilenmesi sebebi oluşturup oluşturmadığını kararı veren mahkemenin tartışması mümkün olmadığı için AYM'nin verdiği ihlal kararının yargılamanın yenilenmesi sebepleri arasında açıkça sayılması da pek mümkün görünmemektedir.²³

İdari yargılama hukukunda yargılamanın yenilenmesi sebepleri İYUK'un 53/1. maddesinde sayılan sebeplerden ibaret değildir. 2017 Anayasa değişiklikleriyle birlikte disiplin mahkemeleri hariç askeri mahkemelerin kurulması yasaklanmış ve Askeri Yüksek İdare Mahkemesi (AYİM) kapatılmıştır.²⁴ İYUK'a 21. 03. 2018 Tarih ve 7103 Sayılı Kanun'la eklenen geçici 9. madde uyarınca kapatılan AYİM'in bağımsız ve tarafsız olmadığı iddiasıyla AİHM'e başvuru yapılmış olması da bir yargılamanın yenilenmesi sebebidir. Geçici 9. maddenin yürürlüğe girdiği tarih itibariyle AİHM'e yapılan başvurunun derdest olması halinde maddenin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren üç ay içinde veya başvurunun iç hukuk yollarının tüketilmemesi sebebiyle AİHM tarafından kabul edilemezlik kararının tebliği tarihinden itibaren üç ay içinde Ankara idare mahkemelerinden yargılamanın yenilenmesi talep edilebilir. Kanun koyucunun söz konusu yargılamanın yenilenmesi sebebinin kabul etmesiyle kapatılan AYİM'nin bağımsız ve tarafsız olmadığını dolaylı olarak kabul ettiği söylenebilir.²⁵

Danıştay kararlarına bakıldığında yargılamanın yenilenmesi sebeplerinin İYUK'ta sınırlı olarak sayıldığı hususu açıkça vurgulanmakta ve sayılan sebeplerden herhangi birisine girmeyen bir sebebe dayanılarak yapılan başvurunun reddine karar verilmektedir. Misalen AİHM'ye yapılan başvurunun Adalet Bakanlığı İnsan Hakları Tazminat Komisyonuna yönlendirilmesinin ardından söz konusu komisyonca makul sürede yargılanma hakkının ihlal edildiği gerekçesiyle verilen tazminat ödenmesine ilişkin karara dayanılarak yapılan yargılamanın yenilenmesi başvurusunu inceleyen Danıştay; İnsan Hakları Tazminat Komisyonunun Adalet Bakanlığı bünyesinde bulunan idari bir kurul olduğu ve verdiği kararların yargısal olmadığı saptamasını

¹⁹ “Anayasa Mahkemesinin, tespit edilen ihlalin giderilmesi amacıyla yeniden yargılama yapılmasına hükmettiği hallerde, ilgili usul kanunlarında düzenlenen yargılamanın yenilenmesi kurumundan farklı olarak yargılamanın yenilenmesi sebebinin varlığının kabulü ve önceki kararın kaldırılması hususunda derece mahkemesinin herhangi bir takdir yetkisi bulunmamaktadır. Zira ihlal kararı verilen hallerde yargılamanın yenilenmesinin gerekliliği hususundaki takdir derece mahkemelerine değil ihlalin varlığını tespit eden Anayasa Mahkemesine bırakılmıştır.” Bkz. AYM, Başvuru Numarası: 2016/14563, Karar Tarihi: 28. 11. 2019. (AYM Kararlar Bilgi Bankası)

²⁰ TANSUĞ, s.28 – 30.

²¹ KARAMAN, Ebru: Karşılaştırmalı Anayasa Yargısında Bireysel Başvuru Yolu, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2013, s.311.

²² AYM, Başvuru Numarası: 2016/12506, Karar Tarihi: 07. 11. 2019. (AYM Kararlar Bilgi Bankası)

²³ TANSUĞ, s.30, 31.

²⁴ 1972 yılında AYİM'in kurulması ile idari yargının birliği ve bütünlüğünün zedelendiği, idari yargı alanının parçalı bir görünüm arz ettiği eleştirileri yapılmaktaydı. Parçalı bir görünüm arz eden idari yargı alanı, 1982 Anayasasında da korunmuştu. Bkz. DURAN, Lütfi: “İdari Yargı Adlileşti”, İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi, 3(1-3), 1982, s.56. 2017 yılında yapılan anayasa değişikliği sonucunda AYİM'in kapatılmasıyla idari yargı alanının tekrar bütünlüğe kavuştuğu söylenebilir.

²⁵ ÜSTÜN, Gül: “2577 Sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununda Öngörülen Yeni Bir Yargılamanın Yenilenmesi Sebebi: Geçici 9. Madde”, Hukuk Araştırmaları Dergisi, 25(1), Haziran 2019, s.20.

yapmış, İYUK'un 53/1-ı. maddesindeki sebebin gerçekleşmiş sayılabilmesi için hükmün, İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmenin veya eki protokollerin ihlâli suretiyle verildiğinin AİHM'nin kesinleşmiş kararıyla tespit edilmiş olması gerektiğini ifade etmiş ve söz konusu komisyon kararının AİHM kararı sayılmasına olanak bulunmaması ve yenileme sebeplerinin kıyas yoluyla genişletilmesinin mümkün olmaması sebebiyle yenileme başvurusunun reddine karar vermiştir.²⁶

B. Yargılamanın Yenilenmesi Başvurusuna İlişkin Tartışmalar

1. Yargılamanın Yenilenmesi Yoluna Başvurulabilecek Kararlar

a. Kesinleşmiş Mahkeme Kararları Konusundaki Tartışma

İYUK'un 53/1. maddesi uyarınca Danıştay, bölge idare mahkemesi ile idare ve vergi mahkemelerinin kararlarına karşı yargılamanın yenilenmesi yoluna başvurulabilir. Yargılamanın yenilenmesi, yapılan bir yargılama faaliyetinin varlığını gerektirdiğinden yargı kararları başvuru konusu edilebilir. İdari nitelikteki Danıştay kararlarına karşı yargılamanın yenilenmesi yoluna başvurulamaz.²⁷

Yargılamanın yenilenmesini olağanüstü bir kanun yolu olarak nitelendiren öğreti ve yargı kararlarında yargılamanın yenilenmesi yoluna mahkemelerin sadece kesin/kesinleşmiş kararlarına karşı yapılabileceği ifade edilmektedir.²⁸ İYUK'un 53/1. maddesine göre Danıştay, bölge idare, idare ve vergi mahkemelerinden verilen kararlar hakkında yargılamanın yenilenmesi istenebilir. İYUK'un ne 53. ne de 55. maddesinde bu mahkemelerin kesin/kesinleşmiş kararlarına karşı yargılamanın yenilenmesi yoluna başvurulabileceğine ilişkin bir sınırlandırma yapılmamıştır. HMK'nın 374/1. maddesinde ise bu sınırlandırmanın yapılmış olması sorunun kaynağını oluşturmaktadır.

İYUK'un 53/1-c. maddesinde yargılamanın yenilenmesi sebebi olarak karara esas alınan bir ilam hükmünün mahkeme kararıyla bozulmuş olması halinde bozulan mahkeme kararının "kesinleşmiş" olmasının açıkça aranması ve İYUK'un 51/1. maddesinde düzenlenen kanun yararına temyiz yoluna başvurulabilmesi için mahkeme kararlarının kesin veya kesinleşmiş olmasının açıkça aranması bu sorunu desteklemektedir. Çünkü kanun koyucu, mahkeme kararının kesinleşmesini aradığı durumları açıkça ortaya koyabilmektedir.²⁹

1982 tarihinden önce idari yargılama usulünü düzenleyen 3546 Sayılı Şurayı Devlet Kanunu ile 521 Sayılı Danıştay Kanunu'nda da yargılamanın yenilenmesi yoluna başvurulabilmesi için kararın kesinleşmiş olması şartı belirtilmemişken 669 Sayılı Şurayı Devlet Kanunu'nda "*Vicahen ita edilen veya gıyaben lahik olupta itirazı aelhüküm müddeti mürur etmiş olan hükümler hakkında esbabı âtiyeden dolayı bir defaya mahsus olarak iadei muhakeme talep olunabilir*" hükmüne yer verilmiştir. Ayrıca 669 Sayılı Kanun'da yargılamanın yenilenmesine ilişkin olarak HUMK'a gönderme yapan bir değişiklik yapılmış ve gönderme yapılan HUMK'da da kararın kesin olarak verilmiş olması veya kesinleşmiş olması şartı aranmıştır. Sonuç olarak, 669 Sayılı Şurayı Devlet Kanunu'ndan sonra hiçbir kanuni düzenlemede yargılamanın yenilenmesi yoluna mahkemelerin sadece kesin/kesinleşmiş kararlarına karşı başvurulabileceğine yönelik bir sınırlamaya yer verilmemiştir. Tüm bu belirlemelerin ardından Danıştay, bölge idare, idare ve vergi mahkemelerinin kesinleşmemiş kararlarına karşı yargılamanın yenilenmesi yoluna başvurulabileceğini iddia etmek pekâlâ mümkün görünmektedir.

Danıştay 10. Dairesi, 1986 yılında verdiği bir kararda yargılamanın yenilenmesi istemine başvuru kararının kesinleşmemiş olması sebebiyle yenileme başvurusunun reddedilmesinde hukuki isabet görmemiştir.³⁰ Ancak Danıştay'ın bu karardan sonraki kararlarında yargılamanın

²⁶ Danıştay 2. Dairesi, 06. 02. 2018, E. 2016/5116 K. 2018/480. (Danıştay Bilgi Bankası)

²⁷ Danıştay 1. Dairesi, 06. 12. 2011, E. 2011/1663 K 2011/1949. (Legalbank)

²⁸ GÖZÜBÜYÜK, s.540 vd.; ODYAKMAZ, Zehra: Türk İdari Yargılama Usulünde Kararlara Karşı Başvuru Yolları, Alfa Yayınları, İstanbul 1993, s.94.

²⁹ ÇAĞLAYAN, s.433.; TANSUĞ, s.97, 98.

³⁰ "*Anılan maddeden de anlaşılacağı üzere Danıştay ile İdare ve Vergi Mahkemelerince verilen kararların yargılamanın yenilenmesi yoluyla yeniden incelenebilmesi için yasada belirtilen kanun yollarının tüketilerek kesinleşmiş olması yolunda bir hüküm getirilmemiştir.*

Her ne kadar Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 445.maddesinde katıyen verilen veya katıyet iktisap etmiş olan kararlar hakkında iade-i muhakeme talep olunabileceği hükme bağlanmış ise de, yukarıda anılan 53. maddesinin 3.fikrasında yargılamanın yenilenmesinde Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun sadece süreye ilişkin hükümlerinin kıyas yoluyla uygulanacağı belirtilmiş olup, mahkeme kararının kesinleşmiş olacağı yolunda ne anılan maddede, ne de

yenilenmesi yoluna kesinleşmiş kararlara karşı gidilebileceği sürekli ifade edilmiştir. Danıştay’a göre olağanüstü bir kanun yolu olan yargılamanın yenilenmesi yoluna başvurulabilmesi için olağan kanun yollarının tüketilmesi veya süresi içinde bu yollara başvurulmaması gerekir. Ayrıca bir hüküm kesinleşmedikçe ona karşı yargılamanın yenilenmesi yoluna gidilemeyeceği gibi; yargılamanın yenilenmesi, sadece kesinleşmiş olan esasa ilişkin nihai kararlara karşı başvurulabilecek bir kanun yoludur.³¹

Yerleşik Danıştay içtihatları ve öğretide ifade edildiği üzere yargılamanın yenilenmesinin olağanüstü bir kanun yolu olduğu göz önüne alındığında bu yola sadece kesinleşmiş mahkeme kararlarına karşı başvurulabileceğinin kabulü gerekir. Ancak olağan – olağanüstü kanun yolu ayrımı, kesinleşmiş – kesinleşmemiş mahkeme kararı ayrımına dayanılarak yapılan bir ayırmadır. Başka bir ifadeyle kanun yoluna ilişkin yapılan bu ayırım, kanun yoluna başvuru yapılabilecek kararların kesinliği kriterine göre yapılmaktadır. Kanun yolunun olağanüstü olması sebebiyle sadece kesin kararlara karşı başvuru yapılabileceği sonucuna varılması, kriterle ulaşılan sonuç arasındaki bağlantıyı tersine çevirmek anlamına gelmektedir.

Yargılamanın yenilenmesi başvurusunun, olağan kanun yolları aşamasında bulunan veya olağan kanun yollarına başvurulmayıp da başvuru süresi henüz geçmeyen ve dolayısıyla kesinleşmemiş mahkeme kararlarına karşı yapılması durumunda Danıştay, başvurusunun incelenmeksizin reddine karar verilmesi gerektiğini ifade etmektedir.³²

b. Esasa İlişkin Nihai Kararlara İlişkin Tartışma

İYUK’un 53/2. maddesine göre “yargılamanın yenilenmesi istekleri esas kararı vermiş olan mahkemece karara bağlanır.” İYUK’un 53/2. maddesindeki bu kuralı yargılamanın yenilenmesi yoluna başvurulabilecek kararlar açısından bir sınırlandırma olarak yorumlayan öğreti ve Danıştay, mahkemelerin esas hakkında verdikleri nihai kararlara karşı yargılamanın yenilenmesi yoluna başvurulabileceğini ifade etmektedir.³³

İYUK’un 53/1. maddesi, 05. 04. 1990 Tarih ve 3622 Sayılı Kanun’la değiştirilmeden önce Danıştay ile idare ve vergi mahkemeleri kararlarına karşı yargılamanın yenilenmesi yoluna başvurulabileceğini düzenlemekteydi. Bölge idare mahkemelerinin madde metnine eklenmesinin gerekçesi olarak bölge idare mahkemelerinin sahip olduğu esas hakkında karar verme yetkisi gösterilmiştir.³⁴ Bölge idare mahkemesinin itiraz üzerine verdiği esas hakkında karar kesin olduğu

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun uygulanacağı halleri düzenleyen 2577 sayılı kanunun 31.maddesinde herhangi bir atıfta bulunulmamıştır.

Bu durumda İdare Mahkemesince işin esasına girilerek 2577 sayılı yasanın 53.maddesinde sayılan yargılamanın yenilenmesi sebeplerinin bulunup bulunmadığı hususunun araştırılması gerekirken yargılamanın yenilenmesi yoluyla incelenmesi istenilen kararın kesinleşmediği gerekçesi ile istemin reddedilmesinde hukuki isabet görülmemiştir.” Danıştay 10. Dairesi, 29. 05. 1986, E. 1986/301 K. 1986/1330. (Kazancı)

³¹ “Yargılamanın yenilenmesi, bazı ağır yargılama hatalarından ve noksanlarından dolayı, maddi anlamda kesin hükmün bertaraf edilmesini ve daha önce kesin hükme bağlanmış olan bir dava hakkında yeniden yargılama ve inceleme yapılmasını sağlayan olağanüstü bir kanun yolu olup; metni yukarıya alınan maddede sayılan sebeplerin varlığı halinde, kesin hükme ilişkin esas kararı vermiş olan mahkemeden istenebilir.

Buna göre, bir hüküm kesinleşmedikçe, ona karşı yargılamanın yenilenmesi yoluna gidilemeyeceği gibi; yargılamanın yenilenmesi, sadece kesinleşmiş olan esasa ilişkin nihai kararlara karşı başvurulabilecek bir kanun yolu olması nedeniyle de, bir hüküm mahkemesi kararı Danıştay incelemesinden geçmek suretiyle kesinleşmiş olsa bile yargılamanın yenilenmesi yoluyla hüküm mahkemesi kararının değiştirilmesi istenebileceğinden, Danıştay’ın temyiz veya karar düzeltme talebi üzerine verdiği kararlara karşı yargılamanın yenilenmesi yoluna başvurulamayacağı açıktır.” Danıştay 5. Dairesi, 19. 12. 1996, E. 1995/4339 K. 1995/4159. (Legalbank)

³² “Bir kararın, yargılamanın yenilenmesi başvurusuna konu edilebilmesi için, ilk derece mahkemesi sıfatıyla bakılan davada verilmiş olması ve ayrıca, kesinleşmiş, yani kesin hüküm halini almış bulunması gerekmektedir. Uyuşmazlıkta, davacının yargılamanın yenilenmesi talebinde bulunduğu tarih itibarıyla henüz kesin hüküm halini almış bir karar mevcut olmayıp, temyiz incelemesi tamamlanmayan bir Mahkeme kararı mevcut olduğundan, kesinleşmemiş olan uyuşmazlığa yönelik yargılamanın yenilenmesi isteminin incelenmeksizin reddi gerekirken (...)” Danıştay 5. Dairesi, 19. 03. 2013, E. 2013/402 K. 2013/2109. (Legalbank)

³³ ÇAĞLAYAN, s.435.; Danıştay 5. Dairesi, 19. 12. 1996, E. 1995/4339 K. 1995/4159. (Legalbank)

³⁴ “Kanunun 53’üncü maddesine göre, bölge idare mahkemesi kararlarına karşı yargılamanın yenilenmesi istenememektedir. Yerine göre işin esası hakkında karar veren bölge idare mahkemesi kararlarına karşı da yargılamanın yenilenmesinin istenebilmesi uygun olacağından 53’üncü maddede bunu sağlayacak değişiklik yapılmaktadır.”

TBMM Dönem: 18 Yasama Yılı: 2, S.Sayısı: 120.

<https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d18/c042/tbmm18042093ss0120.pdf> (Erişim Tarihi: 25. 02. 2020)

başka bir ifadeyle temyiz yoluyla Danıştay'a götürülemeyeceği için söz konusu kararlara karşı da yargılamanın yenilenmesi yoluna başvuru imkânı getirilmiştir.³⁵

İYUK'un 53/2. maddesi dışında kanunda "esas karar" ifadesi kullanılmamakla birlikte "esasa ilişkin karar" (İYUK m.28/1) ve "esas hakkında karar" (İYUK m.20/A/1-i, m.20/B/1-h, m.45/4) ifadeleri kullanılmaktadır. Bölge idare mahkemelerinin, itiraz üzerine esas hakkında karar verebildikleri için yargılamanın yenilenmesi başvurusuna konu olabilecek kararı veren mahkemeler arasında dahil edildiğini de düşünecek olursak, İYUK'un 53/2. maddesindeki esas karar ifadesini lafzi ve tarihsel bir yorumla "esasa ilişkin/esas hakkında karar" olarak anlamak mümkündür. Bu durumda İYUK'un 53/2. maddesindeki kural, yenileme başvurusuna konu olabilecek kararlar bakımından önemli bir sınırlandırma anlamına gelecektir. Ancak esasa ilişkin kararların neler olduğu da mevzuatta belirlenmiş değildir.³⁶

Kanun koyucunun esas karar ifadesini söz konusu kararı, esasa ilişkin/esas hakkında karardan ayırmak için kullanmış olabileceği ihtimali düşünüldüğünde esas kararın, esasa ilişkin/esas hakkında karar olmadığını söylemek mümkün hale gelecektir. Böylece yargılamanın yenilenmesi yoluna başvurulabilecek kararlar bakımından bir sınırlandırma da ortaya çıkmayacaktır. Ayrıca İYUK'un 53/2. maddesinde yargılamanın yenilenmesi başvurusunu inceleme yetkisinin sahibinin belirlendiğini ve söz konusu yetkinin üst derece mahkemesine değil uyuşmazlığın asıl yargıcı olan dava mahkemesine verildiğini söylemek de mümkündür.³⁷ Kanaatimizce İYUK'un 53/2. maddesindeki kuralı yargılamanın yenilenmesi başvurusunun yapılacağı mahkemeyi belirleyen kural olarak anlamak ve kurala yukarıda bahsedildiği gibi sınırlandırıcı bir işlev yüklemek idari yargının niteliğine daha uygun olacaktır. Misalen idarenin yazılı bildirim tarihine ilişkin olarak hileli davranışlarda bulunmak suretiyle davacının dava açma süresini kaçırmış görünmesine ve davanın süreaşımından reddedilmesine sebep olması mümkündür. Eğer İYUK'un 53/2. maddesindeki kurala sınırlandırıcı bir işlev tanındığında davanın süreaşımından reddi kararına karşı yargılamanın yenilenmesi başvurusu yapılamayacaktır.³⁸

Yargılamanın yenilenmesi, "dava konusu uyuşmazlık hakkında verilmiş bir kararın aynı mahkemede tekrar ele alınarak incelenmesine olanak veren, mahkeme kararlarının dayandığı maddi nedenlerin sakatlığının söz konusu edildiği olağanüstü bir kanun yolu"³⁹ olduğu için bir kararın yargılamanın yenilenmesi başvurusuna konu edilebilmesi için kesinleşmiş olmasının yetmeyeceği, uyuşmazlığın esası hakkında "ilk derece mahkemesi sıfatıyla verilen ve davanın tarafları arasındaki maddi uyuşmazlığı çözümlen"⁴⁰ nitelikte bir karar olması gerektiği Danıştay kararlarında vurgulanmıştır.

Danıştay kararlarında esasa ilişkin nihai kararların yargılamanın yenilenmesi başvurusuna konu edilebileceği ifade edilirken ilk derece mahkemesi sıfatıyla verilen kararlardan bahsedilmektedir. Ancak idari yargı sistemimize olağan ve genel kanun yolu olarak istinafin girmesiyle birlikte bölge idare mahkemesinin istinaf isteminin kabulü ile esas hakkında yeniden

6545 Sayılı Kanun'la değiştirilmeden önce İYUK'un 45/4. maddesi şu şekildeydi: "Bölge idare mahkemesi evrak üzerinde yaptığı inceleme sonunda, maddi vakıalar hakkında edinilen bilgiyi yeter görürse veya İtiraz sadece hukuki noktalara ilişkin ise veya itiraz olunan karardaki maddi yanlışlıkların düzeltilmesi mümkün ise işin esası hakkında karar verir. Aksi halde gerekli inceleme ve tahkikatı kendisi yaparak esas hakkında yeniden karar verir." Öğretide de bölge idare mahkemelerinin esas hakkında karar verme yetkisi bulunduğu için bölge idare mahkemesi kararlarına karşı yargılamanın yenilenmesi yoluna başvurulabilmesi gerektiği ve dolayısıyla hükmün önceki halindeki "idare ve vergi mahkemeleri" ifadesinin bölge idare mahkemelerini kapsayacak biçimde düşünülmesi gerektiği savunulmuştur. Bkz. YENİCE, Kazım/ESİN, Yüksel: Açıklamalı- İçtihatlı- Notlu İdari Yargılama Usulü Kanunu, Arısan Matbaacılık, Ankara 1983, s.740.; YILDIRIM, s.420, 421.

³⁵ 6545 Sayılı Kanun'la değiştirilmeden önce İYUK'un 45/5. maddesi şu şekildeydi: "Bölge idare mahkemesinin kararları kesindir; temyiz yoluna başvurulamaz."

³⁶ TEKİNSOY, s.27, 28.

³⁷ HMK'nın 378/1. maddesi şu şekildedir: "Yargılamanın iadesi talebini içeren dilekçe, kararı veren mahkemece incelenir." HMK'nın 378/1. maddesindeki kararı veren mahkemenin, yargılamanın iadesi sebebinin ortaya çıktığı aşamadaki kararı veren mahkeme olarak anlaşılması gerektiğine ilişkin görüş için bkz. ÖZEKES, Muhammet: Pekcanitez Usûl Medeni Usûl Hukuku Cilt III, 15. Baskı, İstanbul 2017, s.2343.

³⁸ İlk derece mahkemelerinin ilk inceleme üzerine verdikleri davanın reddi kararlarının, ilk derece mahkemesi sıfatıyla verilmiş ve kesinleşmiş karar olmaları sebebiyle yargılamanın yenilenmesine konu yapılabileceğine ilişkin görüş için bkz. ASLAN, Zehreddin/BARLASS, İrfan/BERK, Kahraman/ARAT, Nilay/SAYHAN, Şebnem/BARDAKÇI, Mehmet Akif/GÜMÜŞKAYA, Gamze/KAĞITCIOĞLU, Mutlu/ALTINDAĞ, Halil: Açıklamalı ve İçtihatlı İdari Yargılama Usulü Kanunu, Seçkin Yayınları, Ankara 2019, s.411.

³⁹ Danıştay 10. Dairesi, 17. 06. 1985, E. 1985/474 K. 1985/1274.

⁴⁰ Danıştay VDDK, 11. 06. 1999, E. 1998/385 K. 1999/339. (Legalbank)

karar vermesi mümkün olduğu için bölge idare mahkemesinin esas hakkında verdiği karar, esasa ilişkin nihai karar olmakla birlikte ilk derece mahkemesi sıfatıyla verilmiş bir karar değildir. Ancak bu kararlar da yargılamanın yenilenmesi istemine konu edilebilirler.⁴¹ İYUK'un 53/2. maddesindeki kurala sınırlandırıcı işlev tanınmaksızın da aynı sonuca ulaşılabilir. Esas hakkında karar verme yetkisine sahip üst derece mahkemelerini ilk derece mahkemesi olarak saymak mümkün değilse de bir kez üst derece mahkemesine başvurulmuşsa ve mahkeme esas hakkında karar vermişse uyuşmazlığın asıl yargıcının artık üst derece mahkemesi haline geldiği ve yargılamanın yenilenmesi başvurusunun da uyuşmazlığın asıl yargıcı olan üst derece mahkemesine yapılacağı kabul edilebilir.

Kanun yolu aşamasında bölge idare mahkemesinin istinaf isteminin reddi ile ilk derece mahkemesi kararının onanmasına ilişkin kararlar ve Danıştay'ın temyiz üzerine verdiği onama ve bozma kararlarının uyuşmazlığın esasını çözen kararlar olmadıkları için yargılamanın yenilenmesi istemine konu edilemeyecekleri kabul edilmektedir.⁴² Danıştay'ın esas karar ifadesine ilişkin yaklaşımı kabul edildiği takdirde davaları esastan sonuçlandıran, taraflar arasındaki maddi uyuşmazlığı çözen nihai karar olmamaları sebebiyle ilk inceleme üzerine verilen kararlar da yargılamanın yenilenmesi istemine konu edilemeyeceklerdir.⁴³

İvedi yargılama usulü ile merkezi ve ortak sınavlara ilişkin yargılama usulünde Danıştay'ın temyiz mercii olarak işin esası hakkında verdiği kararlar, taraflar arasındaki maddi uyuşmazlığı çözen kesin kararlardır. Bu sebeple söz konusu kararların da yargılamanın yenilenmesi başvurusuna konu olabileceği söylenebilir. Ancak İYUK m.20/A ve 20/B kapsamındaki uyuşmazlıklarda Danıştay'ın temyiz mercii olarak işin esası hakkında verdiği kararlara karşı yargılamanın yenilenmesi talebinin hangi mahkeme tarafından karara bağlanacağı tartışmalıdır.

2. Başvurulacak Mahkemeye İlişkin Tartışma

Öğreti ve yargı kararlarında yargılamanın yenilenmesi yoluna Danıştay, bölge idare mahkemesi ile idare ve vergi mahkemelerinin kesinleşmiş ve esasa ilişkin nihai kararlarına karşı başvurulabileceği kabul edilmektedir.⁴⁴ İYUK'un 53/2. maddesine göre "*Yargılamanın yenilenmesi istekleri, esas kararı vermiş olan mahkemece karara bağlanır.*"⁴⁵ Danıştay'a göre "*esas karar*", yargı yerlerince ilk derece mahkemesi sıfatıyla verilen ve davanın tarafları arasındaki maddi uyuşmazlığı çözümlen kararları ifade eder.⁴⁶

İdari yargılama hukukunda 2014 yılında yapılan değişiklikler sonucunda istinaf kanun yolu kabul edilmiş; idare ve vergi mahkemelerinin nihai kararlarına karşı bölge idare mahkemelerine istinaf kanun yoluna başvuru imkânı getirilmiştir. İYUK'un 45/4. maddesi uyarınca bölge idare mahkemesi ilk derece mahkemesinin kararını hukuka uygun bulmadığı takdirde istinaf başvurusunun kabulü ile ilk derece mahkemesinin kararının kaldırılmasına karar verecektir. Bu halde bölge idare mahkemesi işin esası hakkında bir karar verecektir. Bu durumda bölge idare mahkemesinin verdiği kararın esas karar olarak değerlendirilmesi ve bölge idare mahkemesinin istinaf üzerine verdiği karara karşı yargılamanın yenilenmesi yoluna başvurulabilmesi ve başvurusunun da bölge idare mahkemesi tarafından karara bağlanması gerekir.

İvedi ve merkezi ve ortak sınavlara ilişkin yargılama usulünde temyiz mercii olarak Danıştay'a istinaf yetkileri verilmiştir. Şöyle ki, İYUK'un 20/A/2-i ve 20/B/1-h. maddelerine göre "*Danıştay evrak üzerinde yaptığı inceleme sonunda, maddi vakıalar hakkında edinilen bilgiyi yeterli görürse veya temyiz sadece hukuki noktalara ilişkin ise yahut temyiz olunan karardaki maddi yanlışlıkların düzeltilmesi mümkün ise işin esası hakkında karar verir. Aksi hâlde gerekli inceleme ve tahkikatı kendisi yaparak esas hakkında yeniden karar verir.*" Bu hüküm doğrultusunda Danıştay, temyizen incelediği kararın maddi ve hukuki yönlerini denetleyecek ve gerekli görürse inceleme ve tahkikatı kendisi yaparak esas hakkında yeniden bir karar verecektir.

⁴¹ CANDAN, Turgut: Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu, 6. Baskı, PwC, İstanbul 2015, s.1124.; AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA, s.717.

⁴² AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA, s.717.

⁴³ ÇAĞLAYAN, s.440.

⁴⁴ Bkz. IV-B-1-a ve IV-B-1-b

⁴⁵ 3546 Sayılı Devlet Şurası Kanunu'nun 51/1. maddesinde muhakemenin iadesinin ilamı veren dava dairesi veya Umumi Heyetten istenebileceği; 521 Sayılı Danıştay Kanunu'nun 99/1. maddesinde ise muhakemenin iadesinin esas kararı vermiş olan dava dairesi veya Dava Daireleri Kurulu tarafından karara bağlanacağı düzenlenmiştir.

⁴⁶ Danıştay 7. Dairesi, 28. 10. 2004, E. 2004/2407 K. 2004/2691. (Legalbank)

Danıştay'ın ivedi ve merkezi ve ortak sınavlara ilişkin yargılama usulüne tabi davalarda yaptığı kanun yolu incelemesine temyiz adı verilmekle birlikte bunun olağan yargılama usulündeki temyiz incelemesinden oldukça farklı ve istinaf yetkilerinin kullanıldığı bir kanun yolu olduğu söylenebilir.⁴⁷

Özel yargılama usulüne tabi davalarda temyiz mercii olarak Danıştay'ın esas hakkında verdiği kararlara karşı hangi mahkemede yargılamanın yenilenmesi yoluna başvurulacağı hususunda, Danıştay kararlarında bir belirsizlik mevcuttur. İhale işlemine karşı açılan bir davada ilk derece mahkemesinin davanın reddi yönündeki kararının temyizi üzerine Danıştay, ilk derece mahkemesinin kararını bozmuş ve işlemin iptaline karar vermiştir. Bu karara karşı yargılamanın yenilenmesi başvurusunu inceleyen Danıştay, esasa ilişkin nihai kararın Danıştay dairesi tarafından verilmiş olması sebebiyle İYUK'un 53/2. maddesi uyarınca esas kararı vermiş olan mahkemenin Danıştay dairesi sayılması gerektiğini ifade etmiştir.⁴⁸

ÇED olumlu kararının iptali istemiyle açılan davada ilk derece mahkemesinin davanın reddi yönündeki kararının temyizi üzerine Danıştay, ilk derece mahkemesinin kararını bozmuş, bazı davacılar yönünden işlemin iptaline bazı davacılar yönünden davanın ehliyet yönünden reddine karar vermiştir. Söz konusu Danıştay kararı üzerine davalı idare tarafından ilk derece mahkemesinde yargılamanın yenilenmesi talebinde bulunulmuş, ilk derece mahkemesi ise esas kararı veren mahkemenin Danıştay dairesi olması sebebiyle davanın esas kaydını kapatarak dosyayı Danıştay'a göndermiştir. Danıştay ise davanın, ilk derece mahkemesi olarak Danıştay'ın görev alanına giren bir dava olmaması, uyumsuzluğun ivedi yargılama usulüne tabi olması sebebiyle işin esası hakkında karar verildiğini ifade ederek ilk derece mahkemesinin yargılamanın yenilenmesi sebepleri yönünden inceleme yapmayıp dava dosyasının esas kaydını kapatarak Danıştay'a göndermesini hukuken isabetsiz bulmuştur.⁴⁹

Kanaatimizce Danıştay'ın vermiş olduğu esas hakkındaki karar, taraflar arasındaki maddi uyumsuzluğu çözen bir karar olduğu için buna karşı yargılamanın yenilenmesi başvurusu Danıştay'a yapılmalıdır. Yargılamanın yenilenmesi başvurusunun ilk derece mahkemesine yapılması gerektiği kabul edilirse ilk derece mahkemesinden kendisinin vermediği bir karar üzerine yeniden yargılama yapması talep edilmiş olacaktır. Bu durumun, yargılamanın yenilenmesi başvurusunun "kararı vermiş olan mahkemece karara bağlanması" hususuna aykırılık teşkil ettiği söylenebilir. (İYUK m.53/2)

Danıştay'ın vermiş olduğu esas hakkında karara karşı Danıştay'da yargılamanın yenilenmesi yoluna başvurulacağı kabul edildiğinde şöyle bir sorunun ortaya çıktığı da gözden kaçırılmamalıdır: İlk derece mahkemesi olarak Danıştay'ın görevine giren ve özel yargılama

⁴⁷ "Kanun koyucunun ivedi yargılama usulüne tabi davalarda yargılama sürecini hızlandırmak amacıyla farklı bir kanun yolu sistemi öngördüğü anlaşılmaktadır. Bu bağlamda, ivedi yargılama usulüne tabi davalarda istinaf yoluna başvuru hakkı kaldırılarak doğrudan temyiz yoluna başvuru usulü getirilmiş, temyiz incelemesinde de Danıştay'a istinaf yolundakine benzer şekilde denetim yapma yetkisi verilmiştir." AYM, 19. 03. 2015, E. 2014/146 K. 2015/31, RG, 13. 06. 2015, S.29385.

⁴⁸ "Davanın ivedi yargılama usulüne tabi olması ve mahkemece davanın reddine ilişkin olarak verilen kararın Dairemizce verilen (...) sayılı karar ile bozulması ve dava konusu işlemin iptaline kesin olarak (karar düzeltme yolu kapalı olmak üzere) karar verilmiş olması bakımından Dairemizin anılan kararına yönelik yargılamanın yenilenmesi isteminin İdare Mahkemesince değil Dairemizce karara bağlanması gerekmektedir. Zira İdare Mahkemesince verilen kararın bozulması üzerine dosya Mahkemeye gönderilmeyip esasa ilişkin olarak da nihai karar Dairemizce kesin olarak verildiğinden, 2577 sayılı Kanun'un 53. maddesinde belirtilen "esas kararı vermiş olan mahkeme"nin bu olayın özelliği itibarıyla dairemiz olarak kabulü gerekmektedir." Danıştay 13. Dairesi, 15. 02. 2016, E. 2015/6064 K. 2016/287. (Danıştay Bilgi Bankası)

⁴⁹ "Olayda; İdare Mahkemesince her ne kadar, davanın reddi yolundaki Mahkeme kararının Danıştay On dördüncü Dairesinin 23.02.2016 günlü, E: 2015/4429, K: 2016/1079 sayılı kararı ile bozularak bir kısım davacılar yönünden işlemin iptaline, bir kısım davacılar yönünden ise davanın ehliyet yönünden reddine kesin olarak karar verilmiş olması nedeniyle Danıştay On dördüncü Dairesinin, 2577 sayılı Kanunun 53. maddesinde düzenlenen yargılamanın yenilenmesi istemini karara bağlayacak esas mahkeme olduğu gerekçesiyle dosyanın esas kaydı kapatılarak Dairemize gönderilmişse de, davanın, 2575 sayılı Kanunun 24. maddesindeki Danıştay'ın ilk derece mahkemesi olarak karara bağlayacağı davalardan olmadığı ve ilk derece Mahkemesi kararının temyiz edilmesi üzerine, temyiz mercii olarak Danıştay On dördüncü Dairesince, uyumsuzluk konusunun ivedi yargılama usulüne tabi olması nedeniyle işin esası hakkında Mahkeme adına karar verildiği sonucuna varıldığından; İdare Mahkemesince, 2577 sayılı Kanunun 53. maddesinde düzenlenen yargılamanın yenilenmesi sebepleri yönünden inceleme yapılarak bir karar verilmesi gerekirken, dosyanın esas kaydının kapatılarak Danıştay On dördüncü Dairesine gönderilmesinde hukuki isabet görülmemiştir." Danıştay 14. Dairesi, 27. 02. 2017, E. 2017/563 K. 2017/1072. (Sinerji)

usulüne tabi bir uyuşmazlıkta⁵⁰ temyiz mercii, Danıştay İDDK olacaktır. İDDK'nın vermiş olduğu esas hakkında karara karşı yargılamanın yenilenmesi başvurusu yapıldığında ve başvuru reddedildiğinde red kararına karşı herhangi bir kanun yolu mercii bulunmamaktadır. Bu durumun dolaylı olarak kanun yolunun kapatılması olarak değerlendirilmesi mümkündür.

3. Yargılamanın Yenilenmesi Başvurusu Sonrasındaki Süreç

a. Yargılamanın Yenilenmesi Başvurusunun Kabulü veya Reddi

Yargılamanın yenilenmesi yolu ayrı bir dava mıdır? Danıştay “*yeni bir ihtilaf tazammun etmediği cihetle ayrı ve müstakil bir dava ve ihtilaf telakki edilemez*”⁵¹ diyerek yargılamanın yenilenmesinin ayrı bir dava olmadığını ifade etmiştir. Danıştay’a göre yargılamanın yenilenmesi, asıl davadan ayrı ve ondan tümüyle bağımsız bir yol olmayıp asıl davanın devamı niteliğinde ve fakat konusu ve sebebi itibarıyla ondan farklı bir yargılama derecesidir.⁵² Danıştay’ın yargılamanın yenilenmesi talebinin kabulü halinde istemin yeni bir davaya dönüştüğü ancak talebin kabulü aşamasına kadar olan sürecin önceki yargılamanın devamı niteliğinde olduğunu ifade ettiği kararları da bulunmaktadır.⁵³

Yargılamanın yenilenmesi dilekçesi verildikten sonra mahkeme ilk derece mahkemesi sıfatıyla verilen kesin ve nihai bir karar bulunup bulunmadığını, yenileme başvurusunun süresinde yapılıp yapılmadığını ve yenileme sebeplerinden en az birinin bulunup bulunmadığını araştırmalıdır. Bu hususların varlığı tespit edildikten sonra yargılamanın yenilenmesi sebebinin haklılığı araştırılmalıdır. Yenileme sebebi haksızsa mahkeme, yenileme isteminin reddine karar verecektir.⁵⁴ Mahkeme yenileme sebebinin haklı olduğuna karar verirse davaya yeniden bakacak ve karar verecektir.⁵⁵

Yargılamanın yenilenmesi başvurusunun reddi kararı nihai bir karar olduğu için bu karara karşı olağan kanun yollarına başvurmak mümkündür.⁵⁶ Yargılamanın yenilenmesi başvurusu idare veya vergi mahkemesi kararına karşı yapılmışsa başvurunun reddi kararına karşı bölge idare

⁵⁰ İYUK’un 20/A/1-f. ve Danıştay Kanunu’nun 24/1-a. maddeleri uyarınca 6306 Sayılı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanun uyarınca alınan Cumhurbaşkanlığı kararlarına karşı açılan davalar ivedi yargılama usulüne tabi olup ilk derece mahkemesi olarak Danıştay’ın görev alanına girmektedir.

⁵¹ Danıştay DDGK, 14. 03. 1952, E. 1952/13 K. 1952/86, RG, 06. 05. 1952, S.8102.

⁵² Danıştay 5. Dairesi, 18. 11. 1987, E. 1987/763 K. 1987/1570.

⁵³ Danıştay 8. Dairesi, 21. 03. 2017, E. 2016/10421 K. 2017/1831. (Lexpera)

⁵⁴ İYUK’un ilk halinde yargılamanın yenilenmesi kanundaki sebeplere dayanmadığı için istem reddedildiğinde Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’nu hükümlerine göre para cezasına hükmedileceği düzenlenmişti. İYUK’un 55/3. maddesi 4001 Sayılı Kanun’la yeniden düzenlenmiş ve para cezasına ilişkin kural madde metninden çıkarılmıştır. Değişikliğin gerekçesi olarak para cezası uygulamasının yargı fonksiyonuyla bağdaşmaması gösterilmiştir. Kanun tasarisinin madde gerekçesinde şu ifadeler yer verilmiştir: “*Dava hakkı ve bunun bir uzantısı olan kanun yollarına başvurma hakkı, Anayasa ile tanınmış temel hak ve özgürlükler arasında yer alır. Diğer taraftan, hukuk devleti ilkesi, idari eylem ve işlemlerin hiçbir kısıntıya tabi olmaksızın yargı denetimine tabi tutulmasını gerektirir. Bu itibarla, kişilerin yargılamanın yenilenmesi ve kararın düzeltilmesi istemlerinin reddi halinde onlardan para cezası alınmasını öngören hüküm yargı fonksiyonunun amacı ile bağdaşmadığından yürürlükten kaldırılmaktadır.*”

TBMM Dönem: 19 Yasama Yılı: 3, S.Sayı: 409.

<https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d19/c062/tbmm19062115ss0409.pdf> (Erişim Tarihi: 25. 02. 2020)

⁵⁵ YILDIRIM, s.441. Öğretide Onar, yargılamanın yenilenmesinin üç aşaması olduğunu ifade etmiştir. Bunlar; yargılamanın yenilenmesi sebebinin idari yargı dışındaki bir yetkili merci tarafından tespit edilmesi, tespit edilen sebebin kararı veren mahkeme tarafından geçerli olup olmadığına karar verilmesi ve eğer geçerliyse yenileme başvurusunun kabulüne karar verilmesi ve son olarak davanın yeniden görülmesidir. Bkz. ONAR, Sıddık Sami: İdare Hukukunun Umumi Esasları, C. 3, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1966, s.1996.; Onar’a benzer biçimde Eroğlu da yargılamanın yenilenmesinin üç aşaması olduğunu ifade etmiştir. Bunlar; idari yargı dışında bir yargı mercii karar vermesi, yargılamanın yenilenmesi sebebinin idari yargı mercii tarafından geçerli olup olmadığına incelenmesi ve son olarak davanın yeniden görülmesidir. Bkz. EROĞLU, Hamza: İdare Hukuku Dersleri Genel Esaslar, İdari Teşkilat ve İdarenin Denetlenmesi, Sevinç Matbaası, Ankara 1974, s.424, 425.

⁵⁶ NAMLI, Mert: Türk ve Fransız Medeni Usul Hukukunda Yargılamanın Yenilenmesi, Beta Yayınları, İstanbul 2014, s.455.; KARAHANOGULLARI, s.748.; ASLAN vd., s.417. “*Her ne kadar mahkemeye yargılamanın yenilenmesi hakkında verilen kararların temyiz edilemeyeceği, olağanüstü kanun yolu olan kanun yararına bozma ile yargılamanın yenilenmesi isteklerine karşı ayrıca bir yargı yolu olmadığı ve mahkemelerin bu istekleri ret kararlarının temyiz edilebileceğine dair bir düzenlemenin İdari Yargılama Usulü Kanununda yer almadığı ileri sürülerek istek reddedilmişse de yukarıda sözü edilen 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 55. maddesinin son fıkrası gereğince, yargılamanın yenilenmesi talebinin reddine ilişkin kararların temyizinin mümkün olması karşısında istemin reddi yolunda verilen mahkeme kararında hukuki isabet görülmemiştir.*” Danıştay 12. Dairesi, 13. 12. 1995, E. 1995/3169 K. 1995/3237. (Danıştay Bilgi Bankası)

mahkemesine istinaf kanun yoluna başvurulabilir.⁵⁷ Bölge idare mahkemesi idare veya vergi mahkemesinin vermiş olduğu kararı hukuka uygun bulduğu takdirde istinaf başvurusunun reddine karar verecektir. İstinaf başvurusunun reddine ilişkin karar, İYUK'un 46. maddesi uyarınca mümkünse, Danıştay'da temyiz edilebilecektir.⁵⁸ Bölge idare mahkemesi, idare veya vergi mahkemesinin yenileme başvurusunun reddine ilişkin verdiği kararı hukuka aykırı bulduğu takdirde istinaf başvurusunun kabulü ile ilk derece mahkemesinin kararının kaldırılmasına karar verecektir. İYUK'un 45/4. maddesi uyarınca bölge idare mahkemesi, işin esası hakkında yeniden bir karar vereceği için yenileme başvurusunun kabulüyle birlikte yeniden yargılamayı da yapacak ve işin esası hakkında yeniden bir karar verecektir.⁵⁹

Yargılamanın yenilenmesi başvurusu, bölge idare mahkemesinin esas hakkında verdiği karara veya İYUK'un 20/A ve 20/B kapsamında verilen bir karara karşı yapılmışsa yenileme başvurusunun reddine ilişkin karara karşı Danıştay'da temyiz yoluna başvurulabilir.⁶⁰

İYUK'un 45/1. maddesi kapsamında ilk derecede kesin olarak verilen kararlara karşı yapılan yargılamanın yenilenmesi isteminin reddi kararı da kesin olarak verilecek midir? Bu kararların da kesin olarak verilmesi halinde bunlara karşı istinaf kanun yolunun kapalı olduğu söylenebilir. Ancak yargılamanın yenilenmesi sebeplerinin dava konusundan ayrı düşünülmesi gerektiği ve yargılamanın yenilenmesi kurumunun varlık amacı göz önüne alındığında; ret kararına karşı olağan kanun yoluna başvurulması gerektiği ileri sürülebilecektir.⁶¹ Kanaatimizce kanunda ilk derecede kesin olarak verilen kararların öngörülmesindeki amaç, söz konusu kararlara karşı olağan kanun yoluna başvurulmasının önüne geçilerek uyuşmazlığın sürdürülmesini engellemektir. Başka bir ifadeyle söz konusu kararlara karşı -kararın içeriğini oluşturan uyuşmazlığın niteliğine bağlı olarak- olağan kanun yoluna başvurulmasına gerek olmadığı yönündeki kabuldür. İlk derecede kesin olarak verilmiş bir karara karşı yapılan yargılamanın yenilenmesi başvurusunun reddine ilişkin kararın içeriğini oluşturan uyuşmazlık, ilk derecede kesin olarak verilen kararın içeriğini oluşturan uyuşmazlıktan farklı olabilir. Şöyle ki; yenileme başvurusunun reddine ilişkin kararın içeriğini oluşturan uyuşmazlık, yenileme sebebinin varlığına, yenileme sebebinin haksızlığına veya başvuru süresine ilişkin olabilir. Bu nedenle yalnızca ilk derecede kesin olarak verilen karar söz konusu olduğu için ona karşı yapılan yenileme başvurusunun reddine ilişkin kararın da kesin olduğu ve ret kararına karşı olağan kanun yoluna başvurulamayacağı söylenemez.

b. Yeniden Yargılama

Yargılamanın yenilenmesi başvurusunun kabulü halinde mahkeme davaya yeniden bakarak karar verecektir. Yeniden yargılama sonucunda mahkeme önceki kararını verebileceği gibi kısmen veya tamamen farklı bir karar da verebilir. Yargılamanın yenilenmesi üzerine verilen kısmen veya tamamen farklı kararın önceki hükmün yerini alacağı kabul edilmektedir.⁶²

Peki yapılacak yeniden yargılama ne gibi hususlar içerecektir? Yeniden yapılacak yargılamaya ilişkin olarak İYUK'ta yalnızca duruşma yapılmasına ilişkin hüküm sevk edilmiştir. İYUK'un 55/4. maddesine göre "Yargılamanın yenilenmesi istemlerinde duruşma yapılması görevli daire veya mahkemenin kararına bağlıdır." Yargılamanın yenilenmesi sebeplerinin bulunup bulunmadığına ilişkin inceleme mahkeme tarafından evrak üzerinden yapılacağı gibi;

⁵⁷ AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA, s.718.

⁵⁸ "Ankara 13. İdare Mahkemesince verilen (...) karar usul ve hukuka uygun olup yargılamanın yenilenmesi talebinin reddine ilişkin kısmına yönelik davacının istinaf isteminin yukarıdaki açıklama ile reddine (...) 2577 sayılı Yasanın değişik 46. maddesi uyarınca kararın tebliğinden itibaren 30 gün içerisinde Danıştay'a temyiz yolu açık olmak üzere (...) karar verildi." Ankara BİM 2. İDD, 18. 04. 2019, E. 2018/3004 K. 2019/782. (Lexpera)

"Kayseri 2. İdare Mahkemesince verilen (...) kararın; yargılamanın yenilenmesi talebinin reddine ilişkin kısmı hukuka uygun olup kaldırılmasını gerektiren bir durum bulunmadığından bu hususa yönelik davacının istinaf isteminin reddine (...) kararın tebliğinden itibaren 30 gün içinde Danıştay'da temyiz yolu açık olmak üzere (...) karar verildi." Ankara BİM 2. İDD, 10. 07. 2018, E. 2018/1562 K. 2018/1889. (Lexpera)

⁵⁹ Bu durumda bölge idare mahkemesinin yeniden yargılama yapması ve işin esası hakkında yeniden bir karar vermesinin İYUK'un 53/2. maddesine aykırılık teşkil edeceği de ileri sürülemez. Şöyle ki; İYUK'un 53/2. maddesi uyarınca yenileme başvurusu esas kararı veren mahkeme (ilk derece mahkemesi) tarafından karara bağlanmış ve normun içerdiği zorunluluk yerine getirilmiştir. Ayrıca bölge idare mahkemesinin istinaf başvurusunu kabul edip dava dosyasını ilk derece mahkemesine göndereceği durumlar İYUK'un 45/5. maddesinde düzenlenmiş olup yargılamanın yenilenmesi başvurusunun reddi kararının varlığı bu durumlardan hiçbirinin kapsamına girmemektedir.

⁶⁰ TANSUĞ, s.128.

⁶¹ TANSUĞ, s.128.

⁶² GÖZÜBÜYÜK, s.546.; YILDIRIM, s.441.

yeniden yargılamanın yapılması esnasında da tarafların duruşma talebi bulunsa dahi mahkeme duruşma talebini kabul etmek zorunda değildir.⁶³

İYUK'ta yeniden yargılama esnasında uygulanacak yargılama usulü kurallarına ilişkin bir sınırlama getirilmediği için İYUK'un ve İYUK'ta kendisine atıf yapılan kanunların ilgili usul kuralları yeniden yapılan yargılamada da uygulama alanı bulacaktır. Ancak bu kuralların, haklılığı mahkeme tarafından saptanmış yargılamanın yenilenmesi sebepleriyle uyumlu bir biçimde uygulanması gerekmektedir. Misalen bilirkişinin kasten gerçeğe aykırı beyan vermesi sebebiyle yeniden yargılama yapılıyorsa önceki bilirkişi raporu kullanılmayacak yeniden bilirkişiye başvurulması gerekecektir.⁶⁴ Yine, karara esas alınan bir ilam hükmünün kesinleşmiş mahkeme kararıyla bozularak ortadan kaldırılması sebebiyle yeniden yargılama yapılıyorsa ve mahkemenin dayandığı deliller bozulan kararlarla birlikte geçerliliklerini yitirmişlerse, yeniden delil tespitine gidilmesi gerekir. Yargılamanın yenilenmesi çekinmeye mecbur olan hakimlerin karar vermiş veya karara katılmış olması sebebine dayanıyorsa mahkemenin söz konusu hakimler dışındaki hakimlerden oluşması gerekir.⁶⁵

Yargılamanın yenilenmesi üzerine verilen karara karşı olağan ve olağanüstü kanun yollarına başvurulması mümkündür.⁶⁶ İYUK'un 55/5. maddesi uyarınca İYUK'un 53. ve 55. maddeleri saklı kalmak üzere İYUK'un diğer hükümlerinin uygulanacağını düzenlenmesi yeniden yargılama sonucunda verilen karara karşı olağan kanun yollarına başvurma imkânı tanır. Ayrıca ne HMK'da ne de İYUK'ta yeniden yargılama üzerine verilen karara karşı tekrardan yargılamanın yenilenmesi yoluna başvurulamayacağına ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak öğretide aynı sebebe dayanarak yargılamanın yenilenmesi yoluna ikinci kez başvurulamayacağı ifade edilmektedir. Yeniden yargılama sonucunda önceki karardan kısmen veya tamamen farklı bir karar verilmesi halinde verilen karar önceki karardan farklı olduğu için bu karara karşı yargılamanın yenilenmesi yoluna başvurulması ikinci kez başvurma sayılmaz.⁶⁷

V. SONUÇ

Yargılamanın yenilenmesi yoluna başvurulabilecek kararların hangileri olduğu konusunda İYUK'ta yapılan temel belirleme, idari yargı mercilerine ilişkin olup bu merciler açısından herhangi bir sınırlama yapılmamıştır. Danıştay, bölge idare mahkemeleri, idare mahkemeleri ve vergi mahkemelerinin kararlarına karşı yargılamanın yenilenmesi yoluna başvurmak mümkündür. Yargılamanın yenilenmesinin medeni usul hukukunda olağanüstü kanun yolu olarak nitelendirilmesi ve İYUK'ta kesin/kesinleşmiş mahkeme kararlarına karşı başvuru yapılabileceğine ilişkin herhangi bir sınırlama bulunmamasına rağmen kesinleşmemiş mahkeme kararlarına karşı olağan kanun yolları olan istinaf ve temyiz imkânlarının varlığı sebebiyle idari yargılama hukukunda da kesin/kesinleşmiş mahkeme kararlarına karşı yargılamanın yenilenmesi yoluna başvurulabileceği kabul edilmiştir.

İYUK'ta yargılamanın yenilenmesi başvurusunu esas kararı veren mahkemenin karara bağlayacağını ifade edilmiş olmasını, yargılamanın yenilenmesi yoluna başvurulabilecek kararlar açısından bir sınırlama olarak yorumlayan öğreti ve Danıştay; esas karar olmayan başka bir ifadeyle taraflar arasındaki maddi uyuşmazlığı çözmeyen kararlara karşı yargılamanın yenilenmesi yoluna başvurulamayacağını ifade etmektedir. Ancak kanundaki esas karar ifadesinin, esasa ilişkin/esas hakkında karar anlamında kullanılmadığı, uyuşmazlığın asıl yargıcının vermiş olduğu karar başka bir deyişle “asıl karar” anlamında kullanıldığı karşı bir görüş olarak ileri sürülebilir. Yargılamanın yenilenmesinin, hukuki hatalarının ağırlığı sebebiyle hukuk alanında var olması kabul edilemez bulunan mahkeme kararlarının ortadan kaldırılarak yeniden yargılama yapılmasının sağlanması amacını taşıdığı düşünüldüğünde; taraflar arasındaki maddi

⁶³ YILDIRIM, s.441.; YENİCE/ESİN, s.748.

⁶⁴ BUDAK, Ali Cem/KARAASLAN, Varol: Medeni Usul Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara 2017, s.386.

⁶⁵ TANSUĞ, s.131 vd.

⁶⁶ AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA, s.718.; KAPLAN, s.469. “2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 53. maddesinin 1. fıkrasında, yargılamanın yenilenmesi sebepleri sayma yolu ile tek tek belirlenmiş olup, Daire kararında yer verilen sebep ve davacı tarafından ileri sürülen hususlar, 2577 sayılı Kanun'da sayılan yargılamanın yenilenmesi sebeplerinden hiçbirine uymamaktadır. Bu nedenle, yargılamanın yenilenmesi isteminin kabul edilerek, dava konusu işlemin iptali yolunda verilen Daire kararında hukuka uygunluk görülmemiştir. Açıklanan nedenlerle, davalı idarenin temyiz isteminin kabulüne, Danıştay Sekizinci Dairesinin (...) kararın bozulmasına, (...) karar verildi.” Danıştay İDDK, 23. 03. 2017, E. 2016/910 K. 2017/1355. (Lexpera)

⁶⁷ ÇAĞLAYAN, s.487.

uyuşmazlığı çözmeyen birtakım kararlara karşı da yargılamanın yenilenmesi yoluna başvurulabilmesi gerekir. İdari yargıda özellikle iptal davalarında yargılanan, idari işlem olup; idarenin hukuka uygunluğu sağlanmaya çalışılmaktadır. İdari işlemin hukuka uygunluk denetiminden geçmesinin önünde engel oluşturan davanın süreaşımından reddi kararlarına karşı niçin yargılamanın yenilenmesi yoluna başvurulamayacağıın cevabını bulmak kolay değildir. Özellikle dava açma süresinin yazılı bildirim tarihinden itibaren başladığı durumlarda idarenin yazılı bildirim tarihine ilişkin olarak hileli davranışlarda bulunmak suretiyle davacının dava açma süresini kaçırmış görünmesine ve dolayısıyla davanın süreaşımından reddine sebebiyet vermesi mümkündür.

2014 yılında idari yargılama usulünde olağan kanun yollarının hukuki rejimi değiştirilmiş ve olağan yargılama usulünden ayrılan özel yargılama usulleri getirilmiştir. Özel yargılama usullerinde olağan kanun yolları da olağan yargılama usulünden farklılaştırılmıştır. Tüm bu değişiklikler yapılırken yargılamanın yenilenmesinin hukuki rejimine dokunulmamıştır. Kanun yollarına ilişkin yapılan temel ayırım, mahkeme kararının kesin olup olmamasına dayandırılmakta ve kesinleşen mahkeme kararlarına karşı yalnızca olağanüstü kanun yollarına başvurma imkânı bulunmaktadır. Bu ayırım, kanun yollarını birbirinden ayrı düşünölemeyen, birbirine sıkı sıkıya bağılı yollar haline getirmektedir.

Yargılamanın yenilenmesi başvurusunun esas kararı veren mahkemeye karara bağlanacağıının düzenlenmesi istinaf ve özel yargılama usulüne tabi davalarda temyiz incelemesi sonucu verilecek kararlarda yenileme başvurusunun hangi mahkeme kararına karşı hangi mahkemeye yapılacağı sorusunun sorulmasına yol açmaktadır. Yargılamanın yenilenmesi başvurusunun özel yargılama usulüne tabi davalarda temyiz incelemesi sonucunda Danıştay'ın vermiş olduğu esas hakkındaki karara karşı Danıştay'a yapılması gerektiği sonucuna varıldığında ilk derece mahkemesi olarak Danıştay'ın görevine giren ve özel yargılama usulüne tabi bir davada yargılamanın yenilenmesi başvurusunun reddine ilişkin İDDK kararına karşı başvurulabilecek herhangi bir kanun yolu merciinin bulunmaması sorunuyla karşılaşılmaktadır. Sonuç olarak yargılamanın yenilenmesine başvurusunun hukuki rejiminin özel yargılama usulünde olağan kanun yolları da dikkate alınarak yeniden düzenlenmesi gerektiği düşünölmektedir.

KAYNAKÇA

- AKYILMAZ, Bahtiyar/SEZGİNER, Murat/KAYA, Cemil: Türk İdari Yargılama Hukuku, Savaş Yayınevi, Ankara 2019.
- ASLAN, Zehreddin/BARLASS, İrfan/BERK, Kahraman/ARAT, Nilay/SAYHAN, Şebnem/BARDAKÇI, Mehmet Akif/GÜMÜŞKAYA, Gamze/KAGITCIOĞLU, Mutlu/ALTINDAĞ, Halil: Açıklamalı ve İçtihatlı İdari Yargılama Usulü Kanunu, Seçkin Yayınları, Ankara 2019.
- BUDAK, Ali Cem/KARAASLAN, Varol: Medeni Usul Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara 2017.
- ÇAĞLAYAN, Ramazan: İdari Yargı Kararlarına Karşı Başvuru Yolları (Fransa – Türkiye Mukayeseli Bir Deneme), Seçkin Yayınları, Ankara 2017.
- CANDAN, Turgut: Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu, PwC, İstanbul 2015.
- DURAN, Lütfi: “İdari Yargı Adlileşti”, İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi, 3(1-3), 1982, s.53–83.
- EROĞLU, Hamza: İdare Hukuku Dersleri Genel Esaslar, İdari Teşkilat ve İdarenin Denetlenmesi, Sevinç Matbaası, Ankara 1974.
- GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref: Yönetmelik Yargı, Turhan Kitabevi, Ankara 2016.
- GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref/TAN, Turgut: İdare Hukuku C. 2 İdari Yargılama Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara 2016.
- KALABALIK, Halil: İdari Yargılama Usulü Hukuku, 14. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020.
- KAPLAN, Gürsel: İdari Yargılama Hukuku, Ekin Yayınları, Bursa 2016.
- KARAHANOĞULLARI, Onur: İdari Yargı İdarenin Hukuka Zorlanması (Yargı Kararlarına Dayalı Bir İnceleme), Turhan Kitabevi, Ankara 2019.
- KARAMAN, Ebru: Karşılaştırmalı Anayasa Yargısında Bireysel Başvuru Yolu, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2013.
- KURU, Baki/ARSLAN, Ramazan/YILMAZ, Ejder: Medeni Usul Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2014.
- NAMLI, Mert: Türk ve Fransız Medeni Usul Hukukunda Yargılamanın Yenilenmesi, Beta Yayınları, İstanbul 2014.
- ODYAKMAZ, Zehra: Türk İdari Yargılama Usulünde Kararlara Karşı Başvuru Yolları, Alfa Yayınları, İstanbul 1993.
- ONAR, Sıddık Sami: İdare Hukukunun Umumi Esasları, C. 3, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1966.
- ÖZEKES, Muhammet: Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku Cilt III, 15. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017.
- PEKCANITEZ, Hakan/ATALAY, Oğuz/ÖZEKES, Muhammet: Medeni Usul Hukuku, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2017.
- TANSUĞ, Çağla: İdari Yargılama Hukukunda Yargılamanın Yenilenmesi, Beta Yayınları, İstanbul 2016.
- TEKİNSOY, M. Ayhan: “Danıştay’ın Temyiz İncelemesi Üzerine Verdiği Kararların Uygulanması”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 5(2), 2014, s.23–50.
- TUNCAY, Aydın H./ÖZDEŞ, Orhan/BAŞPINAR, Recep: “İdari Yargılama Usulü”, Yüzyıl Boyunca Danıştay 1868 – 1968, Ankara 1968, s.598–729.
- ULUSOY, Ali D.: Yeni Türk İdare Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2019.
- ÜSTÜN, Gül: “2577 Sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununda Öngörülen Yeni Bir Yargılamanın Yenilenmesi Sebebi: Geçici 9. Madde”, Hukuk Araştırmaları Dergisi, 25(1), Haziran 2019, s.15–26.
- YAŞAR, Hasan Nuri: İdari Yargı Kararlarının Etkinleştirilmesi Arayışında İdari Yargı İdari Yargıç Yargısal Emir, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2013.
- YENİCE, Kazım/ESİN, Yüksel: Açıklamalı – İçtihatlı – Notlu İdari Yargılama Usulü Kanunu, Arısan Matbaacılık, Ankara 1983.
- YILDIRIM, Ramazan: “Türk İdari Yargısında Yargılamanın Yenilenmesi”, Prof. Dr. Nuri Çelik’e Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, C. 1, s.418–447.

Çevrimiçi Kaynaklar

- AYM Kararlar Bilgi Bankası: <http://www.anayasa.gov.tr/tr/kararlar-bilgi-bankasi/> (Erişim Tarihi: 10. 03. 2020)
- Danıştay Bilgi Bankası: <http://emsal.danistay.uyap.gov.tr/BilgiBankasiIstemciWeb/> (Erişim Tarihi: 10. 03. 2020)
- Kazancı İçtihat Bilgi Bankası (Kazancı): <http://www.kazanci.com> (Erişim Tarihi: 10. 03. 2020)
- Legalbank Elektronik Hukuk Bankası (Legalbank): <http://legalbank.net> (Erişim Tarihi: 10. 03. 2020)
- Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi (Lexpera): <http://www.lexpera.com.tr> (Erişim Tarihi: 10. 03. 2020)
- Sinerji İçtihat ve Mevzuat Programı (Sinerji): <http://www.sinerjimevzuat.com.tr> (Erişim Tarihi: 10. 03. 2020)
- TBMM Tutanakları: http://www.tbmm.gov.tr/kutuphane/tutanak_sorgu.html (Erişim Tarihi: 10. 03. 2020)

İDARİ YARGILAMA USULÜNDE KANUN YARARINA TEMYİZ

APPEAL FOR THE SAKE OF LAW IN ADMINISTRATIVE JUDICIAL PROCEDURE

Burkay Can KARA *  

Makale Bilgi

Gönderilme: 16/03/2020
Kabul: 24/06/2020

Anahtar Kelimeler

İdari Yargılama
Usulü,
Olağanüstü Kanun
Yolları,
Kanun Yararına
Temyiz,
Kesin Hüküm..

Article Info

Received: 16/03/2020
Accepted: 24/06/2020

Keywords

Administrative Jurdicial
Procedure,
Extraordinary Legal
Remedies,
Appeal for the Sake of
Law,
Res Judicata.

Özet

Kanun yararına temyiz, İdari Yargılama Usulü Kanununda düzenlenen olağanüstü kanun yollarından biridir. İdari yargı yerlerinin kesin olarak verdikleri kararlar ile kesin olarak verilmemiş olmakla birlikte kanun yolları aşamasında taraflarca başvuru yapılmaması sebebiyle kesinleşen nihai kararları, kanun yararına temyiz başvurusuna konu edilebilir. Kanun yararına temyiz incelemesi sonucu verilen kararlar, İdari Yargılama Usulü Kanununun 51. maddesi uyarınca başvuruya konu edilen mahkeme kararının hukuki sonuçlarını ortadan kaldırmamaktadır. Kesin hüküm kavramı çerçevesinde yorumlanan bu düzenleme, kanun yararına temyiz incelemesi sonucunda verilecek bozma kararının kendi hukuki sonuçları olmayacağı anlamını taşımamaktadır. İptal talebinin reddi yönündeki kararlar kesin hüküm niteliği taşımaz ve bu tip kararların kanun yararına bozulması hukuki sonuç doğurabilir. Kanun yararına bozma kararının uyumsuzluğun esasına ilişkin bir hukuka aykırılık saptaması durumunda, hukuka bağlı idarenin uymakla yükümlü olduğu bir yargı kararı ortaya çıkar. Başka bir ifadeyle bu hâllerde idare, kanun yararına temyiz sonucu verilen bozma kararına uymakla yükümlüdür ve bu yükümlülük, ilgililerce talep konusu edilebilir niteliktedir.

Abstract

Appeal for the sake of law is one of the extraordinary legal remedies regulated in Code of Administrative Judicial Procedure. Administrative courts' definite final decisions and their final decisions that became definite at process of legal remedies may be subject to appeal for the sake of law. According to Article 51 of Code of Administrative Judicial Procedure; decisions made as a result of this legal remedy will not eliminate the legal consequences of administrative court's decision. This article, which is interpreted within the frame of res judicata concept, does not mean the decision of reversal will not have its own legal consequences. Rejection of a nullity action is a decision but it does not constitute a res judicata. So reversal of these decisions may have legal consequences. If the decision of reversal detects a contradiction to law on the basis of dispute, a lawful administration will have an obligation to act as indicated in the decision. This obligation can be requested by those concerned.

I. GİRİŞ

Kanun yararına temyiz, idari yargılama usulünde olağanüstü kanun yollarından biridir. İçtihat birliğini, hukuki öngörülebilirliği ve hukukun doğru uygulanmasını amaçlayan bu yolun kendine özgü yönü; taraflarca başvurulamayan ve sonucu tarafları etkilemeyen bir inceleme olmasıdır.

İdari yargılama usulünde, hukuk muhakemesinde ve ceza muhakemesinde yer alan biçimleriyle kanun yararına temyiz kurumu çeşitli noktalarda farklılık göstermektedir. En başta kanun yararına temyiz sonucunda verilecek bozmanın, kanun yararına temyize konu kararın sonuçlarını ortadan kaldırıp kaldırmayacağı meselesi gelmektedir. Hukuk muhakemesinde bozmanın sonuca etkisi olmamakla birlikte ceza muhakemesinde bozma hükmün sonuçlarını ortadan kaldırabilmektedir.

Çalışmanın esas sorusu da, idari yargılama usulünde kanun yararına bozmanın hükmün hukuki sonuçlarına etkisinin olup olmayacağı, olacaksa ne ölçüde olacağıdır. Bu soru ilk bakışta anlamsız gelebilir, zira 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu 51. maddesinde bozmanın hükmün sonuçlarını ortadan kaldırmayacağı açıkça düzenlenmiştir. Ancak idari yargılama usulünde, özellikle iptal davasının kendine özgü karakteriyle bir araya geldiğinde kanun yararına bozmanın birtakım sonuçlarının olması mümkündür.

Sorunun cevaplanabilmesi için hukuk muhakemesinde ve ceza muhakemesinde kanun yararına temyiz ile idari yargılama usulünde kanun yararına temyiz arasındaki farklılıklar, anlamlı sonuçlar ortaya çıkardığı ölçüde ele alınacaktır. Hükümlerin yorumlanmasında kurumun amacı esas alınacağından öncelikle bu husus ve ilişkili başlıklar üzerinde durulacaktır. Ardından kanun yararına temyiz usulünün aktörleri ile konusu olabilecek kararlar incelenecektir. Nihayet kanun yararına temyiz sonucunda verilebilecek kararlar değerlendirilecektir. Kanun yararına bozma sebebinin kapsamı belirlendikten sonra, bozma kararının dolaylı olarak doğurduğu üç önemli sonuç ele alınacaktır.

Konunun kanundan kopmaksızın ve Danıştay içtihadını görmezden gelmeden, idari yargılama usulünün sistematığı ve idare hukukunun dinamikleri çerçevesinde değerlendirilmesi esastır. Buna karşılık idare hukukunun ve idari yargılama usulünün kendine özgü yapısıyla kurumun ne ölçüde dönüşüm geçirdiğini saptamak için, konu hakkında hiçbir şeyin verili kabul edilmemesi gerekir. Çalışma, konuya bu çerçeveden bakma çabasıyla hazırlanmıştır.

II. KANUN YARARINA TEMYİZİN TARİHSEL GELİŞİMİ, AMACI VE HUKUKİ NİTELİĞİ

A. Tarihsel Gelişim

1. Fransız Hukukunda

Yargılama usullerinde kanun yararına temyizin kaynağı Fransız hukukudur.¹

Fransız idari yargılama usulünde kanun yararına temyiz, Conseil d'Etat tarafından içtihadî olarak geliştirilmiş bir kanun yoludur. Bakanların hiyerarşik yetkilerine dayanarak iptal edemedikleri idari işlemlere karşı idari yargıya başvurmaları sonucunda kanun yararına temyiz Conseil d'Etat tarafından içtihadî olarak kabul edilmiştir.²

Kanun yararına temyiz yoluna yalnızca davayla ilgisi bulunan bakanlar başvurabilmektedir.³ Başvuruya konu olabilecek kararlar yalnız kesinleşmiş idare ve istinaf mahkemeleri kararlarıdır; Conseil d'Etat kararlarına karşı başvuru yapılamaz.⁴ Conseil d'Etat kararlarına karşı başvuru yapılamamasının arkasında, yüksek mahkemenin yanılmazlığı varsayımı yatmaktadır.⁵

¹ YILMAZ, Ejder: Olağanüstü Temyiz, Yetkin Yayınları, Ankara 2003, s.7.

² Detaylı bilgi için bkz. ÇAĞLAYAN, Ramazan: İdari Yargı Kararlarına Karşı Başvuru Yolları (Fransa-Türkiye: Mukayeseli Bir Deneme), Seçkin Yayınevi, Ankara 2017, s.198-201; KAPLAN, Gürsel: Fransız İdari Yargılama Hukukunda Kararlara Karşı Başvuru Yolları, Ekin Yayınları, Bursa 2016, s.313-318.

³ KAPLAN, Başvuru Yolları, s.317.

⁴ ÇAĞLAYAN, s.200.

⁵ CHAPUS, René: Droit Du Contentieux Administratif, 13. Baskı, Montchrestien, Paris 2008, s.1352'den aktaran KAPLAN, Başvuru Yolları, s.316.

Başvurunun amacı içtihat birliğinin ve hukuki belirliliğin sağlanması olduğundan, başvuru için herhangi bir süre öngörülmemiştir. Aynı sebeple kanun yararına temyiz yoluna kararın yalnız gerekeceği için de gidilebilmektedir.⁶

İnceleme sonucunda Conseil d'Etat, kararın kanun yararına bozulmasına ya da başvurunun reddedilmesine karar verebilir. Bozma ve ret kararları, başvuruya konu kararın hukuki çözüme kavuşturduğu uyuşmazlığa etki etmemektedir. Başka bir ifadeyle hukuki uyuşmazlığa ilişkin somut bir sonuç doğmamakta; yalnızca mahkeme kararındaki hukuka aykırılık giderilerek içtihadın bu yönde gelişmesi önlenmektedir.⁷

2. Türk Hukukunda

a. Kanun Yararına Temyizin İdari Yargılama Usulüne Girişi: 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu

İlk olarak İYUK'un "*kanun yararına bozma*" başlıklı 51. maddesinde düzenlenen kanun yararına temyiz; esas olarak idari yargı reformu sonucunda ortaya çıkan birtakım olumsuz etkileri yumuşatmak amacıyla başvurulmuş bir yeniliktir.

521 sayılı Danıştay Kanununda alt derece idari yargı yerlerinin kararlarına karşı temyiz merci olarak Danıştay'a başvurulabilmekteydi. İdari yargı reformuyla alt derece idari yargı yerleri idare ve vergi mahkemelerine dönüştürülmüş ve Danıştay'a temyiz başvurusu sınırlanmıştır. Derece mahkemeleri tarafından incelenen fakat Danıştay incelemesine götürülemeyen bir karar kategorisi oluşmasının içtihat birliğini bozma potansiyelinin önlenmesi amacıyla; bu kararların somut olayı etkilemeyecek biçimde Danıştay'da incelenebilmesini sağlayan kanun yararına temyiz kanun yolu kabul edilmiştir.⁸

Bu bağlamda İYUK m.51'de düzenlenen kanun yararına temyiz ilk hâlinde; başvuruya konu olabilecek kararların belirlenmesinde "*Danıştay incelemesinden geçmeme*" ölçütünün esas alındığı görülmektedir.⁹

b. Danıştay'ın İlk Derece Mahkemesi Olarak Verdiği Kararlara Karşı Kanun Yararına Temyiz: 3622 sayılı Kanun Değişiklikleri

1990 yılında İYUK'ta yapılan değişikliklerle, idari yargıda birtakım uyuşmazlıkların ilk derece mahkemesi sıfatıyla Danıştay'da incelenmesi öngörülmüş; buna paralel olarak Danıştay'ca ilk derece mahkemesi sıfatıyla verilecek kararların idari yargılama usulüne eklenmesi sağlanmıştır. Bu düzenlemeler içinde, kanun yararına temyiz yoluna götürülebilecek kararlar kategorisini genişleten ve bu kararların belirlenmesinde esas alınan ölçütün dönüşmesine sebep olan bir değişiklik de mevcuttur.

Değişiklikle maddenin ilk fıkrası aşağıdaki biçimde yeniden formüle edilmiştir:

*"Bölge idare mahkemesi kararları ile idare ve vergi mahkemelerince ve Danıştayca ilk derece mahkemesi olarak verilip temyiz incelemesinden geçmeden kesinleşmiş bulunan kararlardan niteliği bakımından yürürlükteki hukuka aykırı bir sonucu ifade edenler, ilgili bakanlıkların göstereceği lüzum üzerine veya kendiliğinden Başsavcı tarafından kanun yararına temyiz olunabilir."*¹⁰

Bu değişiklikle kanun yararına temyiz yoluna götürülebilecek kararların saptanmasında kullanılacak ölçüt "*Danıştay incelemesinden geçmeme*" olmaktan çıkmıştır. Zira Danıştay'ın ilk

⁶ ÇAĞLAYAN, s.200, 201; KAPLAN, Başvuru Yolları, s.316, 317.

⁷ ÇAĞLAYAN, s.201; KAPLAN, Başvuru Yolları, s.317, 318.

⁸ Müzeyyen YILDIZ, "Kanun Yararına Bozma", Ankara Barosu Dergisi, 4, 1995, s.59; "(...)521 Sayılı Danıştay Kanununda alt derece idari yargı yetkisine sahip kurulların yargısal nitelikteki kararlarının tamamı Danıştay'da temyiz edilebilmekte idi. Yeni yargılama usulü kanunu ile bir kısım idare ve vergi mahkemesi kararlarının Danıştay'a gelmeden kesinleşmesi mümkün olduğundan sırf yürürlükteki hukuka aykırılığı kaldırma bakımından hukuk yargılama usulüne muvazi olarak kanun yararına bozma müessesesi kabul edilmiştir." Bkz. Milli Güvenlik Konseyi – İdari Yargılama Usulü Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu, (Türkiye Büyük Millet Meclisi – 1908'den Günümüze Tutanaklar, https://www.tbmm.gov.tr/kutuphane/tutanak_sorgu.html)

⁹ Maddenin ilk hâlinde "*Bölge idare mahkemesi kararları ile idare ve vergi mahkemelerince verilip Danıştayca incelenmeksizin kesinleşmiş bulunan kararlardan...*" ifadesinin kullanılması, kanun yararına temyiz yoluna götürülebilecek kararların belirlenmesinde esas alınan ölçütün "*Danıştay incelemesinden geçmeden kesinleşme*" olduğunu göstermektedir. Ayrıca bkz. Milli Güvenlik Konseyi – İdari Yargılama Usulü Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu.

¹⁰ Vurgu bana aittir.

derece mahkemesi olarak gördüğü davalar, Danıştay incelemesinden geçmelerine rağmen kanun yararına temyiz yoluna götürülebilmektedir. O hâlde yeni ölçütün, “*temyiz incelemesinden geçmeme*” olarak kabul edildiğini söylemek yanlış olmayacaktır.¹¹ Fransız idari yargılama usulünün aksine,¹² Türk idari yargılama usulünde “*Danıştay’ın yanılmazlığı*” varsayımı kabul edilmemiştir.

c. İstinaf Sistemine Adaptasyon: 6545 sayılı Kanun Değişiklikleri

6545 sayılı Kanunla idari yargılama usulüne istinaf kanun yolu getirilmiş ve yargılama usulü kuralları bu çerçevede değiştirilmiştir. Kanun yararına temyiz kurumunu değiştiren hüküm aşağıdaki gibidir:

“Madde 24 – 2577 sayılı Kanunun 51 inci maddesinin başlığı “Kanun yararına temyiz:” şeklinde; birinci fıkrasında yer alan “Bölge idare mahkemesi kararları ile idare ve vergi mahkemelerince ve Danıştayca ilk derece mahkemesi olarak verilir” ibaresi “İdare ve vergi mahkemeleri ile bölge idare mahkemelerinin kesin olarak verdiği kararlar ile istinaf veya” şeklinde ve ikinci fıkrasında yer alan “mahkeme veya Danıştay” ibaresi “merci” şeklinde değiştirilmiştir.”

İYUK m.51’in değişiklikten sonraki ve güncel hâli ise aşağıdaki gibidir:

“Kanun yararına temyiz

Madde 51 – 1. İdare ve vergi mahkemeleri ile bölge idare mahkemelerinin kesin olarak verdiği kararlar ile istinaf veya temyiz incelemesinden geçmeden kesinleşmiş bulunan kararlardan niteliği bakımından yürürlükteki hukuka aykırı bir sonucu ifade edenler, ilgili bakanlıkların göstereceği lüzum üzerine veya kendiliğinden Başsavcı tarafından kanun yararına temyiz olunabilir.

2. Temyiz isteği yerinde görüldüğü takdirde karar, kanun yararına bozular. Bu bozma kararı, daha önce kesinleşmiş olan merci kararının hukuki sonuçlarını kaldırmaz.

3. Bozma kararının bir örneği ilgili bakanlığa gönderilir ve Resmî Gazete’de yayımlanır.”

Hükmün son hâlinin esas aldığı ölçüt, “*temyiz incelemesinden geçmemiş olma*”¹³ olarak saptanabilir. İlk fıkrada “*İdare ve vergi mahkemeleri ile bölge idare mahkemelerinin kesin olarak verdiği kararlar*” biçiminde oluşturulan kategori de temyiz incelemesinden geçmemiş olma ölçütü kapsamındadır.

Kanun yararına temyiz usulünü incelemeden evvel; kanun yolunun hangi amaçla kabul edildiğinin ve işlevinin ele alınması; usule ilişkin yorumların sağlıklı bir biçimde yapılması için gereklidir.

B. Kanun Yararına Temyizin Amacı ve Hukuki Niteliği

1. Amaç

Kanun yararına temyiz amacını içtihat birliğinin sağlanmasıdır.¹⁴ İctihat birliğinin sağlanması hukuki belirliliği güçlendirir. Kanun yararına temyiz davanın taraflarını korumayı amaçlamamakta, hukuk düzeninin hukuka aykırılıklardan arındırılmasını ve hukuka aykırı kararların emsal nitelik kazanmasını önlemeyi hedeflemektedir.¹⁵

¹¹ AYDIN, Hüseyin: İdari Yargıda Kanun Yolu, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Çankaya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2010, s.89 vd.

¹² Bkz. Yukarıda II-A-1.

¹³ GÜRKAN, Mehmet/DENİZ, Yusuf/BOZ, Selman Sacit: “İdarî Yargıda Kanun Yararına Bozma”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 21(1), 2013, s.109, 116.

¹⁴ AVCI, Mustafa: “6545 ve 6552 Sayılı Kanunlar ile İdari Yargıya İlişkin Kanunlarda Yapılan Değişiklikler Üzerine Bir İnceleme”, Legal Hukuk Dergisi, 152, 2015, s.76; AYDIN, s.84; GÜRKAN/DENİZ/BOZ, s.110; KARAVELİOĞLU, Celâl: Açıklamalı, İctihatlı ve İstinaf Kurumuyla İdari Yargılama Usulü Kanunu, 9. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2016, s.1602; ULUSOY, Ali D.: Yeni Türk İdare Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2019, s.772; YILMAZ, s.400; D12D, E. 2012/5705, K. 2013/4199, T. 21.05.2013, (Kazancı İctihat Bilgi Bankası).

¹⁵ CANDAN, Turgut: Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu, 7. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2017, s.1098; KARAHANOGULLARI, Onur: İdari Yargı - İdarenin Hukuka Zorlanması, Turhan Kitabevi, Ankara 2019, s.753; D7D, E. 2014/1206, K. 2015/2398, T. 29.04.2015, (Kazancı). Ayrıca bkz. ARSLAN, Ramazan/YILMAZ, Ejder/TAŞPINAR AYVAZ, Sema/HANAĞASI, Emel: Medenî Usul Hukuku, 5. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2019, s.626, 627; KURU, Baki: İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medenî Usul Hukuku (Ders Kitabı), Yetkin Yayınları,

Kanun yararına temyiz, içtihadı birleştirme kurumuyla birlikte hukuk uygulamasında birliği amaçlayan bir araçtır.¹⁶ Ancak kanun yararına temyiz yolunda verilen kararların, içtihadı birleştirme kararlarından farklı olarak derece mahkemelerini bağlamadığı söylenmelidir.¹⁷ Bu durum iki kurumun içtihat birliğinin sağlanması amacıyla taşıyan ancak farklı işlevsellik düzeylerinde bulunan kurumlar olduklarını gösterir.¹⁸ İkinci olarak kanun yararına temyiz temyiz incelemesinden geçmeyen kararlar bakımından; içtihadı birleştirme kararlarının ise temyiz incelemesi sonucunda verilen kararlar bakımından içtihat birliğini sağlama aracı olduğunu belirtmek gerekir. Bu da iki kurum arasında amacın gerçekleştirileceği karar kategorileri bakımından oluşan farklılığı göstermektedir.¹⁹ Kanun yararına temyiz işlenmesi için bir hukuka aykırılık gerekirken içtihadı birleştirme kararları hukuka aykırılığı gerektirmez; yorum farklarını ortadan kaldırmakla içtihat birliğini sağlar.²⁰ Son olarak, hem kanun yararına temyiz hem içtihadı birleştirme yoluyla verilen kararlar; karara konu kesinleşmiş mahkeme kararlarının hukuki sonuçlarını etkilememektedir.²¹

Diğer yandan kanun yararına temyiz sonucu verilen kararların bağlayıcılığı yoktur. Bunlar emsal nitelik taşıyan, derece mahkemesinin hukukun yorumlanmasında ve yargılama sürecinde yaptığı hataları gösteren kararlardır.²²

Kanun yararına temyiz sonucu verilen kararlar, idare hukuku uygulamacılarını hukuka doğru uygulamaya yönlendirme amacındadır. Yargı kararının hukuka aykırılığının ya da uygunluğunun saptanması; hukukun uygulanmasında yanlış ya da doğru yöntemi göstererek idari yargı yerlerine ve idarelere gelecekteki kararları ve işlemleri açısından yön verir.²³

O hâlde kanun yararına temyiz kanun yolunun içtihat birliğini sağlamak ve hukuki belirliliği güçlendirmek işlevini, yargı yerlerinin uymak zorunda olduğu kurallar oluşturma yoluyla değil, yargı yerlerini ve idareyi yönlendirici nitelikte kararlarla gerçekleştirdiği söylenebilir.²⁴

2. Hukuki Nitelik

Kanun yolları olağan ve olağanüstü yollar olmak üzere iki başlık altında incelenmektedir. Tasnifte esas alınan ölçüt, kanun yoluna başvurunun mahkeme kararının kesinleşmesinden önce ya da sonra yapılmasıdır. Mahkeme kararı kesinleşmeden önce başvurulabilen kanun yolları olağan; karar kesinleştikten sonra yapılanlar ise olağanüstü olarak nitelenmektedir.²⁵

Ankara 2017, s.538; ÖZEKES, Muhammet: Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku Cilt III, 15. Baskı, İstanbul 2017, s.2319-2320. Ceza muhakemesinde ise kanun yararına temyiz içtihat birliğinin yanı sıra sanık lehine hatanın giderilmesi gibi bir amacı da bulunmaktadır. Esasında amaçtaki bu farklılık, ceza muhakemesinde kanun yararına temyiz sonuca etkili olmasının da dayanağıdır. Bkz. KUNTER, Nurullah: “Olağanüstü Temyiz Kanun Yolunda Reform”, Ceza Adaletinde Reform İlkeleri Sempozyumu, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 38(1-4), 1973, s.165, 166.

¹⁶ Bkz. YILDIZ, s.63 vd.

¹⁷ İçtihadı birleştirme kararları; idari yargı yerlerince belirli bir normun yorumunda veya somut olaya uygulanmasında bağlayıcı bir tercihin Danıştay İçtihadı Birleştirme Kurulunca benimsenmesiyle ortaya çıkar. Bu yönüyle içtihadı birleştirme kararlarının kanun hükmünde kabul edildiği görülmektedir. ULER, Yıldırım: İdari Yargıda İptal Kararlarının Sonuçları, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1970, s.20’de ifade edildiği üzere içtihadı birleştirme kararlarının kanun hükmünde bir hukuk kaynağı olmaktan ziyade kanunun bağlayıcı yorumu niteliğinde olduğunu belirtmek gerekir.

¹⁸ YILDIZ, s.64.

¹⁹ YILDIZ, s.63, 64.

²⁰ YILDIZ, s.64.

²¹ “Ancak (...) içtihadı birleştirme kararından önce (...) yargı yerlerince bu kararlara aykırı olarak verilmiş ve kesinleşmiş olan kararlar hakkında, (...) içtihadı birleştirme kararına dayanılarak yargılamanın yenilenmesi istenemez. (...) (İçtihadı birleştirme kararlarının geriye yürümezliği hukukun temel ilkelerinden biri olarak kabul edilmiş bulunmaktadır.” DİBGK, E. 1992/1, K. 1993/2, T. 10.06.1993, (Kazancı). Kanun yararına temyiz sonucu verilen kararların hukuki sonuçları için bkz. IV-A-2.

²² AKYILMAZ, Bahtiyar/SEZGİNER, Murat/KAYA, Cemil: Açıklamalı – İçtihatlı Türk İdari Yargılama Hukuku, Savaş Yayinevi, Ankara 2019, s.1742’de ve ASLAN, Zehreddin/BARLASS, İrfan/BERK, Kahraman/ARAT, Nilay/SAYHAN, Şebnem/BARDAKCI, Mehmet Akif/GÜMÜŞKAYA, Gamze/KAĞITCIOĞLU, Mutlu/ALTINDAĞ, Halil: Açıklamalı ve İçtihatlı İdari Yargılama Usulü Kanunu, Seçkin Yayınları, Ankara 2019, s.406’da belirtildiği üzere kanun yararına temyiz sonucu verilen kararlar, hukuka aykırı olmakla birlikte şekli olarak kesinleşmiş mahkeme kararlarının emsal teşkil etmesini önleyerek içtihat birliğine yönelir.

²³ CHAPUS, s.1351’den aktaran KAPLAN, Başvuru Yolları, s.314.

²⁴ ZABUNOĞLU, Yahya Kâzım: İdare Hukuku Cilt 2, Yetkin Yayınları, Ankara 2012, s.744.

²⁵ AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA, s.1673, 1674; GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref/TAN, Turgut: İdare Hukuku Cilt II İdari Yargılama Hukuku, 9. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2017, s.1031.

Kanun yararına temyiz, kesin kararlara karşı başvurulabilen bir yol olduğundan, olağanüstü bir kanun yoludur.²⁶

III. KANUN YARARINA TEMYİZ USULÜ VE KONUSU

A. Kanun Yararına Temyiz Başvurusu ve İnceleme Mercii

1. Yetkili Makam: Danıştay Başsavcılığı

Kararlar, “...ilgili bakanlıkların göstereceği lüzum üzerine veya kendiliğinden Başsavcı tarafından kanun yararına temyiz olunabilir.”

Danıştay’a kanun yararına temyiz başvurusunda bulunmaya yetkili makam, Danıştay Başsavcılığıdır. Başsavcı, başvuruyu ilgili bakanlıkların göstereceği lüzum üzerine veya resen gerçekleştirebilir.

Başsavcının resen başvuruda bulunması, başvuruya konu karardan haberdar olması ve bu kararın kanun yararına bozulacağı kanaatine ulaşmasına bağlıdır. Başsavcının karardan haberdar olması, davacı ilgilinin veya üçüncü kişilerin bildirimlerine dayanabilir. Karardan haberdar olan Başsavcı, bu yola başvurup başvurmamakta serbesttir.²⁷ Kanun yararına temyiz yoluna başvuru yetkisinin Başsavcıya verilmesindeki amaç, temyiz veya istinaf incelemesinden geçmeyen bütün kararların değil -kanun yararına temyiz yolunun amacına uygun olarak- içtihat birliğini sarsacak veya emsal nitelik kazanarak idare hukuku uygulamacılarını hukuka aykırı kararlara itebilecek olanların incelemeye tabi tutulmasıdır. Başsavcı, “kanun sözcüsü” sıfatına uygun olarak içtihat birliği ve hukuki belirlilik yönünden sakıncalı gördüğü kararları başvuru konusu edecektir.

2. İlgili Bakanlık Taleplerinin Bağlayıcılığı Sorunu

İlgili bakanlık kavramından, davanın tarafı idarenin²⁸ hiyerarşik üstü veya vesayet makamı konumunda olan bakanlıkların yanı sıra; davanın konusuna ilişkin kamu hizmetiyle ilgili tüm bakanlıklar anlaşılmalıdır. Bu bağlamda Adalet Bakanlığı, genel ilgili bakanlık olarak kabul edilmektedir.²⁹

“(…)İlgili bakanlıkların göstereceği lüzum üzerine(…)” yapılacak başvurunun Başsavcı için bağlayıcı olmadığını belirtmek gerekir.³⁰

Öğretide bakanlık talebinin Başsavcılık için bağlayıcı olmamasını, idare ve yargı ayrımı, yargı bağımsızlığıyla idarenin yargıya emir ve talimat veremeyeceği ilkelerine dayandıran görüşler mevcuttur.³¹ Bu argüman talebin bağlayıcı olmadığı görüşünü güçlendirir gibi görünmektedir ancak aslında zayıflatmaktadır. Zira bakanlık talebinin yargıya emir veya talimat verme niteliğinde olmadığı,³² Başsavcılığın bu taleple bağlı olarak kararı kanun yararına temyiz

²⁶ AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA, s.1741; ASLAN vd., s.405; AVCI, s.75; AYDIN, s.83; ÇAĞLAYAN, s.416, 417; KAPLAN, Gürsel: İdari Yargılama Hukuku, 6. Baskı, Ekin Yayınları, Bursa 2020, s.573; KARAHANOGULLARI, s.753; KUNTER, s.164; YILMAZ, s.400; ZABUNOĞLU, s.735. Karşı yönde bkz. GÖZÜBÜYÜK/TAN, s.1031’de kesinleşmiş kararlara karşı gidilen yollar olağanüstü kanun yolları olarak kabul edilmekteyse de, aynı sayfada ve 1068. sayfada kanun yararına temyiz olağan kanun yolları arasında kabul edilmektedir.

²⁷ AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA, s.1741; ASLAN vd., s.405; CANDAN, s.1107, 1108; ÇAĞLAYAN, s.420; KAPLAN, İdari Yargılama Hukuku, s.575; KARAVELİOĞLU, s.1604; YILMAZ, s.407; ZABUNOĞLU, s.741. Kanun hükmü, davacı ilgili veya üçüncü kişilerin kanun yararına temyiz için talepte bulunmalarını engellememektedir. Diğer yandan, Başsavcının geniş serbestisi karşısında bu talepler ancak “bildirim” olarak nitelenebilecektir.

²⁸ İlgili bakanlık kavramının açıklanmasında genellikle “davalı idare” esas alınmakla birlikte, davacı tarafta da bir idarenin yer alabileceğini, dolayısıyla davacı idarenin hiyerarşik üstü veya vesayet makamı konumunda olan bakanlığın da kanun yararına temyiz talebinde bulunabileceğini belirtmek gerekir.

²⁹ YILMAZ, s.407.

³⁰ CANDAN, s.1108; YILMAZ, s.407; ZABUNOĞLU, s.742.

³¹ ÇAĞLAYAN, s.420; KAPLAN, İdari Yargılama Hukuku, s.575; KARAHANOGULLARI, s.754.

³² Bakanlık talebinin bir kanun yolu başvurusu olduğu kabul edildiğinde yargıya emir ve talimat verme gibi ağır bir fiille karşılaştırılması imkânsız hâle gelmektedir. Kaldı ki HMK m.363’te düzenlenen kanun yararına temyiz kurumuna Adalet Bakanlığının doğrudan başvurabileceği görülmektedir. Benzer şekilde CMK m.309’da Adalet Bakanlığının, doğrudan olmamakla birlikte, Yargıtay Başsavcısını bağlayıcı taleple kanun yararına temyize gidebildiği görülmektedir. Bununla beraber, ceza muhakemesinde kanun yararına temyize başvuru kural olarak Adalet Bakanlığı tarafından yapılır, istisnaî olarak Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı kendiliğinden başvuruda bulunabilir. Bkz. CENTEL, Nur/ZAFER, Hamide: Ceza Muhakemesi Hukuku, 12. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2015, s.836; ÖZBEK, Veli Özer/DOĞAN, Koray/BACAKSIZ, Pınar/TEPE, İlker: Ceza Muhakemesi Hukuku, 11. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2018, s.779; ÖZTÜRK, Bahri/TEZCAN, Durmuş/ERDEM, Mustafa Ruhan/SIRMA GEZER, Özge/SAYGILAR KIRIT, Yasemin F./ALAN AKCAN, Esra/ÖZAYDIN, Özdem/ERDEN TÜTÜNCÜ, Efser: Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 11. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2017, s.749. Şayet bakanlığın kanun

etmesinin inceleme merciini bağlamayacağı, yargının bağımsız bir biçimde karar alacağı yönünde karşı argümanlar³³ geliştirilebilir. Benzer şekilde akla Başsavcılığa yönelik bir bilgilendirmeye ilgili bakanlığın göstereceği lüzum arasında Kanun tarafından niçin bir ayırımın tercih edildiği sorusu gelebilir.

Talebin Başsavcılık için bağlayıcı nitelikte olmamasının sebebi daha basittir.

Kanun yararına temyiz yolunun amacı yargı yerlerinin hukuka aykırı kararlarının emsal nitelik kazanmasını önlemek ve hukukun uygulanmasında birliği sağlamaktır. Dolayısıyla idare hukukuna tabi ve idari yargı yerlerince verilen emsal kararlara göre hareket etmesi gereken idarelerin, kanun yararına bozulabileceğini düşündükleri ve uygulanmasında sorun yaşadıkları kararlar hakkında Başsavcılığı bilgilendirmeleri mümkün olmalıdır.³⁴ Kanun hükmüyle idarelerin hukuka aykırı gördükleri kararlar hakkında Başsavcılığı bilgilendirmelerine imkân sağlanmaktadır.

Bu hususta İYUK ile Ceza Muhakemesi Kanunu hükümlerinin karşılaştırılmasında da fayda vardır. Zira CMK m.309/2’de, Adalet Bakanlığının kanun yararına temyiz başvurusu Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığını bağlayıcı niteliktedir.³⁵ CMK hükmü karşısında İYUK m.51’in bakanlık talebiyle Danıştay Başsavcılığını bağlama iradesi içerdiğini söylemek mümkün değildir.

Nihayet, İYUK’un 45 ila 55. maddelerine ilişkin gerekçede, kanun yararına bozma yoluna başvuru yetkisinin “yalnızca Başsavcıya ait olup Adalet, İçişleri ve Maliye Bakanlığınca Başsavcıdan kanun yararına bozma yoluna gitmesinin istenebileceği” ifadesine açıkça yer verilmiştir.³⁶ Dolayısıyla kanun yararına temyiz başvurusunda bulunma yetkisi Danıştay Başsavcısına ait olup; ilgili bakanlık talebine ilişkin ifadenin tek işlevi bakanlıkların Başsavcılıktan istekte bulunabilmelerine olanak sağlamasıdır.

3. İnceleme Mercii

Kanun yararına temyiz başvurusunu inceleyecek merci, başvuruya konu karar olağan temyiz yoluna gitseydi temyiz incelemesini yürütecek olan Danıştay dairesi veya kuruludur. İnceleme merci Başsavcının sunduğu sebeplerle bağlı değildir. Amaç içtihat birliği ve hukuki belirlilik olduğundan inceleme merci resen saptadığı hususlara dayanarak da bozma kararı verebilecektir. Danıştay’ın bir kararında bu durum şu şekilde açıklanmaktadır:

“Belirtilen nitelikteki kararların hukuk düzenindeki olumsuz etkilerinin, yeni uyuşmazlıklara emsal alınmasının önüne geçilmesi, hukuk ve uygulamada birliğin sağlanmasını amaçlayan söz konusu düzenlemede, Danıştay’ın inceleme yetkisi sadece ileri sürülen temyiz sebepleri ile sınırlandırılmamıştır. Kanun yararına temyiz isteminin; yanlış bir yargısal içtihadın yerleşmesini önleme amacı göz önüne alındığında, ileri sürülmeyen başka bir temyiz sebebinin bulunması halinde kararın hukuka uygunluğunun bu sebep yönünden de incelenebileceği sonucuna ulaşıl(mıştır).”³⁷

Danıştay’ın ilgili daire veya kurulu, inceleme sonucunda kanun yararına temyiz talebinin reddi, kabulü veya kısmen kabulü³⁸ yönünde karar alabilir.

yararına temyiz başvurusunda bulunabilmesi adli yargıda yargıya emir veya talimat verme niteliği taşıyorsa, idari yargıda da taşımayacaktır.

³³ Anayasa Mahkemesi, E. 1963/140, K. 1964/62, T. 22.09.1964, (Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası). Ayrıca bkz. KUNTER, s.164.

³⁴ Danıştay kararlarında da “(...)davalı idare vekili tarafından, hukuka aykırı olduğu öne sürülerek kanun yararına temyiz edilmesi istemiyle Danıştay Başsavcılığını bilgilendiren başvuru üzerine konu incelendi” ifadesi kullanılmaktadır. D12D, E. 2018/3723, K. 2019/1931, T. 13.03.2019. RG: S.30893, T. 19.09.2019.

³⁵ CMK m.309/2: “Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı, bu nedenleri (Adalet Bakanlığının kanun yararına temyiz nedenleri) aynen yazarak karar veya hükmün bozulması istemini içeren yazısını Yargıtayın ilgili ceza dairesine verir.”

³⁶ Adalet Komisyonu metinde tahdidi olarak gösterilen bakanlıkları “ilgili bakanlık” olarak değiştirmiştir. Bkz. Milli Güvenlik Konseyi – İdari Yargılama Usulü Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu.

³⁷ D3D, E. 2011/3445, K. 2011/5067, T. 22.09.2011, (Kazancı). Kararın karşıoyunun “(...)Yasa hükmü uyarınca inceleme yetkisi, Başsavcının temyiz istemiyle sınırlandırılmış olup, ileri sürülen temyiz sebebi yönünden yürürlükteki hukuka aykırılık saptanmayan olayda, kanun yararına bozma isteminin bu nedenle reddi gerekirken, işin esası incelenmek suretiyle verilen Daire kararının bozmaya ilişkin hüküm fıkrasına katılmıyorum.” şeklinde olduğunu belirtmek gerekir.

³⁸ D15D, E. 2011/11279, K. 2011/5725, T. 19.12.2011, (HukukTürk İctihat Bilgi Bankası).

B. Kanun Yararına Temyize Konu Olabilecek Kararlar

1. Kesinleşmiş Yargı Kararları

a. Kesin Olarak Verilen Kararlar

İYUK m.45/1 uyarınca idare ve vergi mahkemelerinin, konusu 5.000-TL'yi (2020 yılı için 7.000-TL'yi)³⁹ aşmayan davalarda verdikleri kararları kesindir. Bu kararlara karşı olağan kanun yollarına başvurulamamaktadır. Dolayısıyla bu kararlara karşı kanun yararına temyiz yoluna gidilebilir.

İYUK m.45/6 uyarınca bölge idare mahkemelerinin kesin olarak verdikleri kararlar, Danıştay'ın temyiz incelemesine tabi olmayanlardır. Danıştay'ın temyiz incelemesine tabi kararlar İYUK m.46'da sayma yoluyla belirlendiğinden, İYUK m.46'da gösterilmeyen konularda bölge idare mahkemelerince verilen kararların kesin oldukları söylenebilir. Bölge idare mahkemelerinin İYUK m.46'da gösterilmeyen kararları doğrudan kanun yararına temyiz yoluna götürülebilir.

6545 sayılı Kanunla İYUK m.51'de yapılan değişiklikten önce temyiz incelemesinden geçmeme koşulunun ilk derece mahkemelerinin kesin olarak verdikleri kararları kapsayıp kapsamadığı tartışmalıydı. Başka bir ifadeyle temyiz incelemesinden geçmeme koşulu; ancak temyize tabi kararlar için gerçekleştirilebileceği yönünde yorumlanıyordu. Danıştay'a göre İYUK m.51, kesin olarak verilen kararlara ilişkin açık bir düzenleme içermemekteydi. Buna karşılık, kanun yararına temyiz kurumunun amacından hareketle bu kararlar için de olağanüstü kanun yolunun işletilebileceği kabul edilmişti.⁴⁰ 6545 sayılı Kanunla değişik İYUK m.51'de kesin olarak verilen kararların kanun yararına temyiz yoluna götürülebileceği açıkça düzenlenmiştir.

b. Kanun Yoluna Götürülmeyle Kesinleşen Kararlar

İdare ve vergi mahkemeleri ile Danıştay'ın ilk derece merci olarak verdikleri kararlar⁴¹ ve bölge idare mahkemelerinin istinaf merci olarak verdikleri kararlar,⁴² kanun yoluna tabi olmakla birlikte tarafların kanun yoluna başvurmaması sonucunda kesinleşmişse kanun yararına temyiz yoluna götürülebilir.

Bu bakımdan kanun yoluna götürülmeyen kararın, üst derece mahkemesi tarafından verilen bozma kararına karşı ısrar kararı niteliğinde olmasının önemi bulunmamaktadır. Başka bir ifadeyle ısrar kararları da kanun yoluna temyiz başvurusuna konu olabilir.⁴³

³⁹ İYUK Ek Madde 1: “*Bu Kanunda öngörülen parasal sınırlar; her takvim yılı başından geçerli olmak üzere, önceki yılda uygulanan parasal sınırların, o yıl için 213 sayılı Vergi Usul Kanununun mükerrer 298 inci maddesi hükümleri uyarınca Maliye Bakanlığınca her yıl tespit ve ilan edilen yeniden değerlendirme oranında artırılması suretiyle uygulanır. Bu şekilde belirlenen sınırların bin Türk lirasını aşmayan kısımları dikkate alınmaz.*” Vergi Usul Kanunu Genel Tebliği (Sıra No: 513) m.3 uyarınca 2019 yılı için belirlenen yeniden değerlendirme oranı %22,58'dir. Bkz. RG: S.30991(2), T. 27.12.2019.

⁴⁰ D15D, E. 2011/161, K. 2011/3443, T. 02.11.2011; D15D, E. 2011/270, K. 2011/3442, T. 02.11.2011; D10D, E. 2005/5991, K. 2008/3378, T. 16.05.2008; D6D, E. 2006/4099, K. 2008/3006, T. 14.05.2008; D10D, E. 2004/9839, K. 2005/1182, T. 21.03.2005; D10D, E. 2004/11660, K. 2005/1181, T. 21.03.2005; D12D, E. 2012/4577, K. 2012/5649, T. 03.10.2012, (Kazancı). Son kararda Danıştay, dilekçe ret kararlarına karşı da kanun yararına temyiz yoluna başvurulabileceğini kabul etmektedir. Benzer yönde bkz. D14D, E. 2012/4887, K. 2013/704, T. 07.02.2013, (HukukTürk).

⁴¹ AVCI, s.76; CANDAN, s.1102, 1105; ÇAĞLAYAN, s.419; GÜRKAN/DENİZ/BOZ, s.114-116; KARAVELİOĞLU, s.1602; ZABUNOĞLU, s.735, 738; D5D, E. 2019/428, K. 2019/1770, T. 07.03.2019; (HukukTürk); D11D, E. 2016/7252, K. 2017/6416, T. 12.12.2017, D3D, E. 2016/9239, K. 2017/4607, T. 05.06. 2017, (Kazancı). Karşı yönde bkz. KAPLAN, İdari Yargılama Hukuku, s.574; KARAHANOGULLARI, s.754'te, Danıştay'ın İYUK m.51 metninde sayılmamasından ötürü Danıştay'ın ilk derece mahkemesi olarak verdiği ve temyiz yoluna götürülmeksizin kesinleşen kararlarının kanun yararına temyiz yoluna götürülemeyeceğini ifade etmektedir. Ancak İYUK m.51 hükmündeki “(...)istinaf veya temyiz incelemesinden geçmeden kesinleşmiş bulunan kararlardan(...)” ifadesi, kararı veren mercileri esas almamakta; temyiz incelemesinden geçmeden kesinleşen kararların kanun yararına temyiz yoluna götürülebileceğini kabul etmektedir.

⁴² KARAHANOGULLARI, s.756. CMK m.309 ve HMK m.363 uyarınca bölge adliye mahkemelerinin istinaf incelemesinden geçmiş kararlarına karşı ceza muhakemesinde ve hukuk muhakemesinde kanun yararına temyize başvurulamamaktadır. HMK düzenlemesinde “(...)bölge adliye mahkemesi hukuk dairelerinin ilk derece mahkemesi sıfatıyla kesin olarak verdikleri kararlar ile yine bu sıfatla verdikleri ve temyiz incelemesinden geçmeden kesinleşmiş bulunan kararlara karşı(...)” kanun yararına temyize başvurulabileceği ifade edilmiştir. İYUK m.51 hükmünün, HMK düzenlemesiyle karşılaştırıldığında “kanun yolu incelemesinden geçmemiş olma” değil “temyiz incelemesinden geçmemiş olma” ölçütünü esas aldığı görülmektedir. Bkz. CENTEL/ZAFER, s.834, 835; ÖZBEK vd., s.776.

⁴³ KARAVELİOĞLU, s.1603, 1604.

İsrar kararlarının kanun yararına temyiz yoluna götürülebileceği yönündeki Danıştay kararının, ısrar kararına konu olay için bir kez Danıştay incelemesi yapıldığı argümanına dayanan karşıoyu aşağıdaki gibidir:

“İlk derece mahkemesi olarak verilip, bir kez temyiz yolundan geçmiş olan kararlar hakkında Danıştay tarafından hukukun neyi emrettiği belirlenmiş olduğundan, temyiz merciinin bozma kararına uyulmaksızın verilmiş ısrar kararlarının temyiz edilmemiş olması, bu gibi kararların da kanun yararına temyiz olunabileceği anlamına gelmeyeceği için bu kararlara karşı ancak, taraflarca temyiz yoluna başvurulabilir”⁴⁴

Yukarıda⁴⁵ açıklandığı üzere, Türk hukukunda Fransız hukukunun aksine “Danıştay’ın yanılmazlığı” varsayımı kabul edilmemektedir. Kanun yararına temyize konu olabilecek kararlar bakımından kabul edilen ölçüt de Danıştay incelemesinden geçmemiş olmak değil, temyiz incelemesinden geçmemiş olmaktır.⁴⁶ Bu durumda ısrar kararının şekli olarak istinaf veya temyiz incelemesinden geçmediği, dolayısıyla kanun yararına temyize tabi olabileceği söylenebilir.

Öğretide GÜRKAN, DENİZ ve BOZ tarafından temyiz incelemesinden geçmiş kararların da kanun yararına temyize götürülebilmeleri yönünde bir öneri bulunmaktadır. Yazarlara göre “(...)temyiz makamı da yanlış karar verebilmekte ve temyiz makamının kararı diğer mahkeme kararlarından daha güçlü bir emsal niteliği taşımaktadır.”⁴⁷ Kanaatimce bu yönde bir değişiklik kanun yararına temyiz yolunun amacına uygun düşmeyecektir. Yukarıda⁴⁸ da belirtildiği üzere bu yol temelde hiçbir ikincil incelemeden geçmeksizin⁴⁹ kesinleşen kararlar için öngörülmüştür. Temyiz incelemesi sonucu verilen kararlarda yanlışlık yapılabileceği yönündeki argümana; kanun yararına temyiz sonucu verilen kararlarda da yanlışlık yapılabileceği ve sonsuz bir denetim döngüsünün hukukun olağan ve kabul edilmiş risklerini ortadan kaldırmayacağı yönünde cevap verilebilir.

2. Nihai Yargı Kararları

İdari yargı yerlerince verilen tüm kesin kararlar nihai nitelikte değildir. Bu kararlara örnek olarak, bölge idare mahkemesinin istinaf incelemesinde hukuka aykırılığın ilk inceleme konularına ilişkin olduğunu saptaması hâlinde verdiği bozma ve ilk dereceye gönderme kararı gösterilebilir. İYUK m.45/5 uyarınca bu kararlar kesindir. Diğer yandan dosya ilk derece mahkemesinde görülmeye devam etmektedir. Bu kararlara karşı kanun yararına temyiz yoluna gidilebilecek midir?

Kanun yararına temyiz yoluna götürülebilecek kararların nihai nitelikte olmaları gerektiği ileri sürülmektedir. Bu görüşe göre bir kararın kanun yararına temyiz edilebilmesi için kesinleşmiş olması yetmez, aynı zamanda nihai karar niteliğinde olması da gerekir.⁵⁰ CANDAN nihai olmayan kesin usul kararlarındaki hukuka aykırılıkların, esas karar kesinleşene dek saptanabileceğini ve düzeltilebileceğini ifade etmektedir. Dolayısıyla nihai olmayan kararlar kanun yararına temyiz yoluna götürülemez.⁵¹ Başvuru şartı olarak kesinlik, kararın kanun yolları kanalıyla bozulmasının artık mümkün olmamasını ifade etmektedir.⁵²

⁴⁴ DVDDGK, E. 1997/479, K. 1998/27, T. 16.01.1998, (HukukTürk).

⁴⁵ Bkz. II-A.

⁴⁶ Bkz. II-A-2-c.

⁴⁷ GÜRKAN/DENİZ/BOZ, s.125.

⁴⁸ Bkz. II-A-2-b.

⁴⁹ Bölge idare mahkemelerince gerçekleştirilen istinaf incelemesi ikincil olmakla birlikte; bu inceleme sonucu verilen yeni karar kesin olduğu takdirde ikincil incelemeden geçmemektedir. Bu sebeple bölge idare mahkemelerinin temyize tabi olmayan kararları bakımından kanun yararına temyiz yolunun açık olması şaşırtıcı değildir.

⁵⁰ ZABUNOĞLU, s.735, 736.

⁵¹ CANDAN, s.1102, 1103. Diğer yandan CANDAN, s.1105’de bölge idare mahkemelerinin İYUK m.45/5 uyarınca verdikleri kararların kanun yararına temyiz edilebilecekleri kabul edilmektedir. Kanaatimce yazarın nihai olmayan kararlar için kurduğu yaklaşımın İYUK m.45/5 hükmü uyarınca verilecek kararlar için uygulanmamasının haklı bir sebebi yoktur. İYUK m.45/5 uyarınca verilen kararlarda da yargı yeri dosyadan elini tamamen çekmiş sayılmaz. İlk derece mahkemesince davanın yeniden incelenmesi sonucu verilecek karar, istinafa getirilebilecek ve bölge idare mahkemesince tekrar denetlenilebilecektir. Bölge idare mahkemesinin verdiği geri gönderme kararı, nihai nitelikte değildir ve buradaki hukuka aykırılıkların sonradan olağan kanun yolları içinde saptanması da mümkündür. Bölge idare mahkemelerinin itiraz başvurusu üzerine verdiği bozma kararları için benzer yönde bkz. AYDIN, s.87.

⁵² Diğer yandan İYUK m.45/5 gibi hükümler kesinlik kavramını karara itiraz edilemeyecek olması anlamında kullanır. Kanun kesinlik kavramını, İYUK m.51’de olduğu gibi bu anlamların ikisini de kapsayacak biçimde de kullanabilir. Ancak İYUK m.45/5 hükmü için bunu söylemek mümkün görünmemektedir.

Danıştay'ın da bir kararında, İYUK m.51 hükmüne yer verdikten hemen sonra idari yargı yerlerinin nihai kararlarının “2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49. maddesinde yer alan sebeplerden birinin varlığı halinde” bozulabileceğini ifade ederek kanun yararına temyize konu kararların nihai olmasını aradığı görülmektedir.⁵³

Benzer yönde bir başka Danıştay kararında şu ifadeler kullanılmaktadır:

“(…)idare veya vergi mahkemeleri ile Bölge İdare Mahkemesi kararlarının kanun yararına temyizinin istenebilmesi için, bu kararların niteliği bakımından yürürlükteki hukuka aykırı bir sonucu ifade etmesi, diğer bir deyimle nihai hükmün tartışmasının yapılmasını gerektirecek nitelikte bir hukuka aykırılık bulunması gerekmektedir.”⁵⁴

Kararların nihai olmaları gerektiği kabul edildiğinde, kesin olarak verilen ancak nihai nitelik taşımayan birtakım kararların kanun yararına temyiz edilmeleri mümkün olmayacaktır.

İYUK hükümlerinde kesinliğin kanun yararına temyiz şartı olarak belirlenmesinde; kararın olağan kanun yollarında değerlendirilebilecek olup olmadığının yanı sıra kanun yararına temyiz edilmesi hâlinde verilecek kararın sürmekte olan yargılamayı etkileyip etkilemeyeceği de dikkate alınmalıdır. Zira karara ilişkin yargılama devam ederken verilecek bir bozma kararı; İYUK m.51 uyarınca hükmün hukuki sonuçlarını etkilemeyecek olmakla birlikte yargılamanın seyrini değiştirebilecektir. Bu değişimin dosya üzerindeki etkisi, yargılama usulü kurallarına uygun bir adaptasyona müsait olmayabilir.

Kararların, başka bir kanun yolunda denetiminin mümkün olması bakımından yürütmenin durdurulmasına ilişkin kararlar örneklenebilir. İYUK m.27/7 uyarınca yürütmenin durdurulmasına ilişkin kararlara itiraz sonucunda verilen kararlar kesindir. Benzer şekilde İYUK m.52/4 hükmü uyarınca temyiz veya istinaf aşamasında verilen yürütmenin durdurulmasına ilişkin kararlar da kesindir. Bu kararlar, esas hükümle birlikte kanun yoluna götürülebileceğinden kesin olsalar bile kanun yararına temyize konu olmazlar. Zira kesinlik kavramı burada nihai olma anlamını taşımamakta, yalnız itiraz edilemez olma anlamına gelmektedir.

Yargılama sürecinin devamını etkilemeye ilişkin sakınca ise daha net gözlemlenebilmektedir. Örneğin İYUK m.42/3 uyarınca bağlantının bulunup bulunmadığına ilişkin, İYUK m.43/3 uyarınca görev ve yetki uyumsuzlukları konusunda ve İYUK m.44/3 uyarınca merci tayini konusunda Danıştay ve bölge idare mahkemesi kararları kesindir. Bu kararların yargılama devam ederken kanun yararına bozulması hâlinde, bozma kararı hükmün sonuçlarını kaldırmayacağından yargılamaya devam edilmesi gerekecektir. Diğer yandan esas hüküm olağan kanun yoluna götürüldüğünde, Danıştay'ın yargılama süreci devam ederken saptadığı bir hukuka aykırılık söz konusu olacaktır. Kanun yolu incelemesini yapacak merci, Danıştay'ca saptanan hukuka aykırılığı görmezden gelemeyecektir. O hâlde mahkeme, kanun yolunda bozulacağını veya kaldırılacağını bildiği bir esas hükmü vermek zorunda kalacaktır.⁵⁵ Bu sebeple kanun yararına temyize konu olabilecek kararların nihai nitelik taşınamaması, yalnız kanun yolunun amacıyla değil işleyişiyle de ciddi bir çatışma yaratacaktır.⁵⁶

İYUK m.48/7 hükmünün ise ayrıca değerlendirilmesi gerekir. Düzenleme aşağıdaki gibidir:

“Temyiz dilekçesi verilirken gerekli harç ve giderlerin ödenmemiş olduğu, dilekçenin 3 üncü madde esaslarına göre düzenlenmediği, temyiz kanuni süresi içinde yapılmadığı veya kesin bir karar hakkında olduğunun anlaşıldığı hâllerde, 2 ve 6 ncı fıkralarda sözü edilen kararlar, dosyanın gönderildiği Danıştayın ilgili dairesi ve kurulunca, kesin olarak verilir.”

⁵³ D15D, E. 2016/6798, K. 2017/484, T. 25.01.2017, (HukukTürk).

⁵⁴ D12D, E. 2012/5705, K. 2013/4199, T. 21.05.2013, (Kazancı).

⁵⁵ Örneğin görevle ilgili verilmiş kesin bir kararın kanun yararına bozulması hâlinde, bozulan kararla görevli kılınmış mahkemenin izleyebileceği bir usul yoktur. Zaten böyle bir usul öngörülmüş olsaydı, kanun yararına bozmanın hükmün sonuçlarını etkilememesine ilişkin kuralla çatışma hâlinde olurdu.

⁵⁶ Ceza muhakemesinde kanun yararına temyiz başvurusu için nihai karar şartı aranmamaktadır. Ancak kesinleşmiş ara kararlara karşı bozma kararı verilmesi, idari yargılama usulündeki sakıncayı içermemektedir. Zira ceza muhakemesinde bozma kararı hükmün sonuçlarını etkilemektedir. Bozulan karar davanın esasını çözmeyen bir kararsa, kararı veren hâkim veya mahkeme gerekli inceleme ve araştırmayı yaparak yeniden karar verecektir. Bkz. ÖZBEK vd., s.776, 777, 780; ÖZTÜRK vd., s.749.

İYUK m.48/2 temyiz dilekçesindeki eksikliklerin tamamlanmaması üzerine başvurunun yapılmamış sayılmasına karar verilmesini düzenlemektedir. İYUK m.48/6 ise temyiz harç ve giderlerinin tamamlanmamış olması hâlinde başvurunun yapılmamış sayılmasına; temyiz süresinden sonra yapılmış olması ve kesin bir karar hakkında olması hâllerinde ise istemin reddine karar verileceğini düzenler. İYUK m.48/6'nın son cümlesine göre bu kararlara karşı tebliğden itibaren yedi gün içinde temyiz yoluna gidilebilir. İşte İYUK 48/7, bu kararlara karşı gidilen temyiz incelemesi sonucunda verilecek kararın kesinliğini hüküm altına almaktadır. Bu karara karşı kanun yararına temyize gidilememesinin sebebi kararın nihai olmaması değil; temyiz incelemesi sonucunda verilmiş olmasıdır. Zira yukarıda⁵⁷ açıklandığı üzere, kanun yararına temyiz yoluna gidilebilmesinde esas alınan ölçüt “*temyiz incelemesinden geçmemiş olma*” ölçütüdür.

IV. KANUN YARARINA TEMYİZ İNCELEMESİ SONUCUNDA VERİLEBİLECEK KARARLAR VE SONUÇLARI

A. Kanun Yararına Bozma Kararı

1. Bozma Sebepleri

a. Olağan Temyiz Yolunda Bozma Sebepleri

Temyiz kanun yolunda bozma sebepleri, İYUK m.49/2 hükmünde aşağıdaki gibi gösterilmiştir:

“2. Temyiz incelemesi sonunda Danıştay;

a) Görev ve yetki dışında bir işe bakılmış olması,

b) Hukuka aykırı karar verilmesi,

c) Usul hükümlerinin uygulanmasında kararı etkileyebilecek nitelikte hata veya eksikliklerin bulunması, sebeplerinden dolayı incelenen kararı bozar.”

Bozma sebepleri arasında iki dereceli bir istisna ilişkisi kurulmuştur. Derece mahkemesinin “*hukuka aykırı*” karar vermesi en geniş bozma sebebidir ve tek başına ele alındığında herhangi bir kayda tabi değildir. Başka bir ifadeyle, hükümde yalnız bu sebebe yer verilmiş olsaydı, her türlü hukuka aykırılığın bozma sebebi olarak kabulü gerekecekti. Bu çerçevede derece mahkemesi kararındaki “(u)sul hükümlerinin uygulanmasında (...) hata veya eksiklikler(...)”, “(...)kararı etkileyebilecek nitelikte(...)” oldukları takdirde bozma sebebi olarak kabul edilerek; hukuka aykırılık sebebi içinde istisnai bir alan yaratılmıştır. Hukuka aykırı kararlar bozulacaktır yeter ki kararı etkileyebilecek nitelikte olmayan usul eksikliklerinden olmasınlar. İstisnanın içindeki istisnai alanını oluşturan hüküm ise “*Görev ve yetki dışında bir işe bakılmış olması*” hükmüdür. Zira bu ifadeyle; usul hükümlerinin uygulanması niteliğindeki iki konu, kararı etkileyebilecek nitelikte olma kaydından bağımsız bir biçimde bozma sebebi hâline gelmiştir. Özellikle yetki dışında bir işe bakılmasının, aynı hukuk kurallarını uygulayan mahkemelerde kararı etkileyebilecek nitelikte olamayacağı dikkate alındığında hükmün anlamı ortaya çıkmaktadır.

b. Kanun Yararına Temyizin Bozma Sebebi: Yürürlükteki Hukuka Aykırı Sonuç İfade Etme

Kanun yararına bozma sebebi olarak ise, kararın yürürlükteki hukuka aykırı sonuç ifade etmesi kabul edilmiştir. Bu bozma sebebinin kapsamını saptamak için, yürürlükteki hukuk kavramının öncelikle belirlenmesi gerekir.

Kararın aykırılık teşkil edeceği “*yürürlükteki hukuk*” kavramı, yazılı hukuk kurallarının yanında hukukun genel ilkelerini ve uluslararası hukuktan kaynaklanan yükümlülükleri kapsayan geniş bir kavram olarak görülmektedir. Yürürlükteki hukuk maddi hukuk kuralları gibi usul hükümlerini de kapsar.⁵⁸

Yürürlükteki hukuk zaman bakımından da geniş kapsamlıdır. Kavram, kararın verildiği tarihte yürürlükte bulunan hukuku değil, kanun yararına temyiz incelemesi sırasında yürürlükte bulunan hukuku ifade eder. Dolayısıyla yargı kararı, verildiği tarihte yürürlükte bulunan hukuka

⁵⁷ Bkz. II-A-2-c.

⁵⁸ ASLAN vd., s.405, 406; CANDAN, s.1098, 1106; KARAVELİOĞLU, s.1603; ZABUNOĞLU, s.735.

uygun olmakla birlikte sonradan yürürlüğe giren bir hukuk kaynağıyla çatıştığı takdirde kanun yararına bozulacaktır. Bunun nedeni, kanun yararına temyiz yolunun hukuka aykırı kararların emsal alınmasını önleme ve hukuk uygulayıcılarının gelecek işlemlerine yol gösterme amacıdır.⁵⁹

Kararın yürürlükteki hukuka aykırı bir sonuç ifade etmesi ise, kararın sonuca etkili olmayan bir usul sakatlığı taşıması durumunda kanun yararına bozulmayacağı yönünde yorumlanmaktadır.⁶⁰ Diğer yandan CANDAN, usul hükümlerindeki hukuka aykırılığın sonuca etkili olmasa dahi adil yargılanma hakkının getirdiği usul güvenceleri çerçevesinde yürürlükteki hukuka aykırı sonuç ifade edeceği kanaatindedir.⁶¹ Usul hükümlerine aykırılıkta böyle bir ayrıma gidilmesinin sebebi, kanun yararına bozma sebebini olağan bozma sebeplerinden hareketle belirleme çabasıdır.⁶²

Usul hükümlerine aykırılığa ilişkin olarak hem sonuca etkili olma şartını arayan görüş hem de usul hükümlerine aykırılıkta sonuca etkililiği genelleştirmeye çalışan görüş, en başta usul hükümlerini farklı bir kategori olarak değerlendirmekle konuyu tartışmalı hâle getirmektedir.

Oysa kanunun, olağan bozma sebeplerinde kurduğu iki dereceli istisna ilişkisini kanun yararına bozma sebebi bakımından oluşturmadığı görülmektedir. Bu durumda kanun yararına bozma sebebinin, maddi hukuk veya usul hukuku ayrımı yapılmaksızın, hukuka aykırılık olarak kabul edildiğini saptamak gerekir.⁶³

Kaldı ki amacı hukukun uygulanmasında birliği ve hukuka aykırı kararların emsal teşkil etmemesini sağlamak olduğu kabul edilen olağanüstü bir kanun yolunda; kararın ancak sonuca etkili bir usule aykırılığın varlığı hâlinde bozulacağını savunmak mümkün değildir. Bozulan kararın hukuki sonuçlarının da ortadan kalkmayacağı dikkate alındığında; hukukun doğru uygulanışını gösterme amacı taşıyan kanun yararına temyiz yolunda dosyaların karara bağlanmasından imtina edilmesi isabetsizdir.

Tüm bu değerlendirmeler ışığında, kanun yararına temyiz yolunda bozma sebebinin hukuka aykırılık olduğu ve herhangi bir istisnasının olmadığı söylenebilir. Bozma sebebinin geniş kapsamlı kabul edilmesi, hukuk uygulamasının yönlendirilmesi amacına da daha uygundur.

2. Bozma Kararının Sonuçları

a. Kesin Hükme Etkisi

i. İdari Yargılama Usulünde Kesin Hüküm Kavramı

Kesinlik, idari yargı yeri tarafından verilen hükmün, kanun yollarının tamamlanması veya kanun yollarına başvuru süreleri sonlandıktan sonra kazandığı değişmezlik niteliğindedir.⁶⁴

Kesin hüküm, maddi ve şekli anlamda olmak üzere ikili bir ayrımında incelenmektedir. Şekli anlamda kesin hüküm, karara karşı başvurulacak bir kanun yolu kalmamış olması anlamını taşır. Maddi anlamda kesin hüküm ise şekli anlamda kesinleşen kararın yeniden dava edilememesini ifade eder. Şekli anlamda kesinleşen hüküm, yalnız davanın tarafları için maddi anlamda kesin hüküm teşkil eder. Ancak idari işlemin iptaline ilişkin kararlar, şekli anlamda kesinleştikten sonra

⁵⁹ KARAHANOĞULLARI, s.754, 755. Kanun yararına temyiz süreye tabi olmaması da bu çerçevede ele alınmalıdır. Bkz. GÜRKAN/DENİZ/BOZ, s.108.

⁶⁰ ÇAĞLAYAN, s.421; GÖZÜBÜYÜK/TAN, s.1069; GÜRKAN/DENİZ/BOZ, s.108, 117, 118. Ayrıca bkz. D4D, E. 1989/1444, K. 1989/3716, T. 26.10.1989, Karşioy, (HukukTürk).

⁶¹ CANDAN, s.1106, 1107.

⁶² Danıştay 15. Dairesinin güncel sayılabilecek bir ret kararında İYUK m.51 hükmünün ardından “(i)dare ve vergi mahkemelerinin nihai kararlarının temyizen bozulması ise 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49. maddesinde yer alan sebeplerden birinin varlığı halinde mümkündür” biçiminde alışılmamış bir ifade kullanılarak kanun yararına bozma sebebini olağan temyiz yolunda bozma sebeplerine bağlı olarak değerlendirdiği görülmektedir. Bkz. D15D, E. 2016/6798, K. 2017/484, T. 25.01.2017; Benzer yönde bkz. D3D, E. 2010/6979, K. 2012/667. T. 13.03.2012; (HukukTürk).

⁶³ Karşı yönde bkz. ÇAĞLAYAN, s.421; KAPLAN, İdari Yargılama Hukuku, s.574; YILMAZ, s.409. Yürürlükteki hukuka aykırılığın usul hükümlerine aykırılığı dışladığını ve “yalnız” hukuka aykırılığı karşıladığını kabul eden bu görüşe katılmak mümkün değildir. Yürürlükteki hukuka aykırılık, hukuka aykırılığı karşılar ve hem “yürürlükteki hukuka aykırılık” hem de “hukuka aykırılık” kavramları usul hükümlerine aykırılığı içerir.

⁶⁴ AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA, s.1674.

herkes için maddi anlamda kesin hüküm teşkil eder.⁶⁵ Başka bir ifadeyle kesin hükmün nisbîliği ilkesi, iptal kararları için geçerli değildir.⁶⁶

İptal talebinin reddine ilişkin kararların ise, şekli anlamda kesinleşmeler bile genele etkili maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmeyeceği kabul edilmekte; kesin hükmün nisbîliği ilkesi, ret kararlar için geçerli görülmektedir.⁶⁷ Dolayısıyla iptal davasının reddine ilişkin karar, idari işlemin hukuka uygunluğunu saptamamaktadır.⁶⁸

ii. Bozma Kararının Kesin Hükmün Sonuçlarını Ortadan Kaldırmaması

Kanun yararına temyiz sonucu verilen karar, kesin hüküm etkisini ve kesinleşmiş yargı kararının hukuki sonuçlarını ortadan kaldırmaz. İYUK m.51’de açıkça öngörülen bu husus, Danıştay tarafından da kararın “*hükmün hukuki sonuçlarına etkili olmamak üzere*” verilmesiyle vurgulanmaktadır.⁶⁹

Bozulan kararın hukuki sonuçlarının ortadan kalkmaması, kanun yolunun hukuk uygulamasını yönlendirme amacıyla açıklanmaktadır.⁷⁰ Tarafların hükmün bozulmasından etkilenmesi, kesin hükme bağlanan sonuçları ortadan kaldırarak hukuki belirliliği zedeleyecektir. Hukuki belirliliği sağlama amacıyla başvuru bir yolun hukuki belirliliği zedelemesi kanun yolunu işlevsizleştirecektir.

Bu bağlamda aleyhe karar verme yasağının⁷¹ da, kanun yararına bozma kararları bakımından gündeme gelmeyeceğini belirtmek gerekir. Zira bu yasağın amacı hukuki koruma talebinde bulunan ilgililerin öncekinden daha ağır bir hukuki durumla karşılaşmalarını önlemektir.⁷² Oysa taraflar ne kanun yararına temyiz yoluna başvurmakta ne de verilecek kararın sonuçlarından etkilenmektedir. Karar, somut uyuşmazlık için lehe veya aleyhe bir sonuç doğurmamaktadır.

Lehine olan yargı kararı kanun yararına bozulan taraf, kesin hüküm etkisinden yararlanmaya devam eder. Bozma kararı lehine olan taraf, uyuşmazlığa ilişkin herhangi bir talepte bulunamaz.⁷³

Öğretide GÜRKAN, DENİZ ve BOZ tarafından bozma kararının taraflar bakımından hukuki sonuç doğurmamasının adalete aykırı sonuçlar doğurabileceği ifade edilmekte ve örnek olarak, kararın verilmesinden çok kısa bir süre sonra kanun yararına bozulması gösterilmektedir. Yazarlar bu sürenin kanun koyucu tarafından takdir edilmesini ve süre içinde verilen kararların somut uyuşmazlığı etkilemesini önermektedir.⁷⁴ Aşağıda⁷⁵ daha detaylı incelenecek olmakla birlikte; bozmanın derece mahkemesi kararının hukuki sonuçlarını ortadan kaldırmaması, hiçbir sonucu olmadığı anlamına gelmez. Ancak bozma kararının, derece mahkemesi kararının sonuçlarını ortadan kaldıracak etkiye sahip olması fikrinin değerlendirilmesi gerekir.

Kanun yararına bozma kararının belirli bir süre içinde alınmasıyla somut uyuşmazlığı etkileyeceğinin kabulü hâlinde kanun yararına temyiz yolu değiştirilmemekte veya yeni bir kanun

⁶⁵ AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA, s.1675, 1676.

⁶⁶ ULER, s.44.

⁶⁷ AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA, s.1677; AZRAK, Ali Ülkü: “İptal Davalarının Objektif Niteliği Üzerine Düşünceler”, Onar Armağanı, İstanbul 1977, s.149; ULER, s.74, 75.

⁶⁸ TEKİNSOY, M.Ayhan: “Danıştay’ın Temyiz İncelemesi Üzerine Verdiği Kararların Uygulanması”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 5(2), 2014, s.33, 34; ULER, s.73, 74. Karşı yönde bkz. AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA, s.1353, 1354.

⁶⁹ D7D, E. 2018/951, K. 2019/2181, T. 01.04.2019; D5D, E. 2019/428, K. 2019/1770, T. 07.03.2019; (HukukTürk); D11D, E. 2016/7252, K. 2017/6416/6416, T. 12.12.2017; D3D, E. 2016/9239, K. 4607, T. 05.06.2017; (Kazancı).

⁷⁰ CANDAN, s.1109, 1110; ZABUNOĞLU, s.744. İdari yargılama usulü ve hukuk muhakemesinden farklı olarak ceza muhakemesinde bozma kararları hükmün hukuki sonuçlarını etkiler niteliktedir. Bkz. CENTEL/ZAFER, s.836, 837; ÖZBEK vd., s.780; ÖZTÜRK vd., s.750.

⁷¹ AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA, s.1712.

⁷² D8D, E. 1996/3855, K. 1998/460, T. 17.02.1998, (HukukTürk). Ayrıca bkz. ARAS ALTINOK, Zeliha: İptal Kararlarının Hukuki Etki ve Sonuçları, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2018, s.52, 53.

⁷³ CANDAN, s.1109; YILDIZ, s.60; ZABUNOĞLU, s.744.

⁷⁴ GÜRKAN/DENİZ/BOZ, s.125. Kanun yararına temyiz hükmün sonuçlarını etkilemesinin, içtihat birliğinin sağlanmasında ve bölge idare mahkemeleriyle Danıştay arasındaki görüş farklılıklarının önlenmesinde işlevli olabileceği yönünde bir görüş de mevcuttur. Bkz. GÜMÜŞ, Mehmet Ali: “İkinci Oturum – İdari Yargıda Kanun Yolları”, in ERSÖZ, Ahmet Kürşat/GÜZEL, Oğuzhan (ed.), İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun Kabul Edilişinin 35. Yıl Dönümü Sempozyumu, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2017, s.85, 86.

⁷⁵ Bkz. IV-A-2-a-iii.

yolu ihdas edilmiş olmamaktadır. Gerekirse belirlenen süre içinde verilen karar “*hükümün sonuçlarına etkili kanun yararına bozma*”, süre geçtikten sonra verilen karar “*hükümün sonuçlarına etkisiz kanun yararına bozma*” olarak adlandırılmalı; sonuç olağan temyiz yolunun Danıştay Başsavcısınınca kullanılması olacaktır.⁷⁶ O hâlde öngörülen süre içinde verilecek kararın “*bozma*”, süreden sonra verilecek kararın “*kanun yararına bozma*” olarak adlandırılması da mümkündür.

Tarafların menfaatlerini etkileyen ancak yalnız Başsavcı tarafından başvurulabilen bir temyiz yolunun taleple bağlılık ilkesi ve adil yargılanma hakkı bağlamında sorun yaratabileceği düşünülmelidir. Bu sebeple kanun yararına temyiz yolunun amacına uygun bir formda bırakılması daha isabetli görünmektedir.

iii. İdarenin Bozma Kararına Dayanarak Hareket Etmesi

Kanun yararına bozulan kararın hukuki sonuçlarının ortadan kalkmamasının, bozma kararının idarenin gelecek işlemleri bakımından doğurduğu etkiyle bir ilişkisi bulunmamaktadır. Başka bir ifadeyle idarenin, gelecekte bozma kararıyla saptanan hukuka aykırılığa göre hareket etmesinin önünde bir engel bulunmamaktadır.⁷⁷ Bu yönde bir engel bulunmadığı gibi, hukuk devleti ilkesi gereğince idarenin saptanmış hukuka aykırılığa göre hareket etme yükümlülüğü bulunduğunu söylemek gerekir.⁷⁸

Bozma kararı, idarenin benzer olaylarda alacağı kararlarda hukuka aykırı yargı kararını emsal nitelikte kabul etmesini önleyecektir. Başka bir ifadeyle idare, bozma kararının ardından hukuka aykırı yargı kararına göre yeni işlemler tesis etmeyecektir. Bozulan kararın sonuçlarının ortadan kalkmaması somut olay özelinde gerçekleşecektir. Diğer yandan idare yeni işlemlerinde bozma kararını esas alacaktır.⁷⁹

Bozma kararının üzerine idare, tesis edeceği yeni bir işlemle mahkeme kararında saptanan hukuka aykırılığı giderebilir mi? Bu soruyu, mahkeme kararının sonucu ve kesin hüküm etkisi çerçevesinde cevaplamak gerekir.

Bozulan karar bir iptal kararıysa ve idare karara konu olayla ilgili yeni bir işlem tesis ederse, yargı kararının uygulanmaması sonucuyla karşılaşılacaktır. Zira bozma kararı iptal kararının hukuki sonuçlarını ortadan kaldırmamaktadır. İdarenin iptale konu işlemi, bozma kararına güvenerek yeniden tesis etmesi hâlinde biçimsel uygulama⁸⁰ söz konusu olacaktır. Diğer yandan idarenin benzer olaylar karşısında tesis edeceği işlemlerde bozma kararına göre hareket etmesi gerekir.⁸¹

Bozulan kararın bir ret kararı olması durumundaysa çeşitli ihtimaller ortaya çıkacaktır. Öncelikle idari yargı yerleri tarafından iptal talebinin reddedilmesinin genele etkili kesin hüküm olmadığı, başka bir ifadeyle iptali talep edilen idari işlemin hukuka uygunluğunu tescil etmediğini belirtmek gerekir.⁸²

O hâlde ret kararının kanun yararına bozulması durumunda “*ortadan kalkmayacak*” sonuçları nelerdir? Nisbî olarak kesin hüküm doğuran, başka bir ifadeyle yalnız davacı yönünden kesin hüküm doğuran ret kararının kanun yararına bozulması hâlinde davacı, idareye karşı herhangi bir talep hakkı elde edemeyecektir.

Diğer yandan, ULER’in aşağıda alıntılanan görüşleri çerçevesinde ele alındığında, meselenin bu kadar kolay çözümlenemeyeceği kanaatindeyim:

“İdarî yargıda, başka bir sorunu çözmek amacı ile de olsa bir işlemin hukuka uygun olup olmadığı incelenmiş ise, bunun yargı işleminde belirtilmesi idareyi bağlar. İdare açısından gerekçenin önemi, özel hukuktakinden farklı görünüştedir. Özel hukukta taraflar yalnız hüküm fıkrası ile bağlıdır. Gerekçe yargı yerinin hangi nedenlerle bu sonuca vardığını gösterir. Oysa,

⁷⁶ Belirli bir süreye bağlı ve esas kararın hukuki sonuçlarını etkileyen bir bozma kararı, kanun yararına bozma kararı değil, olağan bir bozma kararı olacaktır.

⁷⁷ ULUSOY, s.772.

⁷⁸ Esasında kanun yararına temyiz kurumunun amacı idari yargının yanı sıra idareyi de hukuka uygun işlemlere yönlendirmektir. Bkz. II-B-1.

⁷⁹ KARAHANOGULLARI, s.753, 754.

⁸⁰ AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA, s.1628, 1629.

⁸¹ ULUSOY, s.772.

⁸² Bkz. IV-A-2-a-i.

idari yargı idarenin denetimi görevi gördüğünden, idarenin bağlılığı basit bir –hüküm fıkrasına bağlılık– olamaz. İdare kendine karşı verilmiş kararlarda –kararın genel anlamı– ile bağlıdır. Yargı kararlarının gereklerinin yerine getirilmesinde ve hukuka aykırılığın izlerini silmede bu anlayışla davranmak zorundadır.”⁸³

Bu çerçevede sorulması gereken esas soru, ret kararının kanun yararına bozulması durumunda davacının herhangi bir talep hakkı elde edip etmeyeceği değil, işlemdeki hukuka aykırılık Danıştay tarafından saptanmışken, idarenin hukuka aykırılığı gidermeme olanağının bulunup bulunmadığıdır. İkinci soruya verilecek cevap, ilkinde de karşılayacaktır.

İdarenin hareket alanını öncelikle bozma kararının gerekçesi belirlemektedir. Zira ret kararının bozulmuş olması, her zaman idari işlemin hukuka aykırılığını saptamaz.⁸⁴ Bozma kararı, örneğin yargılama usulü kurallarının uygulanışına ilişkin bir hukuka aykırılık saptıyorsa idarenin hukuka aykırılığa yönelik bir düzeltme faaliyetine girmesi zaten imkânsızdır. Ancak bozma kararı, idari işlemin hukuka aykırı olduğunu ve bu doğrultuda, verilen ret kararının hukuka aykırılığını saptıyorsa idarenin bunu görmezden gelmesi mümkün değildir.⁸⁵

Dolayısıyla bozma kararı işlemin hukuka aykırılığını saptıyorsa, idare işlemi geri almak zorundadır.⁸⁶ Bu durum bozmanın hükmün hukuki sonuçlarını ortadan kaldırması anlamına gelmez ve bundan bağımsızdır. Ortada Danıştay tarafından hukuka aykırılığı saptanmış bir idari işlem vardır ve idarenin bu hukuka aykırılığı ortadan kaldırması gerekir.⁸⁷

İdarenin hukuka uygun davranma yükümlülüğü, davacıya talep hakkı da tanıyacaktır. Zira bütün ilgililerin, bir hukuka aykırılığı giderilmesi için idareye başvurma hakkı bulunmaktadır.⁸⁸ Başvuru, bozma kararıyla saptanan yeni bir hukuki duruma dayanmakta ve bu çerçevede İYUK m.10⁸⁹ kapsamına girmektedir.⁹⁰ İdarenin başvuru üzerine ret kararı vermesi hâlinde, bu karar dava konusu edilebilecektir.⁹¹

b. Yargılamanın Yenilenmesi Bakımından Etkisi

Bozma kararı bozulan kararın hukuki sonuçlarını ortadan kaldırmamakla birlikte bir hukuka aykırılık saptamaktadır. Saptanan hukuka aykırılığın yargılamanın yenilenmesi sebeplerinden birini oluşturması durumunda esas kararın sonuçları ortadan kalkacak mıdır?

Kanun yararına bozma kararı, yargılamanın yenilenmesi usulünü otomatik olarak başlatmayacaktır. Yargılamanın yenilenmesinin işletilmesi üzerine bozma kararında saptanan hukuka aykırılık, mahkeme kararıyla saptanmış olduğundan yargılamanın yenilenmesi sebeplerinin varlığına ilişkin bir delil olarak sunulabilecektir.⁹²

⁸³ ULER, s.70.

⁸⁴ TEKİNSOY, s.34, 35.

⁸⁵ ULER, s.71, 72. DURAN, Lütfi: İdare Hukuku Meseleleri, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1964, s.140'ta idarenin hukuka aykırılığı saptanan idari işlemi geri almaya hukuken mecbur olmadığı ancak “*iyi ve dürüst bir idare gibi hareket ederek*” işlemi geri alması gerektiği ifade edilmektedir. Kanaatimce, ULER, s.72'de belirtildiği gibi, idarenin hukuka uygun davranma yükümlülüğünden ötürü hukuka aykırılığı gidermesi zorunludur. Olağan temyiz sonucunda verilen bozma kararlarının etkisi, bu kararların derece mahkemesine yönelik olması ve bu kararlara istinaden derece mahkemesinin yeni bir karar verecek olması gibi sebeplerle kanun yararına bozma kararlarından ayrı değerlendirilmelidir. Detaylı bilgi için bkz. TEKİNSOY, s.36-47.

⁸⁶ Dikkat edilmesi gereken husus, idarenin hukuka aykırılığı ortadan kaldırırken üçüncü kişilerin hak ve menfaatlerine geçmişe etkili olarak müdahale edemeyecek olmasıdır. Başka bir ifadeyle idare hukuka aykırılığı ortadan kaldırırken üçüncü kişiler için hukuki öngörülebilirliği ihlal edemez. Bu durumlarda idarenin geleceğe etkili karar alması ve işlemi kaldırması uygun olacaktır.

⁸⁷ Bkz. ULER, s.70.

⁸⁸ Dilekçe Hakkının Kullanılmasına Dair Kanun m.3: “(1) Türk vatandaşları kendileriyle veya kamu ile ilgili dilek ve şikayetleri hakkında, (...) yetkili makamlara yazı ile başvurma hakkına sahiptirler. (2) Türkiye’de ikamet eden yabancılar karşılıklılık esası gözetilmek (...) kaydıyla bu haktan yararlanabilirler.”

⁸⁹ İYUK m.10: “(1) İlgililer, haklarında idari davaya konu olabilecek bir işlem veya eylemin yapılması için idari makamlara başvurabilirler. (2) Altmış gün içinde bir cevap verilmezse istek reddedilmiş sayılır.(...)”

⁹⁰ Yeni saptanan hukuki durumlara dayanılarak idareye yapılan başvurular İYUK m.10 kapsamında kabul edilmektedir. Konu hakkında detaylı bilgi ve Danıştay kararları için bkz. AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA, s.756-758; ARAS ALTINOK, s.62-65.

⁹¹ Bu imkânın, kanun yararına bozma kararları içinde sınırlı bir alanda geçerli olduğunu belirtmek gerekir. Davacının yeni hukuki duruma dayanarak başvuruda bulunabilmesi için; kesinleşen yargı kararının davanın reddi yönünde olması, bozma kararının idari işlemin aykırılığına dayanması ve işlemin geri alınmasından üçüncü kişilerin hak ve menfaatlerinin etkilenmeyecek olması gerekmektedir.

⁹² DERDİMAN, R. Cengiz: İdarî Yargının Genel Esasları, Aktüel Yayınları, 3. Baskı, Bursa 2014, s.444; GÜRKAN/DENİZ/BOZ, s.121. Yazarlar bozma kararının yargılamanın yenilenmesi sebebine ilişkin ayrı bir

Görüldüğü üzere bozma kararıyla yargılamanın yenilenmesi arasındaki ilişki; bozma kararının bir mahkeme kararı olmasından ve belirli bir hukuka aykırılığı saptamasından öteye geçmemektedir. Bozma kararının yargılamanın yenilenmesini gerektirmediğini, ancak yargılamanın yenilenmesi sürecinde somut olaya ilişkin hukuka aykırılığı saptayan herhangi bir mahkeme kararı kadar kullanılabileceğini ifade etmek gerekir.

c. Devletin Sorumluluğuna Etkisi

Kanun yararına bozma kararında saptanan hukuka aykırılığın davanın taraflarında belirli bir zarara sebep olduğu ortaya çıkarsa tarafların talep hakkı söz konusu olacak mıdır?

Öğretide GÜRKAN, DENİZ ve BOZ zararın tazmin edilmesi gerektiğini ve bu tazminin esas davada idari işlem veya eylemde bulunmuş olan idari makama yöneltileceğini belirtmektedir.⁹³ Ancak bu durum kanun yararına bozma hükmünün esas karara etkisi niteliğinde olacaktır. Dolayısıyla bozma kararının esas davaya ilişkin bir zarar tazminine etkisi olmayacaktır.

Yukarıda⁹⁴ bozma kararı lehine olan tarafın uyuşmazlığa ilişkin bir talepte bulunamayacağı ifade edilmiş olmakla birlikte, hukukun yorumlanmasından veya uygulanmasından kaynaklanan zararların somut uyuşmazlıkla ilgili olmadığını belirtmek gerekir. Taraf, esas uyuşmazlığa ilişkin zararını talep edemeyecekse de; yargılamanın hukuka aykırılığında kaynaklanan zararı talep edebilecektir. Bu zararın, esas uyuşmazlık konusunu oluşturan zarar olarak biçimlenmesi de mümkündür. Ancak bu zararın esas davada lehine karar verilen taraftan, örneğin davalı idareden, talep edilmesi mümkün değildir. Zira belirtildiği üzere bu, hükmün hukuki sonuçlarını ortadan kaldırma niteliğindedir. O hâlde tazmin için yargılama sürecinin sorumlusu olan hâkimin hukuki sorumluluğuna gidilecektir.⁹⁵

Hâkimin hukuki sorumluluğunu düzenleyen Hukuk Muhakemeleri Kanunu m.46 uyarınca hâkimlerin yargılama faaliyetinden kaynaklanan zararlar hâkime rücu edilmek üzere devletçe tazmin edilecektir.

Kanun yararına temyiz sonucu saptanan hukuka aykırılık, HMK m.46’da sayılan sebeplerden birini oluşturuyorsa lehine bozma kararı verilen taraf hâkimin hukuki sorumluluğuna başvurabilecektir. Özellikle HMK m.46/1-(c) hükmünde yer alan “(f)arklı bir anlam yüklenemeyecek kadar açık ve kesin bir kanun hükmüne aykırı karar veya hüküm verilmiş olması” sebebi kanun yararına bozma kararlarında rastlanması olası bir sebeptir.⁹⁶

Belirtmek gerekir ki, kanun yararına bozma kararı otomatik olarak hâkimin sorumluluğunun işletileceğini göstermez. Zira “yürürlükteki hukuka aykırılık” son derece geniş kapsamlı bir bozma sebebidir ve kimi zaman karar, verildiği tarihte hukuka uygunken sonradan kanun yararına bozulabilir. Bozma kararlarının hâkimin hukuki sorumluluğuna etkisi; hukuka aykırılığın HMK m.46’da sayılan sebeplerle örtüştüğü takdirde ortaya çıkmaktadır. Bu durumda sorumluluk sebebi, bir mahkeme kararıyla saptanmış olacaktır.

B. Ret Kararı

İnceleme merci başvurunun şartları taşımadığını veya başvuru konusu kararın yürürlükteki hukuka aykırı bir sonuç ifade etmediğini saptadığı takdirde kanun yararına temyiz talebinin reddine karar verecektir.

C. Kararların Tebliği ve Resmî Gazete’de Yayımlanması

1. Kararların Tebliği

İYUK m.51, kanun yararına bozma kararlarının Resmî Gazete’de yayımlanmasının yanı sıra ilgili bakanlığa gönderilmesini hüküm altına almıştır. Hüküm, bunun dışında tebliğlere ilişkin bir düzenleme içermemektedir. Bu durumun kararın taraflara ve mahkemeye gönderilmesini

değerlendirmeyi engelleyecek etkiye sahip olduğunu savunmaktadır. Kanaatimce, yargılamanın yenilenmesi talebini değerlendiren merci, en azından bozma kararında saptanan hukuka aykırılığın yargılamanın yenilenmesi sebeplerinden birini oluşturup oluşturmadığını inceleyeceğinden; yazarlara katılmak güçtür.

⁹³ GÜRKAN/DENİZ/BOZ, s.125.

⁹⁴ Bkz. IV-A-2-a-iii.

⁹⁵ NALBANTOĞLU, Cahit: “Kanun Yararına Temyizin Düşündürdükleri”, Yargıtay Dergisi, 2, 1977, s.128-131.

⁹⁶ NALBANTOĞLU, s.129, 130.

engellemediği, hükmün ilgili bakanlığı özel olarak belirtmek suretiyle kararın olağan ilgilileri dışında kalabilecek olan bakanlığa tebliğini sağladığı söylenebilir.

Kanun yararına temyiz sonucu verilen kararın, bozma ya da ret yönünde olması fark etmeksizin esas hükmü veren mahkemeye gönderilmesi gerekir. Mahkeme bu karar üzerine herhangi bir işlem yapmayacaktır. Ne var ki kanun yararına temyiz amaçlarından biri olan hukuka aykırı kararların emsal teşkil etmemesi için esas hükmü veren mahkemeye kararın gönderilmesini gerektirir. Kararın Resmî Gazete’de yayımlanmasından bağımsız olarak esas hükmü veren mahkemenin özel olarak haberdar edilmesi isabetli olacaktır.

Ret kararları için gerekli olmamakla birlikte bozma kararlarının taraflara tebliğ edilmesi önem arz eder. Yukarıda⁹⁷ açıklandığı üzere bozma kararı, özellikle lehine karar verilen tarafın yargılamanın yenilenmesine veya hâkimin sorumluluğuna başvurusunda hukuka aykırılığa ilişkin bir delil niteliği taşıyacaktır. Yargılamanın yenilenmesine başvurulma ihtimali göz önünde bulundurulduğunda, aleyhine bozma kararı verilen tarafın da karardan haberdar olması, adil yargılanma hakkının gerçekleştirilmesi için önem taşır.

2. Resmî Gazete’de Yayımlanma

a. Bozma Kararının Yayımlanması

İYUK m.51/3, bozma kararlarının Resmî Gazete’de yayımlanacağını öngörmüştür. Bu düzenlemenin amacı kanun yararına temyiz kurumunun genel amacına paralel olarak içtihat birliğini ve hukuka aykırı kararların emsal olarak alınmamasını sağlamaktır.

b. Ret Kararının Yayımlanması

İYUK m.51/3 hükmünde ret kararlarının yayımına ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Buradan hareketle ret kararlarının Resmî Gazete’de yayımlanamayacağı sonucuna ulaşılmaktadır.⁹⁸

Diğer yandan kanun yararına temyiz amacını yalnız bozma kararlarının değil, ret kararlarının da gerçekleştireceği söylenebilir. Kanun yararına bozma talebinin reddi; başvuruya konu kararda hukuka aykırılık bulunmadığı ve kararın emsal alınabileceği anlamını taşır.

Yargı kararlarının Resmî Gazete’de yayımlanması kanunun bunu öngörmesine bağlıdır.⁹⁹ Ret kararlarının yayımlanmamasının düzenlemenin eski hâlindeki başlığının “*Kanun Yararına Bozma*” olmasından ve hükmün bozma kararına göre formüle edilmesinden kaynaklandığı, ret kararlarının Resmî Gazete’de yayımlanmasının önünde bir engel olmadığı düşünülebilir. Ancak İYUK m.51/2 hükmünün teknik anlamda bozma kararını düzenlemiş olması karşısında bu yorum mümkün görünmemektedir.

Uygulamada da Danıştay’ın ret kararlarının hüküm fıkrasında, kararın yayımlanmak üzere Resmî Gazete’ye gönderilmesine hükmetmediği ve ret kararlarının Resmî Gazete’de yayımlanmadığı görülmektedir.¹⁰⁰

V. SONUÇ

İdari yargılama usulünün olağanüstü kanun yollarından kanun yararına temyiz; içtihat birliğinin sağlanmasını, hukuka aykırı mahkeme kararlarının emsal teşkil etmemesini ve kesinleşmiş mahkeme kararlarındaki hukuka aykırılıkların ayıklanmasını amaçlar. Kanun yararına temyiz başvurusunu Danıştay Başsavcısı yapar; temyiz incelemesinden geçmemiş, nihai ve kesin kararlar kanun yararına temyize konu olabilir. Temyize konu karar yürürlükteki hukuka

⁹⁷ Bkz. IV-A-2-a-ii, iii.

⁹⁸ YILMAZ, s.408.

⁹⁹ 10 sayılı Resmî Gazete Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi m.4/1-(d) hükmü Resmî Gazete’nin içeriğini belirlerken “*Özel kanunlarında Resmî Gazete’de yayımlanması öngörülen mahkeme kararları*” ifadesini kullanarak mahkeme kararlarının Resmî Gazete’de yayımlanmasını kanuni düzenlemeye bağlamıştır. Mahkeme kararlarının Resmî Gazete’de yayımlanmasının kanunun düzenlemesi gereken bir konu olup olmadığı ve Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle kanunilik alanı yaratılmasının veya bu alanın değiştirilmesinin mümkün olup olmadığı; bu çalışmanın kapsamını aşacağından ele alınmayacaktır.

¹⁰⁰ D15D, E. 2016/6798, K. 2017/484, T. 25.01.2017, (HukukTürk); D12D, E. 2012/5705, K. 013/4199, T. 21.05.2013; D15D, E. 2011/270, K. 2011/3442, T. 02.11.2011; (Kazancı). YILMAZ, s.389’da hukuk muhakemesi bağlamında gösterilen istisna için bkz. Y18HD, E. 1992/7055, K. 1992/7554, T. 16.09.1992. RG: S.21393, T. 02.11.1992.

aykırıysa kanun yararına bozular. Yürürlükteki hukuka aykırılık, her türlü hukuka aykırılığı içeren bir kavramdır ve olağan temyiz sebeplerindeki istisnalar burada mevcut değildir.

Kanun yararına temyizden kendine özgü yanı, bozma kararının esas hükmün hukuki sonuçlarını ortadan kaldırmamasıdır. Lehine bozma kararı verilen taraf, derece mahkemesine başvurarak talepte bulunamaz. Diğer yandan bozulan kararın hukuki sonuçlarının ortadan kalkmaması ile bozma kararının birtakım hukuki sonuçlar doğurması, aynı anda mümkündür.

İlk durum iptal davasında kararın hukuki niteliği ve idarenin hukuka uygun davranma yükümlülüğünden kaynaklanır. İptal talebinin reddine ilişkin mahkeme kararı, işlemdeki hukuka aykırılık saptanarak kanun yararına bozulduğu takdirde; davacının talebi olsun ya da olmasın, idare hukuka aykırılığı ortadan kaldırmak zorundadır. Zira ret kararları maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmezler ve dolayısıyla idarenin bozma kararına göre hareket etmesi, esas kararın hukuki sonuçlarını ortadan kaldırmaz. İdare burada, bir mahkeme kararıyla saptanmış hukuka aykırılığı gidermekle yükümlüdür ve lehine bozma kararı verilen davacının talep hakkı mevcuttur. İdare hukuka aykırılığı, kararını değiştirmesinden etkilenecek üçüncü kişilerin varlığına göre geçmişe veya geleceğe etkili olarak giderebilir.

İkinci olarak, bozma kararının yargılamanın yenilenmesine etkisi tartışılabilir. Bozma kararı doğrudan yargılamanın yenilenmesini sağlamaz. Ancak bozma sebebi yargılamanın yenilenmesi sebepleriyle örtüştüğü ölçüde yenilenme başvurusunda delil olarak kullanılabilir.

Son olarak bozma kararıyla saptanan hukuka aykırılıktan doğan zararlar için hâkimin hukuki sorumluluğunun işletilebileceğini belirtmek gerekir. Ancak burada da bir doğrudan ilişki mevcut değildir. Hâkimin sorumluluk sebeplerinden birinin gerçekleştiği bozma kararında saptanmışsa, karar sorumluluğa başvuruda delil olarak kullanılabilir.

KAYNAKÇA

- : Milli Güvenlik Konseyi – İdari Yargılama Usulü Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu, (Türkiye Büyük Millet Meclisi – 1908’den Günümüze Tutanaklar, https://www.tbmm.gov.tr/kutuphane/tutanak_sorgu.html) (Erişim: 01.03.2020)
- AKYILMAZ, Bahtiyar/SEZGİNER, Murat/KAYA, Cemil: Açıklamalı – İçtihatlı Türk İdari Yargılama Hukuku, Savaş Yayınevi, Ankara 2019.
- ARAS ALTINOK, Zeliha: İptal Kararlarının Hukuki Etki ve Sonuçları, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2018.
- ARSLAN, Ramazan/YILMAZ, Ejder/TAŞPINAR AYVAZ, Sema/HANAĞASI, Emel: Medenî Usul Hukuku, 5. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2019.
- ASLAN, Zehreddin/BARLASS, İrfan/BERK, Kahraman/ARAT, Nilay/SAYHAN, Şebnem/BARDAKCI, Mehmet Akif/GÜMÜŞKAYA, Gamze/KAĞITCIOĞLU, Mutlu/ALTINDAĞ, Halil: Açıklamalı ve İçtihatlı İdari Yargılama Usulü Kanunu, Seçkin Yayın, Ankara 2019.
- AVCI, Mustafa: “6545 ve 6552 Sayılı Kanunlar ile İdari Yargıya İlişkin Kanunlarda Yapılan Değişiklikler Üzerine Bir İnceleme”, Legal Hukuk Dergisi, 152, 2015, s.35-106.
- AYDIN, Hüseyin: İdari Yargıda Kanun Yolu, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Çankaya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2010.
- AZRAK, Ali Ülkü: “İptal Davalarının Objektif Niteliği Üzerine Düşünceler”, Onar Armağanı, İstanbul 1977, s.145-164.
- CANDAN, Turgut: Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu, 7. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2017.
- CENTEL, Nur/ZAFER, Hamide: Ceza Muhakemesi Hukuku, 12. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2015.
- CHAPUS René: Droit Du Contentieux Administratif, 13. Baskı, Montchrestien, Paris 2008.
- ÇAĞLAYAN, Ramazan: İdari Yargı Kararlarına Karşı Başvuru Yolları (Fransa-Türkiye: Mukayeseli Bir Deneme), Seçkin Yayınevi, Ankara 2017.
- DERDİMAN, R. Cengiz: İdari Yargının Genel Esasları, Aktüel Yayınları, 3. Baskı, Bursa 2014.
- DURAN, Lutfi: İdare Hukuku Meseleleri, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1964.
- ERSÖZ, Ahmet Kürşat/GÜZEL, Oğuzhan (ed.): İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun Kabul Edilişinin 35. Yıl Dönümü Sempozyumu, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2017.
- GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref/TAN, Turgut: İdare Hukuku Cilt II İdari Yargılama Hukuku, 9. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2017.
- GÜRKAN, Mehmet/DENİZ, Yusuf/BOZ, Selman Sacit: “İdari Yargıda Kanun Yararına Bozma”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 21(1), 2013, s.105-128.
- KAPLAN, Gürsel: İdari Yargılama Hukuku, 6. Baskı, Ekin Yayınları, Bursa 2020.
- KAPLAN, Gürsel: Fransız İdari Yargılama Hukukunda Kararlara Karşı Başvuru Yolları, Ekin Yayınları, Bursa 2016.
- KARAHANOĞULLARI, Onur: İdari Yargı - İdarenin Hukuka Zorlanması, Turhan Kitabevi, Ankara 2019.
- KARAVELİOĞLU, Celâl: Açıklamalı, İçtihatlı ve İstinaf Kurumuyla İdari Yargılama Usulü Kanunu, 9. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2016.
- KUNTER, Nurullah: “Olağanüstü Temyiz Kanun Yolunda Reform”, Ceza Adaletinde Reform İlkeleri Sempozyumu, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 38(1-4), 1973, s.163-175.
- KURU, Baki: İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medenî Usul Hukuku (Ders Kitabı), Yetkin Yayınları, Ankara 2017.
- NALBANTOĞLU, Cahit: “Kanun Yararına Temyizin Düşündürdükleri”, Yargıtay Dergisi, 2, 1977, s.125-131.
- ÖZBEK, Veli Özer/DOĞAN, Koray/BACAŞIZ, Pınar/TEPE, İlker: Ceza Muhakemesi Hukuku, 11. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2018.
- ÖZEKES, Muhammet: Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku Cilt III, 15. Baskı, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2017.
- ÖZTÜRK, Bahri/TEZCAN, Durmuş/ERDEM, Mustafa Ruhan/SIRMA GEZER, Özge/SAYGILAR KIRIT, Yasemin F./ALAN AKCAN, Esra/ÖZAYDIN, Özdem/ERDEN TÜTÜNCÜ, Efser: Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 11. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2017.
- TEKİNSOY, M. Ayhan: “Danıştay’ın Temyiz İncelemesi Üzerine Verdiği Kararların Uygulanması”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 5(2), 2014, s.23-50.
- ULER, Yıldırım: İdari Yargıda İptal Kararlarının Sonuçları, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1970.
- ULUSOY, Ali D.: Yeni Türk İdare Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2019.
- YILDIZ, Müzeyyen: “Kanun Yararına Bozma”, Ankara Barosu Dergisi, 4, 1995, s.52-65.
- YILMAZ, Ejder: Olağanüstü Temyiz, Yetkin Yayınları, Ankara 2003.
- ZABUNOĞLU, Yahya Kâzım: İdare Hukuku Cilt 2, Yetkin Yayınları, Ankara 2012.
- Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası (Erişim: 01.03.2020)
- HukukTürk İçtihat Bilgi Bankası/Kazancı İçtihat Bilgi Bankası (Erişim: 01.03.2020)

**AİHM’NİN ÖNLEYİCİ TUTUKLAMAYLA İLGİLİ VERDİĞİ KARARLAR
BAKIMINDAN TEMELLENDİRİLEBİLİR AYRIMCILIK^{ed}****JUSTIFIABLE DISCRIMINATION IN THE CONTEXT OF ECHR’S DECISIONS ABOUT
PREVENTIVE DETENTION**Muhammet KOÇAKGÖL*  **Makale Bilgi***Gönderilme: 22/04/2020
Kabul: 26/06/2020***Anahtar Kelimeler***Temellendirilebilir
Ayrımcılık,
Önleyici Tutuklama,
AİHM,
İnsan Hakları.***Article Info***Received: 22/04/2020
Accepted: 26/06/2020***Keywords***Justifiable
Discrimination,
Preventive Detention,
ECHR,
Human Rights.***Özet**

Ayrımcılık konusu birçok durumda ortaya çıkabilmekte ve bazı durumlarda çeşitli gerekçelerle savunulabilmektedir. Etik bakımdan kimi ayrımcılıkların ise temellendirilebilir olabileceği belirtilmektedir. Bu durumlardan biri olan önleyici tutuklama gelecekte işlenecek bir suçu engellemek amacıyla tehlikeli kişilerin tutuklanması olarak tanımlanmaktadır. Önleyici tutuklama için kişinin mevcut durumda bir suçu işlemek üzere harekete geçmesi veya geçmişte suç işlemiş olması da her zaman gerekmemektedir. Bu çalışmada önleyici tutuklamanın etik bakımdan temellendirilebilir olup olmadığı Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin kararları kapsamında tartışılmıştır. Zira Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin önüne gelen davalarda önleyici tutuklama konusu detaylı şekilde ele alınmıştır. Bununla ilgili “kanunsuz ceza olmaz” ve “özgürlük ve güvenlik hakkı” kapsamında önleyici tutuklamaya ilişkin kararlar incelenmiştir. Bu çalışmada da mahkemenin yaptığı tartışmalar bu maddeler ekseninde değerlendirilmeye birlikte mahkûmlarla ilgili bir “ayrımcılık” yapıldığından hareket edilmiştir. Etik değerlendirme bakımından mahkemece verilen kararların temellendirilebilir ayrımcılık kapsamında sayılıp sayılmayacağı konusu ele alınmıştır. Bu yapılırken Ioanna Kucuradi’nin etik görüşüne başvurulmuştur. Bu kapsamda AİHM’nin önleyici tutuklama konusunda verdiği kararlarının temellendirilebilir ve çelişkili olup olmadığıyla ilgili ulaşılan sonuç paylaşılmıştır.

Abstract

Discrimination occurs in various contexts and it may be justified for several reasons in some situations. It is stated that some discriminations may be ethically justifiable. Preventive detention, one of these situations, is defined as the detention of dangerous persons in order to prevent a crime to be committed in the future. It is not always necessary for a preventive detention to be involved in a crime or have committed a crime in the past. In this paper, it is discussed whether preventive detention is ethically justifiable or not in the context of European Court of Human Rights’s cases, because preventive detentions are dealt with in detail in the cases before the European Court of Human Rights. In this regard, cases about preventive detention are analyzed within the scope of “no punishment without law” and “right to liberty and security”. In this study, the discussions made by the court are evaluated on the basis of these articles and it has been accepted that a “discrimination” has come into view for the prisoners. Whether decisions made by the court are ethically justifiable or not is handled in the light of ethical evaluation. In doing this, Ioanna Kucuradi’s ethics is taken as a base. In the light of her views, the result about ethical justifiableness of preventive detention is shared.

I. GİRİŞ

İnsan haklarının gereği gibi uygulanması için *ayrımcılık yasağı* önemli bir ilke olarak karşımıza çıkmaktadır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi bu konuda “*Bu Sözleşme’de tanınan hak ve özgürlüklerden yararlanma, cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasal veya diğer kanaatler, ulusal veya toplumsal köken, ulusal bir azınlığa aidiyet, servet, doğum başta olmak üzere herhangi başka bir duruma dayalı hiçbir ayrımcılık gözetilmeksizin sağlanmalıdır.*” hükmüne yer vermektedir.¹ Burada ayrımcılığa konu olabilecek köken, ulusal aidiyet, dil ve din gibi unsurların sınırlayıcı değil örnekleyici olduğu anlaşılmaktadır. Bu nedenle işlenen suç ne olursa olsun AİHS’de yer alan diğer hak ve ilkeler bakımından olduğu gibi *kanunsuz ceza verme yasağı*² ve *güvenlik ve özgürlük hakkı*³ bakımından da hiçbir hükümlünün ayrımcılığa uğramaması gerektiği belirtilebilir.

Bu anlamda cezası tamamen infaz edilmiş hükümlülerle ilgili olarak işledikleri suça veya hükümlünün kişiliğine göre ayrımcılık yapılmaması ve neticede infaz tamamlanır tamamlanmaz bu kişilerin istisnasız özgür bırakılması beklenmektedir. Ancak ülkelerin infaz tamamlanmasına rağmen “*önleyici tutuklama*” adı altında cezası tamamen infaz edilen kişileri özgür bırakmadığı görülmekte ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin de bu konuya ilişkin çeşitli kararları bulunmaktadır.

Tutuklama kavramı ceza hukukundaki teknik tanımı suçlu olduğu hususunda henüz kesin hüküm bulunmayan fakat suç işlediği şüphesi kuvvetli olan kişinin özgürlüğünün yargıç tarafından geçici olarak kaldırılması şeklindedir.⁴ Özgürlüğe yönelik ciddi bir müdahale olması nedeniyle tutuklama için kuvvetli suç şüphesini gösteren somut delillerin bulunması, kaçma veya delilleri karartma şüphesi, tutuklama nedeninin bulunması gibi birtakım sıkı şartlar aranmaktadır.⁵ Önleyici tutuklama (*preventive detention*) gelecekte işlenecek bir suçu engellemek amacıyla tehlikeli kişilerin tutuklanması olarak tanımlanmaktadır. Dolayısıyla ceza tekniği açısından tutuklama kavramını bire bir karşılamadığı belirtilmelidir. Zira önleyici tutuklama için kişinin mevcut durumda bir suça girişmesi veya geçmişte suç işlemiş olması da gerekmemektedir. Ancak çoğu ülkede önleyici tutuklama kapsamında kişinin tehlikeli sayılması için geçmişte suç işlemiş olma şartı aranmaktadır.⁶ Diğer taraftan önleyici tutuklamanın kapsamı zamanla genişletilmiş ve

¹ İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşme, Roma 1950, Madde 14.

² Kanunsuz Ceza Verme Yasağı AİHS 7. Maddede “1. Hiç kimse, işlendiği zaman ulusal veya uluslararası hukuka göre suç oluşturmayan bir eylem veya ihmalden dolayı suçlu bulunamaz. Aynı biçimde, suçun işlendiği sırada uygulanabilir olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez. 2. Bu madde, işlendiği zaman uygar uluslar tarafından tanınan genel hukuk ilkelerine göre suç sayılan bir eylem veya ihmalden suçlu bulunan bir kimsenin yargılanmasına ve cezalandırılmasına engel değildir.” şeklinde düzenlenmiştir.

³ Özgürlük ve Güvenlik Hakkı AİHS 5. Maddede “1. Herkes özgürlük ve güvenlik hakkına sahiptir. Aşağıda belirtilen haller dışında ve yasanın öngördüğü usule uygun olmadan hiç kimse özgürlüğünden yoksun bırakılamaz: a) Kişinin, yetkili bir mahkeme tarafından verilmiş mahkûmiyet kararı sonrasında yasaya uygun olarak tutulması; b) Kişinin, bir mahkeme tarafından yasaya uygun olarak verilen bir karara uymaması sebebiyle veya yasanın öngördüğü bir yükümlülüğün uygulanmasını sağlamak amacıyla yasaya uygun olarak yakalanması veya tutulması; c) Kişinin bir suç işlediğinden şüphelenmek için inandırıcı sebeplerin bulunduğu veya suç işlemesine ya da suçu işledikten sonra kaçmasına engel olma zorunluluğu kanaatini doğuran makul gerekçelerin varlığı halinde, yetkili adli merci önüne çıkarılmak üzere yakalanması ve tutulması; d) Bir küçüğün gözetim altında eğitimi için usulüne uygun olarak verilmiş bir karar gereği tutulması veya yetkili merci önüne çıkarılmak üzere yasaya uygun olarak tutulması; e) Bulaşıcı hastalıkların yayılmasını engellemek amacıyla, hastalığı yayabilecek kişilerin, akıl hastalarının, alkol veya uyuşturucu madde bağımlılarının veya serserilerin yasaya uygun olarak tutulması; f) Kişinin, usulüne aykırı surette ülke topraklarına girmekten alkonması veya hakkında derdest bir sınır dışı ya da iade işleminin olması nedeniyle yasaya uygun olarak yakalanması veya tutulması; 2. Yakalanan her kişiye, yakalanma nedenlerinin ve kendisine yöneltilen her türlü suçlamanın en kısa sürede ve anladığı bir dilde bildirilmesi zorunludur. 3. İşbu maddenin 1.c fıkrasında öngörülen koşullar uyarınca yakalanan veya tutulan herkesin derhal bir yargıç veya yasayla adli görev yapmaya yetkili kılınmış sair bir kamu görevlisinin önüne çıkarılması zorunlu olup, bu kişi makul bir süre içinde yargılanma ya da yargılama süresince serbest bırakılma hakkına sahiptir. Salıverilme, ilgilinin duruşmada hazır bulunmasını sağlayacak bir teminat şartına bağlanabilir. 4. Yakalama veya tutulma yoluyla özgürlüğünden yoksun kılınan herkes, tutulma işleminin yasaya uygunluğu hakkında kısa bir süre içinde karar verilmesi ve, eğer tutulma yasaya aykırı ise, serbest bırakılması için bir mahkemeye başvurma hakkına sahiptir. 5. Bu madde hükümlerine aykırı bir yakalama veya tutma işleminin mağduru olan herkes tazminat hakkına sahiptir.” şeklinde düzenlenmiştir.

⁴ Nur CENTEL/Hamide ZAFER: Ceza Muhakemesi Hukuku, Beta Yay., İstanbul 2019, s.393.

⁵ Yener ÜNVER/Hakan HAKERİ: Ceza Muhakemesi Hukuku, Adalet Yay., Ankara 2017, s.340-343; Ahmet GÖKCEN, Murat BALCI/M. Emin ALŞAHİN/Kerim ÇAKIR: Ceza Muhakemesi Hukuku, Adalet Yay., Ankara 2020, s.407-410.

⁶ Michael CORRADO: “Punishment Quarantine and Preventive Detention”, Criminal Justice Ethics içinde, 2(15), 1996, s.3.

bunun daha fazla genişleyebileceği de iddia edilmektedir.⁷ Teorik olarak önceden suç işlemiş olma şartı aranmaması ve bunu öngören hukuki düzenlemelerle karşılaşılması bunu destekler niteliktedir. Örneğin karşısındakini cinsel bir avmış gibi gören kimseler (*sexual predators*) için önceden suç işlemiş olma şartı aranmaksızın önleyici tutuklamaya maruz bırakma görülebilmektedir.⁸ Örneğin Amerika’da *Illinois Cinsel Bakımdan Tehlikeli Kişiler Yasası* (*Illinois Sexually Dangerous Persons Act*) kapsamında önceden suç işlemiş olma şartı aranmamakta ve tehlikeli görülen kişilerin önleyici tutuklama kapsamında süresiz hapse atılması mümkün kılınmaktadır.⁹

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin önüne gelen davalarda da önleyici tutuklama konusu detaylı şekilde tartışılmıştır. Yapılan tartışmalar *kanunsuz ceza verme yasağı* ile *güvenlik ve özgürlük hakkı* etrafında yoğunlaşmıştır. Bu çalışmada da mahkemenin yaptığı tartışmalar bu maddeler ekseninde değerlendirilmekle birlikte mahkûmlarla ilgili bir “ayrımcılık” yapıldığından hareket edilecektir. Ancak bu ayrımcılığın temellendirilebilir bir ayrımcılık olup olmadığı mahkeme kararlarındaki argümanlar çerçevesinde tartışılacaktır. Bununla ilgili temellendirilebilir ayrımcılıkla ve önleyici tutuklamayla ilgili olarak anahtar karar niteliğinde sayılabilecek *M./Almanya, Bergmann/Almanya* ve kısmen *Del Rio Prada/İspanya* davalarındaki tartışmalar temel alınacaktır. Bu tartışmalardan önce insan haklarıyla ve insan olanaklarıyla ilgisinde ayrımcılık ve temellendirilebilir ayrımcılık kavramlarından söz edilecektir. Devamında önleyici tutuklamayla benzer sonuçlar içeren ve benzer kaygılarla geliştirildiği iddia edilen Parot doktrininden bahsedilecek, sonrasında ıslah olmadığı iddia edilen suçlular bağlamında önleyici tutuklama ele alınacaktır. Bu kapsamda, AİHM’nin önleyici tutuklama ve temellendirilebilir ayrımcılık konusundaki kararlarının insan hakları ve etik bakımdan temellendirilip temellendirilmediğiyle ilgili ulaşılan sonuca yer verilecektir. Bu yapılırken asıl tartışılan konu önleyici tutuklamanın hukuken savunulabilir olup olmamasından ziyade AİHM’nin bakmış olduğu somut davalar kapsamında yapılan ayrımcılığın etik bakımdan, etik teoriler bakımından ise *Ioanna Kuçuradi*’nin etik görüşü kapsamında temellendirilebilir olup olmadığına ilişkin olacaktır.

II. ETİKLE İLİŞKİLİ OLARAK AYRIMCILIK VE TEMELLENDİRİLEBİLİR AYRIMCILIK

Ayrımcılık aynı değerde olduğu düşünülenlerden birine farklı davranılması şeklinde ortaya çıkabilmektedir.¹⁰ Ancak eşit davranmayı gerektirmeyen her durumun etik bakımdan temellendirilmesi gerekmektedir.¹¹ Kuçuradi’nin etik görüşü kapsamında yapılan ayrımcılığın temellendirilip olup olmadığını söyleyebilmek için insanın değerinin bilgisinden hareket edilip edilmediği ve bu temelde doğru bir değerlendirme yapıp yapılmadığına bakmak gerekmektedir. Bu bağlamda öncelikle insanın değeriyle anlatılmak istenenin ne olduğunun ortaya konması gerekmektedir. Fakat insan değeriyle neyin kastedildiğini daha anlaşılır kılmak için Kuçuradi’nin hocası olan Takiyettin Mengüşoğlu’nun görüşlerine değinilebilir. Mengüşoğlu düşünsel anlamda insanın değeri fikrinden bir adım öncesi olarak nitelenebilecek insanı diğer canlılardan ayıran niteliklerden ve insanın varlık yapısından söz etmektedir. Bu noktada insanın varlık yapısı ve varlık bütünündeki yerini ayrı bir sorun olarak ele almıştır.¹² Buna göre insan isteyen¹³, yapıp-eden¹⁴, disharmonik bir varlıktır¹⁵ ve insanı bu tür nitelikleri ve varlıktaki yeri bağlamında ontolojik bir bütün olarak görmek gerekmektedir.¹⁶ Mengüşoğlu’nun insanın nitelikleri ve varlık bütünündeki yerine ilişkin düşüncelerinin öğrencisi Kuçuradi tarafından insanın değeri ve olanakları fikriyle geliştirildiği belirtilebilir. İnsanın değeriyle *Kuçuradi* insanın diğer canlılar

⁷ Stephen J. MORSE: “Blame and Danger: An Essay on Preventive Detention”, Boston University Law Review içinde, 76(113), 1996, s.114.

⁸ CORRADO, 1996, s.3.

⁹ CORRADO, 1996, s.11.

¹⁰ Harun TEPE: Pratik Etik Etiğin Pratik Sorunları, Bilgesu Yay., Ankara 2016, s.186.

¹¹ Harun TEPE: Etik ve Metaetik, Türkiye Felsefe Kurumu Yay., Ankara 2011, s.40.

¹² Takiyettin MENGÜŞOĞLU: “Ontolojik Esaslara Dayanan Felsefi Antropoloji Hakkında Düşünceler”, Yüzyılımızda İnsan Felsefesi Takiyettin Mengüşoğlu Anısına içinde (Hazırlayan: İoanna KUÇURADI), Türkiye Felsefe Kurumu Yay., Ankara 1997, s.2.

¹³ Takiyettin MENGÜŞOĞLU: İnsan Felsefesi, Doğubatu Yay., Ankara 2015, s.193.

¹⁴ MENGÜŞOĞLU, 2015, s.144.

¹⁵ MENGÜŞOĞLU, 2015, s.441.

¹⁶ Takiyettin MENGÜŞOĞLU: Felsefeye Giriş, Doğubatu Yay., Ankara 2014, s.311.

içerisindeki özel yerini, onun özelliklerinin bütünü ve onu diğer canlılardan ayıran olanaklarını kastetmektedir.¹⁷ İnsan hakları da insanın değerini tanıma ve koruma istemeleri olarak karşımıza çıkmaktadır.¹⁸ Yani, insanı diğer canlılardan ayıran ve onun yapısal olanaklarını da kapsayan olanakların gerçekleşebilirliğinin nesnel koşulları insan hakları olarak görülmektedir.¹⁹ Bunların ihlali sonucunda da ayrımcılık ortaya çıkmaktadır. Bu yönüyle ayrımcılık politik anlamda bir sebep olarak görülse de etik yönüyle bir sonuç olarak değerlendirilebilmektedir.²⁰ Bunun sebebi olarak ise etik bakımdan yoksunluk gösterilebilir. Böylece ayrımcılığın etik olmayan kimi değerlendirmelerin sonucunda ortaya çıktığı belirtilebilir. *Kuçuradi*'nin ifadeleriyle ayrımcılığa değer yargılarına göre hareket edilmekte ve bu değer yargılarının eyleme veya duruma uygulanması şeklinde bir değer biçme yapılmaktadır.²¹

Bu noktada Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin önleyici tutuklamaya ilişkin verdiği kararlarda gerçekten değer biçmeyle ortaya çıkan bir ayrımcılık mı yapıldığı yoksa temellendirilebilir bir ayrımcılık mı yapıldığının ortaya konması gerekmektedir. Bununla ilgili aşağıda *Kuçuradi*'nin düşünceleri temel alınarak iki noktaya değinilecektir. Bunlar temellendirilebilir ayrımcılığın insan hakları ve etik temelinde tanımlanması ile normların veya ilkelerin temellendirilmesidir. Bu iki nokta ortaya konduktan sonra ise AİHM'nin gerekçelendirmeleri üzerinde durulacaktır.

Ayrımcılık çoğu kez hem etik hem de insan hakları ihlali sorunu olarak ortaya çıkmaktadır.²² Bu anlamda ayrımcılık olarak adlandırılan şey ise aynı olan veya aynı değeri taşıdığı düşünülenlerden birinin diğerinden farklı muameleye tabi tutulmasıdır. Bir grup ya da kişinin kendileriyle doğrudan ilgisi olmayan bazı özelliklerden dolayı kayırılması veya haksızlığa uğraması durumlarında ayrımcılıktan söz edilmektedir.²³ Örneğin işe alınan kişiye ırkından dolayı iltimas edilmişse, o halde aynı durumda olan diğer aday açısından haksızlık oluşacaktır.²⁴ Burada oluşan haksızlık ayrımcılığın bir sonucu gibi görülmektedir. Oysa hareket edilen nokta "*Benim ırkımdan olan daha iyidir.*" şeklindeki bir değer yargısına dayanmakta ve bundan dolayı da esasında bu değer yargısına dayalı değerlendirmenin bir sonucu olarak ayrımcılık ortaya çıkmaktadır. Yani bilinen anlamıyla ayrımcılık, etnik köken ve inanç gibi değer yargılarıyla ilişkili nedenler sonucunda belirlemekte ve etik olarak sorunlu bir bakışın sonucunda ortaya çıkmaktadır.²⁵ Burada tipik önyargı ve değer biçmelere dayanıldığı için temellendirilebilir bir ayrımcılığın olmadığı açıkça görülmektedir.

Diğer taraftan pozitif ayrımcılık gibi bazı ayrımcılıklarda etik olarak temellendirilebilirlik söz konusu olmaktadır.²⁶ AİHM içtihatları da bununla paralel bir yol izleyerek muamele farklılığının meşru ve haklı bir sebebe dayanmasını, gerçekleştirilmek istenen amaçla araçlar arasında ölçülü olmayı aramaktadır.²⁷ Dolayısıyla ayrımcılık yasağının ihlal edilmediğini göstermek için ayrımcı sayılan bir muamelenin etik bakımdan temellendirilebilir olması aranmaktadır. Kız çocuklarının eğitim imkânından faydalanması için okula gönderilmeleri karşılığında maddi yardım yapılması erkek çocuklarla kıyaslanınca ayrımcılıktır. Ancak burada belli bir insan hakkını (eğitim hakkını) hayata geçirmek için harcanan haklı (insanın yapısal olanaklarını geliştirici) bir çaba söz konusu olduğu için temellendirilebilir bir ayrımcılıktan söz edebiliriz. Benzer örnekleri geliri fazla olandan fazla vergi alınması, dezavantajlı gruplara işgücü içerisinde kota konulması örneklerinde de görebiliriz. Bu örneklerde de en azından etik bakımdan tartışılabilir, etik bakımdan temellendirilebilir durumlar söz konusudur.

¹⁷ İoanna KUÇURADİ: "Felsefe ve İnsan Hakları", İnsan Haklarının Felsefi Temelleri (Yayına Hazırlayan: İoanna KUÇURADİ) içinde, Türkiye Felsefe Kurumu Yay., Ankara 2009a, s.73; İoanna KUÇURADİ: İnsan Hakları Kavramları ve Sorunları, Türkiye Felsefe Kurumu Yay., Ankara 2011, s.2,72.

¹⁸ KUÇURADİ, 2009a, s.73.

¹⁹ KUÇURADİ, 2011, s.72.

²⁰ TEPE, 2016, s.185.

²¹ TEPE, 2016, s.185, 187-188.

²² TEPE, 2016, s.190.

²³ TEPE, 2016, s.185.

²⁴ TEPE, 2016, s.188.

²⁵ TEPE, 2016, s.188.

²⁶ TEPE, 2016, s.185-186.

²⁷ Ulaş KARAN: "Bireysel Başvuru Kararlarında Ayrımcılık Yasağı ve Eşitlik İlkesi", Anayasa Yargısı içinde, S.32, 2015, s.238. Detaylı bilgi için bkz. Ulaş KARAN: Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı, On İki Levha Yay., İstanbul 2017.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin önleyici tutuklamaya ilişkin kararlarında temellendirilebilir bir ayrımcılık yapıp yapmadığını belirlemek için ise normların veya ilkelerin temellendirilebilirliğinden de bahsetmek gerekmektedir. Çünkü verilen kararlar *kanunsuz ceza verme yasağı* ile *özgürlük ve güvenlik hakkı* bağlamında verilmiş olup pozitif norm haline gelmiş ilkelerle ilgilidir. Aşağıda detaylı şekilde incelenecek olan kararlarda ise bu ilkeler ve davaya konu olan somut durumdan hareket edilecektir. Dolayısıyla ilkelerle ilgili temellendirilebilir bir ayrımcılık olup olmadığını belirleyebilmek için bir normun etik ve insan haklarıyla ilgisinde nasıl temellendirilmesi gerektiği belirlenmelidir.

Normlar genel geçer olma iddiasına sahip önermeler olarak karşımıza çıkmakta ve değerlendirme yapabilmemiz için bize değer ölçüleri sağlamaktadır. Değer yargıları ve buyrukların yanı sıra normların kapsamına ilkeler de girmektedir. Diğer normlar gibi ilkeler de olumlu bir değerlendirme için kendilerine uygun olarak hareket edilmesini beklemektedirler.²⁸ Hukuktaki birçok ilkenin uygulanmasını da bu kapsamda değerlendirmek mümkündür.

Bütün ilkeler ise pozitif veya negatif bir temellendirmeye tabi tutulabilir. Ancak gereklilik olarak karşımıza çıkan ilkelerin temellendirilebilir olması demek onların “neden gerekir” sorusuna yanıt vermesi anlamına gelmektedir.²⁹ Aşağıda AİHM'nin önleyici tutuklamaya ilişkin verdiği kararlarda da “neden gerekir” veya “neden gerekmez” sorusu yanıtlanmaya çalışılmıştır. Mahkeme bu sorulara cevap verirken *kanunsuz ceza verme yasağı* ve *güvenlik ve özgürlük hakkı* kapsamında ilkelere dayanarak hareket etmektedir. Belli bir suçlu bakımından bu ilkeler ihlal edilmiş denilirken aslında söz konusu ilke “neden gerekir” sorusu cevaplanmış, ihlal kararı olmadığına karar verilirken de bu ilke “neden gerekmez” sorusuna yanıt verilmeye çalışılmıştır.

Etik bakımdan temellendirilebilir olmaktan bahsetmek için insanın değerinin bilgisinden hareket edilmesi gerektiği belirtilmişti. Bir ilkenin bu bilgiye dayanarak çıkarılması ise *Kuçuradi*'ye göre *absürde indirgeme (reductio ad absurdum)*³⁰ yoluyla temellendirilmesine bağlıdır. Yani bir insan belli bir şekilde davranırsa veya davranmazsa insanın yapısal olanaklarını gerçekleştirme olanağı artar denilebiliyorsa temellendirilebilirlikten söz edilebilecektir.³¹

Kanunsuz ceza verme yasağı ve *güvenlik ve özgürlük hakkı* ilkeler olarak ele alındığında insanın yapısal olanaklarını geliştiren niteliğe sahip olduğu söylenebilir. Çünkü insanın yapısal olanakları onu diğer canlılardan ayıran özel yerini anlatmakta ve insan hakları da bu olanakların kişilerde koruma istemeleri olarak karşımıza çıkmaktadır. Dolayısıyla istisnasız her bir insan için bu olanakların sağlanması insanın varlıktaki yerini, kendi değerini korumak anlamına gelmektedir.³² Böyle bakıldığında mahkemenin tartıştığı ilkelerin uygulanması beklenir ki kişinin olanakları engellenmesin ve insanın değeri korunmuş olsun. Ama diğer taraftan yine *Kuçuradi*'nin belirttiği gibi ilkeler tarihsel anlamda her zaman için geçerli olabilir, fakat her tek durum için aynı söylenemez.³³ Aşağıda da AİHM'nin önleyici tutuklamaya ilişkin verdiği iki karar ve temellendirilebilirlikle kıyaslama yapmak açısından *Del Rio Prada/İspanya* davası incelenecek ve her tek durum için hükümlülerle ilgili yapılan ayrımcılığın temellendirilebilir olup olmadığı *Kuçuradi*'nin etik görüşü kapsamında tartışılacaktır.

III. AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ'NİN ÖNLEYİCİ TUTUKLAMAYA İLİŞKİN KARARLARINDA TEMELLENDİRİLEBİLİR AYIRIMCILIK

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin önleyici tutuklamaya ilişkin kararlarında “temellendirilebilir ayrımcılık” kavramı kullanılmamakla birlikte yapılan ayrımcılıklarda ihlal olduğuna veya olmadığına karar verdiği görülmektedir. Ancak esasında bilinen anlamıyla bir ayrımcılığı onaylama şeklinde değil de temellendirilebilir bir ayrımcılık olup olmadığı tartışılmaktadır. Önleyici tutuklamadaki kararlarda (*M./Almanya ve Bergmann/Almanya*) olduğu gibi Parot doktrininde (*Del Rio Prada/İspanya*) de hükümlünün tehlikeliliği konusunda

²⁸ Ioanna KUÇURADİ: Çağın Olayları Arasında, Türkiye Felsefe Kurumu Yay., Ankara 2009b, s.175-176.

²⁹ KUÇURADİ, 2009b, s.178-179.

³⁰ Burada Kuçuradi'nin absürde indirgeme yöntemini sadece insanın değerinin bilgisiyle ilgili çıkarılan ilkeler bakımından kullandığı, her türlü bilgiye ulaşmada kullanmadığı belirtilmelidir.

³¹ KUÇURADİ, 2009b, s.179-180.

³² KUÇURADİ, 2009a, s.73-74.

³³ KUÇURADİ, 2009b, s.180.

kaygılanılmakta ve bu doktrin gerekçe gösterilerek belli hükümlülere farklı infaz rejimi uygulanarak diğerlerinden farklı muamele edilmektedir.

A. Parot Doktrini ve Önleyici Tutuklama

Parot doktrini adını İspanya'daki Henri Parot isimli bir terör hükümlüsünden almıştır. Bu doktrin ayrılıkçı bir grup diye bilinen ETA üyesi suçluyla ilgili geliştirilmiştir. İspanya'daki davada İspanyol Yüksek Mahkemesi birden çok suçtan hüküm giymiş olan Parot'un cezasını her bir suç için ayrı ayrı çekmesini 2006'da onaylamıştır. Bu şekliyle Parot'un aldığı toplam ceza ise 4000 yıldan fazladır. Oysa o zamana kadar İspanyol Ceza Kanununa göre hükümlünün toplam yatacağı hapis cezası 30 yıl ile sınırlandırılmıştır.³⁴ Bu şekilde ETA üyesi suçluların, tecavüzcülerin ve politik olmayan nedenlerden ötürü cinayet işlemiş olanların cezaevinde daha uzun sürelerle tutulması istenmiştir.³⁵ Böyle bir uygulamaya gidilmesinde birçok cinayetin zanlısı olan ve çok tehlikeli görülen Parot'un serbest bırakılmaması için mahkeme üzerindeki sosyal ve politik baskının etkili olduğu belirtilmektedir.³⁶

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne gelen ve Parot doktrininin tartışıldığı dava da *Del Rio Prada* isimli hükümlünün açmış olduğu davadır. *Prada*'nın sekiz ayrı ceza yargılaması sonucunda 1982-1987 yılları arasında işlenen suçlardan ötürü 3.000 yıldan fazla hapis cezasına çarptırıldığı, ama İspanyol Ceza Kanununa göre bu cezanın en fazla 30 yılının infaz edilebileceği belirtilmiştir.³⁷ Bu durumda mevcut Ceza Yasasına göre 1987 yılında tutuklanıp yargılanmaya başlayan *Prada*'nın en geç 2017 yılında özgür bırakılması beklenmektedir. Hatta bununla ilgili Ulusal Mahkeme 23 Haziran 2008'deki kararında *Prada*'nın 27 Haziran 2017 tarihinde serbest bırakılmasına hükmetmiştir.³⁸

Ancak 2008 yılı Nisan ayında cezaevi yönetimi ceza indirimlerini (remissions) de göz önüne alarak *Prada*'nın 2008 yılı Temmuz ayında özgür bırakılması konusunda *İspanyol Ulusal Mahkemesine (Audiencia Nacional)* başvurmuştur. Ceza indirimlerinin konusu ise hükümlünün iyi haliyle ilgili olan hücrelerini, ortak alanları, hapisaneyi temizlemesi ve üniversite öğrenimini yerine getirmesiyle gerekçelendirilmiştir. Fakat Ulusal Mahkeme İspanya'da *Yüksek Mahkeme (Supreme Court)* tarafından yeni bir emsal karara konu olan Parot Doktrinine dayanarak bu teklifi reddetmiştir. Buna göre 30 yıl sınırı, işlenen bütün suçların toplamı için değil, her bir suç için müstakil olarak uygulanacaktır.³⁹ Bunun üzerine *Prada*, kararı temyiz etmiş ancak *Yüksek Mahkeme* ve *Anayasa Mahkemesi (Constitutional Court)* ayrımcılık, özgürlük hakkı, kanunilik, hukuk tarafından etkin korunma ve geriye yürümezlik ilkelerinin ihlal edildiğine dair yapılan başvuruları reddetmiştir.⁴⁰

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin *Del Rio Prada/İspanya* davasında yukarıda bahsi geçen sosyal baskının, kanunsuz ceza verme yasağını ihlale izin veremeyeceğine hükmettiği görülmektedir. Mahkeme yapılan başvuruda *kanunsuz ceza verme yasağı* ve *özgürlük ve güvenlik hakkı* bakımından ihlal kararı vermiştir.⁴¹ Gerekçelendirmesinde ise kanunsuz ceza verme yasağı bakımından öngörülebilirliğe vurgu yapmıştır.⁴² Bu durum kanunsuz ceza verme yasağının üçüncü taraflarca (*Uluslararası Hukukçular Komisyonu*) da geniş yorumlanması gerektiği ve hukuku uygulamada keyfiliği önleme bakımından bunun gerekli olduğu argümanı ile desteklenmiştir. Böylece komisyon, geriye yürümezliğin sadece maddi kurallara değil prosedürlere de uygulanması gerektiğini belirtmiştir.⁴³ Neticede mahkeme mahkûmun ileride bir Parot doktrini çıkacağını öngörmesinin beklenemeyeceğini, bu beklense dahi aleyhe cezanın geriye yürütülemeyeceğini söylemiştir. Bu nedenle de kanunsuz ceza verme yasağının ihlal

³⁴ Graciela RODRIGUEZ-FERRAND: "Spain: Parot Doctrine After the ECHR Decision", The Law Library of Congress içinde, 2014, s.1-2: (<http://www.loc.gov/law/help/parot-doctrine/spain-parot-doctrine.pdf>) (Erişim Tarihi: 09.11.2019).

³⁵ Mark J., MCKENZIE: "The Influence of the European Court of Human Rights on the Behavior of National Courts in Terrorism and National Security Cases: A Case Study of Supreme Courts in Denmark, the U.K, and Spain", 2014, s 19. (https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2491723) (Erişim Tarihi: 9.11.2019).

³⁶ RODRIGUEZ-FERRAND, 2014, s.3.

³⁷ Case of *Del Rio Prada v. Spain* Application no. 42750/09, 21.10.2013, par. 11-12.

³⁸ Case of *Del Rio Prada v. Spain* Application no. 42750/09, 21.10.2013, par. 13,20.

³⁹ Case of *Del Rio Prada v. Spain* Application no. 42750/09, 21.10.2013, par. 16-17.

⁴⁰ Case of *Del Rio Prada v. Spain* Application no. 42750/09, 21.10.2013, par. 19, 21-22.

⁴¹ Case of *Del Rio Prada v. Spain* Application no. 42750/09, 21.10.2013, par. 118 ve 132.

⁴² Case of *Del Rio Prada v. Spain* Application no. 42750/09, 21.10.2013, par. 91-93.

⁴³ Case of *Del Rio Prada v. Spain* Application no. 42750/09, 21.10.2013, par. 75-76.

edildiği sonucuna varılmıştır.⁴⁴

Özgürlük ve güvenlik hakkı bakımından ise mahkeme özgürlükten alıkonulmanın kanuni olmak zorunda olduğunu belirtmiştir.⁴⁵ Bu kapsamda mahkûmun daha önceden kanunla kurulmuş bir mahkeme tarafından yargıldığı açık olmakla birlikte kanunsuz ceza verme yasağında belirtildiği gibi mahkûmun sonradan çıkacak bir kararla fazladan 9 yıl hapis yatmayı öngöremeyeceği ve bu nedenle de özgürlük ve güvenlik hakkının ihlal edildiğine karar verilmiştir.⁴⁶ Böylece Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Parot doktrini kapsamında infaz rejiminin hükümlü aleyhine yorumlanmasını ve kişinin tutuklu bırakılmasını ihlal olarak değerlendirmiştir. Bu değerlendirme tarzıyla AIHM yapılan ayrımcılığın temellendirilebilir olmadığını belirtmiş olmaktadır. Çünkü Parot doktrini toplamda 93 terör suçlusuna ve 37 diğer suçluya (uyuşturucu, cinsel saldırı, insan öldürme suçları) uygulanmıştır.⁴⁷ Bu da geriye kalan binlerce suçluya bu doktrininin uygulanmadığını ve bu yönüyle bir ayrımcılık yapıldığını göstermektedir.

İspanya’da yargıçların verdiği kararları savunmak ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin kararını eleştirmek için İspanya İçişleri Bakanı ve Adalet Bakanı, Parot doktrinini korumak için ellerinden geleni yaptıklarını açıklamış ve yirmi kişiyi öldürenle bir kişiyi öldürenin aynı cezayı almaması gerektiğini belirtmişlerdir. Ayrıca içişleri bakanı teröristlerle ve azılı suçlularla mücadele için bu doktrinin çok önemli olduğunu vurgulamıştır.⁴⁸ Bu argümanların etik bakımdan temellendirilebilir olup olmadığı yapılan ayrımcılığın temellendirilebilir olup olmadığını da gösterecektir. Bunlardan ilki absürde indirgeme, ikincisi normların veya ilkelerin temellendirilmesiyle ilgili olarak yukarıda belirtilmişti. Bunları öne sürülen argümanlara uygulamak mümkündür:

1) Absürde indirgeme kullanılarak bir çıkarsama yapıldığında Parot doktrininin savunulabilir olduğunu söylemek zor görünmektedir. Eğer yirmi kişiyi öldürenle bir kişiyi öldüren aynı cezayı almayacaksa ve yirmi kişiyi öldüren ömür boyu hapiste kalacaksa o halde 30 kişiyi öldüren birine ne yapılacaktır? İşkenceyle mi öldürülecektir veya 100 kişinin katili daha da fazla mı işkence çekirilerek öldürülecektir? Bu tür bir çıkarsama insanın yapısal olanaklarına katkıda bulunmayı sağlasa kabul edilebilirdi.⁴⁹ Oysa bu örnek bakımından olanakların ortadan kaldırılması söz konusudur.

2) Parot doktrininin etik bakımdan temellendirilemez olduğunu göstermenin diğer bir yolu da ilkelerin temellendirilmesiyle ilgilidir. *“Suçu fazla olan fazla cezalandırılmalıdır.”* şeklinde bir ilkeden söz etmek mümkündür. Ancak bunun her tek durumda, özellikle de azami eşğin üzerinde cezaların verildiği bazı durumlarda geçerli saymak mümkün değildir. Çünkü daha önce belirtildiği gibi ilkeler her tek durum için geçerli değildir. İlkeler bilgiye dayanmadığında uydurmalar olarak karşımıza çıkabilirler. İddia edilen ise ilkeyle bir gerekliliğin yerine getirildiği şeklindedir. Ancak bu gereklilik ancak bilgiyle veya bilgiler zinciriyle yanıtlandığında temellendirilebilir hale gelir.⁵⁰ Parot doktrininde ise bilgiye dayalı bir temellendirmeden değil, *“Teröristse veya ağır suçluyorsa yasal olmasa da fazla ceza çekmelidir.”* şeklinde bir inanca veya önyargıya dayanıldığı görülmektedir. Prada’nın cezaevinde sorumluluklarını yerine getirip eğitimine devam etmesi gibi somut bulgulara rağmen tehlikeli görülmesi ise somut olayda önyargıya dayanıldığını ispatlar niteliktedir.

Neticede Parot doktrinine bakıldığında suçlular arasında cezanın infazına dönük ayrımcı bir uygulama olduğu ve önleyici tutuklama bakımından bu ayrımcılığın temellendirilebilir bir ayrımcılık olmadığı görülmektedir. Dolayısıyla Parot doktrini kapsamında etik bakımdan temellendirilebilir bir uygulamanın olmadığı kolayca görülebilmektedir. Çünkü ezbere bir değerlendirmeden hareket edilmiştir. Bu tür ezbere değerlendirmeler ise Kuçuradi’ye göre değer biçme olarak görülmektedir.⁵¹ Bu durumda ise *“ezbere değerlendirmelerin şeyin değerini görmenin yolunu kapattığı, bunun da sonuçta insanların harcanmasına yol açtığı”*

⁴⁴ Case of Del Rio Prada v. Spain Application no. 42750/09, 21.10.2013, par. 115-118.

⁴⁵ Case of Del Rio Prada v. Spain Application no. 42750/09, 21.10.2013, par. 125.

⁴⁶ Case of Del Rio Prada v. Spain Application no. 42750/09, 21.10.2013, par. 128-130.

⁴⁷ Case of Del Rio Prada v. Spain Application no. 42750/09, 21.10.2013, par. 44.

⁴⁸ https://elpais.com/elpais/2013/10/21/inenglish/1382356317_763117.html (Erişim Tarihi: 13.11.2019).

⁴⁹ KUÇURADİ, 2009b, s.179.

⁵⁰ KUÇURADİ, 2009b, s.179-180.

⁵¹ İoanna KUÇURADİ: İnsan ve Değerleri, Türkiye Felsefe Kurumu Yay., Ankara 2013, s.29.

söylenilebilir.⁵² Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de ihlal kararı vererek ortada temellendirilebilir bir ayrımcılığın olmadığını ve cezası biten hükümlülerin serbest bırakılması gerektiğine hükmetmiş olmaktadır. Bunu yaparken yargıçların uygun ölçüyü belirledikleri görülmektedir. Adaleti gerçekleştirmek için uygun sözleşme hükümlerine başvurulduğu ve bu haliyle yargıcın özgürlüğünden yararlanarak her tek durumda adaleti gerçekleştirmesi söz konusudur. Bu özgürlükten nasıl yararlanılabileceğini de *Kuçuradi*'ye göre her defasında yargıçlar her olayda mümkün olmasa da kendileri bulmalıdırlar.⁵³ Prada örneğinde Parot doktrininin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ndeki ilkelere aykırı olduğu yargıçlar tarafından saptanmış ve karar verme özgürlüğünden ilkelerden sapma pahasına faydalanmaya dahi gerek kalmamıştır. Çünkü yapılan ayrımcılığın etik bakımdan temellendirilebilir bir yönü olmadığı somut olayda salt ilkeler uygulanarak da ortaya konabilmiştir.

Fakat eğer bir hükümlü tekrar tekrar suç işlemekteyse ve özgür bırakıldığında suç işleyeceğine kesin gözüyle bakılıyorsa yapılan ayrımcılığın temellendirilebilir olup olmadığı bulanıklaşmaktadır. “*Bu tür kişiler için de aynı ilkeleri uygulamak adaleti gerçekleştirmeye yarar mı veya insanın değerini koruma bakımından yerinde olur mu?*” sorularını yanıtlamak zorlaşmaktadır. Çünkü bir taraftan suçlular serbest bırakılırsa tekrar suç işleyecek kaygısı - önleyici tutuklamaya karşı çıkanlar için ise önyargısı- dururken diğer taraftan bu kişilerin olanaklarının geliştirilmesi için cezaları bittiğinde serbest bırakılmaları gerektiği düşüncesi yer almaktadır. Bu durum da *Kuçuradi*'nin belirttiği yargıcın özgürlüğünden faydalanması ve her tek durumda nasıl yararlanabileceğini bulmasının her zaman mümkün olmayabileceğine⁵⁴ işaret etmektedir. Aşağıda bu belirsizliğin veya ikilemin ancak etik değerlendirmeye açığa çıkarmaya yarayacak iki dava incelenecek ve AİHM'nin tartışmaları etik temellendirilebilirlik bakımından ele alınacaktır.

B. İslah Olmadığı İddia Edilen Hükümlülerde Önleyici Tutuklama

Parot doktrini uygulamakla insan hakları ihlallerine yol açıldığı kolayca görülmekteydi. Her ne kadar “*Teröristi, tecavüzcüyü, katili serbest mi bırakalım!*” şeklinde yaygın bir inanç ve itiraz olsa da bu kişilerin de özgür bırakılmaması için yeterli etik temellendirme bulunmamakta ve bu yönüyle suçlular arası yapılması istenen ayrımcılığın temellendirilebilir bir tarafı görünmemektedir. Ancak bunun aynısını cezanın rehabilitasyon işlevi göz önüne alındığında ve ıslah olmadığı düşünülen bir hükümlü olduğunda söylemek zorlaşmaktadır. Çünkü tekrar tekrar cinayet işlemiş, tecavüz etmiş ama pişmanlık duymamış ve bilimsel olarak da bu eylemlere devam edeceğine kesin gözüyle bakılan kişilerden söz edilmektedir. AİHM'nin de bu konuda *kanunsuz ceza verme yasağı* ve *özgürlük ve güvenlik hakkı* kapsamında bu tür suçlulara önleyici tutuklamanın uygulanıp uygulanmayacağı konusunda verdiği iki temel kararı bulunmaktadır. Bunlardan *M./Almanya* davasında oybirliğiyle ihlal kararı verilmişken *Bergmann/Almanya* davasında oybirliğiyle ihlal olmadığı sonucuna ulaşılmıştır. Ulaşılan bu sonuçların etik bakımdan temellendirilebilir olup olmadığına her iki ilke bakımından ayrı ayrı bakılabilir.

1. Kanunsuz Ceza Verme Yasağı Bakımından

Kanunsuz ceza verme yasağı suç işlenmeden yasayla cezası öngörülmemen bir eylemden dolayı kimsenin cezalandırılmayacağını yanı sıra suçun işlendiği sırada uygulanabilir olan cezadan daha fazla bir cezanın da verilemeyeceğini içermektedir.⁵⁵ Önleyici tutuklamada ise *pervasız bir tehlikelilik (reckless endangerment)* nedeniyle başkalarının ciddi biçimde zarar göreceğinden hareketle suç işlenmeden birinin tutuklanması sakat bir düşünme tarzı olarak görülmektedir. Çünkü eğer bir kişi tehlikeli olduğu için tutuklanacaksa ve devlet o kişiyi tutuklamamışsa, bu durumda o kişi kendi kendini sırf tehlikeli olduğu için ele vermek zorundadır şeklinde bir çıkarsama dahi yapılabilmektedir.⁵⁶ Böyle bakıldığında kanunsuz ceza verilemeyeceği ilkesinin ötesinde suç fiili olmadan ceza verilmesi gündeme gelmektedir ki bunu insan haklarını temel alan hukuk sistemlerinde, hatta birçok ilkel hukuk düzeninde dahi görmek zordur. Fakat önleyici tutuklama sorununun bu kadar basit olmadığı somut olaylara bakılarak anlaşılabilir. Bunun içinse ilkelerle birlikte somut durumlara da bakmak gerekir. Avrupa İnsan

⁵² Harun TEPE: Varlık ve Bilgi Ontolojik Yaklaşımla Felsefe Yapmak, Türkiye Felsefe Kurumu Yay., Ankara 2017, s.116.

⁵³ İoanna KUÇURADİ: Etik, Türkiye Felsefe Kurumu Yay., Ankara 2015, s.151-153.

⁵⁴ KUÇURADİ, 2015, s.153.

⁵⁵ İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşme, Roma 1950, Madde 7.

⁵⁶ Phillip MONTAGUE: “Justifying Preventive Detention” Law and Philosophy içinde, S.18, 1999, s.174.

Hakları Mahkemesi'nin *M./Almanya ve Bergmann/Almanya* davaları sorunun soyut kanunilik ilkesinden ziyade somut olayı incelemeyi de gerektirdiğini göstermek açısından elverişlidir.

M./Almanya davasında, başvurucaunun ceza ehliyeti kazandıktan sonra sadece birkaç hafta hapis hane dışında yaşadığı ve sürekli işlediği suçlar nedeniyle cezaevinde yattığı belirtilmiştir. İşlediği suçlardan bazıları gasp, şantaj ve insan öldürme olup dört kez de cezaevinden kaçmıştır.⁵⁷ Patolojik zihinsel hastalığı olduğu için ceza indirimi de yapılmıştır. Ancak hastanedeki uzman bir kişi *M*'nin artık patolojik beyinsel bir rahatsızlığı olmadığını rapor etmiştir.⁵⁸ *Bergmann/Almanya* davasında da benzer şekilde başvuruca *Bergmann*'ın çocuğun cinsel istismarı, kundaklama, gasp, silahla yaralama ve öldürmeye teşebbüs dâhil birçok suç işlediği ancak uzun yıllardır alkol bağımlısı olduğu göz önünde bulundurularak cezasında indirim yapıldığı belirtilmiştir. Ayrıca *cinsel sapkınlık (sexual deviance)* tanısı konulduğu da ifade edilmiştir.⁵⁹

Her iki davada da Alman Mahkemesi önleyici tutuklama kapsamında hükümlüleri serbest bırakmamıştır. Her iki başvuruca da 10 yıllık maksimum önleyici tutuklama süresinin geriye dönük uzatılmasının kanunsuz ceza verme yasağını ihlal ettiğini iddia etmiştir.⁶⁰ Neredeyse aynı özelliklere sahip iki davada AİHM farklı kararlar vermiştir. *M./Almanya* davasında oy birliğiyle ihlal kararı verilmişken⁶¹, *Bergmann/Almanya* davasında yine oy birliğiyle ihlal olmadığına karar verilmiştir.⁶² Burada farklı sonuçlara ulaşılmasında sadece ilkelerden hareket edilse önleyici tutuklamayı 10 yıla sınırlayan yasal düzenlemenin kişi ceza aldıktan sonra uzatılması söz konusu olduğu için birinde ihlal varken diğerinde olmadığı şeklinde verilen kararların çelişkili olduğu söylenebilecekti. Ancak AİHM somut durumun özelliklerine bakarak farklı sonuçlara ulaştığı için etik bakımdan bir çelişkinin olduğu, sadece ilkelerin uygulanmasından hareketle söylenemez.

M./Almanya davasında önleyici tutuklama kapsamında kişinin en fazla 10 yıl tutulabileceği yasa da açıkça belirtilmektedir. Buna rağmen mahkeme kararıyla bu sürenin uzatılması ek cezalandırma anlamına geleceği için Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kanunsuz ceza verilemeyeceği ilkesinin ihlal edildiğine karar vermiştir.⁶³ Bununla ilgili bir kişinin mutlaka suç işleyeceğini önceden kestirmenin mümkün olmadığına dair görüşlere yer verilmiş ve başvurucaya önleyici tutuklama uygulamanın Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 7. maddesi bakımından ceza olarak nitelendirildiği ve bunun kanunsuz ceza olmayacağı ilkesiyle uyumlu olmadığı gerekçe olarak gösterilmiştir.⁶⁴ Diğer taraftan *Bergmann/Almanya* davasında başvurucaunun cezaevinde değil de tedavi amacıyla bir merkezde (Rosdorf Centre) tutulduğu, kişiyi cezalandırma amacının olmadığı ve tedavi edilmeye çalışıldığı belirtilmiştir. Ayrıca cezaevinin aksine bu merkezdeki şartların çok daha iyi olduğu vurgulanmıştır. Merkezde her bir kişiye bireyselleştirilmiş tedavi ve terapilerin uygulandığı da söylenmiştir.⁶⁵ Bu nedenle *Bergmann/Almanya* davasının *M./Almanya* davasıyla neredeyse tamamen örtüşen şartları olmakla birlikte *M.* hapis hane de tutulurken *Bergmann*'ın tedavi amaçlı bir merkezde tutulması gibi nedenlerden ötürü arada farklılık olduğu belirtilmiştir.⁶⁶ Bu nedenle *Bergmann*'a uygulananın artık ceza sayılamayacağı ve bu nedenle de kanunsuz ceza verme yasağı konusundaki ihlal iddiasının reddedilmesi gerektiği sonucuna ulaşılmıştır.⁶⁷

Kanunsuz ceza verilmez ilkesinden hareket edildiğinde başvurucaunlardan *M.*'ye uygulananın ceza olduğu, *Bergmann*'a uygulananın ise tedavi olduğu söylenerek kanunsuz ceza verme yasağı bakımından aradaki fark ortaya konulmuştur. Ancak her ikisinde de başvurucaunların özgür bırakılmaması söz konusudur. Bu nedenle özgürlük ve güvenlik bakımından yapılan gerekçelendirmelere bakmak gerekmektedir. Zaten mahkeme de önleyici tutuklamanın hapis cezası gibi özgürlükten yoksun bırakma özelliği olduğunu belirtmiştir.⁶⁸ Bu nedenle *özgürlük ve*

⁵⁷ Case of *M. v. Germany* Application no. 19359/04, 10.05.2010, par. 7-9.

⁵⁸ Case of *M. v. Germany* Application no. 19359/04, 10.05.2010, par. 10-11.

⁵⁹ Case of *Bergmann v. Germany* Application no. 23279/14, 07.04.2016, par. 6-9.

⁶⁰ Case of *M. v. Germany* Application no. 19359/04, 10.05.2010, par. 2; Case of *Bergmann v. Germany* Application no. 23279/14, 07.04.2016, par. 3.

⁶¹ Case of *M. v. Germany* Application no. 19359/04, 10.05.2010, par. 137.

⁶² Case of *Bergmann v. Germany* Application no. 23279/14, 07.04.2016, par. 183.

⁶³ Case of *M. v. Germany* Application no. 19359/04, 10.05.2010, par. 134-136.

⁶⁴ Case of *M. v. Germany* Application no. 19359/04, 10.05.2010, par. 132-133.

⁶⁵ Case of *Bergmann v. Germany* Application no. 23279/14, 07.04.2016, par. 166-169.

⁶⁶ Case of *Bergmann v. Germany* Application no. 23279/14, 07.04.2016, par. 164 ve 173.

⁶⁷ Case of *Bergmann v. Germany* Application no. 23279/14, 07.04.2016, par. 182-183.

⁶⁸ Case of *Bergmann v. Germany* Application no. 23279/14, 07.04.2016, par. 164.

güvenlik hakkı bakımından yapılan tartışmalardan bahsedilmelidir.

2. Özgürlük ve Güvenlik Hakkı Bakımından

Özgürlük ve güvenlik hakkı Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde sıralanan belli istisnalar dışında bir kimsenin özgürlüğünden alıkonulamayacağına ilişkin olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu istisnalar içerisinde akıl hastalarının yasaya uygun olarak tutulması da yer almaktadır.⁶⁹ Ancak bu istisna kapsamına cezaevinde tutmanın giremeyeceği belirtilmelidir. *M./Almanya* davasında da Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, *M.*'nin artık akıl hastası olmadığını belirtmiştir.⁷⁰ Öyle olsaydı dahi kişi cezaevinde tutulduğu için önleyici tutuklamanın cezalandırıcı olduğu sonucuna ulaşılabilecekti. Mahkeme, 5. maddedeki diğer istisnalardan bir suçun işlenmesini önleme hükmünün olaya uygulanabileceğini belirtmiştir. Ancak burada da yeterince spesifik ve somut olgular bulunmadığı için kişinin tutulamayacağı belirtilmiştir. Geçmiş suçlar burada somut olgu olarak sunulsa bile özgürlük ve güvenlik hakkı kapsamında kişinin işlediği suçla ilgili olarak derhal mahkemeye çıkarılması gerekmektedir. Oysa suç işleme riskiyle tutulan bir kişiyi mahkemeye çıkarmak da mümkün olmayacaktır.⁷¹ Bu nedenle *M.*'nin özgürlük ve güvenlik hakkının da ihlal edildiği sonucuna ulaşılmıştır.⁷²

Diğer taraftan *Bergmann/Almanya* davasında *Del Rio Prada/İspanya* davasına da atf yapılarak 5. maddedeki özgürlükten alıkoyma istisnalarının sınırlayıcı olduğu belirtilmiştir. Ayrıca kişinin akıl hastası (*unsound mind*) olmasının özgürlükten yoksun bırakmaya neden olması için belli şartlar aranmıştır. Bunlar akıl hastalığının yeterli bir otorite tarafından saptanmış olması, bu hastalığın hapsedmeyi/alıkoymayı zorunlu kılıyor olması (*compulsory confinement*) ve bu hapsedmenin hastalığın devam etmesinden kaynaklı olması gerekmektedir.⁷³ Mahkeme bu şartların oluştuğuna karar vermiş ve özgürlük ve güvenlik hakkının ihlal edilmediği sonucuna ulaşmıştır.⁷⁴

Neticede *M./Almanya* davasında da, *Bergmann/Almanya* davasında da aynı iki ilkeden hareket edilmiştir. Ancak tamamen zıt sonuçlara ulaşılmış, *M.*'nin serbest bırakılması gerektiğine hükmedilirken, *Bergmann*'ın cezaevinde değil de bir sağlık merkezinde hapsedilmesine karar verilmiştir. Burada *Del Rio Prada/İspanya* davasında olduğu gibi yapılan eylemin insan onurunu koruyucu olup olmadığına ilişkin yine absürde indirgeme ve normların temellendirilebilirliğinden hareket edilebilir:

1) Normların temellendirilmesi ile ilgili olarak ilkelerin her tek durumda geçerli olmadığı ifade edilmektedir.⁷⁵ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de *M./Almanya* ve *Bergmann/Almanya* davalarında aynı ilkelerden farklı sonuçlara ulaşmıştır. *Bergmann/Almanya* davasıyla *M./Almanya* davası arasındaki fark *M.*'de bir cezalandırma varken *Bergmann* bakımından bir tedavi olduğunun söylenmesi şeklinde karşımıza çıkmaktadır. Dolayısıyla *M.* bakımından haksız bir cezalandırma söz konusu olduğu için ihlal olduğunu söylemek kolay olabilir. Çünkü *M.*'yi cezalandırmak dışında tedavi gibi eylem olanakları da bulunmaktadır. Ancak *Bergmann* bakımından gerçekten bir cezalandırma yoktur ve kişiye özel bir tedavi planı ve rehabilitasyon programı uygulanmaktadır. Bu da kişiyi cezalandırmayla tedavi etme seçenekleri ele alındığında açıkça insanın olanaklarını gerçekleştirilmeye elverişli olanın seçildiğini göstermektedir.

2) Absürde indirgeme uygulandığında her iki dava bakımından da İspanyol Mahkemelerinin ve *M./Almanya* davasında Alman mahkemesinin aksine Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kararları etik bakımdan temellendirilebilir görünmektedir. Çünkü gerçekten tehlikeli olan her suçluyu henüz suç işlemeyen cezalandırmak insanın olanaklarına katkı sağlamamaktadır. Ama onların da *Bergmann/Almanya* davasında olduğu gibi belli olanaklara kavuşturularak sağlık merkezinde tutmak insan değerini koruyucu bir tavır göstermektedir. Burada önyargıya dayanılmadığı ise bilimsel bilgiyle (tıp ve psikoloji) hareket edildiği ve somut olgulara (yıllarca suç işleyip pişman olmama ve tekrar edeceğine dair tekrarlayan işaretler olması) dayanıldığı için söylenebilecektir.

⁶⁹ İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşme, Roma 1950, Madde 5.

⁷⁰ Case of *M. v. Germany* Application no. 19359/04, 10.05.2010, par. 22 ve 105.

⁷¹ Case of *M. v. Germany* Application no. 19359/04, 10.05.2010, par. 102.

⁷² Case of *M. v. Germany* Application no. 19359/04, 10.05.2010, par. 137.

⁷³ Case of *Bergmann v. Germany* Application no. 23279/14, 07.04.2016, par. 95-96.

⁷⁴ Case of *Bergmann v. Germany* Application no. 23279/14, 07.04.2016, par. 115 ve 132.

⁷⁵ KUÇURADİ, 2009b, s.180.

Etik bakımdan temellendirilebilir olmayla ilgili cevaplanması gereken bir soru daha kalmaktadır. O da *M./Almanya* ve *Bergmann/Almanya* davalarının ikisinde de özgürlük feda edilmekteyse nasıl oluyor da her iki karar da etik bakımdan temellendirilebilir sayılabilmektedir? Nasıl böyle bir sonuca ulaşılabileceğine sonuç bölümünde insan haklarının karşılıklı muamele ilkeleri olmasıyla, yani hem insan haklarının taşıyıcısı hem de uygulayıcısı olmasıyla cevap verilmeye çalışılacaktır.

IV. SONUÇ

Önleyici tutuklamada hükümlüler sadece hak sahibi kişiler olarak ele alındığında sadece hakların ihlalden söz edilebilir. Oysa insan hakları sadece hak sahibi olmayla ilgili değil, aynı zamanda bu hakların gereğini yerine getirme bakımından ödevle de ilgilidir. Bununla ilgili *Kuçuradi* insan haklarının insan türünün her bir üyesinin hem hakkı hem de ödevi olduğuna vurgu yapmaktadır. Bu yüzden her kişi için bu hakların korunmasını isteme gereğini dile getirmektedir.⁷⁶ Bu yüzden de önleyici tutuklama konusunda sadece bu muameleye maruz kalan hükümlüler hak sahibi olmadığı gibi bu hükümlülerin insan haklarına uygun davranma ödevi de bulunmaktadır. Bu nedenle bilimsel bilgiyle temellendirmenin yanında insan haklarının ödev olması da önleyici tutuklamada temel olarak kullanılabilir bir ölçüt sağlamaktadır. Ancak bu ölçütün ezberle dayanmayan, değer biçmelerden kaynaklı olmayan temellere dayanması gerekir ki etik bakımdan temellendirilebilir bir ayrımcılıktan söz edilebilsin.

Del Rio Prada/İspanya davasında Parot doktrinine dayanılırken kullanılan ölçütlerin etik bilgiye dayanmadığı görülmekte ve AİHM'nin de kararı bu yönüyle etik bakımdan temellendirilebilir olmanın da ötesinde etiğe uygun görünmektedir. Çünkü somut olaydaki olgulardan hareket edildiğinde *Prada*'yı hapiste tutmanın insanın değer sahibi olmasıyla bağdaşır bir tarafı ortaya konamamaktadır. *M./Almanya* davasında durum biraz daha zorlaşmakla birlikte kişiyi işlemediği suçtan dolayı bir cezalandırma söz konusu olduğu için mahkemenin kamu güvenliği (somut olarak diğer kişilerin güvenliği ve özgürlüğü) için bir kişiyi hapiste tutmayı ihlal olarak görmesi kararda temellendirilmiş görünmektedir.⁷⁷ Burada mahkeme M.'nin insan haklarının gereği bakımından ödevini ihlal edeceğini söyleyerek Almanya'nın kararını onaylaması da mümkündür. Ama bu durumda insanın (bu durumda yargıcın) insan değerinin korumaya yönelik başka olanakları görmemesi söz konusu olacaktır. Ayrıca yargıcın işi işlenmeyen bir suçun cezasını vermek değildir.⁷⁸ Bu nedenle de *M./Almanya* kararında da ihlal kararı verilmesi etik bakımdan temellendirilebilir olmaktan öte yine etik denebilir. Çünkü işlenmeyen suçtan ceza verilemeyeceğinin yanında hükümlüyü hapiste tutmak dışında da olanaklar bulunmaktadır.

Bergmann/Almanya davasında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin ceza verme dışındaki diğer ihtimallere de kapıları kapamadığı görülmektedir. Çünkü bu olayda kişi işlemediği bir suçtan cezalandırılmamaktadır. Ayrıca cezalandırmadakinin aksine çok daha iyi şartlarda tutulmadan bahsedilmektedir. Ama ceza verilmediği kabul edilse dahi *Bergmann*'ın özgürlüğüne yine de müdahale edilmektedir. Diğer taraftan eğer bu müdahale yapılmasa başkalarının özgürlüğüne, geçmiş deneyimlerine bakıldığında ise yaşam hakkı dâhil birçok hakkın ihlal edileceğine dair ciddi bulgular bulunmaktadır. Bu durumda Almanya'da *Bergmann*'a mevcut koşullar içinde insan değerini koruyucu şekilde davranıldığı söylenebilir. Çünkü somut olaya göre sağlanabilecek olanaklardan doğru olanı seçilmiştir. Cezaevi yerine gerçekten de cezaevi olmayan bir merkezde tutulma seçeneği tercih edilmiştir. Bu şartlar altında yargıç, *Bergmann*'ın sağlık merkezinde tutulmasını onaylarsa onun özgürlüğü, tersi karar verse başkalarının özgürlüğü feda edilecektir.

Birinin özgürlüğü mutlaka feda edilecek olmakla birlikte *Bergmann*'ın kendini tutma konusunda problemi olduğu görülmektedir. Bu konuda *Kuçuradi* insanların gitgide kendilerini (hırslarını ve öfkelerini) tutamadığı bir dünyada yaşadığımız tespitinde bulunmaktadır.⁷⁹

⁷⁶ KUÇURADİ, 2011, s.2-3.

⁷⁷ Bu noktada *Kuçuradi* etiği bakımından kamu güvenliğiyle kişi özgürlüğünü karşı karşıya getirmenin doğru olmadığı, çatışmanın çoğu kez birden çok norm olduğu, ancak buradaki durum bakımından kamu güvenliği (başkalarının özgürlüğü ve güvenliği) ve kişi özgürlüğünün hükümlünün özel durumu (kendini tutamama) nedeniyle kaçınılmaz şekilde ortaya çıktığı belirtilmelidir.

⁷⁸ KUÇURADİ, 2015, s.153.

⁷⁹ <https://dusunbil.com/prof-dr-ioanna-kucuradi-korkarim-insan-haklari-tehlikeli-bir-kavram-olmustur-bile/> (Erişim Tarihi: 19.12.2019).

Bergmann ve tehlikeli olduğu uzmanlar tarafından belirlenen kişiler bakımından bu problemin ciddi boyutlarda yaşandığı belirtilebilir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin de Bergmann'ın serbest bırakılmasını onaylaması onun kendini tutamayarak yine suç işleyeceği düşüncesine dayanmaktadır ve bu durum somut olgularla, geçmiş deneyimlerle ve bilimsel bilgiyle de temellendirilmiştir. Ayrıca karşılıklı muamele ilkeleri olması nedeniyle Bergmann sadece hak sahibi değil aynı zamanda hakları koruyucu davranma ödeviyle de yükümlüdür. Dolayısıyla Bergmann'ın sağlık merkezinde tutulmasının serbest bırakılarak tekrar suç işleyip hapse girmesinden daha tercih edilebilir olduğu, onun olanaklarını geliştirme açısından da daha iyi olduğu belirtilebilir. Çünkü bu seçenek onun da daha iyi koşullarda yaşamasına olanak sağlayacaktır. Ayrıca bu seçenek insanın bir bütün olarak değerlendirildiği Mengüşoğlu'nun insan görüşüyle de bağdaştığı söylenebilir. Nitekim önleyici tutuklama uygulanan kişinin disharmonik davranma niteliğinin değer duyan kişi olarak değil aksi yönde ortaya çıktığı/çıkacağı görülmektedir. Dolayısıyla Bergmann bakımından yapılan ayrımcılığın, kişiye sağlanabilecek daha iyi bir olanak mümkün olmadıkça, temellendirilebilir olduğu belirtilebilir. Bu nedenle AIHM'nin aynı ilkelerden hareket ederek (özellikle özgürlük ve güvenlik hakkı bakımından) farklı sonuçlara ulaşmasının etik temellendirilebilirlik bakımından bir çelişki oluşturmadığı sonucuna ulaşılabilir.

KAYNAKÇA

- Case of Bergmann v. Germany Application no. 23279/14, 07.04.2016.
Case of Del Rio Prada v. Spain Application no. 42750/09, 21.10.2013.
Case of M. v. Germany Application no. 19359/04, 10.05.2010.
CENTEL Nur/ZAFER Hamide: Ceza Muhakemesi Hukuku, Beta Yay., İstanbul 2019.
CORRADO Michael: “*Punishment Quarantine and Preventive Detention*”, Criminal Justice Ethics içinde, 2(15), 1996, s.3-13.
GÖKCEN Ahmet/BALCI Murat/ALŞAHİN M. Emin/ÇAKIR Kerim: Ceza Muhakemesi Hukuku, Adalet Yay., Ankara 2020.
<https://dusunbil.com/prof-dr-ioanna-kucuradi-korkarim-insan-haklari-tehlikeli-bir-kavram-olmustur-bile/> (Erişim Tarihi: 19.12.2019).
https://elpais.com/elpais/2013/10/21/inenglish/1382356317_763117.html (Erişim Tarihi: 13.11.2019).
İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşme, Roma 1950.
KARAN Ulaş: “*Bireysel Başvuru Kararlarında Ayrımcılık Yasağı ve Eşitlik İlkesi*”, Anayasa Yargısı içinde, S.32, 2015, s.235-306.
KARAN Ulaş: Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı, On İki Levha Yay., İstanbul 2017.
KUÇURADI İoanna: “*Felsefe ve İnsan Hakları*”, İnsan Haklarının Felsefi Temelleri (Yayına Hazırlayan: İoanna KUÇURADI) içinde, Türkiye Felsefe Kurumu Yay., Ankara 2009a, s.73-80.
KUÇURADI İoanna: Çağın Olayları Arasında, Türkiye Felsefe Kurumu Yay., Ankara 2009b.
KUÇURADI İoanna: Etik, Türkiye Felsefe Kurumu Yay., Ankara 2015.
KUÇURADI İoanna: İnsan Hakları Kavramları ve Sorunları, Türkiye Felsefe Kurumu Yay., Ankara 2011.
KUÇURADI İoanna: İnsan ve Değerleri, Türkiye Felsefe Kurumu Yay., Ankara 2013.
MCKENZIE, Mark J.: “*The Influence of the European Court of Human Rights on the Behavior of National Courts in Terrorism and National Security Cases: A Case Study of Supreme Courts in Denmark, the U.K. and Spain*”, 2014, ss.1-31. (https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2491723) (Erişim Tarihi: 9.11.2019).
MENGÜŞOĞLU Takiyettin: “*Ontolojik Esaslara Dayanan Felsefi Antropoloji Hakkında Düşünceler*”, Yüzyılımızda İnsan Felsefesi Takiyettin Mengüşoğlu Anısına içinde (Hazırlayan: İoanna KUÇURADI), Türkiye Felsefe Kurumu Yay., Ankara 1997, s.1-7.
MENGÜŞOĞLU Takiyettin: Felsefeye Giriş, Doğubatu Yay., Ankara 2014.
MENGÜŞOĞLU Takiyettin: İnsan Felsefesi, Doğubatu Yay., Ankara 2015.
MONTAGUE Phillip: “*Justifying Preventive Detention*” Law and Philosophy içinde, S.18, 1999, s.173-185.
MORSE Stephen J.: *Blame and Danger: An Essay on Preventive Detention*, Boston University Law Review içinde, 76(113), 1996, s.113-155.
RODRIGUEZ-FERRAND Graciela: “*Spain: Parot Doctrine After the ECHR Decision*”, The Law Library of Congress içinde, 2014, ss.1-8: (<http://www.loc.gov/law/help/parot-doctrine/spain-parot-doctrine.pdf>) (Erişim Tarihi: 09.11.2019).
TEPE Harun: Etik ve Metaetik, Türkiye Felsefe Kurumu Yay., Ankara 2011.
TEPE Harun: Pratik Etik Etiğin Pratik Sorunları, Bilgesu Yay., Ankara 2016.
TEPE Harun: Varlık ve Bilgi Ontolojik Yaklaşımla Felsefe Yapmak, Türkiye Felsefe Kurumu Yay., 2017.
ÜNVER Yener/HAKERİ Hakan: Ceza Muhakemesi Hukuku, Adalet Yay., Ankara 2017.

KARAR İNCELEMESİ

**ÇEVRE VE İNSAN HAKLARI İLİŞKİSİNE YENİ BİR YAKLAŞIM:
AMERİKALILAR ARASI İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ'NİN OC-23/17
SAYILI TAVSİYE GÖRÜŞÜ **

A NEW APPROACH TO THE RELATIONSHIP BETWEEN ENVIRONMENT AND HUMAN RIGHTS: INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS ADVISORY OPINION OC-23/17

Bahar KONUK SOMMER*  

Makale Bilgi

Gönderilme: 05/12/2019
Kabul: 19/04/2020

Anahtar Kelimeler

*Çevre Hukuku,
Sağlıklı Bir Çevrede
Yaşama Hakkı,
Amerikalılar Arası
İnsan Hakları
Mahkemesi'nin
Tavsiye Görüşleri,
Sınıraşan Çevresel
Zararlardan
Sorumluluk.*

Article Info

Received: 05/12/2019
Accepted: 19/04/2020

Keywords

*Environmental Law,
The Right to a Healthy
Environment,
Advisory Opinions of the
Inter American Court of
Human Rights,
Liability for
Transboundary
Environmental Harm.*

Özet

15 Kasım 2017 tarihinde Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi, Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi ile güvence altına alınmış olan yaşam hakkı ve kişinin fiziksel, zihinsel ve ruhsal bütünlüğünün korunması hakkı bakımından Taraf Devletlerin yükümlülüklerini ortaya koyan bir tavsiye görüşü yayımlamıştır. Kolombiya Hükümetinin istemi üzerine ortaya konan bu Tavsiye Görüşü, sağlıklı bir çevrede yaşam hakkının bağımsız bir temel hak olarak tanınmasından, devletlerin çevrenin korunması ile ilgili maddi ve usuli yükümlülüklerine, devletlerin kendi sınırları içerisinde gerçekleştirdikleri faaliyetlerin neden olduğu sınır aşan çevresel tahribattan dolayı sorumluluklarından uluslararası çevre hukukuna ilişkin düzenlemelerin bu hususta kaynak olarak kullanılıp kullanılmayacağına kadar çevrenin korunması ve insan hakları ilişkisi bağlamında pek çok konuyu ele almış olup, başta iklim değişikliği olmak üzere çevre ile ilgili pek çok güncel hukuki meseleye ışık tutmaktadır. OC-23/17 sayılı Tavsiye Görüşü ile ilk kez, maddi ve usuli yükümlülükler yönünden de ele alınmak suretiyle çevre ve insan hakları ilişkisi bu denli detaylı ve titiz bir şekilde bir uluslararası yargı merci tarafından ortaya konmuş olup benzer konulara ilişkin ortaya çıkan uyumsuzlukların çözümünde başvurulabilecek zengin bir içtihat yaratılmıştır.

Abstract

The Inter American Court of Human Rights issued an advisory opinion concerning state obligations on the environment, in the context of the rights to life and to personal integrity as recognized by the American Convention on Human Rights on 15th November 2017. The Advisory Opinion in question, issued in response to a request by Colombia has groundbreaking findings on several contemporary environmental issues such as climate change, States' liability due to transboundary harm and sources of environmental dispute resolution and the jurisdictional, procedural and substantial implications of States' human rights obligations in the context of the protection of the environment and human rights. The Advisory Opinion in question is certainly a landmark while for the first time in history, the environment and human rights with their substantial and procedural connections have been examined by an international tribunal. The result has been so carefully reasoned and the analysis has been so richly supported that it will likely be a fertile source for legal argument and jurisprudential reasoning in future cases.

I. GİRİŞ

Sağlıklı bir çevrede yaşamının bir insan hakkı olduğu ilk defa 1972 tarihli Birleşmiş Milletler Stockholm Konferansı'nda dile getirilmiştir. Konferans sonucunda ortaya konan Bildiri'nin 1. maddesi, insanın kendisine onurlu ve iyi bir hayat sürmeye olanak veren nitelikli bir çevrede yaşama hakkına sahip olduğunu öngörmektedir. Hukuksal açıdan bağlayıcı olmamakla birlikte, çevre hakkının temel bir hak olarak tanınması ve yaygınlık kazanması bakımından önemli bir adım sayılabilecek olan Bildiri¹, özellikle uluslararası çevre sorunları ile ilgili pek çok temel ilkeyi formüle etmiş² ve ulusal devletlerin anayasalarında çevre hakkına yer verilmesini sağlamıştır³.

Seksenli yıllardan bu yana, çevre ve insan hakları ilişkisinin dünya kamuoyu gündemine her geçen gün artan sıklıkta getirildiğini ve konunun farklı platformlarda tartışılır hale geldiğini söylemek yanlış olmaz⁴. Bunun başlıca nedeni özellikle 20. yüzyılın ikinci yarısından itibaren yaşanan sanayileşme, hızlı nüfus artışı ve kentleşme gibi süreçlerin sebep olduğu çevre sorunlarının insan varlığına karşı önemli bir tehdit oluşturmaya başladığının anlaşılmasıdır. İletişim araçlarının gelişmesi ve kullanımlarının yaygınlaşması bilgiye erişimi kolaylaştırmış, insanlar dünyanın farklı bölgelerinde yaşanan çevre sorunlarından haberdar olmaya başlamışlardır. Çevresel bilgiye erişim ve karar alım süreçlerine katılım gibi usuli çevresel hakların da tanınmasıyla bireylerin çevrenin korunması konusunda aktif rol oynamalarının öni açılmıştır.

Şüphesiz ki, bireylerin çevrenin korunması konusunda aktif rol oynamalarını sağlamanın en önemli aracı, onlara çevresel konularda yargısal başvuru hakkının tanınmasıdır. Çevre hakkının bir insan hakkı olarak tanınması pratikte bu nedenle önemlidir. Zira insan haklarının korunmasına hizmet eden ulusal ve uluslararası mekanizmalar, bireylerin, uluslararası çevre hukukunun en büyük eksikliği olan etkili bir yargı merciine başvuru haklarını kullanmaları suretiyle bir yandan insan haklarının güvence altına alınmasına hizmet ederken bir yandan da çevrenin korunmasını sağlar.

Stockholm Bildirisi'nde bir ilke olarak kabul edilen insan onuruna yaraşır bir çevrede yaşama hakkı, günümüze dek bireysel veya kolektif bir insan hakkı olarak evrensel bir sözleşmede güvenceye bağlanmamakla birlikte, bölgesel düzeyde Afrika İnsan ve Halklar Hakları Şartı⁵ ve Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Ek Protokolü⁶ (San Salvador Protokolü) ile güvence altına alınmıştır. Afrika İnsan ve Halklar Hakları Şartı, bütün halkların kendi gelişmeleri için genel olarak yeterli bir çevreye hakları olduğunu belirtirken (md. 24), San Salvador Protokolü'nün 11. maddesine göre herkes, sağlıklı bir çevrede yaşama hakkına sahiptir.

İnsan haklarının uluslararası alanda korunması konusunda, hakları ihlal edilen bireye Sözleşme ile ihdas edilen Mahkeme'ye başvurma imkânı tanıyarak onu, uluslararası hukukun süjesi haline getiren Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde ise çevre hakkı özel olarak düzenlenmiş değildir. Bununla birlikte Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, çevrenin korunmasını özellikle Sözleşme'nin 8. maddesi ile düzenlenen özel hayata ve aile hayatına saygı hakkının bir parçası olarak değerlendirmekte ve zarara sebep olan taraf devletleri sorumlu tutmakla çevrenin korunmasına katkıda bulunmaktadır⁷.

Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi ile öngörülen yükümlülükler uylmasının sağlanması ve hak ihlallerinin denetimi konusunda Sözleşme ile yetkilendirilen Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi ise çevre hakkını bugüne kadar genellikle yerli halkların doğal kaynaklar

¹ TURGUT YILMAZ, Nükhet: Çevre Politikası ve Hukuku, İmaj Yayınevi, 3. Baskı, Ankara 2017, s.94.

² ÖZDEK, Yasemin: Bir İnsan Hakkı Olarak Çevre Hakkı, TODAİE Yayınları No: 249, Ankara 1993, s.73; GÜNEŞ, Ahmet M.: "Uluslararası Çevre Hukuku Üzerine Bir İnceleme", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 70(1), 2012, s.86.

³ Bu bağlamda çevre hakkı, 1972'de Macaristan, 1974'te Yugoslavya, 1976'da Portekiz ve Polonya, 1978'de İspanya ve 1979'da Peru Anayasalarında yer almıştır.

⁴ GÜNEŞ, Ahmet M.: Çevre Hukuku, XII Levha Yayınları, İstanbul 2015, s.148.

⁵ Afrika İnsan ve Halklar Hakları Şartı, <http://www.humanrights.se/wp-content/uploads/2012/01/African-Charter-on-Human-and-Peoples-Rights.pdf>, (Erişim Tarihi: 04.11.2019).

⁶ Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi Ek Protokolü, <https://www.oas.org/juridico/english/treaties/a-52.html> (Erişim Tarihi: 04.11.2019).

⁷ DUYMAZ, Erkan: "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Çevrenin Korunmasına Katkısı", İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, 47, 2012, s.125.

üzerindeki mülkiyet haklarına ilişkin olarak değerlendirmiştir⁸. Bununla birlikte Mahkeme, 15 Kasım 2017 tarihinde Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi'nin çevre hakkına ilişkin hangi güvenceleri sağladığı ile ilgili olarak son derece önemli bir tavsiye görüşünde bulunmuştur⁹. Çalışmamızda öncelikle Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi ve Mahkemenin tavsiye görüşlerinin hukuki niteliği konusunda genel bilgi verilecek, devamında “Çevre ve İnsan Hakları” başlığını taşıyan ilgili tavsiye görüşünün ayrıntılları üzerinde durulacaktır.

II. AMERİKALILAR ARASI İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ ve MAHKEME’NİN TAVSİYE GÖRÜŞLERİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ

A. Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi ile İlgili Genel Açıklama

Amerikalılar arası sistemin insan haklarının korunması ile ilgili olarak, ilki Amerikan Devletleri Örgütü Şartı ve Amerikan İnsan Hak ve Ödevler Bildirisi, ikincisi ise Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi olmak üzere iki ayrı hukuki dayanağı vardır¹⁰. Bu bağlamda denetim görevini Amerikalılar Arası İnsan Hakları Komisyonu ve Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi yerine getirir.

Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi, 18 Temmuz 1978’de Grenada’nın onaylama belgesini tevdi ile birlikte Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi’nin yürürlüğe girmesiyle kurulmuştur. Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi’ne göre, “Mahkeme’nin yargı yetkisi, Sözleşme hükümlerinin yorumlanmasına ve uygulanmasına ilişkin olarak kendisine sunulan tüm vakaları kapsar” (md. 62/3). Mahkeme’nin yetki meselesi Statü’de¹¹ netleştirilmiştir. Buna göre Mahkeme, özerk bir yargısal organ olup, amacı Sözleşme’nin uygulanması ve yorumlanmasıdır¹².

Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi uyarınca Mahkeme, çekişmeli davalara bakma, tavsiye görüşü ve geçici tedbir kararı verme yetkilerini haizdir (md. 61-64). Amerikan insan hakları sistemi içerisinde kişilerin doğrudan bireysel başvuruda bulunmaları mümkün değildir. Mahkeme önüne bir vakayı yalnızca Amerikan İnsan Hakları Komisyonu veya ilgili Taraf Devlet götürebilir (md.61/1)¹³.

Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi, bir devletin Sözleşme ile garanti altına alınan bir temel hakkı ihlal ettiği sonucuna varırsa, ihlalin ortadan kaldırılmasına hükmeder. Eğer Mahkeme bir devleti mahkûm ettiğinde başvuranın bir zarara uğradığını saptarsa, eski hale iade mümkünse durumun eski hale iadesine değilse genelde adil bir tazminata yani uğranılan zararın tazmini için bir miktar para ödenmesine karar verir¹⁴. Söz konusu ihlalin tekrarlanmaması, ihlale sebep olan devletin ulusal yasalarında değişiklik yapılmasını gerektiriyorsa Mahkeme bu hususu da kararında belirtebilir¹⁵. Mahkeme’nin verdiği kararlar kesin olup, bir üst başvuru yolu bulunmamaktadır. Taraf Devletler Mahkeme kararlarına uymakla yükümlüdürler (md. 68/1).

Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi, acil ve ciddi nitelik arz eden vakalarda ve kişilerin sonradan giderilmesi olanaksız bir zarara uğramalarının önlenmesinin mümkün olduğu durumlarda, incelemekte olduğu meseleler bakımından geçici tedbir kararı alabilir (63/2). Mahkeme, bu yetkisini önündeki davalar bakımından kullanabileceği gibi Komisyon’un talebi

⁸ DE OLIVEIRA MAZZUOLI Valerio/DE FARIA MOREIRA TEIXEIRA Gustavo: “Greening The Inter American Human Rights System”, L’Observateur des Nations Unies, 33, 2012-2, s.304.

⁹ Inter American Court of Human Rights Advisory Opinion OC-23/17 of November 15, 2017 Requested by the Republic of Colombia (OC-23/17), http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/resumen_seriea_23_eng.pdf, (Erişim Tarihi: 12.10.2019).

¹⁰ SHELTON, Dinah: Reginol Protection of Human Rights, Oxford University Press, New York 2008, s.68; GEMALMAZ, Mehmet Semih: Latin Amerika’da İnsan Hakları, 3. Baskı, Kavram Yayınları, İstanbul 1994, s.45.

¹¹ Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi Statüsü,

https://www.oas.org/xxxivga/english/reference_docs/Estatuto_CorteIDH.pdf, (Erişim Tarihi: 04.11.2019).

¹² BLOOM, Barbara Lee: The Organization of American States, Infobase Publishing, New York 2008, s.88.

¹³ Bu düzenlemenin eleştirisi için bkz. DWYER, Amy S.: “The Inter-American Court of Human Rights: Towards Establishing an Effective Regional Contentious Jurisdiction”, 13 B.C. Int’l & Comp. L. Rev. 127, 1990, s.145. <https://lawdigitalcommons.bc.edu/iclr/vol13/iss1/6/> (01.11.2019).

¹⁴ ASLAN, Volkan: “Amerikalılar Arası İnsan Hakları Sistemi”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 3(2), 2012, s.282.

¹⁵ SHELTON, Dinah: Remedies in International Human Rights Law, 2. Baskı, Oxford University Press, USA 2006, s.289.

üzerine henüz önüne getirilmemiş davalar bakımından da kullanılabilir¹⁶.

B. Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi'nin Tavsiye Görüşlerinin Hukuki Niteliği

Yukarıda ifade ettiğimiz gibi, Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi'nin çekişmeli davalara bakmak ve geçici tedbir kararı vermek dışında tavsiye görüşünde bulunma yetkisi de vardır. Amerikan Devletleri Örgütü'ne üye herhangi bir devlet veya kendi yetki alanlarına giren konularla sınırlı olmak kaydıyla Amerikan Devletleri Örgütü Şartının X. Bölümünde sayılan organlar, Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesinin ve insan haklarının korunmasına ilişkin Amerikan devletlerindeki diğer anlaşmaların yorumu hususunda Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi'ne başvurabilirler (Ame. İHS, md. 64/1). Ayrıca bir üye devletin talebi üzerine Mahkeme, o Devletin ulusal yasalarından herhangi birinin bahsi geçen uluslararası belgelere uygunluğu konusunda da görüşte bulunabilir (Ame. İHS, md. 64/2). Bir başka deyişle, Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi, Amerikan Devletleri arasında akdedilen insan haklarına ilişkin diğer anlaşmalar ve Amerikan Devleti Örgütü üyesi devletlerin iç hukuk düzenlemeleri Mahkemece yorumlanabilir ve Mahkeme bunlara ilişkin tavsiye görüşünde bulunabilir¹⁷. Bu görüşü talep edebilecek olanlar ise yalnızca Sözleşmeye taraf olan devletler değil, Amerikan Devletleri Örgütü üyesi devletler ve Amerikan Devleti Örgütü Şartı Bölüm X'da sayılı organlardır.

Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi'nin tavsiye görüşleri bağlayıcı olmamakla birlikte bunların tamamen işlevsiz veya etkisiz oldukları söylenemez¹⁸. Tavsiye görüşlerinin en önemli işlevi Sözleşme ve diğer belgelerde yer alan düzenlemelere açıklık getirmek, onların kapsamını belirginleştirmektir. Öte yandan Mahkeme bu usulü kullanarak Sözleşme normlarının koruma alanını da genişletebilmektedir¹⁹.

Tavsiye görüşlerinin bir diğer önemli işlevi, Mahkeme'nin çekişmeli yargı yetkisi çerçevesinde önüne gelen somut olaylarda uygulayacağı esasları belirlemek ve alenileştirmektir. Böylelikle Taraf Devletlerce ileri sürülen, uyuşmazlığa konu bir norm veya bu norma dayalı bir uygulamanın Sözleşmesel yükümlülüklerle uygun olduğu iddiası, eğer bununla aksi yönde bir tavsiye görüşü varsa kabul görmeyecektir. Nitekim Mahkeme'nin bireysel veya devletlerarası başvuru yolu ile önüne gelen bazı uyuşmazlıklarla ilgili karar verirken tavsiye görüşlerinde yer verdiği hususlara atıf yaptığı, bunları hükmüne esas aldığı görülmektedir. Bu nedenle Mahkeme'nin tavsiye görüşlerinin teknik olarak hukuken bağlayıcı olmasa da pratikteki işlevleri bakımından bağlayıcı oldukları söylenebilir²⁰.

III. OC-23/17 SAYILI TAVSİYE GÖRÜŞÜNÜN KONUSU

A. Genel Olarak

16 Mart 2016 tarihinde Kolombiya Hükümeti, Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi'nden Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi çerçevesinde Taraf Devletlerin sınır aşan çevresel zararlardan dolayı sorumluluğunun sınırları hakkında tavsiye görüşünde bulunmasını istemiştir. Kolombiya Hükümetinin bu isteminin ardında Karayip Denizinde planladığı aktivitelerin olası sonuçları bakımından kendisini garanti altına alma ile birlikte, komşularının özellikle de Nikaragua'nın gerçekleştireceği kanal ve açık denizde sondaj çalışmalarının olumsuz sonuçlarından korunma ihtiyacı yatmaktadır²¹. Konu, bölgedeki diğer devletlerin de ilgisiyle karşılanmış ve Arjantin, Bolivya, Guatemala, Panama ve Honduras Hükümetleri de Mahkeme'ye gözlemlerini sunmuşlar ve temsilcileri toplantılara katılmışlardır.

¹⁶ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. GEMALMAZ, Mehmet Semih: Ulusalüstü İnsan Hakları Usul Hukukunda Geçici Önlem, 2. Kitap, Legal Yayınevi, İstanbul 2007, s.5-442.

¹⁷ KALIN, Walter/KÜNZLI, Jörg: The Law of International Human Rights Protection, Oxford University Press, New York 2009, s.238.

¹⁸ GEMALMAZ, Mehmet Semih: Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş, 8. Baskı, Legal Yayınevi, 2012, s.395.

¹⁹ GEMALMAZ, Mehmet Semih: Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş, s.396.

²⁰ GEMALMAZ, Mehmet Semih: Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş, s.396-397.

²¹ BANDA, Maria L: "Inter-American Court of Human Right's Advisory Opinion on the Environment and Human Rights", American Society of International Law Insights, 22(6), 2018, <https://www.asil.org/insights/volume/22/issue/6/inter-american-court-human-rights-advisory-opinion-environment-and-human>, (Erişim Tarihi: 24.10.2019).

B. Temel Meseleler

Kolombiya Hükümeti, başvurusunda üç temel meseleyi ele almıştır²². Bu meselelerden ilki, Sözleşme'nin yer ve kişi bakımından uygulama alanına ilişkindir. Haklara Saygı Gösterme Yükümlülüğü" başlığını taşıyan Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 1/1 maddesinde yer alan düzenleme göre; " Sözleşmeye Taraf Devletler, burada tanınan haklara ve özgürlüklere saygı göstermeyi ve kendi yargılama yetkilerine tabi herkesin söz konusu hakları ve özgürlükleri ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasi görüş, ulusal ya da sosyal köken, ekonomik statü, doğum ya da her hangi bir başka gerekçeyle ayrımcılık yapılmaksızın özgürce ve tam olarak kullanabilmelerini taahhüt ederler". Hükümet, Mahkeme'den ilgili düzenleme gereğince Sözleşmeye taraf bir devletin sınırları içerisindeki faaliyetlerinden dolayı, başka bir Taraf Devletin sınırları içerisinde bulunan kişilere karşı Sözleşme ile güvence altına alınan haklar bakımından taahhüt altında olup olmadığı hususunu aydınlatmasını istemiştir.

Kolombiya Hükümeti'nin gündeme getirdiği ikinci mesele, Taraf Devletlerin deniz kirliliğine neden olan faaliyetlerinin Sözleşme'nin 4/1. maddesinde düzenlenen yaşam hakkı ve 5/1. maddesinde düzenlenen kişinin fiziksel, zihinsel ve ruhsal bütünlüğünün korunması haklarını ihlal edip etmediğidir. Son olarak Hükümet Mahkeme'den 4/1 ve 5/1. maddelerde düzenlenen haklara saygı yükümlülüğünün somutlaştırılmasını ve bu bağlamda ilgili yükümlülüklerin ortaya konmasında uluslararası çevre hukukuna ilişkin diğer düzenlemelerin doğrudan kaynak olarak kullanılıp kullanılmayacağını sormuştur.

IV. AMERİKALILAR ARASI İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ'NİN KONUYA İLİŞKİN DEĞERLENDİRMESİ

A. Genel Olarak

Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi, tavsiye görüşünün hemen başında, bu görüşün Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi bağlamında Taraf Devletlerin çevrenin korunması hususundaki yükümlülüklerinin etraflıca belirlenmesi için son derece önemli olduğunu vurgulamış ve çevre ile insan hakları kavramları arasındaki organik bağı ortaya koymuştur²³. Bunu yaparken Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Afrika İnsan ve Halklar Hakları Komisyonu kararları ile Birleşmiş Milletler raporları ve uzman görüşlerine de atıf yapan²⁴ Mahkeme'ye göre konuya ilişkin öncelikli olarak belirtilmesi gereken hususlar şunlardır:

- Sağlıklı bir çevrede yaşama hakkı temel bir insan hakkıdır²⁵.
- Başta iklim değişikliği olmak üzere her türlü çevre tahribatı diğer insan hakları ile birlikte sağlıklı bir çevrede yaşama hakkını ihlal eder²⁶.
- Sözleşmeye Taraf Devletlerin Sözleşme ile garanti altına alınmış hakları koruma yükümlülüğü, yalnızca devletin ülkesi sayılan bir yerde gerçekleşen ihlallerle sınırlı değildir²⁷.

Mahkeme ilgili tavsiye görüşünün devamında bu üç hususun ayrıntılarına yer vermiştir.

B. Sağlıklı Bir Çevrede Yaşama Hakkı

Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi, OC-23/17 sayılı Tavsiye Görüşünde, sağlıklı bir çevrede yaşama hakkının Sözleşmede garanti altına alınan diğer temel haklardan bağımsız bir temel hak olduğunu ifade etmiştir²⁸. Esasında Mahkeme'nin önüne çevresel zararlara ilişkin daha önce de başvurular gelmekte idi. Mahkeme bu başvurularda sağlıklı bir çevrede yaşama hakkının ihlal edilip edilmediğini, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin içtihatlarına benzer şekilde diğer temel haklarla ilişkilendirmek suretiyle değerlendirmiştir²⁹. Bunun nedeni Avrupa İnsan Hakları

²² FERIA-TINTA, Monica/MILNES, Simon C.: "The Rise of Environmental Law in International Dispute Resolution: Inter American Court of Human Rights Issues a Landmark Advisory Opinion on the Environment and Human Rights", Yearbook of International Environmental Law, 27(1), 2016, s.66.

²³ OC-23/17, paragraf 46.

²⁴ OC-23/17, paragraf 46-55.

²⁵ OC-23/17, paragraf 55.

²⁶ OC-23/17, paragraf 49.

²⁷ OC-23/17, paragraf 72.

²⁸ OC-23/17, paragraf 55.

²⁹ TILL, Markus/SILVA SANCHEZ, Pedro Pablo: "Zum Schutz der Umwelt durch die Amerikanische Menschenrechtskonvention: Das Gutachten des IAGMR OC 23-2017", Zeitschrift für Umweltrecht (ZUR), Heft 3, 2019, s.152.

Sözleşmesi'nde olduğu gibi açık bir şekilde Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi'nde de sağlıklı bir çevrede yaşama hakkına yer verilmemiş olmasıdır. Öte yandan bu Tavsiye Görüşünde Mahkeme, sağlıklı bir çevrede yaşama hakkını, Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi'nin "yaşayan bir belge" olduğundan yola çıkarak, önceki içtihatlarından farklı bir şekilde diğer temel haklardan bağımsız bir temel hak olarak yorumlamıştır³⁰.

Mahkeme'ye göre sağlıklı bir çevrede yaşama hakkı hem kolektif hem de bireysel yönü olan ekonomik, sosyal ve kültürel haklar kategorisinde yer alan bir temel haktır. Hakkın kolektif yönü, şimdiki ve gelecek nesillerin ortak çıkarlarını temsil etmesini, bireysel yönü ise sağlıklı bir çevrenin bireyin diğer temel haklarından yararlanmasının ön koşulu olmasını ifade eder³¹. Sağlıklı bir çevrede yaşama hakkı, her ne kadar Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi'nde diğer temel haklardan bağımsız bir hak olarak düzenlenmiş olmasa da Sözleşmeye ek San Salvador Protokolü'nün 11. maddesinde açık bir şekilde güvence altına alınmıştır³². Yine Protokol'ün başlangıç kısmında belirtildiği üzere sağlıklı bir çevrede yaşama hakkının da içerisinde bulunduğu ekonomik, sosyal ve kültürel haklarla medeni ve siyasi haklar arasında yadsınamaz bir bağ vardır. Bu kategorilerden herhangi birisine dahil olan bir hak güvence altına alınmadığı sürece diğer hakların güvence altına alınmış olmasının da bir anlamı kalmaz. Bir başka deyişle tüm temel hak ve özgürlükler, insanın insan onuruna yaraşır bir yaşam sürmesini güvence altına almayı amaçlayan bölünmez bir bütündür³³. Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 26. maddesinde yer alan düzenleme gereğince de Taraf Devletler ekonomik, sosyal ve kültürel alanlarda sürekli gelişimi taahhüt etmektedirler. Mahkeme'ye göre temel hakların bölünmezliği ve bütünselliği ilkeleri San Salvador Protokolü'nün başlangıç kısmı ile 11. maddesinin ve Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 26. maddesinin bağlantılı olarak yorumlanmasını gerektirir. Bu husus aynı zamanda Taraf Devletlerin çevrenin korunması ile ilgili maddi ve usuli yükümlülüklerinin hukuki dayanağını teşkil eder³⁴.

C. Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesinin Sınır Aşan Hak İhlallerinde Uygulanabilirliği

Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi'nin OC-23/17 sayılı Tavsiye Görüşünde açıklığa kavuşturduğu ikinci husus, bir Taraf Devletin kendi sınırları içerisinde gerçekleştirdiği faaliyetlerin sebep olduğu çevresel zararın etkilerinin sınırları dışında ortaya çıkması halinde sağlıklı bir çevrede yaşama hakkının ihlalden dolayı sorumlu tutulup tutulamayacağıdır. Taraf olunan insan hakları sözleşmeleri uyarınca, devletlerin hak ve özgürlükleri koruma yükümlülükleri kural olarak devletin ülkesi sayılan bir yerde gerçekleşen ihlallerle sınırlıdır. Bir başka deyişle insan haklarına ilişkin sözleşmelerin ülke dışında meydana gelen olaylara uygulanma kabiliyeti yoktur. Bununla birlikte örneğin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi bakımından Sözleşmeye uyma yükümlülüğü dar anlamda devletin siyasi sınırlarıyla belirlenmemiştir³⁵. Sözleşmeye Taraf Devletin fiili egemenlik alanı kapsamındaki herhangi bir yerde gerçekleşen ihlallerden ötürü de sorumluluğu söz konusudur³⁶. Bunun için ilgili devletin kendi sınırları dışındaki söz konusu alan veya kişiler üzerinde "etkin denetim" kurması şartı aranır. Öte yandan devletlerin kendi sınırları içerisinde gerçekleştirdiği faaliyetlerin neden olduğu çevresel tahribatın, sınırları dışındaki etkilerinden dolayı sorumlu tutulup tutulamayacakları hususu daha önce Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi veya başka bir uluslararası yargı merci tarafından tartışılmış değildir.

Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi, Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 1/1. maddesinde geçen "yargılama yetkisine tabi herkes" ifadesini Sözleşmeye Taraf Devletin kendi ülkesinin sınırları içerisinde olsun olmasın "etkin denetim" kriterinden yola çıkarak yorumlamış,

³⁰ OC-23/17, paragraf 43-44.

³¹ FERIA-TINTA, Monica/MILNES, Simon C.: "International Environmental Law fort he 21st Century: The Constitutionalization of the Right to a Healthy Environment in the Inter-American Court of Human Rights Advisory Opinion 23", Anuario Colombiano de Derecho Internacional (ACDI), 12, 2019, s.53.

³² OC-23/17, paragraf 47.

³³ OC-23/17, paragraf 47.

³⁴ OC-23/17, paragraf 55.

³⁵ TEZCAN, Durmuş/ERDEM, Mustafa/SANCAKDAR, Oğuz/ÖNOK, Rifat Murat: İnsan Hakları El Kitabı, 7. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2018, s.70.

³⁶ DUTTWILER, Michael: "Authority, Control and Jurisdiction in the Extraterritorial Application of the European Convention on Human Rights", Netherlands Quarterly of Human Rights, 30, 2012, s.137.

böylelikle Sözleşme'nin uygulanma alanını bir hayli genişletmiştir³⁷. Buna göre, Sözleşmeye taraf bir devletin kendi sınırları içerisindeki faaliyetlerinin sebep olduğu çevresel tahribatın sınır dışı etkilerinden sorumlu tutulabilmesi, kendi sınırları dışında bulunsalar dahi Sözleşme'nin koruması altındaki kişiler bakımından hak ihlaline sebep olmuşsa mümkündür. Bir başka deyişle Mahkeme, “etkin denetim” kriterini kendi sınırları dışındaki bir alan veya kişiler üzerindeki denetim olarak değil, kendi ülkesinde gerçekleşen ancak etkilerini sınırları dışında da gösteren faaliyetleri üzerindeki denetim olarak yorumlayarak, ilgili kriteri yeniden tanımlamıştır. Mahkeme'ye göre devletlerin Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi bağlamında sorumlu tutulabilmesi için ortaya çıkan zarar ile devletin ihmali veya eylemi arasında nedensellik bağı bulunması yeterlidir. Bununla birlikte, devletlerin kendi sınırları içerisindeki faaliyetlerinin sınırdışı etkilerinden doğan sorumluluğu istisnai nitelikte olup dar yorumlanmalıdır³⁸.

D. Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi Bağlamında Taraf Devletlerin Çevrenin Korunması ile İlgili Maddi ve Usuli Yükümlülükleri

OC-23/17 sayılı Tavsiye Görüşü ile Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi, Taraf Devletlerin kendi ülkelerindeki faaliyetlerinin neden olduğu sınırı aşan çevresel tahribattan dolayı maddi ve usuli yükümlülüklerini de ortaya koymuştur. Buna göre Taraf Devletler, Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi ile garanti altına alınan yaşama hakkı ve kişinin fiziksel, zihinsel ve ruhsal bütünlüğünün korunması hakkı bağlamında Sözleşme'nin koruması altındaki kişileri çevresel tahribatın sebep olduğu zararlardan “koruma” ve bu hakların getirdiği güvenceleri “sağlama” yükümlülükleri altındadır. Mahkeme'ye göre bu yükümlülükler, uluslararası çevre hukukuna ilişkin düzenlemeler ışığında yorumlanmalıdır³⁹. Bu bağlamda Mahkeme özellikle, önleme, iş birliği yapma, katılım ve bilgiye ve yargıya erişim hakları gibi usuli çevresel hakların tanınması yükümlülükleri üzerinde durmuştur.

1. Önleme Yükümlülüğü

Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi'ne göre Sözleşmeye Taraf Devletler, kendi sınırları içerisinde gerçekleştirdikleri faaliyetlerin, sınırları dışında meydana getirdikleri çevresel tahribatı önleme yükümlülüğü altındadır⁴⁰. Buna göre devletler, ulusal hukuklarında sınırı aşan çevresel tahribata neden olabilecek faaliyetlerle ilgili yasal düzenlemeleri yapmalı, söz konusu faaliyetleri gözlem ve denetim altında tutmalıdır. Bu faaliyetlere yönelik olarak istenmeyen sonuçların doğmasını engelleyebilecek nitelikte önlemlerin alınmasının, bilimsel ve teknolojik altyapı çalışmalarını gerektirmesi halinde devletler, kendi imkanları çerçevesinde bunların sağlanmasından da sorumludur. Bunun dışında devletlerin, düzenli aralıklarla etki değerlendirme raporları hazırlamak, acil durum eylem planları yapmak gibi olası çevresel felaketlerin zararlarını en aza indirmek konusunda da yükümlülükleri vardır⁴¹.

Mahkeme, Taraf Devletlerin yukarıda yer verilen yükümlülüklerinin sınırsız olmadığını da altını çizmiştir⁴². Buna göre devletler yalnızca, yaşama hakkı ve kişinin fiziksel, zihinsel ve ruhsal bütünlüğünün korunması haklarını ihlal eden bildikleri veya kendilerinden bilmeleri beklenen riskler karşısında yükümlülük altındadır. Şüphesiz ki, ortaya çıkan çevresel tahribat ile bu hakların ihlali arasında nedensellik bağı bulunması da aranır⁴³.

2. İhtiyat İlkesi

Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi'ne göre Taraf Devletler, yaşama hakkı ve kişinin fiziksel, zihinsel ve ruhsal bütünlüğünün korunması haklarının korunması hususunda azami özeni göstermekle yükümlüdürler. Bu nedenle, bilimsel belirsizlik durumlarında dahi

³⁷ ABELLO GALVIS, Ricardo/AREVALO RAMIREZ, Walter: “Inter American Court of Human Rights Advisory Opinion OC-23/17: Jurisdictional, Procedural and Substantive Implications of Human Rights Duties in the Context of Environmental Protection”, *Review of European, Comparative & International Environmental Law (RECIEL)*, 28, 2019, s.220.

³⁸ ABELLO GALVIS/AREVALO RAMIREZ, s.220.

³⁹ OC-23/17, paragraf 81-82, 93.

⁴⁰ OC-23/17, paragraf 127-174.

⁴¹ FERIA-TINTA, Monica/MILNES, Simon C.: “The Rise of Environmental Law in International Dispute Resolution: Inter American Court of Human Rights Issues a Landmark Advisory Opinion on the Environment and Human Rights”, s.68-69.

⁴² OC-23/17, paragraf 101.

⁴³ ABELLO GALVIS/AREVALO RAMIREZ, s.220.

çevreye gelebilecek olumsuz etkilerin önlenmesi için gerekenlerin yapılması yükümlülüğü anlamına gelen ihtiyat ilkesi⁴⁴, OC-23/17 sayılı Tavsiye Görüşü ile Mahkeme tarafından taraf devletlerin Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi çerçevesinde yükümlülüklerinin belirlenmesi bakımından gözetilmesi gereken bir ilke olarak kabul edilmiştir⁴⁵.

3. İşbirliğinde Bulunma Yükümlülüğü

Bir devletin kendi sınırları içerisindeki faaliyetlerinden kaynaklanan çevresel tahribatın sınırlar dışı etkilerinin giderilmesi şüphesiz ki, buna neden olan devleti söz konusu etkilerin ortaya çıktığı devletle işbirliğinde bulunmasını gerektirir. İlgili Tavsiye Kararı'nda da Mahkeme, bu hususa yer vermiş ve devletlerin gerek bizzatı çevrenin gerekse kişilerin haklarının korunması için iyi niyetle hareket etme, gerekli hallerde uyarılarda bulunma, danışma ve bilgi paylaşımı gibi konularda işbirliği içerisinde hareket etme yükümlülüğü altında olduklarını ifade etmiştir⁴⁶.

4. Usuli Çevresel Haklar

Son olarak Mahkeme, Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi'nde yer alan hakların gerçek anlamda hayata geçirilebilmesi için kişilere, katılma, bilgiye ve yargıya erişim gibi usuli hakların sağlanması gerektiğini belirtmiştir. Mahkeme'ye göre Taraf Devletler bu hakları kişilere karşı ayrımcılık gözetmeksizin tanımakla yükümlüdürler⁴⁷.

Aslında Mahkeme, daha önce vermiş olduğu kararlarında Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 13. maddesinin Taraf Devletleri çevreye zarar verme riski taşıyan faaliyetler konusunda kişilere bilgiye erişim hakkı sağlama yükümlülüğü altına soktuğunu hüküm altına almıştır. İlgili Tavsiye Görüşü ile devletlerin ayrıca 23/1 (a) maddesi ile çevre ile ilgili alınacak kararlara katılım, 8/1 ve 25. maddeler gereğince ise kişilerin yargıya erişiminin sağlanması yükümlülükleri olduğu da ifade edilmiştir. Bu yönüyle, ilgili Tavsiye Görüşü ile Mahkeme bir bakıma, devletlerin usuli çevresel hakları tanıma yükümlülüklerini ortaya koyan Birleşmiş Milletler Rio Deklarasyonu'nun 10 numaralı ilkesini Amerika kıtası açısından hayata geçirmiş olmaktadır⁴⁸.

V. SONUÇ

Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi'nin OC-23/17 sayılı Tavsiye Görüşünün çevrenin korunması ve insan hakları arasındaki ilişkinin ortaya konması ile ilgili olarak pek çok açıdan ezber bozan nitelikte olduğunun söylenmesi mümkündür.

Öncelikle bu Tavsiye Görüşü ile ilk defa, sağlıklı bir çevrede yaşama hakkı Sözleşme içerisinde ayrıca ve açıkça düzenlenmiş olup olmamasına bakılmaksızın, Sözleşme ile güvence altına alınan diğer haklarla ilişkilendirilmeden, hakların bütünselliği ve bölünmezliği ilkeleri göz önüne alınarak bağımsız bir temel hak olarak kabul edilmiştir. Mahkemenin bu kabulü, genellikle insan hakları sözleşmeleri ile açıkça güvence altına alınmayan ekonomik ve sosyal hakların yargısal başvuruya konu edilebilir hale gelmesine kapı aralarken, aynı zamanda çevre hakkını diğer insan haklarından bağımsızlaştırarak çevrenin korunmasını insan odaklı merkezden uzaklaştırmaktadır. Çevrenin korunmasının insan açısından önemli olduğu kadar, diğer canlıların yaşamsal varlıklarını sürdürebilmeleri açısından önemini vurgulayan bu yaklaşım, uluslararası çevre hukukunun günümüzde gelişen eğilimiyle aynı doğrultudadır.

OC-23/17 sayılı Tavsiye Görüşünün bir diğer önemli yönü Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Taraf Devletlerin çevrenin korunmasına ilişkin maddi ve usuli yükümlülüklerini açıkça ortaya koyması ve bunu yaparken de çevre hukukuna ilişkin uluslararası hukuk kaynaklarına doğrudan atıfta bulunmasıdır. İlgili Tavsiye Görüşü ile hukuken bağlayıcı olmayan Stockholm ve Rio Deklarasyonlarında yer alan devletlerin çevresel tahribatı önleme ve işbirliği yükümlülükleri ile ihtiyat ilkesi gibi ilkeler somutlaştırılmış, böylelikle çevrenin korunmasına ilişkin olarak ilgili düzenlemeler yalnızca etik açıdan bağlayıcı düzenlemeler olmaktan çıkarılmıştır. Son olarak OC-23/17 sayılı Tavsiye Görüşü ile Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi devletlerin kendi sınırları dışındaki insan hakları ihlallerinden dolayı sorumlulukları

⁴⁴ TURGUT, Nükhet: "İhtiyat İlkesi", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 45(1), 1996, s.76.

⁴⁵ OC-23/17, paragraf 175-180.

⁴⁶ OC-23/17, paragraf 181-209.

⁴⁷ OC-23/17, paragraf 238-240.

⁴⁸ BANDA, s.5.

konusunda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kabul ettiği "etkin denetim kurma" kriterini yeniden yorumlayarak, devletlerin sorumluluğunu genişletmiştir. Buna göre, "etkin denetim kurma" yalnızca mağdurun kendisi veya bulunduğu yer üzerindeki denetim olarak değil, aynı zamanda devletin kendi sınırları içerisinde gerçekleştirdiği ancak olumsuz etkilerini sınırları dışında gösteren faaliyetleri üzerindeki denetim olarak da anlaşılmalıdır. Bu husus özellikle devletlerin hava kirliliği, zararlı kimyasal atıklar ve hatta iklim değişikliğine neden olan faaliyetlerinin yargısal başvuru konusu yapılabilmesi açısından önemli olmakla birlikte uluslararası şirketlerin faaliyetlerinin uluslararası hukuk tarafından ele alınabilmesine ilişkin yeni savlar ortaya koyabilmesi bakımından önemlidir⁴⁹.

KAYNAKÇA

- ABELLO GALVIS, Ricardo/AREVALO RAMIREZ, Walter: "Inter American Court of Human Rights Advisory Opinion OC-23/17: Jurisdictional, Procedural and Substantive Implications of Human Rights Duties in the Context of Environmental Protection", *Review of European, Comparative & International Environmental Law (RECIEL)*, 28, 2019, s.217-222.
- ASLAN, Volkan: "Amerikalılar Arası İnsan Hakları Sistemi", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 3(2), 2012, s.261-296.
- BANDA, Maria L: "Inter-American Court of Human Right's Advisory Opinion on the Environment and Human Rights", *American Society of International Law Insights*, 22(6), 2018, s.1-5.
- BLOOM, Barbara Lee: *The Organization of American States*, Infobase Publishing, New York 2008.
- DE OLIVEIRA MAZZUOLI Valerio/DE FARIA MOREIRA TEIXEIRA Gustavo: "Greening The Inter American Human Rights System", *L'Observateur des Nations Unies*, 33, 2012-2, s.299-313.
- DUTTWILER, Michael: "Authority, Control and Jurisdiction in the Extraterritorial Application of the European Convention on Human Rights", *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 30, 2017, s.137-162.
- DUYMAZ, Erkan: "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Çevrenin Korunmasına Katkısı", *İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, 47, 2012, s.121-160.
- DWYER, Amy S.: "The Inter-American Court of Human Rights: Towards Establishing an Effective Regional Contentious Jurisdiction", *13 B.C. Int'l & Comp. L. Rev.* 127, 1990, s.127-166.
- FERIA-TINTA, Monica/MILNES, Simon C.: "The Rise of Environmental Law in International Dispute Resolution: Inter American Court of Human Rights Issues a Landmark Advisory Opinion on the Environment and Human Rights", *Yearbook of International Environmental Law*, 27(1), 2016, s.64-81.
- FERIA-TINTA, Monica/MILNES, Simon C.: "International Environmental Law for the 21st Century: The Constitutionalization of the Right to a Healthy Environment in the Inter-American Court of Human Rights Advisory Opinion 23", *Anuario Colombiano de Derecho Internacional (ACDI)*, 12, 2019, s.43-84.
- GEMALMAZ, Mehmet Semih: *Latin Amerika'da İnsan Hakları*, 3. Baskı, Kavram Yayınları, İstanbul 1994.
- GEMALMAZ, Mehmet Semih: *Ulusalüstü İnsan Hakları Usul Hukukunda Geçici Önlem*, 2. Kitap, Legal Yayınevi, İstanbul 2007.
- GEMALMAZ, Mehmet Semih: *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş*, 8. Baskı, Yayınevi, 2012.
- GÜNEŞ, Ahmet M.: "Uluslararası Çevre Hukuku Üzerine Bir İnceleme", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* 70(1), 2012, 83-114.
- GÜNEŞ, Ahmet M.: *Çevre Hukuku*, XII Levha Yayınları, İstanbul 2015.
- KALIN, Walter/KÜNZLI, Jörg: *The Law of International Human Rights Protection*, Oxford University Press, New York 2009.
- ÖZDEK, Yasemin: *Bir İnsan Hakkı Olarak Çevre Hakkı*, TODAİE Yayınları No: 249, Ankara 1993.
- SHELTON, Dinah: *Regional Protection of Human Rights*, Oxford University Press, New York 2008.
- SHELTON, Dinah: *Remedies in International Human Rights Law*, 2. Baskı, Oxford University Press, USA 2006.
- TEZCAN, Durmuş/ERDEM, Mustafa/SANCAKDAR, Oğuz/ÖNOK, Rifat Murat: *İnsan Hakları El Kitabı*, 7. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2018.

⁴⁹ FERIA-TINTA, Monica/MILNES, Simon C.: "The Rise of Environmental Law in International Dispute Resolution: Inter American Court of Human Rights Issues a Landmark Advisory Opinion on the Environment and Human Rights", s.80.

- TILL, Markus/SILVA SANCHEZ, Pedro Pablo: “Zum Schutz der Umwelt durch die Amerikanische Menschenrechtskonvention: Das Gutachten des IAGMR OC 23-2017”, Zeitschrift für Umweltrecht (ZUR), Heft 3, 2019, s.150-157.
- TURGUT, Nükhet: “İhtiyat İlkesi”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 45(1), 1996, s.67-102.
- TURGUT YILMAZ, Nükhet: Çevre Politikası ve Hukuku, İmaj Yayınevi, 3. Baskı, Ankara 2017.

Otobiyografi

Prof Dr. Sarper SÜZEK

1943 yılında Burdur’da doğdum. İzmir Saint-Joseph Orta Okulu’nu ve Galatasaray Lisesi’ni bitirdim. 1967 yılında Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi’nden mezun oldum. Mezun olduğum gün, hocam Prof. Dr. Turhan Esener’in odasına giderek “beni asistan alır mısınız” diye sordum. İş hukukunun yanı sıra, eşya hukuku ve borçlar hukukuna olan ilgim nedeniyle hocamın “medeni hukuk mu yoksa iş hukuku kürsüsüne mi asistan olmak istiyorsun” sorusu üzerine tereddütsüz “iş hukuku” cevabını verdim. Bu cevabım ve ülkemizde henüz gelişmeye başlayan iş hukukunu istemem hocamı çok memnun etmişti. Ancak asistanlık dil ve bilim sınavını geçtikten sonra bunun mümkün olabileceğini ve bundan çok memnun olacağımı belirtti. Asistanlık sınavında başarılı olduktan sonra, büyük hukukçu Prof. Dr. Haluk Tandoğan, hocam Prof. Dr. Turhan Esener’e “bu çocuk iş hukuku gibi medeni hukuku da çok iyi biliyor, istersen kendisini bu alanda yetiştirelim” demiş. Hocamın bu hususu bana iletmesi üzerine, “Hocam, medeni hukuku da çok severim ama ben işçi-işveren ilişkilerini düzenleyen iş hukukuna adeta aşığım, müsaade ederseniz bu alanda derinlemesine çalışmak hususunda çok arzuluyum, elimden geleni yapacağımdan emin olabilirsiniz” cevabını verdim. Böylece 1968 yılında Prof. Dr. Turhan Esener’in başkanı olduğu Ankara Hukuk Fakültesi İş Hukuku Kürsüsü’ne asistan olarak atandım.



Hocam Prof. Dr. Turhan Esener, Avrupa ve özellikle Fransız hukukunda tartışmalara ve pozitif hukukta düzenlemelere konu olan işverenin fesih hakkının geçerli sebebe bağlanarak iş ilişkisinin sürekliliğinin sağlanması anlamına gelen “iş güvencesini” bana doktora tez konusu olarak verdi. Ben de “benim için çok ilginç, ülkemizde pek az incelenmiş, ele alınması yararlı bir konu” diyerek doktora tezimi bu konuda hazırlayacağımı ifade ettim. Üç yıllık bir çalışmadan sonra, Avrupa Birliği Hukuku ile karşılaştırmalı olarak işverenin belirsiz süreli iş sözleşmesini fesih hakkını, hakkın kötüye kullanılması ve iş güvencesi açısından incelediğim çalışmayı hocama sundum. Hocam Prof. Dr. Turhan Esener ile beraber Prof. Dr. Haluk Tandoğan ve Prof. Dr. Ali Naim İnan’dan oluşan jüri önünde tezimi başarı ile savundum. Daha sonra “İş Akdini Fesih Hakkının Kötüye Kullanılması-İş Güvencesi Konusunda Karşılaştırmalı Bir İnceleme” başlığı altında kitap olarak basılacak doktora tezimle 1974 yılında hukuk doktoru unvanını kazandım. 1975 yılından başlayarak iş mahkemelerinde yirmi yıl süreyle bilirkişilik görevlerini yerine getirdim.

1982 yılında yardımcı doçentliğe yükselterek iş ve sosyal güvenlik hukuku derslerini öğretim üyesi olarak vermeye başladım. Aynı yıl, Orta Doğu Teknik Üniversitesi Endüstri Mühendisliği Bölümü’nde diğer mühendislik bölümleri öğrencilerinin de seçilmiş ders olarak alabildiği “Mühendisler İçin İş Hukuku” derslerini on yıl sürdürdüm. Ayrıca bu yıldan itibaren Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsünde yüksek lisans ve doktora dersleri vermeye başladım.

Doçentlik tezi olarak, iş kazalarının yüksek olması nedeniyle ülkemiz açısından çok önem taşıyan iş sağlığı ve güvenliği konusunu, Avrupa Birliği ülkeleri ve Anglo-Sakson hukuku ile karşılaştırmalı olarak inceledim. Doçentlik tezim, Prof. Dr. Turhan Esener, Prof. Dr. Kemal Oğuzman, Prof. Dr. Kenan Tunçomağ, Prof. Dr. Nuri Çelik, Prof. Dr. Münir Ekonomi'den oluşan jüri tarafından oybirliği ile kabul edildi. Böylece “İş Güvenliği Hukuku” adı ile kitap haline gelen tezimle 1983 yılında doçent oldum. Hocamın tavsiyesi üzerine, 1475 sayılı İş Kanunu'nun iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin hükümlerini büyük ölçüde kaleme aldım. Bu yıllarda, Türk-İş tarafından kurulmuş bulunan Sendikacılık Koleji'nde hocamla beraber dersler vererek ve toplu iş uyuşmazlıklarını uzlaştırma toplantılarında yer alarak Türk hukukunda işçi-işveren ilişkilerini yakından inceleme fırsatı bularak tecrübe kazandım.



1985 yılında, Ankara Hukuk Fakültesi'nden emekli olacağım tarihe kadar sürdüreceğim İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı Başkanlığı'na atandım. Aynı yıl Siyasal Bilgiler Fakültesi'nde, Çalışma Ekonomisi ve Endüstri İlişkileri Bölümü ile İşletme Bölümü'nde ders vermeye başladım.

1989 yılında “İş Akdinin Askıya Alınmasının Genel Teorisi” kitabıyla profesörlüğe yükseltildim. 1993, 1994 ve 1998 yıllarına Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO) Çalışma Konferansı'nda hükümet danışmanı olarak görev aldım.

1994 yılında Galatasaray Üniversitesi'nin kuruluşunda kısa bir süre, Hukuk yanında sosyal bilimlerin diğer bölümlerini de kapsayan Devlet Bilimleri Yüksek Okulu Başkanlığı yaptım. Bu görevim ile Ankara Üniversitesi'ndeki görevlerimin bir arada yerine getirmenin güçlüğü karşısında Galatasaray Üniversitesi'ndeki görevimden istifa ettim. Ancak 1997-98 ders yılında Galatasaray Hukuk Fakültesi'nin ilk mezunu olan öğrencilere ders verdim.

1998 yılında iş hukukuna bir giriş niteliği taşıyan “İş Hukukunun Genel Esasları” kitabım basıldı. 2000 yılında Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi senatörü seçildim. Daha sonra 2003 ve 2006 yıllarında iki kez daha bu göreve getirildim. Senatoya seçilmeden önce Ankara Hukuk Fakültesi yönetim ve fakülte kurullarında görev aldım.

2002 yılında “İş Hukuku” kitabımın ilk baskısı yayınlandı. Hali hazırda bu kitabın 19. Yenilenmiş baskısını hazırlanmaktayım. 2002 yılında 4857 sayılı İş Kanunu'nu hazırlayan ve dokuz kişilik profesörlerden oluşan bilim kurulunda yer aldım. Gerek bu kurulda gerek daha önce görev aldığım kanun hazırlık çalışmalarında, yayımlarımda savunduğum görüşlerimin bir kısmını yasa hükmü haline getirme fırsatını buldum. Adı geçen yılda, 1975 yılında Prof. Dr. Kemal Oğuzman başkanlığında kurulan ve Prof. Dr. Münir Ekonomi başkanlığında başarıyla devam ettirilmiş olan İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi Yönetim Kurulu üyeliğine seçildim. 2009 yılında otuz altı yıldan beri bilimsel faaliyette bulunan bu komitenin başkanlığına getirildim. YÖK mevzuatında meydana gelen değişiklikler sonucu aynı yıl Milli Komitenin genel kurul kararıyla faaliyetini sona erdirmesi üzerine kurulan İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği'nin başkanlığına seçildim. Hali hazırda derneğin onursal başkanlığını yapmaktayım.



2008 yılında kesintisiz kırkı yıl görev yaptığım ve çok bağlı olduğum Ankara Hukuk Fakültesi'nden emekli oldum. Merhum Prof. Dr. Nami Çağan ile birlikte kuruluşuna katkıda bulunduğum Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde iş ve sosyal güvenlik hukuku öğretim üyesi olarak faaliyetimi sürdürmekteyim.

Elli iki yılı aşkın akademik yaşamımda üniversitede tam gün çalıştım. Her düzeyde ve değişik yüksek öğretim kurumlarında yetiştirdiğim ve çok sevdiğim binlerce öğrencim ile kıvanç duymaktayım.

11.06.2020 / Ankara

DÜZELTME / CORRECTION

**MİLLETLERARASI ARABULUCULUK UZLAŞMA
SÖZLEŞMESİNİN SINIR-ÖTESİ TENFİZİNE DAİR
SÖZLEŞME TASLAĞI**

Chang-fa Lo
Winnie Jo-Mei Ma

DOI: 10.21492/inuhfd.357698

**Çevirenler: Necla ÖZTÜRK
Güven YARAR**

İNÜHFD 8(2), 2017, DOI:10.21492/inuhfd.357698 ile yayınlanmış olan “Milletlerarası Arabuluculuk Uzlaşma Sözleşmesinin Sınır-Ötesi Tenfizine Dair Sözleşme Taslağı” başlıklı çeviri çalışmasında düzeltme yapılması gerekli olmuştur. Yanlış atıfları önlemek amacıyla, makale yazarları *Chang-fa Lo ve Winnie Jo-Mei Ma*, Draft “Convention on Cross-Border Enforcement of International Mediated Settlement Agreements”, 7 Contemporary Asia Arbitration Journal, Volume 7, 2014,p. 389-403’de yayınlanan eserin, kişisel görüş ve önerilerini yansıtan münferit bir çalışma olduğunu, çalışmanın Singapur Sözleşmesinin Taslağı olmadığını bildirmişlerdir.

Düzeltilme açıklaması: ÖZTÜRK, N , YARAR, G . (2017). Milletlerarası Arabuluculuk Uzlaşma Sözleşmesinin Sınır-Ötesi Tenfizine Dair Sözleşme Taslağı. İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi , 8(2) , 639-652 . DOI: 10.21492/inuhfd.357698 linkinde yayınlanmış olan çeviri çalışmasının ilk dipnotuna aşağıdaki ifade eklenmiş; çalışmanın ilk sayfasında gerekli düzeltmeler yapılmış, düzeltilmiş çalışmanın sadece ilk sayfası bu yazıya ek olarak yeniden yayınlanmıştır.

"Bu makale, yazarların (*Chang-fa Lo ve Winnie Jo-Mei Ma*) kişisel görüş ve önerilerini yansıtan münferit bir çalışma olup *Singapur Sözleşmesinin Taslağı değildir*"

Yayın Kurulu

**MİLLETLERARASI ARABULUCULUK UZLAŞMA
SÖZLEŞMESİNİN SINIR-ÖTESİ TENFİZİNE DAİR
SÖZLEŞME TASLAĞI***

Chang-fa Lo**
Winnie Jo-Mei Ma***

DOI: 10.21492/inuhfd.357698

Çevirenler: Necla ÖZTÜRK**
Güven YARAR*******

Özet

“Milletlerarası Arabuluculuk Uzlaşma Sözleşmesinin Sınır-Ötesi Tenfizine Dair Sözleşme” Taslağı, Taipei’de düzenlenen çok sayıda tahkim ve arabuluculuk konferanslarının ve bir araştırma projesi ile bağlantılı bir dizi tartışma ve görüşmelerin bir sonucudur. Bu Taslağın ana fikri, Milletlerarası Arabuluculuk Uzlaşma Sözleşmelerinin (International Mediated Settlement Agreements - iMSA’lar) sınır-ötesi tenfizinin cazibesini tanımak, iMSA’lar için öngörülen tenfiz koşullarını belirlemek ve ülkelerin iMSA’ları tenfiz etmelerini sağlamaktır. Taslak, tenfiz talep edilen akit devlet dışında başka bir akit devlette sonlandırılan kurumsal ya da ad hoc arabuluculuktan doğan ticari konulardaki iMSA’ları da içeren sınırötesi tanıma ve tenfiz için uygun olan iMSA’ların kapsamını tanımlamaktadır. Taslak, akit devletlere iMSA’ları tanıma ve tenfiz zorunluluğu getirmektedir. iMSA’lar için tanıma ve tenfize uygun olma koşulları asgaridir, ancak bu iMSA’ların gerçekten yapıldığından emin olmak amacıyla kurumsal arabuluculuk ile ad hoc arabuluculuktan kaynaklanan İMSA’lar arasında bazı küçük farklılıklar gözetilmiştir. iMSA’ların tenfiz edilmeme nedenleri ayrıca bunların tenfizini haklı kılan nedenleri zayıflatacak bazı temel sorunlarla sınırlı tutulmuştur. Bu taslak, iMSA’ların tenfizinde paralel ve bir arada mevcut olan rejimleri de tanımaktadır; aynı zamanda, gizli bilgilerin korunması gereğini de öngörmektedir. Akit devletin,

* Bu makale, yazarların (Chang-fa Lo ve Winnie Jo-Mei Ma) kişisel görüş ve önerilerini yansıtan münferit bir çalışma olup **Singapur Sözleşmesinin Taslağı değildir**. Makalenin özgün atf bilgisi için bkz. Chang-fa Lo / Winnie Jo-Mei Ma: Draft “Convention on Cross-Border Enforcement of International Mediated Settlement Agreements”, 7 Contemporary Asia Arbitration Journal, Volume 7, 2014, s. 389- 403.

** Anayasa Mahkemesi Yargıcı; Prof. Dr. Ulusal Tayvan Üniversitesi Hukuk Fakültesi, lohuang@ntu.edu.tw

*** Onursal Yrd. Doç. Dr. Bond Üniversitesi, Avustralya, wma@bond.edu.au

**** Doç. Dr. Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Özel Hukuk ABD. Başkanı, ozturknecla@akdeniz.edu.tr

***** Araştırma Görevlisi, Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Özel Hukuk ABD, guvenyarar@akdeniz.edu.tr