



TAAD

TÜRKİYE ADALET AKADEMİSİ DERGİSİ

“Adalet İçin Bilgi”

44

YIL: 11 - SAYI: 44 - EKİM 2020

www.taa.gov.tr

ISSN: 1309-6826

SAHİBİ / OWNER
Muhittin ÖZDEMİR

Türkiye Adalet Akademisi Adına, Türkiye Adalet Akademisi Başkanı

EDİTÖR / EDITOR

Dr. Musa TANRISEVEN / Hâkim

SORUMLU YAZI İŞLERİ MÜDÜRÜ / EDITOR IN CHIEF
Fethullah SOYUBELLİ / Hâkim

YAYIN KURULU / EDITORIAL BOARD

Muhittin ÖZDEMİR

Türkiye Adalet Akademisi Başkanı

Fethullah SOYUBELLİ

Sorumlu Yazı İşleri Müdürü

Dr. Musa TANRISEVEN

Türkiye Adalet Akademisi Dergisi Editörü

Süleyman KAYNAR

Law and Justice Review Dergisi Editörü

Adnan DÖNDERALP

Akademi Kürsü Dergisi Editörü

Prof. Dr. Yusuf Ziya TAŞKAN

Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

Prof. Dr. Bülent KENT

Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

Doç. Dr. Süleyman YILMAZ

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

Doç. Dr. Abdulkerim YILDIRIM

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

YAYIN TASARIM / PUBLISHING DESIGN

Hüseyin ÖZTÜRK, Büro Memuru

YAYIN YÖNETİM MERKEZİ / PUBLICATION MANAGEMENT CENTER

Türkiye Adalet Akademisi

Ahlatlıbel Mah. İncek Şehit Savcı Mehmet Selim Kiraz Bulvarı Çankaya/ANKARA

Tel: 0 (312) 489 81 80 • Faks: 0 (312) 489 81 01

E-posta: taa@gmail.com

Web: www.yayin.taa.gov.tr

BASKI / PRINT

Ankara Açık Ceza İnfaz Kurumu İş Yurdu Müdürlüğü Matbaası

İstanbul Yolu 13. Km. Ergazi-Şaşmaz/ANKARA

YAZIM VE YAYIM KURALLARI*

Türkiye Adalet Akademisi Dergisi yılda dört kez yayımlanan ulusal hakemli bir dergidir. Dergide yayımlanacak makalelerin aşağıda belirtilen yazım ve yayım kurallarına uygun olması gerekmektedir.

1. Dergide Türkçe ulusal hakemli makalelere yer verilmektedir. En az iki hakemin olumlu görüşünü alan makaleler yayımlanması talebi ile yayın kurulunun onayına sunulur.
2. Dergi, üç ayda bir (Ocak, Nisan, Temmuz ve Ekim aylarında) yayımlanmaktadır.
3. Dergiye gönderilen makaleler daha önce başka bir yerde yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır. Eğer başka bir yerde yayınlanmışsa da, telif hakkı yazara ait olmalıdır.
4. Dergide yayımlanan makalelerin dil, bilim ve ileri sürülen görüşler bakımından sorumluluğu yazarlara aittir.
5. Makalelerin **bilimselmakale@taa.gov.tr** adresine makale gönderim formu ve taahhütname ile birlikte gönderilmesi gerekmektedir. Makale gönderim formu ve taahhütname "**https://yayin.taa.gov.tr**" adresinden temin edilebilir.
6. Makaleler, uluslararası standartlardaki bilimsel yayın ve yazı formatlarına uygun olmalıdır.
7. Makalelerde 12 kelimeyi aşmayan "Başlık", 150-250 kelime arası "Özet" ve 5-8 kelime arası "Anahtar Kelimeler" bulunmalıdır. Makalelerde "Başlık, Özet, Anahtar Kelimeler ile Giriş ve Sonuç" kısımlarına numara verilmemelidir. "Başlık, Özet ve Anahtar Kelimeler" in yazılan yabancı dilin yanı sıra Türkçe ve İngilizce de yazılması zorunludur.
8. Metin içi alıntılama ve kaynak gösterme için OSCOLA kaynak stiline 4. Edisyonu kullanılmalı ve dipnot atf sistemi tercih edilmelidir.
9. Makalelerin ana bölümleri ve kaynakça 11, dipnotlar ise 9 punto ile yazılmalı, 1 satır aralığı ile "Calibri" karakteri kullanılmalı, metin iki yana yaslanmalı, sayfanın tüm kenarlarında 2,5 cm boşluk bırakılmalıdır.
10. Makaleler, kaynakça dâhil 3.000 kelimedenden az, 12.000 kelimedenden çok olmamalıdır.
11. Yazarın akademik unvanı, adı ve soyadı, baş harfleri büyük olmak üzere makale başlığının altında ortalı olarak yazılmalıdır. Yazarın çalıştığı yer ismi ile elektronik posta adresi, adı ve soyadına ilişkin dipnotta belirtilmelidir.
12. Makalelerin yayımlanıp yayımlanmayacağı, makale yazarına e-posta ile bildirilir.
13. Yazar ve hakemlere ödenecek telif ve inceleme ücretleri, Türkiye Adalet Akademisi Yayın Yönetmeliği'nin 23. Maddesi uyarınca dergi yayımlandıktan sonra yazara ödenir. Hakem denetiminden geçen bir makalenin telif ücretinin % 20'si hakemlere ödenir.
14. Dergide yazısı yayımlanmış yazarlara ücretsiz iki adet dergi gönderilmektedir.
15. Dergide yayımlanan tüm yazıların telif hakkı Türkiye Adalet Akademisine aittir. Makaleler, kaynak gösterilmeden başka bir yerde yayımlanamaz.
16. Dergilerin dijital versiyonuna "**https://yayin.taa.gov.tr**" adresinden ulaşılabilir.

* Yazım ve yayım kuralları 04/06/2020 tarihli Yayın Kurulu Kararı ile güncellenmiştir. Dergide yayımlanan yazılarda ileri sürülen görüşler yalnızca yazarlarına aittir.

DANIŞMA KURULU/ADVISORY BOARD*

Prof. Dr. Abdurrahman EREN

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Adem SÖZÜER

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ahmet BİLGİN

Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ahmet GÖKÇEN

Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ahmet GÜRBÜZ

Bingöl Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi

Prof. Dr. Ahmet Hamdi TOPAL

İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Arzu OĞUZ

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Aydın BAŐBUĐ

İstanbul Sabahattin Zaim Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Aydın GÜLAN

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ayhan DÖNER

Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ayşe Füsun ARSAVA

Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ayşe NUHOĞLU

Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Bahri ÖZTÜRK

İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Bahtiyar AKYILMAZ

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Bilge ÖZTAN

Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Bülent KENT

Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Cem BAYGIN

Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Cemal ŞANLI

İstanbul 29 Mayıs Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Cumhur ŞAHİN

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Çiğdem KIRCA

TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Doğan SOYASLAN

Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Durmuş TEZCAN

İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ejder YILMAZ

İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ekrem Buğra EKİNCİ

Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Emine AKYÜZ

Ufuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ender Ethem ATAY

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Enver BOZKURT

Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Erkan KÜÇÜKGÜNGÖR

Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ersań ÖZ

Pamukkale Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi

Prof. Dr. Faruk TURHAN

Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Feridun YENİSEY

Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi

* Danışma Kurulu Üyelerinin sıralaması isme göre alfabetik olarak yapılmıştır.

Prof. Dr. Fethi GEDİKLİ

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Fügen SARGIN

*TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniversitesi
Hukuk Fakültesi*

Prof. Dr. Halil AKKANAT

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Hamdi MOLLAMAHMUTOĞLU

Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Hamide ZAFER

Doğuş Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Hasan AYRANCI

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Hasan BACANLI

*Fatih Sultan Mehmet Vakfı Üniversitesi
Eğitim Fakültesi*

Prof. Dr. Hasan İŞGÜZAR

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Hasan Tahsin FENDOĞLU

Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Hasan TUNÇ

*Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk
Fakültesi*

Prof. Dr. Hüseyin HATEMİ

İstanbul Ticaret Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. İbrahim AYDINLI

*Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk
Fakültesi*

Prof. Dr. İbrahim ÖZBAY

*Tokat Gaziosmanpaşa Üniversitesi Hukuk
Fakültesi*

Prof. Dr. İhsan ERDOĞAN

*Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk
Fakültesi*

Prof. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ

*Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk
Fakültesi*

Prof. Dr. İsmail KAYAR

Altınbaş Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. İsmail KIRCA

*TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniversitesi
Hukuk Fakültesi*

Prof. Dr. İzzet ÖZGENÇ

*Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk
Fakültesi*

Prof. Dr. Kadir ARICI

*Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk
Fakültesi*

Prof. Dr. Kamil Ufuk BILGIN

*Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi
İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi*

Prof. Dr. Kayhan İÇEL

İstanbul Ticaret Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Kemal ŞENOCAK

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Kudret GÜVEN

Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. M. Fatih UŞAN

*Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk
Fakültesi*

Prof. Dr. Mehmet Akif AYDIN

*İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk
Fakültesi*

Prof. Dr. Mehmet DEMİR

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Mehmet Emin ARTUK

İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Mehmet Emin BİLGE

*Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk
Fakültesi*

Prof. Dr. Mahmut KOCA

İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Melikşah YASİN

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Metin TOPÇUOĞLU

*Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk
Fakültesi*

Prof. Dr. Muharrem KILIÇ

Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Muharrem ÖZEN

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Murat ATALI

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Murat DOĞAN

Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Musa Kazım ARICAN

Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi İnsan ve Toplum Bilimleri Fakültesi

Prof. Dr. Mustafa AKKAYA

Doğu Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Mustafa ATEŞ

İstanbul Sabahattin Zaim Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Mustafa AVCI

Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Mustafa ERDOĞAN

Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi İnsan ve Toplum Bilimleri Fakültesi

Prof. Dr. Mustafa Fadıl YILDIRIM

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Mustafa KOÇAK

İstanbul Okan Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Nevzat KOÇ

İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Nihat BULUT

İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Nuray EKŞİ

Özyeğin Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Oğuz SANCAKDAR

Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Osman DOĞRU

Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ömer ANAYURT

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ramazan ÇAĞLAYAN

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Mehmet Refik KORKUSUZ

Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Selçuk ÖZTEK

Fatih Sultan Mehmet Vakıf Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Sururi AKTAŞ

Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Süha TANRIVER

Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Şafak Ertan ÇOMAKLI

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi

Prof. Dr. Şafak NARBAY

Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Turan YILDIRIM

Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Vahit DOĞAN

İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Veli Özer ÖZBEK

Girne Amerikan Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Yaşar Hakan PEKCANITEZ

Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Yavuz ATAR

İBN Haldun Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Yener ÜNVER

Özyeğin Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Yılmaz ÇOLAK

Polis Akademisi Başkanı

Prof. Dr. Yusuf KARAKOÇ

Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Yusuf Şevki HAKYEMEZ

Anayasa Mahkemesi Üyesi

Prof. Dr. Yusuf Ziya TAŞKAN

Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi

İÇİNDEKİLER/CONTENTS

Arş. Gör. Zeynep GÜNLER	1
ÖZELLEŞTİRME VE İDARİ YARGI <i>Privatization and Administrative Jurisdiction</i>	
İbrahim ALTINDAĞ	23
OSMANLI DEVLETİ DÖNEMİNDE ŞÛRÂ-YI DEVLET <i>State the Shura in the Ottoman State Period</i>	
Arş. Gör. Kadir Can ÖZEL	45
İDARİ YARGIDA İSTİNAF SİSTEMİ TARTIŞMALARI ÜZERİNE BİR DEĞERLENDİRME <i>An Assessment on Discussions of Appeal System in Administrative Jurisdiction</i>	
Arş. Gör. Sercan UÇAR	83
PAZARLAMACININ SÖZLEŞME YAPMAYA YETKİLENDİRİLMESİNDE YAZILI ŞEKİL ŞARTI <i>The Written Form in the Authorisation of the Traveling Salesman to Enter into an Agreement</i>	
Arş. Gör. Ömer Ali GİRĞİN, Seray GÖNAL	99
ÇOCUĞUN KİŞİSEL VERİLERİNİN SOSYAL MEDYADA EBEVEYN TARAFINDAN PAYLAŞILMASININ HUKUKİ SONUÇLARI <i>Legal Consequences of Sharing Personal Data of Children by Parents on Social Media</i>	
Dr. İlhan DİNÇ	129
İKTİSADÎ MÜESSESELERDE MECBURÎ TÜRKÇE KULLANILMASINA DAİR KANUNA İLİŞKİN GÜNCEL YARGI KARARLARININ DEĞERLENDİRİLMESİ <i>Evaluation of Current Judicial Decisions about the Law on Compulsory use of Turkish in Economic Enterprises</i>	
Semin ÇEĞİNDİR	185
AMACIN İFA DIŞI YOLDAN GERÇEKLEŞMESİ VE AMACIN ORTADAN KALKMASI <i>Accomplishment of Purpose out of Performance and Loss of Purpose</i>	

Salim Yunus LOKMANOĞLU203

6100 SAYILI YASA UYARINCA TAHKİM YARGILAMASINDA GEÇİÇİ HUKUKİ
KORUMA TEDBİRLERİ

*Temporary Legal Protection Measures in Arbitration Proceedings in
Accordance with Law No. 6100*

Dr. Öğr. Üyesi Hakan GÜNDÜZ239

ASKERİ SUÇLARIN SORUŞTURULMASINA VE KOVUŞTURULMASINA
İLİŞKİN İSTİSNAİ DÜZENLEMELER

*Exceptional Arrangements for the Investigation and Trial of Military
Crimes*

Arş. Gör. Mümin GÜNGÖR269

VERGİ KAÇAKÇILIĞI SUÇUNUN TAKİP USULÜ

Follow Procedure of Tax Evasion Crime

Prof. Dr. Şafak NARBAY, Arş. Gör. Muhammed AKKUŞ301

TİCARİ İŞ VE TÜKETİCİ İŞLEMİ KAVRAMLARI EKSENİNDE GÖREVLİ
MAHKEME VE DAVA ŞARTI ARABULUCULUK ÜZERİNE DÜŞÜNCELER

*Views on Competent Court and Mediation as a Cause of Action in
Connection with the Notions of Commercial Affair and Consumer
Transaction*

Dr. Öğr. Üyesi Derya ATEŞ335

İSVİÇRE FEDERAL MAHKEMESİNİN ATF 144 III 217 İLE ATF 142 III
9 SAYILI KARARLARI VE VASİYETİ YERİNE GETİRME GÖREVLİSİNİN
HUKUKİ SORUMLULUĞU

*Judgment 144 III 217 and 142 III 9 of Switzerland Federal Court and
Legal Responsibility of the Testamentary Executor*

Türkiye Adalet Akademisi Dergisi;



Veri Tabanlarında Taranmaktadır.

MAKALELER/ARTICLES

ÖZELLEŞTİRME VE İDARİ YARGI

Privatization and Administrative Jurisdiction

Arş. Gör. Zeynep GÜNLER*

Geliş Tarihi: 05.03.2020

Kabul Tarihi: 31.08.2020

ÖZET

Bu çalışma özelleştirmeye ilişkin işlemler karşısında idari yargı yerlerinde sergilenen tutumlara özgülenmiş olup özellikle özelleştirme işlemlerinin yasal bir dayanağa kavuşturulduğu tarih olan 1994 yılı sonrası yargı kararları üzerinde yoğunlaşmaktadır. Öncelikle özelleştirmenin idari yargı denetiminde ortaya çıkan usul sorunları davacı sıfatı, davalı, görevli yargı yeri ve kesin ve yürütülmesi gereken işlem başlıkları altında ele alınmıştır. Bu konular tüm yönleriyle değil özelleştirme bağlamında problemli olabilecek başlıklar temelinde incelenmiştir. Öte yandan, esasa ilişkin iptal nedenleri ise kamu kaynaklarının en verimli şekilde kullanılmaması, ihale şartnamesinin özelleştirmeden beklenen yararları güvenceye alacak nitelikte olmaması, rekabet ortamının oluşturulmaması, tekeli yapının önlenmemesi ve aleniyet ilkelerine aykırılık ve kamu yararına aykırılık olarak gruplandırılmıştır. Özelleştirme işlemlerinin idari yargı denetimine ilişkin olarak ele alınan gerek usule ilişkin gerek esasa ilişkin problemler özellikle yargı kararları doğrultusunda değerlendirilmiştir. İptal kararına konu edilen idari işleme dayalı olarak gerçekleştirilen özel hukuk işlemlerinin akıbeti, bir diğer deyişle, özelleştirme işlemlerine ilişkin verilen iptal kararlarının uygulanmaması sorunu ise konunun en dikkat çeken yanıdır.

Anahtar Sözcükler: Özelleştirme, kamu kaynaklarının en verimli şekilde kullanılması, rekabet ortamı, aleniyet ilkesi, kamu yararı, yargı kararları, iptal kararlarının uygulanmaması sorunu.

ABSTRACT

This work is allocated to the positions of the administrative courts in Turkey as regards to privatization practices. It mainly focuses on judicial decisions after 1994 which is the date when privatization has gained a legal framework. First, the procedural issues that arise from administrative judicial review of privatization practices are examined within the subtitles of legal capacity of being claimant, defendant, competent judicial authority, final and enforceable act. On the other hand, substantive causes of discountenance are grouped as the non-use of public funding in most efficient ways, tender specifications being under qualified to guarantee the benefits expected from privatization, non-establishment of a competitive environment, ignoring monopolistic structure, contradiction to principle of publicity and contradiction to public welfare. Legal problems arising from aforementioned topics are evaluated with the light of judicial decisions. The aftermath of the annulment decisions regarding the privatization practices is the most appealing issue.

Key words: Privatization, most efficient use of public funding, competition, the principle of publicity, public welfare, judicial decisions, nonenforcement of annulment decisions.

* Atatürk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, e-posta: zeynep.gunler@atauni.edu.tr, ORCID ID: 0000-0002-4178-4177.

Giriş

Özelleştirme 1994 yılında 4046 Sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun ile yasal bir dayanağa kavuşmuş olsa da, özelleştirme işlemlerinin hem usulüne hem de esasına ilişkin pek çok konu tartışılmaya devam etmektedir. Özelleştirme işlemlerine karşı kimlerin dava açabileceği, bu davaların kime karşı açılabileceği, hangi özelleştirme işlemlerin iptal davalarına konu olabileceği, davayı görmeye görevli olan idare mahkemesinin hangisi olduğu özelleştirme işlemlerine ilişkin usul sorularıdır. Öte yandan, özelleştirme işlemlerine ilişkin verilen yargı kararlarının gerekçelerine bakıldığında konunun esasına ilişkin ele alınması gereken hususlar da ortaya çıkmaktadır. Bunlar; kamu kaynaklarının en verimli şekilde kullanılmaması, ihale şartnamesinin özelleştirmeden beklenen yararları güvenceye alacak nitelikte olmaması, rekabet ortamının oluşturulmaması, tekelci yapının önlenmemesi ve aleniyet ilkelerine aykırılık ve kamu yararına aykırılıktır. Bu çalışma ile özelleştirme işlemlerinin usulüne ve esasına ilişkin çeşitli yargı kararları incelenerek özelleştirmeye ilişkin ortaya çıkan bu sorulara cevap aramak amaçlanmıştır. Tüm bunların ötesinde verilen iptal kararlarının yerine getirilmemesi ise çalışma boyunca ortaya konan soru ve cevapları anlamsız kılmaktadır. Ayrıca belirtmelidir ki, bu çalışma 6771 sayılı yasa ile yapılan anayasa değişikliğinden önceki hukuki durumu yansıttığından başbakanlık kurumuna yapılan atflar bu bağlamda değerlendirilmelidir.

I. ÖZELLEŞTİRMENİN İDARİ YARGI DENETİMİNDE ORTAYA ÇIKAN USUL SORUNLARI

A. Davacı Sıfatı

Yargısal denetimi harekete geçirebilme imkanı idare hukuku bakımından dava konusu üzerinde kişisel, güncel ve meşru bir menfaati bulunan kişilere tanınmıştır.¹ Bu bağlamda kimlerin dava ehliyetine sahip olup olmadığı tartışılırken özelleştirme tekelinde tartışmalı kısım milletvekillerinin ve dernek ve vakıf gibi özel hukuk tüzel kişilerinin özelleştirme işlemlerine karşı iptal davası açıp açamayacağıdır. Nitekim, USAŞ ve ÇİTOSAN çimento fabrikalarının özelleştirilmesine karşı milletvekilleri tarafından açılan davalar kabul edilirken AKTAŞ ve AFŞİN-ELBİSTAN'ın özelleştirilmelerine karşı bir milletvekili tarafından açılan dava, dava açma ehliyeti yokluğundan usulden reddedilmiştir. Ancak ilgili kararlar daha yakından incelendiğinde, yargı organlarının değerlendirmelerine göre milletvekillerinin özelleştirme işlemlerine karşı davacı sıfatını haiz olmadığı, davacı sıfatından reddedilmeyerek görülen ve iptalle sonuçlanan davaların ise milletvekillerinin vatandaş sıfatı dolayısıyla kabul edildiği anlaşılmaktadır.

¹ TAN Turgut, İdare Hukuku, Ankara 2016, s.798.

“Davacıların dava dilekçesini kendi adlarına düzenledikleri ve vekaleten hareket ettiklerini belirtmedikleri gibi dava dilekçesini vekaleten imzalamayıp kendi adlarına imzaladıkları, tebligata elverişli adres olarak görev yerlerini gösterdikleri bu nedenle davacıların vatandaş ve vergi mükellefi sıfatıyla kamu hizmeti ve kamu malları topluluğunun kamusal alandan özel alana aktarılması nedeniyle ve özelleştirme Toplu Konut ve Kamu Ortaklığı Kurulunun 30.4.1987 gün 54 sayılı kararı ile belirlenen esaslar çerçevesinde yapılsa idi vatandaş olarak şahsen yararlanma olanağının bulunabileceği düşünüldüğünde dava açma ehliyetlerinin ve dava konusu işlemle menfaat ilişkilerinin varlığı mahkememizce oybirliği ile kabul edilmiştir.”²

Buna göre, davacıların milletvekili sıfatından bağımsız olarak yurttas sıfatıyla dava dilekçesini hazırlamış olması ve ilgili özelleştirme işlemi halka arz yöntemiyle gerçekleştirilseydi bir vatandaş olarak bu özelleştirmeden hisse payı satın almak suretiyle yararlanabileceği göz önüne alındığında idare mahkemesince dava konusu işlemde kişisel, güncel ve meşru bir menfaatinin varlığı kabul edilmiştir. Dolayısıyla, milletvekillerinin milletin vekâletini aldıkları gibi bir düşünceyle iptal davası açamazken özelleştirme işlemlerine karşı açılacak davalarda vatandaşlık sıfatlarına dayanarak dava açabilecekleri görüşü genel kabul görmüştür. Keza, Fransız Danıştay’ı da menfaat ilişkisinin kişisel olması nedeniyle görevleri hukuka uygunluğu sağlamak bile olsa milletvekillerinin dava açmada menfaat ilişkileri olmadığını kabul etmektedir.³ Öte yandan, öğretide idarenin kamu mallarının tasarruf şekillerini ve kamu hizmetinin görülmesi usullerini bütünüyle değiştiren işlemleriyle milletvekilleri arasında doğrudan veya dolaylı hiçbir ilişkinin var olmadığını kabul edilemez olduğunu, özelleştirme işlemleriyle kamunun sıkı bir ilişkisinin var olduğunu ve milletvekilliğinin ise bu menfaat ilişkisini güçlendiren bir görev olması dolayısıyla milletvekillerinin de özelleştirme işlemlerine karşı açılan davalarda davacı sıfatını haiz olması gerektiğini savunan görüşler de mevcuttur.⁴

Özel hukuk tüzel kişilerinin kişisel, güncel ve meşru menfaat ilişkilerinin ise belli amaçlarla kurulmuş dernek ve vakıf gibi sivil toplum örgütleri bakımından kuruluş amaçlarıyla sınırlı olmak üzere ve kamu menfaatini ilgilendiren konularda mevcut olduğu söylenebilir. Kendi üyelerinin hak ve menfaatlerini

² Ankara 1. İdare Mahkemesi E.989/3352 K. 990/977.

³ GÖZÜBÜYÜK A. Şeref – TAN Turgut, İdare Hukuku c.2, Ankara 2016, s.349.

⁴ KARAHANOGULLARI Onur, “Özelleştirme İşlemlerinin Yargısal Denetimi”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, cilt 45, sayı 1-4, (1996), s. 279-323.

korumak amacıyla kanunla kurulmuş meslek birliklerinin de dava açmalarının mümkün olduğu görülmektedir. Danıştay 10. Dairesi KİGEM- Kamu İşletmeciliğini Geliştirme Merkezi Vakfı tarafından Türkiye Elektrik Ticaret ve Taahhüt A.Ş Genel Müdürlüğü'ne karşı açılan davada, "...ilgili vakfın vakıf senedinde yer alan Vakfın Genel Amaçları isimli 3. maddesinde özelleştirme uygulamalarını izlemek ve değerlendirmek, bu konuda çalışanların örgütleri ve başkaca kamusal ve özel kuruluşlarla işbirliği yapmak şeklinde yer alan amacı doğrultusunda, doğal gazı dayalı termik santral kurma ve işletilmesi konusundaki sözleşmenin iptali istemiyle açılan davada davacı vakfın subjektif ehliyetinin varlığı..."⁵ Benzer bir şekilde, Çeşme Liman İşletmesi A.Ş'nin işletme hakkı verilmesi suretiyle özelleştirilmesi işlemine karşı açılan davada Danıştay, "uluslararası eşya ve emtia nakliyesi işi yapan, liman ve taşıma ücreti ödeyerek limandan yararlanan gerçek ve tüzel kişilerin üyesi olduğu davacı ... Nakliyeciler Derneği'nin dava konusu işlemde menfaatinin etkilendiğinin açık olması nedeniyle dava açma ehliyetinin bulunmadığı yönündeki iddia hukuki dayanaktan yoksun görülmüştür." şeklinde karar vermiştir.⁶

B. Davalı Sıfatı- Husumet

Özelleştirme işlemlerine karşı kimin dava açacağı sorununu çözdükten hemen sonra ele alınması gereken konu bu davaların kime karşı açılacağıdır. Özelleştirme tekelinde husumet sorunu özelleştirme işlemleri bakımından karşımıza iki yetkili birimin çıkmasından kaynaklanmaktadır. Bunlar, Özelleştirme Yüksek Kurulu ve Özelleştirme İdaresi Başkanlığıdır. 4046 sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun'un 3. maddesinde Özelleştirme Yüksek Kurulunun görevleri:

"a) Bu Kanunun 1 inci maddesinde sayılan kuruluşların "Özelleştirme kapsamına" alınmasına, özelleştirme kapsamına alınanlardan mevcut durumu itibarıyla özelleştirilebilir nitelikte olmayanların mali ve hukuki açıdan "özelleştirmeye hazırlanmasına", hazırlık işlemleri tamamlananların bu işlemlerin tamamlanmasından sonra, hazırlık işlemlerine gerek görülmemelerine ise doğrudan "özelleştirme programına" alınmasına karar vermek ve özelleştirme kapsamına alınan kuruluşların özelleştirme işlemlerinin tamamlanması için süre tespit etmek,

b) Özelleştirme kapsamına alınmış olan kuruluşlardan ge-

⁵ Danıştay, 10. D; E. 1999/2543- K. 2002/348.

⁶ Danıştay, 13. D; 28.02.2006, E.2005/7150-K. 2006/1231. Danıştay Dergisi, sayı: 112, s.464 vd.

rekli görülenlerin özelleştirme kapsamından çıkarılarak eski statülerine iade edilmesine ve/veya özelleştirme programına alınmış kuruluşlardan gerekli görülenlerin özelleştirmeye hazırlanmasına karar vermek,

c) Kuruluşların; satış, kiralama, işletme hakkı devri, mülkiyetin gayri ayni hakların tesisi ve işin gereğine uygun sair hukuki tasarruflar ile devredilmelerine ilişkin özelleştirme yöntemlerinden hangisi ile özelleştirileceğini belirlemek,

d) Özelleştirme programına alınan kuruluşların “satış, kiralama, işletme hakkı devri, mülkiyetin gayri ayni hakların tesisi ve işin gereğine uygun sair hukuki tasarruflarla gerçek ve/veya özel hukuk tüzel kişilerine devredilmesi” yöntemleriyle yapılan ihaleler sonucunda ihale komisyonlarınca verilen nihaî kararları onaylamak...”

olarak belirlenmiştir. Aynı yasanın 2/7/2018 tarihli 703/85 sayılı KHK ile mülga edilmeden önce Özelleştirme İdaresi Başkanlığının kuruluş ve görevleri 4. Maddede

“Başbakana bağlı kamu tüzel kişiliğine sahip, özel bütçeli Özelleştirme İdaresi Başkanlığı (İdare) kurulmuştur. (Değişik ikinci cümle: 1/8/2003-4971/2 md.) Başbakan bu Kanunla ilgili yetkilerini görevlendireceği bir bakan vasıtasıyla kullanabilir. İdare geçici bir teşkilat olup özelleştirme süreci sona erdiğinde elemanları ihtisaslarına göre ilgili kuruluşlara nakledilebilir.

İdarenin görevleri aşağıda belirtilmiştir;

a) Kurul kararlarını uygulamak,

b) Kurul tarafından verilen görev ve yetkilerle ilgili konularda karar vermek ve gerekli işlemleri yürütmek,

c) Kuruluşların özelleştirme kapsamına alınmasına veya özelleştirme kapsamına alınmış olan kuruluşların eski statülerine iade edilmesi veya özelleştirme programındaki kuruluşlardan gerekli görülenlerin özelleştirmeye hazırlanmasına karar verilmesi konusunda Kurula teklifte bulunmak,

d) Kuruluşların özelleştirilmesine ilişkin her türlü işlemin yerine getirilmesi ile bunların özelleştirilmelerine hazırlık amacıyla yönlendirilmesini, faaliyetlerinin takip ve koordinasyonunu yürütmek...”

olarak belirlenmiştir. Bu maddelerden hareketle Özelleştirme Yüksek Kurulunun bir karar alma organıyken, Özelleştirme İdaresi Başkanlığının Yüksek Kurulca alınan kararları uygulayan icrai bir organ olduğu anlaşılmaktadır. Ayrıca Özelleştirme İdaresi Başkanlığı tüzel kişiliğe sahip olduğu açıkça belirtilmesine karşın Özelleştirme Yüksek Kurulu'nun tüzel kişiliğe sahip olup olmadığı hususunda bir hüküm yoktur. Taraf olma ehliyetinin hukuki kişilik kazanmaya bağlı olduğu dikkate alındığında tek başına Özelleştirme Yüksek Kurulu'na karşı dava açılıp açılmayacağı tartışmalıdır. Bu bağlamda, idari yargı organlarının husumetin tek başına Özelleştirme İdaresi Başkanlığına yöneltilmesine ilişkin kararlarının yanında Özelleştirme Yüksek Kurulu ve Özelleştirme İdaresi Başkanlığının birlikte davalı olarak gösterilmesi gerektiği yönünde de kararları mevcuttur. Örneğin, Ankara 5. İdare Mahkemesi HAVAŞ Hisselerinin özelleştirilmesine ilişkin Özelleştirme Yüksek Kurulu kararının iptali istemiyle Kurul hasım gösterilerek açılan davada husumetin Özelleştirme İdaresi Başkanlığı'na yöneltilmesine karar vermiştir.⁷ Öte yandan, Van İdare Mahkemesi Van Çimento Sanayi A.Ş'nin özelleştirilmesine karşı Özelleştirme İdaresi Başkanlığı hasım gösterilerek açılan davada Özelleştirme İdaresi Başkanlığının yanında Özelleştirme Yüksek Kurulunun da hasım mevkiine alınmasına⁸ karar verirken Konya İdare Mahkemesi Sümer Holding Karaman Pamuklu Sanayi İşletmesinin özelleştirilmesine ilişkin Başbakanlık Özelleştirme Yüksek Kurulu'nun 96/1 sayılı kararının iptali istemiyle açılan davada "...dava konusu işlem dolayısıyla husumetin Başbakanlık'a tevcihi gerekeceğinden, Özelleştirme İdaresi Başkanlığının husumet mevkiinden çıkartılarak dava dilekçesinin yalnızca Başbakanlığa tebliğine ... 24.7.1996 gününde oybirliği ile karar" vermiştir.⁹

Belirtilmelidir ki, davalı sıfatı belirlenirken esas alınması gereken kriter tüzel kişilikten ziyade kendi başına karar alma ve icra etme yetkisine sahip bulunan bağımsız bir birimin var olup olmadığı olmalıdır. Nitekim Özelleştirme Yüksek Kurulu kararları iptal davasına konu olabilecek nitelikte kesin ve yürütülmesi gereken kararlardır. Özelleştirme Yüksek Kurulu kesin ve yürütülmesi gereken kararlar alan ve Bakanlar Kurulu ve Başbakanlıktan bağımsız olan bir kuruldur. Bu halde Özelleştirme Yüksek Kurulu'nun tüzel kişiliği olmaması davalı olarak gösterilmesine engel değildir. Nitekim idari yargı yerlerinin konuya ilişkin tavır ve tutumunda da bu yönde bir değişiklik eğilimi baş göstermiş bulunmaktadır.¹⁰ Bu durum Danıştay 12. Dairesinin verdiği bir kararda da "... husumetin behemahal tüzel kişiliği haiz bir kuruluşa yöneltilmesi gerekmiyip,

⁷ Ankara 5.İdare Mahkemesi E.1995/1344.

⁸ Van İdare Mahkemesi, E.1996/699.

⁹ Konya İdare Mahkemesi, E. 1996/761.

¹⁰ KAPLAN Gürsel, "İdari Yargıda Ehliyet ve Husumet Sorunu Üzerine Düşünceler", Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı: 2008/2, s. 23-54 (2008).

işlemi üst bir merciin direktifi ile bağlı olmaksızın kesin ve lüzümlüca şeklinde tesis etmek yetkisini haiz idari kuruluşlara yöneltilmesi gerekir.” sözleriyle ifade edilmiştir.¹¹

C. İptal Davasına Konu Olabilecek Özelleştirme İşlemleri

Kesin ve yürütülmesi gereken işlemler sadece davalı sıfatının belirlenmesi bakımından değil, aynı zamanda hangi işlemlerin iptal davasına konu olabileceği bakımından da önem arz etmektedir. Bu bağlamda özelleştirme işlemlerine ilişkin olarak yapılan hazırlık işlemlerinin iptal davasına konu olup olamayacakları hususu tartışmalıdır. Nitekim, Yap-İşlet-Devret modeline göre gerçekleştirilmesi düşünülen Anadolu Otoyolu Dilovası Ayırımı Orhangazi otoyolunda yapılacak görevlendirme görüşmelerinin 1) Anglo-Japanese Turkish Consortium 2) İ.B.K.O. Consortium 3) Bouygues Vinsan sıralamasına göre yapılmasına ilişkin işlemin iptali istemiyle açılan davada Ankara 10. İdare Mahkemesi görevlendirme görüşmelerinin henüz hazırlık işlemi niteliğinde olması dolayısıyla ortada iptal davasına konu olabilecek kesin ve yürütülmesi gereken bir işlem olmadığından davayı usulden reddetmiştir. Ancak, Danıştay temyiz incelemesinde ilgili konsorsiyumlardan tekliflerin alındığı, bu tekliflerin ilgili Bakanlıklarca değerlendirildiği ve Özelleştirme Yüksek Kurulu ve İdaresi Başkanlığınca gerekli kararların verildiği dolayısıyla dava konusunun kesin ve yürütülmesi gereken işlem niteliğinde olduğu gerekçesiyle bu kararı bozmuştur.¹²

İptal davasına konu olabilecek özelleştirme işlemleri bakımından incelenmesi gereken diğer bir konu ise özelleştirme sürecinin değişik aşamalarında gerçekleştirilen işlemlere karşı ayrı ayrı iptal davasının açılıp açılmayacağıdır. İçtihatlarda ve öğretide kabul edildiği gibi Özelleştirme Yüksek Kurulu’nun özelleştirme programı kapsamına alma kararı, ihaleye çıkma, ihale komisyonu kararı ve yapılan sözleşme ile ilgili olarak ortaya çıkabilecek uyuşmazlıklarda bu işlemlerin ayrılabilen zincir işlemler niteliğinde ve tek başlarına kesin ve yürütülebilir nitelikte olması önem arz etmektedir. Bu konuya ilişkin olarak, Danıştay 10. Dairesi TÜPRAŞ’ın % 65,76 oranındaki hissesinin özelleştirilmesine ilişkin ihale komisyonu kararının iptaline yönelik olarak açılan davada “...özelleştirme konusunda ilgili şirketle sözleşme sonucunu doğuracak işlemler zincirini oluşturan her işlemin nihai işlemten ayrı, ondan bağımsız bir hüviyeti ve etkisi olması durumunda, sonuç işlemten ayrılarak ayrı ayrı dava konusu edilebilmeleri mümkün bulunduğundan, satış işleminin bir aşamasını oluşturan dava konusu ihale komisyonu kararı tek başına iptal davasına konu edilebilecek kesin, yürütülmesi zorunlu ve dava

¹¹ Danıştay, 12. D; 11.5.1971, E.969/1498-K.971/1220, Amme İdaresi Dergisi, c.5. sayı: 1, s. 153.

¹² Danıştay, 10. D; E.997/5974-K.997/4594. TAN Turgut, İdare Hukuku, Ankara 2016, s.785.

konusu edilebilir bir işlemdir.” değerlendirmesini yapmaktadır.¹³ Öte yandan, ihale açılmasına ilişkin Kurul kararının Başkanlık oluru olmaksızın icra edilebilir nitelikte olmadığı dikkate alındığında bu kararın tek başına iptal davasına konu olabilmesi mümkün değildir. Aynı özelleştirme işlemiyle ilgili olarak sürecin farklı aşamalarında dava açılabilmesi imkanı idari yargıda özelleştirmeyle ilgili olarak dava yükünün fazla olmasına da sebep olmaktadır.¹⁴

D. Görevli Mahkeme Meselesi

Bu çalışma 6771 sayılı yasa ile Anayasa’da değişiklik yapılmadan önceki Özelleştirme ve İdari Yargı konusu üzerinde yoğunlaştığından bu başlık altında da adli ve idari yargı görev ayrımından ziyade idari yargının görevli olduğu belirlendikten sonra ilk derece mahkemesi olarak hangi idari yargı organının görevli olduğu sorunsalı üzerinde durulacak ve başbakanlık makamı göz ardı edilmeyecektir. İlk olarak, 2575 sayılı Danıştay Kanunu’nun 24. maddesine göre imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan idari davalar ve Başbakanlık ve Bakanlıklarca alınan müşterek kararnameler Danıştay’ın ilk derece mahkemesi olarak gördüğü davalardandır. Bu doğrultuda yargı organlarına düşen ilk görev hangi sözleşmelerin imtiyaz sözleşmesi olduğunun tespitidir. Özel bir yasayla özel hukuk sözleşmesi olduğu belirtilmeyen özelleştirmeye ilişkin sözleşmeler bakımından idari sözleşme olup olmadıkları sözleşmenin taraflarından birinin kamu idaresi, kurumu ya da kuruluşu olması; sözleşmenin kamu hizmetinin yürütülmesi ile ilgili bulunması ve yönetime özel hukuk yetkilerini aşan yetkiler tanınması kriterlerine göre belirlenmektedir. Nitekim, Ankara 8. İdare Mahkemesi’nin Danıştay’ın bozma kararına uymak üzere verdiği davalı idare ile ENKA İNTERGEN Konsorsiyum’u arasında İzmir bölgesinde doğal gazı dayalı termik santral kurma ve işletme konusunda imzalanan sözleşmenin iptaline ilişkin kararda, mahkeme öncelikle elektrik üretiminin ve üretim şirketlerince mülkiyetleri kendilerine ait olmak üzere termik santral kurulması, işletilmesi ve enerji satışı hizmetinin bir kamu hizmeti olduğu çünkü bu etkinliklerin kamu yararına dönük, toplumun ortak gereksinimlerinin karşılanmasına yönelik, düzenli ve sürekli etkinlikler olduğunu vurgulamaktadır. Mahkeme daha sonra elektrik üretiminin özel girişimciye Yap-İşlet modeliyle gördürülmesine izin veren 4283 sayılı yasada TEAŞ’ın uygun gördüğü takdirde tesis kurma ve işletme izni verme, enerji birim fiyatı oluşturma, ödeme yükümlülüklerini belirleme gibi yönetimi üstün kılan kurallara yer verilmiş olması sebebiyle de ilgili sözleşmenin kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesinin tüm niteliklerini taşıdığı dolayısıyla da Yap-İşlet sözleşmesinin iptaline ilişkin davanın görünüm ve çözüm yerinin ilk

¹³ Danıştay 10. D; E. 2004/8257 – K. 2004/7618.

¹⁴ TAN Turgut, Ekonomik Kamu Hukuku Dersleri, Ankara 2015, s. 405.

derece mahkemesi olarak Danıştay olduğunu kabul etmektedir.¹⁵ Öte yandan, yukarıda bahsi geçen Danıştay kararında Orhun Yet'in ayrışık oyu ise imtiyaz sözleşmelerinin iptal davasına konu edilebilmesini bütünüyle reddettiğinden ilgi çekicidir. Orhun Yet gerekçe olarak ise:

“İptal davasının konusunu oluşturan idari işlemler; idarenin, kamu gücünü kullanarak, idare işlevine ilişkin olarak yaptıkları ve çeşitli hak ve/veya yükümlülükler doğuran ‘tek yanlı’ idare açıklamalarıdır. İmtiyaz sözleşmeleri ise yapısı gereği tarafların karşılıklı iradelerinin uyuşmasına bağlı olarak ortaya çıktığından, idari işlem kategorisinde değerlendirilmelerine olanak bulunmamaktadır.

Bu itibarla Yasanın 2. maddesinin a bendi kapsamında, sözleşmede taraf olmayan kişiler tarafından bir iptal davasına konu edilemezler. Ancak, sözleşmenin çeşitli aşamalarında yapılan, sözleşme ilişkisinden ayrı olarak hukuki değer ifade eden idarenin tek yanlı işlemleri iptal davasına konu edilebilir.”¹⁶

demektedir. Oysa, Danıştay’ın bir başka kararında isabetle belirttiği üzere “İdari işlem niteliği taşıyan idari sözleşmelerin yapılması, uygulanması, yorumlanması ve sona ermesinden çıkacak her türlü uyuşmazlık, idarenin tek yanlı işlemlerinde olduğu gibi, idari yargının görev ve yetki alanına girmektedir...”¹⁷

Buna ek olarak, Özelleştirme Yüksek Kurulu’nun 6771 sayılı kanun ile gerçekleştirilen anayasa değişikliğinden önce Başbakan ve bakanlardan oluşması karşısında Kurulca alınan kararların müşterek kararname niteliğinde olup olmadığı dolayısıyla Kurul’un kararlarına karşı açılan davaların ilk derece mahkemesi olarak Danıştay’da görülmesinin gerekip gerekmediği de tartışma konusu olmuştur. Ankara 1. İdare Mahkemesi, Özelleştirme Yüksek Kurulu’nun, Türkiye Elektrik Üretim İletim A.Ş.’nin bazı santral ve iştiraklerdeki hisselerinin özelleştirme kapsamına alınmasına ilişkin 95/62 sayılı kararına karşı açılan davayı görev yönünden reddederek dosyayı Danıştay’a göndermiştir. Mahkeme bu kararında:

“...Olayın ve ilgili yasa kurallarının birlikte yorumundan, Başbakanın bulunduğu ve ayrıca dört bakanın katıldığı

¹⁵ Ankara 8. İdare Mahkemesi E. 2003/1355, K. 2003/1030.

¹⁶ Danıştay 13. Daire, E. 2005/5304, Ayrışık Oy: Orhun Yet.

¹⁷ Danıştay, 10.D; 29.4.1993, E.991/1-K.993/1752, Danıştay Dergisi, sayı:88, s. 463 vd.

Özelleştirme Yüksek Kurulunca alınan karar, Başbakanca alınan bir karar niteliğini fazlasıyla taşıdığından, buna karşı açılan davanın ilk derece mahkemesi olarak Danıştay'da görülmesi, yasanın amaçsal yorumunun gereğidir. Çünkü Danıştay Kanununun, Başbakanca veya Bakanlar Kurulunca alınan kararlar ile müşterek kararnameleri, idari yargının geleneksel ve köklü üst yargı yeri olan Danıştay'a bırakırken, konunun çözümünde farklı bir irdelemeyi zorunlu görmüştür. Bu zorunluluğun, Başbakanca alınan işlemlere ve birden fazla bakanca alınan ortak kararnamelere ege-men olan yöntemin ve siyasal iradenin daha fazlasını içeren, başbakan ve bakanlardan oluşan kurul kararlarında da bulunduğu tartışılmaz bir gerçektir.”¹⁸

ifadelerine yer vermiştir. Bu karar karşısında Sivas İdare Mahkemesi'nin aşağıda anılan kararı konuya ilişkin daha isabetli bir tutum sergilemektedir. Buna göre:

“Erzincan Pamuklu Sanayi işletmesinin ... şirkete satışına Başbakanın başkanlığında, iki Devlet Bakanı, biri Maliye Bakanı diğeri Sanayi ve Ticaret Bakanı olmak üzere Teşekkül eden Özelleştirme Yüksek Kurulu kararı ile karar verilmiş ise de, bu kararı Başbakanlıkça alınan veya müşterek kararname olarak nitelemeye ve kabul etmeye olanak bulunmamaktadır. Bu karar tesis edilmekle hukuk alanında tek taraflı sonuç doğuran, kesin yürütülebilir bir idari işlem mahiyetindedir. Bu niteliği itibariyle idari mahkemelerinin bakmakla görevli kıldığı tipik iptal davalarına da konu olabilecektir. Danıştay'ın ilk derece mahkemesi olarak göreceği davalar Danıştay Kanununun 24. maddesinde sayma yoluyla tek tek belirlendiğinden, bu maddenin kapsamının yorum yoluyla genişletilmeye gidilmesi Kanun koyucunun amacının aşılması idari yargı düzeni içerisinde yer alan mahkemeler arasında (özellikle İdare Mahkemesi ile Danıştay) önü alınmayan görev karmaşasına yol açacaktır.”¹⁹

¹⁸ Ankara 1.İdare Mahkemesi E.1995/1334, K.1995/1786, K.t.21.12.1995.

¹⁹ Sivas İdare Mahkemesi E.1996/437, K.t 26.6.1996.

II. ÖZELLEŞTİRME İŞLEMLERİNE KARŞI VERİLEN İPTAL KARARLARININ DEĞİŞİK GEREKÇELERİ

A. Kamu Kaynaklarının En Verimli Şekilde Kullanılması İlkesi: Gerçek Değer

Özelleştirmenin önemli amaçlarından biri olan kamu kaynaklarının en verimli şekilde kullanılması ilkesi, özelleştirmede kuruluşların gerçek değerleri üzerinden yapılmasını gerekli kılmaktadır. Kuruluşların rayiç değerleri aranmaksızın gerçek değerlerinden uzak bedeller karşılığında özelleştirilmesi hukuka aykırıdır. Nitekim, Devlet Denetleme Kurulu da 2005 tarihinde yayımlanan raporunda özelleştirilen bazı kuruluş, işletme ve varlıkların değerinin altında satıldığı, açık artırma yoluna gidilmeden ihalelerin sonuçlandırıldığı ve İdare tarafından yeterince denetlenmeksizin onaylandığı yönünde eleştirilere yer vermiştir.²⁰ Danıştay da benzer şekilde varlıkların gerçek değerleri üzerinden gerçekleşmeyen özelleştirmeleri kamu kaynaklarının en verimli şekilde kullanılması ilkesine aykırılığı dolayısıyla iptal etmektedir.

“Dosyadaki belgeler ile Başbakanlık Teftiş Kurulunun 16.03.2007 tarih ve 07/16 sayılı inceleme raporu birlikte değerlendirildiğinde, Şirketin asıl değerini arsasının oluşturduğu, Değerleme Raporunda da bu husus belirtildiği halde arsanın m²'si için 30 ABD Doları değer tespitine ilişkin somut bilgi ve belgelerin ortaya konulmadığı; ihale öncesinde 31.1.2005 günlü, 2005/06 sayılı Özelleştirme Yüksek Kurulu kararı ile Şirket arasında yapılan imar planı değişikliğinin gerek ihale ilanında gerekse İhale Şartları Belgesinde belirtilmediği, Başbakanlık Teftiş Kurulunca teşkil olunan bilirkişi heyetince söz konusu arazinin değerinin 46.250.000. YTL olarak hesaplandığı, nitekim Şirketin devri gerçekleştikten sonra 92.228 m²'lik Şirket arsasının 55.000 m²'lik kısmının 13.750.000 ABD Doları bedelle Manisa 1. Noterliğinin 20.12.2005 tarih ve 33820 yevmiye No.lu Düzenleme Şeklindeki Gayrimenkul Satış Vaadi Anlaşması ile ... A.Ş.'ne satıldığı, keyfiyetin Manisa 2. Bölge Tapu Sicil Müdürlüğündeki tapu kaydına tescil edildiği, ... A.Ş.'nin arsa alımından vazgeçmesi sonrası ise 13.4.2007 tarihin-

²⁰ Cumhurbaşkanlığı Devlet Denetleme Kurulu, 2005/4 sayılı Özelleştirme İdaresi Başkanlığının 2001, 2002, 2003 Yılları Eylem ve İşlemlerinin Araştırılıp Denetlenmesine İlişkin Rapor, 22.09.2005.

de taşınmazın 25.000.000. Avroya (46.250.000. YTL)
A.Ş.'ye satıldığı görülmektedir.

Bu itibarla, yapılan bu tespit ve değerlendirmeler karşısında Şirketin değerinin gerçeğe uygun belirlenmediği, ihalenin açıklık ve rekabet ilkelerine göre yapılmadığı anlaşıldığından..."²¹

TÜPRAŞ ve PETKİM'in satışı işlemleri ise değerlerinin çok altında satıldıkları gerekçesiyle en çok eleştirilen özelleştirmelerden olmuştur. Bu özelleştirmelerin özellikle ekonomide verimlilik artışı ve kamu giderlerinde azaltma amaçlarına da aykırı olduğu savunulmuştur.²² Danıştay 13. Dairesi de Oymapınar Hidroelektrik Santrali'nin işletme hakkının Eti Alüminyum'a devrine karşın, üretim kapasitesi artışını sağlayan teknoloji ve modernizasyon yeniliklerini öngören sistem dikkate alınmadan mevcut üretim sistemi ve kapasitesiyle üretim şartı getirilmesi sebebiyle ekonomide verimlilik sağlanması ve kamunun mahrum kalacağı net gelirin saptanamaması nedeniyle kamu kaynaklarının en verimli şekilde kullanılması ilkelerinin gerekliliklerinin yerine getirilmediğini belirtmiştir.²³

B. İhale Şartnamesinin Özelleştirmeden Beklenen Yararları Güvenceye Alacak Koşullar ve Taahhütler İçermesi Gerekir.

4046 Sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun'un öngördüğü ekonomik verimlilik artışı amacının bir yansıması olarak özelleştirmeden beklenen yararlar ihale şartnamesinde de güvence altına alınmış olmalıdır. Bu çerçevede, özelleştirmelerin kamu yararına ve hukuka uygun kabul edilebilmesi için ihale şartnamesinde gerekli yatırımların yapılmasını öngören hükümlerin varlığı gerekli ve yeterli sayılmıştır. Örneğin, bazı elektrik santrallerinin özelleştirilmesine ilişkin dava konusu şartnamede "Alıcı, işletme hakkı devir sözleşmesi sonunda santralleri tam ve eksiksiz olarak kullanıma hazır bir şekilde geri vermeyi sağlayacak her türlü yatırımı yapmakla yükümlüdür. Bu amaçla Alıcı işletme hakkını aldığı üretim tesislerinde sözleşme süresi boyunca; ihtiyaç duyulacak her türlü ilave tesis ve rahabilitasyon ve gelişme amaçlı yatırımları ADÜAŞ ve varsa kamu kurumlarından onay alarak gerçekleştirecektir" hükmü elektrik üretim özelleştirmelerinin hukuka uygunluğu bakımından önem arz etmektedir.²⁴ Öte yandan, TÜPRAŞ'ın % 51 oranındaki kamu hisselerinin blok satış yoluyla özelleştirilmesine ilişkin Özelleştirme Yüksek Kurulu kararının iptaline ve yürütmenin durdurulmasına ilişkin açılan davanın Danıştay 13.

²¹ Danıştay 13. Daire; E. 2007/10127- K. 2009/944, T. 23.1.2009.

²² TAN Turgut, Ekonomik Kamu Hukuku Dersleri, Ankara 2015, s. 408.

²³ Danıştay 13. Daire E. 2005/7873-K. 2007/7894 T. 27.11.2007.

²⁴ TAN Turgut, Ekonomik Kamu Hukuku Dersleri, Ankara 2015, s. 409.

Dairesince reddi üzerine yapılan itiraz üzerine Danıştay; İhale Şartnamesinde, sadece Batman Rafinerisi yönünden; Rafinaj sektörü ve ülke ekonomisi için kısa sayılabilecek bir süreyle sınırlı işletme garantisi verilmesi, yine Danıştay'ın TÜPRAŞ'ın % 51 kontrol hissesinin devrinin sadece üç yıllık bir süre için idare onayına tabi kılınmış olması ve üretimin sürekliliği için teknoloji, kapasite arttırma ve çevre konularında yapılması zorunlu yatırımlara yönelik hiçbir taahhüdün yer almaması nedeniyle, sayılan bu hususların özelleştirme sonrası süreçte şirketin mevcut kapasitesinin altında üretim yapması halinde ülkenin işlenmiş petrol ihtiyacının büyük bir kısmını üretim yoluyla değil ithalat yoluyla karşılanmasına yol açabileceğini de göz önünde bulundurarak özelleştirme sonrasında hizmetin 4046 sayılı Yasanın amacı doğrultusunda devamını sağlayacak alıcı taahhütlerin dava konusu şartnamede yer almaması nedeniyle hukuka uyarlık görmemiştir.²⁵

C. Rekabet Ortamının Oluşturulmaması, Tekelci Yapının Önlenmemesi, Aleniyet İlkesine Aykırılık

Özelleştirme sürecinde ihalelerin rekabet ortamı oluşturulmadan yapılması, rekabet ilkesini pekiştiren tekelci yapının önlenmemesi ve aleniyet ilkesine aykırılık özelleştirmelerin hukuki denetiminde en sık rastlanılan iptal nedenidir. Yeni bir hakim durum yaratmamak veya mevcut bir hakim durumu güçlendirmemek yönünde Danıştay 10. Dairesinin POAŞ'ın % 51 oranındaki kontrol hissesinin blok satış yöntemiyle özelleştirilmesinde 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun çerçevesinde rekabet hukuku açısından bir sakınca bulunmadığına ilişkin Rekabet Kurumu kararını esas aldığı değerlendirmesi bulunmaktadır. Danıştay bu kararında petrol sektöründe jet yakıtı, madeni yağ ve diğer beyaz ve siyah ürünlerin akaryakıt ürünleri dağıtımı olmak üzere üç ayrı ürün pazarının mevcut olduğunun, POAŞ'ın farklı pazar payları ile her üç sektörde de girişimci olduğunun, POAŞ'ın yanı sıra sektörde on dört firmanın daha faaliyet gösterdiğinin, akaryakıt ürünleri ile madeni yağ pazarında özellikle ülkenin batı bölgelerinde yoğun bir rekabetle karşı karşıya kaldığının altını çizerek POAŞ'ın % 51 oranındaki kontrol hissesinin blok satış yolu ile özelleştirilmesinde ortak girişim gruplarından herhangi birisinin POAŞ'ı devralmasının yeni bir hakim durum yaratmayacağı veya mevcut bir hakim durumu güçlendirmeyeceği sonucuna varmıştır.²⁶

Özelleştirme için yapılan ihaleye iki teklif sahibinin katılması Ankara 10. İdare Mahkemesi tarafından rekabetin sağlanması ilkesine aykırı olarak değerlendirilmiştir: "TÜPRAŞ'ndeki % 65.76 oranındaki kamu payının blok olarak satışına ilişkin ihaleye yalnızca iki teklif sahibi katılmış olduğundan

²⁵ Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu YD. İtiraz No: 2005/864.

²⁶ Danıştay 10. D; E. 2000/1776 – K. 2002/4183.

açık artırma yapılması durumunda rekabet ortamı oluşumuna engel teşkil edeceği belirtilmek suretiyle gerekli rekabet ortamının sağlanmadığı da ortaya konulmuştur.”²⁷ Sözü geçen kararın istinafa götürülmesi üzerine Ankara Bölge İdare Mahkemesi iki teklif sahibinin katıldığı ihalelerde yabancı yatırımcıların her artırım için yetkili organlarından yeniden yetki almak zorunda olmalarının açık artırma usulünün uygulanmasını fiilen imkansız hale getirdiğinden özelleştirme uygulamalarının amacının ekonomide verimlilik ve kamu giderlerinde azalmayı sağlamak olması nedeniyle, “...bu amaçla yapılan ihalelerde en yüksek bedelin her zaman kamu yararına uygun olmayacağı, bazı ahvalde özelleştirmenin gerçekleştirilmiş olmasının kamu yararına uygun olacağı hususları gözetilerek açık artırma usulü uygulanmaksızın ihalenin sonuçlandırılmasında takdir yetkisinin hukuka uygun olarak kullanıldığı...” sonucuna ulaşmış ve istinafta yapılan itirazı kabul etmiştir.²⁸ Dolayısıyla Bölge İdare Mahkemesi rekabet ortamının oluşturulması ilkesinin özelleştirmeden elde edilecek faydaya feda edilebileceği yönünde bir tutum sergilemiştir. Danıştay 10. Dairesi ise temyiz incelemesinde, yukarıdaki kararlarda yer alan iki firmanın katılmış olması nedeniyle ihalede rekabetin sağlanmadığı yolundaki gerekçeler karşısında “...ihale ilanının yurt içinde ve yurt dışındaki gazetelerde yayınlanmış, yabancı ülkelerde ihale ile ilgilenebilecek şirketlerle toplantılar yapılarak brifing verilmiş olması, ihaleye katılma iradesini açıklayan 29 şirket ile gizlilik anlaşması yapılması... ihaleye katılımı artırmak için teklif süresinin 24.10.2003 tarihine kadar uzatılmış, geniş bir duyurunun yapılmış olması buna rağmen işin boyutu itibarıyla ikiden fazla firmanın katılmamasının ihalede rekabetin sağlanmadığı sonucunu doğurmayacağından isabet bulunmamakta...” demektedir.²⁹ Anılan kararlar arasında en isabetli tutumu Danıştay sergilemiştir çünkü tek başına ihaleye katılan teklif sayısı rekabetçi ortamın oluşup oluşmadığı hususunda yeterli bir kriter değildir.

İdari yargı organları, ilgili kuruluşun hukuki ve fiili durumu gerektirmesine rağmen Rekabet Kurulu görüşü alınmaksızın ya da kurulun koşullu izin vermesi halinde koşulun yerine getirilmesi beklenmeksizin özelleştirmenin gerçekleştirilmesini hukuka aykırı bulmaktadır:

“Zira özelleştirme suretiyle satışta olduğu gibi teşebbüsün statüsünde değiştirilmesi suretiyle satışı halinde ön bildirim ve izin konusundaki prosedüre uyulmaksızın ya da satış işleminin tesisinden sonra verilen koşullu izin ile satış ve devir işlemlerinin gerçekleştirilmesinden sonra geri dönüşün sağlanması çok güç veya imkansız olabileceği gibi bu

²⁷ Ankara 10. İdare Mahkemesi; E. 2004/293 – K.2004/1192.

²⁸ Ankara Bölge İdare Mahkemesi Y.D. İtiraz No: 2004-1478.

²⁹ Danıştay 10. D; E. 2004/8257 – K. 2004/7618.

durumun ülkenin özelleştirme ile çözüm beklediği ekonomik ve sosyal çıkarlarında telafisi imkansız zararlar doğurabileceği ve özelleştirmeden beklenen kamu yararının gerçekleşmeyeceği açıktır.

Nitekim Rekabet Kurumunca da bu gerekliliğin farkına varılarak... 12.9.1998 tarih ve 24361 sayılı Resmi Gazete yayımlanan 98/4 sayılı 'Özelleştirme Yoluyla Devralmaların Hukuki Geçerlilik Kazanabilmeleri İçin Rekabet Kurumuna Yapılacak Ön Bildirimlerde ve İzin Başvurularında Takip Edilecek Usul ve Esaslar Hakkında Tebliğ' yürürlüğe girmiştir.

Anılan tebliğ ile teşebbüsün ilgili ürün piyasasında toplam pazar payı % 21'i veya cirosu 20 trilyonu aşması veya bu eşikler aşılsa dahi teşebbüsün hukuki veya fiili imtiyazlara sahip olması halinde ihale şartlarının kamuoyuna duyurulmasından önce Rekabet Kurulu'ndan ilgili pazarda böyle bir özelleştirmenin ne gibi sonuçlar doğuracağı, özelleştirilecek teşebbüsün sahip olduğu imtiyazların özelleştirme sonrası durumun değerlendirilmesi bakımından 'görüş' alınmasının, devralma işlemlerinin hukuki geçerlilik kazanabilmesi için ise 'izin' alınmasının zorunlu olduğu hükme bağlanmıştır.³⁰

Petrol Ofisi A.Ş'nin %25.8 oranındaki kamu hissesinin Doğan Petrol Yatırımları A.Ş'ye satılması yöntemiyle özelleştirilmesinden sonra satış bedelinin yeniden vadelendirilmesi ise özelleştirmenin yapıldığı tarihteki koşulları dikkate alarak kamu hissesini borsada satın almak için teklif getirebilecek diğer yatırımcılar aleyhine eşitliği ve rekabeti bozması sebebiyle hukuka aykırı bulunmuş ve başlangıçtaki satış işlemi de sakat kabul edilmiştir.³¹

Bu hususta, son olarak, aleniyet ilkesinin gereklerinin yerine getirilmesi de önem taşımaktadır. Keza, ihaleye çıkarılma kararının Türkiye çapında yayımlanan gazetelerde ve ihale ilanının Resmi Gazete'de yayımlanması ile özelleştirme işlemlerinin ilgili aşamaları kamuoyuna duyurularak bir yandan gerekli rekabet ortamı oluşturulurken bir yandan da özelleştirmenin kuruluşların gerçek değerleri üzerinden yapılması sağlanmaktadır.³²

³⁰ Ankara 6. İdare Mah; E. 1998/773 – K. 1999/101.

³¹ Ankara 10. İdare Mah; E. 2003/1692.

³² Ankara 5. İdare Mahkemesi, E. 1998/407- K. 1998/1030.

D. Kamu Yararına Uygunluk

Kamu yararı kavramı yukarıda değinilen kararların hemen hepsi bakımından dile getirilmiş ve özelleştirme işlemleri bakımından da geniş yorumlanarak diğer iptal nedenleriyle birlikte gündeme gelmiştir. Ayrıca, Danıştay özelleştirme işlemleri bakımından birden fazla kamu yararının çatıştığı durumlarda üstün kamu yararını dikkate aldığını belirtmektedir. Bu bağlamda, tartışılması gereken bir husus bir kamu iktisadi devlet teşekkülünün halihazırda kar ediyor oluşunun tek başına özelleştirmeye engel olacak şekilde kamu yararına aykırılık teşkil edip etmediğidir. Petkim Petrokimya Holding A.Ş'nin % 51 oranındaki kamu hissesinin satış yöntemiyle özelleştirilmesine, satışın blok satış yöntemiyle gerçekleştirilmesine ilişkin Özelleştirme Yüksek Kurulu'nun kararına karşı açılan davada karşı oyda belirtildiği üzere Anayasanın 47. maddesinde kamu iktisadi teşebbüslerinin karlı olup olmadıkları şeklinde bir ayırım yapılmaksızın özelleştirilmesinde kamu yararı bulunduğu vurgulandığı gibi; 4046 sayılı Yasada, yapılacak özelleştirmelerde kuruluşların nitelikleri yanında ülke ekonomisinin gereklerinin dikkate alınacağı ifade edilmektedir. Böylece anılan yasal düzenlemelerde, bir kamu iktisadi devlet teşekkülünün özelleştirilmesi konusunda, sadece kuruluşun halen karlı oluşunun değil, ihtiyaç duyulan yeni teknoloji ve yatırım ihtiyacının, sektörün gelecekteki durumunun, ülke ekonomisinin şartlarının değerlendirilmesi ve izlenen ekonomik politikalar çerçevesinde karar verilmesi öngörülmektedir.³³

III. İPTAL KARARLARININ UYGULANMASINDA KARŞILAŞILAN SORUNLAR

Yargı organlarınca verilen iptal kararlarının iki sonucu olabilir: hüküm sonucunun gerektirdiği icrai işlemlerin yerine getirilmesi yani kararın uygulanması ya da uygulanmaması. Ancak özelleştirme işlemleri tekelinde tek bir ayrık örnek dışında iptal kararlarının uygulanmadığı hatta bunun için gerekli yasal dayanağın da ilgili kanunlara ek maddeler getirilmek suretiyle elde edilmeye çalışıldığı görülmektedir.

Daha evvel milletvekillerinin özelleştirme işlemleri bakımından dava ehliyetini haiz olup olmadıkları tartışılırken bahsi geçen USAŞ ve ÇİTOSAN çimento fabrikalarının özelleştirilmesi kararlarının iptal edilmesine karşın kararlar uygulanmamış ve bu kararların uygulanmayacağına ilişkin Bakanlar Kurulu 1992 tarihli prensip karar çıkarmıştır. Prensip kararda gerekçe olarak, ilgili özelleştirmelerin yabancılara blok satış yöntemiyle gerçekleştirilmesi öngörüldüğünden bu özelleştirmelerin iptallerinin Türkiye'nin milletlerarası kamuoyu nezdindeki itibar ve çıkarlarını zedeleyeceği, ayrıca bu durumun ahde vefa ilkesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür. Danıştay Bakanlar Kurulu'nun bu prensip kararını iptal ederken idarenin her türlü eylem ve

³³ Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu YD. İtiraz No: 2007/939.

işlemine karşı yargı yolunun açık olduğunun ve yargı yolu sonunda elde edilen kararların uygulanmasının hukuk devleti, hukuk güvenliği ve devlet işlemlerindeki istikrar bakımından öneminin altını çizmiştir. Danıştay'ın bu kararına rağmen iptal kararlarının uygulanmaması yolundan uzaklaşmamış, örneğin 6.12.1997 tarihli 97/66 tarihli Özelleştirme Yüksek Kurulu kararında da "kuruluşların nihai devir sözleşmelerinin imzalanarak devir ve teslim işlemlerinin tamamlanmasından sonra bu kuruluşlarla ilgili olarak ÖİB'ye tebliğ edilen yürütmenin durdurulması ve iptal kararları hakkında özelleştirme işlemlerinin bütün sonuçlarıyla birlikte tamamlanmış bulunması, söz konusu kuruluşları devralanlar tarafından üretim, yatırım, istihdam ve bunlara bağlı her türlü ticari ve mali tasarruflarda bulunulması... Önceki duruma göre fiilen geri dönülemez bir yapı ortaya çıkması nedenleriyle oluşan fiili imkansızlık karşısında..." iptal kararlarının uygulanmayacağını bildirmiştir.³⁴ Yargı organlarının kararlarına rağmen idarenin bu tavır 2010'lu yıllara gelindiğinde dahi değişmemiştir. 2012 yılında 6300 sayılı yasa ile 4046 sayılı yasaya ek 5. madde getirilmiştir. Buna göre;

"(1) Özelleştirme uygulamaları sonucunda nihai devir sözleşmesi imzalanarak devir ve teslim işlemleri tamamlanmış olan özelleştirme işlemleri hakkında verilen yargı kararlarının uygulanmasında ortaya çıkan fiili imkansızlık nedeniyle;

a) Eti Alüminyum AŞ'nin % 100 oranındaki hissesinin satış yöntemiyle özelleştirilmesi,

b) Türkiye Denizcilik İşletmeleri AŞ'ye ait Kuşadası Limanı'nın işletme hakkı verilmesi yöntemiyle özelleştirilmesi,

c) Türkiye Denizcilik İşletmeleri AŞ'ye ait Çeşme Limanı'nın işletme hakkı verilmesi yöntemiyle özelleştirilmesi,

ç) SEKA-Türkiye Selüloz ve Kağıt Fabrikaları AŞ'ye ait Balıkesir İşletmesi'nin varlık satışı yöntemiyle özelleştirilmesi,

d) Türkiye Petrol Rafinerileri AŞ'nin % 14,76 oranındaki hissesinin İstanbul Menkul Kıymetler Borsası Toptan Satışlar Pazarı'nda satılması, işlemlerini iptal eden yargı kararlarıyla ilgili olarak geriye ve ileriye yönelik herhangi bir işlem tesis edilmemesi ve Özelleştirme İdaresi Başkanlığı'nca bu yönde yapılmış olan iş ve işlemlerin devam ettirilerek sonuçlandırılması kararlaştırılmıştır."

³⁴ Danıştay 10. Daire E. 2002/4061 K.2004/5219 T. 28.5.2004.

Benzer bir şekilde 2014 yılında da 6552 sayılı yasa ile geçici 27. madde getirilerek bu maddenin yayımı tarihi itibarıyla devir ve teslim işlemlerinin tamamlanmasının üzerinden 5 yıl geçmiş olan özelleştirmeler hakkında verilmiş olan yargı kararları ile ilgili olarak sözleşmelerinde belirtilen haller dışında bu kuruluşların geri alınması yönünde herhangi bir işlem tesis edilmeyeceği öngörülmüştür. Ancak Anayasa Mahkemesi ek 5. ve geçici 27. maddelerin ikisini de Anayasa'nın 2, 125 ve 138. maddelerine aykırılıkları dolayısıyla iptal etmiştir. Bu maddeler Türkiye Cumhuriyeti'nin bir hukuk devleti olduğuna güvence altına almaktadır. Anayasa Mahkemesi'nin anılan kararına göre:

“Yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır; bu organlar ve idare, mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez.

Hukuk devleti ilkelerinin yerine geldiğini bilmek, hukukun üstünlüğü prensibinden doğar. Devlete ve adalete olan inancı, güven duygusunu ve de saygıyı pekiştirir. Adalete erişim ve hak arama hürriyetini korur.

Adalete olan inancın ve güven duygusunun sarsıldığı hâller, Devletin temeli sayılan adaleti koruyan ve sağlamakla görevli yargı organını işlevsiz hâle getirecek, kararının bağlayıcılık ifade etmemesi algısı yaratıldığında ise idareye keyfi davranış sergileme imkânı verilmiş demek olacaktır.”

İdarenin, mahkeme kararlarını yerine getirmesi, Anayasa'nın 138. maddesinde öngörülen bağlayıcılık ilkesi gereği temel bir ödevi olup kararları uygulamama gibi bir tercih hakkı bulunmamaktadır.”³⁵

Dolayısıyla, fiili imkansızlık veya idari istikrar ve milletlerarası platformda güvenilirlik ilkelerinin arkasına sığınarak hukuk devleti ilkesinden ödün vermek yerinde değildir.

Anayasa Mahkemesi aynı kararında ek 5. maddenin ç bendinde geçen SEKA-Türkiye Selüloz ve Kağıt Fabrikaları AŞ'ye ait Balıkesir İşletmesi'nin varlık satışı yöntemiyle özelleştirilmesini inceleyerek bunun yargı organlarınca verilen iptal kararının uygulandığı bir örnek olması sebebiyle hakkında iptal kararı verilen diğer özelleştirme işlemlerine de örnek teşkil etmesi gerektiğini değerlendirmektedir. Türkiye Selüloz İş Sendikasının özelleştirme ihalesinin

³⁵ Anayasa Mahkemesi Kararı Esas Sayısı : 2012/73 Karar Sayısı : 2013/107 Karar Günü : 3.10.2013 R.G. Tarih-sayı : 27.3.2014-28954.

iptali için açtığı piyasa değeri 51.2 milyon ABD doları olan SEKA Balıkesir İşletmesi'nin özelleştirilmesi için pazarlık usulü ile yapılan ihale sonucunda 1.1 milyon ABD dolarına satılmasına ilişkin dava konusu işlemde kamu yararına ve özelleştirmenin amacına uygunluk bulunmadığı gerekçesiyle önce yürütmenin durdurulması daha sonra iptal kararı verildiği görülmektedir. Bu iptal kararının gerekliliği olarak ise Özelleştirme İdaresi Başkanlığı 19.02.2004 tarihinde bildirimde bulunarak Albayrak Turizm Seyahat İnşaat Ticaret A.Ş.'den Balıkesir SEKA İşletmesinin iadesini istemiş; 10.06.2003 tarihli sözleşme kapsamında anılan firmaya devredilen taşınmaz ve irtifak hakları ile taşınırın SEKA'ya iadesi talebiyle anılan firma aleyhine Balıkesir 1. Asliye Hukuk Mahkemesine E. 2005/59, Bigadiç Asliye Hukuk Mahkemesine ise E: 2005/50 sayılı dosyalarla iki dava açmıştır. Bu davalar Özelleştirme İdaresi Başkanlığı lehine sonuçlanmıştır. Keza, bu davalar kapsamında Bigadiç tapu sicilinde Albayrak Turizm Seyahat İnşaat Ticaret A.Ş. adına kayıtlı bulunan 15 adet taşınmaz ile 16 adet taşınmaz üzerinde anılan firma lehine kurulan irtifak haklarının iptal edilerek, SEKA (Sümer Holding A.Ş.) adına tesciline karar verilmiştir. Ancak iptal kararının sadece özelleştirilen kuruluşun iadesi yoluyla uygulanması beklenemez. Özelleştirme işlemlerinde idarenin karşısında olan özel hukuk kişilerinin de zararlarının tazmini gerekir. Örneğin, özelleştirmenin iptaline karar verilmesi halinde özelleştirmeye konu işyerinde çalışmakta olan işçilerin işe iadesi ve arada geçen sürede oluşan özlük ve parasal haklarının yasal faizleriyle birlikte ödenmesi zorunludur. Bu paralelde, Albayrak Turizm Seyahat İnşaat Ticaret A.Ş. ise, Özelleştirme İdaresi Başkanlığı ile SEKA (Sümer Holding A.Ş.) aleyhine özelleştirme bedeli 1.1 milyon ABD Dolarına mahsuben yapılan 460 803 ABD Doları peşinat ve birinci taksit ödemesi ile işçilere yapılan ihbar tazminatı, izin ücreti, SSK primi ve işletmenin mevcut haliyle muhafazası için dava tarihine kadar yapılan diğer zorunlu harcamalar karşılığı olarak (fazlaya dair hakları saklı kalmak kaydıyla) 700 000 TL'nin ödenmesi talebiyle Balıkesir 1. Asliye Hukuk Mahkemesine E. 2005/59 sayılı dosyasında karşı dava açmıştır.³⁶

SONUÇ

Özelleştirme işlemlerinin usulüne ilişkin olarak, öncelikle milletvekillerinin milletin vekaletini aldıkları gibi bir düşünceyle iptal davası açamazken ancak kendi vatandaşlık sıfatlarına dayanarak dava açabilecekleri ve özel hukuk tüzel kişilerinin ise kişisel, güncel ve meşru menfaat ilişkilerinin kuruluş amaçlarıyla sınırlı olmak üzere ve kamu menfaatini ilgilendiren konularda mevcut olduğu ve bu konularda dava açmalarının mümkün olduğu görülmektedir. Davalı sıfatı belirlenirken ise esas alınması gereken kriter tüzel kişilikten ziyade kendi başına karar alma ve icra etme yetkisine sahip bulunan bağımsız bir birimin

³⁶ Anayasa Mahkemesi Kararı Esas Sayısı : 2012/73 Karar Sayısı : 2013/107 Karar Günü : 3.10.2013 R.G. Tarih-sayı : 27.3.2014-28954.

var olup olmadığının tespiti olduğundan Özelleştirme Yüksek Kurulu kararları da iptal davasına konu olabilecek nitelikte kesin ve yürütülmesi gereken kararlardır. Hazırlık işlemlerinin iptal davasına konu olup olamayacakları hususu bakımından hazırlık işleminin konusunun kesin ve yürütülmesi gereken işlem niteliğinde olup olmadığı esas alınırken zincir işlemler bakımından içtihatlarda ve öğretide kabul edildiği gibi Özelleştirme Yüksek Kurulu'nun özelleştirme programı kapsamına alma kararı, ihaleye çıkma, ihale komisyonu kararı ve yapılan sözleşme ile ilgili olarak ortaya çıkabilecek uyuşmazlıklarda bu işlemlerin ayrılabilen zincir işlemler niteliğinde ve tek başlarına kesin ve yürütülebilir nitelikte olması önem arz etmektedir. Görevli yargı yeri özel bir yasayla özel hukuk sözleşmesi olduğu belirtilmeyen özelleştirmeye ilişkin sözleşmeler bakımından idari sözleşme olup olmadıkları sözleşmenin taraflarından birinin kamu idaresi, kurumu ya da kuruluşu olması; sözleşmenin kamu hizmetinin yürütülmesi ile ilgili bulunması ve yönetime özel hukuk yetkilerini aşan yetkiler tanınması kriterlerine göre belirlenmektedir.

Özelleştirme işlemlerinin esasına ilişkin olarak ise, varlıkların gerçek değerleri üzerinden gerçekleşmeyen özelleştirmeler hakkında kamu kaynaklarının en verimli şekilde kullanılması ilkesine aykırılığı dolayısıyla iptal kararı verilmiştir. Yine 4046 Sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun'un öngördüğü ekonomik verimlilik artışı amacının bir yansıması olarak özelleştirmeden beklenen yararlar ihale şartnamesinde de güvence altına alınmış olmalıdır. Özelleştirme sürecinde ihalelerin rekabet ortamı oluşturulmadan yapılması ve rekabet ilkesini pekiştiren tekelci yapının önlenmemesi ve aleniyet ilkesine aykırılık özelleştirmelerin hukuki denetiminde en sık rastlanılan iptal nedenidir. Kamu yararı kavramı yukarıda değinilen kararların hemen hepsi bakımından dile getirilmiş ve özelleştirme işlemleri bakımından da geniş yorumlanarak diğer iptal nedenleriyle birlikte gündeme gelmiştir. Ayrıca, bir kamu iktisadi devlet teşekkülünün özelleştirilmesi konusunda, sadece kuruluşun halen karlı oluşunun değil, ihtiyaç duyulan yeni teknoloji ve yatırım ihtiyacının, sektörün gelecekteki durumunun, ülke ekonomisinin şartlarının değerlendirilmesi ve izlenen ekonomik politikalar çerçevesinde karar verilmesi öngörülmektedir.

Yargı organlarınca verilen iptal kararlarının iki sonucu olabilir: hüküm sonucunun gerektirdiği icrai işlemlerin yerine getirilmesi yani kararın uygulanması ya da uygulanmaması. Özelleştirme işlemleri tekelinde tek bir ayrık örnek dışında iptal kararlarının uygulanmadığı hatta bunun için gerekli yasal dayanağın da ilgili kanunlara ek maddeler getirilmek suretiyle elde edilmeye çalışıldığı görülmektedir. Ancak, fiili imkansızlık veya idari istikrar ve milletlerarası platformda güvenilirlik ilkelerinin arkasına sığınarak hukuk devleti ilkesinden ödün vermek yerinde değildir.

KAYNAKÇA

- Anayasa Mahkemesi Kararı Esas Sayısı : 2012/73 Karar Sayısı : 2013/107 Karar Günü: 3.10.2013 R.G. Tarih-sayı : 27.3.2014-28954.
- Ankara 1. İdare Mahkemesi E.989/3352 K. 990/977.
- Ankara 1.İdare Mahkemesi E.1995/1334, K.1995/1786, K.t.21.12.1995.
- Ankara 5.İdare Mahkemesi E.1995/1344.
- Ankara 5. İdare Mahkemesi, E. 1998/407- K. 1998/1030. Ankara 5.İdare Mahkemesi E.1995/1312.
- Ankara 6. İdare Mah; E. 1998/773 – K. 1999/101.
- Ankara 6. İdare Mahkemesi, E.1989/3374 K. 1990/459.
- Ankara 8. İdare Mahkemesi E. 2003/1355, K. 2003/1030. Ankara 9.İdare Mahkemesi E.1995/1335.
- Ankara 10. İdare Mah; E. 2003/1692.
- Danıştay, 10. D; E. 1999/2543- K. 2002/348.
- Danıştay, 10.D; 29.4.1993, E.991/1- K.993/1752, Danıştay Dergisi, sayı:88, s. 463 vd.
- Danıştay 10. D; E. 2004/8257 – K. 2004/7618.
- Danıştay, 10. D; E.997/5974-K.997/4594.
- Danıştay 10. D; E. 2000/1776 – K. 2002/4183.
- Danıştay 10. Daire E. 2002/4061 K.2004/5219 T. 28.5.2004.
- Danıştay, 12. D; 11.5.1971, E.969/1498-K.971/1220, Amme İdaresi Dergisi, c.5. sayı: 1, s. 153.
- Danıştay 13. Daire E. 2005/7873- K. 2007/7894 T. 27.11.2007.
- Danıştay 13. D; E. 2007/10127- K. 2009/944, T. 23.1.2009.
- Danıştay, 13. D; 28.02.2006, E.2005/7150-K. 2006/1231. Danıştay Dergisi, sayı: 112, s.464 vd.
- Danıştay 13. D; E. 2005/5304, Ayrışık Oy: Orhun Yet.
- Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu YD. İtiraz No: 2005/864.

- Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu YD. İtiraz No: 2007/939.
- Konya İdare Mahkemesi, E. 1996/761.
- Sivas İdare Mahkemesi E.1996/437, K.t 26.6.1996.
- Van İdare Mahkemesi E.1996/699.
- ALTAY Ali, Özelleştirme İşlemlerinin İptali Ve Bu İşlemlere Dayalı Olarak Tesis Edilen Özel Hukuk İşlemlerinin Akıbeti (Gri Alan), Ankara Barosu Dergisi, s. 1-27, internet adresinden alındı.
- Cumhurbaşkanlığı Devlet Denetleme Kurulu, 2005/4 sayılı Özelleştirme İdaresi Başkanlığının 2001, 2002, 2003 Yılları Eylem ve İşlemlerinin Araştırılıp Denetlenmesine İlişkin Rapor, 22.09.2005.
- GÖZÜBÜYÜK A. Şeref – TAN Turgut, İdare Hukuku c.2, Ankara 2016.
- KAPLAN Gürsel, “İdari Yargıda Ehliyet ve Husumet Sorunu Üzerine Düşünceler”, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı: 2008/2, s. 23-54 (2008).
- KARAHANOĞULLARI Onur, “Özelleştirme İşlemlerinin Yargısal Denetimi”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, cilt 45, sayı 1-4, (1996), s. 279-323.
- TAN Turgut, Ekonomik Kamu Hukuku Dersleri, Ankara 2015.
- TAN Turgut, İdare Hukuku, Ankara 2016.
- TEKİN M.Önder, Özelleştirme Uygulamalarına İlişkin Anayasa Mahkemesi ve Danıştay Kararları, TMMOB Elektrik Mühendisleri Odası Ankara Şubesi, 2006/Ankara.

OSMANLI DEVLETİ DÖNEMİNDE ŞÛRÂ-YI DEVLET

State the Shura in the Ottoman State Period

İbrahim ALTINDAĞ*

Geliş Tarihi: 12.03.2020

Kabul Tarihi: 31.08.2020

ÖZET

Osmanlı Devleti son yüzyılında, dünyadaki iktisadi, teknik, askeri gelişmeleri yakalayabilmek için birçok alanda olduğu gibi devletin bürokratik yapısında da değişikliğe gitmiştir. Zira yapılacak reformlar ancak kaliteli ve yetişmiş bir teşkilat tarafından planlanabilir ve tatbikatı takip edilebilirdi. Böyle bir ortamda, bahsedilen amaç ile eşgüdümlü olarak Şûrâ-yı Devlet'in ihdası bürokratik dönüşümün en önemli parçalarından biridir.

Yargı organlarından olan Danıştay'ın temellerinin dayandığı Şûrâ-yı Devlet, Türk idari yargı tarihinde önemli bir kilometre taşıdır. Osmanlı son dönem bürokrasisinde başlayan kurumların yapısal reform ve dönüşümlerinin yargı ayağında karşımıza çıkan önemli yeniliklerden biri de Şûrâ-yı Devlet kurumunun ihdasıdır.

Devlet geleneği içinde pek önemli yer tutan ve şûrâ prensibinin kurumuş örnekleri olan Divan-ı Hümayun, Meşveret Meclisleri, Meclis-i Vâlâ-yı Ahkâm-ı Adliye gibi tarihi birikimden de ilham almak suretiyle 1868 tarihinde açılan Şûrâ-yı Devlet'in kuruluşunda Sultan Abdülaziz'in gayreti önemli ve değerlidir.

Şûrâ-yı Devlet, kanun layihalarının hazırlanması aşamasındaki yetkisi, idarenin faaliyetlerine yönelik sahip olduğu denetim yetkisi ve birtakım yargısal fonksiyonları ile Osmanlı Devleti bürokrasisi içinde önemli bir müessese olmuştur.

Makalenin hazırlanışında Devlet Arşivleri, Osmanlı Devleti son dönemi ile alakalı kaleme alınan ansiklopediler ve Şûrâ-yı Devlet ile alakalı hazırlanan bilimsel çalışmalar taranmak suretiyle elde edilen veriler ışığında, betimsel metod tercih edilerek, okuyucunun zihninde söz konusu dönemin tasavvur edilmesi amaçlanmıştır.

Anahtar Kelimeler: Şûrâ, Osmanlı, İdari Yargı, Reform, Danıştay

ABSTRACT

In the last century, the Ottoman Empire changed the bureaucratic structure of the state in order to capture the economic, technical and military developments in the world. Because the reforms to be carried out could only be planned and implemented by a qualified and trained organization. In such an environment, the creation of the State Council in coordination with the stated aim is one of the most important parts of bureaucratic transformation.

The Shura State, on which the foundations of the Council of State, which is one of the judicial organs, are based, is an important milestone in the history of the Turkish administrative judiciary. One of the important innovations in the judicial leg of the structural reforms and transformations of the institutions that started in the bureaucracy of the Ottoman period is the creation of The Shura State institution.

Sultan Abdülaziz's effort are important and valuable in the establishment of Shura-State, which was opened in 1868 by drawing inspiration from historical background such as the Divan-ı Humayun, Meshveret assemblies, Majlis-i Vala-Yi Ahkam - ı Courthouse, which is very important in the tradition of the state and which are institutionalized examples of the Shura principle.

The Shura State became an important institution within the bureaucracy of the Ottoman Empire with its authority in the preparation of law regulations, its supervision authority for the activities of the administration and some judicial functions.

In the light of the data obtained by scanning State Archives, encyclopedias written about the last period of the Ottoman Empire and scientific studies prepared about the state, the descriptive method is preferred and the reader's mind is intended to envisage the period in question.

Keywords: Shura, Ottoman, Administrative Jurisdiction, Reform, Council of State

* Adalet Bakanlığı, İdari Yargı Hâkim Adayı, e-posta: altindagibrahim14@gmail.com, ORCID ID: 0000-0003-4605-0997.

GİRİŞ

Şûrâ-yı Devlet, Meclis- i Vala-yı Ahkamı Adliye'nin geçirdiği değişikliklerin ardından merkezi bürokrasi de idari yargıya geçişte önemli bir kilometre taşıdır. Dönemin ortamı ve şartları göz önünde tutulduğunda kurum, bünyesinde temerküz eden görev ve yetkileri ile merkezi teşkilat içinde önde gelen kurumlar arasında yer almıştır.

Şûrâ-yı Devlet'in kuruluş nedenleri şu üç başlık altında toplanabilir:

- İslahat ve reformların temini adına gerekli çalışmaları yapmak (Kanun layihaların tanzim vb.)
- Devlet vatandaş ilişkilerinin düzgün yürümesini sağlamak
- Ülkenin bayındırlığı ve bağlantılı işleri yürütmek¹.

Bu çalışmanın özelliği, yapılan arşiv araştırmalarının ışığında, okuyucuyu yüz elli yılı aşan bir geleneğin başladığı döneme götürmek, Şûrâ-yı Devlet'in kurulduğu zemini ve kuruluşuna eşlik eden faktörleri göstermektir. Kurulduğu dönemin bürokratik yapısı içerisinde Şûrâ-yı Devlet'in konumlandığı yeri, üstlendiği görevleri tanıtmak ve günümüz Danıştay'ı ile muhtelif hususlarda mukayese yapma imkanı vermektir. Nitekim bir müessesesinin varlık nedenini ve amacını idrak edebilmenin yollarından biri bu müessesesinin kurulma nedenlerini bilmek, kimliğini kazandığı dönemi ve bu dönemde kendisinden umulan faydayı öğrenmek ile mümkündür. Makalemizi hazırlama sürecinde benzer çalışmalardan ayrılmasında güttüğümüz amaç, idari yargı mensubu hakim ve hakim adaylarının, Türk Milleti adına yürüttükleri bu değerli vazifenin şuurunu pekiştirmelerine yardımcı olmanın yanı sıra, meslek mensupları başta olmak üzere idare hukuku ve hukuk tarihine ilgi duyan değerli okurların Türk İdari Yargısı kurumsal tarihine genel hatları ile vakıf olabilmelerine yardımcı olmaktır.

Çalışmanın hazırlık sürecinde, Cumhurbaşkanlığı Devlet Arşivleri'nden, Osmanlı tarihi üzerine yazılan ansiklopedilerden, Düstur'dan, İdare Hukuku kitaplarından, doktora veya yüksek lisans tezlerinden, Şûrâ-yı Devlet üzerine kaleme alınan kitaplardan, Danıştay eserlerinden, sözlükten, internet sayfalarından istifade edilmiştir.

Çalışmada Şûrâ-yı Devlet kurumu Osmanlı dönemindeki haliyle incelenmiştir. İlk olarak şûrâ kavramı ve şûrâ uygulamasının Türk devlet geleneği açısından tarihsel süreci ve Şûrâ-yı Devlet'in kuruluş süreci ele alınmıştır. İlerleyen bölümlerde Şûrâ-yı Devlet'in görev ve yetkileri, Şûrâ-yı Devlet'in teşkilat yapısı incelenecektir. Son olarak Şûrâ-yı Devlet'in teşkilat yapısı anlamında geçirdiği değişiklikler ve 1876 Osmanlı Kanun-i Esasi içindeki pozisyonu mercek altına alınmıştır.

¹ Onur Karahanoğulları, **Türkiye' de İdari Yargı Tarihi**, 2. Bs, Ankara, Turhan Kitabevi, 2017, s. 158.

1. ŞÛRÂ KAVRAMI, ŞÛRAY-I DEVLETİN KURULUŞU

ŞÛrâ-yı Devlet isminin kavramsal açıdan tahlili, kurumun devlet bürokrasisi içindeki konumunu anlamlandırma açısından önem teşkil etmektedir. Bu nedenle bu bölümde ilk olarak ŞÛrâ kavramı ele alınacaktır. Akabinde ŞÛrâ-yı Devlet'in kuruluşuna kaynaklık eden süreç ve kuruluş sebepleri ana hatları ile incelenecektir.

1.1. ŞÛrâ Kavramı

ŞÛrâ-yı Devlet kavramı olarak Fransızca Conseil d'Etat'ın çeviri karşılığıdır². **ŞÛrâ** kelimesi kökeni itibariyle Arapça bir kelime olup, sözlükte "bir alanla ilgili olarak oluşturulan danışma kurulu"³, "danışıp konuşmak için toplanılan yer" gibi anlamlara gelmektedir⁴. Tarihsel süreci itibariyle Türk devlet geleneğinde şÛrâ kavramının ziyadesiyle önem arz ettiğini söyleyebiliriz. Orta Asya Türk devletlerinde hakanın danıştığı Kengeş meclisi, toy, kurultay vb. isimli meclislerin olduğu ve meclislerde devlet işlerinin müzakere edildiği ve siyasi bir nitelik taşıdığı bilinmektedir.⁵

ŞÛrâ İslamiyet açısından da fevkalade mühimdir. Zira dinin ana kaynakları Kuran-ı Kerim' de ve Hz. Peygamber'in hadislerinde şÛrâya yer verilmiş ve önemi ifade edilmiştir. Kuran-ı Kerim'in 42. suresi ŞÛrâ Suresi'dir ve aynı surenin 38. Ayeti ile Al-i İmran Suresi'nin 159. ayetinde şÛrânın önemini vurgulamaktadır⁶.

İslam kamu hukukunda şÛrâ prensibi iki konuyla yakından ilgilidir. İlki Devlet başkanının seçimi sürecidir. Çalışma konusu ile alakalı olan diğer konu, devletin teşkilatlanma ve karar alma sürecidir. Zira devlet meseleleri ve tasarrufları hakkında görüş bildiren, devletin erkleri arasında gücün orantısız kullanımını önlemeye dönük bir biçimde çeşitli yetkilerle teçhiz edilmiş istişari mekanizmaların fikir kaynağı şÛrâdır⁷. Abbasilerle birlikte muhtelif İslam devletlerinde görülen ve tatbikatı noktasında etkin bir konuma Divan-ı Hümayun ile ulaşan divan teşkilatları da İslam'ın ana kaynaklarınca telkin edilen şÛrâ prensibinin müşahhaslaşmış numuneleridir⁸.

² Kemal Dayınlarlı, **Türkçe Fransızca Hukuk Terimleri Sözlüğü**, Ankara, Teknik Basım Sanayii Matbaası, 1984, s. 497.

³ (Çevrimiçi), www.tdk.gov.tr, 10.05.2019

⁴ Abdullah Demir, **Hukuki Terimler Sözlüğü**, İstanbul, Astana Yayınları, 2017, s.1062.

⁵ Mehmet Akif Aydın, **Türk Hukuk Tarihi**, 13 bs. İstanbul, Beta Yayınevi, 2015, s. 13.

⁶ "...Onların işleri, aralarında danışma iledir." (Kur'ân-ı Kerîm, ŞÛrâSûresi, Ayet: 38)

"... iş hakkında onlara danış..." (Al-i İmran Suresi, Ayet 159)

Bkz (çevrimiçi), <https://kuran.diyaret.gov.tr>, 13.05.2019.

⁷ Kamil Muhammed El-Gindi, Ahmet Kılıç, "Şura ve İslam Hukukunda İnsan Hakları Demokrasinin Belirginliği", **İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi**, sy. 12., 2008, s. 204.

⁸ Aydın, **a.g.e.**, s. 122.

Hülasa, Şûrâ mefhumu gerek İslamiyet'teki yüksek konumu, gerekse Türk devlet geleneğinin verdiği değerle mütenasip bir şekilde yüzyıllardır önemini muhafaza etmektedir.

1.2. Şûrâ-yı Devlet'in Kuruluşu

19. yy'ın ikinci çeyreğinden itibaren Osmanlı bürokrasisinde yeni müesseseler ihdas edilmeye başlanmıştır. Bu yeni kurumların en dikkat çekici olanlarından biri de Meclis-i Vala-yı Ahkam-ı Adliye'dir. Sultan İkinci Mahmut tarafından 24 Mart 1838 tarihli ferman ile kurulan bu kurum Tanzimat hareketinin meclisi olarak görevlendirilmiştir⁹. Meclisin esas vazifesi, Tanzimat-ı Hayriye olarak adlandırılan reform hareketlerinin gerçekleştirilebilmesi için gerekli kanun veya nizamname layihalarını tanzim etmektir. Ayrıca çıkarılan kanun veya nizamnamelerin tatbiki ile alaklı sürece dair denetim yetkisinde mevcuttu¹⁰.

Kurumun yapısında zamanla tadilata gidilmiş olup adli işler ve idari-kazai işler için iki ayrı meclis ihdas edilmiştir. Kanun- Nizamname layihalarını hazırlama vazifesi Meclis-i Tanzimat adlı meclise verilmiş, Meclis-i Vala ise yargı organı olarak tanzim edilmiştir¹¹.

1861 yılında bu iki meclis birleşerek Meclis-i Vala-yı Ahkam-ı Adliye adını almıştır. 5 Mart 1868 tarihli Padişah Sultan Abdülaziz'in İrade-i Seniyyesi ile tekrar ikiye ayrılarak Şûrâ-yı Devlet ve Divanı Ahkam-ı Adliye teşkil olunmuştur.¹²

14 maddelik Nizamname-i Esasi ile Şûrâ-yı Devlet'in görevleri, daireleri, üyeleri ve çalışma usulü belirlenmiştir¹³. Şûrâ-yı Devlet Kuruluş Nizamnamesi hükümlerinin tatbikatını kolaylaştırma adına düzenleyici hükümler ihtiva eden Şûrâ-yı Devlet Nizamname-i Dahilisi ise 1869 senesinde yürürlüğe girmiştir¹⁴. Şûrâ-yı Devlet'in kurulmasından itibaren vermiş olduğu ilk resmi kararın tarihine ilişkin doktrinde görüş birliği mevcut değildir. Bir yazar, Şûrâ-yı Devlet'in faaliyetlerine başlamasıyla ilk kararını kuruluşundan yirmi gün sonra verdiğini ifade etse de¹⁵, bu iddianın aksine bir başka yazar, Şûrâ-yı Devlet'in ilk kararını kuruluşundan itibaren hangi tarihte aldığı ile alakalı, gelinen aşamada

⁹ Karahanoğulları, a.g.e., s. 113.

¹⁰ TDV İslam Ansiklopedisi, (çevrimiçi), <https://islamansiklopedisi.org.tr/meclis-i-vala-yi-ahkam-i-adliyye>, 13.05.2020.

¹¹ Abdülmecit Mutaf, "Osmanlı Arşiv Belgelerine Göre Şûrâ-yı Devlet",Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İzmir, 1997, s.15.

¹² Mutaf, a.g.e., s. 20.

¹³ Fethi Gedikli, **Şûrâ-yı Devlet (Belgeler, Biyografik Bilgiler ve Örnek Kararlarıyla)**, İstanbul, Oniki levha yayınları, 2018, s. 433.

¹⁴ Şûrâ-yı Devlet Kuruluş Nizamnamesi ve Şûrâ-yı Devlet Nizamname-i Dahilisi 1.Tertip Düstür'un 1.cildinin 703 ila 817. Sayfaları arasında yer almaktadır.

¹⁵ Mehmet Canatar, Yaşar Baş, "Şûrâ-yı Devlet Teşkilatı ve Tarihi Gelişimi", **OTAM Ankara Üniversitesi Osmanlı Tarihi Araştırma ve Uygulama Merkezi Dergisi**, S.9, Ankara, 1998, s. 113.

henüz bir netlik olmadığı ve ilk kararın tarih ve içeriğinin henüz saptanmadığı ifade edilmektedir¹⁶.

Kanunen kurulmasıyla birlikte üyelerin ve diğer vazifelilerin de tayin edilmesiyle 10 Mayıs 1868 tarihinde Şûrâ-yı Devlet'in açılış töreni gerçekleştirildi. Sadrazam tarafından okunan padişah nutkunda hükümetin tebaasına karşı olan görevleri temini için kanunların düzenlenmesi gerektiği ve bunun için de bu müessesenin kurulduğu ifade edildi. Yargı bağımsızlığı adına Divan-ı Ahkam-ı Adliye'nin kurulduğu ifade edildi¹⁷.

1.3. Şûrâ-yı Devlet'in Kuruluş Gerekçeleri

Şûrâ-yı Devlet'in kuruluşunda etkili olan faktörler arasında ilk olarak idare-yargı ayrılığı düşüncesinden bahsedilebilir. Zira bu husus Şûrâ-yı Devlet ve Divân-ı Ahkâmî Adliyenin kurulmasına matuf irade de: "mesâlih-i hukûkiyyenin, umûr-ı mülkiyye ve hükûmet-i icrâiyyeden tefrîki hususu olup..." şeklinde ifade edilmiştir¹⁸. Ayrıca Sultan Abdülaziz' in 10 Mayıs 1868 tarihli açılış nutkunda da benzer ifadeler yer verilerek bu hususun altı çizilmiştir¹⁹.

Bir diğer gerekçe olarak 1864 Teşkil-i Vilayet Nizamnamesi'nin taşra teşkilatında ortaya koyduğu değişikliklerin merkezi yönetim üzerindeki etkisi gösterilebilir. Şûrâ-yı Devlet, 1281 (1864) yılında yürürlüğe giren Teşkil-i Vilâyet Nizamnamesiyle başlayan bu yapısal reform sürecinin bir ileri aşaması olarak değerlendirilebilir. Söz konusu nizamname ile vilâyet, kaza ve nahiyelerde kurulacak İdare Meclislerine halk tarafından müslüman ve gayr-ı müslim üyeler seçiliyordu. Bu yanı sıra İdare Meclisleri, Şûrâ-yı Devlet'in ilk örneği olarak kabul edilebilir²⁰.

Diğer bir açıdan ise taşrada teşkil olunan meclislerle Nizamiye Mahkemeleri yan yana faaliyet göstermek suretiyle esasında Kuvvetler Ayrılığı işlevi uygulamaya konmuştu. Esasında taşradaki bu tecrübe merkezi bürokrasi içinde numune teşkil edecektir.²¹

Bir diğer sebep olarak Fransa sefirinin böyle bir icraatı telkinleri ve dolayısıyla Conseil d'Etat benzeri bir kurumun varlığını tavsiyeleri de etkili

¹⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. Gedikli, a.g.e., s. 29.

¹⁷ Mutaf, a.g.e., s. 19.

¹⁸ **Kuruluşunun 149. Yılında Türkiye Cumhuriyeti Danıştay Başkanlığı/1868-2017**, T.C. Danıştay Başkanlığı, 2017, s. 8.

¹⁹ "Teşkilat-ı cedide, kuvve-i icraiyyenin, kuvve-i adliye, diniye ve teşriyeden tefrîki esasına müstenittir", bkz. **Yüzyıl Boyunca Danıştay 1868-1968**, TTK Basımevi, Ankara, 1968, s. 57.

²⁰ Emel Çora, "Osmanlı'dan Cumhuriyete Danıştay'ın Gelişim Süreci", Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2015, s.46.

²¹ Ayşe Aslı Yücesoy, "ŞURÂ-YI DEVLET (1868-1876)", **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C:VIII, S: 2, 2017, s.193.

olmuştur.²² Nitekim Fransız sefirinin, dostluk kurduğu bilinen Sadrazam Ali Paşa'ya devlet idaresinde liberal kurumların gerekliliği yönünde telkinde bulunduğu ve gayrimüslimler ile Müslümanların birlikte temsil edilebileceği bir meclis fikrini aşıladığı ifade edilmektedir²³.

Son olarak Ali Paşa'nın Girit seferi esnasında adada hazırladığı devlet idaresinin mevcut haline yönelik çözümler içeren teklif, Şûrâ-yı Devlet'in kuruluşunda etkili olan sebepler arasında gösterilebilir. Söz konusu teklifte Devlet idaresindeki bozulmalara değinen paşa, Avrupalı tarzda düşünce ve yeniliklerden bahsetmiştir. İsmen bahsetmese dahi Şûrâ-yı Devlet tarzı bir kurumun varlığının gerekliliğine inanmıştır. Girit adasında iken kaleme aldığı teklifini padişaha arz edebilen paşanın, Şûrâ-yı Devlet'in kuruluşu esnasında sadrazamlık vazifesi yürütüyor olması, bahsedilen hususu destekler mahiyette bir emaredir²⁴.

2. Şûrâ-yı Devletin Görevleri

Şûrâ-yı Devlet Nizamnamesi'nin (1 Nisan 1868) 2.maddesinde geniş haliyle görev ve yetkileri sayılmıştır:

- 1- Kanun ve tüzük layihalarını hazırlar ve gözden geçirmek
- 2- Yetkilendirildiği mülki işlerle alakalı mevzularda karar vermek
- 3- Adli ve idari makamlar arasında çıkacak muhtemel görev sahasına ilişkin uyuşmazlıkları çözümlenmek
- 4- Yürürlükteki mevzuat ile alakalı idareden gelen yazılar ile alakalı mütalaa sunmak
- 5- Padişah emri veya kanun hükmü gereği, işlediği fiil kendisine bildirilen memur ile alakalı muhakeme yürütmek
- 6- Padişah ve yüksek devlet ricalinden herhangi bir mesele ile alakalı kendisine sorulan hususlarda görüş beyan etmek
- 7- Vilayet Genel Meclislerince, ıslahata dair müzakere edilecek maddeler ile alakalı tutanakları tetkik etmek
- 8- Bünyesinde teşekkül edecek özel bir komisyon ile devlet bütçesinin gelir ve gider kalemlerini gözden geçirmek²⁵

Sayılan yetkilere rağmen Şûrâ-yı Devlet'in selefi Meclis-i Tanzimat'a nazaran yetkileri da kısıtlıdır. Zira Şûrâ-yı Devlet'in heyeti vükela üyelerini yargılama yetkileri ile alakalı nizamname veya Şûrâ-yı Devlet nizamnamesinde

²² Mehmet Karaarslan, "Tanzimât ve Şûrâ-yı Devlet", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C:IV, Ankara, 2005, s. 353.

²³ Enver Ziya Karal, **Osmanlı Tarihi**, 7 C., 5. Baskı, Ankara, Türk Tarih Kurumu Basımevi, 1995, s. 145.

²⁴ Gedikli, **a.g.e.**, s. 8.

²⁵ Karal, **a.g.e.**,s. 147.

herhangi bir hüküm yoktur. Ayrıca Şûrâ-yı Devlet ancak kendisine havale olunan işleri müzakere edebilip karara bağlayabilirdi.²⁶

Şûrâ-yı Devlet kendisine havale olunan işlerle alakalı yetki sahibi olsa da alacağı kararlar idare üzerinde bağlayıcılığa sahip değildi ve idarenin tasarruflarına müdahale hakkı bulunmamaktaydı²⁷. Ancak kanun ve nizamların uygulanmasını denetleyebilir ve tespit edilen yanlışlıkları bildirebilirdi.²⁸

Yukarıda 2. maddede de sayıldığı üzere Şûrâ-yı Devlet' in görevleri yargısal, yasama sürecine dair, danışma-denetim olmak üzere üç ana başlık altında toplanabilir. Aşağıda bu başlıklar kısaca ele alınacaktır.

2.1. Danışma- Denetim Görevi

Şûrâ-yı Devlet'in kimliği itibariyle temayüz eden esas vazifesi şûrâ kelimesinin anlamı içinde de olan²⁹ inceleme-danışmadır. Devletin idari ve mülki meselelerde kendisine danışılma ihtiyacı hissedilen bir kurumun boşluğunu doldurmuştur. Zira nizamnamenin ilk maddesi bu hususu ifade etmektedir³⁰.

Şûrâ-yı Devlet, devletin idari, mülki, hukuki, inzibati, mali, ticari, askeri vb. hususlarda istişare merkezidir. Çeşitli kurumlardan ve nezaretlerden, talep edildiği takdirde herhangi bir mevzu ile alakalı görüşlerini bir mazbata ile Sadaret makamı aracılığıyla bildirmekle görevlidir. Maliye Nezareti'nin Mecelle'nin bir maddesinin tatbikatı ile alakalı Bab-ı Ali'ye yazmış olduğu bir yazı ile alakalı yaşanan bir problemin çözümü için Bab-ı Ali'nin yazıların tefsir edilmesi ve mütalaa sunulması için Şûrâ-yı Devlet'e havale etmesi danışma görevine dair verilebilecek bir örnektir³¹.

Aynı zamanda Padişah tarafından bilgi talep edilen konularda mütalaaasını bildirir. Ancak günümüz ifadesiyle yerindelik denetimi yaparak icranın yerine karar alamaz³².

²⁶ Eraslan, a.g.e., s.120.

²⁷ Şûrâ-yı Devlet Kuruluş Nizâmnamesi, 4. maddesi: "...Şûrâ-yı Devletin kendisine havâle olunan husûsâtın müzâkere ve tedkîkineme'mûriyyeti olarak icrâât-ı devâ'ir ve me'mûrîn-i mahsûsasınaâ'id bulunduğu cihetle umûr-ı icrâiyyeye bir günemûdâheleye hakkı olamayub...".

²⁸ Canatar, Baş, a.g.e., s. 120.

²⁹ Gedikli, a.g.e., s. 434.

³⁰ Şûrâ-yı Devlet Kuruluş Nizamnamesi,1. maddesi:"Mesâlih-i umûmiyye-i mülkiyyenin merkez-i müzâkeresi olmak üzere Şûrâ-yı Devlet nâmıyla bir meclis teşkil olunmuştur."

³¹ Ahmet Kılıç, Mecelle'ye Göre Zamanlaşımı, "Uygulamada Görülen Aksaklıklar ve Çözüm Önerileri, **Mecelle-i Ahkam-ı Adliye (Külli Kaideler)**, Türkiye Adalet Akademisi Yayınları, 2017, s. 205.

³² Çora, a.g.e., s.74.

Diğer taraftan Şûrâ-yı Devlet, Nizamname-i Esasi'nin 4.maddesi kapsamında sahip olduğu teftiş yetkisi ile idarenin işleyişi veya idari faaliyetlerde bir denetim yetkisine sahip olduğu söylenebilir. Bu hususa dair verilebilecek en bariz örnek ile ilgi Maliye Nezareti tarafından tanzim edilen bütçeyi denetlemek maksadı ile toplanan özel mecliste, her dairesinden üye bulundurması ve görüş açıklamasıdır³³. Söz konusu yetkisi kapsamında, bir kararında, Selanik'te gerçekleştirilen aşar vergisi ile alakalı bir ihaleye fesat karıştırıldığı iddiası ile alakalı Şûrâ-yı Devlet tarafından tahkikat amacı ile memur görevlendirilmiştir³⁴.

Verilen bilgiler ışığında söylenebilir ki Şûrâ-yı Devlet, günümüzde anayasal statüye sahip Devlet Denetleme kurulu, Kamu Başdenetçiliği, Danıştay İdare Dairesi, gibi muhtelif anayasal kurumların üstlendiği görevlere ilham kaynağı olabilecek mahiyette bir fonksiyon icra etmiştir.

2.2. Yasama Sürecine Dair Görevi

Şûrâ-yı Devletin esas vazifesi kanun ve nizamname layihalarını incelemek ve düzenlemektir. Bu vazifesini çoğu kez kendisi hazırlayarak yapmakta veya ilgili kurumca hazırlanmış taslak metni gözden geçirmekte ve gerekli değişiklikleri yapmaktaydı.³⁵ Örneğin, Memalik-i Şahane'de istihdam edilen Asakiri Zabtiye'nin tanzim-i hal ve idareleri hususunda 1861 senesinde çıkarılan nizamnamenin yürürlükten kaldırılması neticesinde yeni nizamname 1868 senesinde Şûrâ-yı Devlet tarafından hazırlanmıştır³⁶.

Şûrâ-yı Devletin, devlet/memleket yararına öngördüğü bir hususta re'sen lâyiha (taslak) hazırlama yetkisi yoktu. Zira, bir işin müzakere edilmesi, incelenmesi veya karara bağlanabilmesi için sadaret makamınca havalesi zaruri idi. Böylece Şûrâ-yı Devlet bir işte kendisini re'sen yetkili görerek işlem tesis etme yetkisi yoktu³⁷.

Tanzimat dairesinin 1872'de ki kurulmasına kadar her daire, görev alanları ile alakalı kendisine havale olunan konularda nizamname layihaları hazırlamak ile görevliydi. Ancak Tanzimat dairesinin kuruluşu ile birlikte layiha hazırlama-düzenleme bu daireye verilmiştir³⁸.

Görüldüğü üzere Şûrâ-yı Devlet, yasama sürecinin mutfak kısmı olarak tavsif edilebilecek meşakkatli ve teknik kabiliyet gerektiren düzeyi olan layiha hazırlama süreci ile alakadar olarak değerli bir misyon üstlenmiştir.

³³ Eraslan, a.g.e., s. 131.

³⁴ Devlet Arşivleri Başkanlığı, (çevrimiçi), <https://katalog.devletarsivleri.gov.tr/Sayfalar/Arama/OzelArama.aspx>, 06.05.2020.

³⁵ Gedikli, a.g.e., s. 427.

³⁶ Devlet Arşivleri Başkanlığı, (çevrimiçi), <https://katalog.devletarsivleri.gov.tr/Sayfalar/Arama/OzelArama.aspx>, 06.05.2020.

³⁷ Ahmet Şuayb, **Hukuk-ı İdare**, Birinci Kısım, İstanbul İ.Ü. Hukuk Fakültesi S.S. Onar İdare Hukuku ve İlimleri Uygulama ve Araştırma Merkezi, 2018, s. 177.

³⁸ Mutaş, a.g.e., s. 34.

2.3. Yargısal Görevi

Şûrâ-yı Devlet kurulduğunda üç tane yargısal görev öngörölmüştü:

- Hükümet ile şahıslar arasında olan davalara bakmak
- Bir davaya bakan mahkeme ile idare arasında meydana gelen merci ihtilafını çözmek
- Memur muhakemesi

Sayılan uyuşmazlıklar hangi dairenin alanına dahil ise o dairece görölmekte ve hükme bağlanmaktaydı. Mercii ihtilafında yetkili daire ise Adliye dairesi idi.³⁹ Memur muhakemesi de aynı şekilde bu dairenin görevi kapsamında idi.

Ancak zamanla Adliye dairesinde meydana gelen yoğunluk, yargılama ile idari işleri birbirinden ayırma düşüncesi gibi sebepler dolayısıyla Nizamname-i Dahili ile Muhakemat dairesi kuruldu. Bu kurulan daire ile alakalı bilgiler aşağıda verilecektir.

Şûrâ-yı Devlet'in yargısal sürece dair üstlendiği fonksiyonun mahiyeti konusunda yazarlar arasında görüş birliği mevcut değildir. Şûrâ-yı Devlet'in yargısal yetkilerine dair bir yazar, yukarıda sayılan uyuşmazlık çeşitlerini dava olarak kabul etmekte ve Şûrâ-yı Devlet'i bir yargı mercii olarak telakki etmektedir⁴⁰. Bu iddianın aksine bir başka yazar ise Şûrâ-yı Devlet'in denetleme yetkisini bir mahkeme statüsünde kullandığını şeklinde bir yorum yapılamayacağı, dolayısıyla sayılan uyuşmazlık çeşitlerinin günümüzde kabul edilen şekliyle bir idari dava olarak kabul edilemeyeceğini ifade etmektedir⁴¹.

3. Teşkilat Yapısı

Şûrâ-yı Devlet kuruluşu itibariyle, mülkiye-zabıta-harbiye,maliye-evkaf-nafia-ziraat,adliye-maarif olmak üzere beş daireden teşekkül etmiştir⁴².

Kuruluş Nizamnamesi'nin ikinci maddesinde sayılan görevler ile alakalı olarak her bir daire, kendisine taalluk eden idari işleri görüp, kanun ve nizam layihalarını tetkik ve tanzim eder, hükümet ile şahıslar arasındaki davaları görüşüp karara bağlar ve memurların durumlarını tetkik edip muhakemelerini yürütürdü.⁴³ Ancak dava mercii hakkında çıkması muhtemel ihtilaflara bakmakla yetkili daire ise bir sonraki bölümde hakkında detaylı bilgi verilecek olan Adliye dairesi idi.⁴⁴

³⁹ Mutaf, **a.g.e.**, s. 35.

⁴⁰ Mutaf, **a.g.e.**, s. 81.

⁴¹ Karahanoğulları, **a.g.e.**, s. 155.

⁴² İbrahim Hakkı, **Hukuk-ı İdare**, 1 C., Ed. Halit Uyanık, İstanbul, İstanbul İ.Ü. Hukuk Fakültesi S.S. Onar İdare Hukuku ve İlimleri Uygulama ve Araştırma Merkezi, 2018, s. 30.

⁴³ İsmail Hakkı Görelî, **Bizde Şûrâ-yı Devlet ve İdarenin Kazai Murakabesi**, Ankara, Hadisane Matbaası, 1937, s. 21.

⁴⁴ Canatar, Baş, **a.g.e.**, s. 118.

Nizamnamenin ikinci maddesi ile sayılan görevler bu dairelerce ihtisaslarına göre ifa edilecek olup; üçüncü madde de ise her bir dairenin vazife sahaları ayrıca zikredilmiştir⁴⁵. Teşkilat yapısı kuruluşu itibariyle bu beş daireden teşekkül etmesine rağmen bir yıl sonra Nizamname-i Dahili ile Muhakemat dairesi kuruldu. Esasen bu dairenin kurulmasıyla yargısal nitelikteki vazifeler bu daireye verilmiş olup, idari ve istişari nitelikteki yargı dışı vazifeler diğer dairelere bırakılmıştır⁴⁶. Muhakemat dairesine ve şubelerine Devair-i Mehakim, geriye kalan dairelere ise Devair-i İdare denildi⁴⁷. Aşağıda adı geçen dairelerle ilgili kısaca bilgiler verilecektir.

3.1. Umur-ı Mülkiye ve Zabıta- Harbiye Dairesi

Kurulan beş daireden biridir. Mülkiye, kolluk ve güvenlik konularında idari işlerin yanı sıra bu alanlarda tanzim edilen layihaları tetkik etmek, tatbikatını takip etmek, gerekli düzeltme ve değişiklikleri gerçekleştirmekle görevlidir.⁴⁸

Örneğin; Eskişehir vilayetinde ikamet eden iki şahıs arasında 436 dönüm vakıf arazisi nedeniyle ortaya çıkan uyuşmazlık, Şûrâ-yı Devlet Mülkiye dairesine havale edilmiştir. Şûrâ-yı Devlet ise tekrar komisyon kurularak gerekli tahkikât yapıldıktan sonra sonucun kendisine bildirilmesine karar vermiştir⁴⁹.

Nizâm-nâme-i Dâhilî ile Mülkiye ve Marif Daireleri, Maarif dairesinin işyükünün hafifliği nedeniyle birleştirildiğinden dairenin yeni adı Dâhiliye ve Maarif Dairesi olmuştur.⁵⁰ 10 Şubat 1872 tarihli İrade-i Seniyye ile Teşkilat yapısında gerçekleştirilen değişikliklerden etkilenmemiş ve varlığını devam ettirebilmiştir.

3.2. Maliye ve Evkaf Dairesi

Devlet gelirlerinin tahsiline, hazinenin yönetimiyle alakalı kendisine havale edilen meselelerin müzakeresiyle görevlidir.⁵¹ Evkâf dairesine ait olan hayır işleri ile hayır eserlerinin onarımını gerçekleştirmek için gerekli olan masraf kalemlerini tespit etmekle yetkilidir⁵². 1872-1877 tarihleri arasında kaldırılmış olmasına rağmen, daha sonra tekrar kurulmuş olup Cumhuriyet döneminde Şûrâ-yı Devlet ile alakalı ilk düzenlemeye kadar varlığını devam ettirmiştir.⁵³

⁴⁵ Karahanoğulları, a.g.e., s. 160.

⁴⁶ Mutağ, a.g.e., s. 40.

⁴⁷ Mutağ, a.e.

⁴⁸ Karahanoğulları, a.g.e., s. 161.

⁴⁹ Çora, a.g.e., s. 89.

⁵⁰ Eraslan, a.g.e., s. 89.

⁵¹ Yücesoy, a.g.e., s. 198.

⁵² Eraslan, a.g.e., s. 90.

⁵³ Eraslan, a.e.

3.3. Adliye Dairesi

Nizamiye mahkemelerinin vazife sahasına giren alanlarda tatbik edilecek kanunlar ile alakalı mütalaa sunmak, bunları tanzim etmek ve tedvinini sağlamakla vazifelidir. Yine, memur muhakemeleri, dava temyizleriyle alakalı adli ve idari memurlar arasındaki mercii ihtilaflarını çözmektedir.⁵⁴ Ayrıca kanunları uygulayan mahkeme ve hakimlere yönelik kuralları da tanzim eder.⁵⁵ Sayılan işlerin teşkil ettiği yoğunluk nedeniyle teşkilat yapısında değişikliğe gitme fikri hasıl olmuş ve 1869'da yürürlüğe giren Nizamname-i Dahili ile Muhakemat dairesi kurulmuştur. Ayrıca 1872 tarihli iradeyle bir daha kurulmamak üzere kaldırılmıştır.⁵⁶

3.4. Nâfia ve Ticâret-Zirâat Dairesi

Ticaret, bayındırlık ve ziraat ile ilgili işlerle meşgul olur. Örneğin; yolların, geçitlerin, binaların düzenlenmesi ve geliştirilmesi işleriyle alakadardır. Ayrıca ticaret ve ziraatın geliştirilmesine ilişkin konular da yetkilidir. Misal verilecek olursa, metelik keyfiyeti nedeniyle köprü içi vapurlarının tarifesi hakkında vuku bulan müşkül Şûrâ-yı Devlet tarafından çözülmüştür⁵⁷. Şirketlerin teşkiline ve ticari anlaşmalara dair ilgili daireler tarafından verilen lâyhaların ve evrakların müzakeresini yapar⁵⁸. Ayrıca devlet yatırımlarının planlanmasında, imtiyazname gibi belgelerin hazırlanmasında görevlidir.⁵⁹ Aynı zamanda, Babiali bünyesinde Islah-ı Sanayi Komisyonu adıyla teşkil olunan bir heyet, görev sahasının Nafia Dairesi ile örtüşmesi nedeniyle ilga edilmiş ve konu ile alakalı çözüm bekleyen sorunlarda Nafia dairesi'ne havale edilmiştir⁶⁰.

1869' da yargısal görevlerini Muhakemat dairesine devrederken, 1872 yılındaki iradeyle ortadan kaldırılmıştır. 1873 yılında Nafia dairesi ismiyle tekrar kurularak varlığını Cumhuriyet dönemine kadar devam ettirmiştir.⁶¹

3.5. Maarif Dairesi

Esasen eğitimin yaygınlaşması ve bununla alakalı mevzulara bakar⁶². 1869 yılında Nizamname-i Dahili ile Mülkiye dairesi ile birleştirilmiştir. 1872 yılında kaldırılan daire zaman zaman farklı isimlerle varlığını devam ettirmiştir. Yargı

⁵⁴ Canatar, Baş, **a.g.e.**, s. 120.

⁵⁵ Karahanoğulları, **a.g.e.**, s. 161.

⁵⁶ Eraslan, **a.g.e.**, s. 91.

⁵⁷ Devlet Arşivleri Başkanlığı, (çevrimiçi), <https://katalog.devletarsivleri.gov.tr/Sayfalar/Arama/OzelArama.aspx>, 03.05.2020.

⁵⁸ Çora, **a.g.e.**, s. 91.

⁵⁹ Mutaf, **a.g.e.**, s. 43.

⁶⁰ Devlet Arşivleri Başkanlığı,(çevrimiçi), <https://katalog.devletarsivleri.gov.tr/Sayfalar/Arama/OzelArama.aspx>, 05.05.2020.

⁶¹ Eraslan, **a.g.e.**, s. 89.

⁶² Karaarslan, **a.g.e.**, s. 355.

ile ilgili faaliyetlerini 1869'da Muhakemat dairesinin kurulmasıyla birlikte devretmiştir.⁶³

3.6. Muhakemat Dairesi

7 Mayıs 1869 tarihli Nizamnameyi Dahilisi mukaddimesinde Muhakemat dairesinin kuruluş gerekçesi şu cümle ile ifade edilmektedir: “Umur-ı idareden dolayı *Şûrâ-yı Devlet'e* ait ve muhavvel muhakematın mercii olmak üzere Muhakemat dairesi unvanıyla bir daire teşkil olunmuştur”. Nizamname'nin 1.faslı tamamı ile bu daireye ayrılmış olup; dairenin yapısı, vazifeleri ve personeli ile ilgili düzenlemelere yer verilmiştir⁶⁴.

Muhakemat dairesinin vazifeleri ise 3. madde de düzenlenmiştir:

- Uyuşmazlık ihtilaflarının çözümü
- İdare ile birey arasındaki idari nitelikteki davaların ilk derece(bidayeten) ve istinaf aşaması olmak üzere iki dereceli olmak üzere görülmesi
- Memurlar ile alakalı ortaya çıkan davalar
- Meclis-i İdare-yi Vilayetlerde görülen memurlar ile ilgili davalara temyiz mercii olarak bakılması ve şikayet olması halinde bu davaların istinafen görülmesi⁶⁵.

Başlangıçta verilen bir karar, Muhakemat dairesine mahsus Heyet-i Umûmiye'de tetkik ve akabinde tasdik olunmadan kesinlik kazanması mümkün değildir⁶⁶.12 Haziran 1872 tarihinde Muhakemat dairesi görevleriyle birlikte Divan-ı Ahkam-ı Adliye Nezaretine devredilmiştir.⁶⁷

3.7. Heyet-i Umumiye

Şûrâ-yı Devlet'in reis, daire reisleri, daire üyeleri ve başkatipten teşekkül eder.⁶⁸ Nizamname-i esasi de heyet-i umumiye ile ilgili bir düzenleme yer almazken Nizamname-i dahilisinin 3. Bölümü Heyeti Umumiye'yi düzenleyen kısımdır. Buna göre Heyet-i Umumiye' de müzakere olunacak başlıklar 2 ana başlık etrafında toplanır. İlki Muhakemat dairesinden gelen işler olup, diğerleri ise diğer idari dairelerden gelecek işlerdir.⁶⁹ Heyet-i umumiye yargısal nitelikteki gelen kararlar için temyiz mercii, idari işler için ise genel

⁶³ Mutaf, a.g.e., s. 44.

⁶⁴ Gedikli, a.g.e., s. 138.

⁶⁵ Gedikli, a.e., s. 439.

⁶⁶ Çora, a.g.e., s. 93.

⁶⁷ Mutaf, a.g.e., s.53.

⁶⁸ Görel, a.g.e., s. 27.

⁶⁹ Gedikli, a.g.e., s, 369.

kurul niteliği taşımaktadır.⁷⁰ Reis-i Evvel'in başkanlığında haftada iki kere mutad olarak toplanır. Ancak başkanın isteği üzerine diğer zamanlar için de toplanabilir fakat heyetin salt çoğunluğu mevcut olmadıkça müzakere yapılamaz ve karar verilmez. Karar için mevcut üyelerin ekseriyetinin oyu gereklidir⁷¹. Nizamname-i Dahilin 21. maddesi dikkate alındığında yargısal nitelikte olanlar beş alt başlık altında toplanabileceği görülmektedir:

1. Memurlara ait davalarda hangi mahkemenin görevli olduğu ile alakalı çıkacak ihtilafların en önemlilerinin çözülerek neticelendirilmesi
2. Herhangi bir davadan kaynaklanan Tazminat , tenzil ve benzeri surette, devlet tarafından ödenmesi icap eden ve yüz bin kuruşu aşan ödeme kararları
3. Başkanlıkça ehemmiyetli addolunan ceza muhakemelerine ait davalar
4. Muhakemat dairesi üyelerinin en az iki tanesinin Genel Kurul'da görüşülmesi için talepte bulunduğu davalar
5. Dava devam ederken mensup olduğu daire tarafından tayin edilen memurun rey-i ile muhakemat dairesinin kararı arasında ortaya çıkan uyumsuzluk⁷².

Heyet-i Umûmiyede yapılacak geriye kalan görüşmeler ise idari nitelik taşıyan diğer dairelere aittir. Nizamname-i Dahilin 22 ve 23. maddeleri dikkate alındığında ise bunların on bir alt başlık altında toplanabileceği görülmektedir. Ticari konulara ilişkin müzakereler, vergilere ilişkin yapılabilecek indirim ve zamlar, devlet nezdinde önemli addolunup havale edilen konular, maden imtiyaz ve ihale işleri örnek kabilinden zikredilebilir⁷³.

4. Meslek Mensupları

Şûrâ-yı Devlet'in üstlenmiş olduğu görev ve teçhiz edilmiş olduğu yetkileri hayata geçirebilmesi adına görevli meslek mensupları ve bu kişilere işlerinde yardımcı olacak nitelikte teşkilatlanan yardımcıları bu bölümde ele alınacaktır.

4.1. Şûrâ-yı Devlet Başkanı (Reis-i Evvel)

Sadrızamın arz teklifi üzerine Padişah iradesiyle tayin edilen reis-i evvel aynı zamanda heyet- i vükela üyesi olması hasebiyle de günümüz anlamında bakan niteliği taşımaktadır.⁷⁴

⁷⁰ Eraslan, a.g.e., s. 93.

⁷¹ İbrahim Hakkı, a.g.e., s.34.

⁷² Gedikli, a.g.e., s. 369.

⁷³ Ayrıntılı bilgi için bkz., Eraslan, a.g.e., s. 98.

⁷⁴ Mutaf, a.g.e., s. 60.

4.2 Daire Başkanı (Reis-i Sani)

Her daire için bir başkan, üyeler(aza) arasından Reis-i evvelin müspet görüşü sadrazamın teklifi üzerine padişah iradesiyle tayin edilirdi. Başkan hem müzakereleri yönetir hem de idari işlerin takibatını yapardı.⁷⁵ Ancak Mülkiye dairesinin başkanı aynı zamanda kabine üyesi olan Şûrâ-yı Devlet başkanı idi⁷⁶

4.3. Üyeler(Aza) ve Diğer Personel

Kuruluşunda 41 üye ile görevine başlayan Şûrâ-yı Devlet'in üyelerinin 28'i müslüman geriye kalanları gayri müslimlerden oluşmaktaydı. Her dairede beş ila on arasında üye görev yapmaktaydı.⁷⁷ Üyeler tecrübeli, bilgili, devleti çeşitli bölgeleri itibariyle iyi bilen kişiler arasından tayin edilmekteydi⁷⁸. Üye sayısının ihtiyaca binaen arttırılabilmesi mümkündür.

Şûrâ-yı Devlet üyeleri vilayetlerdeki seçime dayalı olarak teşekkül eden genel meclislerden gelseler de göreve başlayabilmeleri için padişah iradesiyle tayin olunmaları gerekmektedir⁷⁹. Verilen bilgi ışığında üyelerin atama yoluyla işbaşına geldiği söylenebilir.

Şûrâ-yı Devlet'in bütün bürokratik birimlerinin bağlı olduğu birim başında başkatinin bulunduğu günümüz karşılığı genel sekreterlik hüviyetine sahip başkatabettir. Başkatipli aynı zamanda üye olması hasebiyle oy kullanabilir. Mebus olamayacağı gibi ek olarak bir memur vazifesi üstlenemez. İstifa etmedikçe azledilemez.⁸⁰

Nizamname- i Dahili'nin 4. faslı muavin ve mülazımlara tahsis edilmiştir. Bütün daireler de müzakereleri özetlemek için beş tane muavin; zabıt katipliği yapmak için beş tane mülazım istihdam edilmiştir. Muavinlerden biri için başmülazım payesi verilir. Ayrıca evrak işlemleri için Şûrâ-yı Devlet bünyesinde bir kalem heyeti ve bir evrak odası tahsis edilmiştir⁸¹.

5. Çalışma, Müzakere ve İşleyiş Usulü

Bu bölümde Şûrâ-yı Devlet dairelerinin karar alma sürecine ve sadaret makamı kurumsal münasebeti irdelenecektir.

5.1. Müzakere ve Karar Usulü :

Dairelerde müzakere başlamadan evvel öncelikle gündem konusu tutanak kaydı okunurdu. Zabıt cerideleri kabul edildiğinde reis-i sani ve mevcut üyeler

⁷⁵ Mutaf, a.g.e., s. 62.

⁷⁶ Yılmaz Öztuna, **Büyük Osmanlı Tarihi**, 8 C., İstanbul, Ötüken Yayınları, 1994, s. 215.

⁷⁷ Karaarslan, a.ge., s. 354.

⁷⁸ Öztuna, a.g.e., s. 215.

⁷⁹ Çora, a.g.e., s. 104.

⁸⁰ Mutaf, a.g.e., s. 67.

⁸¹ İbrahim Hakkı, a.g.e., s. 29.

ile daire başkâtibi tarafından imzalanır ve herhangi bir şekilde silme,kazıma gibi değişiklik mahiyetinde bir şey yapılamazdı. Mazbatalarda reis-i evvel ve üyelerin şahsi mühürleri bulunur, reis-i evvel bulunmadığı takdirde onun özel mührünün yerine Şûrâ-yı Devlet'in resmî mührü basılırdı⁸². Müzakereler esnasında üyeler Reis-i Sani'den izin isteyerek söz alabilirlerdi. Ayrıca müzakereden önce ilgili evrakı inceleyebilirlerdi.⁸³

Dairelerde bir meselenin müzakere edilip karara bağlanabilmesi için üyelerin salt çoğunluğunun bulunması gerekliydi. Ayrıca verilecek kararların meşruiyeti mevcut üyelerin ekseriyetinin aynı yönde oy kullanması ile mümkündü⁸⁴

Reis ve üyelerin eşit seviyede birer oyu vardı. Üyelerin ekseriyeti, herhangi bir maddede gizli oylama talep eder ise o şekilde karar verilecekti. Aksi takdirde genel kural müzakerelerin açık yürütülmesi şeklindeydi⁸⁵. Şûrâ-yı Devlet üyesi hangi rütbede bulunursa bulunsun, mecliste, eşit seviyede olacaktı. Üyelerin Şûrâ-yı Devlet'te sahip oldukları hak ve yetkiler aynı idi.⁸⁶

5.2. İşleyiş Usulü

Şûrâ-yı Devlet hiyerarşik anlamda Sadarete bağlı olması hasebiyle bu hususta en dikkat çekici özellik Şûrâ-yı Devlet'e re'sen müracaat yönteminin öngörülmemesidir. Nezaret ve vilayetlerden gelen talepler öncelikle Sadarete gönderilir, Sadaret tarafından da Şûrâ-yı Devlet'e havale edilirdi⁸⁷.

Bu durum Nizamname-i Esasî'nin 2. maddesinin yedinci fıkrası: "... İşbu umûr ve mesâlihın cümlesi usûl-i vechile makâm-ı sadâretten havâle olunub kararları bâ-mazbata oraya bildirilecektir." hükmü ile dile getirilmiştir. Nizâm-nâme-i Dâhilî'nin/Yönetmeliğin 24. maddesinde: "Bir maslahatın Şûrâ-yı Devletde müzâkeresi mutlakâ makâm-ı sadâret-i uzmâdan havâleye muhtâc olduğundan resmen havâle buyurulmayan maslahat müzâkere olunamaz. Şu kadar ki esasen Şûrâ-yı Devlet'e havâle olunan bir iş hakkında doğrudan doğruya makâm-ı riyâsete verilen arz-ı hâller kabûl olunur." hükmüyle de aynı durum teyit edilmiştir⁸⁸.

6. Şûrâ-yı Devlet' in Geçirdiği Değişiklikler

Şûrâ-yı Devlet'in gerek teşkilatı gerek vazifeleri muhtelif tarihlerde yayınlanan kanun ve nizamnamelerle değişikliğe uğramıştır.⁸⁹ İlk değişiklik

⁸² Çora, a.g.e., s.119.

⁸³ Mutaf, a.g.e., s. 72.

⁸⁴ İbrahim Hakkı, a.g.e., s. 31.

⁸⁵ Canatar, Baş, a.g.e., s. 121.

⁸⁶ Canatar, Baş, a.e..

⁸⁷ Yücesoy, a.g.e., s. 209.

⁸⁸ **Düstur**, 1. Tertip, 1. Cilt., s. 703-718.

⁸⁹ İsmail Hakkı Görelî, **Devlet Şurası**, Ankara, Yeni Matbaa, 1953, s.14.

6 Nisan 1869 tarihli Şûrâ-yı Devlet Nizamname-i Dahilisi ile olmuştur. Bu nizamname ile Nizamname-i Esasî'nin ikinci ve dördüncü maddelerinde tadilata gidilmiştir. Buna göre mülkiye ve maarif daireleri birleştirilip Dahiliye ve Maarif dairesi adıyla bir daire ihdas edilmiş ve Şûrâ-yı Devlete ait yargısal yetkilerin bünyesinde temerküz ettiği Muhakemat dairesi adıyla yeni bir daire kurulmuştur.⁹⁰

10 Şubat 1872 tarihinde Şûrâ-yı Devlet; Tanzimat, Dahiliye ve Muhakemat adlı üç daireden ibaret bir teşkilat yapısına büründü. Aza sayısı 25'e, her daireye 4 kişi olmak üzere muavinlerin sayısı 12'ye, mülazımların sayısı ise 15'e olmak üzere, toplam 52'ye indirilmiştir. Yeni düzenlemeyle Muhakemat dairesi asli vazifesini muhafaza ederken kanun ve nizamname layihalarıyla alakadar olması için Tanzimat dairesi kuruldu. İki dairenin haricinde kalan işlerden ise Dahiliye dairesi sorumluydu.⁹¹

12 Haziran 1872 tarihli İrade-yi Seniyye ile Dahiliye ve Muhakemat Daireleri Şûrâ-yı Devlet'in bünyesinden çıkartılmıştır. Buna göre Şûrâ-yı Devlet, Muhakemat dairesinin lağvı ve yetkilerinin Divan-ı Ahkam-ı Adliye'ye devri ile birlikte yargısal yetkilerden soyutlanmış ve tek olarak Tanzimat dairesi ile yoluna devam etmiştir.⁹²

10 Ağustos 1872 tarihinde yapılan diğer değişiklikle birlikte Tanzimat dairesi teşkilata eklenmiş ve daire sayısı ikiye çıkmıştır. Bu dönemdeki bir diğer değişiklik ise 1873 yılında Nafia dairesinin eklenerek daire sayısının üçe çıkmasıdır.⁹³

Daire sayısı 1876 yılında Muhakemat Dairesinin kurulmasıyla dörde ve kısa bir süre sonra ise beşe çıkmıştır. Muhakemat Dairesinin görev sahası memur muhakemeleri ile sınırlandırılmıştır. 11 Rebûlevvel 1294/26 Mart 1877 tarihinde ise Maliye Dairesi kurulmasına imkân veren bir irade yayınlanmıştır.⁹⁴

1880' de mevcut nizamname ve Nizamname-i Dahilisi'ni ilga eden ve yeniliklere kapı aralayan 110 maddelik bir hukuki düzenleme yürürlüğe girdi. Üye sayısı düşürüldü. Muhakemat, Tanzimat, Dahiliye adlarıyla daire sayısı üçe düşürüldü.⁹⁵ Üyeler için daha önceki nizamnamelerde bulunmayan "hâkim teminatı" diyebileceğimiz güvence ise yeni nizamnamenin 7. maddesinde sağlanmıştır.⁹⁶ 1886 tarihinde yapılan bir düzenleme ile Muhakemat dairesinin vazife sahası memur muhakemeleri ile sınırlandırılmıştır. 1887 tarihinde

⁹⁰ Görelî, a.e.

⁹¹ Canatar, Baş, a.g.e., s. 125.

⁹² Yücesoy, a.g.e., s. 208.

⁹³ Mutaf, a.g.e., s. 25.

⁹⁴ Eraslan, a.g.e., s. 149.

⁹⁵ Mutaf, a.g.e., s. 26.

⁹⁶ Şûrâ-yı Devlet Kuruluş Nizamnamesi 7.madde "...ŞûrâyıDevletdeme'mûriyetlerinden dolayı kanûnenmüceb-i azl bir hareketleri veya istifâlarivukû' bulmadıkça azl edilemezler."

memurun muhakemesi işleri ile iştiğal etmek üzere bidayet mahkemesi kuruldu.⁹⁷

1897 yılında Şûrâ-yı Devlet'in teşkilatı hakkında yeni bir kararname yayınlanarak vazife sahası Mülkiye, Maliye ve Tanzimat isimleriyle üç daireye tevdi olundu⁹⁸. Muhakemat Dairesi, teşkilat yapısından alınarak müstakil bir hale getirildi. Muhakemat dairesi ve ilk derece mahkemesinin vazifesinin üstlenen Mehakim-i İdare (İdare Mahkemeleri) teşekkül etti. Mehakim-i İdare, Bidayet, İstinaf ve Temyiz mahkemeleri olmak üzere üç kısımdan meydana geldi. Bu mahkemelerin Adliye Nezareti'ne bağlanması hedeflenmişti.⁹⁹

1908 ve 1909 değişiklikleriyle birlikte daire sayılarında kısa süreler arasında değişiklikler olmuştur.¹⁰⁰ Ayrıca yine 1909 değişikliğiyle Şûrâ-yı Devlet başkanlığı Adliye Nezareti'ne bağlanmıştır.¹⁰¹

Memurun Muhakematı Hakkındaki kanun memur muhakemelerini Adliye mahkemelerine(Mehakim-i Adliye'ye) tevdi etmiş olduğundan Mehakim-i İdare(bidayet, istinaf, temyiz) ilga edilmiştir.¹⁰²

6.1. 1876 Kanuni Esasi ve Şûrâ-yı Devlet

Türk devlet tarihinin gerçek anlamda ilk anayasa örneği olan Kanuni Esasi, temel hürriyetlere yönelik düzenlemeleri ve devletin erklerinin sorumluluk sahalarını anayasal düzeyde kurallar ile belirlemesi nedeniyle önemli bir yere sahiptir. Kanuni Esasi çalışma konusu olan Şûrâ-yı Devlet ile alakalı kurallar da ihdas etmiştir.

Şûrâ-yı Devlet, Kanûn-ı Esâsî'nin giriş, 53., 54., 85., 92., 93. ve 95. maddeleri ile Mevâdd-ı Şettâ bölümünün bulunduğu 117. maddede geçmektedir. Anayasa ile kurulan ve Meclis-i Mebusan ve Meclis-i Ayan olarak iki meclisten oluşan Meclis-i Umûmî, verilen görev itibarıyla yasama organı haline getirilmiştir. Kanun-ı Esasî'de Şûrâ-yı Devlet'in yasama sürecine dair görevi, Meclis-i Mebusan veya Meclis-i Ayan tarafından havale olunan konuda kanun metnini hazırlamaktır. Akabinde hazırlanan taslak ismi geçen heyetlerde incelenip onaylandıktan sonra yürürlüğe girmesi için padişah onayına havale edilecektir¹⁰³.

Kanuni Esasi' nin 85. Maddesiyle öngörülen “eşhas ile hükümet beynindeki davalar dahi Mahakimi Umumiye ait olacağı” düzenlemesiyle idari yargının

⁹⁷ Görelî, **a.g.e.**, s.27.

⁹⁸ Görelî, **Devlet Şurası**, s. 29.

⁹⁹ Görelî, **a.g.e.**,

¹⁰⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. Mutaf, **a.g.e.**, s. 30.

¹⁰¹ Çora, **a.g.e.**, s. 145.

¹⁰² Görelî, **a.g.e.**,

¹⁰³ Eraslan, **a.g.e.**, s. 191.

bu tarz ihtilafları çözme yetkisi kalkmıştır.¹⁰⁴ Esasen bu yetki kuruluşu itibariyle Şûrâ-yı Devlet'e verilmiş ve ancak 12 Haziran 1872 tarihinde Muhakemat dairesinin Divan- Ahkam-ı Adliye Nezareti'ne devriyle kaybedilmişti. İlerleyen süreçte Muhakemat dairesi Şûrâ-yı Devlet'in bünyesinde teşkil olursa da artık söz konusu yetkisi Anayasal hüküm gereği mevcut değildi¹⁰⁵.

Kanun-ı Esasî'nin Şûrâ-yı Devlet'i konu alan 92., 93., 95. ve 117. maddelerinde Şûrâ-yı Devlet üyelerinin seçimi ve görev alacakları yerler konu edilmiştir.¹⁰⁶ İdari konularda bir kanunun yorumuna ihtiyaç duyulduğu takdirde tefsirini yapacak makamın Şûrâ-yı Devlet olacağı 117. Maddede düzenlenmiştir¹⁰⁷.

Son olarak eklemek isteriz ki; Şûrâ-yı Devlet 54 sene kadar vazife görmüş ve 1922(1338) tarihinde İstanbul' un Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin idaresine intikal etmesiyle ilga edilmiştir¹⁰⁸.

SONUÇ VE DEĞERLENDİRME

Osmanlı Devleti'nin son yy'da kurulan ve günümüze intikal eden kamu kurum ve kuruluşlarının içinde şüphesiz en önemlilerinden biri Şûrâ-yı Devlet 'tir. Meclis-i Vala-yı Ahkam-ı Adliye'nin bünyesinden çıkan iki kurumdan biri olan Şûrâ-yı Devlet günümüze Danıştay ismi ve kurum kimliğiyle tevarüs ederek gelmiştir. Türk hukuk tarihi açısından ise Vilayet meclisleri ile başlayan Türk idari yargı rejimine giden yolda önemli bir köşe taşı olması ve kuvvetler ayrılığı fikrinin gelişmesine yaptığı katkılarla da yadsınamaz bir konuma sahiptir.

Halktan gelen şikayetleri kabul etmesi ve değerlendirmesi, idarenin uygulamaları üzerinde sahip olduğu denetim yetkisi gibi hususlarla idarenin hukuka tabi olması noktasında tarihimizde önemli bir numunedir.

Şûrâ-yı Devlet'in üstlenmiş olduğu fonksiyonlardan yasama ve yürütme süreçlerindeki rolünü organik açıdan değerlendirmesini yapmakta, günümüz ile de mukayesesini yapabilmek için, gereklilik ittihaz ediyorum. İlk olarak yasama sürecindeki fonksiyonunu ele alırsak, üyelerin atama usulü ile işbaşına gelmiş olmaları ve Şûrâ-yı Devlet dairelerince hazırlanan kanun ve nizamname layihalarının icra organı açısından bağlayıcılığının olmaması hasebiyle günümüz anlamında tipik bir meclisin taşıması gereken vasıflar bulunmamaktadır. Ancak yasama sürecinde ortaya koyduğu belirgin ve işlevsel konumuyla önemli bir vazife icra etmiştir.

¹⁰⁴ Görelî, a.e., s. 26.

¹⁰⁵ Eraslan, a.g.e., s. 184.

¹⁰⁶ Çora, a.g.e., s. 138.

¹⁰⁷ Görelî, a.g.e., s. 26.

¹⁰⁸ Görelî, a.g.e., s. 37.

Aynı şekilde fevkalade önemli yargısal görev ve yetkilere sahip olsa da Şûrâ-yı Devlet bağımsız bir yargı organı olarak telakki edilemez. Zira diğer konularda olduğu gibi yargısal alanda da kendisine gelen bütün işler havale üzerine gelmektedir ve karara bağladığı ihtilaflar da aynı şekilde havale eden mercie geri gönderilmektedir. Ayrıca kararlarının re'sen tatbik kabiliyetine haiz olmaması ve ayrıca kurum sıfatıyla hiyerarşik olarak Sadaret makamına tabi olması sebebiyle bir mahkeme olarak göremeyiz. Ancak memur yargılamalarına bakması ve belli bir dönem arasında vatandaş ile idare arasındaki ihtilaflarda çözüm mercii olması hasebiyle yargı ayağı önemli bir fonksiyon ifa etmiştir.

Günümüzde Danıştay, kurum kültürü oturmuş, gelenekleri yerleşmiş, hukukun üstünlüğünü misyon edinen bir anlayış ile danışma ve yargılama görevlerini beynelmilel hukuk ilkelerine bağlı kalarak yerine getiriyor ise, bu tabloda en büyük paylardan biri, 152 yıllık kurum tarihinin kökü mahiyetindeki Şûrâ-yı Devlet'e aittir.

Sonuç olarak istişari ve danışma meclisi olması, layiha taslaklarını tanzim etmesi, üstlendiği yargısal fonksiyonlarla Osmanlı Devleti son dönemi ve Cumhuriyetin ilk dönemi arasındaki seçkin kurumlardan biridir.

KAYNAKÇA

- Aydın, Mehmet Akif: **Türk Hukuk Tarihi**, 13. Baskı, İstanbul, Beta Yayınevi, 2015.
- Ahmet Şuayb: **Hukuk-ı İdare**, Editör: Halit Uyanık, Birinci Kısım, İstanbul, İ.Ü. Hukuk Fakültesi S.S. Onar İdare Hukuku ve İlimleri Uygulama ve Araştırma Merkezi, 2018.
- Canatar, Mehmet, Yaşar Baş: **'Şûrâ-yı Devlet Teşkilatı ve Tarihi Gelişimi, OTAM Ankara Üniversitesi Osmanlı Tarihi Araştırma ve Uygulama Merkezi Dergisi**, Sayı 9, Ankara, 1998, ss. 111-148.
- Çora, Emel: 'Osmanlı'dan Cumhuriyet'e Danıştay'ın Gelişim Süreci', **İÜSBE**, 2015.
- Dayınlarlı, Kemal: **Türkçe Fransızca Hukuk Terimleri Sözlüğü**, Ankara, Teknik Basım Sanayii Matbaası, 1984,
- Demir, Abdullah: **Hukuki Terimler Sözlüğü**, İstanbul, Astana Yayınları, 2017.
- Eraslan, Zeki: **Şûrâ-yı Devletten Danıştaya, Yapısal ve Fonksiyonel Dönüşüm(1868-1922)**, Ankara, Türk Tarih Kurumu Yayınları,2018.

- Gedikli, Fethi: **Şûrâ-yı Devlet (Belgeler, Biyografik Bilgiler ve Örnek Kararlarıyla)**, 2. Baskı, İstanbul, Turhan Kitabevi, 2018.
- GindiKamil Muhammed, Ahmet Kılınç: “Şura ve İslam Hukukunda İnsan Hakları Demokrasinin Belirginliği”, İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi, sy. 12., 2008.
- Görelî, İsmail Hakkı: **Devlet Şûrası (Şûrayı Devlet- Danıştay)**, Yeni Matbaa, Ankara, 1953.
- Görelî, İsmail Hakkı: **Bizde Şûrâ-yı Devlet ve İdarenin Kazai Murakabesi**, Ankara, Hadisane Matbaası, 1937.
- İbrahim Hakkı: **Hukuk-ı İdare**, Editör: Halit Uyanık, 1. Cilt, İstanbul, İstanbul İ.Ü. Hukuk Fakültesi S.S. Onar İdare Hukuku ve İlimleri Uygulama ve Araştırma Merkezi, 2018.
- Karal, Enver Ziya: **Osmanlı Tarihi**, 7 Cilt, 5. Baskı, Ankara, Türk Tarih Kurumu Basımevi, 1995.
- Karaarslan, Mehmet: ‘Tanzimat ve Şûrâ-yı Devlet’, **AÜHFD**, Cilt: 54, Sayı:3, Ankara, 2005.
- Karahanoğulları, Onur: **Türkiye’ de İdari Yargı Tarihi**, 2. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi, 2017
- Kılınç, Ahmet: Mecele’ye Göre Zamaşıımı, “Uygulamada Görülen Aksaklıklar ve Çözüm Önerileri, **Mecelle-i Ahkam-ı Adliye(Külli Kaideler)**, Türkiye Adalet Akademisi Yayınları, 2017, s. 205.
- Mutaf, Abdülmecit: **‘Osmanlı Arşiv Belgelerine göre Şûrâyı Devlet’**, Basılmamış Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniv., SBE, İzmir, 1997.
- Öztuna, Yılmaz: **Büyük Osmanlı Tarihi**, 8 Cilt, İstanbul, Ötüken Yayınları, 1994.
- Yücesoy, Ayşe Aslı: ‘ŞÛRÂ-YI DEVLET (1868-1876) COUNCIL OF STATE (1868-1876)’, **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt:8 Sayı: 2, 2017, ss.187- 216.
- Kuruluşunun 149. Yılında Türkiye Cumhuriyeti Danıştay Başkanlığı/1868-2017**, T.C. Danıştay Başkanlığı, 2017.

Yüzyıl Boyunca Danıştay 1868-1968, TTK Basımevi, Ankara, 1968.

(Çevrimiçi), <http://tdk.gov.tr/>, 10.05.2019 .

(Çevrimiçi),<https://kuran.diyamet.gov.tr/> 13.05.2019.

(Çevrimiçi),<https://acikerisim.tbmm.gov.tr/xmlui/handle/11543/67>, 29.02.2020.

(Çevrimiçi),<https://katalog.devletarsivleri.gov.tr/Sayfalar/Arama/OzelArama.aspx>.

(Çevrimiçi),<https://islamansiklopedisi.org.tr/meclis-i-vala-yi-ahkam-i-adliyye>, 13.05.2020.

İDARİ YARGIDA İSTİNAF SİSTEMİ TARTIŞMALARI ÜZERİNE BİR DEĞERLENDİRME

An Assessment on Discussions of Appeal System in Administrative Jurisdiction

Arş. Gör. Kadir Can ÖZEL*

Geliş Tarihi: 12.03.2020

Kabul Tarihi: 31.08.2020

ÖZET

İstinaf kanun yolu, 1876 tarihli Mecelle aracılığıyla Türk yargı sistemine dahil olmuştur. Ancak, istinaf mahkemeleri, 1924 tarihinde yürürlükten kaldırılmıştır. Yıllar süren tartışmalar ve çalışmalar sonucunda, 2004 yılında 5235 sayılı Kanun'la adli yargıda istinaf kanun yolu kabul edilmiştir. 2014 yılında 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda yapılan değişiklikle idari yargıda da istinaf kanun yolu kabul edilmiştir. Bununla birlikte, -kural olarak- istinaf yargılaması yapan bölge idare mahkemeleri 20 Temmuz 2016 tarihinde fiilen göreve başlamıştır.

Bölge idare mahkemeleri göreve başlamadan önce ve özellikle göreve başladıktan sonra idari yargıda istinaf sistemi üzerine birçok tartışma yaşanmış ve olası aksaklıkların giderilmesi için öneriler dile getirilmiştir. Bu bağlamda, öğretilerdeki bazı görüşlere göre idari yargıda istinaf sistemi faydalıyken; bazı görüşlere göre ise sakıncalıdır. Bu tartışmalar günümüzde de devam etmektedir. Tartışmaların büyük bölümünün bölge idare mahkemelerinin geniş anlamda istinaf türünü uygulamasından ve ilk derece mahkemelerinin kararlarını kaldırarak yeniden karar verebilme yetkisinden kaynaklandığı söylenebilir.

Sonuç olarak, idari yargıda istinaf sisteminin varlığı hak arama özgürlüğü bakımından olumlu gözükmemektedir; ancak makul sürede yargılanma hakkının ihlali gibi olası sakıncaların ortaya çıkması önlenmelidir.

Anahtar Kelimeler: İstinaf Kanun Yolu, Geniş Anlamda İstinaf, İdari Yargıda İstinaf Sisteminin Faydaları, İdari Yargıda İstinaf Sisteminin Sakıncaları, Adil Yargılanma Hakkı, Hak Arama Özgürlüğü, Hukuki Güvenlik İlkesi.

ABSTRACT

Legal remedy of appeal has been incorporated into the Turkish judicial system through the Mecelle (Ottoman Code of Civil Law) dated 1876. However, the intermediate courts of appeal have been abolished in 1924. As a result of years of discussions and studies, with the Law no. 5235, legal remedy of appeal in civil and criminal jurisdiction has been adopted in 2004. With amendment made to the Code of Administrative Jurisdiction Procedure no. 2577 in 2014, legal remedy of appeal in administrative jurisdiction has also been adopted. Nevertheless, the regional administrative courts which -as a rule- conducting trial of appeal have been actually started to work on 20 July 2016.

Before the regional administrative courts started to work and especially after starting to work, many discussions have been took place on appeal system in administrative jurisdiction and suggestions have been expressed for elimination of possible problems. In this context, according to some views in doctrine, while appeal system in administrative jurisdiction is advantageous; according to some views, it is disadvantageous. These discussions continue today. It can be said that large part of discussions stem from the regional administrative courts' application of wide appeal type and ability to reddecide after removing decisions of the first instance courts.

As a result, existence of appeal system in administrative jurisdiction appears to be positive in terms of right to legal remedies; however, emergence of possible disadvantages such as violation of right to trial within reasonable time should be prevented.

Keywords: Legal Remedy of Appeal, Wide Appeal, Advantages of Appeal System in Administrative Jurisdiction, Disadvantages of Appeal System in Administrative Jurisdiction, Right to Fair Trial, Right to Legal Remedies, Principle of Legal Security.

* Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi; k.c.ozel@gmail.com; ORCID ID: 0000-0002-0223-0382.

GİRİŞ

Adli yargıda 2004 yılında 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun'la¹, idari yargıda ise 2014 yılında 6545 sayılı Türk Ceza Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'la² istinaf kanun yolu³ kabul edilmiştir.

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda (İYUK)⁴ değişiklik yapılması suretiyle istinaf kanun yolunu düzenleyen 6545 sayılı Kanun 28 Haziran 2014 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanmıştır. Ancak, "bölge idare mahkemesi" ismini taşıyarak teşkilatlanan ve kural olarak istinaf yargılaması yapacak olan idari yargıdaki istinaf mahkemeleri⁵, Adalet Bakanlığı'nın 7 Kasım 2015 tarihli Resmi Gazete'de⁶ yayımlanan kararına göre, bölgelerin coğrafi durumları ve iş hacimleri göz önünde bulundurularak Ankara, İstanbul, İzmir, Konya, Gaziantep, Samsun, Erzurum, Bursa⁷ illerinde kurulmuş ve fiilen 20 Temmuz 2016 tarihinde, belirlenen yargı çevrelerini kapsayacak şekilde tüm yurttan göreve başlamıştır⁸. Böylece istinaf öncesi dönemde genel kanun yolu

¹ R.G., T. 07.10.2004, S. 25606.

² R.G., T. 28.06.2014, S. 29044.

³ Kanun yolu, hukuk ve ceza yargılamasında olduğu gibi idari yargılamada da verilen kararların hukuka aykırı olduğunu düşünen tarafa, kararın üst derece mahkemesinde incelenmesi imkanını veren hukuki başvuru yoludur. Bkz. ALANGOYA, Yavuz / YILDIRIM, M. Kamil / DEREN YILDIRIM, Nevhis, **Medeni Usul Hukuku Esasları**, 4. Bası, Alkım Yayınevi, İstanbul, 2004, s. 481; ODYAKMAZ, Zehra, **Türk İdari Yargılama Usulünde Kararlara Karşı Başvuru Yolları**, Alfa Yayınları, İstanbul, 1993, s. 6; AVCİ, Mustafa, **İdari Yargılama Usulündeki Son Yenilikler ve İdari Yargıda İstinaf Kanun Yolu**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017, s. 91; KAPLAN, Gürsel, **İdari Yargılama Hukuku**, Ekin Yayınevi, Bursa, 2016, s. 434 vd.; YILDIRIM, Ramazan / ÇINARLI, Yerkın, **Türk İdari Yargılama Hukuku Dersleri**, Astana Yayınları, Ankara, 2018, s. 275; İdari yargıda kanun yolları, kesinleşmemiş mahkeme kararlarına karşı gidilebilecek olağan kanun yolları (istinaf ve temyiz) ve kesinleşmiş mahkeme kararlarına karşı gidilebilecek olağanüstü kanun yolları (yargılamanın yenilenmesi ve kanun yararına temyiz) şeklinde birbirinden ayrılmaktadır.

⁴ R.G., T. 20.01.1982, S. 17580.

⁵ İdari yargıda istinaf mahkemeleri istinaf kanun yolunda yer aldığı için kural olarak istinaf yargılaması yapmaktadır. Ancak, istisnai durumlarda istinaf mahkemeleri ilk derece yargılaması da yapmaktadır. Söz konusu istisnai durumlar için bkz. YILDIRIM / ÇINARLI, **2018**, s. 55.

⁶ R.G., T. 07.11.2015, S. 29525.

⁷ Adalet Bakanlığı'nın 7 Kasım 2015 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanan kararına göre, Bursa'da da bölge idare mahkemesi kurulmuştur. Ancak, Hakimler ve Savcılar (Yüksek) Kurulu'nun 29.02.2016 tarihli ve 54 sayılı Genel Kurul Kararı'nın 1 Mart 2016 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanmasıyla birlikte, Bursa Bölge İdare Mahkemesi'nin kurulmasından vazgeçilmiştir.

⁸ Adalet Bakanlığı'nın 3 Haziran 2020 tarihli ve 31144 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan kararına göre, Adana'da da bölge idare mahkemesi kurulmuş ve göreve başlamıştır. 28 Haziran 2014 tarihinde 6545 sayılı Kanun'la İYUK'ta çeşitli değişiklikler yapılmıştır. Bu değişikliklerle, itiraz kanun yolu kaldırılıp istinaf kanun yolu düzenlenmiştir. Böylece idari yargı, hem iki dereceli hem de üç dereceli yargı sistemi haline gelmiştir. Bkz. TAN, Turgut,

temyizken, 6545 sayılı Kanun'la genel kanun yolu istinaf olarak öngörölmüştür⁹. Son tahlilde, Türk idari yargısında, ilk derece mahkemeleri, bölge idare mahkemeleri ve Danıştay'dan oluşan üç dereceli yargılama sistemi meydana gelmiş ve yargı mercileri arasında bir piramit oluşmuştur¹⁰.

Bu bağlamda, çalışmamız açısından bakıldığında, uygulaması yeni ve henüz tam anlamıyla yerleşmemiş olan idari yargıda istinaf kanun yoluyla, istinaf mahkemeleriyle, daha genel olarak idari yargıda istinaf sistemiyle ilgili tartışmaların bulunduğu / sürdüğü görölmektedir¹¹. Bu tartışmaların, idari yargıda istinaf kanun yolunun ve istinaf mahkemelerinin faydalı-sakıncalı yönleri bağlamında oluştuğu görölmektedir. Tartışmaların tarihsel olarak, idari yargıda 6545 sayılı Kanun'la itiraz kanun yolunun kaldırılmasından, 20 Temmuz 2016 tarihinden itibaren itiraz kanun yolu yerine istinaf kanun yolunun uygulanmaya başlamasından ve idari yargı sisteminin üç dereceli bir yargılama sistemine kavuşmasından itibaren yoğunlaştığı söylenebilir.

Tartışmaların güncelliğinin yanı sıra, çalışmamızda, meselenin idari yargıda istinaf kanun yolunun ilk derece mahkemelerine birtakım etkilerine de değinilecektir. Zira idari yargıda istinaf kanun yolunun uygulanmaya başlamasıyla birlikte, yani 2016 yılından bu yana istinaf mahkemelerinin ilk derece mahkemelerinin yargılamaları, kararları, işleyişleri, hakimleri üzerinde çeşitli etkileri olduğu söylenebilir. Bu etkilerin de faydalı ve sakıncalı olarak yapılan gruplandırma içinde yer alması mümkündür.

Çalışmamızın amacı da, idari yargı sistemi üzerine uzun zamandır süren (2016 yılında idari yargıda istinaf sisteminin yürürlüğe girmesiyle

İdare Hukuku, Güncelleştirilmiş 5. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2016, s. 642; Ancak, 20 Temmuz 2016 tarihinden itibaren ise, istinaf kanun yolu fiilen uygulanmaya başlamıştır. Böylelikle bu tarihten sonra Türkiye'de idari yargı sistemi üç dereceli hale gelmiştir. Ayrıca, 29.02.2016 tarihli ve 54 sayılı Hakimler ve Savcılar (Yüksek) Kurulu Genel Kurul Kararı incelendiğinde, bölge idare mahkemelerinin, uygulama birliğinin temin edilmesi ve böylece içtihat farklılıklarının azaltılarak ihtisaslaşmada etkinlik ve verimliliğin sağlanması adına getirildiği anlaşılmaktadır. Bkz. R.G.,T. 01.03.2016, S. 29640.

⁹ ÜSTÜN, Gül, "İdari Yargıda İstinaf Kanun Yolu Üzerine Bir Değerlendirme", **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Yıl: 2016, Cilt: 22, Sayı: 2, s. 21; İstinaf kanun yolu ile temyiz kanun yolu arasındaki farklar hakkında detaylı açıklamalar için bkz. AKYILMAZ, Bahtiyar / SEZGİNER, Murat / KAYA, Cemil, **Türk İdari Yargılama Hukuku**, Savaş Yayınevi, Ankara, 2018, s. 873-881; ÇINARLI, Serkan, **İdari Yargılamada İstinaf ve Bölge İdare Mahkemeleri**, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 2. Baskı, Ankara, 2018, s. 21-23; AVCI, Mustafa, "İdari Yargıda İstinaf", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Yıl: 2011, Sayı: 96, s. 186-188; TANERİ, Gökhan, **İstinaf Mahkemeleri**, 2. Baskı, Bilge Yayınevi, Ankara, 2016, s. 23-24; KESKİN, Züleyha, "İdari Yargıda İstinaf Kanun Yolu", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Yıl: 2016, Sayı: 126, s. 241-242.

¹⁰ SANCAKDAR, Oğuz, "İdari Yargıda İstinaf Sistemi Üzerine Düşünceler", **Danıştay ve İdari Yargı Günü 144. Yıl Sempozyumu (11 Mayıs 2012)**, Danıştay Yayınları, No. 83, Ankara, 2013, s. 22.

¹¹ ÜSTÜN, 2016, s. 14.

artan) ve sürecek olan tartışmaların irdelenmesidir. Bu yapılırken, mevzuat düzenlemelerinden, yargı kararlarından ve daha ziyade öğretilerde yer alan çeşitli görüşlerden yararlanılacaktır. Bu bağlamda, çalışmamızda idari yargıda istinaf kanun yolunun ve istinaf mahkemelerinin faydalı ve sakıncalı yönlerine ilişkin tartışmalar bağlamındaki öğretilerdeki görüşler ele alınacaktır. Buna ek olarak, (idari yargıda) istinaf sisteminin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi bağlamında kısa bir değerlendirmesi yapılmaya çalışılacaktır.

I. İDARI YARGIDA İSTİNAF SİSTEMİNİN FAYDALI VEYA SAKINCALI OLDUĞUNA İLİŞKİN TARTIŞMALAR BAĞLAMINDA ÖĞRETİDE YER ALAN GÖRÜŞLER

A. Genel Olarak

Türk hukuk öğretisinde, genel olarak istinaf sisteminin ve özel olarak da idari yargıda istinaf sisteminin faydalı veya sakıncalı olduğuna¹² ilişkin birçok görüş mevcuttur. Öğretilerde oluşan farklı görüşlerden kaynaklı tartışmalar da -2016 yılından itibaren artarak- sürmektedir. Bu bakımdan, (idari yargıda) istinaf kanun yolunun lehine görüşler dile getirildiği gibi aleyhine görüşler de dile getirilmiş / getirilmektedir.

İdari yargıda istinaf mahkemeleri, istinaf kanun yolu¹³ ve daha genel olarak

¹² Ülkemiz idari yargısında uygulanan istinaf türünün ilk derece mahkemeleri üzerinde oluşturduğu etkiyi ve idari yargıda istinaf sisteminin faydalı ve sakıncalı yönlerinin altında yatan nedenleri anlamayı kolaylaştırmanın önemli bir yolu Türk idari yargısında uygulanan istinaf türüne dikkat çekmektir. Türk idari yargı sisteminde ilk derece mahkemeleri tarafından verilen kararların çoğunluğunun temyize tabi olmadan istinafta kesinleştiği görülmektedir. Bu durum, Türk idari yargısında “dar anlamda istinaf (sınırlı istinaf)” türünün değil “geniş anlamda istinaf (tam istinaf / klasik istinaf)” türünün uygulandığının ilk belirtisi sayılabilir. İkinci olarak, ülkemizin idari yargı sisteminde İYUK 45/4 hükmü gereğince, istinaf mahkemeleri ilk derece mahkemelerinin kararlarını hukuka uygun bulmadıkları takdirde kaldırmakta ve işin esasına girerek hem maddi hem de hukuki denetim yapmaktadır. Bu durumda istinaf mahkemeleri yeniden bir yargılama yapmakta ve taraflar bu yargılamada yeni vakıalar ileri sürebilmekte, yeni iddia ile savunmada bulunabilmektedir. Bu bakımdan da ülkemizde uygulanan istinaf türünün geniş anlamda istinafın özelliklerini taşıdığı söylenebilir. Türk idari yargısında geniş anlamda istinaf türünün uygulanmasının sonucu olarak, istinaf denetimi yapan bölge idare mahkemelerinin ilk derece mahkemeleri üzerindeki etkisi maddi ve hukuki açılardan kendisini yoğun bir şekilde göstermektedir. Bu sebeple, ülkemiz idari yargısı özelinde gerçekleşen istinaf sistemi tartışmalarının -büyük bölümünün- kaynağını geniş anlamda istinaf türünün uygulanmasının oluşturduğu ileri sürülebilir.

¹³ İdari yargıda istinaf kanun yoluna başvurulabilmesi için belirli şartların oluşması gereklidir. İYUK’a göre, idare ve vergi mahkemelerinin kararlarına karşı, başka kanunlarda farklı bir kanun yolu öngörülmemiş olsa dahi, mahkemenin bulunduğu yargı çevresindeki bölge idare mahkemesine, kararın tebliğinden itibaren otuz gün içinde istinaf kanun yoluna başvurulabilir. Ancak, konusu beş bin Türk lirasını geçmeyen vergi davaları, tam yargı davaları ve idari işlemlere karşı açılan iptal davaları hakkında idare ve vergi mahkemelerince verilen kararlar kesin olup bunlara karşı istinaf kanun yoluna başvurulamaz (İYUK 45/1). İvedi yargılama usulüne tabi olan davalarda da istinaf kanun yoluna başvurulamaz (İYUK

istinaf sistemiyle ilgili öğretilerdeki görüşler kural olarak temyiz mahkemesi olarak görev yapan Danıştay'a¹⁴ yönelik olmakla birlikte, çoğunlukla bölge idare mahkemelerinin ilk derece mahkemelerinde (idare ve vergi mahkemeleri) yapılan yargılamalara, verilen kararlara, mahkemelerin işleyişine ve görev yapan hakimlere olan etkilerine yönelik dile getirilmiş / getirilmektedir. Birbirinden farklı söz konusu görüşler, "*İdari Yargıda İstinaf Sisteminin Faydalı Olduğuna İlişkin Görüşler*" ve "*İdari Yargıda İstinaf Sisteminin Sakıncalı Olduğuna İlişkin Görüşler*" olarak iki kategoride incelenebilir.

B. İdari Yargıda İstinaf Sisteminin Faydalı Olduğuna İlişkin Görüşler

1. İstinaf Mahkemelerinde Görevli Hakimlerin İlk Derece Mahkemelerinde Görevli Hakimlere Göre Daha Tecrübeli ve Bilgili Olacağına İlişkin Görüş

Öğretilerdeki bir görüş, üst dereceli mahkemeler olarak teşkilatlanan ve kural olarak istinaf yargılaması yapan mahkemelerde görevli hakimlerin, ilk derece mahkemelerinde görev yapan hakimlere göre daha bilgili, tecrübeli olduğunu ve olacağını dile getirmektedir¹⁵.

İlk derece mahkemelerinde görevli hakimlerin atladıkları ve / veya yanlışlık yaptıkları hususlar, istinaf mahkemelerinde görevli hakimlerce adeta ikinci bir göz olarak incelenebilmektedir. Böylelikle istinaf mahkemelerinde görevli hakimlerin inceledikleri dosyalar ve kıdemleri nedeniyle tecrübe kazandıkları ve hatta bu tecrübeye sahip olduklarından dolayı istinaf mahkemelerinde görev yaptıkları söylenebilir.

Bu görüşü destekleyen bir normatif düzenleme mevzuatta da yer almaktadır. İstinaf mahkemelerinde görev yapacak hakimlerin ilk derece mahkemelerinde görev yapan hakimlere göre daha tecrübeli ve bilgili olacağına ilişkin normatif düzenleme 2576 sayılı Bölge İdare Mahkemeleri, İdare Mahkemeleri ve Vergi Mahkemelerinin Kuruluşu ve Görevleri Hakkında Kanun'un¹⁶ 3/E maddesinde yer almaktadır. Buna göre, "*Bölge idare mahkemesi başkanı ve daire başkanları birinci sınıf olup birinci sınıfa ayrılmayı gerektiren nitelikleri yitirmemiş; daire*

45/8). Bu konuya ilişkin Anayasa Mahkemesi kararına göre, ivedi yargılama usulüne tabi olan davalarda istinaf kanun yoluna başvurunun kaldırılması, kanun koyucunun takdir yetkisi içindedir ve kanun koyucunun kullandığı bu yetki adil yargılama ilkesine aykırılık teşkil etmemektedir. Bkz. AYM., T. 19.03.2015, E. 2014/146, K. 2015/31, R.G., T. 13.06.2015, S. 29385.

¹⁴ Danıştay, 2575 sayılı Danıştay Kanunu'nun 24. maddesinde, 4046 sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun'un 27. maddesinde, 6491 sayılı Türk Petrol Kanunu'nun 20. maddesinde ve diğer bazı kanunlarda yer alan istisnai hallerde ilk derece mahkemesi olarak görev yapmaktadır.

¹⁵ GÜNAL, A. Nadi, **Roma Medeni Usul Hukukunda Yargılama Süreci ve İstinaf**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2007, s. 75; TAN, Turgut, **İdare Hukuku**, Güncelleştirilmiş 8. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2019, s. 1205; KAPLAN, **2016**, s. 438.

¹⁶ R.G., T. 20.01.1982, S. 17580.

üyeleri ise en az birinci sınıfa ayrılmış olup birinci sınıfa ayrılmayı gerektiren nitelikleri yitirmemiş idari yargı hâkim ve savcılarını arasından ... atanır". Hükümden, kural olarak istinaf yargılaması yapan bölge idare mahkemelerine atanacak hakimlerin, yıllarca görev yapmış ve belirli bir kıdemi kazanmış hakimlerden olması gerektiği anlaşılmaktadır.

Öğretideki bir başka görüşe göre ise, doğrudan doğruya ilk derece mahkemelerine tecrübeli ve bilgili hakimlerin atanması durumunda istinaf mahkemelerine gerek kalmayacaktır¹⁷. Bu karşıt görüş, ilk derece mahkemelerine atanan hakimlerin tecrübeli-tecrübesiz, bilgili - daha az bilgili ayrımına tabi tutulmalarının hangi ölçütlere göre yapılacağına cevap verememektedir. Ayrıca, ilk derece mahkemeleri, hakimlerin mesleki yaşantılarında ilk görev yaptıkları yerler olduğu ve bunun da hakimlerin mesleklerinde en tecrübesiz olduğu zamanlara rastladığı dikkate alındığında, ilk derece mahkemelerine atanan hakimlerin tecrübeli ve bilgili olarak atanmalarını beklemek isabetli gözükmemektedir. Bu görüşün bir diğer sıkıntılı tarafı ise, ilk derece mahkemelerine bir şekilde tecrübeli ve bilgili hakimler atandığı varsayılırsa, bu görüşü savunanlarca bölge idare mahkemeleriyle birlikte Danıştay'a da gerek kalmayacağı düşüncesi ortaya atılabilecektir. Bu sebeplerle, öğretilerdeki bu görüşün yerinde olduğunu dile getirmek pek mümkün değildir. Ancak, bir tutam çözüm olarak söylenebilir ki, hakim ve savcılarının staj yaptıkları adaylık süresince, kaliteli bir staj eğitiminden geçirilerek tecrübeleri ve bilgileri artırılmalı, böylece atandıkları zaman daha yetkin olmalarının önü açılmalıdır. Bu bakımdan, son zamanlarda Türkiye Adalet Akademisi bünyesinde gerçekleştirilen ve alanında yetkin isimlerin hakim ve savcı adaylarıyla bulunduğu "akademi söyleşileri" olumlu bir gelişme olarak görülmelidir. Buna ek olarak, yine Türkiye Adalet Akademisi bünyesinde, "kişisel gelişim", "öfke kontrolü", "hukuk dili" ve "adaletle olan inanç" gibi konuların ders olacak işlenecek olması da hakim ve savcı adaylarının bilgisine katkı sunacak; halihazırdaki hakim ve savcılara verilecek olan uzaktan eğitimler de tecrübe ve bilgi anlamında faydalı olacaktır¹⁸.

Belirtilmesi gereken bir başka husus ise, hakimlik mesleğinde en fazla hatanın, yeni atanan hakim ve savcılar ile emekliliğe yaklaşmış kimi hakim ve savcılar tarafından yapılmasıdır¹⁹. Meslekte belli bir zamanı tamamlamış olan ve mesleki beklentisi kalmamış olan bazı hakim ve savcılarının bu rehavetle hatalar yaptıkları bilinmektedir. Bu bakımdan, tecrübeli ve tecrübesiz hakim ayrımı her zaman, her kıdemde hakim ve savcı açısından gündeme gelebilecek bir konu olarak değerlendirilebilir²⁰.

¹⁷ EREM, Faruk, "İstinaf Mahkemeleri", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Yıl: 1950, Cilt: 7, Sayı: 1, s. 13.

¹⁸ www.haberler.com (erişim tarihi 10.05.2020).

¹⁹ TANERİ, 2016, s. 61.

²⁰ TANERİ, 2016, s. 61.

2. İstinaf Mahkemelerinde Görevli Hakimlerin İlk Derece Mahkemelerinde Görevli Hakimlere Göre Yerel Baskılardan Daha Uzak Kalacağına İlişkin Görüş

İstinaf mahkemeleri belli başlı merkezlerde bulduklarından, ilk derece mahkemelerine göre yerel baskılardan daha uzak olduğu söylenebilir²¹. Zira istinaf mahkemeleri sadece belirlenen illerde kurulup görev yapmaktadır. Öğretideki bu görüş esas alındığında, örneğin, İzmir Bölge İdare Mahkemesi'nin yargı çevresine dahil olan İzmir, Aydın, Balıkesir, Çanakkale, Denizli, Kütahya, Manisa, Muğla²² idare mahkemelerinde görevli hakimlerin İzmir Bölge İdare Mahkemesi'nde görevli hakimlere göre, yerel baskılara daha yoğun maruz kalma olasılıkları mevcut olacaktır.

Erem'e göre ise, ilk derece mahkemelerinin istinaf mahkemelerine göre yerel etkilere daha yoğun maruz kalabilecekleri ve istinaf mahkemelerinin yerel etkilerden uzak bir şekilde karar verebilecekleri görüşü makul ve hukuki bir görüş değildir²³. Zira ilk derece mahkemesi, istinaf mahkemesi, temyiz mahkemesi ayrımı yapılmaksızın mahkemelerde görevli tüm hakimler yerel etkilere kendini kaptırmamak vasfını taşımalıdır²⁴. Mahkemelerin etki altında kalabileceğinin tartışılmasının dahi yargı teşkilatının özüne ve varlığına aykırı olacağı savunulmaktadır²⁵. Bu baskılarla karşılaşmamak adına, yürütme ile yargı arasındaki kuvvetler ayrılığını gerek yerel idarelerin gerek merkezi idarenin gözetmesi gerekmektedir.

3. İstinaf Mahkemelerinde Görevli Hakimlerden Dolayı İlk Derece Mahkemelerinde Görevli Hakimlerin Yargılama Yaparken Daha Dikkatli ve Titiz Davranacağına İlişkin Görüş

Yenisey'e göre, ilk derece mahkemelerinde görevli hakimlerin verdikleri kararların, istinaf mahkemelerinde maddi ve hukuki²⁶ yönden yeniden incelenecek olması ihtimali, ilk derece mahkemelerinde görevli hakimleri daha dikkatli ve titiz bir yargılama yaparak hüküm vermeye itmektedir. Böylece keyfilik önüne geçilmektedir²⁷. Bu bağlamda, istinaf mahkemelerinde hem

²¹ KURU, Baki, "İstinaf Mahkemeleri Kurulurken", **Adalet Dergisi**, Yıl: 1963, Sayı: 5-8, s. 550 vd.

²² www.izmirbim.adalet.gov.tr (erişim tarihi 10.05.2020).

²³ EREM, 1950, s. 12.

²⁴ EREM, 1950, s. 12.

²⁵ TANERİ, 2016, s. 69.

²⁶ Uygulanması gereken hukuk kuralının uygulanmaması, uyuşmazlığa / somut olaya ilişkin uygulanan normun yanlış olması, usul kurallarına uyulup uyulmadığı, görev ve yetki kurallarının ihlal edilip edilmediği "hukuki mesele" olarak kabul edilmektedir. Zamana ve mekana göre belirlenebilen, dış dünyaya ya da insanların ruhsal yaşantılarına ilişkin olan ve objektif hukukun hukuki bir sonucun şartı kabul ettiği hadiseler ve durumlar "maddi mesele" olarak kabul edilmektedir. Bkz. YILDIRIM, Kamil, **Hukuk Devletin Gereği: İstinaf**, Nesil Matbaacılık, İstanbul, 2000, s. 12; AKİL, Cenk, **İstinaf Kavramı**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2010, s. 205; ÜSTÜN, 2016, s. 15-16.

²⁷ YENİSEY, Feridun, **Ceza Muhakemesi Hukukunda İstinaf ve Tekrar Kabulü Sorunu**, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1979, s. 218.

maddi hem de hukuki denetim yapılmasının, ilk derece mahkemelerinde görevli hakimleri delilleri toplama ve değerlendirme hususunda daha özenli olmaya sevk edeceği savunulmaktadır²⁸.

İlk derece mahkemesi hakimleri tarafından verilen kararların istinaf mahkemeleri tarafından denetlenmesi sonucunda, kararların hukuka uygun veya hukuka aykırı olarak verildiğinin tespit edilmesi, hakimlerin mesleki ilerlemeleri açısından da önemli ve etkilidir²⁹. Nitekim 2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanunu³⁰ ile Kanun Yolu Değerlendirme Formlarının Düzenlenmesine İlişkin Yönetmelik'e³¹ göre, istinafta görevli hakimler³², ilk derece mahkemesinden sonra önlere gelen uyuşmazlıklarla ilgili olarak kararı veren ilk derece mahkemesi hakimleri hakkında "kanun yolu değerlendirme formu"³³ düzenlenmektedirler³⁴.

²⁸ YILDIRIM, Ramazan, "Türkiye'de İstinaf Uygulamasının İdari Yargıya Etkileri", **Danıştay ve İdari Yargı Günü 147. Yıl Sempozyumu (12 Mayıs 2015)**, Danıştay Yayınları, No. 89, Ankara, 2015, s. 36.

²⁹ SEVİNÇ, Ekin, **Türk İdari Yargılama Hukukunda İstinaf Kanun Yolu**, Yüksek Lisans Tezi, Trabzon, Karadeniz Teknik Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2018, s. 51.

³⁰ R.G., T. 26.02.1983, S. 17971.

³¹ R.G., T. 30.09.2016, S. 29843.

³² Kanun'un 28. maddesi ile Yönetmelik'in 4/4 hükmüne göre, kanun yolu değerlendirme formu, kararı inceleyen heyetin başkanı tarafından UYAP'ta düzenlenir. Kanun yolu değerlendirme formu, Yargıtay ve Danıştay daireleri ile genel kurullarınca yapılan kanun yolu incelemeleri sonunda düzenlenebileceği gibi bölge adliye mahkemeleri veya bölge idare mahkemeleri dairelerince yapılan kanun yolu incelemeleri sonunda da düzenlenmektedir (Yönetmelik m. 4). Buna ek olarak, Kanun'un 28. maddesi ile Yönetmelik'in 5/6 hükmüne göre, aynı dosyaya ilişkin olarak istinaf kanun yolu incelemesi sonucu düzenlenen değerlendirme formu ile temyiz incelemesi sonucu düzenlenen değerlendirme formu arasında çelişki bulunması halinde temyiz mercilerince düzenlenen kanun yolu değerlendirme formu esas alınır.

³³ Yönetmelik'in 3/1-c hükmüne göre, "Kanun yolu değerlendirme formu: Kanun yolu incelemeleri neticesinde hâkim ve Cumhuriyet savcılarının dosyadaki hukuki bilgi, uygulama ve performanslarının değerlendirildiği belgeyi" ifade etmektedir.

³⁴ Kanun yolu değerlendirme formu düzenlenirken, formu düzenleyen heyet başkanı tarafından bazı hususlar dikkate alınır. Yönetmelik'in 5/1 hükmüne göre, "(1) Kanun yolu değerlendirme formu düzenlenirken;
a) Soruşturma, kovuşturma veya yargılamanın niteliği,
b) İddianame, karar veya hükmün hukuka uygunluğu ve isabet derecesi,
c) Soruşturma, kovuşturma veya yargılamanın hedef sürede tamamlanması,
ç) Gereksiz masrafa sebebiyet verilmemesi,
d) Duruşmalara hazırlıklı çıkılması veya hazırlıksız çıkılarak gecikmelere neden olunması,
e) Dosyaların eksiklik nedeniyle geri çevrilmeye neden olmayacak şekilde görevli daire veya birime gönderilmesi,
f) Bilirkişi görevlendirilmesinin hukuka uygun yapılması,
g) Soruşturma, kovuşturma veya yargılama işlemlerinin usul hükümlerine uygun olarak doğru ve zamanında yapılması,
h) Dava konularının anlayış ve yönlendirilmesi ile mütalâa ve gerekçeli kararların yazılış, tahlil ve sonuçlandırılmasında başarı gösterilmesi gibi hususlar dikkate alınır".

Kanun yolu değerlendirme formu, soruşturmanın niteliği, iddianame, karar veya hükmün hukuka uygunluğu ve isabet derecesi, soruşturma, kovuşturma veya yargılamanın hedef sürede tamamlanması, gereksiz masrafa sebebiyet verilmesi, duruşmalara hazırlıklı çıkılması veya hazırlıksız çıkılarak gecikmelere neden olunması, dosyaların eksiklik nedeniyle geri çevrilmeye neden olmayacak şekilde görevli daire veya birime gönderilmesi, bilirkişi görevlendirilmesinin hukuka uygun yapılması, soruşturma, kovuşturma veya yargılama işlemlerinin usul hükümlerine uygun olarak doğru ve zamanında yapılması, dava konularının anlayış ve yönlendirilmesi ile mütalaa, gerekçeli karar ve tebliğnamelerin yazılış, tahlil ve sonuçlandırılmasında başarı gösterilmesi gibi hususlar dikkate alınarak hakim ve savcılar hakkında “zayıf”, “orta”, “iyi”, “çok iyi” şeklinde notlar düşülerek düzenlenmektedir (2802 sayılı Kanun m. 28)³⁵. Kanun yolu değerlendirme formu, ilk derece mahkemesi kararını inceleyen istinaf mahkemesi (dairesinin) başkanı tarafından düzenlenmektedir. Kanun yolu değerlendirme formu, hakimlerin birinci sınıf olmaları ve birinci sınıfta kalmalarının değerlendirilmesinde dikkate alınmaktadır³⁶.

Önemle belirtilmelidir ki, Yargıtay ve Danıştay daireleri ile genel kurullarınca yapılan kanun yolu incelemeleri sonunda düzenlenen kanun yolu değerlendirme formları, bölge adliye mahkemeleri ile bölge idare mahkemelerinde görevli hakim ve savcılar; bölge adliye mahkemeleri ile bölge idare mahkemeleri dairesince yapılan kanun yolu incelemeleri sonunda

³⁵ İzmir Bölge Adliye Mahkemesi 10. Hukuk Dairesi, 2802 sayılı Kanun’un 28. maddesinde yer alan “zayıf”, “orta”, “iyi”, “çok iyi” ibarelerinin Anayasa’ya aykırılığı iddiasıyla bu ibarelerin iptali talebiyle Anayasa Mahkemesi’ne somut norm denetimi (itiraz) yolunu kullanarak başvurmuştur. Önüne gelen itirazı inceleyen Anayasa Mahkemesi, “... İtiraz yoluna başvuran Mahkemede bakılmakta olan dava, sosyal güvenlik hukukuyla ilgili tespit davası hakkında verilen kararın hukuka uygunluğunun değerlendirildiği istinaf kanun yolundaki bir davadır. Bir kuralın Mahkeme’de bakılmakta olan davada uygulanacak kural olarak kabul edilebilmesi için bu hususlarla ilgili bir uyumsuzluğun bulunması ve söz konusu kuralın da uyumsuzluğun sona erdirilmesine olumlu ya da olumsuz katkı sağlayacak nitelikte olması gerekir. İtiraz konusu kural ise Yargıtay ve Danıştay daireleri ile genel kurullarınca ve bölge adliye mahkemeleri veya bölge idare mahkemeleri dairesince yapılan kanun yolu incelemeleri sonunda, istinaf kanun yolu incelemesinde görev alan daire başkanı, üye, Cumhuriyet başsavcısı ve savcılar ile ilk derece yargı yerlerinde görev alan hâkim ve Cumhuriyet savcılarının hakkında düzenlenecek kanun yolu değerlendirme formunda yer alabilecek olan çok iyi, iyi, orta ve zayıf şeklindeki ibaredir. Bu bağlamda, itiraz konusu ibarenin bakılmakta olan davada uyumsuzluğu olumlu ya da olumsuz yönde sona erdirecek bir kural olduğu söylenemez. Dolayısıyla itiraz konusu ibare başvuruda bulunan Mahkemenin bakılmakta olduğu davada uygulanacak kural değildir. ...” diyerek İzmir Bölge Adliye Mahkemesi 10. Hukuk Dairesi’nin yaptığı başvuruyu oybirliğiyle reddetmiştir. Bkz. AYM., T. 22.12.2016, E. 2016/197, K. 2016/190, www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr (erişim tarihi 10.05.2020).

³⁶ BİLGİN, Hüseyin, **99 Soruda İdari Yargıda İstinaf Başvuru Rehberi**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016, s. 122.

düzenlenen kanun yolu değerlendirme formları, ilk derece mahkemelerinde görev yapan hakim ve savcıların görevlerini yaparken daha dikkatli ve titiz davranmalarını sağlayabilecektir.

Bu konuda Hakimler ve Savcılar Kurulu tarafından yayımlanan 05.04.2017 tarihli ve 675/1 sayılı Hakim ve Savcıların Derece Yükselmesi Esaslarına İlişkin İlke Kararı'nın³⁷ "Yükselme esasları" başlıklı 6. maddesinin 1-h hükmünde de bir düzenleme vardır. Buna göre, hakim ve savcıların kanun yolu incelemesinden geçen işlerine ilişkin düzenlenen kanun yolu değerlendirme formları göz önünde bulundurularak yükselmeye layık olup olmadıklarına karar verilmektedir. Buna ek olarak, Hakimler ve Savcılar Kurulu'nun 15.01.2020 tarihli Resmi Gazete'de³⁸ yayımlanan ve 675/1 sayılı İlke Kararı'nda değişiklik yapan İlke Kararı'na göre, hakim ve savcıların derece yükselmelerinde, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi'nce yapılan incelemelerde "ihlal kararına sebebiyet verip vermedikleri" ile ilgililerin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Anayasa'yla teminat altına alınan "hakların korunması konusundaki gayretleri" de belirleyici olacaktır. Hakimler ve Savcılar Kurulu'nun bu kararları söz konusuken ilk derece mahkemesi yargılaması yapan idare ve vergi mahkemesi hakimlerinin görevlerini yaparken daha dikkatli ve titiz davranacakları sonucuna varılabilir. Bu yükümlülük şüphesiz istinaf yargılaması yapan bölge idare mahkemesi hakimlerini de kapsamaktadır.

Öte yandan, öğretilerde, "Hakimi korkutan şey bir üst mahkemenin mevcudiyeti midir? Böyle bir korkudan büyük fayda beklenemez. Adaletin hakim vicdanındaki teminatı üst mahkeme korkusu değil, haksızlık etme korkusudur"³⁹ sözünden hareketle, ilk derece mahkemelerinde görevli hakimlerin yargılama yaparken istinaf ve / veya temyiz mahkemesi tarafından denetlenme çekincesiyle değil, daha ziyade kendi vicdanlarından kaynaklanan haksızlık etme çekincesiyle davranmaları gerektiği söylenebilir.

4. İstinaf Mahkemelerinin Hakimlerin Kariyer Planlamasına Katkı Sağlayacağına İlişkin Görüş

Bölge idare mahkemeleri göreve başlamadan önce ileri sürülen bir görüşe göre, ilk derece mahkemelerinde görevli bir hakim, bölge idare mahkemesinde görev yapması durumunda Danıştay üyesi olma ihtimalinin yüksek olacağı dile getirilmiştir⁴⁰. Halihazırda ise, bölge idare mahkemelerine ve Danıştay'a seçilecek üyelerin nitelikleri ve hangi mercilerden atanabilecekleri mevzuatta açıkça düzenlenmektedir. Nitekim 2576 sayılı Kanun'un 3/E maddesinin 1.

³⁷ R.G., T. 25.04.2017, S. 30048.

³⁸ R.G., T. 15.01.2020, S. 31009.

³⁹ TANERİ, 2016, s. 69.

⁴⁰ SANCAKDAR, 2012, s. 22.

fıkrasına göre, “*Bölge idare mahkemesi başkanı ve daire başkanları birinci sınıf olup birinci sınıfa ayrılmayı gerektiren nitelikleri yitirmemiş; daire üyeleri ise en az birinci sınıfa ayrılmış olup birinci sınıfa ayrılmayı gerektiren nitelikleri yitirmemiş idari yargı hâkim ve savcılar arasında Hâkimler ve Savcılar Yüksek⁴¹ Kurulunca atanır*”. Yani gerekli kıdemi ve şartları sağlayan idari yargı kolunda / yolunda ilk derece mahkemelerinde görevli hakimlerin ve savcıların Hakimler ve Savcılar Kurulu kararıyla bölge idare mahkemelerine atanabilecekleri görülmektedir.

Bununla birlikte, 2575 sayılı Danıştay Kanunu’nun⁴² 8/1 hükmüne göre, Danıştay üyeleri a) İdari yargı hakim ve savcılığı, b) Bakanlık, Cumhurbaşkanlığı yardımcılığı, bakan yardımcılığı, müsteşarlık, müsteşar yardımcılığı, elçilik, valilik, c) Generallik, amirallik, d) Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliği, Cumhurbaşkanlığı İdari İşler Başkanlığı, Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Sekreterliği, e) Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Genel Sekreterliği, f) Genel ve katma bütçeli dairelerde veya kamu kuruluşlarında genel müdürlük veya en az bu derecedeki tetkik ve teftiş kurul başkanlıkları, ile düzenleyici ve denetleyici kurumların başkanlıkları, g) Yükseköğrenim kurumlarında hukuk, iktisat, maliye, kamu yönetimi profesörlüğü, h) Kamu kurum ve kuruluşlarının başhukuk müşavirliği, birinci hukuk müşavirliği, hukuk hizmetleri başkanlığı ve hukuk işleri müdürlüğü, görevlerini yapanlar arasından seçilir. 2575 sayılı Kanun’un hükmü bu kadar açıkken, günümüzde bölge idare mahkemelerinde görevli hakimlerin Danıştay’da görev yapmak üzere seçilme ihtimallerinin yüksek olacağı sonucuna varılamamaktadır. Zira söz konusu hükmünde, -bölge idare mahkemelerinde görev yapıp yapmadıklarına bakılmaksızın- kimlerin Danıştay üyelğine seçilebileceği tahdidi (sınırlı) olarak sayılmıştır.

Ancak, tam tersi durum söz konusu olabilmektedir. Yani Danıştay’da daire başkanlığı veya üyelik yapıyor olmak, bölge idare mahkemelerine atanma ihtimalini artırmaktadır. Zira 2576 sayılı Kanun’un 3/E maddesinin 2. fıkrasına göre, Danıştay daire başkanları ve üyeleri istekleri üzerine Hakimler ve Savcılar Kurulu tarafından bölge idare mahkemelerinin başkanlıklarına veya daire başkanlıklarına dört yıllığına atanabilirler. Bu şekilde atananların Danıştay üyeliği sıfatı, kadrosu, aylık ve ödeneği ile her türlü özlük hakları korunur; aylık ve ödenekleri ile her türlü mali ve sosyal haklarının Danıştay bütçesinden ödenmesine devam edilir. Bu şekilde atananlar disiplin ve ceza soruşturma ve kovuşturmaları Danıştay üyeleri hakkındaki hükümlere tabidir, bu görevde geçirdikleri süre Danıştay üyeliğinde geçmiş sayılır. Bu kişiler Danıştay üyeleri

⁴¹ “Yüksek” ibaresi, 6771 sayılı ve 21.01.2017 tarihli Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’la Anayasa metninden çıkarılmıştır. Bkz. R.G., T. 11.02.2017, S. 29976; Şu anda Kurul, “Hakimler ve Savcılar Kurulu” ismini taşımaktadır.

⁴² R.G., T. 20.01.1982, S. 17580.

tarafından Danıştay'da yapılan iş ve işlemlere katılmazlar, Hakimler ve Savcılar Kurulu üyeliği seçimleri hariç Danıştay'daki seçimlerde aday olamazlar ve oy kullanamazlar. Ayrıca, bölge idare mahkemelerine bu şekilde atanmış olanlar istekleri üzerine Danıştay'daki görevlerine geri dönme imkanına sahiptir.

2575 sayılı Kanun'un 8/1 hükmü ile 2576 sayılı Kanun'un 3/E maddesi birlikte değerlendirildiğinde, istinaf mahkemelerinin hakimlerin kariyer planlamasına katkı sağladığını tam anlamıyla söylemek güçtür. Zira bölge idare mahkemesinde görev yapmak, bir hakimin Danıştay'a seçilebilme ihtimalini artırmamakta ve kariyerine bu anlamda bir katkı sunmamaktadır. Bununla birlikte, Danıştay'ın bölge idare mahkemelerine nazaran hakimlerin kariyer planlamasına daha fazla katkı sunduğunu söylemek mümkündür. Zira bir Danıştay hakimi, isteği üzerine bölge idare mahkemesinde görev yapmak üzere atanabilir ve yine isteği üzerine Danıştay'daki görevine geri dönebilir.

5. İstinaf Sisteminin Yargılama Sürecini Daha Adil, Güvenilir Hale Getireceğine ve Hak Arama Özgürlüğüne Katkı Sağlayacağına İlişkin Görüş

İstinaf mahkemelerinin 20 Temmuz 2016 tarihinde fiilen göreve başlamasıyla birlikte, idari yargıda iki dereceli yargılama sisteminden üç dereceli yargılama sistemine geçilmesiyle yargılamanın daha adil gerçekleşeceği düşünülebilir. Yenisey'e göre, ilk derece mahkemelerinde görülen davaların, istinaf mahkemelerinde maddi ve hukuki açıdan incelenmesinin adaletin tam olarak gerçekleşmesini sağlayacaktır⁴³.

Davaların, bölge idare mahkemeleri tarafından maddi ve hukuki yönden ele alınması, muhtemel hataların giderilmesinin sağlanması bakımından önemlidir. Bu sayede adil yargılanmanın gerçekleşmesi sağlanmakta ve kişi haklarının korunması da güvenceli hale gelmektedir⁴⁴. Adil yargılanmanın gerçekleşmesi hem yargılamanın tarafları hem de diğer kişiler açısından hukuka ve yargıya duyulan güvenin artmasına da hizmet edecektir⁴⁵.

Kararların sadece hukuki yönden incelenmesi, kararın hukuka uygun olma amacına tam olarak hizmet etmemektedir. Bu bakımdan, istinaf mahkemelerince yapılan yargılamalarda olayın hukuki yönden denetiminin yanı sıra maddi yönden incelenmesi, yargı kararlarının daha teminatlı olmasını sağlamakta ve yargılama sürecini daha güvenilir hale getirmektedir⁴⁶. Bu

⁴³ BEREKET, Zuhal, "İdari Yargılama Hukuku Açısından İstinaf ve Kabulü Sorunu", **Danıştay Dergisi**, Yıl: 1996, Sayı: 94, s. 11.

⁴⁴ AKYILDIZ, Ali, "İstinafa İlkesel Bakmak", **Danıştay ve İdari Yargı Günü 147. Yıl Sempozyumu (12 Mayıs 2015)**, Danıştay Yayınları, No. 89, Ankara, 2015, s. 19; AVCI, **2011**, s. 201.

⁴⁵ FENDOĞLU, Hasan Tahsin, "Yargı Reformu Işığında İstinaf Mahkemelerinin Yeniden Kurulması Sorunu", **Cumhuriyet ve Hukuk Sempozyumu (22-23 Ekim 1998)**, www.hasantahsinfendoglu.net (erişim tarihi 10.05.2020); TANERİ, **2016**, s. 57.

⁴⁶ YENİSEY, **1979**, s. 238.

bakımdan, istinaf kanun yolu, adaletin etkin şekilde temin edilmesi, hukuki güvenliğin artırılması ve hukuk devleti ilkesinin sağlanması amacına hizmet ettiği söylenmektedir⁴⁷.

İdari yargı sisteminde, kural olarak ilk derece mahkemelerinin kararları öncelikle bölge idare mahkemelerince maddi ve hukuki yönden incelemeye tabi tutulmakta ve sonrasında temyizın açık olduğu uyuşmazlıklar hakkında verilen kararlar için temyiz kanun yolunda hukukilik denetimi yapılmaktadır. Bu bağlamda, uygulanan istinaf türü, adil kararlar verilmesi bakımından öneme sahiptir. Nitekim kural olarak istinaf yargılaması yapan bölge idare mahkemeleri, önüne gelen maddi meselelerle ilgili delil araştırması yapabilmekte, gerekli görürse bilgi ve belgeleri elde edip inceleme yapabilmektedir. Bölge idare mahkemelerince böyle bir yargılama sürecinden geçerek verilen kararın hakkaniyete uygun olduğu ve daha güvenli bir yargıyı sağladığı dile getirilebilir⁴⁸.

Yargılamanın kısa sürmesinden ziyade adil ve güvenli olması önemli olduğu için bölge idare mahkemeleri ilk derece mahkemelerinin kararlarına karşı kontrol ve denetim mekanizması oluşturmaktadır⁴⁹. İlk derece mahkemelerinin kararlarına karşı istinaf kanun yoluna başvurulması kişilerin hak arama özgürlüğünü genişletmekte ve güvencesini oluşturmaktadır⁵⁰. İstinaf kanun yoluna, kural olarak ilk derece mahkemelerinin tüm kararlarına karşı gidildiğinden, adil yargılanmayla ilgili sorunlar büyük ölçüde giderilmekte ve kişilere daha etkin bir hukuki koruma sağlanmaktadır. Bu bakımdan, istinaf kanun yolu hukuk devleti ilkesinin bir gereği olarak görülmektedir⁵¹. Ancak, istinaf sisteminin varlığı -kuvvetler ayrılığı gibi- hukuk devleti ilkesinin bir gereği olarak görülürse, bu durumda bölge idare mahkemelerinin fiilen göreve başladığı tarih olan 20 Temmuz 2016 tarihinden önceki Türk idari yargısını

⁴⁷ KOÇ, Halil, “İdari Yargıda İstinaf Sistemine Geçiş”, **Danıştay ve İdari Yargı Günü 147. Yıl Sempozyumu (12 Mayıs 2015)**, Danıştay Yayınları, No. 89, Ankara, 2015, s. 55; Kutlu Gürsel’e göre, hukuk devleti ilkesi, kuvvetler ayrılığı ilkesi bağlamında güçler dengesinin kurulmasıyla gerçekleştirilebilir. Bkz. KUTLU GÜRSEL, Meltem, “Hukuk Devleti İlkesinden Hukukun Üstünlüğüne Geçiş Sürecinde ‘Yönetimde Demokrasinin Gerekerinden Biri Olarak’ Birey ile İdare Arasındaki İlişkilerin Düzenlenmesi ve Fransa Örneği”, **Danıştay ve İdari Yargı Günü 148. Yıl Sempozyumu (10 Mayıs 2016)**, Danıştay Yayınları, No. 91, Ankara, 2016, s. 168.

⁴⁸ PEKCANITEZ, Hakan, “İstinaf Mahkemeleri”, **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl: 2006, Sayı: 1, s. 21; DEMİRKOL, Selami, “İdari Yargılama Usulü Yenilenirken İstinaf Kanun Yolu Öngörüsü - Danıştay’ın İçtihat Mahkemesi Rolünün Güçlendirilmesi”, **Danıştay ve İdari Yargı Günü 148. Yıl Sempozyumu (10 Mayıs 2016)**, Danıştay Yayınları, No. 91, Ankara, 2016, s. 136; AVCI, **2011**, s. 188.

⁴⁹ SANCAKDAR, **2012**, s. 22.

⁵⁰ AKAY, Emrah, **İstinaf Yargılaması ve Türk İdari Yargısında Uygulanması**, Yüksek Lisans Tezi, Gaziantep, Gaziantep Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2018, s. 51.

⁵¹ SANCAKDAR, **2012**, s. 22; TANERİ, **2016**, s. 56.

hukuk devleti ilkesi dışında mı saymak gerekecektir? Bu gibi soruların cevabını aramak yerine, istinaf sisteminin varlığını hak arama özgürlüğünü genişletmesi sebebiyle hukuk devleti ilkesine olumlu bir katkı olarak görmek daha yerinde bir tutum olacaktır.

6. İstinaf Mahkemelerine Erişimin Danıştay'a Göre Daha Kolay Olacağına İlişkin Görüş

Kural olarak temyiz incelemesi yapan Danıştay Ankara'da bulunmaktadır. Ancak, istinaf incelemesi yapan bölge idare mahkemeleri 20 Temmuz 2016 tarihinden itibaren Ankara, İstanbul, İzmir, Adana, Konya, Gaziantep, Samsun, Erzurum olmak üzere sekiz ayrı ilde faal olduğundan⁵², gerek avukatlar gerekse ilgililer bakımından Danıştay'a göre erişimi daha kolaydır. Dolayısıyla bu durum, Danıştay'a nazaran bölge idare mahkemelerine erişimin coğrafi olarak daha kolay olduğuna, bölge idare mahkemeleri aracılığıyla hak arama yollarının daha rahat kullanılabileceğine işaret etmektedir. Bu bakımdan, ülkemizde yedi ayrı ilde kurularak görev yapan bölge idare mahkemelerini, Danıştay'a göre, "halka yakın bir sistem" olarak tanımlamak mümkündür⁵³.

7. İstinaf Mahkemelerinin Bulunduğu İllerde İnsan Yaşamının Gelişmesine Katkı Sağlayacağına İlişkin Görüş

Halihazırda, yedi ilde fiilen istinaf yargılaması yapan bölge idare mahkemelerinin, kuruldukları ve faaliyete başladıkları bu illerde insan yaşamını birçok yönden etkiledikleri ve etkileyecekleri söylenebilir. İstinaf mahkemelerinin hukukun, kentsel, sosyal ve kültürel yaşamın gelişmesine katkı sağlayacağını savunmak mümkündür⁵⁴. Belli başlı çevrelerin, istinaf mahkemelerinin kendi illerinde kurulmaları için gösterdikleri çaba da bunun bir göstergesidir⁵⁵.

İstinaf mahkemelerinin bulunduğu ilde insan yaşamının gelişmesine katkı sağlayacağına ilişkin görüşü bir örnekle somutlaştıracak olursak, Siirt'te serbest avukatlık faaliyeti yürüten bir avukatın, bakmakta olduğu bir idari dava dosyasının, dosya hakkında karar veren Siirt İdare Mahkemesi'nden -avukatın talebi üzerine- istinaf incelemesi yapacak olan Gaziantep Bölge İdare Mahkemesi'ne⁵⁶ gönderildiğini ve İYUK 45/4 uyarınca Siirt İdare Mahkemesi'nin kararının hukuka aykırı görülerek kaldırılması üzerine yeniden yargılama yapıldığını varsayalım. Yapılan istinaf yargılamasında Gaziantep

⁵² GÜNGÖR, Zerrin, "Sempozyum Açış Konuşması", **Danıştay ve İdari Yargı Günü 149. Yıl Sempozyumu (11 Mayıs 2017)**, Danıştay Yayınları, No. 93, Ankara, 2017, s. 9; www.hsk.gov.tr (erişim tarihi 10.05.2020).

⁵³ YILMAZ, Ejder, **İstinaf Mahkemeleri**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2004, s. 27.

⁵⁴ TANERİ, **2016**, s. 59.

⁵⁵ TANERİ, **2016**, s. 59.

⁵⁶ www.gaziantepbim.adalet.gov.tr (erişim tarihi 10.05.2020).

Bölge İdare Mahkemesi'nce re'sen alınan bir kararla veya taraflardan birinin talebiyle duruşma yapılması⁵⁷ ve bu duruşmaya tarafın Siirt'te serbest avukatlık faaliyeti yürüten söz konusu avukatının gitmesi durumunda, avukat sadece duruşmaya girmekle kalmayacak, -yüksek ihtimalle- Gaziantep'te bulunduğu süreç içinde şehrin tarihi yerlerini gezip görme, yemeklerini yeme, konaklama yerlerinde kalma, kültürel faaliyetlerine katılma, alışveriş yapma gibi birçok etkinlikte de bulunacaktır. İşte böyle bir durumda Gaziantep Bölge İdare Mahkemesi yürüttüğü yargılama faaliyetinin yanı sıra şehrin gelişmesi, turistik ve ekonomik canlılığın sağlanması açısından bir işlev de görmüş olacaktır.

8. İstinaf Mahkemelerinin Danıştay'ın İçtihat Mahkemesi Olma Kimliğini Güçlendireceğine ve İş Yükünü Azaltacağına İlişkin Görüş

Zaman içinde idari yargıda görülen dava sayısı arttıkça Danıştay'ın incelediği dosya sayısı da artmıştır. Artan dava dosyaları davaların geç sonuçlanmasına ve adaletin geç tecelli etmesine neden olmuştur. Bu tabloda, istinaf mahkemeleri yer almadığından, uyuşmazlıklar günümüzde hukukilik denetimi yapan Danıştay tarafından maddi ve hukuki açıdan denetlenmiştir. Bu sebeple, Danıştay hem istinaf mahkemesi hem de temyiz mahkemesi gibi çalışmıştır⁵⁸.

20 Temmuz 2016 tarihinden itibaren istinaf mahkemelerinin fiilen göreve başlamasıyla birlikte, Danıştay'ın ilk derece mahkemelerinin kararları üzerinde maddi denetim yapma görevi sona ermiş ve Danıştay sadece hukukilik denetimi yaparak bir içtihat mahkemesi olma görevini üstlenmiştir. Böylece Danıştay içtihat üreterek hukukta birliği sağlama⁵⁹ ve hukuku geliştirme işlevine

⁵⁷ İYUK 17/2'ye göre, "Temyiz ve istinaflarda duruşma yapılması tarafların istemine ve Danıştay veya ilgili bölge idare mahkemesi kararına bağlıdır".

⁵⁸ YENİSEY, 1979, s. 225-226.

⁵⁹ Anayasa Mahkemesi, "Sosyal açıdan adaletin en önemli gereklerinden birisi, belli olaylara belli hükümlerin tek anlamda olmak üzere uygulanmasıdır. Demek ki aynı nitelikteki olaylara başka başka hükümlerin ya da aynı hükmün başka başka biçimlerde uygulanması, doğrudan doğruya adalet duygusunu incitici ve yurttaşların devlete karşı güvenini azaltıcı ve yerine göre temelden sarsıcı bir etki doğurmaktadır" demek suretiyle üst derece mahkemelerine hukukun uygulanmasında birliği ve yeknesaklığı sağlama görevini vermiştir. Bkz. YILDIRIM, Turan / YASİN, Melikşah / KAMAN, Nur / ÖZDEMİR, H. EYÜP / ÜSTÜN, Gül / OKAY TEKİNSOY, Özge, **İdare Hukuku**, Güncelleştirilmiş 7. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, (Editör: Turan YILDIRIM), İstanbul, 2018, s. 784; YILDIRIM, Turan, **İdari Yargı**, 2. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2010, s. 513; İlk derece mahkemelerinin kararlarının üst dereceli mahkemelerin denetiminden geçmesi, ilk derece mahkemeleri arasındaki çelişkili kararların giderilerek hukukun uygulamasında birliğin sağlanması açısından önemlidir. Bkz. YILDIRIM / YASİN / KAMAN / ÖZDEMİR / ÜSTÜN / OKAY TEKİNSOY, 2018, s. 783; YILDIRIM, 2000, s. 1; Öğretide, istinaf kanun yolunu da kapsayacak şekilde kanun yollarının amacı hukuk birliğinin sağlanmasının yanı sıra somut uyuşmazlık hakkında doğru bir karar verilmesi, uyuşmazlığın taraflarının ve adalete olan güvenin korunması olarak kabul edilmektedir. Bkz. AKİL, 2010, s. 39-40; ÇİFTÇİ, Murat Özgür, **Medeni Yargılama Hukukunda İstinaf**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2011, s. 7-9; ÜSTÜN, 2016, s. 14.

yoğunlaşmıştır⁶⁰. Danıştay'ın maddi denetim yapmayarak bir içtihat mahkemesi olarak görev üstlenmiş olması aynı zamanda iş yükünün azalacağı anlamına da gelmektedir⁶¹. Ancak, idari yargıda istinaf kanun yolu uygulamasının böyle bir sonucu olmakla birlikte, bu doğrudan istinafin amacı değil, dolaylı bir sonucu olarak kabul edilmelidir. Zira istinaf daha ziyade hukuki güvenlikle ilgili olması ve uyuşmazlığın taraflarına hukuki tatmin sağlama işlevini yerini getirmesi bakımından önemlidir⁶². Danıştay'ın iş yükünün azaltılması, istinaf mahkemelerinin varlığının asıl amacı olmamalıdır.

Ayrıca, idari yargıda istinaf kanun yolu uygulanmaya başlamadan evvel Danıştay'ın delil değerlendirmesi ve maddi vakıa incelemesi yapmış olması, Danıştay'ın esas görevinin bu olduğu sonucunu doğurmamalıdır. Zira bu, temyiz niteliğine uygun düşmemektedir. Temyiz mahkemesi, olay mahkemesi gibi maddi vakıalara doğrudan ulaşma ve bunları değerlendirme imkanına sahip değildir⁶³.

Buna ek olarak, idari yargıda istinaf kanun yolunun fiilen uygulanmaya başlaması ve Danıştay'ın içtihat mahkemesi olma kimliğinin güçlenmesiyle birlikte, bunun iş yüküne de etki ettiği / edeceği düşünülebilir. Nitekim istinaf kanun yolu uygulanmaya başladıktan sonra Danıştay'ın daire sayısı azaltılmıştır. Bu bakımdan, önceden daha fazla daireyle görev yapan Danıştay'ın, daireleri arasında içtihat farklılıklarının daha fazla olması da kaçınılmazdı. Günümüzde ise, Danıştay Kanunu'nun 13. maddesine göre, dokuz dava, bir idari daire olmak üzere toplam on daireden oluşan Danıştay'ın, kendi daireleri arasındaki içtihat farklılıklarının daha az olacağı ve içtihat farklılıklarının olması halinde bu farklılıkların giderilmesinin daha kolay olacağı söylenebilir.

İdari yargıda istinaf kanun yolunun uygulanmaya başlamasından dolayı temyiz kanun yoluna götürülme imkanı bulunmayan ilk derece mahkemelerinin kararları istinaf incelemesi neticesinde kesinleşmektedir. Uyuşmazlıkların büyük bir kısmının istinaf incelemesinden geçerek kesinleşmesi Danıştay'ın iş yükünün azalmasına da sebep olacaktır⁶⁴.

İdari yargıda üç dereceli yargılama sistemine geçilmesiyle istinaf mahkemelerinin, Danıştay'ın ve ilk derece mahkemelerinin iş yükünü

⁶⁰ SAYGIN, Engin, “İdari Yargıda İstinaf Mahkemesi Tartışmaları Üzerine Bir Analiz”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Yıl: 2011, Cilt: 69, Sayı: 1-2, s. 645; ÜNLÜÇAY, Mehmet Rıza, “Birinci Oturum Açış Konuşması”, **Danıştay ve İdari Yargı Günü 147. Yıl Sempozyumu (12 Mayıs 2015)**, Danıştay Yayınları, No. 89, Ankara, 2015, s. 8; SEVİNÇ, **2018**, s. 54.

⁶¹ SANCAKDAR, **2012**, s. 22; TUNCA, E. Fahrünnisa, “İdari Yargıda İstinaf”, **Danıştay ve İdari Yargı Günü 141. Yıl Sempozyumu (11 Mayıs 2009)**, Danıştay Yayınları, No. 79, Ankara, 2010, s. 92.

⁶² SEZGİNLER, Murat, “İdari Yargıda İstinaf İncelemesinin Esasları ile İstinaf Uygulamasında İchtihat Aykırılıkları Sorunu ve Çözüm Yolları”, **Danıştay ve İdari Yargı Günü 150. Yıl Sempozyumu (10-11 Mayıs 2018)**, Danıştay Yayınları, No. 99, Ankara, 2018, s. 120.

⁶³ SEVİNÇ, **2018**, s. 55.

⁶⁴ AKYILDIZ, **2015**, s. 18; YENİSEY, **1979**, s. 218; TANERİ, **2016**, s. 57.

azaltacağı; uyuşmazlıkların karara bağlanma süresini kısaltacağı; yargılamayı hızlandıracağı; Danıştay'ın önüne gelen uyuşmazlıklarda adil karar verme, hukuku geliştirme, içtihat birliğini sağlama işlevine katkı sağlayacağı dile getirilmektedir⁶⁵. Kural olarak istinaf yargılaması yapan bölge idare mahkemelerinin, Danıştay'ın iş yükünü azaltması ve içtihat mahkemesi olma yönünü kuvvetlendirmesinin başlıca nedeni olarak, bölge idare mahkemelerinin ilk derece mahkemelerinden bağımsız olarak yeniden yargılama yapması ve önüne gelen birçok uyuşmazlığın kesinleşerek Danıştay'ın önüne gitmemesi gösterilebilir. Bununla birlikte, Sancakdar'a göre, bölge idare mahkemelerinin bu işlevi geniş anlamda istinaf özelliği taşıdığını gösterir. Bu sebeple, bölge idare mahkemelerinin yeniden yargılama yapma işlevinin usul ekonomisi ilkesine ve yargılamanın makul sürede bitirilmesi anlayışına uygun olmadığı, bunun yerine dar anlamda istinafın uygulanması gerektiği savunulmaktadır. Bu görüşe göre, bölge idare mahkemeleri yalnızca tereddütlü hususlarda veya ilk derece mahkemelerinde ileri sürülmesine rağmen incelenmeyen delillerin yeniden incelenmesi halinde istinaf sistemi usul ekonomisine uygun olacaktır⁶⁶.

C. İdari Yargıda İstinaf Sisteminin Sakıncalı Olduğuna İlişkin Görüşler

1. İstinaf Mahkemelerinin Siyasi Amaçla Kurulduğuna İlişkin Görüş

İstinaf kurumu tarihsel kökeni açısından eleştirilmiştir. Fransa'da istinaf mahkemelerinin dayanağı, bunların bir "krallık kurumu" olduğu yönündedir⁶⁷.

⁶⁵ ÖZAY, İl Han, **Günişliğinde Yönetim II Yargısal Korunma**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010, s. 43-46; KESKİN, **2016**, s. 237; İctihat farklılıklarının giderilmesi ve içtihat birliğinin sağlanmasının neden önemli olduğu Avrupa Hakimleri Danışma Kurulu'nun (*The Consultative Council of European Judges*) 10 Kasım 2017 tarihli ve 20. no.lu görüşünde mevcuttur. Buna göre, "Kanunun (hukukun) bir örnek uygulanması kanun önünde eşitlik ilkesi için esastır. Hukuki belirlilik ve öngörülebilirlik hususları hukukun üstünlüğünün ayrılmaz bir parçasıdır. Hukukun üstünlüğüyle yönetilen bir devlette vatandaşlar haklı olarak herkesle aynı muameleyi görmeyi bekler ve eylem veya kusurlarının yasal etkilerini öngörebilecekleri benzer davalarda verilen önceki kararlara itimat edebilirler. Birbirinden farklı mahkeme kararlarının sürekliliği hukukun üstünlüğüne dayalı bir devlette en önemli unsurlardan kamunun yargıya duyduğu güveni azaltması muhtemel olan hukuki belirsizlik durumuna sebebiyet verebilir. Kanunun bir örnek uygulanması, halkın mahkemelere duyduğu güvene katkı sağlar ve adil yargılama ve adalet algısını geliştirir. Taraflar, nerede bulduklarını (ne durumda olduklarını) önceden bilebilecek durumda olurlarsa, sıklıkla en başından mahkemeye başvurmayabilir. Mümkün olduğu en geniş ölçüde avukatlar müvekkillerine nasıl tavsiyede bulunacaklarını, taraflar ise haklarını bilmelidir. Açık, tutarlı ve güvenilir emsaller (ictihat) ihtilafları gidermede hukuki müdahale ihtiyacını azaltabilir. Özellikle yüksek mahkemelerin benzer davalarda verdikleri önceki kararlara itimat etmenin mümkün olmasıyla davalar daha etkili bir şekilde çözülebilir". Bkz. EZGİNER, **2018**, s. 122-123.

⁶⁶ SANCAKDAR, Oğuz, "İdari Yargı İstinaf Sistemindeki Olası Sorunlar ve Çözüm Önerileri", **Danıştay ve İdari Yargı Günü 148. Yıl Sempozyumu (10 Mayıs 2016)**, Danıştay Yayınları, No. 91, Ankara, 2016, s. 74.

⁶⁷ SANCAKDAR, **2012**, s. 21; TANERİ, **2016**, s. 68.

Yani istinaf mahkemeleri Fransa'da yetkilerini senyörlerden⁶⁸ alan değil, krallardan alan mahkemeler olarak görülmüş ve bu mahkemelerin yerel mahkemeleri zayıflatmak, merkezi mahkemeyi güçlendirmek şeklinde siyasi amaçla kurulduğu ileri sürülmüştür⁶⁹. İstinafın tarihsel gelişimine bakıldığında bu mahkemelerin gerek Roma hukuku gerekse Fransız hukukunda siyasi amaçlarla kurulduğu savunulmuştur⁷⁰.

Osmanlı ve Türk hukuku açısından istinafın kurulmasının siyasi amaçla olmadığı; ancak kaldırılmasının siyasi amaçla olduğu dile getirilmektedir. 1924 yılında hilafetin kaldırılmasıyla birlikte, Osmanlı hukukunda yargılama görevini yerine getiren ve istinaf mahkemelerinin başında yer alan kadılık müessesesinin de kaldırılmasına ihtiyaç duyulmuştur⁷¹. Böylece kadılık müessesesi kaldırılmış ve kadılığın kaldırılmasıyla birlikte, istinaf yargılaması da son bulmuştur.

Ülkemizde kanun koyucunun istinaf kanun yolunun yürürlüğe girmesi ve bölge idare mahkemelerinin istinaf yargılaması yapmaya başlamasındaki amacı 6545 sayılı Kanun'un genel gerekçesinde mevcuttur. Bu gerekçeye göre, istinaf kanun yolunun getirilmesinin amacı Danıştay'ın iş yükünün azaltılması ve bir içtihat mahkemesi olma kimliğinin güçlendirilmesidir⁷².

2. İstinaf Mahkemelerinde Görevli Hakimlerin Uyuşmazlığın Çözümünde İkinci Bir Göz Olmasından Dolayı İlk Derece Mahkemelerinde Görevli Hakimlerin Yargılama Yaparken Daha Özensiz Davranacağına İlişkin Görüş

İlk derece mahkemelerinin kararlarının ikinci bir göz olarak bölge idare mahkemeleri tarafından denetlenmesinin ve kimi zaman bu kararların kaldırılıp yeniden bir yargılama yapılabilmesinin, ilk derece mahkemelerinde görevli hakimleri daha özensiz yargılamalar yapmaya, kararlar vermeye iteceği şeklinde bir düşünce akla gelebilir. Uygulamada da, bazı idare ve vergi mahkemesi hakimlerinin verdikleri kararların, nasılsa bölge idare mahkemesi tarafından denetleneceği rahatlığıyla daha özensiz bir yargılama süreci yürüttüğü görülebilmektedir.

⁶⁸ Türkçe sözlük tanımına göre, senyör, "Orta Çağ'da Avrupa'da toprağı olan derebeyi"ni ifade etmekle birlikte, Fransa'da bir soyluluk unvanı olarak kullanılmaktaydı. Bkz. www.tdk.gov.tr (erişim tarihi 10.05.2020).

⁶⁹ SANCAKDAR, 2012, s. 21; EREM, 1950, s. 12; KONURALP, Haluk, "Fransız Hukukunda Kanun Yolları Arasında İstinafın Yeri (Hukuk Davaları Açısından)", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl: 2001, Cilt: 50, Sayı: 1, s. 28.

⁷⁰ AKAY, 2018, s. 49.

⁷¹ YENİSEY, Feridun, "Uluslararası Sözleşmeler ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Kapsamında İstinaf Mahkemesi Standartları", **Türkiye'de İstinaf Mahkemelerinin Kurulmasının Desteklenmesi Projesi (2-3 Mart 2006)**, www.abgm.adalet.gov.tr, s. 19-20.

⁷² https://mevzuat.tbmm.gov.tr (erişim tarihi 10.05.2020); Güngör'e göre, istinaf kanun yolunun uygulanmaya başlamasıyla birlikte, Danıştay'ın iş yükü ciddi anlamda azalmış ve Danıştay'ın içtihat mahkemesi kimliği güçlenmiştir. Bkz. GÜNGÖR, Zerrin, "Sempozyum Açış Konuşması", **Danıştay ve İdari Yargı Günü 150. Yıl Sempozyumu (10-11 Mayıs 2018)**, Danıştay Yayınları, No. 99, Ankara, 2018, s. 12; DEMİRKOL, 2016, s. 137.

Ancak, bölge idare mahkemelerinin ilk derece mahkemelerinden sonra önlere gelen uyuşmazlıklarla ilgili olarak kararı veren ilk derece mahkemesi hakimleri hakkında “kanun yolu değerlendirme formu” düzenlediği unutulmamalıdır. Düzenlenen kanun yolu değerlendirme formu, hakimlerin birinci sınıf olmaları ve birinci sınıfta kalmalarının değerlendirilmesinde dikkate alındığından, yani mesleki yükselmelerine etki ettiğinden, ilk derece mahkemelerinde görevli hakimler verdikleri kararların istinaf kanun yolunda denetleneceğini ve bunun sonucunda haklarında kanun yolu değerlendirme formu düzenleneceğini ve derece yükselmelerinde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi’nce yapılan incelemelerde “ihlal kararına sebebiyet verip vermedikleri” ile ilgililerin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Anayasa’yla teminat altına alınan “hakların korunması konusundaki gayretleri”nin de dikkate alınacağını bilmektedirler. Bu sebeple, idare ve vergi mahkemelerinde görevli hakimlerin, verdikleri kararların nasılsa bölge idare mahkemelerinde yeniden ele alınacağı düşüncesiyle özensiz ve dikkatsiz yargılama yapacaklarını düşünmek güçtür.

Özensiz bir yargılama süreci yürütme durumu, tecrübesizlik nedeniyle göreve yeni başlayan, mesleki bir tatmin alamayan, mesleğine saygı duymayan yahut emeklilik hakkını kazanmış hakimlerde kanun yolu değerlendirme formu ve diğer kıstasların varlığına rağmen -bir ihtimal- ortaya çıkabilir. Normal şartlarda ise, kanun yolu değerlendirme formunun düzenlenecek olması ve diğer kıstasların varlığı, idare ve vergi mahkemesi hakimlerini yargılamanın daha titiz, daha özenli, daha dikkatli yapılmasına yönlendirecektir. Ancak, daha önce de belirtildiği gibi, ilk derece mahkemesi hakimlerinin yargılama sürecini özenli yürütmesinin nedeni, haklarında kanun yolu değerlendirme formunun düzenlenmesi yahut başka mevzuat düzenlemeleri değil daha ziyade kendi vicdani sorumluluklarıyla hareket etmeleri olmalıdır.

3. İstinaf Sisteminin Yargılama Sürecini Uzatacağına İlişkin Görüş

İstinaf kanun yolunun kabul edilmesi ve istinaf mahkemelerinin göreve başlamasıyla birlikte, ilk derece mahkemelerinin kararlarından bir bölümünün istinaf incelemesinden geçmek üzere bölge idare mahkemelerine gönderilmesi, ardından da temyiz incelemesinden geçmesi için Danıştay’a gönderilmesi şeklinde işleyen üç dereceli yargılama sisteminin yargılamayı uzatacağı dile getirilmektedir⁷³.

Ayrıca, istinaf incelemesinin bir tür temyiz olduğu ve ilk derece mahkemelerinin kararlarının hem bölge idare mahkemelerinde hem de Danıştay’da, aynı şekilde iki defa inceleneceği ve bunun zaman kaybı olacağı ileri sürülmekte; ancak dar anlamda istinaf sisteminin uygulanması halinde bu sakıncanın ortadan kalkacağı belirtilmektedir⁷⁴.

⁷³ KOÇ, 2015, s. 56; İstinaf mahkemelerinin faaliyete geçmesine bağlı olarak yargılamanın uzayıp uzamayacağına ilişkin detaylı açıklamalar için bkz. TANERİ, 2016, s. 62-66.

⁷⁴ SANCAKDAR, 2012, s. 20.

Türk idari yargısında geniş anlamda istinaf sistemi uygulandığından, yargılama sürecinin uzayacağı iddiası kısmen haklı gibi gözükse de, 6545 sayılı Kanun'la karar düzeltme yolunun kaldırılmasıyla birlikte, yargılama sürecinin uzayacağı görüşü güç kaybetmektedir⁷⁵. Buna ek olarak, geniş anlamda istinaf sisteminin uygulanması, Danıştay'ın iş yükünün azalmasına ve bir içtihat mahkemesi işlevi üstlenmesine katkı sunmaktadır. Zira Danıştay önüne gelen uyuşmazlıklarda hukuki denetim yapmakla yetinmekte, bölge idare mahkemeleri gibi hem hukuki hem de maddi açıdan denetim yapmamaktadır.

2016 yılı itibarıyla, ilk derece mahkemelerinde uyuşmazlığın çözümlenme sürecinin ortalama bir yıldan daha az sürdüğü ve Danıştay'da temyiz sürecinin ortalama üç yıl olduğu ifade edilmektedir⁷⁶. İstinaf uygulamasıyla birlikte, ilk derece mahkemelerinde verilen kararların %80'inin istinaf süreci sonunda kesinleşeceği, %20'sinin temyize tabi olacağı tahmin edilmiş ve bu sebeple, yargılama sürecinin uzamayacağı, aksine daha da kısılacağı belirtilmiştir⁷⁷. Nitekim Güngör'e göre, istinaf kanun yolunun uygulanmaya başlamasıyla birlikte, Danıştay'ın makul sürede yargılama yapması idealine yaklaşılmıştır. Bu bağlamda, 2016 yılında Danıştay'a gelen dosya sayısı 270.000'lerdeyken, 2017 yılında bu sayı 86.000'lere gerilemiş ve yaklaşık %70 oranında azalmıştır. İstinaf kanun yolu uygulamasından önce davaların ortalama temyiz edilme oranı %46 iken, bugün bu oran %10'a düşmüştür. Öte yandan, istinaf kanun yolunun yürürlüğe girdiği günden, 31 Aralık 2017'ye kadar yapılan istinaf başvurularının karara bağlanma oranı ortalama %83 ve karar süresi ortalama 75 gün olarak gerçekleşmiştir⁷⁸.

Mevcut durum istatistiksel veriler ışığında bu şekilde olmakla birlikte, yargılama sürecinin kısılması her zaman kişilerin haklarının tam anlamıyla gözetilerek yargılama yapıldığı / yapılacağı anlamına gelmemektedir. Bu bakımdan, önemli olan hızlı / çabuk / kısa yargılama değil, adil yargılanmaya ve hakkaniyete uygun nitelikli bir yargılamadır.

Bölge idare mahkemeleri göreve başlamadan evvel kural olarak temyiz mahkemesi olarak görev yapan Danıştay önüne gelen uyuşmazlıkları hem maddi hem de hukuki açıdan denetlemekteydi. İstinaf kanun yolunun uygulanmaya başlamasıyla birlikte, temyiz kanun yolu daha çabuk ve ilkesel unsurlara yönelik kararlara imkan verebilecek nitelikte yalnızca hukuki değerlendirme yapmaya başlamıştır⁷⁹. Böylece maddi denetim yapma görevi

⁷⁵ SANCAKDAR, 2012, s. 20.

⁷⁶ TELLİ, Ali, "İstinaf Kanun Yolunda Olası Sorunlar ve Çözüm Önerileri", **Danıştay ve İdari Yargı Günü 148. Yıl Sempozyumu (10 Mayıs 2016)**, Danıştay Yayınları, No. 91, Ankara, 2016, s. 143.

⁷⁷ TELLİ, 2016, s. 143.

⁷⁸ GÜNGÖR, 2018, s. 12.

⁷⁹ GÜLAN, Aydın, "Ülkemizde Kanuni Düzenlemeleri Sonrasında İstinaf Kanun Yolu Hakkında Yeniden ve Farklı Düşünmek", **Danıştay ve İdari Yargı Günü 148. Yıl Sempozyumu (10 Mayıs**

istinaf mahkemelerinin alanına dahil olmuştur. Danıştay'ın ihtiyaç duyduğu tekemmül etmiş dosyaları temyize müsait hale getirecek olan, istinaf kanun yolunda bulunan bölge idare mahkemeleridir. İstinaf mahkemeleri dosyalar üzerinde maddi değerlendirmeler yapmakta ve eksiklikleri gidermektedir⁸⁰. Gülan'a göre, böylece iki dereceli yargılama sisteminden üç dereceli yargılama sistemine geçilmesinin geciktirici etkisi olmadan temyiz kanun yolunun sadece hukuki değerlendirmeler yapması ve böylelikle içtihatların gelişmesi sağlanacaktır⁸¹.

İdari yargıda istinaf kanun yolu uygulanmaya başlamadan evvel Danıştay'ın önüne gelen uyuşmazlıklarda maddi ve hukuki denetim yapma görevinin, istinaf kanun yolu uygulanmaya başladıktan sonra bölge idare mahkemelerine geçtiği ve yukarıda sunulan istatistiksel veriler birlikte düşünüldüğünde, istinaf sisteminin yargılama sürecini uzattığına / uzatacağına ilişkin görüşe katılmak yerinde olmayacaktır.

4. İstinaf Sisteminin Kişilere Mali Yük Getireceğine İlişkin Görüş

İstinaf kanun yolunun uygulanmaya başlamasıyla birlikte, iki dereceli yargılama sisteminden üç dereceli yargılama sistemine geçilmesiyle bazı hususlar bakımından yargılama faaliyetlerinin pahalı hale geldiği düşünülebilir. Bunun temelinde yatan düşünce, ilgililerin istinaf kanun yoluna başvurdukları sırada tebligat giderleri, harçlar⁸² gibi birtakım yargılama giderleriyle karşı karşıya gelecek olmalarıdır. Bir de bu giderlere, bölge idare mahkemelerinde yapılan yargılamalara katılmak için uyuşmazlığın taraflarının veya avukatlarının bölge idare mahkemesinin bulunduğu ile gitmek için yapacakları yol masrafı, konaklama masrafı, yeme-içme giderleri vb. giderler de eklenebilir. Ancak, bu gibi giderler, yalnızca Ankara'da bulunan Danıştay'a giderken de -duruşmalı yapılan temyiz incelemesinde- söz konusu olabilecektir. Yalnızca Ankara'da bulunan Danıştay'a gitmektense, 7 farklı ilde kurulan bölge idare mahkemelerindeki duruşmalara katılmak tarafların ve avukatlarının daha lehine gözükmektedir. Kaldı ki, idari yargıda temyiz ve istinaflarda duruşma yapılması tarafların istemine ve Danıştay veya ilgili bölge idare mahkemesi kararına bağlı (İYUK 17/2) olduğundan ve genellikle idari yargıda duruşmalı olarak yargılama yapılmadığından, ilgililerin yol masrafı, konaklama masrafı, yeme-içme giderleri vb. giderlerinin oldukça düşük olacağı da söylenebilir. İdari yargının basit ve az masraflı bir yargı yolu olması burada kendini göstermektedir. Ayrıca, davanın taraflarına yönelik istinaf kanun yolunun mali yük getireceği

2016), Danıştay Yayınları, No. 91, Ankara, 2016, s. 23.

⁸⁰ GÜLAN, **2016**, s. 23.

⁸¹ GÜLAN, **2016**, s. 23.

⁸² 492 sayılı Harçlar Kanunu'nun 5. maddesine göre, bölge idare mahkemelerinde açılacak davalardan "1 sayılı tarife" gereğince harç alınmaktadır.

endişesi adli yardım sisteminin geliştirilmesiyle de aşılabılır. Böylece ekonomik yönden zayıf olan kişilerin istinaf yoluna başvurma olanakları artırılacaktır ve hak arama özgürlükleri tesis edilebilecektir⁸³.

Diğer yandan, devlet için istinafın maliyet ve ek gider oluşturacağına ilişkin bir düşünce de akla gelebilir. Bu düşünce, bölge idare mahkemelerinin yapılanmasının hazır olması nedeniyle gücünü yitirmektedir⁸⁴. Bölge idare mahkemelerinin kurulması, yapılanması yeni bir durum olmadığından ve bu mahkemelerin çoğunluğu uzun zamandan beri kurulu olduğundan, yeni bina yapımı ve fiziksel alt yapı oluşturulması devlet açısından büyük bir gidere neden olmayacaktır.

5. İstinaf Mahkemelerinin İlk Derece Mahkemelerinin Kararlarını Önemli Hale Getireceğine İlişkin Görüş

Erem'e göre, ilk derece mahkemelerinde görülen davalar sonucunda verilen kararların istinaf mahkemeleri tarafından maddi ve hukuki denetime tabi tutulması ve hatta kimi zaman yargılamanın baştan yapılması, ilk derece mahkemelerini halkın gözünde alçaltacak ve bu mahkemelerin yaptığı işler formalite haline gelecektir⁸⁵. Böylelikle açtıkları dava hakkında asıl kararın istinaf mahkemeleri tarafından verileceğini düşünen tarafların, nasıl olsa istinaf yargılaması sırasında haklarını koruyacakları düşüncesine kapılacakları ve davalarına gerekli önemi vermeyecekleri belirtilmektedir⁸⁶. Sancakdar'a göre, bu sakıncalı durumun giderilebilmesi için istinaf mahkemelerinde, ilk derece mahkemelerinde yapılan yargılamanın tekrar edilmemesi, yeniden yargılamanın sınırlarının bulunduğu dar anlamda istinaf sisteminin uygulanması gerekmekte ve böylece ilk derece mahkemelerinin yaptıkları yargılamalar / verdikleri kararlar işlevsiz hale gelmeyecektir⁸⁷.

İstinaf mahkemelerinin idare ve vergi mahkemelerinin kararlarını önemli hale getireceğine ilişkin görüş kabul edilirse, bu durumda Danıştay'ın da hem ilk derece mahkemelerinin hem de bölge idare mahkemelerinin kararlarını bazı yargılamalarda önemli hale getirebileceği iddia edilebilir. Böyle bir durumda ise, kanun yollarının meşruiyeti tartışmaya açılmış olur ve kişilerin hak arama özgürlüğünün sağlanması zorlaşabilir. Zira kanun yolları kişilerin haklarının korunması açısından bir güvence oluşturmakta ve mahkemelerin verdiği kararların hukuka aykırılıklarının giderilmesine yardımcı olmaktadır.

⁸³ SEVİNÇ, 2018, s. 57.

⁸⁴ SANCAKDAR, 2012, s. 20.

⁸⁵ EREM, 1950, s. 14.

⁸⁶ EREM, 1950, s. 14.

⁸⁷ SANCAKDAR, 2012, s. 95.

6. İlk Derece Mahkemelerinin (Bazı) Kararlarına Karşı Kanun Yollarının Kapalı Olmasının Hak Arama Özgürlüğünü Zedeleyeceğine İlişkin Görüş

İlk derece mahkemeleri olarak görev yapan idare ve vergi mahkemelerinin kararlarına karşı, başka kanunlarda farklı bir kanun yolu öngörülmesi olsa dahi mahkemenin bulunduğu yargı çevresindeki bölge idare mahkemesine, kararın tebliğinden itibaren otuz gün içinde istinaf yoluna başvurulabilir. Ancak, konusu beş bin Türk lirasını geçmeyen vergi davaları, tam yargı davaları ve idari işlemlere karşı açılan iptal davaları hakkında idare ve vergi mahkemelerince verilen kararlar kesin olup bunlara karşı istinaf yoluna başvurulamaz (İYUK 45/1). Beş bin Türk lirasını geçmeyen vergi davaları, tam yargı davaları ve iptal davalarına karşı hem istinaf kanun yolu hem de temyiz kanun yolu kapalı olduğundan⁸⁸, ilk derece mahkemelerinin bu kararları kesindir ve bu kararlar sadece tek dereceli yargılamaya tabidir⁸⁹. Anayasa Mahkemesi de, İYUK 45/1'de olduğu gibi uyuşmazlıklara parasal sınırlar getirilerek kanun yollarının kapatılmasını hukuka uygun bulmuştur. Anayasa Mahkemesi, iki dereceli yargılama sisteminin açılacak davalardaki miktar bakımından sınırlandırılarak kanun yoluna başvurulmasını engelleyen düzenlemeleri Anayasa'ya aykırı görmemiştir. Mahkeme, böyle sınırlamaların adalet duygusunu rencide edici ve demokratik toplum düzeninin gerekleriyle çelişen bir yönünün bulunmadığına karar vermiştir⁹⁰.

İYUK 20/A'da düzenlenen ivedi yargılama usulüne tabi olan uyuşmazlıklarda da istinaf kanun yoluna gitmek mümkün değildir (İYUK 45/8). Benzer şekilde, her ne kadar İYUK 45/8 hükmünde açıkça düzenlenmiş olmasa da, İYUK 20/B'de düzenlenen merkezi ve ortak sınavlara⁹¹ ilişkin yargılama usulüne

⁸⁸ ÜSTÜN, 2016, s. 25.

⁸⁹ ÜSTÜN, 2016, s. 26; Öte yandan, bölge idare mahkemelerinin de temyiz kanun yoluna kapalı olan kararları vardır. Bölge idare mahkemesi, ilk inceleme üzerine verilen kararlara karşı yapılan istinaf başvurusunu haklı bulduğu, davaya görevsiz veya yetkisiz mahkeme yahut reddedilmiş veya yasaklanmış hakim tarafından bakılmış olması hallerinde istinaf başvurusunun kabulü ile ilk derece mahkemesi kararının kaldırılmasına karar vererek dosyayı ilgili mahkemeye gönderir. Bölge idare mahkemelerinin bu kararları kesindir (İYUK 45/5). Bu nedenle, bölge idare mahkemelerinin bu kararlara karşı temyiz kanun yolu kapalıdır. Bölge idare mahkemelerinin temyiz incelemesine tabi olmayan kararları kesin olduğundan, bunlara karşı, şartları oluşmuşsa yargılamanın yenilenmesi yoluna başvurulabilir. Bölge idare mahkemelerinin her kararı Danıştay'ın temyiz incelemesine tabi değildir, sadece İYUK m. 46'da sayılan Danıştay dava dairelerinin nihai kararları ve bölge idare mahkemelerinin bazı davalar hakkında verdiği kararlar temyiz incelemesine tabidir. Bu kararlar başka kanunlarda aksine hüküm bulursa dahi Danıştay'da, kararın tebliğinden itibaren otuz gün içinde temyiz edilebilir (İYUK m. 46).

⁹⁰ AYM., T. 23.05.2001, E. 2001/232, K. 2001/89, R.G., T. 19.01.2002, S. 24645.

⁹¹ Merkezi ve ortak sınavların neler olduğu konusunda Danıştay'ın dava daireleri arasında farklı yaklaşımlar mevcuttur ve dairelerin kararları arasında bir istikrar bulunmamaktadır. Bkz. AVCI, 2017, s. 78; Danıştay 16. Dairesi, "merkezi ve ortak sınav" koşuluna uymayan,

tabi olan uyuşmazlıklara karşı da istinaf kanun yoluna gidilemeyeceği kabul edilmektedir. Kanun koyucunun İYUK 20/A ile 20/B’de tahdidi olarak belirtilen hallerde istinaf kanun yolunu engellemesi, bu davalarda hızlı karar alma ve alınan kararları kesinleştirme fikrinden kaynaklanmaktadır⁹². Bu durumda ivedi yargılama usulü ile merkezi ve ortak sınavlara ilişkin yargılama usulüne tabi olan uyuşmazlıklarda sadece temyiz kanun yoluna gidilebilmektedir. İvedi yargılama usulüne tabi bir davada temyiz yerine istinaf kanun yoluna başvurulursa, bu durumda bölge idare mahkemesi tarafından görevsizlik kararı verilerek dava dosyası re’sen Danıştay’a gönderilmektedir⁹³. İYUK 20/A ve 20/B’ye tabi durumlarda ilk derece ve temyiz yargılaması (iki dereceli yargılama); İYUK m. 46’da sayılan davalarda, ilk derece, istinaf ve temyiz yargılaması (üç dereceli yargılama); İYUK m. 46’da sayılan davalar dışındaki davalarda ilk derece ve istinaf yargılaması (iki dereceli yargılama) yapılmaktadır⁹⁴.

Öğretide, ivedi yargılama usulü ile merkezi ve ortak sınavlara ilişkin yargılama usulüne tabi olan uyuşmazlıklarda sadece temyiz kanun yoluna gidilmesi ve bu uyuşmazlıklarla ilgili davalarda verilen kararlara karşı istinaf kanun

yani bir kuruma veya bir gruba münhasır olarak yapılan Hakim Adaylığı Yazılı ve Sözlü Sınavı, Kaymakam Adaylığı Yazılı Sınavı, Komiser Yardımcılığı Sınavı, Milli Eğitim Bakanlığı Şube Müdürlüğü Yazılı ve Sözlü Sınavı veya görevde yükselme ve unvan değişikliği sınavları gibi sınavları İYUK 20/B hükmü kapsamında görmemişken, “merkezi ve ortak sınav” tanımına uygun olarak yapılan ve daha geniş kapsamlı olan KPSS, ALES, YDS, YGS, LYS, TEOG ve benzeri sınavları ise, İYUK 20/B kapsamında görmüş ve bu sınavların özel yargılama usulü kapsamında olduğuna hükmetmiştir. Bkz. Dş. 16. İDD., T. 17.06.2015, E. 2015/13268, K. 2015/3837, www.danistay.gov.tr (erişim tarihi 10.05.2020). Avcı’ya göre, Danıştay 16. Dairesi’nin verdiği bu karar isabetli değildir. Zira bir davada İYUK 20/B hükmünün uygulanabilmesi için sınavın Milli Eğitim Bakanlığı veya Öğrenci Seçme ve Yerleştirme Merkezi tarafından yapılması yeterlidir. Sınavlara ilişkin olarak bunun dışında bir başka özellik aranmamalıdır. Bkz. AVCI, **2017**, s. 78; Danıştay 12. Dairesi, avukatlıktan idari yargı hakim adaylığına geçmek isteyenler için yapılacak yazılı sınavı İYUK 20/B kapsamında yer alan merkezi ve ortak sınav olarak kabul etmiştir. Bkz. Dş. 12. İDD., T. 30.09.2014, E. 2014/7668, K. 2014/5994, www.kazanci.com (erişim tarihi 10.05.2020). Yine Danıştay 12. Dairesi, Kamu Personeli Seçme Sınavı’yla ilgili önüne gelen bir uyuşmazlıkta, sınavı İYUK 20/B’de düzenlenen merkezi ve ortak sınav olarak değerlendirmiştir. Bkz. Dş. 12. İDD., T. 09.09.2015, E. 2015/3691, K. 2015/4698, www.kazanci.com (erişim tarihi 10.05.2020). Danıştay 2. Dairesi, Milli Eğitim Bakanlığı tarafından yapılan merkezi ve ortak sınavlarda İYUK 20/B hükmünün uygulanması gerektiğine hükmetmiştir. Bkz. Dş. 2. İDD., T. 30.09.2015, E. 2015/5675, K. 2015/7564, www.kazanci.com (erişim tarihi 10.05.2020). Avcı’ya göre, Danıştay 12. Dairesi ile 2. Dairesi’nin verdiği kararlar isabetlidir. Çünkü bu iki daire, sınavlara ilişkin davalarda yalnızca İYUK 20/B’de yer alan “sınavın merkezi olması” ve “ortak olması” ölçütlerini göz önünde bulundurmıştır. Bu bağlamda, Milli Eğitim Bakanlığı ile Öğrenci Seçme ve Yerleştirme Merkezi tarafından yapılan tüm merkezi ve ortak sınavlarda İYUK 20/B hükmünün uygulanması gerektiği belirtilmektedir. Bkz. AVCI, **2017**, s. 80.

⁹² YILDIRIM, **2015**, s. 44; YILDIRIM / ÇINARLI, **2018**, s. 281.

⁹³ İzmir BİM. 4. İDD., T. 06.04.2017, E. 2017/614, K. 2017/512, ÇINARLI, **2018**, s. 74-75’ten naklen.

⁹⁴ KESKİN, **2016**, s. 251.

yoluna gidilememesinin hak arama özgürlüğünü engellediği savunulmaktadır. Bu bağlamda, ivedi yargılama usulüne tabi davalarda istinaf kanun yoluna gidilmesini engelleyen İYUK 45/8 hükmünün hukuki güvenliğe zarar verdiği, ilgilileri hak arama özgürlüğünden mahrum bıraktığı ve kişileri idare karşısında savunmasız hale getirdiği gerekçesiyle iptal edilmesi talebiyle Anayasa Mahkemesi'nde iptal davası açılmıştır⁹⁵. Başvuruyu değerlendiren Anayasa Mahkemesi İYUK 45/8 hükmünün iptali istemini oybirliğiyle reddetmiştir⁹⁶. Böylelikle Anayasa Mahkemesi'nin ivedi yargılama usulüne tabi davalara karşı istinaf kanun yoluna gidilememesini bir sorun olarak görmediği, bu usule tabi davalara karşı temyiz kanun yoluna gidilebileceği için adil yargılanma hakkının ihlal edilmediğini düşündüğü anlaşılmaktadır. Kararda Mahkeme, istinaf kanun yoluna başvurunun kapatılmasını kanun koyucunun takdir yetkisi kapsamında görmüştür.

Diğer yandan, idari yargıda ilk derece mahkemeleri tarafından verilen çoğu karara karşı da temyiz kanun yolu kapalıdır. İlk derece mahkemeleri tarafından verilen kararların çoğunluğu istinaf kanun yolunda kesinleştiğinden, bu durumun hak arama özgürlüğünü sınırlandırdığı ve hukuki güvenliğe zarar verdiği ileri sürülmektedir⁹⁷. Buna ek olarak, herhangi bir yargı kararının kesin olarak verilmesinin, yani o karara karşı kanun yollarına başvuru hakkının bulunmamasının hak arama özgürlüğü ve dolayısıyla savunma hakkı için çok tehlikeli bir boşluk olduğu dile getirilmektedir⁹⁸.

Ülkemiz idari yargısına ilişkin böylesi tartışmalar sürerken, Fransa'da ilk derece mahkemelerinin verdiği tüm kararlara karşı istinaf kanun yoluna, istinaf mahkemelerinin verdiği tüm kararlara karşı da temyiz kanun yoluna gidilebilmektedir⁹⁹. Bu minvalde, az sayıdaki istisnalar haricinde Türk idari

⁹⁵ AYM., T. 19.03.2015, E. 2014/146, K. 2015/31, R.G., T. 13.06.2015, S. 29385.

⁹⁶ Anayasa Mahkemesi'nin ret gerekçesi şöyledir: "... 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. Nitekim, 2577 sayılı Kanun'un 20/A maddesinin (2) numaralı fıkrasının (g) bendinde, ivedi yargılama usulüne tabi davalarda verilen kararlara karşı onbeş gün içinde temyiz yoluna başvurulabileceği, (i) bendinde ise temyiz incelemesinde Danıştayın gerekli inceleme ve tahkikatı yaparak esas hakkında karar vereceği ve verilen kararların kesin olduğu hüküm altına alınmıştır. Bu itibarla, ivedi yargılama usulüne tabi olan davaların bir an evvel kanun yolu incelemesinden geçerek kesin hükümle sonuçlandırılması amacıyla bu davalarda istinaf yoluna başvurunun ortadan kaldırılması kanun koyucunun takdir yetkisi kapsamında olup kuralda adil yargılanma ilkesine aykırı bir yön bulunmamaktadır. ...".

⁹⁷ DERDİMAN, Cengiz, **İdari Yargının Genel Esasları**, Güncellenmiş 3. Baskı, Aktüel Yayınları, Bursa, 2014, s. 423-424.

⁹⁸ YILMAZ, Ejder, "Hukuk Davalarında Yasa Yollarına Başvuru Hakkı ve Bu Hakkın Sınırlandırılmasının Yerindeliği Sorunu", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Yıl: 1988, Sayı: 1, s. 142.

⁹⁹ SANCAKDAR, 2012, s. 54.

yargısında da tüm mahkeme kararlarının hem istinafa hem de temyize tabi olması gerektiği belirtilmektedir¹⁰⁰.

Ülkemizde kanun koyucu idari yargı yolunda açılan bazı davaları kanun yollarından tamamen veya sınırlı olarak muaf tutma eğilimindedir. Bu eğilim, Anayasa Mahkemesi tarafından da kabul görmektedir. Ancak, idari eylem ve işlemlerden etkilenen ve bunlara karşı dava açan ilgilileri kanun yollarından tamamen alıkoymak hak arama özgürlüğü ve hukuk devleti ilkesinin zedelendiği düşüncesine sebebiyet vermektedir. Bu bağlamda, idarenin eylem ve işlemlerinin denetiminin etkin bir şekilde yapılması, idarenin kamu gücü ayrıcalıklarına dayanarak yaptığı tek yanlı faaliyetlerinin hukuka uygun olarak yapılıp yapılmadığının denetlenmesi hukuk devleti ilkesinin zorunlu bir gereği olarak görülmelidir¹⁰¹. Ayrıca, Güran, üst mahkemelere başvurunun önemli sayılmayan davalar listesiyle sınırlandırılmayacağını; ancak tüm alt mahkeme kararlarını üst mahkemelerin denetimine açmanın da Türk gerçeğine uygun olmadığını dile getirmektedir¹⁰².

7. İstinaf Mahkemelerinin İçtihat Farklılığına Yol Açacağına ve İçtihat Birliğinin Sağlanamayacağına İlişkin Görüş

Öğretideki bir görüşe göre, istinaf kanun yolunun kabul edilmesiyle birlikte, hem Danıştay ile bölge idare mahkemeleri hem de bölge idare mahkemelerinin kendi arasında görüş ayrılıkları ortaya çıkacaktır¹⁰³. Mahkemeler arasında doğabilecek görüş ayrılıklarından dolayı benzer uyuşmazlıklarda farklı kararların çıkabileceği ve içtihat birliğinin sağlanmasının bu açıdan güçleşeceği düşünülebilir.

Bölge idare mahkemelerinin verdiği kararların sadece sınırlı bir bölümünün Danıştay'da temyiz incelemesine açık olduğu ve çoğunlukla bölge idare mahkemelerinin kararlarının istinaf aşamasında kesinleştiği düşünüldüğünde, istinaf yargılamalarında içtihat birliğinin sağlanmasının zorlaştığı ve bölge idare mahkemelerinden içtihat farklılığına sebep olacak nitelikte kararlar çıktığı söylenebilir¹⁰⁴.

¹⁰⁰ ÜSTÜN, 2016, s. 36.

¹⁰¹ AKYILDIZ, 2015, s. 24.

¹⁰² GÜRAN, Sait, **Bölge İdare Mahkemeleri ve Danıştay Üzerine Yapısal Bir Deneme**, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1977, s. 392.

¹⁰³ SEVİNÇ, 2018, s. 69; Yıldırım'a göre, içtihat farklılıklarının temel sebepleri altı başlık altında toplanabilir: "1) Yargının (yargıçların) siyasal - ideolojik duruşu, 2) Yargının (yargıçların) güçlü yürütmeden - idareden çekinmesi, 3) Mahkeme yapısında - üye sayısında değişim, 4) Hukuk kurallarının yorumunda farklılık - hukuk kurallarının farklı yoruma müsait olması, 5) Yargının boşluk doldurma konusunda bilgi eksikliği, 6) Haklı sebepler: Olayın özelliği - mevzuat değişikliği - idari uygulama farklılığı". Bkz. YILDIRIM, Turan, "İdari Yargıda İçtihat Farklılıkları Sorunu ve Çözüm Önerileri", **Danıştay ve İdari Yargı Günü 149. Yıl Sempozyumu (11 Mayıs 2017)**, Danıştay Yayınları, No. 93, Ankara, 2017, s. 137.

¹⁰⁴ ÜNLÜÇAY, 2015, s. 8; AKYILDIZ, 2015, s. 18.

Bununla birlikte, bölge idare mahkemelerinin gerek kendi aralarında gerekse Danıştay'la aralarındaki içtihat farklılıklarının giderilmesi ve böylece içtihat birliğinin sağlanması için 2576 sayılı Kanun'da düzenlemeler de mevcuttur. Kanun'un 3/B maddesi bölge idare mahkemesi başkanlarına, dairelerin benzer olaylarda kesin olarak verdikleri kararlar arasındaki uyuşmazlığın giderilmesi için başkanlar kuruluna başvurma; Kanun'un 3/C maddesi bölge idare mahkemesi başkanlar kurullarına, benzer olaylarda, bölge idare mahkemesi dairelerince verilen kesin nitelikteki kararlar arasında veya farklı bölge idare mahkemeleri dairelerince verilen kesin nitelikteki kararlar arasında aykırılık veya uyuşmazlık bulunması halinde re'sen veya ilgili bölge idare mahkemesi dairelerinin ya da istinaf yoluna başvurma hakkı bulunanların bu aykırılığın veya uyuşmazlığın giderilmesini gerekçeli olarak istemeleri üzerine, istemin uygun görülmesi halinde kendi görüşlerini de ekleyerek Danıştay'dan bu konuda karar verilmesini isteme görevi vermiştir.

Görüldüğü üzere, bölge idare mahkemeleri aracılığıyla Danıştay'a içtihat farklılıkları hakkında bilgi verilmesi hükme bağlanmış ve Danıştay'ın içtihat birliğini sağlama yönünde karar almasına yardımcı olunması hedeflenmiştir. İçtihat farklılıklarını gidermekle görevli olan Danıştay'ın bunu 2575 sayılı Kanun'un 39. ve 40. maddesine dayanarak, İçtihatları Birleştirme Kurulu kararlarıyla yapabileceği belirtilmelidir. Buna ek olarak, sadece bölge idare mahkemeleri tarafından içtihat farklılıklarının Danıştay'a iletilmesiyle yetinilmemeli, aynı zamanda -Danıştay'ın da uygun gördüğü durumlarda- bölge idare mahkemeleri re'sen harekete geçerek kendilerinden kaynaklı içtihat farklılıklarını giderme yetkisine de sahip kılınmalı, bu yönde kanun koyucu tarafından mevzuat düzenlemeleri yapılmalıdır. Ek olarak, Fransa'da olduğu gibi istinaf mahkemelerinin başkanları ve / veya daire başkanları belirli aralıklarla bir araya gelip kararları değerlendirerek içtihat farklılıklarının önüne geçme ve / veya kararlar arasındaki farklılıkları azaltma yönünde çaba sarf edebilirler¹⁰⁵.

Bölge idare mahkemelerinde bölge idare mahkemesi başkanı, daire başkanları ve daire üyeleri bulunmaktadır. Bölge idare mahkemelerinde Danıştay'da olduğu gibi savcılar görev yapmazlar. Bu bakımdan, içtihat farklılıklarının giderilmesiyle ilgili bir başka çözüm ise, bölge idare mahkemelerinin dairelerinde savcılık makamlarının oluşturularak savcılara içtihat birliğinin sağlanması görevinin verilmesidir¹⁰⁶.

Öğretide, içtihat farklılıklarının giderilmesi için başka önerilerin de olduğu görülmektedir. Bir görüşe göre, Danıştay'da idari daire benzeri bir daire oluşturulmalı ve "içtihat dairesi" olarak isimlendirilecek bu daire, dava dairelerine uygulama konusunda yol göstermeli ve içtihat birliğini sağlamada

¹⁰⁵ AKBABA, Ahmet, "Fransız İdari Yargı Sistemine Bir Bakış", *Ankara Barosu Dergisi*, Yıl: 2014, Sayı: 2, s. 148.

¹⁰⁶ AVCI, 2017, s. 44; DEMİRKOL, 2016, s. 138; BİLGİN, 2016, s. 35.

yardımcı olmalıdır¹⁰⁷. Bir başka görüşe göre ise, içtihat farklılıklarının giderilmesinin yöntemi, kararların Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi kararlarındaki formülle yazılmasıdır. Böylelikle uyuşmazlık konusu ve uyuşmazlığa uygulanacak hukuk kuralları ayrı başlıklarda yazılacak, bu kuralların somut olaya ne şekilde uygulanması gerektiği tartışılacak, benzer olaylarda verilen önceki kararlara atfı yapılacak, önceki kararlara yapılan atıflar kararlarda istikrarı ve sürekliliği sağlayacak, üye değişiklikleri kararlardaki farklılığın (ıçtihat farklılıklarının) sebebi olmaktan çıkacaktır¹⁰⁸.

Ayrıca, içtihat farklılıklarının giderilebilmesi için Fransa’da olduğu gibi bölge idare mahkemelerinin ve hatta Danıştay’ın verdiği kararların bir veri tabanında toplanması, bu veri tabanının da insanlara açık hale getirilmesi sağlanmalıdır. Önceki kararlara saygı kültürü de bu şekilde tesis edilebilecektir¹⁰⁹.

II. (İDARİ YARGIDA) İSTİNAF SİSTEMİNİN AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ BAĞLAMINDA DEĞERLENDİRİLMESİ

(İdari yargıda) ilk derece mahkemeleri tarafından verilerin kararların çoğunluğu temyiz kanun yoluna gidilmeksizin istinaf kanun yolunda kesinleşmektedir. İlk derece mahkemelerinin kararlarının çoğunluğuna karşı temyize gidilememesi durumunda hak arama özgürlüğünün sınırlandırıldığı hususunu gündeme getirebilmektedir.

Üstün’e göre, bölge idare mahkemelerinin kararlarının sadece bir kısmı temyize açıktır; ancak bu mahkemelerin tüm kararları temyize tabi hale getirilirse, yargılama sürecinin uzaması ve adil yargılanma hakkı bakımından “makul sürede yargılanma hakkı”nın ihlali söz konusu olabilecektir¹¹⁰. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin¹¹¹ “Adil yargılanma hakkı” başlıklı 6. maddesinde davanın makul bir süre içinde, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından görülmesinden bahsedilmiştir. Bu bakımdan, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde kanun yolu bir zorunluluk olarak düzenlenmemiştir¹¹².

¹⁰⁷ YILDIRIM, 2017, s. 147-148.

¹⁰⁸ YILDIRIM, 2017, s. 146.

¹⁰⁹ “Fransa’da içtihat farklılıkları azdır. Bunun arka planında önceki kararlara saygı kültürü vardır. Kararlarda tutarlılığa önem verilmekte ve tutarsızlık olduğu tespit edilirse karar yayımlanmamaktadır. Her ay bir kere Danıştay İhtilaflar Dairesi Başkanı ve farklı idare ve istinaf mahkemesi başkanlarından gelenler ile toplantı yapılmaktadır. Seri davalara ilişkin olarak da bu tür davaları bir idari istinaf mahkemesi incelemekte, diğerleri beklemekte ve inceleyen idari istinaf mahkemesi kararına göre karar almaktadırlar. Fransa’da Danıştay’ın kullandığı veri tabanı herkese açıktır. İçtihat birliğini sağlayan diğer bir uygulama ise raportörlerin online erişim sağlayan bir sistemi vardır”. Bkz. SANCAKDAR, 2012, s. 51-52.

¹¹⁰ ÜSTÜN, 2016, s. 22.

¹¹¹ T. 04.11.1950.

¹¹² ÜSTÜN, 2016, s. 22.

Diğer taraftan, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Ek 7 Numaralı Protokol'ün¹¹³ “*Cezai konularda iki dereceli yargılama hakkı*” başlıklı 2. maddesinde ceza davalarında geçerli olmak üzere, iki dereceli yargılama sistemi zorunluluğu mevcuttur. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin Hukuki ve Ticari Davalarda Temyiz Sistemleri ile Usullerinin İşleyişinin Geliştirilmesi Hakkında Üye Devletlere Yönelik R(95) 5 Sayılı Tavsiye Kararı'nda kanun yolları denetiminin sadece ceza davaları için değil, hukuki ve ticari davalar için de var olması gerektiği dile getirilmiştir¹¹⁴. Bu bakımdan, kanun yollarının ve dolayısıyla istinaf kanun yolunun insan haklarının bir gereği olduğu sonucuna ulaşılmaktadır¹¹⁵. Ayrıca, Avrupa Birliği ülkelerinin tamamında da istinaf mahkemeleri bulunmaktadır¹¹⁶.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi verdiği kararlarda ne istinafı ne de temyizi adil yargılanmanın bir gereği olarak görmektedir. Ancak, Mahkeme'ye göre, bir ülkede istinaf sistemi varsa, tüm maddi ve hukuki verilerin değerlendirilmesi gerekiyorsa, ilk derece yargılamasında olan yargılama unsurlarının istinaf yargılamasında da olması gerekmektedir¹¹⁷.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kanun yollarıyla ilgili önüne gelen başvuruları Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi m. 6 çerçevesinde değerlendirmektedir. Nitekim Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi istinaf kanun yolunun bir ülkede kabul edilmesi durumunda kişilerin adil yargılanma hakkının güvence altına alınması gerektiğini belirtmiştir¹¹⁸.

SONUÇ

Türkiye'de istinaf kanun yolunun 20 Temmuz 2016 tarihinden itibaren uygulanmaya başlamasıyla birlikte, idari yargıda iki dereceli kanun yolu sisteminden üç dereceli kanun yolu sistemine geçilmiştir. Bu geçiş sürecinin öncesinde ve sonrasında istinaf kanun yolunun, istinaf mahkemelerinin ve genel olarak da istinaf sisteminin faydalı veya sakıncalı olduğu yönünde birçok görüş ileri sürülmüş, istinaf sistemine ilişkin eleştiriler dile getirilmiş, tartışmalar cereyan etmiş ve sistemin olası aksaklıklarının giderilmesi için çözüm önerileri sunulmuştur.

İdari yargıda istinaf sisteminin faydalı veya sakıncalı olduğu yönündeki tartışmaların büyük bölümünün, istinaf mahkemelerinin sahip olduğu, ilk derece mahkemelerinin kararlarını hukuka aykırı buldukları durumda kaldırıp

¹¹³ T. 22.11.1984.

¹¹⁴ www.hsk.gov.tr (erişim tarihi 10.05.2020).

¹¹⁵ YILMAZ, 2004, s. 23.

¹¹⁶ ÖZTÜRK, Bahri / ERDEM, Mustafa Ruhan, **Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, Yeni Ceza Muhakemesi Kanununa Göre Yenilenmiş 11. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2007, s. 842.

¹¹⁷ GÜLAN, 2016, s. 25.

¹¹⁸ Guérin / Fransa, Başvuru No. 25201/94, T. 29.07.1998, www.hudoc.echr.coe.int (erişim tarihi 10.05.2020).

dosyanın esası hakkında en baştan ve yeniden yargılama yapma yetkisinden kaynaklandığı söylenebilir. İdari yargıda istinaf sisteminin yürürlüğe girmesiyle birlikte, idari yargıda istinaf kanun yolu, ilk derece mahkemeleri tarafından verilen son kararların (henüz kesinleşmemiş nihai kararların), gerek maddi gerekse hukuki açıdan üst bir mahkeme tarafından denetimini ve hukuka aykırılıklarının giderilmesini sağlayan ikinci derecede bir kanun yolu olmuştur. Böylece istinafta ilk derece mahkemeleri tarafından yapılan maddi tespitlerin denetlenmesiyle yetinilmemekte, belli şartlar altında olay ve uygulanan normlara ilişkin sorunlar yeniden ele alınabilmektedir. Bunun sonucu olarak istinaf kanun yolunda yeni olguların ve delillerin ileri sürülebilmesi mümkündür. Yani istinaf kanun yolunda, istinaf başvurusunun yerinde olması halinde istinaf mahkemesi ilk derece mahkemesinin kararını kaldırıp olay hakkında bizzat yargılama yaparak yeni bir karar verebilmektedir. Bu şekilde istinaf yargılaması yapabilen bölge idare mahkemelerinin sahip olduğu bu yetki, ülkemiz idari yargısında geniş anlamda istinaf sisteminin uygulandığının da bir göstergesidir.

Geniş anlamda istinaf türünü uygulayan bölge idare mahkemelerinin dosya üzerinde hem maddi hem de hukuki değerlendirme yapma yetkisinin ilk derece mahkemelerinin kararlarını önemsiz hale getirebileceği, ilk derece mahkemelerinin yaptığı yargılamalara olan güveni azaltabileceği düşünülse de, ilk derece mahkemesi kararlarının hukuka aykırı olması durumunda daha kıdemli hakimler tarafından -makul sürede yargılanma hakkını ihlal etmeyecek şekilde- ikinci bir gözle incelenerek yeniden bir yargılama yapılması adaletin gerçekleşmesini sağlama adına olumlu gözükmektedir. Bu durum, ilgililerin hak kayıplarının önlenmesi, adil yargılanma hakkının tesisi ve hak arama özgürlüğünün sağlanmasına katkı sunabilir. Ancak, İYUK45/4 nedeniyle yeniden yargılama yapma yetkisine sahip olan ve iş yükü artma olasılığı bulunan bölge idare mahkemelerinin beklenen çalışma performansını gösteremeyecekleri de ihtimal dahilindedir. Bunun aşılabilmesi için bölge idare mahkemelerinin ve hakimlerinin sayısının artırılması ya da hukuka aykırı bulunan ilk derece mahkemesinin kararının kaldırılarak uyuşmazlık dosyasının yeniden karar verilmek üzere ilk derece mahkemesine gönderilebilmesine olanak tanıyan mevzuat düzenlemesinin yapılması bir çözüm olarak düşünülebilir.

Makul sürede yargılanma hakkının tesisine, idari yargıda istinaf sisteminin uygulanmaya başlamasıyla daha da yaklaşıldığı söylenebilir. Zira 20 Temmuz 2016 tarihi itibarıyla, ilk derece mahkemelerinde uyuşmazlığın çözülme süreci ortalama bir yıldan daha az sürmektedir. Buna ek olarak, idari yargıda istinaf sisteminin yürürlüğe girip uygulanmasıyla birlikte, 2016 yılında Danıştay'a gelen dosya sayısı 270.000 civarındayken, 2017 yılında bu sayı 86.000 civarına gerilemiş ve yaklaşık %70 oranında azalma göstermiştir. İdari yargıda istinaf kanun yolu uygulamasından önce, yani 20 Temmuz 2016

tarihinden evvel davaların ortalama temyiz edilme oranı %46 iken, bugün bu oran %10'a düşmüştür. Ayrıca, idari yargıda istinaf kanun yolunun yürürlüğe girdiği günden, 31 Aralık 2017'ye kadar yapılan istinaf başvurularının karara bağlanma oranı ortalama %83 ve karar süresi ortalama 75 gün olarak gerçekleşmiştir. Durum böyle olmakla birlikte, yargılama sürecinin kısalmasının her zaman adil yargılanmaya uygun bir yargılama sürecinin seyredeceği anlamına gelmeyeceği unutulmamalıdır. Hızlı karar verme amacıyla çıkılan yolda, kişilerin yargılamaya bağlı diğer hakları zarar görmemeli ve nitelikli yargılama asıl amaç olmalıdır.

20 Temmuz 2016 tarihinden itibaren idari yargıda istinaf kanun yolunun uygulanmaya başlamasıyla birlikte, vereceği kararların bir kısmı istinaf mahkemelerinin denetimine tabi olan ilk derece mahkemesi hakimlerinin rehavete kapılacakları, yapacakları yargılamada gereken özeni ve dikkati göstermeyecekleri, nasıl olsa bölge idare mahkemelerinde kararlarının çoğunluğunun yeniden gözden geçirilebileceği düşüncesiyle gayretli bir şekilde görev yapmayacakları ve hata yapmaktan çekinmeyecekleri ihtimalinin zamanla yoğun bir şekilde ortaya çıkması söz konusu olabilir. Ancak, istinaf kanun yolu incelemesinde bölge idare mahkemeleri tarafından, kararı veren ilk derece mahkemesi hakimleri hakkında, mesleki yükselmelerine ve ilerlemelerine etkisi olan kanun yolu değerlendirme formunun 30 Eylül 2016 tarihinde yürürlüğe giren yönetmelikle düzenlenmesi, ilk derece mahkemesi hakimlerini yaptıkları yargılama sırasında daha dikkatli, özenli ve özverili olmaya itecektir. Kanun yolu değerlendirme formunun hakimler üzerinde oluşturacağı etkiden daha da önemlisi, hakimlerin vicdani sorumlulukla hareket edip hangi derece yargılamasında olursa olsun hukuk devleti ilkesine, adil yargılanma hakkına, hukuki dinlenilme hakkına, makul sürede yargılanma hakkına, hak arama özgürlüğüne ve savunma hakkına saygılı bir şekilde davranmalarıdır. Ancak, yine de uygulamada özensizlikten kaynaklı trajikomik bazı tutumlarla karşılaşılabilir. Bu bağlamda, uyuşmazlık hakkında karar veren kimi mercilerin davanın taraflarına yönelik verdikleri / verebilecekleri (muhtemel) cevaplar ve tepkiler şu şekilde canlandırılabilir: *"İlk derece mahkemesi: Biz kararı verdik, bakalım istinaf ne diyecek. İstinaf mahkemesi: Kararımızı beğenmeyen taraf temyize başvursun, bir de dosyaya temyizde bakılsın. Temyiz mahkemesi: Biz üzerimize düşeni yaptık, karar verdik, iş bizden çıktı"*.

Bir diğer konu ise, idari yargıda bazı uyuşmazlıklara (olağan) kanun yollarının tamamen kapatılmış olmasıdır. İdari yargıda konusu beş bin Türk lirasını geçmeyen vergi davaları, tam yargı davaları ve idari işlemlere karşı açılan iptal davaları hakkında idare ve vergi mahkemelerince verilen kararlar kesin olup bunlara karşı istinaf kanun yoluna başvurulamamaktadır (İYUK 45/1). İdari yargıda parasal sınırlamalar getirilerek bazı uyuşmazlıklara kanun yollarının tamamen kapatılması, hukuki güvenlik ilkesi ve hak arama özgürlüğü

bakımından sakıncalıdır. Zira idare ve vergi mahkemeleri tarafından parasal sınırlardan dolayı kesin şekilde verilen ve bu sebeple kanun yolları kapalı olan hukuka aykırı kararlar ortaya çıkabilir. Bu kararların ikinci bir göz olarak bölge idare mahkemeleri tarafından denetlenmesi bundan dolayı gerekebilir. Bu bağlamda, kanun yollarının tamamen kapalı olmasının makul sürede yargılanma hakkını tesis etmeye yönelik olduğu görüşü öğretide savunulsa da, kişilerin hak arama özgürlüğü daha ağır basmalıdır. Ayrıca, makul sürede yargılanma hakkının ihlali, bölge idare mahkemelerinin koşulları iyileştirilerek ve hakim sayısı artırılarak üstesinden -kısmen de olsa- gelinebilecek bir konu olarak görülebilir. Bu bakımdan, idari yargıda parasal sınırlar nedeniyle kanun yollarına kapalı olarak verilen kararlara karşı en azından istinaf veya temyiz denetiminden biri öngörülmelidir. Verilen kararlara karşı tamamen kanun yolu kapatılmamalıdır. Bu husus, kamu gücünü kullanarak idari eylem ve işlemler uygulayan idareye karşı kişileri korumak adına da önem taşımaktadır. Kaldı ki bu tutum, Anayasa 125/1'e de uygun bir yaklaşım olacaktır.

Öte yandan, 2016 yılından itibaren istinaf mahkemelerinin ilk derece mahkemelerinin kararları üzerinde yeniden ve ikinci derecede bir yargılama yapması temyiz kanun yolu incelemesi yapan Danıştay'ın iş yükünü hafifletmiş ve içtihat mahkemesi olma özelliğini güçlendirmiştir. Ancak, mevcut durumda istinaf mahkemelerinin iş yükünün artma olasılığı doğmuştur. Bunun önlenmesi için bölge idare mahkemelerinin ve mevcut bölge idare mahkemelerinin daire sayısı ile hakim sayısının artırılması yoluna gidilebilir.

İstinaf sistemiyle birlikte geniş anlamda istinaf türünü uygulamaya başlayan, uyuşmazlıklar üzerinde maddi ve hukuki değerlendirmeler yapan bölge idare mahkemelerinde verilen kararlar arasında içtihat farklılıkları meydana gelmektedir. Bölge idare mahkemelerinin gerek kendi aralarında gerekse Danıştay'la aralarında oluşacak içtihat farklılıklarının giderilip içtihat birliğinin sağlanması için 2576 sayılı Kanun'un 3/B ile 3/C maddelerindeki düzenlemelerin uygulanmasına önem verilmelidir. Zira bu düzenlemeler bölge idare mahkemelerinin, benzer olaylarda, kendi daireleri veya farklı bölge idare mahkemeleri arasındaki içtihat farklılıklarının giderilmesi için Danıştay'a bunlar hakkında bilgi verilmesini öngörmektedir. Bölge idare mahkemelerinden kaynaklanan içtihat farklılıklarını giderme konusunda kanunla Danıştay'a verilen bu görevle yetinilmemeli, Danıştay'ın da uygun gördüğü durumlarda re'sen harekete geçerek bölge idare mahkemelerinden kaynaklanan içtihat farklılıklarını giderebilmesinin kanuni dayanağı oluşturulmalıdır. Buna ek olarak, Fransa'dakine benzer şekilde, istinaf mahkemelerinin başkanları ve / veya daire başkanları belirli aralıklarla bir araya gelip aldıkları kararları değerlendirerek içtihat farklılıklarının önüne geçme ve / veya kararlar arasındaki farklılıkları azaltma yönünde adım atmalılar ve hatta -Danıştay'ın uygun gördüğü durumlarda- bölge idare mahkemelerinin re'sen harekete

geçerek kendilerinden kaynaklı içtihat farklılıklarını gidermelerinin yolu kanun koyucu tarafından açılmalıdır.

Buna ek olarak, içtihat farklılıklarının giderilmesinin bir başka yöntemi de verilen kararların Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi kararlarındaki formülle yazılmasıdır. Böylece uyumsuzluk konusu, uyumsuzluğa uygulanacak hukuk kuralları, ilgilinin iddiaları ve talepleri ayrı başlıklarda yazılabilir, hukuk kurallarının somut olaya nasıl uygulanacağı tartışılabilir, benzer olaylarda verilen mahkeme kararlarına atıf yapılabilir. Bu formül, içtihat farklılıklarını gidermeye yarayacağı gibi önceki kararlara yapılan atıflar istikrarı sağlamaya da yardımcı olacaktır. Durum böyle olunca, mahkemelerdeki üyelerin değişmesi içtihat farklılıklarına sebebiyet vermeyecektir.

Halihazırda, elektronik ortamda Danıştay'ın yalnızca bazı kararlarına ulaşılabilen; bölge idare mahkemelerinin kararlarının da çok kısıtlı bir bölümüne ulaşılabilir. Bu bağlamda, içtihat farklılıklarının giderilebilmesi için getirilebilecek bir başka öneri ise, Danıştay'ın ve bölge idare mahkemelerinin kararlarının ortak bir elektronik havuzda toplanması ve dileyen herkesin bu veri / içtihat bankası havuzunda yer alan kararları edinebilmesidir. Böylelikle benzer olaylarda önceden alınan kararlara saygı kültürü geliştirilebilecek, itimat edilebilecek ve yargıya güven artırılacaktır. Ek olarak, içtihat birliğinin sağlanması, yargı mercilerinin yargılama yaparken ve karar verirken işini kolaylaştıracağı gibi kişilerin de hukuki güvenliğinin sağlanmasına katkı sağlayacaktır.

KAYNAKÇA

Kitaplar:

- AKİL, Cenk, **İstinaf Kavramı**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2010.
- AKYILMAZ, Bahtiyar / SEZGİNER, Murat / KAYA, Cemil, **Türk İdari Yargılama Hukuku**, Savaş Yayınevi, Ankara, 2018.
- ALANGOYA, Yavuz / YILDIRIM, Kamil / DEREN YILDIRIM, Nevhis, **Medeni Usul Hukuku Esasları**, 4. Bası, Alkım Yayınevi, İstanbul, 2004.
- AVCI, Mustafa, **İdari Yargılama Usulündeki Son Yenilikler ve İdari Yargıda İstinaf Kanun Yolu**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017.
- BİLGİN, Hüseyin, **99 Soruda İdari Yargıda İstinaf Başvuru Rehberi**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016.
- ÇINARLI, Serkan, **İdari Yargılamada İstinaf ve Bölge İdare Mahkemeleri**, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 2. Baskı, Ankara, 2018.
- ÇİFTÇİ, Murat Özgür, **Medeni Yargılama Hukukunda İstinaf**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2011.

- DİRDİMAN, Cengiz, **İdari Yargının Genel Esasları**, Güncellenmiş 3. Baskı, Aktüel Yayınları, Bursa, 2014.
- GÜNAL, A. Nadi, **Roma Medeni Usul Hukukunda Yargılama Süreci ve İstinaf**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2007.
- GÜRAN, Sait, **Bölge İdare Mahkemeleri ve Danıştay Üzerine Yapısal Bir Deneme**, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1977.
- KAPLAN, Gürsel, **İdari Yargılama Hukuku**, Ekin Yayınevi, Bursa, 2016.
- ODYAKMAZ, Zehra, **Türk İdari Yargılama Usulünde Kararlara Karşı Başvuru Yolları**, Alfa Yayınları, İstanbul, 1993.
- ÖZAY, İl Han, **Günişliğinde Yönetim İl Yargısal Korunma**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010.
- ÖZTÜRK, Bahri / ERDEM, Mustafa Ruhan, **Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, Yeni Ceza Muhakemesi Kanununa Göre Yenilenmiş 11. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2007.
- TAN, Turgut, **İdare Hukuku**, Güncelleştirilmiş 5. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2016.
- TAN, Turgut, **İdare Hukuku**, Güncelleştirilmiş 8. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2019.
- TANERİ, Gökhan, **İstinaf Mahkemeleri**, 2. Baskı, Bilge Yayınevi, Ankara, 2016.
- YENİSEY, Feridun, **Ceza Muhakemesi Hukukunda İstinaf ve Tekrar Kabulü Sorunu**, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1979.
- YILDIRIM, Kamil, **Hukuk Devletin Gereği: İstinaf**, Nesil Matbaacılık, İstanbul, 2000.
- YILDIRIM, Ramazan / ÇINARLI, Serkan, **Türk İdâri Yargılama Hukuku Dersleri**, Astana Yayınları, Ankara, 2018.
- YILDIRIM, Turan, **İdari Yargı**, 2. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2010.
- YILDIRIM, Turan / YAŞIN, Melikşah / KAMAN, Nur / ÖZDEMİR, H. Eyüp / ÜSTÜN, Gül / OKAY TEKİNSOY, Özge, **İdare Hukuku**, Güncelleştirilmiş 7. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, (Editör: Turan YILDIRIM), İstanbul, 2018.
- YILMAZ, Ejder, **İstinaf Mahkemeleri**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2004.

Makaleler ve Tezler:

- AKAY, Emrah, **İstinaf Yargılaması ve Türk İdari Yargısında Uygulanması**, Yüksek Lisans Tezi, Gaziantep, Gaziantep Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2018.

- AKBABA, Ahmet, “Fransız İdari Yargı Sistemine Bir Bakış”, **Ankara Barosu Dergisi**, Yıl: 2014, Sayı: 2, s. 433-464.
- AVCI, Mustafa, “İdari Yargıda İstinaf”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Yıl: 2011, Sayı: 96, s. 179-204.
- BERKET, Zuhale, “İdari Yargılama Hukuku Açısından İstinaf ve Kabulü Sorunu”, **Danıştay Dergisi**, Yıl: 1996, Sayı: 94, s. 11-27.
- EREM, Faruk, “İstinaf Mahkemeleri”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl: 1950, Cilt: 7, Sayı: 1, s. 9-17.
- KESKİN, Züleyha, “İdari Yargıda İstinaf Kanun Yolu”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Yıl: 2016, Sayı: 126, s. 235-262.
- KONURALP, Haluk, “Fransız Hukukunda Kanun Yolları Arasında İstinafın Yeri (Hukuk Davaları Açısından)”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl: 2001, Cilt: 50, Sayı: 1, s. 25-39.
- KURU, Baki, “İstinaf Mahkemeleri Kurulurken”, **Adalet Dergisi**, Yıl: 1963, Sayı: 5-8, s. 548-569.
- PEKCANITEZ, Hakan, “İstinaf Mahkemeleri”, **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl: 2006, Sayı: 1, s. 17-29.
- SAYGIN, Engin, “İdari Yargıda İstinaf Mahkemesi Tartışmaları Üzerine Bir Analiz”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Yıl: 2011, Cilt: 69, Sayı: 1-2, s. 635-648.
- SEVİNÇ, Ekin, **Türk İdari Yargılama Hukukunda İstinaf Kanun Yolu**, Yüksek Lisans Tezi, Trabzon, Karadeniz Teknik Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2018.
- ÜSTÜN, Gül, “İdari Yargıda İstinaf Kanun Yolu Üzerine Bir Değerlendirme”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Yıl: 2016, Cilt: 22, Sayı: 2, s. 13-38.
- YILMAZ, Ejder, “Hukuk Davalarında Yasa Yollarına Başvuru Hakkı ve Bu Hakkın Sınırlandırılmasının Yerindeliği Sorunu”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Yıl: 1988, Sayı: 1, s. 131-155.

Bildiriler:

- AKYILDIZ, Ali, “İstinafa İlkesel Bakmak”, **Danıştay ve İdari Yargı Günü 147. Yıl Sempozyumu (12 Mayıs 2015)**, Danıştay Yayınları, No. 89, Ankara, 2015, s. 11-32.
- DEMİRKOL, Selami, “İdari Yargılama Usulü Yenilenirken İstinaf Kanun Yolu Öngörüsü - Danıştay’ın İçtihat Mahkemesi Rolünün Güçlendirilmesi”, **Danıştay ve İdari Yargı Günü 148. Yıl Sempozyumu (10 Mayıs 2016)**, Danıştay Yayınları, No. 91, Ankara, 2016, s. 115-140.

- FENDOĞLU, Hasan Tahsin, “Yargı Reformu Işığında İstinaf Mahkemelerinin Yeniden Kurulması Sorunu”, **Cumhuriyet ve Hukuk Sempozyumu (22-23 Ekim 1998)**, www.hasantahsinfendoglu.net (erişim tarihi 10.05.2020).
- GÜLAN, Aydın, “Ülkemizde Kanuni Düzenlemeleri Sonrasında İstinaf Kanun Yolu Hakkında Yeniden ve Farklı Düşünmek”, **Danıştay ve İdari Yargı Günü 148. Yıl Sempozyumu (10 Mayıs 2016)**, Danıştay Yayınları, No. 91, Ankara, 2016, s. 19-27.
- GÜNGÖR, Zerrin, “Sempozyum Açış Konuşması”, **Danıştay ve İdari Yargı Günü 149. Yıl Sempozyumu (11 Mayıs 2017)**, Danıştay Yayınları, No. 93, Ankara, 2017, s. 7-11.
- GÜNGÖR, Zerrin, “Sempozyum Açış Konuşması”, **Danıştay ve İdari Yargı Günü 150. Yıl Sempozyumu (10-11 Mayıs 2018)**, Danıştay Yayınları, No. 99, Ankara, 2018, s. 7-19.
- KOÇ, Halil, “İdari Yargıda İstinaf Sistemine Geçiş”, **Danıştay ve İdari Yargı Günü 147. Yıl Sempozyumu (12 Mayıs 2015)**, Danıştay Yayınları, No. 89, Ankara, 2015, s. 55-61.
- KUTLU GÜRSEL, Meltem, “Hukuk Devleti İlkesinden Hukukun Üstünlüğüne Geçiş Sürecinde ‘Yönetimde Demokrasinin Gereklerinden Biri Olarak’ Birey ile İdare Arasındaki İlişkilerin Düzenlenmesi ve Fransa Örneği”, **Danıştay ve İdari Yargı Günü 148. Yıl Sempozyumu (10 Mayıs 2016)**, Danıştay Yayınları, No. 91, Ankara, 2016, s. 167-200.
- SANCAKDAR, Oğuz, “İdari Yargıda İstinaf Sistemi Üzerine Düşünceler”, **Danıştay ve İdari Yargı Günü 144. Yıl Sempozyumu (11 Mayıs 2012)**, Danıştay Yayınları, No. 83, Ankara, 2013, s. 13-95.
- SANCAKDAR, Oğuz, “İdari Yargı İstinaf Sistemindeki Olası Sorunlar ve Çözüm Önerileri”, **Danıştay ve İdari Yargı Günü 148. Yıl Sempozyumu (10 Mayıs 2016)**, Danıştay Yayınları, No. 91, Ankara, 2016, s. 29-113.
- SEZGİNER, Murat, “İdari Yargıda İstinaf İncelemesinin Esasları ile İstinaf Uygulamasında İçtihat Aykırılıkları Sorunu ve Çözüm Yolları”, **Danıştay ve İdari Yargı Günü 150. Yıl Sempozyumu (10-11 Mayıs 2018)**, Danıştay Yayınları, No. 99, Ankara, 2018, s. 111-134.
- TELLİ, Ali, “İstinaf Kanun Yolunda Olası Sorunlar ve Çözüm Önerileri”, **Danıştay ve İdari Yargı Günü 148. Yıl Sempozyumu (10 Mayıs 2016)**, Danıştay Yayınları, No. 91, Ankara, 2016, s. 141-154.
- TUNCA, E. Fahrünnisa, “İdari Yargıda İstinaf”, **Danıştay ve İdari Yargı Günü 141. Yıl Sempozyumu (11 Mayıs 2009)**, Danıştay Yayınları, No. 79, Ankara, 2010, s. 87-93.
- ÜNLÜÇAY, Mehmet Rıza, “Birinci Oturum Açış Konuşması”, **Danıştay ve İdari Yargı Günü 147. Yıl Sempozyumu (12 Mayıs 2015)**, Danıştay Yayınları, No. 89, Ankara, 2015, s. 7-9.

- YENİSEY, Feridun, “Uluslararası Sözleşmeler ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Kapsamında İstinaf Mahkemesi Standartları”, **Türkiye’de İstinaf Mahkemelerinin Kurulmasının Desteklenmesi Projesi (2-3 Mart 2006)**, www.abgm.adalet.gov.tr, s. 18-24.
- YILDIRIM, Ramazan, “Türkiye’de İstinaf Uygulamasının İdari Yargıya Etkileri”, **Danıştay ve İdari Yargı Günü 147. Yıl Sempozyumu (12 Mayıs 2015)**, Danıştay Yayınları, No. 89, Ankara, 2015, s. 33-53.
- YILDIRIM, Turan, “İdari Yargıda İçtihat Farklılıkları Sorunu ve Çözüm Önerileri”, **Danıştay ve İdari Yargı Günü 149. Yıl Sempozyumu (11 Mayıs 2017)**, Danıştay Yayınları, No. 93, Ankara, 2017, s. 137-153.

İnternet Kaynakları:

<https://mevzuat.tbmm.gov.tr>

www.danistay.gov.tr

www.gaziantepbim.adalet.gov.tr

www.haberler.com

www.hsk.gov.tr

www.hudoc.echr.coe.int

www.izmirbim.adalet.gov.tr

www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr

www.kazanci.com

www.tdk.gov.tr

KISALTMALAR

AYM. : Anayasa Mahkemesi

BİM. : Bölge İdare Mahkemesi

Bkz. / bkz. : Bakınız

Dş. : Danıştay

E. : Esas

İDD. : İdari / İdare Dava Dairesi

İYUK : 2577 Sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu

K. : Karar

m. : Madde

No. / no. : Numara

R.G. : Resmi Gazete

s. : Sayfa

S. : Sayı

T. : Tarih

vb. : Ve Benzeri

vd. : Ve Devamı

PAZARLAMACININ SÖZLEŞME YAPMAYA YETKİLENDİRİLMESİNDE YAZILI ŞEKİL ŞARTI

The Written Form in the Authorisation of the Traveling Salesman to Enter into an Agreement

Arş. Gör. Sercan UÇAR*

Geliş Tarihi: 17.04.2020

Kabul Tarihi: 31.08.2020

ÖZET

Pazarlamacılık sözleşmesi 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu ile birlikte pozitif hukukumuza dâhil olmuştur. Bununla birlikte anılan sözleşme, başta düzenlenme yeri ve hukuki niteliği olmak üzere, pek çok tartışmayı beraberinde getirmiştir. Bu tartışmalardan birisi de pazarlamacının sözleşme yapmaya yetkilendirilmesinde yazılı şekil şartına daırdır. Doktrinde, yazılı şekil şartının kapsamı ve hukuki niteliği yoğun biçimde tartışılmaktadır. Çalışmada, yazılı şekil şartına dair anılan iki sorun üzerinde durulmuştur. Bu incelemede, ilk olarak, İsviçre hukuku (yasal düzenlemeler ve doktrinde ifade edilen görüşler) dikkate alınmıştır. Zira yazılı şekil şartı konusunda Türk Borçlar Kanunu ve İsviçre Borçlar Kanunu hükümleri paralellik göstermektedir. İkinci olarak, ticaret hukukuna hâkim ilkeler gözetilmiştir. Zira pazarlamacılık sözleşmesine dair Türk Borçlar Kanunu hükümleri, çoğunlukla, işveren ile pazarlamacı arasındaki iç ilişkiyi düzenlemektedir. Bu sebeple pazarlamacının tacir yardımcısı niteliği ile ilintili olan sözleşme yapma yetkisine dair sorunları çözmeye elverişli değildir. Çalışmada ilk olarak yazılı şekil şartının kapsamı belirlenmiştir. Akabinde ise, yazılı şekil şartına aykırılığın iç ve dış ilişki bakımından hukuki sonuçları incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Tacir Yardımcısı, Pazarlamacı, Pazarlamacılık Sözleşmesi, Sözleşme Yapma Yetkisi, Yazılı Şekil Şartı.

ABSTRACT

Traveling salesman agreement is incorporated into the Turkish Positive Law with the Turkish Code of Obligations Law No 6098. However, the said agreement came with a lot of disputes, in particular, the place in which it is regulated and its legal nature. One of these disputes concerns the written form requirement in the authorization of the traveling salesman to enter into an agreement. The scope and legal nature of the written form requirement are intensively discussed in the doctrine. This study dwells on two problems as to the written form requirement. This review is based on two pillars. Firstly, the Swiss law (legal regulations and approaches in the doctrine) is taken into account. Because the provisions of the Turkish Code of Obligations have parallels with those of the Swiss Code of Obligation. Secondly, the governing principles of commercial law are considered. The provisions of the Turkish Code of Obligation on traveling salesman agreement often regulate the internal relationship between the employer and the traveling salesman. For this reason, it is not appropriate for the settlement of disputes as to the authorization of traveling salesman to enter into an agreement, which is associated with the assistant merchant capacity. In the Study, firstly the scope of the written form requirement is established. Subsequently, the legal consequences of the breach of the written form requirement are scrutinized in terms of internal and external relationship.

Keywords: Merchant Assistant, Traveling Salesman, Traveling Salesman Agreement, Authority to Enter Into an Agreement, Written Form Requirement.

* Bursa Uludağ Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, e-posta: sercanucar@uludag.edu.tr, ORCID ID: 0000-0002-6710-0351).

GENEL OLARAK

Tacir ekonomik gayelerle işletmesinin faaliyet alanını genişletme ihtiyacı duyabilir. Bu ihtiyaca pek çok hukuki mekanizma cevap vermektedir. Bu anlamda olmak üzere tacir, şube açma veya acentelik ilişkisi kurma yoluna gidebilir. Ancak bu türden girişimler kimi zaman ekonomik kimi zaman da hukuki ve fiili sebeplerle işlevsel olmayabilir¹. Söz gelimi, dâhil olunmak istenilen sahada iş hacmi görece dar ise, şube ve acentelik ilişkisine dair yatırım maliyeti ile potansiyel fayda birbirleriyle bağdaşmaz. Söz konusu ekonomik gerçeklik, taciri, fayda maliyet oranı daha yüksek hukuki ilişkiler aramaya sevk eder. İşte pazarlamacılık ilişkisi bu noktada gündeme gelmektedir. Zira pazarlamacılık, tacire, görece makul bir maliyet karşılığında yeni müşteri çevrelerine ulaşma olanağı sağlamaktadır².

Pazarlamacılık, işletmede üretilen mal veya hizmetlerin işletme dışındaki coğrafi alanlarda üçüncü kişilere tanıtılması ve (işverenin yetki vermesi halinde) satılması³ olarak tanımlanabilir⁴. Pazarlamacı işverenin emir ve talimatlarına uygun biçimde faaliyet gösterir; kendisine bildirilen bölge, müşteri çevresi veya rotaya uyararak edimini ifa eder⁵. Pazarlamacı gittiği yerlerde numune ve katalog gösterir, ürünü tanıtır ve gerekiyorsa denenmesine olanak sağlar. İşveren tarafından kendisine otomobil, bilgisayar ve cep telefonu gibi araç ve

- ¹ **Kaya**, Arslan (Ülgen, Hüseyin/Helvacı, Mehmet/Nomer Ertan, N. Füsün): Ticari İşletme Hukuku, İstanbul 2019, s. 755; **Bahtiyar**, Mehmet: Ticari İşletme Hukuku, İstanbul 2019, s. 216; **Topçuoğlu**, Metin: “Yeni Tacir Yardımcısı Pazarlamacı”, Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2011, C.1, S.2, s. 32; **Yalman**, Gökhan: Yeni Türk Borçlar Kanunu’na Göre Pazarlamacılık Sözleşmesi, Ankara 2017, s. 10-11.
- ² **Kaya (Ülgen/Helvacı/Nomer Ertan)**, s. 755; **Topçuoğlu**, s. 32; **Topuz**, Murat: “6098 Sayılı Borçlar Kanunu Uyarınca Pazarlamacılık Sözleşmesi”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 2013, C. 19, S. 1, s. 296- 297. Karş. **Ayhan**, Rıza/Çağlar, Hayrettin/Özdamar, Mehmet: Ticari İşletme Hukuku, Ankara 2019, s. 465; **Zengin**, İbrahim Çağrı: Pazarlamacılık Sözleşmesi, İstanbul 2013, s. 1.
- ³ Bu sebeple, işletmenin ihtiyacı olan mal ve hizmetlerin alımı işi ile uğraşmak pazarlamacılık olarak nitelendirilemez, bkz. **Tuncay**, Can: “Pazarlamacılık (Ticari Gezgin) Sözleşmesi ve Düşündürdükleri”, Çimento İşveren Dergisi, 2012, C. 26, S. 2, s. 10; **Akdeniz**, Umur: “Pazarlamacılık Sözleşmesi”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2013, C. 17, S. 4, s. 5; **Dulay Yangın**, Dilek: “Hizmet Sözleşmesinin Bir Türü Olarak Pazarlamacılık Sözleşmesi ve Unsurları (Hukuk Genel Kurulu Kararı İncelemesi)”, Prof. Dr. Savaş Taşkent’e Armağan, İstanbul 2019, s. 881.
- ⁴ Doktrinde “pazarlamacı” kavramı pazar satıcısını çağrıştırdığı gerekçesiyle eleştirilmekte ve bunun yerine “ticari gezgin”, “gezici tacir yardımcısı” ve “seyyar tüccar memuru” kavramları önerilmektedir, bkz. **Tuncay**, s. 5; **Akdeniz**, s. 9; **Yalman**, s. 7. Nitekim İsviçre Borçlar Kanunu (OR)’de de ticari gezgin anlamına gelen “Handelsreisende” kavramı kullanılmıştır.
- ⁵ **Tuncay**, s. 5; **Topuz**, s. 296; **Yalman**, s. 10. Pazarlamacının faaliyet alanı mahalle, ilçe ve hatta ülke olarak dahi belirlenebilir, bkz. **Topçuoğlu**, s. 32.

gereçler tahsis edilir⁶. Uygulamada özellikle ilaç, kozmetik ve gıda gibi alanlarda pazarlamacılık ilişkisine rastlanmaktadır⁷.

Pazarlamacılık ilişkisi sözleşmeden doğar. Pazarlamacılık sözleşmesi TBK m. 448 vd. hükümlerde düzenlenmiştir. Kanun koyucu, pazarlamacılık sözleşmesini, hizmet sözleşmesinin özel bir türü olarak öngörmüştür^{8,9}. Doktrinde ve yargı kararlarında da pazarlamacılık sözleşmesi atipik bir hizmet sözleşmesi olarak anılmaktadır¹⁰.

TBK m. 448'de pazarlamacılık sözleşmenin bir tanımına yer verilmiştir. Buna göre pazarlamacılık sözleşmesi, *“pazarlamacının sürekli olarak bir ticari işletme sahibi¹¹ işveren hesabına¹² ve işletmenin dışında, her türlü işlemin yapılmasına aracılık etmeyi veya yazılı anlaşma varsa, bu anlaşmada belirtilen işlemleri yapmayı, işletme sahibi işverenin de buna karşılık ücret ödemeyi üstlendiği sözleşmedir.”*

Pazarlamacılık sözleşmesinin unsurları beş başlıkta ele alınabilir:

Bu bahiste ilk olarak tarafların hizmet sözleşmesinden kaynaklı asli edim yükümlülüklerine; ücret ve iş görme unsurlarına değinilmelidir. Pazarlamacılık sözleşmesinde işverenin asli edim yükümlülüğünü ücret oluşturur. Ücret

⁶ **Tuncay**, s. 5; **Topuz**, s. 296; **Yalman**, s. 10.

⁷ **Tuncay**, s. 5; **Topuz**, s. 296; **Yalman**, s. 10; **Süzek**, Sarper: İş Hukuku, İstanbul 2019, s. 276.

⁸ Bu tercihte OR Art. 347 ilâ 350a hükümleri etkili olmuştur, bkz. TBK Madde Gereççeleri. Hal böyle iken İsviçre doktrininde pazarlamacılık sözleşmesine dair hükümlerin çağın gerisinde kaldığı ve giderek gereksiz hale geldiği ifade edilmektedir, bkz. **Truniger**, Philipp: Schweizerisches Obligationenrecht (OFK-Orell Füssli Kommentar), Zürich 2016, s. 997.

⁹ Bu tercih, pazarlamacının tacir yardımcısı niteliğini göz ardı ettiği gerekçesi ile eleştirilmekte ve kurumun tacir yardımcılara dair TBK'nın on ikinci bölümünde düzenlenmesinin daha isabetli olacağı ifade edilmektedir, bkz. **Topçuoğlu**, s. 32; **Akdeniz**, s. 10; **Yalman**, s. 10. *De lege ferenda*, pazarlamacı da dâhil tüm tacir yardımcılarının TBK yerine TTK'da düzenlenmesi gerektiği yönünde bkz. **Kaya (Ülgen/Helvacı/Nomer Ertan)**, s. 755.

¹⁰ **Şermet**, Begüm: “İş Hukukunda Esneklik ve Atipik İş Sözleşmeleri”, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2014, C. 9, S. 123-124, s. 164; 9. HD, T. 08.11.2016, E. 2016/24670, K. 2016/19553: “Pazarlamacılık sözleşmesi bu unsurları nedeni ile atipik bir iş sözleşmesidir.” (www.kazancı.com).

Pazarlamacılık sözleşmesinin iş/hizmet sözleşmesi niteliği taşıdığı yönünde bkz. **Süzek**, s. 275; **Tuncay**, s. 6; **Zengin**, s. 26; **Topuz**, s. 298-299; **Mollamahmutoğlu**, Hamdi/Astarlı, Muhittin/Baysal, Ulaş: İş Hukuku Ders Kitabı, C. 1: Bireysel İş Hukuku, Ankara 2019, s. 135-135; **Canarslan**, Gökçe: “Türk Borçlar Kanunu'na Göre Pazarlamacılık Sözleşmesi”, Legal Hukuk Dergisi, 2015, C. 13, S. 156, s. 91. Karş. **Ayhan/Çağlar/Özdamar**, s. 470; **Topçuoğlu**, s. 36; **Akdeniz**, s. 10-11; **Yalman**, s. 21-22.

Pazarlamacılık sözleşmesinin hizmet/iş sözleşmesi olarak nitelendirilemeyeceği yönünde bkz. **Çelik**, Nuri/Caniklioğlu, Nurşen/Canbolat, Talat: İş Hukuku Dersleri, İstanbul 2019, s. 256.

¹¹ Doktrinde, “ticari işletme sahibi” kavramı taciri tanımlamaya elverişli olmadığı gerekçesiyle haklı olarak eleştirilmektedir, bkz. **Akdeniz**, s. 4, s. 9; **Zengin**, s. 47; **Yalman**, s. 47.

¹² Doktrinde, “işveren hesabına” kavramı pazarlamacının doğrudan temsil yetkisini ortaya koymak bakımından uygunsuz olduğu gerekçesiyle eleştirilmektedir, bkz. **Bahtiyar**, s. 215.

unsurunu ihtiva etmeyen bir hukuki ilişki pazarlamacılık sözleşmesi olarak nitelendirilemez¹³. Pazarlamacılık sözleşmesinde pazarlamacının asli edim yükümlülüğü ise iş görmedir. Pazarlamacının görmekle yükümlü olduğu iş kanun koyucu tarafından belirlenmiştir. TBK m. 448'e göre pazarlamacı "işlem yapılmasına aracılık etmek" veya "yazılı anlaşma varsa anlaşmada belirtilen işlemleri yapmak" ile iş görme edimini ifa eder¹⁴. Pazarlamacılık sözleşmesinin hizmet sözleşmesi niteliği ile ilintili diğer iki unsuru bağımlılık ve sürekliliktir/devamlılıktır. Bağımlılık, işçinin işveren otoritesi (yönetim, denetim ve gözetimi) altında faaliyet göstermesini ifade eder¹⁵. Aracılık veya sözleşme yapma faaliyeti bağımsız olarak yürütülüyorsa pazarlamacılıktan söz edilemez; bu ihtimalde şartları varsa acentelik ilişkisi ortaya çıkar¹⁶. Süreklilik unsuru sebebiyle bir veya belirli sayıda iş görmek üzere görevlendirilen kişiler pazarlamacı niteliğini haiz değildir¹⁷. Bu halde simsarlık veya komisyonculuk ilişkileri gündeme gelir¹⁸. Pazarlamacılık sözleşmesinin bir diğer unsuru işletme dışında¹⁹ ve gezici surette²⁰ iş görmektir²¹. Bu unsur, pazarlamacılık sözleşmesine karakterini verir; onu, diğer hizmet sözleşmelerinden ayırır²².

Pazarlamacılık sözleşmesinin tarafları işveren ve pazarlamacıdır²³. İşveren tacir niteliğini haiz olmalıdır; bu sebeple ticari olmayan bir işletme işletenler

¹³ **Kaya (Ülgen/Helvacı/Nomer Ertan)**, s. 759; **Tuncay**, s. 10; **Topçuoğlu**, s. 38-39; **Topuz**, s. 302-303; **Yalman**, s. 18-19.

Ücret karşılığı olmaksızın yapılan pazarlamacılık faaliyetine vekâlet sözleşmesi hükümleri uygulanır, bkz. **Kaya (Ülgen/Helvacı/Nomer Ertan)**, s. 759; **Akdeniz**, s. 7.

¹⁴ Bu iki edim, pazarlamacılık faaliyetinin iki alt başlıkta incelenmesine de olanak sağlamaktadır. Nitekim doktrinde pazarlamacı, aracı pazarlamacı ve sözleşme yapmaya yetkili/işlem yapmaya yetkili/temsilci pazarlamacı olarak ikiye ayrılmaktadır, bkz. **Kaya (Ülgen/Helvacı/Nomer Ertan)**, s. 763-764; **Ayhan/Çağlar/Özdamar**, s. 472; **Topçuoğlu**, s. 33- 34; **Akdeniz**, s. 12; **Topuz**, s. 307; **Poroy, Reha/Yasaman**, Hamdi, Ticari İşletme Hukuku, İstanbul 2018, s. 261.

¹⁵ Pazarlamacılık sözleşmesinde bağımlılık unsuruna dair çok yönlü bir inceleme için bkz. **Dulay Yangın**, s. 864 vd.

¹⁶ Bu hususta detaylı bilgi için bkz. **Tuncay**, s. 7; **Zengin**, s. 36 vd; **Yalman**, s. 25 vd. **Tuncay**, s. 9; **Topçuoğlu**, s. 37; **Akdeniz**, s. 6; **Zengin**, s. 21; **Yalman**, s. 14.

¹⁸ Bu hususta detaylı bilgi için bkz. **Tuncay**, s. 7; **Zengin**, s. 39 vd; **Yalman**, s. 29 vd.

¹⁹ "İşletme dışı" kavramının anlamı hakkında detaylı bilgi için bkz. **Zengin**, s. 16 vd; **Yalman**, s. 15 vd.

²⁰ Bu sebeple, müşterileri ziyaret ederek doğrudan temas kurmayan reklam ve müşteri temsilcileri pazarlamacı niteliğini haiz değildir, bkz. **Dulay Yangın**, s. 880-881.

²¹ **Tuncay**, s. 9; **Topçuoğlu**, s. 38; **Akdeniz**, s. 6-7; **Zengin**, s. 16; **Yalman**, s. 15.

²² **Zengin**, s. 16.

Aracılık veya satış faaliyetleri ticari işletme içerisinde yürütülüyorsa ticari vekillik ya da diğer tacir yardımcılığından söz edilebilir, bkz. **Ayhan/Çağlar/Özdamar**, s. 467; **Yalman**, s. 17.

²³ Hemen belirtelim ki sözleşme, işveren tarafından yetkilendirilmiş distribütör ile pazarlamacı arasında da akdedilebilir, bkz. **Tuncay**, s. 5; **Topuz**, s. 296.

ile esnaflar pazarlamacılık sözleşmesine taraf olamazlar²⁴. Pazarlamacı ise, işçi niteliğinin bir gereği olarak, gerçek kişi olmalıdır²⁵.

Pazarlamacılık sözleşmesinin şekli bahsinde aracı pazarlamacı ile sözleşme yapmaya yetkili pazarlamacı arasında bir ayrıma gidilmelidir. Kanun koyucu, mehzadan farklı olarak, aracı pazarlamacılık sözleşmesi için herhangi bir şekil şartına yer vermemiştir²⁶. Sözleşme yapmaya yetkili pazarlamacılık sözleşmesinde ise karmaşık ve izaha muhtaç bir yapı söz konusudur. Esasen çalışmanın konusunu da bu husus oluşturmaktadır. Aşağıda detaylı olarak bu konu üzerinde durulacaktır.

I. YAZILI ŞEKİL ŞARTINA DAİR TEMEL HUSUSLAR

A. Yasal Düzenlemeler

İsviçre ve Türk kanun koyucuları, pazarlamacının sözleşme yapmaya yetkilendirilmesinde şekil şartı hususunda benzer yaklaşımlar sergilemişlerdir. Şöyle ki:

OR'de pazarlamacının sözleşme yapmaya yetkilendirilmesinde şekle ilişkin iki hüküm yer almaktadır. Bunlar Art. 347a ve Art. 348b'dir.

OR Art. 347a/1'de pazarlamacılık ilişkisinin yazılı sözleşme ile düzenleneceği ifade edilmiştir. Hemen belirtelim ki düzenlemede aracı pazarlamacı ile sözleşme yapmaya yetkili pazarlamacı arasında bir ayrıma yer verilmemiştir; her iki pazarlamacılık sözleşmesi yazılı olarak akdedilmelidir. Düzenlemenin devamında yazılı sözleşmenin “sözleşmenin süresi ve sona ermesi”, “pazarlamacının yetkileri”, “ücret ve masrafların ödenmesi” ve “tarafardan birinin yerleşim yeri yabancı bir ülkede ise uygulanacak hukukun ve yetkili mahkemenin hangisi olduğu” hususlarını içermesi gerektiği ifade edilmiştir. OR Art. 347a/2'de sözleşmenin yazılı olarak akdedilmemesi ihtimali düzenlemeye kavuşturulmuştur. Buna göre, yazılı bir sözleşme akdedilmemişse, belirtilen hususlarda kanun hükümleri ve alışılmış hizmet koşulları uygulanacaktır. OR Art. 347a/3'de sözlü anlaşma yapılabilecek haller ifade edilmiştir. Buna göre sözlü anlaşma, yalnızca iş ilişkisinin başlangıcı (faaliyet türü ve alanı) ile kanun hükümleri ve yazılı anlaşmayla çelişmeyen koşullara ilişkin olarak yapılabilecektir.

²⁴ **Tuncay**, s. 9; **Akdeniz**, s. 4; **Yalman**, s. 47-48.

Ancak *Zengin* tarafından haklı olarak işaret olunduğu üzere, TTK m. 16/2'de sayılan tüzel kişiler, tacir sayılmasalar da pazarlamacılık sözleşmesine taraf olabilirler, bkz. **Zengin**, s. 47. Karş. Pazarlamacılık kurumunun amacı ve kapsamı sebebiyle işveren tarafın tacirler ile sınırlanmasının gerekli olmadığı yönünde bkz. **Bahtiyar**, s. 216.

²⁵ **Tuncay**, s. 7; **Topuz**, s. 304; **Zengin**, s. 41; **Yalman**, s. 45.

²⁶ Bu hususta detaylı bilgi için bkz. **Akdeniz**, s. 8; **Zengin**, s. 55 vd.

OR Art. 348b pazarlamacının sözleşme yapmaya yetkilendirilmesini konu edinmektedir. Buna göre, aksi yazılı olarak kararlaştırılmadıkça pazarlamacı yalnızca aracılık yapmaya yetkilidir.

TBK'da da pazarlamacının sözleşme yapmaya yetkilendirilmesinde şekle dair iki düzenleme yer almaktadır. Bunlar TBK m. 448 ve TBK m. 452'dir.

TBK m. 448'e göre pazarlamacı, "her türlü işlemin yapılmasına aracılık etmeyi veya yazılı anlaşma varsa, bu anlaşmada belirtilen işlemleri yapmayı" üstlenir. Madde gerekçesine göre düzenlemede OR Art. 347²⁷ göz önünde tutulmuş; ancak, kaynaktan farklı olarak, pazarlamacının her türlü işlemi yapabilmesi yazılı anlaşmanın varlığı şartına bağlanmıştır. Görüldüğü üzere Türk kanun koyucusu yazılı şekil şartını sözleşme yapmaya yetkili pazarlamacılık sözleşmesine hasretmiştir. TBK m. 449, OR Art 347a'dan mülhemeldir. Buna göre sözleşme sözleşmenin süresini, sona ermesini, pazarlamacının yetkilerini, ücret ve masrafların nasıl ödeneceğini ve taraflardan birinin yerleşim yeri yabancı ülkede ise uygulanacak hukukun ve yetkili mahkemenin hangisi olduğunu içermelidir (TBK m. 449/1). Sözleşmede yer alması öngörülen hususlar taraflarca belirlenmemişse, kanun hükümleri ve alışılmış hizmet koşulları uygulanacaktır (TBK m. 449/2).

TBK m. 452 ise OR Art. 348b ile paralellik göstermektedir. Buna göre, aksine yazılı anlaşma olmadıkça pazarlamacı, sadece işlemlere aracılık etmeye yetkilidir.

B. Hukuki Sorunlar

Pazarlamacının sözleşme yapmaya yetkilendirilmesinde yazılı şekil şartına dair yasa hükümleri pek çok hukuki sorunu beraberinde getirmiştir. Doktrinde özellikle şu iki husus üzerinde durulduğu görülmektedir:

İlk olarak, pazarlamacının sözleşme yapmaya yetkilendirilmesi için gerekli yazılı şekil şartının kapsamı irdelenmektedir. Bu anlamda olmak üzere, yazılı şekil şartının pazarlamacılık sözleşmesi için mi yoksa temsil yetkisinin verilmesi için mi arandığı sorusuna cevap aranmaktadır.

İkinci olarak, şekil şartının hukuki niteliği ele alınmaktadır. Bununla kastedilen, bir geçerlilik şeklinin söz konusu olup olmadığıdır. Kuşkusuz bu soruya verilecek yanıt, şekil şartına aykırılığın yaptırımını bahsinde de önemi haizdir.

Pazarlamacının sözleşme yapmaya yetkilendirilmesinde şekil şartına dair detaylı açıklamalar öncesinde bir hususa dikkat çekmekte fayda vardır. Bu husus pazarlamacının hukuki niteliğine dairdir. *İlk olarak*, pazarlamacının

²⁷ Hemen belirtelim ki madde gerekçesinde belirtildiğinin aksine yazılı şekil OR Art. 347'de değil; OR Art. 347a'da düzenlenmiştir.

hizmet sözleşmesi ile iş gördüğü ve dolayısıyla “işçi” niteliğini haiz olduğu belirtilmelidir²⁸. *İkinci olarak*, pazarlamacının temsil yetkisine sahip ve bu sebeple de “tacir yardımcısı” sıfatını haiz olduğuna dikkat çekilmelidir²⁹. Görüldüğü üzere pazarlamacılık ilişkisi özel hukukun birden fazla dalı ile ilintilidir. Hal böyle iken TBK m. 448 vd. hükümlerde pazarlamacının işçi niteliği ön plana çıkmış; genellikle işveren ile pazarlamacı arasındaki ilişkilere dair düzenlemelere yer verilmiştir³⁰. Anılan hükümler, *ratio legis* itibari ile, temsil gibi pazarlamacının tacir yardımcısı niteliğine dair hususlara çözüm üretmekten uzaktır. Esasen bu hususlara ticaret hukukuna hâkim yorum kuralları nazara alınarak çözüm aranması bir zorunluluktur. Bu sebeple, pazarlamacının sözleşme yapmaya yetkilendirilmesinde yazılı şekil konusuna da, işlem güvenliği gibi, ticaret hukukunun teorik ve pratik ihtiyaçları çerçevesinde yaklaşılması gerekmektedir.

II. YAZILI ŞEKİL ŞARTININ KAPSAMI

A. Genel Olarak

Hemen yukarıda işaret edildiği üzere, pazarlamacının sözleşme yapmaya yetkilendirilmesinde yazılı şekil şartının hangi hukuki işlem/işlemler için öngörüldüğü hususu tartışmalıdır. Konunun iki hukuki işlem (pazarlamacılık sözleşmesi ile temsil yetkisinin verilmesi) arasında ayrıma gidilerek ele alınmasında fayda vardır.

B. Doktrinde İfade Edilen Görüşler

1. Pazarlamacılık Sözleşmesi Bakımından

Türk sözleşmeler hukukunda şekil serbestisi prensibi geçerlidir. Bir sözleşmenin geçerliliği, kanunlarda aksi öngörülmedikçe, şekil koşuluna tabi

²⁸ Pazarlamacının işçi niteliğini haiz olduğu yönünde bkz. **Süzek**, s. 276; **Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal**, s. 135-136; **Tuncay**, s. 15; **Zengin**, s. 41; **Şermet**, s. 164.

²⁹ Pazarlamacının tacir yardımcısı niteliğini haiz olduğu yönünde bkz. **Kaya (Ülgen/Helvacı/Nomer Ertan)**, s. 754; **Tuncay**, s. 6; **Akdeniz**, s. 4; **Zengin**, s. 44; **Yalman**, s. 10; **Arkan**, Sabih: Ticari İşletme Hukuku, Ankara 2019, s. 202; **Bozer, Ali/Göle**, Celal: Ticari İşletme Hukuku, Ankara 2018, s. 127.

Pazarlamacının düzenleme yeri dikkate alındığında tacir yardımcısı olarak nitelendirilmesinin güç olduğu ancak buna rağmen seyyar tüccar memurunun fonksiyonunu ikame edeceği yönünde bkz. **Topçuoğlu**, s. 30-31.

Pazarlamacının tacir yardımcısı niteliğini haiz olmadığı yönünde bkz. **Ayoğlu**, Tolga: “Bağlı ve Bağımsız Tacir Yardımcıları Açısında Getirilen Yenilikler”, Yeni Türk Ticaret Kanunu’nun Ticari İşletme Alanında Getirdiği Yenilikler Sempozyumu, İstanbul 2012, s. 48.

³⁰ **Poroy/Yasaman**, s. 263; **Ayoğlu**, s. 47-48; **Koç**, Derviş: Pazarlamacılık Sözleşmesi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2014, s. 6-7. Karş. **Zengin**, s. 2.

değildir (TBK m. 12/1). Ancak kanunlarda bir şekil şartı öngörülmüşse, bu, kural olarak bir geçerlilik şeklidir (TBK m. 12/2). Bu sebeple öngörülen şekle aykırı sözleşmeler hüküm doğurmaz (TBK m. 12/2).

İsviçre doktrininde sözleşme yapmaya yetkili pazarlamacılık sözleşmesinin yazılı şekilde akdedilmesi gerektiği hususunda bir tereddüt yoktur³¹. Zira İsviçre kanun koyucusu pazarlamacılık sözleşmesinin yazılı şekilde düzenlenmesi gerektiğini açıkça ifade etmiştir (OR Art. 347a).

Türk doktrininde ise farklı görüşlere rastlanmaktadır:

Doktrinde bir grup yazar pazarlamacılık sözleşmesinin herhangi bir şekil şartına tabi olmadığı görüşündedir³². Buna göre, TBK m. 448 ve 452'de zikredilen “yazılı anlaşma” ifadeleri ile (pazarlamacılık sözleşmesi değil) temsil yetkisinin verilmesi kastedilmektedir³³. Doktrinde ifade edilen diğer görüş ise sözleşme yapmaya yetkili pazarlamacılık sözleşmesinin yazılı şekilde akdedilmesi gerektiği yönündedir³⁴. Ancak bu görüşü savunan yazarlar, söz konusu şekil şartının hukuki niteliği konusunda farklı yaklaşımlar ortaya koymaktadırlar. Birinci yaklaşım sözleşmenin yazılı şekilde akdedilmesini *gereklilik* olarak nitelendirmekte; ancak bunun ötesinde bir *geçerlilik* *şeklinden* söz edilemeyeceğini belirtmektedir³⁵. İkinci yaklaşıma göre ise yazılı şekil bir geçerlilik şartıdır; bu sebeple, taraflar iradelerini yazılı şekilde beyan etmedikçe, geçerli bir sözleşme yapmaya yetkili pazarlamacılık sözleşmesinden söz edilemeyecektir³⁶.

2. Temsil Yetkisinin Verilmesi Bakımından

Temsil, bir kişinin hüküm ve sonuçları başka bir kişi nezdinde doğmak üzere o kişi ad ve hesabına işlem yapma yetkisine denir³⁷. Temsil yetkisi, temsil

³¹ **Truniger**, s. 999; **Streiff**, Ullin/von Kaenel, Adrian/Rudolph, Roger: Arbeitsvertrag (Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR), Zürich 2012, s. 1360; **Rehbinder**, Manfred/Stöckli, Jean Fritz: Der Arbeitsvertrag Art. 331-355 und Art. 361-362 OR (Berner Kommentar), Zürich 2014, s. 632; **Staehelein**, Adrian: Der Arbeitsvertrag: Art. 330b-355 OR, Art. 361-362 OR (Zürcher Kommentar Band/Nr. V/2c), Zürich 2014, s. 457-458; **Senti**, Christoph: “Gestaltungsmöglichkeiten beim Handelsreisendenvertrag”, AJP, 2017, s. 517.

³² **Kaya (Ülgen/Helvaci/Nomer Ertan)**, s. 757; **Bozer/Göle**, s. 127; **Ayhan/Çağlar/Özdamar**, s. 470-471; **Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal**, s. 135-136; **Akdeniz**, s. 7.

³³ **Kaya (Ülgen/Helvaci/Nomer Ertan)**, s. 762; **Ayhan/Çağlar/Özdamar**, s. 470-471; **Akdeniz**, s. 7, s. 12.

³⁴ **Süzek**, s. 275; **Arkan**, s. 204; **Tuncay**, s. 10; **Topçuoğlu**, s. 35; **Zengin**, s. 58; **Canarlan**, s. 94-95; **Şermet**, s. 166; **Yalman**, s. 48-49; **Koç**, s. 32.

³⁵ **Tuncay**, s. 10; **Topçuoğlu**, s. 35; **Canarlan**, s. 94; **Şermet**, s. 166.

³⁶ **Zengin**, s. 58; **Yalman**, s. 49; **Koç**, s. 32.

³⁷ **Kocayusufpaşaoğlu**, Necip/Hatemi, Hüseyin/Serozan, Rona/Arpacı Abdülkadir: Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Birinci Cilt, İstanbul 2017, s. 622; **Oğuzman**, M. Kemal/Öz: **M. Turgut**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 1, İstanbul 2018, s. 211; **Eren**, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2019, s. 477.

olununun tek taraflı ve varması gerekli irade beyanı ile verilir; temsilcinin bunu kabul etmesi ise gerekmez (iç temsil yetkisi)³⁸. Temsil yetkisi, kural olarak, herhangi bir şekil şartına tabi olmaksızın verilebilir³⁹. Temsil yetkisinin verilmesi genellikle hizmet, ortaklık veya vekâlet gibi bir temel hukuki ilişkiye dayanır. Ancak bu türden bir hukuki ilişkinin varlığı ya da geçerliliği şart değildir. Zira temsil yetkisinin verilmesi soyut bir hukuki işlemdir⁴⁰. Temsil yetkisi üçüncü kişilere de duyurulur (dış temsil yetkisi)⁴¹. Bu hususta temsil olunan dilerse temsilciye bir temsil belgesi verir; dilerse de hususu yazı, sirküler, gazete veya sair bir ilanla duyurur⁴².

İsviçre doktrininde pazarlamacıya sözleşme yapma yetkisinin yazılı olarak verilmesi gerektiği ifade edilmektedir. OR Art. 348b'ye atıfla dile getirilen bu görüşe göre, pazarlamacının sözleşme yapmaya yetkilendirilmesi için yazılı bir temsil belgesi düzenlenmelidir⁴³. Temsil belgesinde işverenin imzasının bulunması yeterlidir; yoksa pazarlamacının kabulüne ihtiyaç duyulmamaktadır⁴⁴.

Türk doktrininde ileri sürülen görüşler İsviçre doktrini ile paralellik göstermektedir⁴⁵. Bu doğrultuda, pazarlamacıya sözleşme yapma yetkisinin tek taraflı bir irade beyanı ve fakat yazılı şekilde verilmesi gerektiği dile getirilmektedir⁴⁶. Bu görüş, TBK m. 452'de yer alan "anlaşma" ifadesinin teknik anlamda sözleşmeye değil; yazılı temsil belgesine işaret ettiği düşüncesine dayanmaktadır⁴⁷.

C. Değerlendirme

Kanaatimizce de, geçerlilik şekli niteliğini haiz olup olmadıkları tartışmasından bağımsız olarak, pazarlamacının sözleşme yapmaya yetkilendirilmesinde hem sözleşme hem de temsil yetkisi için yazılı şekil şartı arandığı kabul edilmelidir. Şöyle ki:

³⁸ Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, s. 637; Oğuzman/Öz, s. 221; Eren, 489-490; Kılıçoğlu, Ahmet: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2019, s. 310.

³⁹ Oğuzman/Öz, s. 224; Eren, 492; Kılıçoğlu, s. 312.

⁴⁰ Oğuzman/Öz, s. 220; Eren, 494-495. Bu hususta ayrıca bkz. ve karşı. Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, s. 649-650.

⁴¹ Oğuzman/Öz, s. 222; Eren, 490. Bu hususta ayrıca bkz. ve karşı. Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, s. 642 vd.

⁴² Oğuzman/Öz, s. 223; Eren, 490-491.

⁴³ Rehbindler/Stöckli, s. 658; Staehelin, s. 476. Karşı. Senti, s. 517.

⁴⁴ Staehelin, s. 476.

⁴⁵ Belirtmekte fayda vardır ki bu hususta, pazarlamacılık sözleşmesinin yazılı şekil şartına tabi olup olmadığı bahsinde farklı yaklaşımlar sergileyen yazarlar arasında bir görüş ayrılığı da yoktur.

⁴⁶ Kaya (Ülgen/Helvacı/Kendigelen/Nomer Ertan), s. 762; Ayhan/Çağlar/Özdamar, s. 470-471; Topçuoğlu, s. 40; Akdeniz, s. 12; Zengin, s. 112.

⁴⁷ Akdeniz, s. 12. Karşı. Zengin, s. 112.

Pazarlamacılık sözleşmesi bahsinde ilk olarak TTK m. 448’de yazılı anlaşma ifadesinin açıkça zikredildiğine dikkat çekilmelidir. TBK m. 449 gerekçesinde yer alan “*belirtilen hususların sözleşme metninde yer almaması durumunda*” ifadesi de kanun koyucunun sözleşmenin yazılı şekilde yapılması arzusunda olduğuna işaret etmektedir⁴⁸. Öte yandan temsil, pazarlamacının (yalnızca yetkilerini değil) yükümlülüklerini arttırmaktadır⁴⁹. Zira bu halde pazarlamacı sözleşme yapmak için çaba göstermekle yükümlü hale gelmektedir. Bu durum temsile yetkilendirilme olgusunun pazarlamacı tarafından da kabul edilmesini gerekli kılmaktadır⁵⁰. Bu sebeplerle, sözleşme yapmaya yetkili pazarlamacılık sözleşmesi bakımından yazılı şekil şartı arandığı kabul edilmelidir.

Temsil yetkisi bahsinde TBK m. 452 önem arz etmektedir. Maddede “yazılı anlaşma” kavramı zikredilmiştir. Doktrinde de ifade edildiği üzere bu kavram, teknik anlamda sözleşmeye değil; temsil yetkisinin verilmesine işaret etmektedir. Zira TBK m. 448’de pazarlamacılık sözleşmesinin şekli zaten düzenlemeye kavuşturulmuştur; kanun koyucu, aynı hususu ikinci kez düzenleme gayesinde olmamalıdır. Eklemek gerekir ki, temsil yetkisinin verilmesi için yazılı temsil belgesi düzenlenmesi yeterlidir; temsil yetkisinin ticaret siciline tescil ve Türkiye Ticaret Sicili Gazetesi’nde ilan edilmesi ne gerekli ne de mümkündür⁵¹.

III. YAZILI ŞEKİL ŞARTINA AYKIRILIĞIN HUKUKİ SONUÇLARI

A. Genel Olarak

Hemen yukarıda pazarlamacının sözleşme yapmaya yetkilendirilmesinde yazılı şekil şartının hem pazarlamacılık sözleşmesi hem de temsil yetkisi için arandığına işaret edilmiştir. Bu doğrultuda yazılı şekle aykırılık bahsinde de pazarlamacılık sözleşmesi ile temsil yetkisinin verilmesi arasında bir ayrıma gidilmesi yerinde olacaktır. Esasen bu hususta üç farklı ihtimalden söz edilebilir:

Yazılı pazarlamacılık sözleşmesi akdedilmemesi ve fakat yazılı temsil belgesi düzenlenmesi,

Yazılı pazarlamacılık sözleşmesi akdedilmesi ve fakat yazılı temsil belgesi düzenlenmemesi,

Hem pazarlamacılık sözleşmesi hem de temsil yetkisinin verilmesinde yazılı şekil şartına uyulmaması.

Aşağıda sırasıyla bu ihtimaller üzerinde durulacaktır.

⁴⁸ Akdeniz, s. 8.

⁴⁹ Staehelin, s. 476.

⁵⁰ Staehelin, s. 476.

⁵¹ Tuncay, s. 11; Akdeniz, s. 11; Zengin, s. 113.

B. Pazarlamacılık Sözleşmesinde Yazılı Şekil Şartına Aykırılığın Hukuki Sonuçları

1. İç İlişkide

Pazarlamacılık sözleşmesinde yazılı şekil şartına aykırılığın işveren ile pazarlamacı arasındaki hukuki ilişkiye etkisi hususunda farklı görüşler ileri sürülmektedir.

Yalman'a göre yazılı şekil bir geçerlilik şeklidir; bu sebeple şekle aykırılık kesin hükümsüzlük sonucunu doğurur⁵². *Zengin'e* göre de yazılı şekil bir geçerlilik şartıdır; ancak Yazar şekle aykırılığın sonuçları bahsinde farklı bir yaklaşım ortaya koymaktadır. Buna göre, yazılı şekilde akdedilmeyen sözleşme yapmaya yetkili pazarlamacılık sözleşmesi, aracı pazarlamacılık sözleşmesi olarak ayakta tutulmalıdır⁵³. Doktrinde çoğunluk tarafından savunulan görüşe göre ise, yazılı şekil, bir geçerlilik şekli değildir^{54,55}. Bu görüş, TBK m. 449/2'de yer alan “sözleşmede yer alması öngörülen hususlar taraflarca belirlenmemişse, kanun hükümleri ve alışılmış hizmet koşulları uygulanır.” hükmüne dayanmaktadır. Kanaatimizce de bu görüş hem kanun koyucunun iradesine hem de menfaatler dengesine uygundur.

2. Dış İlişkide

Sözleşme yapmaya yetkili pazarlamacılık sözleşmesinde yazılı şekil şartına aykırılığın dış ilişkiye etkisi bahsinde, yazılı bir sözleşme yapılmamasına rağmen işverenin pazarlamacıya yazılı bir temsil yetkisi vermiş olması ihtimali üzerinde durulmalıdır. Bu ihtimalde, yazılı şekle aykırılığın, pazarlamacının yetkileri ile pazarlamacı ile üçüncü kişi/müşteri arasında akdedilen sözleşmeye etkisi önem arz etmektedir.

Yazılı bir pazarlamacılık sözleşmesi bulunmamasına rağmen işveren pazarlamacıya yazılı bir temsil belgesi vermiş ise, pazarlamacının sözleşme yapmaya yetkili olduğu kabul edilmelidir⁵⁶. Bu yaklaşım, temsil yetkisinin

⁵² *Yalman*, s. 49.

⁵³ *Zengin*, s. 58. Benzer yönde bkz. *Koç*, 32-33.

⁵⁴ *Tuncay*, s. 10; *Topçuoğlu*, s. 35; *Canarlan*, s. 94; *Şermet*, s. 166.

⁵⁵ İsviçre doktrininde de OR Art. 347a'da düzenlenen yazılı şekil şartının geçerlilik şekli olmadığı ifade edilmektedir, bkz. *Streiff/von Kaenel/Rudolph*, s. 1360; *Stahelin*, s. 457; *Truniger*, s. 999.

İsviçre Federal Mahkemesi'nin 116 II 700 sayılı kararında da bu yönde hüküm kurulmuştur. Karar hakkında bilgi için bkz. *Abegg*, Andreas: Präjudizienbuch OR Rechtsprechung des Bundesgerichts (1875-2015), Zürich 2016, s. 1018.

Karş. Yazılı şekle aykırılığın bazı hallerde kısmi geçersizliğe yol açabileceği yönünde bkz. *Rehbinder/Stöckli*, s. 632.

⁵⁶ *Rehbinder/Stöckli*, s. 658. Bununla birlikte anılan Yazarlar, yazılı sözleşme bulunmaması sebebi ile, pazarlamacının sözleşme yapmak için çaba göstermekle yükümlü olmadığını dile getirmektedirler. Bu yaklaşıma göre söz konusu ihtimalde, pazarlamacının yetkileri (*sein*

verilmesine dair genel ilke gereğidir⁵⁷. Yukarıda işaret edildiği üzere, temsil yetkisinin verilmesi soyut bir hukuki işlemdir. Bu sebeple, temsil yetkisine dayanak temel ilişkinin (pazarlamacılık sözleşmesinin) yok veya geçersiz olması, temsil yetkisinin geçersizliği sonucunu doğurmaz. Bu doğrultuda anılan ihtimalde, pazarlamacı ile müşteri arasında akdedilen sözleşme işvereni bağlayacaktır⁵⁸. Zira pazarlamacı sözleşme yapmaya yetkilendirilmiştir. Dolayısıyla bir yetkisiz temsil halinden söz etme olanağı yoktur.

C. Temsil Yetkisinin Verilmesinde Yazılı Şekil Şartına Aykırılığın Hukuki Sonuçları

İşveren ile pazarlamacı arasında sözleşme yapmaya yetkilendirme hususunda yazılı bir sözleşme akdedilmiş ve fakat yazılı temsil belgesi düzenlenmemiş olabilir. Bu ihtimal, pazarlamacı ile üçüncü kişi arasında akdedilen sözleşmenin akıbeti bakımından önemlidir.

İsviçre doktrininde *Senti*, yazılı sözleşmenin temsil yetkisini de içerdiği görüşündedir. Bu doğrultuda Yazar, söz konusu ihtimalde pazarlamacının temsile yetkili olduğunun kabul edilmesi gerektiğini ifade etmektedir⁵⁹.

Bu bahiste normun amacından hareketle sonuca varmak yerinde olacaktır. Yazılı temsil belgesi koşulu, üçüncü kişileri korumak amacı ile ihdas edilmiştir⁶⁰. *Senti* tarafından dile getirilen yaklaşım anılan amaç ile bağdaşır niteliktedir. Zira bu halde, pazarlamacı ile üçüncü kişi arasında akdedilen sözleşme işvereni bağlayacaktır. Aksi kabulde ise amaç ile bağdaşmayan bir hukuki sonuç ortaya çıkacaktır. Öyle ki bu ihtimalde pazarlamacı yetkisiz temsilci niteliğini haiz olacak; pazarlamacı ile üçüncü kişi arasında akdedilen sözleşmenin akıbetini temsil olunanın iradesi belirleyecektir (TBK m. 46, TBK m. 47). Bu sebeple, yazılı bir sözleşme akdedilmesi halinde pazarlamacı, yazılı bir temsil belgesi düzenlenmemiş dahi olsa, sözleşme yapmaya yetkili kabul edilmelidir.

D. Pazarlamacılık Sözleşmesinde ve Temsil Yetkisinin Verilmesinde Yazılı Şekil Şartına Aykırılığın Hukuki Sonuçları

Pazarlamacılık sözleşmesinin yanı sıra temsil yetkisinin verilmesinde de yazılı şekil şartına uyulmamışsa pazarlamacı, ne sözleşme yapmak için çaba göstermekle yükümlü ne de sözleşme yapmaya yetkilidir⁶¹.

Können) yükümlülüklerinden (*sein Sollen*) fazladır, bkz **Rehbinder/Stöckli**, s. 658.

Nitekim yazılı temsil yetkisinin bir anlaşmaya dayanmasının gerekmediği yönünde ayrıca bkz. ve karşı. **Kaya (Ülgen/Helvacı/Nomer Ertan)**, s. 762.

⁵⁷ Karş. **Zengin**, s. 111, dn. 196.

⁵⁸ **Rehbinder/Stöckli**, s. 658.

⁵⁹ **Senti**, s. 517.

⁶⁰ Karş. **Kaya (Ülgen/Helvacı/Nomer Ertan)**, s. 762.

⁶¹ **Rehbinder/Stöckli**, s. 658.

Anılan ihtimalde, pazarlamacı ile üçüncü kişi arasında akdedilen sözleşme bakımından yetkisiz temsil hükümleri uygulama alanı bulur⁶². Buna göre işveren, onamadıkça, pazarlamacı ile üçüncü kişi arasında akdedilen sözleşme ile bağlı olmayacaktır (TBK m. 46/1). Üçüncü kişi, işverene başvurarak, uygun bir süre içerisinde sözleşmeyi onayıp onamayacağını bildirmesini isteyebilecektir (TBK m. 46/2). İşverenin onamaması halinde de üçüncü kişi, sözleşmenin geçersiz olmasından kaynaklı zararlarının tazmini amacıyla pazarlamacıya başvurabilecektir (TBK m. 47/1). Ancak pazarlamacı, işlemin yapıldığı sırada üçüncü kişinin kendisinin yetkisiz olduğunu bildiğini veya bilmesi gerektiğini ispat ederse, zarardan sorumlu olmayacaktır (TBK m. 47/2).

SONUÇ

Bu çalışmada ulaşılan sonuçlar şu şekilde sıralanabilir:

Pazarlamacının sözleşme yapmaya yetkilendirilmesinde hem sözleşme hem de temsil yetkisinin verilmesi bakımından yazılı şekil şartı gözetilmelidir. Bu hususta sözleşme bakımından TBK m. 448, temsil yetkisi bakımından ise TBK m. 452 yasal dayanak teşkil etmektedir.

Yazılı şekle aykırılığın yaptırımını bahsinde öncelikle pazarlamacılık sözleşmesi ile temsil yetkisinin verilmesi; akabinde ise iç (işveren/pazarlamacı) ve dış (işveren/pazarlamacı/üçüncü kişi) ilişki arasında ayrıma gidilmesi gerekmektedir. Esasen bu hususta farklı ihtimaller dikkate alınarak sonuca varmak yerinde olacaktır.

İlk ihtimal, yazılı pazarlamacılık sözleşmesi akdedilmemesi ve fakat yazılı temsil belgesi düzenlenmesidir. Bu ihtimalde, iç ilişki geçerlidir; zira pazarlamacılık sözleşmesi bakımından yazılı şekil, bir geçerlilik şartı değildir. Bu ihtimalde pazarlamacı temsile yetkili kabul edilmelidir. Zira temsil yetkisinin verilmesi soyut bir hukuki işlemdir.

İkinci ihtimal, yazılı pazarlamacılık sözleşmesi akdedilmesi ve fakat yazılı temsil belgesi düzenlenmemesidir. Menfaatler dengesi ve normun amacı gereği bu ihtimalde de, pazarlamacının temsile yetkili olduğu ve pazarlamacı ile üçüncü kişi arasında akdedilen sözleşmenin işvereni bağladığı kabul edilmelidir.

Üçüncü ihtimal, hem pazarlamacılık sözleşmesi hem de temsil yetkisinin verilmesinde yazılı şekil şartına uyulmamasıdır. Bu ihtimalde pazarlamacı, ne sözleşme yapmak için çaba göstermekle yükümlü ne de sözleşme yapmaya yetkilidir. Pazarlamacı ile üçüncü kişi arasında akdedilen sözleşme ise yetkisiz temsil hükümlerine tabidir.

⁶² Bu hususta pazarlamacılık sözleşmesine özgü değerlendirmeler için bkz. **Zengin**, s. 125 vd; **Yalman**, s. 65-66.

KAYNAKÇA

- **Abegg**, Andreas: Präjudizienbuch OR Rechtsprechung des Bundesgerichts (1875-2015), Zürich 2016.
- **Akdeniz**, Umut: “Pazarlamacılık Sözleşmesi”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2013, C. 17, S. 4.
- **Arkan**, Sabih: Ticari İşletme Hukuku, Ankara 2019.
- **Ayhan**, Rıza/**Çağlar**, Hayrettin/**Özdamar**, Mehmet: Ticari İşletme Hukuku, Ankara 2019.
- **Ayoğlu**, Tolga: “Bağlı ve Bağımsız Tacir Yardımcıları Açısında Getirilen Yenilikler”, Yeni Türk Ticaret Kanunu’nun Ticari İşletme Alanında Getirdiği Yenilikler Sempozyumu, İstanbul 2012.
- **Bahtiyar**, Mehmet: Ticari İşletme Hukuku, İstanbul 2019.
- **Bozer**, Ali/**Göle**, Celal: Ticari İşletme Hukuku, Ankara 2018.
- **Canarslan**, Gökçe: “Türk Borçlar Kanunu’na Göre Pazarlamacılık Sözleşmesi”, Legal Hukuk Dergisi, 2015, C. 13, S. 156.
- **Çelik**, Nuri/**Caniklioğlu**, Nurşen/**Canbolat**, Talat: İş Hukuku Dersleri, İstanbul 2019.
- **Dulay Yangın**, Dilek: “Hizmet Sözleşmesinin Bir Türü Olarak Pazarlamacılık Sözleşmesi ve Unsurları (Hukuk Genel Kurulu Kararı İncelemesi)”, Prof. Dr. Savaş Taşkent’e Armağan, İstanbul 2019.
- **Eren**, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2019.
- **Kılıçoğlu**, Ahmet: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2019.
- **Kocayusufpaşaoğlu**, Necip/**Hatemi**, Hüseyin/**Serozan**, Rona/**Arpacı** Abdülkadir: Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Birinci Cilt, İstanbul 2017.
- **Koç**, Derviş: Pazarlamacılık Sözleşmesi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2014.
- **Mollamahmutoğlu**, Hamdi/**Astarlı**, Muhittin/**Baysal**, Ulaş: İş Hukuku Ders Kitabı, C. 1: Bireysel İş Hukuku, Ankara 2019.
- **Oğuzman**, M. Kemal/**Öz**: M. Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 1, İstanbul 2018.
- **Poroy**, Reha/**Yasaman**, Hamdi, Ticari İşletme Hukuku, İstanbul 2018.
- **Rehbinder**, Manfred/**Stöckli**, Jean Fritz: Der Arbeitsvertrag Art. 331-355 und Art. 361-362 OR (Berner Kommentar), Zürich 2014.

- **Senti**, Christoph: “Gestaltungsmöglichkeiten beim Handelsreisendenvertrag”, AJP, 2017.
- **Stahelin**, Adrian: Der Arbeitsvertrag: Art. 330b-355 OR, Art. 361-362 OR (Zürcher Kommentar Band/Nr. V/2c), Zürich 2014.
- **Streiff**, Ullin/**von Kaenel**, Adrian/**Rudolph**, Roger: Arbeitsvertrag (Praxis-kommentar zu Art. 319-362 OR), Zürich 2012.
- **Süzek**, Sarper: İş Hukuku, İstanbul 2019.
- **Şermet**, Begüm: “İş Hukukunda Esneklik ve Atipik İş Sözleşmeleri”, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2014, C. 9, S. 123-124.
- **Topçuoğlu**, Metin: “Yeni Tacir Yardımcısı Pazarlamacı”, Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2011, C.1, S.2.
- **Topuz**, Murat: “6098 Sayılı Borçlar Kanunu Uyarınca Pazarlamacılık Sözleşmesi”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 2013, C. 19, S. 1.
- **Truniger**, Philipp: Schweizerisches Obligationenrecht (OFK-Orell Füssli Kommentar), Zürich 2016.
- **Tuncay**, Can: “Pazarlamacılık (Ticari Gezgin) Sözleşmesi ve Düşündürdükleri”, Çimento İşveren Dergisi, 2012, C. 26, S. 2.
- **Ülgen**, Hüseyin/**Helvacı**, Mehmet/**Kaya**, Arslan/**Nomer Ertan**, N. Füsün: Ticari İşletme Hukuku, İstanbul 2019.
- **Yalman**, Gökhan: Yeni Türk Borçlar Kanunu’na Göre Pazarlamacılık Sözleşmesi, Ankara 2017.
- **Zengin**, İbrahim Çağrı: Pazarlamacılık Sözleşmesi, İstanbul 2013.

ÇOCUĞUN KİŞİSEL VERİLERİNİN SOSYAL MEDYADA EBEVEYN TARAFINDAN PAYLAŞILMASININ HUKUKİ SONUÇLARI

Legal Consequences of Sharing Personal Data of Children by Parents on Social Media

Arş. Gör. Ömer Ali GİRGIN* - **Seray GÖNAL****

Geliş Tarihi: 19.04.2020

Kabul Tarihi: 31.08.2020

ÖZET

Çalışmanın amacı, gelişen teknolojinin çocuklar üzerindeki etkilerinden biri olan çocuğun kişisel verilerinin yayılmasının, bir yabancı tarafından değil, çocuğu korumakla yükümlü olan ebeveyn tarafından gerçekleştirilmesinin hukuki neticelerini belirlemek ve çocuğun korunması bakımından mer'î hukuktaki düzenlemelerin yeterliliğini sorgulayarak tespit edilen zayıf yönlerin nasıl güçlendirilebileceğine ilişkin önerilerde bulunmaktadır. Çocuklar kişisel verilerinin ne olduğunu, kişisel verilerinin yayılmasının hukukun ne anlama geldiğini ve bunun kendi üzerlerindeki etkilerini idrak edebilecek olgunlukta olmayabilir. Bu sebeple mahremiyet hakkı başta olmak üzere kişilik haklarına saldırı anlamına gelen kişisel veri ihlalini ebeveynin gerçekleştirilmesi halinde başvurulabilecek hukuki çareler ve bu hukuki çarelere başvurunun usulünü tespit etmek, toplumun yapı taşı olan çocukların maddi ve manevi bütünlüklerini koruma yolunda önemli bir çabadır. Konunun önem arz etmesinin diğer sebebi ihlali gerçekleştirenin velayet hakkı sahibi olan ebeveyn olmasından dolayı ortaya çıkan uygulama tereddütleridir. Çocuklar bu tür ihlallere karşı zamanaşımı tehdidinden kurtarılacak erginliğe ulaştıklarında geçmişe dönük olarak ana babalarından, diğer şartların sağlanması durumunda tazminat talep edebilmelidir.

Anahtar Sözcükler: Sosyal medya, instagram, velayet hakkı, çocuğun kişisel verileri, çocuğun ebeveyn karşı korunması.

ABSTRACT

The aim of the study is to determine the legal consequences of sharing personal data of the child not by a stranger, but by the parent who is essentially obliged to protect the child and to suggest how to strengthen the weaknesses determined by questioning the adequacy of legal regulations in terms of protecting the child. Children may not be mature enough to understand what their personal data is, what it means legally to share personal data and its effects on them. For this reason, it is an important effort to determine the legal remedies that can be applied in case of the violation of personal data, in the direction of protecting the material and moral integrity of children. If other conditions are met, children must be exempted against the threat of timeout and they should be able to request compensation from their parents for the damages caused by their violating acts in the past, when they reach age of majority.

Keywords: Social media, Instagram, right of custody, personal data of child, protection of the child against parents

* Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı, E-posta: omeraligirgin@anadolu.edu.tr, ORCID No: 0000-0001-7469-9174.

** Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi dördüncü sınıf öğrencisi, E-posta: seraygonal@anadolu.edu.tr, ORCID No: 0000-0001-9666-4845.

GİRİŞ

Sosyal medya adı verilen internet siteleri ve uygulamaları, çok zayıf denetimlerle ve hatta çoğu zaman denetimsiz bir biçimde faaliyet göstermektedirler. Kişilerin çeşitli sebeplerle kendilerine ilişkin bilgilere aleniyet kazandırması, bu bilgilerin başkaları tarafından ifşa edilmesi ya da ilgili uygulamaların milyonlarca üyesinden kişisel veri toplaması yönüyle sosyal medya platformları, adeta bir kişisel veri hazinesidir. Ancak dünyanın her yerinden insanları kolaylıkla iletişime geçiren bu platformlar, henüz kendisini ifade etme, dünyayı anlamlandırabilme, doğruyu yanlıştan ayırt edebilme yeteneğine sahip olmayan çocuklar bakımından son derece tehlikeli olabilmektedir. Çocukların sosyal medya ile ilişkisi, çeşitli disiplinler tarafından yoğun bir şekilde çalışılmaktadır. Hukuk disiplini içinde de çocuk hukuku adında çocukların hukuktaki yeriyle ilgili bir alt dal mevcuttur. Gerçekten, çocuk haklarından bugüne kadar çocuğun yaşama ve vücut bütünlüğü hakları başta olmak üzere çocuklara ilişkin ayrımcılık yapmama, çocuğun üstün yararı, çocuğun varlığını ve gelişimini sürdürme hakkı gibi hakların ihlali çokça tartışılmıştır. Öte yandan, gelişen teknolojinin neticesi olarak kişisel verilere ilişkin ihlaller çeşitlenmiş ve çoğalmıştır. Bu ihlallerin büyük bir kısmı da sosyal medyada gerçekleşmektedir. Bu bahisle sosyal medya konusu, çocuğun kişisel verileri çerçevesinde ve ebeveyn paylaşımları özelinde değerlendirilmeye muhtaçtır. Esasında çocuğun ebeveyni dışındaki kişiler tarafından gerçekleştirilen ihlaller bakımından hem müeyyideler hem de yargısal yollar net olmasına rağmen, çocuğun başta kişisel verileri olmak üzere kişilik haklarının kendi ebeveyni tarafından ihlal edilmesi halinde çocuğun haklarının nasıl korunacağıyla ilgili tereddütler bulunmaktadır. Bu tereddütlerin temel sebebi de ihlalin, çocuğun haklarını gözetmede birinci derecede sorumlu olan ebeveyni tarafından gerçekleştiriliyor olmasıdır. Gerçekten, velayet hakkı sayesinde hem çocuğun üzerinde hakları bulunan hem de çocuğun haklarını ileri sürme bakımından kanuni temsilci olan ebeveynin çocuğun haklarını ihlal etmesi, oksimoron bir durum teşkil eder. Bu sebeple, sosyal medya çağında, çocuğun kişisel verilerinin ebeveyn ihlallerine konu olması halinin mercek altına alınması gerekmektedir.

I. ÇOCUĞUN KİŞİSEL VERİLERİNİN SOSYAL MEDYADA EBEVEYN TARAFINDAN PAYLAŞILMASI

A. Sosyal Medya Kavramı

İnternetin kitleler tarafından yoğun bir şekilde kullanılmasıyla birlikte dijital bilginin dolaşımı hızlanmaktadır. Saniyeler içerisinde dünyanın birçok yerinden bilgi akışı gerçekleşirken, bu akış, hızlı bilgi tüketimini de beraberinde getirmektedir. Bu kapsamda bilginin dijitalleşmesi “mekânsal sınırsızlık,

gelecekte de tüketilebilen ve kayıt altına alınan bilgiyle izler kitlede genişleme meydana getirmiş, bunun sonucu olarak birbirinin bütünleyicisi olan gerçek ve sanal ortamların kesişmesi kişinin karşılaşmak istemediği sorunları beraberinde getirecektir”¹ biçiminde değerlendirmelere konu olmaktadır.

Sosyal medya hakkında farklı tanımlar yapılmaktadır. Bu tanımlardan bazıları şöyle sıralanabilir: *“Sosyal medya, kullanıcılara enformasyon, düşünce, ilgi ve bilgi paylaşım imkânı tanıyarak karşılıklı etkileşim yaratan çevrimiçi araçlar ve web siteleri için ortak kullanılan bir terimdir.”²; “Sosyal medya, kullanıcıların ürettiği içerikten ve diğerleriyle etkileşimin algılanmasından değer alan; hem geniş hem de dar çevreden izleyicilerle, gerçek zamanlı ya da gerçek zamanlı olmayan, etkileşimli ve seçici olarak kendi kendilerini sunmalarını sağlayan İnternet tabanlı kanallardır.”³; “Web 2.0’ın ideolojik ve teknolojik temellerini temel alan ve kullanıcı tarafından üretilen içeriğin oluşturulmasına ve değiştirilmesine izin veren bir grup İnternet tabanlı uygulama.”⁴; “Web 2.0 teknolojileri üzerine kurulan, daha derin sosyal etkileşime, topluluk oluşumuna ve iş birliği projelerini başarmaya imkân sağlayan web siteleri.”⁵; “Sosyal medya kelimeler, görüntüler (durağan ve hareketli) ve seslerin yapımına, ortak inşasına ve yayılmasına olanak sağlayarak teknolojiyi, telekomünikasyonu ve sosyal etkileşimi entegre eden internet ve mobil temelli araçlar ve aletler”⁶. Görüldüğü gibi kavramın, üzerinde mutabakata varılan bir tanımı bulunmamaktadır. Buna karşılık günlük dildeki anlamıyla sosyal medya, kişilerin çoğunlukla mobil cihazlarını kullanarak, bilgi, düşünce, fotoğraf, video ve benzeri içerikleri diğer kişilerle, metin ya da görsel formatında paylaştığı internet siteleri ya da uygulamaları olarak tanımlanabilir. Sosyal ağların, büyük kitlelere ulaşma maliyetini düşürmesi ve zaman ve mekân kavramını ortadan kaldırması, bireylerin birbirleriyle olan ilişkilerini ve kişisel yaşantılarını yeniden şekillendirerek yeni iş alanları ve meslek gruplarını ortaya çıkarmıştır⁷.*

¹ M Bostancı, “Dijital Ebeveynin Sosyal Medyada Algısı,” *Online Academic Journal of Information Technology* 10, no. 38 (2019): 116–126, s. 119.

² İ Sayımer, *Sanal Ortamda Halkla İlişkiler* (İstanbul: Beta Basım Yayın, 2008), s. 123.

³ Rebecca A Hayes ve Caleb T Carr, “Social Media: Defining, Developing ve Divining,” *Atlantic Journal of Communication*, no. 23 (2015): 46–65, s. 47.

⁴ Andreas M Kaplan ve Michael Haenlein, “Users of the World, Unite! The Challenges and Opportunities of Social Media,” *Business Horizons* 53, no. 1 (2010): 59–68, s. 60.

⁵ Erkan Akar, “Sanal Toplulukların Bir Türü Olarak Sosyal Ağ Siteleri – Bir Pazarlama İletişimi Kanalı Olarak İşleyişi,” *Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi* 10, no. 1 (2010): 107–122, s. 110.

⁶ Nicki Dabner, “Breaking Ground in the Use of Social Media: A Case Study of a University Earthquake Response to Inform Educational Design with Facebook,” *The Internet and Higher Education* 15, no. 1 (2011): 69–78, s. 71.

⁷ A F Parsa, “Sosyal Medya ve Çocuk İstismarı: İntagram Anneleri Örneği,” *KADEM Kadın Araştırmaları Dergisi* 5, no. 1 (2019): 163–93, s. 169.

B. Sosyal Medyanın Kişisel Veri İhlallerini Kolaylaştırıcı Etkisi

Sosyal medyayı internetin diğer imkânlarından ayıran husus, teknolojik gelişmeler sayesinde yaygınlaşan mobil cihazların insanın hayatında önemli bir yer kazanmasıdır. Bu cihazlar anlık paylaşımları son derece kolaylaştırmıştır. Kişiler çeşitli sosyal medya uygulamaları ile duygu, düşünce, haber veya mizah içerikli yazılarını, çektikleri fotoğrafları, gittikleri yerleri, anlık buldukları konumu, internette gördükleri içerikleri üzerinde pek fazla düşünmeden, rahatlıkla paylaşabilmektedir. Bu paylaşımlarda paylaşımın içeriğini herhangi bir kişiyle ilişkilendirebilecek bir detay olması durumunda da kişisel veri ve dolayısıyla kişilik hakkı ihlalleri meydana gelmektedir.

C. Kişisel Veri Kavramının Kişilik Haklarıyla İlişkisi

Kişisel veri kavramı gerçek kişiyle ilişkilendirilebilen her türlü bilgidir⁸. Türkiye’de 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu ile bireyin temel hak ve özgürlüklerinin korunması, verileri işleyenlerin uyacakları usul ve esasların belirlenmesi hedeflenmiştir. Kişinin ailevi, meslekî ve şahsî, ayırt edici özelliklerini ve niteliklerini gösteren bilgiler kişisel veridir⁹.

Kişisel veri niteliğindeki bilgilerin paylaşılması mahremiyet kavramı ile ilişkilidir. Mahremiyet hakkını ihlal eden olayda, ilgilinin rızası başta olmak üzere bir hukuka uygunluk nedeni yoksa fiil, hukuka aykırı saldırı teşkil eder¹⁰.

Mahremiyet kavramı ilk kez, Amerikalı yargıç Brandeis tarafından “*insanların yalnız kalma hakkı*” ve “*özgür insanlar tarafından en değer verilen hak*” olarak tanımlanmıştır¹¹. Kavram eski zamanlardan beri var olsa da modernleşen toplum ve gelişen teknolojinin sunduğu imkânlar neticesinde önemi artmıştır¹². Mahremiyetin anlamı, toplumdan topluma, kültürden kültüre ve zamana göre farklılık arz eder. En genel tanımıyla mahremiyet, kişinin ailesi, arkadaşları ya da tanıdığı kimselerle diğer kimselerin müdahalesi olmadan ve gözetimden uzak zaman geçirebilme özgürlüğünü ifade eder¹³.

Hak olarak mahremiyet, insan haklarının ayrılmaz bir parçasıdır (AİHS m. 8; Anayasa m. 20). Kişinin yalnız kalma ihtiyacını, dilediğini düşünmesini, hareket edebilmesini; istediği yer, zaman ve koşulda kimlerle ne ölçüde

⁸ Çiğdem Ayözger, *Kişisel Verilerin Korunması* (İstanbul: Beta, 2016) s. 5.

⁹ Sefer Oğuz, “Kişisel Verilerin Korunması Hukukunun Genel İlkeleri”. *Bilgi Ekonomisi ve Yönetimi Dergisi* 13 (2018): 121-138, s. 126; Ayözger, s. 5.

¹⁰ Gürbüz Yüksel, «Kişisel sağlık verilerinin hukuki korunması». *Sağlık Akademisyenleri Dergisi* 6 (2019): 1-10, s.7.

¹¹ A E Karagülle, “Günümüzde Değişen Mahremiyet Algısının Sosyal Ağlar Bağlamında İncelenmesi” (İstanbul: İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2015), s. 4.

¹² Stacey B Steinberg, “Sharenting: Children’s Privacy in the Age of Social Media,” *EMORY LAW JOURNAL*, no. 66 (2017): 839–884, s. 862.

¹³ Karagülle, s. 4.

iletişim kuracağına karar verdiği alanı ve bu alanda sahip olduğu hakkı ifade eder¹⁴. Mahremiyet, sanal ortamda “*enformasyon mahremiyeti*” olarak kavramsallaştırılır. Enformasyon mahremiyeti, bireylerin kişiye özel kabul edilen bilgilerinin hukuken kontrol ve denetim altına alınmasıdır¹⁵. Bu açıdan mahremiyet hakkı, kişilerin kendilerini ilgilendiren bilgilerin dolaşımını denetleme hakkına sahip olmasıdır¹⁶. Kişinin özel bilgilerinin yakın çevresi bakımından bilinmesi o kişi için sorun yaratmayabilir; fakat bu bilgilerin kendi izni dışında üçüncü kişilere ifşa edilmesi önemli bir sorun teşkil edebilir¹⁷.

Mahremiyet hakkı kişilik haklarından¹⁸. Diğer kişilik hakları gibi bu hakka da herkes eşit olarak sahiptir. Kişiler arasında bu hakka sahip olma açısından erginlik, ehliyet, yaş gibi herhangi bir ayırım olmadığı için çocukların da mahremiyet hakkı yetişkinlerle eşit biçimde vardır¹⁹. Çocukların mahremiyet hakkına ilişkin özel düzenlemeye BM Çocuk Hakları Hakkında Sözleşmesi’nde rastlanmaktadır. Buna göre, “1. Hiçbir çocuğun özel yaşantısına aile, konut ve iletişimine keyfi ya da haksız bir biçimde müdahale yapılamayacağı gibi, onur ve itibarına da haksız olarak saldırılamaz. 2. Çocuğun bu tür müdahale ve saldırılara karşı yasa tarafından korunmaya hakkı vardır.” (Sözleşme m. 16). Çocuğun özel hayatına keyfi olarak müdahale edilemeyeceği belirtilen maddede genel bir düzenleme yapılmış; çocuğun özel hayatı sadece üçüncü kişilere karşı değil ebeveynine karşı da korunmaya çalışılmıştır.

Kişisel verilerin yayılması kişinin gizli kalma hakkı olan mahremiyet hakkını; daha geniş bir ifadeyle kişilik hakkını ihlal eder. Dolayısıyla kişisel veriler mahremiyet hakkının konusunu teşkil etmekle kişilik hakkının korunması altındaki değerlerden biridir.

D. Çocuğun Kişisel Verileri ve Sosyal Medya

1. Çocuğun Korunması Kavramının Yasal Çerçevesi

Çocukluk kavramının, daha çok çocukların kendine özgü özelliklerinin bulunduğu, bu özelliklerin onları yetişkinlerden ayırdığı yolundaki “*bilinç*” ile ilgili olduğu söylenebilir²⁰. “Çocuk”, bünyesinde kültürel ve bilimsel birden fazla anlamı taşıyan bir kavramdır. Yalnızca bilimsel açıdan dahi bu kavramın

¹⁴ Karagülle, s. 5.

¹⁵ Karagülle, s. 69.

¹⁶ Karagülle, s. 5.

¹⁷ Karagülle, s. 5.

¹⁸ Rona Serozan, Çocuk Hukuku (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2017), s. 1.

¹⁹ Steinberg, s. 884; C Erdoğan, “Çocukların Kişisel Verilerinin Korunması (Sosyal Medya Örneği Kapsamında),” *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 21, no. Özel sayı (2019): 2445–67, s. 2449.

²⁰ E Akyüz, Çocuk Hukuku: Çocukların Hakları ve Korunması (Ankara: Pegem Akademi Yayıncılık, 2010), s. 80.

insan ömrünün hangi çağını kapsadığıyla ilgili mutabakat yoktur. Çocukluğun başlangıcı konusunda olmasa da çocukluk süreci ve bu sürecin bitiş anı konusunda fikir ayrılıkları mevcuttur²¹.

Toplumun önemli bir parçası olan çocuğun yetişmesi bedensel, duygusal, zihinsel ve ahlaki gelişimi ile ilgili eğitsel tedbirlerin alınmasının yanında, onun toplum ve aile içindeki yerini düzenleyen hukuk kurallarına da bağlıdır. Çünkü ihtiyaçlarının karşılanması için başkalarına ihtiyaç duyan, temel haklarını dahi ileri süremeyecek durumda olan, üzerinde doğal güçsüzlüğü nedeniyle ebeveynin her türlü baskıda bulunabileceği bir varlık olan çocuğun, hukuk kurallarıyla korunması gerekir. Bu kuralların çocuğun saygınlığı, onuru, şeref ve haysiyeti, özgürlüklerine uygun olmasında, çocuğun olduğu kadar toplumun da yararı vardır. İşte bu nedenlerden dolayı, toplumun önemli unsuru olan çocuk, eski devirlerden bu yana hukuk alanını ilgilendirmiştir²².

Tarihsel akış içerisinde çocukların korunmaya ve gözetilmeye muhtaç yapıları nedeniyle hukuk da gelişmeleri takip ederek çocuk haklarını düzenlemiş ve çocuk hukuku ayrı bir hukuk dalı olarak teşekkül etmiştir. Serozan, bu hukuk dalını, “Çocuk hukuku, devletçe tanınmış ve herkesçe uyulması gereken, yine devletçe yaptırımı bağlanmış olan toplumsal davranış kuralları anlamına gelen hukukun çocuklara özgü dalı”²³ şeklinde tanımlamıştır.

Hukukta çocuk kavramı, küçüğü yetişkinden ayırmak (Türk Ceza Kanunu m. 6/1-b) ve çocuğun ana babasına karşı soy bağına belirtmek (Türk Medeni Kanunu m. 282 vd.) üzere iki farklı anlamda kullanılır. Türk hukukunda çocukluk, kişiliğin kazanılmasıyla başlar ve on sekiz yaşın doldurulmasıyla sona erer²⁴ (TMK m. 11/1). Medeni hukukta çocuk hak ehliyetine sahiptir. Ancak fiil ehliyetine ya kısmen sahiptir ya da hiç sahip değildir. Fiil ehliyetine sahip olmayan çocuk, ancak yasal temsilcisi olan veli ya da vasisi aracılığı ile hak kazanabilir ve borç altına girebilir. Bunun temel sebebi de yeterli biçimde akıl yürütme yeteneğine sahip olmayan çocuğun, günlük yaşam ilişkilerinde kolayca kandırılıp istismar edilme tehlikelerine karşı korumaktır²⁵. Ayrıca ceza hukukunda cezai ehliyetten de bahsedilir.

²¹ Akyüz, s. 79.

²² Aydın İpek, “Çocuk Haklarının Gelişimi ve Karşılaştırmalı Olarak Anayasal Açından Değerlendirilmesi”. Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 20 (2012): 151-173, s.154.

²³ Serozan, s. 1.

²⁴ Mustafa Dural ve Tufan Öğüz, *Türk Özel Hukuku Cilt:2 (Kişiler Hukuku)* (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2019), s. 54 vd.

²⁵ Vehbi Umut Erkan ve İpek Yücer, “Ayırt Etme Gücü,” *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 60, no. 3 (2011): 485–522, s. 501-502.

2. Çocuk Hakları İle İlgili Yasal Düzenlemeler

Çocuk hakları konusunda düzenlenen en önemli belge, Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşme ve Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesidir. Uluslararası hukukun en önemli kaynaklarını milletlerarası sözleşmeler oluşturur. Bu sözleşmeler, aynı zamanda iç hukuk bakımından da bağlayıcıdır.

Çocuk haklarıyla ilgili uluslararası mevzuatın yanında Türk hukuk sisteminde de düzenlemeler yapılmıştır. Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 10., 41., 50. ve 61. maddelerinde²⁶ çocukların haklarına yönelik bazı özel hükümler yer almaktadır. Çocuk haklarıyla ilgili olarak Türk hukukunda, Çocuk Koruma Kanunu ve Çocukları Muzır Neşriyattan Koruma Kanunu gibi konuyla ilgili özel kanunlar çıkarılmıştır. Ayrıca Türk Medeni Kanunu'nda ve Türk Ceza Kanunu'nda çeşitli hükümlere yer verilmiştir. Bunlara örnek olarak çocuğun hak ehliyetini düzenleyen TMK m. 28/II; çocukların bakımı konusunda eşleri birlikte yükümlü kılan TMK m. 185/II; ana babanın ve çocuğun birbirlerine karşı hak ve yükümlülüklerini düzenleyen TMK m. 339; çocuğun korunması adına gerekli önlemlerin hakim tarafından alınmasını düzenleyen TMK m. 346 ve 347 maddeleri verilebilir. Türk Ceza Kanunu'nun "kötü muamele" başlığı altında yer alan 232. maddesi²⁷ ve "aile hukukundan kaynaklanan yükümlülüğün ihlali" başlığı altında yer alan 233. maddesi²⁸, hükümlerde geçen

²⁶ AY m. 10/3: "Çocuklar, yaşlılar, özürlüler, harp ve vazife şehitlerinin dul ve yetimleri ile malul ve gaziler için alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı sayılmaz."

AY m. 41: "Aile, Türk toplumunun temelidir ve eşler arasında eşitliğe dayanır. Devlet, ailenin huzur ve refahı ile özellikle ananın ve çocukların korunması ve aile planlamasının öğretimi ile uygulanmasını sağlamak için gerekli tedbirleri alır, teşkilatı kurar. Her çocuk, korunma ve bakımdan yararlanma, yüksek yararına açıkça aykırı olmadıkça, ana ve babasıyla kişisel ve doğrudan ilişki kurma ve sürdürme hakkına sahiptir. Devlet, her türlü istismara ve şiddete karşı çocukları koruyucu tedbirleri alır."

AY m. 50: "Kimse, yaşına, cinsiyetine ve gücüne uymayan işlerde çalıştırılmaz. Küçükler ve kadınlar ile bedeni ve ruhi yetersizliği olanlar çalışma şartları bakımından özel olarak korunurlar."

AY m. 61/4: "Devlet, korunmaya muhtaç çocukların topluma kazandırılması için her türlü tedbiri alır."

²⁷ TCK m. 232: "- (1) Aynı konutta birlikte yaşadığı kişilerden birine karşı kötü muamelede bulunan kimse, iki aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. (2) İdaresi altında bulunan veya büyütmek, okutmak, bakmak, muhafaza etmek veya bir meslek veya sanat öğretmekle yükümlü olduğu kişi üzerinde, sahibi bulunduğu terbiye hakkından doğan disiplin yetkisini kötüye kullanan kişiye, bir yıla kadar hapis cezası verilir."

²⁸ TCK m. 233: "Aile hukukundan doğan bakım, eğitim veya destek olma yükümlülüğünü yerine getirmeyen kişi, şikayet üzerine, bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Velayet hakları kaldırılmış olsa da, itiyadi sarhoşluk, uyuşturucu veya uyarıcı maddelerin kullanılması ya da onur kırıcı tavır ve hareketlerin sonucu maddi ve manevi özen noksanlığı nedeniyle çocuklarının ahlak, güvenlik ve sağlığını ağır şekilde tehlikeye sokan ana veya baba, üç aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır."

filleri suç olarak düzenleyerek cezai müeyyideye bağlamış, ayrıca çocuğun ticari amaçla sömürülmesi de TCK m. 226'da suç olarak düzenlenmiştir²⁹. Son olarak Türkiye'de konuyla ilgili olarak, Milli Eğitim Bakanlığı Hukuk Hizmetleri Genel Müdürlüğü tarafından 7 Mart 2017 tarihinde yayınlanan genelgeyi de anmak gerekir. Bahsi geçen genelgede: *"İl, ilçe, okul ve kurum yöneticileri tarafından, okul veya kurumlarında görev yapan tüm personel ile öğrenim gören öğrencilerin, kişilerle ilgili her türlü ses, yazı, görüntü ve video kayıtlarının internet de veya farklı dijital ya da basılı ortamda hukuka aykırı şekilde paylaşılmasının Anayasaya, uluslararası sözleşmelere ve 1739 sayılı Kanun'a aykırı olduğu; bu fiillerin Türk Ceza Kanunu'nda suç olarak düzenlenmiş olduğu hususunda bilgilendirilmesi sağlanacak ve durumların önüne geçilmesi için önlemler alınacaktır"* ifadesine yer verilmiştir³⁰. Bu maddelerle birlikte, Anayasa'da kişi hakları ve ödevleri bölümünde yer alan haklardan çocuklar da özel bir yaş sınırlaması olmadığı sürece yetişkin bireyler gibi yararlanırlar. Anayasa'nın çocukları ilgilendiren ilgili maddelerine bütün olarak bakıldığında, devletin, tüm vatandaşlarını korumakla yükümlü olmakla beraber, çocukların karşılaşabileceği her türlü olumsuz durumlara karşı gerekli tedbirleri alması gerektiğine de vurgu yapıldığı görülmektedir.

²⁹ TCK m. 226: *"- (1) a) Bir çocuğa müstehcen görüntü, yazı veya sözleri içeren ürünleri veren ya da bunların içeriğini gösteren, okuyan, okutan veya dinleten, b) Bunların içeriklerini çocukların girebileceği veya görebileceği yerlerde ya da alenen gösteren, görülebilecek şekilde sergileyen, okuyan, okutan, söyleyen, söyleten, c) Bu ürünleri, içeriğine vakıf olunabilecek şekilde satışa veya kiraya arz eden, d) Bu ürünleri, bunların satışına mahsus alışveriş yerleri dışında, satışa arz eden, satan veya kiraya veren, e) Bu ürünleri, sair mal veya hizmet satışları yanında veya dolayısıyla bedelsiz olarak veren veya dağıtan, f) Bu ürünlerin reklamını yapan, Kişi, altı aydan iki yıla kadar hapis ve adli para cezası ile cezalandırılır. (2) Müstehcen görüntü, yazı veya sözleri basın ve yayın yolu ile yayınlayan veya yayınlanmasına aracılık eden kişi altı aydan üç yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır. (3) Müstehcen görüntü, yazı veya sözleri içeren ürünlerin üretiminde çocukları, temsili çocuk görüntülerini veya çocuk gibi görünen kişileri kullanan kişi, beş yıldan on yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır. Bu ürünleri ülkeye sokan, çoğaltan, satışa arz eden, satan, nakleden, depolayan, ihraç eden, bulunduran ya da başkalarının kullanımına sunan kişi, iki yıldan beş yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır. (4) Şiddet kullanılarak, hayvanlarla, ölmüş insan bedeni üzerinde veya doğal olmayan yoldan yapılan cinsel davranışlara ilişkin yazı, ses veya görüntüleri içeren ürünleri üreten, ülkeye sokan, satışa arz eden, satan, nakleden, depolayan, başkalarının kullanımına sunan veya bulunduran kişi, bir yıldan dört yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır. (5) Üç ve dördüncü fıkralardaki ürünlerin içeriğini basın ve yayın yolu ile yayınlayan veya yayınlanmasına aracılık eden ya da çocukların görmesini, dinlemesini veya okumasını sağlayan kişi, altı yıldan on yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır."*

³⁰ MEB, "Okullarda Sosyal Medyanın Kullanımına Yönelik Genelge," Milli Eğitim Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü, 2017, http://mevzuat.meb.gov.tr/html/sosyalmedya/sosyalmedya_0.html.

3. Sosyal Medya Ortamında Çocuğun Kişisel Verilerinin Paylaşılması

Çocuğun adı, soy adı, yaşı, doğum tarihi, fotoğrafları gibi ona ilişkin olan ve onu niteleyen her türlü bilgisi kişisel verisidir³¹. Çocukla ilgili herhangi bir şekilde ilişkilendirilebilecek bir bilginin paylaşılması da kişisel verisinin umuma iletilmesi anlamına gelir.

Çocukla ilgili masum gibi görünen bu paylaşımlar basit ve masum görünse bile büyük tehlikelere yol açabilir³². Paylaşımın çocuk için incitici, onur kırıcı olması durumu bir yana, paylaşımında çocuğun rahatsız olabileceği bir olumsuzluk görülmesi bile ilgili içerik, kötü niyetli kişilere davetiye çıkarabilir³³. Bu kapsamda paylaşımın yapıldığı sosyal medya platformunun teknik özellikleri belirli bir oranda koruma sağlasa da asıl sorumluluk paylaşan kişiye düşmektedir³⁴. Kişilerce paylaşımı görüntüleyebilecek kişilerin sınırlanması olmak üzere çeşitli önlemler alınmalı ve çocuğun bulunduğu paylaşımın içeriği olabildiğince titizlikle, barındırdığı riskler gözetilerek belirlenmelidir³⁵. Buna karşılık alınacak önlemlerin, internet söz konusu olduğunda paylaşımın içeriğinin geri dönüşü olmayan biçimde yayılması tehlikesi karşısında hiçbir zaman tam olarak yeterli olmayacağını da akıldan çıkarmamak gerekir³⁶.

Günden güne kullanımı artan ve her gün milyonlarca insan tarafından iletişime geçilen sosyal medya platformlarında, ailelerin kendi çevrelerini ilgilendirdiğine inandıkları bilgi, resim, düşünce ve paylaşımların içeriklerinde çocuklarına yoğun olarak yer vermeleri kötü niyetli kişiler tarafından suistimale açık hale getirmektedir. Çocuk istismarcılarının çocuklara ait fotoğraf, video ve kişisel bilgilerini kullanmalarının en çarpıcı örneklerinden biri de Dallas'ta yaşayan Danica Patterson olayıdır. Patterson'ın Facebook üzerinden dört yaşındaki kızı adına yaptığı paylaşımların New York'ta yaşayan yabancı bir adam tarafından çalınması ve Patterson'ın kızını kendi kızı gibi göstererek paylaşımlarda bulunması, durumun vehametini göstermektedir³⁷.

³¹ Ayözger, s. 6; Erdoğan, "Çocukların Kişisel Verilerinin Korunması (Sosyal Medya Örneği Kapsamında)", s. 2451; Sinem Göçmen Uyarer, Kişisel Verilerin Korunması (Seçkin Yayınevi 2019), s. 104; Hayrunnisa Özdemir, Kişisel Verilerin Özel Hukuk Hükümlerine Göre Korunması (Seçkin Yayınevi 2009), s. 123 – 124.

³² Anna Schimke, "Rechtliche Rahmenbedingungen Der Veröffentlichung von Kinderfotos Im Netz Durch Eltern," *Neue Zeitschrift Für Familienrecht*, no. 19 (2019): 851–58, s. 852.

³³ Schimke, s. 852.

³⁴ Ebeveynin çocukların kişisel verilerini paylaşırken alabileceği tedbirler için bkz. Steinberg, s. 879 vd.

³⁵ Steinberg, s. 878.

³⁶ Steinberg, s. 878.

³⁷ Olayda Facebook yapıla şikayetlere rağmen topluluk kurallarına aykırı bir durum olmadığından bahisle ilgili şahsın hesabını kapatmamıştır. Olayda anne ve kızına herhangi bir fiziksel müdahale veya çocuk pornografisi gibi bir durum olmamasına rağmen bu kişi çocuğun kendi çocuğu olduğu iddia ederek paylaşımlarda bulunmuştur. Andrea Lucia,

4. Paylaşımın Ebeveyn Tarafından Gerçekleştirilmesi

Ebeveyn tarafından kişisel verilerin paylaşıldığı durumlardan bazıları *blog yazarlığı*³⁸, *sosyal medya fenomenliği*³⁹, *youtuberlık*⁴⁰, *insta-mom*⁴¹ adları altında hayata girmiştir⁴². Henüz ilk adımlarını atmaya başlamadan ebeveyninin sosyal medya paylaşımları ile dijital ayak izleri oluşan çocukların kişisel verileri internet ortamında dolaşmaktadır⁴³.

Sosyal medya araçlarını maddi kazanç elde etmek amacıyla kullanan ebeveynin paylaşımları ekonomik istismara yol açabilir. Ekonomik istismar, genel hatlarıyla çocuğun gelişimini engelleyici, haklarını ihlal edici işlerde çalıştırılması, çocuğun düşük ücretli iş gücü olarak görülmesi, emeğinin sömürülmesi, çocuk için tehlike arz eden ve psikolojik gelişimine zarar verebilecek işlerde çalıştırılması ve çocuğun ekonomik olarak sömürülmesi, çocuk üzerinden kazanç elde edilmesi olarak ifade edilmektedir⁴⁴. Ebeveyn ve reklam amacıyla iş birliği yaptıkları ticari firmalar tarafından çocukların saflığı, sempatikliği ve masumiyeti kullanılarak iki yönlü bir kazanç yoluna gidilmektedir. Kazan-kazan ilkesine dayanan reklam iş birlikleriyle firmalar marka ve ürün satışlarını arttırma, sanal ortamda geniş kitlelere ulaşma, reklamlardan gelir elde etme amacıyla hareket ederken, ebeveyn hem görünür ve ünlü olma hem de maddi kazanç elde etme beklentilerini karşılama yoluna gitmektedir. Son dönemlerde dünya genelinde *logger*, *social-mom* ve *instamom* gibi kavramlarla adlandırılan ve çocukları üzerinden popülerite ve maddi kazanç elde eden ebeveyn, bilinçli veya bilinçsiz bir şekilde çocuklarını istismar ederek çocuklarının psiko-sosyal gelişimlerini olumsuz etkilemektedir⁴⁵.

"CBSDFW," *CBS 11*, 2015, <https://dfw.cbslocal.com/2015/07/08/mothers-daughter-digitally-kidnapped-by-man-posing-as-father/>.

³⁸ Ücretli ya da ücretsiz olarak bir web sitesi kurarak ve bu siteyi blog haline getirerek, blogun konusuna göre sürekli olarak güncel bilgiler ekleyerek takipçileri bilgilendiren kişilere blog yazarı denir.

³⁹ Türk Dil Kurumunda fenomen kelimesinin kökeni Fransızca "phénomène" kelimesinden geldiği belirtilmiştir. Anlamı ise "olay" ya da "görüngü" olarak tanımlanmaktadır. Sosyal medyada fenomen; Instagram, Twitter, Youtube gibi mecralarda, binlerce kişinin takip ettiği ve belirli bir kitleye sahip kişilere verilen özel isimdir.

⁴⁰ YouTuber, oluşturduğu video içerikleri YouTube üzerinde yayınlayan ve bu video yayınları sayesinde popüler hale gelen kullanıcıların kendilerini ve yaptıkları işi tanımlamak için kullandıkları bir terimdir.

⁴¹ Instamom olarak literatüre geçen ve instagram anneleri olarak tanımlanan anneler, çocukları için açtıkları instagram hesaplarında çocuklarına ait fotoğraf paylaşımında bulunarak para kazanan kişilerdir.

⁴² Steinberg, s. 841.

⁴³ Serap Duygulu, "Sosyal Medyada Çocuk Fotoğrafları Paylaşımlarının Mahremiyet İhlali ve Çocuk İstismarı Açısından Değerlendirilmesi," *TRT Akademi* 4, no. 8 (2019): 428–87, s. 476.

⁴⁴ Parsa, s. 168.

⁴⁵ Schimke, s. 854; Steinberg, s. 840; Parsa, s. 169.

Kendini *instamom* olarak tanımlayan Instagram anneleri, kişisel blogları ve sosyal medya profilleri üzerinden hamilelik sürecinden başlayarak doğum öncesi alışverişinden doğum sürecine, çocuk bakımı, sağlığı, beslenmesi gibi çocuğun temel ihtiyaçlarına kadar çocukları ile ilgili deneyimlerini düzenli olarak paylaşmakta ve bu paylaşımlarda anlaştıkları firmaların ürünlerinin reklamını yaparak gelir elde etmektedirler. Bu durum çocuğun özel hayatının gizliliğine bir müdahale ve aynı zamanda annenin kendi çocuğu üzerinden kazanç elde ederek çocuğu istismar etmesi durumunu ortaya çıkarmaktadır⁴⁶. Annelik vasfının profesyonel bir mecrada kullanılarak adeta bir meslek olarak icra edilmesi, çocuğun reklam amaçlı kullanılarak ticari bir metaya dönüştürülmesi ve çocuk üzerinden para kazanılması, ekonomik istismar⁴⁷ olarak nitelendirilebilir. Ebeveyni dahi olsa öz bilinci oluşmamış ve kendi iradesi ile karar verme yetisi gelişmemiş çocuğun özel görüntülerinin ve en özel anlarının sosyal medya platformlarında kullanılması ve kitlelerle paylaşılması kişilik haklarına aykırı bir davranış teşkil etmektedir.

Ebeveynin çocuklarını obje olarak kullanarak kazanç elde etmesinin dışında çocuğun saygınlığı ve onuru, onu küçük düşürebilecek ve paylaşımın yapıldığı zaman ya da ileriki zamanlarda bu paylaşımları gördüğünde rahatsız olabileceği eylemlerle, karalayıcı, aşağılayıcı ve horlayıcı görüntü, ses ve resimlerinin ebeveyni tarafından kullanılıp, paylaşılması ve istismar edilmesiyle de ihlal edilebilir. Ebeveynin çocuklarının sağlık problemleri dolayısıyla benzer durumda bulunan ebeveynle yardımlaşma amacı güderek yaptıkları paylaşımların ileriki dönemlerde bu hastalıklardan kurtulmuş olması sonucu çocuklarının tanımadıkları insanlar tarafından geçmişlerine ait bu bilgilere sahip olduklarında bu durumun onlar için rahatsızlık yaratabileceği de göz ardı edilmektedir⁴⁸. Bu paylaşımlar çocuğun özel yaşamının gizliliği hakkının çiğnenmesi anlamına gelebilir.

Çocuk doğduğu anda kişilik kazanır. Ancak kendi başına karar verebilen bağımsız bir insan olarak toplum hayatına katılincaya kadar bakma, korunmaya ve yönlendirilmeye gereksinim duyar. Bu gereksinimin karşılanması hem hukuken hem de ahlaki açıdan ana babanın görevidir. Bu görevin yerine getirilebilmesi için ana babaya hem velayet hakkı hem de soy bağının velayete bağlı olmayan sonuçları kısmında birtakım yetkiler verilmiştir⁴⁹. Ana baba ve çocuk arasındaki ilişkide her iki taraf da eşit hak öznesidir. Bununla birlikte çocuk bedensel, zihinsel ve ekonomik yönden zayıf konumdadır. Özellikle küçük çocuk kendi haklı yararlarını gerçekleştirebilme ve zayıf konumunun

⁴⁶ Parsa, s. 174.

⁴⁷ “Çocuğun gelişimini engelleyici, haklarını ihlal edici işlerde ya da düşük ücretli iş gücü olarak çalışması veya çalıştırılması ekonomik istismar olarak tanımlanmaktadır.” Bkz. Parsa, s. 174.

⁴⁸ Duygulu, s. 442.

⁴⁹ Schimke, s. 854.

başkaları, hatta ana babası tarafından istismar edilmesini önleme gücüne sahip olmayabilir. Bu nedenle çocuğun gerektiğinde ana babasına karşı dahi özel olarak korunması elzemdir⁵⁰.

Velayet küçüklerin, bazı durumlarda da ergin kısıtlı çocukların kişiliğine, mallarına özen göstermek ve onu temsil etmek konusunda ana babaya yüklenen görevlerle, bunların çocuğun yararına uygun biçimde yerine getirilmesini sağlayan yetkileri içeren ve yalnızca çocuğun korunması amacını güden bir kurumdur⁵¹. Ana baba velayeti kullanırken çocuğun olgunluğu ölçüsünde hayatını düzenleme imkanına sahip olsalar bile çocuğun yararı yanında kişiliğine saygı göstermek ve önemli konularda onun düşüncesini göz önünde tutmakla yükümlüdürler (TMK m. 339). Çocuklar yeterli olgunluğa ulaşana kadar haklarının ebeveyn ve toplum tarafından korunması, güvenliğinin sağlanması gerekir.

Kişinin paylaşımına ilişkin rızası yoksa paylaşımlar özel hayata müdahale teşkil eder. Aynı durum çocuklar için de geçerlidir⁵². Çocuğun özel hayatına dair bilgi ve verilerin internet ortamında özellikle sosyal medyada rızası dışında paylaşılması çocuğun mahremiyet alanına müdahaledir. Çocukların kendilerine ait bilgileri ebeveyni tarafından paylaşılması üzerinde kontrolleri yoktur. Gerçi çocuklar bu durumu kontrol edebilseler dahi, bunların sonuçları hakkında tam olarak bilgi sahibi olamayacakları için sağlıklı bir sonucun çıkması da mümkün gözükmemektedir. Bu yüzden anne ve babanın çocuk üzerinde herkese karşı ileri sürülebilir mutlak bir egemenlik hakkı olmasına rağmen bu hakkın çocuğun menfaatine uygun olarak kullanılması gerekir⁵³. Zaten kanun koyucu çocuğun menfaati ve gelişmesinin tehlikeye düştüğü takdirde, ana babanın duruma çare olamaması veya buna güçlerinin yetmemesi halinde hâkim, çocuğun korunması için önlemler alacağını hüküm altına almıştır (TMK m. 346). Hatta önlemlerin yetersiz kalması halinde velayetin kaldırılmasına karar verilebileceği belirtilmektedir (TMK m. 348/1).

Blogger/instagrammer anneler, çocuklarının olduğu içerikleri diğerlerine oranla daha fazla paylaşmaktadırlar. Paylaşılan fotoğraflarda çocukların

⁵⁰ Schimke, s. 855.

⁵¹ H Karaca, "Türk Hukukunda Velayetin Kapsamı ve Hükümleri" (İstanbul: İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2014), s. 5; Murat Akdi, "Ana-Babanın Çocuğun Fotoğraf ve Görüntülerinin Sosyal Medyada Yayınlanmasından Doğan Sorumluluğu," *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan Özel Sayısı 22, no. 3 (2016): 123–44, s. 124; İsmail Erbay, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Türk Medeni Hukukundaki Velayet Hakkının Kaldırılması (TMK m. 348) Hükümlerinin Değerlendirilmesi," İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 3, no. 2 (2012): 11–61, s. 15; Mustafa Dural ve Tufan Öğüz, *Türk Özel Hukuku Cilt:3 (Aile Hukuku)* (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2020), s. 140.

⁵² Erdoğan, s. 2464.

⁵³ Erdoğan, s. 2461.

bulunup bulunmaması ile takipçi sayıları arasında da oransal olarak anlamlı bir ilişki bulunmaktadır. Ebeveynin bu paylaşımları annelik kavramını metalaştırarak toplumda yer edinebilmek, kişisel tatmin sağlamak ve beğenilme arzularını gidermek için yaptıklarını söylemek yanlış olmayacaktır. Özellikle bu paylaşımların reklam içermesi, çocukları üzerinden maddi kazanç elde ederek onları reklam aracı olarak kullanmaları da bunu desteklemektedir. Ünlü anne *bloggerlardan* biri olan Nihan Kayalıoğlu'nun iki çocuğu üzerinden yaptığı paylaşımlarla çocuklarını reklam malzemesi yaparak maddi kazanç elde ettiği gerekçesiyle çocukların babaları tarafından açılan velayet davasında velayet hakkının Nihan Kayalıoğlu'nun elinden alınması ve babaya verilmesi⁵⁴, çocukları adına paylaşım yapan annelerin bilinçsizce yaptıkları bu paylaşımların psikolojik, sosyolojik ve hukuki sonuçlarını gösterir niteliktedir⁵⁵. Yargıtay'ın içtihadı gereğince ilgili kişinin rızasına aykırı şekilde sosyal medyada fotoğrafının paylaşılması suç oluşturmaktadır⁵⁶.

5. Paylaşımın Çocuk Üzerindeki Etkileri

Sosyal medya yeni medya platformları içerisinde insanı ve toplumu derinden etkileyerek kimlik gelişimi, sosyalizasyon, mahremiyet, özel yaşam ve kamusal yaşam kavramlarının tartışılmasını gündeme getirmiştir⁵⁷. Sosyal medyada paylaşılan kişisel içerikler sözlü paylaşımın aksine çevrimiçi ortamda hiçbir zaman kaybolmaz. Paylaşılan içerikler farklı platformlar arasında kolayca kopyalanabilir ve kopyalanan içeriğin üzerinde değişiklikler yapılabilir. İçeriklerin ulaştığı kitle kişinin bilgisi dâhilinde olmayabilir ve *google* gibi arama motorlarıyla içerikler kolayca aranıp bulunabilir. Teknolojinin geldiği nokta ve sosyal medya hesaplarının yaygın şekilde kullanımıyla birlikte, paylaşılan içerikler kaba bir tabirle dipsiz kuyu olarak nitelendirilebilecek internet ortamında sadece ebeveynin paylaştığı mecrada kalmamakta, kontrolsüz bir biçimde yayılmaktadır. Bu durum ise çocuğun uğrayabileceği zararı katlayan bir etkiye sahiptir. Yetişkinlere göre daha zayıf ve korunmaya muhtaç olan çocuklar için her türlü küçük düşürücü ve zarar verici içerik, onların manevi bütünlüğünü zedeleyebilir⁵⁸.

Çevrimiçi paylaşılan içerikler dolayısıyla çocuk, çeşitli tehlikelerle karşı karşıya gelebilir⁵⁹; örneğin paylaşılan resimler herhangi bir yerde satılan bir kıyafetin, objenin üstünde kullanılabilir. Çocukların paylaşılan fotoğraflarını

⁵⁴ Çağdaş Ulus, "'Blogger' Anneye Çocuk İstismarı Suçlaması!," *Vatan Gazetesi*, 2017, <http://www.gazetevatan.com/-blogger-anneye-cocuk-istismari-suclamasi--1080670-gundem/>.

⁵⁵ Duygulu, s. 474.

⁵⁶ Yargıtay 12. Ceza Dairesi, Esas: 2015/13582, Karar: 2017/3109, 12.04.2017

⁵⁷ G E Atalay, "Sosyal Medya ve Çocuk: Babishko Family Fun TV İsimli Youtube Kanalının Eleştirel Bir Analizi," *Erciyes İletişim Dergisi*, no. Uluslararası Dijital Çağda İletişim Sempozyumu Özel Sayısı (2019): 179–202, s. 183.

⁵⁸ Atalay, s. 199.

⁵⁹ Schimke, s. 856.

alıp bunlar üzerinde yapılan oynamalarla, pedofili hastalarının hesaplarında paylaşım yaptıkları bilinen bir gerçektir. Bu yüzden ebeveynin çocuklarının kişisel verilerini yayarken daha dikkatli olmaları gerekmektedir⁶⁰. Pedofilin yaygınlığı düşünülürse havuzda, banyoda, denizde çocuğun çıplak ya da kısmen giyinik halde olduğu fotoğrafların paylaşılması, pedofili sitelerinde yayımlanma riski taşımaktadır. Kimlik hırsızlığı da çocukların karşıya kalabileceği risklerden diğer bir tanesidir. Özellikle, paylaşımlarla birlikte çocuğun adının soyadının tam olarak verilmesi, doğum tarihi gibi bilgilerin tam olarak paylaşılması gibi durumlarda çocuklar, kimliklerinin çalınması durumu ile karşı karşıya kalabilmektedir⁶¹. Ayrıca paylaşımlarda konum etiketlenmesi, çocuğun gittiği kreş ya da kurs hakkında bilgilerin internet ortamında belirtilmesi, kötü amaçlı kişiler tarafından kaçırılmasına ya da çocuğun istismar edilmesine sebep olabilir.

Çocuk için özel kalması gereken psikolojik ve sosyal bilgilerin, başkaları tarafından suiistimal edilebilecek veya utanmaya sebep olacak bilgilerin ve görüntülerin paylaşılması, çocuk için ileriki yaşamında sorunlar teşkil edebilir⁶². Çocukluk çağında sevimli gelen resimler ilerde alay konusu olabilmekte; çocuğu küçük düşürmek, tehdit ve şantaj gibi farklı amaçlarla kullanılabilir. Bu durumda, çocuğun benlik saygısı olumsuz şekilde etkilenebilmektedir⁶³. Ebeveyn bu sırada çocuğunun karşı karşıya kaldığı tehlikelerden habersiz olabilir. Öte yandan bilinçli ya da bilinçsiz, ebeveynin çocuklarının kişilik haklarını ihlal ederek çocukluğunu çıkar amaçlı kullanması hukuka ve ahlaka aykırı durumdur. İtalya'da on altı yaşındaki bir çocuğun rızası olmadan annesi tarafından sosyal medyada yaptığı paylaşımlar üzerine çocuk anneyi şikâyet etmiş ve mahkeme çocuğu haklı bularak şikâyete konu paylaşımların kaldırılmasına karar vermiştir. Anne mahkeme kararına uymazsa ya da gelecekte yeni fotoğraflar yayımlarsa oğluna 10 bin Euro tazminat ödemesi de söz konusudur⁶⁴. Sosyal medyada rıza dışı fotoğraf, video vb. paylaşımları bulunan çocukların büyüdüklerinde kişisel haklarını korumak amacıyla ebeveynine karşı hukuki süreç başlatabilecekleri unutulmamalıdır.

Görüldüğü gibi çocuğun kişisel verilerinin sosyal medya üzerinden ebeveyni tarafından paylaşılmasının hem çocuğun psikolojisi üzerinde büyük olumsuz etkileri hem de çocuğun güvenliği üzerinde tehlikeleri mevcuttur⁶⁵.

⁶⁰ Steinberg, s. 880 vd.; Erdoğan, s. 2461.

⁶¹ Lucia, "CBSDFW."

⁶² Schimke, s. 855; Ashley May, "USA Today," *USA Today*, 2016, <https://www.usatoday.com/story/news/nation-now/2016/09/16/18-year-old-sues-parents-posting-baby-pictures-facebook/90479402/>.

⁶³ H Serin, "Sosyal Medyada Çocuk Hakları İhlalleri: Ebeveyn ve Öğretmenler Farkında Mı?," *Eskişehir Osmangazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, no. 20 (2019): 1–22, s. 16.

⁶⁴ Övgü Pınar, "BBC," *BBC Türkçe*, 2018, <https://www.bbc.com/turkce/haberler-dunya-42604622>.

⁶⁵ Serin, s. 20; Steinberg, s. 854"

II. İHLALİN HUKUKİ NETİCELERİ

A. Genel Olarak

Çocuğun kişisel verilerinin ana babası tarafından sosyal medya ortamında paylaşılması, çocuğun kişisel verilerinin işlenmesi anlamına gelir (KVKK m. 3/1/e). Çocuğun kişisel verileri üzerindeki hakkı aynı zamanda kişilik haklarından. Dolayısıyla olayda bir hukuka uygunluk nedeni bulunmadıkça, kişisel verilerin yayılması hem kişisel verilerin korunması mevzuatının hem de kişilik haklarını koruyan TMK hükümlerinin ihlalidir. Çocukların kişisel verilerinin korunmasında, bu verilerin kişilik hakkının koruma kapsamında yer almasından dolayı menfaati vardır. Bu durumda başvurulabilecek hukuki yollar, düzenledikleri kanunlar ile ileri sürülebilecek talepler bakımından tasnife tâbi tutulabilir. Düzenledikleri kanunlar bakımından çareler, Türk Medeni Kanunu'nda yer alan ve Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nda yer alan olmak üzere iki başlık altında incelenebilir⁶⁶. İleri sürülebilecek talepler ise veri sorumlusuna başvuru ve Kişisel Verileri Koruma Kurulu'na şikâyet, velayet hakkının kaldırılması, kişiliği koruyan davalar, tazminat ve saldırı dolayısıyla elde edilen kazancın iadesi istemleri yer alır. Her ne kadar KVVK kapsamında kişisel verilerin hukuka aykırı işlenmesi durumunda gidilebilecek hukuki yollara ilişkin düzenlemeler mevcut olsa da ihlal edenin ebeveyn, ihlale uğrayan kişinin de çocuk olması durumunda başvurulabilecek çareler, TMK içerisinde yer almaktadır. Zira KVVK hükümleri, amacı, düzenleniş biçimi ve uygulama alanı itibarıyla az çok sınıflandırma gerektiren, çok kişiye ait veri işleme faaliyetlerini düzenler. Bu açıdan, KVVK hükümlerinin, daha çok toplu verilerin güvenliğine dönük ihtiyaçları karşıladığını ifade etmek yanlış olmasa gerektir.

Ana babanın, çocuğunun kişisel verilerini yayma suretiyle kişilik haklarına saldırı teşkil eden bir fiil işlemesi, Türk Medeni Kanunu'nun 23. ve 24. maddeleri ile Türk Borçlar Kanunu'nun 58. maddesine aykırılık teşkil eder. Bu davranışın süreklilik arz etmesiyle, çocuğun üstün yararı ve korunması ilkesinden hareketle, mahkeme tarafından velayetin kaldırılmasının yanı sıra tazminat ve diğer hukuki tedbirlere başvurulabilir. Ayrıca, ana baba, çocuklarını bir reklam anlaşması kapsamında üçüncü kişilerle anlaşarak menfaat sağlamakta ise TMK m. 345'e de aykırılık söz konusu olur. Zira hükümde, *“ana ve babanın menfaatine olarak çocuk ile üçüncü kişi arasında yapılacak bir hukukî işlemle çocuğun borç altına girebilmesi, bir kayyımın katılmasına ve hâkimin onayına bağlıdır.”* ifadesi yer almaktadır (TMK m. 345).

B. Çocuğun Rızası

İlgilinin rızası, hem TMK bakımından kişilik hakkına saldırıda hem de KVVK m. 5/1 uyarınca kişisel verilerin işlenmesinde hukuka uygunluk nedenidir⁶⁷.

⁶⁶ Schimke, s. 853.

⁶⁷ Akdi, s. 134; Kemal Atasoy, “Kişilik Hakkı Kapsamında Sosyal Medyada Kişisel Verilerin

Rıza açık ve serbest irade beyanıyla olur⁶⁸. Ahlaka aykırı verilen rıza geçersizdir⁶⁹. Rızanın geçerli olması için kural olarak tam veya sınırlı ehliyetli olmak gerekir⁷⁰. Tam ehliyetsizlerin vereceği rıza geçersizdir⁷¹. Bunlar adına rızayı verecek olan kanuni temsilcidir⁷². Ancak saldırı zaten kanuni temsilciden gelmekte ise kanuni temsilcinin çocuk adına vereceği rıza geçersiz olur. Sınırlı ehliyetsizlerin verdiği rıza ise ayırt etme gücüne sahip olup olmamalarına göre geçerlik kazanır. Ayırt etme gücüne sahip olan küçükler bu gruptadır. Ayırt etme gücüne sahip çocuklar serbest iradeleriyle geçerli bir rıza verebilir. Burada aranan ayırt etme gücü, verilen rızanın anlam ve sonuçlarını idrak edebilme yönündendir⁷³. Eğer çocuk vereceği rızanın manasını idrak edemiyor, sonuçlarını öngöremiyorsa verdiği rıza hukuka aykırılığı ortadan kaldırmaz⁷⁴. Çocuğun kişisel verilerinin işlenmesine vereceği rızayla ilgili özel bir düzenleme de Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü'nde (GDPR) yer almaktadır⁷⁵.

C. Türk Medeni Kanunu Bakımından Çocuğun Kişisel Verilerinin Korunması

1. Çocuğun Ana Babaya Karşı Korunmasına İlişkin Önlemler ve Son Çare Olarak Velayet Hakkının Kaldırılması

Kanun, çocuğun haklarının ihlali durumunda alınabilecek önlemler bakımından hâkime oldukça geniş bir takdir hakkı tanımıştır. Gerçekten, Kanun'un kullanmış olduğu "...çocuğun korunması için uygun önlemleri alır." (TMK m. 346) ve "...ana ve baba veya çocuğun istemi üzerine hâkim aynı önlemleri alabilir." (TMK m. 347/II) hükümlerinde hâkime verilen takdir yetkisi görülmektedir. Hâkime tanınmış olan bu geniş takdir yetkisinin içerdiği önlemlere örnek olarak, ana babanın ihtar edilmesi, ana babadan ihlalin etkilerinin giderileceğine ilişkin bilgi istenilmesi ve çocuğa eğitim kayyımı atanması verilebilir⁷⁶. İkinci olarak belirli şartlar dâhilinde çocuğun ebeveyninden alınması önlemi düzenlenmiştir. Bu kapsamda, çocuğun bedensel

Korunması ve Veri Sahibinin Rızası," *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 22, no. 3 (2016): 269–301, s. 290.

⁶⁸ Atasoy, s. 290.

⁶⁹ Atasoy, s. 290.

⁷⁰ Serap Helvacı, *Gerçek Kişiler* (İstanbul: Legal, 2016), s. 146.

⁷¹ Dural ve Öğüz, *Türk Özel Hukuku Cilt:2 (Kişiler Hukuku)*, s. 110.

⁷² S S Tekinay, *Medeni Hukukun Genel Esasları ve Gerçek Kişiler Hukuku* (İstanbul: Filiz Kitabevi, 1992), s. 259; Helvacı, s. 147.

⁷³ Akdi, "Ana-Babanın Çocuğun Fotoğraf ve Görüntülerinin Sosyal Medyada Yayınlanmasından Doğan Sorumluluğu.", s. 134.

⁷⁴ Helvacı, s. 105; Akdi, s. 135.

⁷⁵ Düzenlemede genel olarak on altı yaşın üstündeki çocukların kişisel verilerinin işlenmesine verecekleri rızanın geçerli olduğu; ancak üye devletlerin yapacakları düzenlemeyle bu sınırı on üç yaşa kadar indirebilecekleri; bu yaşın altındaki çocuklar için velilerin rıza vermesi gerektiği yer almaktadır (GDPR m. 8).

⁷⁶ Erbay, s. 31.

ve zihinsel gelişmesi tehlikede bulunur veya çocuk manen terk edilmiş hâlde kalırsa hâkim, çocuğu ana ve babadan alarak bir aile yanına veya bir kuruma yerleştirebilir (TMK m. 347/1). Bu önlem, çocuğun aile içinde kalması ailenin huzurunu onlardan katlanmaları beklenemeyecek derecede bozması ve durumun gereklerine göre başka çare kalmaması halinde de ana ve baba veya çocuğun istemi üzerine de uygulanabilir. Son olarak bu önlemlerin çocuğun üstün yararını koruma hususunda sonuçsuz kalması veya yetersiz kalacağından önceden anlaşılması halinde iki sebebe dayalı olarak velayet kaldırılabilir⁷⁷ (TMK m. 348). Velayetin kaldırılmasının özel sebepleri şöyle sayılmıştır: “1. Ana ve babanın deneyimsizliği, hastalığı, başka bir yerde bulunması veya benzeri sebeplerden biriyle velayet görevini gereği gibi yerine getirememesi. 2. Ana ve babanın çocuğa yeterli ilgiyi göstermemesi veya ona karşı yükümlülüklerini ağır biçimde savaştırmaması.” Görüldüğü gibi velayetin kaldırılması sadece bir son çare olarak düzenlenmemiş; aynı zamanda her somut durum için kanunda sayılan bu iki özel sebepten birinin varlığı aranmıştır. Hâkim, ihlalin çocuk üzerindeki etkisinin ağırlığı ile ebeveynin kusurunun derecesine göre, kanunda hafiften ağıra sıralanmış bu önlem ve yaptırımlardan hangisine karar vereceğini takdir eder. Belirtilmelidir ki diğer önlemlere velayetin kaldırılması ile birlikte hükmedilemez. Ancak velayetin kaldırılması dışındaki önlemlerden aynı anda birden fazlasına hükmedilebilir⁷⁸.

Ebeveynin sosyal medya ortamında çocuğunun fotoğraflarını, videolarını, ismini, adresini, düzenli bulunduğu yerleri paylaşması veya reklam iş birlikleri çerçevesinde belirli bir ürünü kullanırken çekilmiş görüntülerini paylaşması, yukarıda açıklandığı gibi çocuğun sosyal, fiziksel, manevi ve benzeri açılarından gelişimini olumsuz etkileyebilir. Böyle bir durumda, bahsi geçen olumsuz etkiler, çocuğun menfaatini ve gelişmesini tehlikeye düşürdüğü ölçüde ve tehlikeyle orantılı olarak TMK m. 346 – 348’de düzenlenen önlemlerin alınması gündeme getirebilir. Tehlikeyle alınacak önlem arasında orantı bulunması ilkesi gereği, tehlikenin bertaraf edilebileceği en hafif önlem tercih edilmelidir⁷⁹. Ayrıca velayetin kaldırılması kararı dışındaki önlemler sınırlı sayıda olmadığı ve bu konuda hâkime takdir yetkisi tanındığı için, alınacak önlem hususunda hâkimin titiz davranması gerekir. Örneğin, alınacak önlem velayet hakkının kaldırılmasıyla aynı fiili durumu doğurmamalı; velayet hakkının kullanımını engelleyici bir sonuca yol açmamalıdır⁸⁰. Zira velayet hakkının kaldırılması özel bazı şartlara bağlanmış ve ağır bir yaptırımdır. Burada esas, ana babayı cezalandırmak değil,

⁷⁷ Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, “E. 2010/7251 K. 2010/20509”; Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, “E. 2015/10653 K. 2015/22807”.

⁷⁸ Erbay, s. 32.

⁷⁹ Ahmet Cemal Ruhi ve Canan Ruhi, *Velayet Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2017, s. 69; Erbay, s. 32.

⁸⁰ Ruhi ve Ruhi, s. 70; Erbay, s. 34-35.

çocuğun menfaatlerinin en yüksek düzeyde korunarak psikolojik, fiziksel ve benzeri açılardan toplumsal hayata en uygun biçimde hazırlanmasıdır.

2. Kişiliği Koruyan Davalar

Kanun koyucu kişiliğin korunmasını, hukuki işlemle yapılan saldırılara karşı ve hukuka aykırı fiille yapılan saldırılara karşı olmak üzere iki ayrı düzenlemeyle ele almıştır. Hukuki işlemle yapılan saldırılar bakımından TMK m. 23 hükmü; hukuka aykırı fiille yapılan saldırılar bakımından ise TMK m. 24 hükmü uygulanır⁸¹. TMK m. 23 hükmünde, *“Kimse, hak ve fiil ehliyetlerinden kısmen de olsa vazgeçemez. Kimse özgürlüklerinden vazgeçemez veya onları hukuka ya da ahlâka aykırı olarak sınırlayamaz.”* düzenlemesi yer almaktadır. Bu maddenin başlığı *“Kişiliğin Korunması – Vazgeçme ve Aşırı Sınırlamaya Karşı”* biçimindedir. Öte yandan TMK m. 24 hükmünde ise *“Hukuka aykırı olarak kişilik hakkına saldırılan kimse, hâkimden, saldırıda bulunanlara karşı korunmasını isteyebilir.”* ifadesine yer verilmiştir. Görüldüğü gibi ilk hükümde kişinin kendi kişilik hakkından vazgeçmesine veya hakkının sınırlanmasına rıza göstermesine karşı bir koruma öngörülmesi; ikinci hükümde ise dışarıdan gelen saldırılara karşı bir koruma öngörülmiştir.

Ana babanın sosyal medyada, isim, adres, fotoğraf, video, ses kaydı ve düzenlenmiş içerikler gibi çocuğun kişisel verilerini hukuka aykırı olarak paylaşması durumunda, çocuğun kişiliğine hukuka aykırı fiille yapılan bir saldırı söz konusu olur. Bu durumda kişiliğin korunmasını sağlamak üzere açılabilen, üç farklı dava düzenlenmiştir. Bu davalardan hangisinin açılacağı, saldırının bulunduğu aşamaya göre belirlenir. Henüz gerçekleşmemiş; ancak gerçekleşmesi yönünde ciddi ve yakın bir tehlike bulunan hukuka aykırı saldırılar bakımından saldırı tehlikesinin önlenmesi davası açılabilir. Saldırı başlamış ve devam etmekte ise saldırıya son verilmesi; sona ermiş olsa bile etkileri devam eden saldırının da hukuka aykırılığının tespiti davaları açılabilir. Davacı bunlarla birlikte, düzeltmenin veya kararın üçüncü kişilere bildirilmesi ya da yayımlanması isteminde de bulunabilir (TMK m. 25/II).

Saldırı tehlikesinin önlenmesi davası için bir saldırı tehlikesinin varlığı ve bu tehlikenin yakın ve ciddi olması şarttır. Saldırıya son verilmesi istemi için ise ortada kişilik haklarını çiğneyen hukuka aykırı bir saldırı bulunması gerekir. Bu dava ile mevcut kişilik hakkı ihlali durdurularak saldırıya uğrayanın uğradığı maddi ve manevi zararların artması önlenmesi amaçlanır. Davanın tabiatından kaynaklı bir durum olarak, saldırıya son verilmesi istemi zamana yayılmayan saldırılar bakımından söz konusu olmaz⁸². Örneğin bir anne, sosyal medya üzerinde canlı yayın yaparken çocuğunu çıplak vaziyette gösterirse saldırı o an gerçekleşmiş olur ve biter. Ancak çocuğun mevzu bahis görüntüsünü

⁸¹ Helvacı, s. 139.

⁸² Dural ve Öğüz, *Türk Özel Hukuku Cilt:2 (Kişiler Hukuku)* s. 153.

hesabına yükleyerek kalıcı olarak görüntülenmesine sebep olursa saldırı yüklenme anında başlar ve gönderi kaldırılana kadar devam eder. Dolayısıyla ilk durumda saldırıya son verilmesi davası açılmaz. Davanın anılan şartları, karar anında var olmalıdır. Karar anında sona ermiş bir saldırıya ilişkin hâkim, davanın konusuz kalmış olması gerekçesiyle, esas hakkında karar vermeye yer olmadığına ilişkin karar vermelidir⁸³. Son olarak, saldırı son ermişse, saldırının hukuka aykırılığının tespiti davası açılması mümkündür. Bu davanın temel şartı ise saldırının sona ermiş olmasına rağmen etkisinin sürüyor olmasıdır. Her ne kadar doktrinde birtakım eleştirilere maruz kalmış olsa da⁸⁴ kanunun açık hükmü karşısında ("*sona ermiş olsa bile etkileri devam eden saldırının...*" TMK m. 25/1) bu şartın aranmayacağını kabul etmek pek mümkün gözükmemektedir⁸⁵. Bu özel tür tespit davası bakımından, saldırı etkisini sürdürdükçe hukuki yararın var olduğu kabul edilir⁸⁶. Kişiliği koruyucu davaları açma hakkı, kişiye sıkı sıkıya bağlı haklardandır. Temlik edilemez ve miras geçmez.

3. Tazminat

Saldırıya uğrayan çocuk, hukuka aykırı saldırının yarattığı zararları gidermek amacıyla koruyucu davalardan ayrı olarak tazminat davası açabilir (TMK m. 25/III). Tazminat davası için zararın meydana gelmiş olması; bunun için de saldırının bitmesi gerekir. Zira tazminat davaları, saldırının kendisiyle değil, saldırının mağdur üzerindeki sonuçlarının tazmini ile ilgilidir. Tazminat davalarının genel koşulları olan kusur, zara ve illiyet bağı bu dava bakımından da aranır⁸⁷. Kusurun aranmadığı sorumluluk hallerinden birinin varlığı da yeterlidir. Maddi tazminat için maddi bir zararın; manevi tazminat talebi için ise saldırı dolayısıyla mağdurda oluşan manevi acı, elem ve ızdırap biçiminde tarif edilebilecek olan manevi zararın meydana gelmiş olması gerekir. Ebeveynin fiilleri bir sözleşme ilişkisine dayanmadığından bu tür tazminat davalarında haksız fiil zamanaşımı uygulanır⁸⁸. Buna göre tazminat istemi, zarar görenin zararı ve tazminat yükümlüsünü öğrendiği tarihten başlayarak iki yılın ve her hâlde fiilin işlendiği tarihten başlayarak on yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrar.

Manevi tazminat davası açma hakkı kişiye sıkı sıkıya bağlı haklardandır; karşı tarafça kabul edilmiş olmadıkça devredilemez; mirasbırakan tarafından

⁸³ Helvacı, s. 159.

⁸⁴ S S Tekinay, "Kişilik Haklarına İlişkin Yasal Değişiklikler Hakkında Eleştiriler," içinde *Prof. Dr. Haluk Tandoğan'ın Hatırasına Armağan* (Ankara: Bankacılık Enstitüsü Yayınları, 1990), 55 vd., s. 59; Tekinay, *Medeni Hukukun Genel Esasları ve Gerçek Kişiler Hukuku*, s. 274.

⁸⁵ Helvacı, s. 160.

⁸⁶ Helvacı, s. 161.

⁸⁷ Dural ve Öğüz, *Türk Özel Hukuku Cilt:2 (Kişiler Hukuku)*, s. 158.

⁸⁸ Helvacı, s. 161-162.

ileri sürülmüş olmadıkça mirasçılara geçmez⁸⁹. Maddi tazminat davası açma hakkı ise malvarlığını ilgilendirdiğinden, kişiye sıkı sıkıya bağlı haklardan değildir. Temlik edilebilir ve miras geçer⁹⁰.

4. Hukuka Aykırı Saldırı Dolayısıyla Elde Edilmiş Olan Kazancın İadesi

Sosyal medyada genellikle yüksek sayıda takipçisi olan, belirli bir etki alanına ulaşmış ana babalar, ticari iş birlikleri kapsamında çocuğunun masumiyetini, nahifliğini, insanlarda uyandırdığı güzel duyguları kullanarak kazanç elde etmektedir. Genellikle bir firmanın ürünleri veya faaliyetlerinin tanıtılması içerikli olan bu paylaşımlarda çocukların saflıklarından veya sırf tanınır olmalarından faydalanılarak çocukların görselleri, videoları kullanılır. İlgili ürün veya faaliyetin reklamının yapılması karşılığında ebeveyn kazanç elde eder⁹¹. Ürün veya faaliyetinin reklamı yapılan firma da bilinirliğini, marka güvenilirliğini veya satışlarını artırarak doğrudan veya dolaylı olarak menfaat sağlar. Buna karşılık kimi zaman böyle bir iş birliğinden haberi dahi olmayan, haberi olması halinde de durumu engellemek için irade gösterebilecek durumda olmayan çocuk, alet olarak kullanılmaktadır⁹². Bu gibi durumlarda ana babanın saldırı dolayısıyla elde ettiği bir kazanç varsa, bu kazancın çocuğa iadesi gündeme gelebilir. Örneğin çocuklara yönelik oyun hamuru üreten bir firma, son zamanlarda tatlı şivesiyle konuştuğu videoları sayesinde sosyal medyada hızla ün kazanmış, beş yaşındaki Burak'ın anne ve babasıyla iletişime geçerek, yeni başlatacakları reklam kampanyasında Burak'la iş birliği yapmak istediklerini belirtmiş olsun. Bu kapsamda, Burak adına açılmış fakat annesi tarafından yönetilen sosyal medya hesabından, dört hafta boyunca aralıklarla oyun hamurunun kalitesini, çocukların yaratıcılığını nasıl geliştirdiğini, içinde zararlı maddeler olmadığını vurgulayan videolar çekilerek paylaşılacak; ayrıca firmanın bir alışveriş merkezinde düzenleyeceği etkinlikte Burak da bulunacak ve etkinliğin videoları da hesapta yayımlanacaktır. Bunun karşılığında anne ve baba firma 50.000 TL alacaktır. Görüldüğü gibi çocuğun ünü sayesinde anne ve baba bir kazanç elde etmektedir. Bu kazancın, her somut durumda ayrıca değerlendirilmek kaydıyla hukuka aykırı bir saldırı dolayısıyla kazanıldığının tespit edilmesi halinde, TMK m. 25/III'e göre iade davası açılabilir.

Kişilik hakkını ihlal eden hukuka aykırı saldırı sonucunda failin elde ettiği haksız kazancın iadesi davası, gerçek olmayan vekaletsiz iş görme hükümlerine (TBK m. 530) göre gerçekleştirilir. Zamanaşımı, haksız fiil zamanaşımıdır. Bu davada kusur aranmaz. İade edilecek kazancın miktarını hâkim takdir eder (TBK m. 50/II kıyasen).

⁸⁹ Helvacı, s. 162.

⁹⁰ Helvacı, s. 162.

⁹¹ Schimke, s. 857.

⁹² Schimke s. 857.

D. Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Bakımından Çocuğun Kişisel Verilerinin Korunması

Kişisel verileri hukuka aykırı bir biçimde sosyal medya üzerinden paylaşılan çocuğun KVKK hükümlerine göre ana babasına herhangi bir talep yöneltebilip yöneltemeyeceği sorusunun cevabı, fiilin KVKK kapsamında olup olmadığına bağlıdır. Öyleyse öncelikle bahsi geçen biçimde münferit olarak gerçekleştirilen, sadece bir kişiye ait kişisel verilerin işlenmesi faaliyetinin kanunun kapsamında dâhil olup olmadığını tespit etmek gerekir.

Kanunun uygulama kapsamı, “Kapsam” başlığını taşıyan maddede düzenlenmiştir. Maddeye göre, *“Bu Kanun hükümleri, kişisel verileri işlenen gerçek kişiler ile bu verileri tamamen veya kısmen otomatik olan ya da herhangi bir veri kayıt sisteminin parçası olmak kaydıyla otomatik olmayan yollarla işleyen gerçek ve tüzel kişiler hakkında uygulanır.”* (KVKK m. 2/1). O halde kanunun uygulanabilmesi için, kişisel verileri işlenen gerçek kişi ve tamamen veya kısmen otomatik yollarla veya otomatik olmayan yollarla olsa bile bir veri kayıt sisteminin parçası olan işleme faaliyeti söz konusu olmalıdır. Ana babanın sosyal medyadan çocuğun kişisel verilerini paylaşmak suretiyle işlemesi faaliyeti bu şartlar altında değerlendirilecek olunursa, çocuğun bir gerçek kişi olması yönüyle ilk şart sağlanmaktadır. Bu veri işleme faaliyetinin tamamen veya kısmen otomatik yollarla⁹³ gerçekleştirilmediği; diğer bir ifadeyle verinin otomatik olmayan yollarla işlendiği açıktır. Öyleyse otomatik olmayan yollarla işlemenin, bir veri kayıt sisteminin parçası olup olmadığına bakılmalıdır. Veri kayıt sistemi kanunda, *“Kişisel verilerin belirli kriterlere göre yapılandırılarak işlendiği kayıt sistemini,”* şeklinde tanımlanmıştır (KVKK m. 3/1/h). Madde gerekçesine göre ise veri kayıt sistemi, kişisel verilerin belirli kriterlere göre yapılandırılarak işlendiği kayıt sistemini ifade etmektedir⁹⁴. Bu sistemler elektronik ya da fiziki ortamda oluşturulabilir. Buna göre, veri kayıt sisteminde kişisel veriler, ad, soy ad veya kimlik numarası üzerinden sınıflandırılabileceği gibi, kredi borcunu ödemeyenlere ilişkin oluşturulacak sınıflandırma da bu kapsamda değerlendirilecektir. Görüldüğü gibi kanun, daha çok birden fazla sayıda kişinin verilerinin işlenmesiyle ve kategorize edilmesiyle ilgili faaliyetleri düzenlemektedir. Zaten veri işleyen ve veri sorumlusu kavramlarının ayrıca tanımlanması olgusu ve kanunun genel sistematığından, kanunun çok sayıda

⁹³ KVKK, “Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Amacı ve Kapsamı” (Ankara: KVKK), Erişim Tarihi: Nisan 17, 2020, <https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/4185/6698-Sayili-Kisisel-Verilerin-Korunmasi-Kanununun-Amaci-ve-Kapsami>, s. 5.

⁹⁴ Bilgi Notu ve Kişisel Verilerin Korunmasına İlişkin Terimler Sözlüğü KVKK Gerekçesi, “KVKK Gerekçesi, Bilgi Notu ve Kişisel Verilerin Korunmasına İlişkin Terimler Sözlüğü,” *Kişisel Verileri Koruma Kurumu*, n.d., <https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/5388/Madde-ve-Gerekcesi-ile-Kisisel-Verilerin-Korunmasi-Kanunu-Bilgi-Notu-ve-Kisisel-Verilerin-Korunmasina-Iliskin-Terimler-Sozlugu>.

kişiyeye ait veri işlenmesinde uyulması gereken usul ve esasları düzenlediği; bu suretle kişisel verilerin işlenmesini disiplin altına alma, temel hak ve özgürlükleri, kişinin mahremiyet hakkını ve bilgi güvenliği hakkını korumayı amaçladığı anlaşılmaktadır.

Ebeveynin çocuğun kişisel verilerini paylaşması faaliyeti açısından, sadece bir kişinin verilerinin işlenmesi ve verilerin herhangi bir kritere göre yapılandırılarak işlenmesi söz konusu olmadığından, bu faaliyetin bir veri kayıt sisteminin parçası olduğu söylenemez. Nitekim kanunun gerekçesinde yer verilen şu ifadeler bu saptamayı teyit etmektedir: *“Kişisel verilerin otomatik olan veya herhangi bir veri kayıt sisteminin parçası olmak kaydıyla otomatik olmayan yollarla işlenmesi bakımından da herhangi bir fark öngörülmemektedir. Veri kayıt sistemi, kişisel verilere ulaşımı kolaylaştıracak şekilde ve belirli bir kritere göre yapılandırılmış kayıt sistemini ifade etmektedir. Bir dosyalama sistemi olarak nitelendirilebilecek veri kayıt sistemi sadece dijital yahut elektronik ortamda oluşturulması gereken bir sistem değildir. Veri kayıt sistemi fiziki ortamda oluşturulan kayıtlar bakımından da geçerlidir. Belirtmek gerekir ki, otomatik olmayan yollarla işlenen kişisel veriler bir veri kayıt sisteminin parçası değilse Kanun kapsamında değerlendirilmeyecektir. Ancak, bu hüküm söz konusu verilerin kişisel veri niteliğini etkilemeyeceğinden, bu tür verilere ilişkin hukuka aykırı eylemler 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu uyarınca suç teşkil etmeye devam edecektir”*⁹⁵. Veri işleyen ebeveyn de olsa, eğer veriyi otomatik yollarla veya bir veri kayıt sisteminin parçası olarak otomatik olmayan yollarla işliyorsa KVKK kapsamında olacağını ve bu kanundaki imkânların kendisine karşı ileri sürülebileceğini de belirtmek gerekir.

E. Korumanın Yargısal Usulü

1. Çocuk Sınırlı Ehliyetsiz İse

Ayırt etme gücüne sahip olan küçük sınırlı ehliyetsiz; ayırt etme gücüne sahip olmayan küçük tam ehliyetsizdir. Bazı dava türleri açısından dava ehliyeti, anılan iki ehliyet grubuna göre farklılık gösterir. Açılacak davaların davacısı kişilik hakkı ihlal edilen çocuk; davalısı ise saldırının faili ebeveynidir⁹⁶.

Çocuk sınırlı ehliyetsiz ise kural olarak dava ehliyetine sahip değildir ve kanuni temsilcisinin rızası veya aracılığı olmadan dava açamaz⁹⁷. Buna rağmen sınırlı ehliyetsiz, kişiyeye sıkı sıkıya bağlı haklarıyla ilgili davalar söz konusu olduğunda dava ehliyetine sahiptir⁹⁸. Dolayısıyla ayırt etme gücü olan çocuk, ana babasına karşı kişiliği koruyucu davalar ile manevi tazminat davasını

⁹⁵ KVKK Gerekçesi.

⁹⁶ Helvacı, s. 166-167.

⁹⁷ Dural ve Öğüz, *Türk Özel Hukuku Cilt:2 (Kişiler Hukuku)*, s. 159.

⁹⁸ Helvacı, s. 167.

kendi başına açabilir. Kişiyi sıkı sıkıya bağlı olmamaları yönüyle maddi zararın tazminini konu alan vekaletsiz iş görmeye dayalı kazancın iadesi ve maddi tazminat davalarını, çocuğun kanuni temsilcisi olmadan açması mümkün değildir⁹⁹. Fakat çocuk zaten kanuni temsilcisini dava etmek istediği için bu noktada hayatın olağan akışına uyumsuz bir hal ortaya çıkar. Kanuni temsilcinin kendisine dava açılmasına rıza göstermemesi halinde çocuk, kendi başına dava açabilmek için ergin olmayı beklemek zorunda kalacaktır. Bu durumda zararın ve failin öğrenilmesinden itibaren iki yıllık kısa zamanaşımı veya her hâlde fiilden itibaren on yıllık uzun zamanaşımı dolabilir. Bahsi geçen riskin bertaraf edilebilmesi için olayın mahkemeye çocuk veya bir başkası tarafından intikal ettirilmesi veya mahkemenin re'sen haberdar olması ihtimalinde çocuğa kayyım atanabilir (TMK m. 426/1/2). Bunun dışında zamanaşımının çocuk lehine esnetilerek erginliğini kazanması anından başlatılması veya velinin zamanaşımı def'ini ileri sürmesinin hakkın kötüye kullanılması teşkil edeceğinin kabul edilmesi çözümleri öne sürülebilir.

2. Çocuk Tam Ehliyetsiz İse

Çocuk tam ehliyetsiz ise kişiye sıkı sıkıya bağlı haklarıyla ilgili davalar dâhil hiçbir dava bakımından dava ehliyetine sahip değildir¹⁰⁰.

Ehliyetsizlik gerekçesiyle hiçbir dava ehliyeti olmayan çocuğun kişisel verileri hukuka aykırı olarak yayılarak kişilik hakları ihlal edildiğinde, ihlali engellemek ve sonuçlarını gidermek için kanunun tanımış olduğu imkânları kullanmak, kanuni temsilcisinin yetkisi ve vazifesidir. Fakat davalı kanuni temsilci olduğunda kanuni temsilcinin çocuğu temsilen yargısal yollara müracaat edeceğini beklemek pek gerçekçi bir yaklaşım olmaz¹⁰¹. Zira böyle bir durumda velinin, mağdur çocuk adına hareket ederek kendisini dava etmesi gerekir. Velinin bu şekilde davranma olasılığı bir yana, gerekli müracaatları yapsa bile çocuğun menfaati ile kendi menfaatinin çatıştığı bir süreç söz konusu olduğu için kendisine karşı açılan davada çocuğun kanuni temsilcisi sıfatıyla bulunamaz. Kanun böyle durumlar için özel bir usul düzenlemiştir. Gerçekten, *“Vesayet makamı, aşağıda yazılı olan veya kanunda gösterilen diğer hâllerde ilgisinin isteği üzerine veya re'sen temsil kayyımı atar... Bir işte yasal temsilcinin menfaati ile küçüğün veya kısıtlının menfaati çatışıyorsa, ...”* düzenlemesi gereği, çocukla ana baba arasında menfaat çatışması içeren ihtilaflarda çocuğa kayyım tayin edilir (TMK m. 426/1/2).

Kanunun öngörmüş olduğu usul, çocuğun menfaatini korumak bakımından yerinde olabilir. Ancak yine de ilgili makamların çocuğun uğradığı kişilik

⁹⁹ Helvacı s. 167.

¹⁰⁰ K Oğuzman, Ö Seliçi, ve S Oktay Özdemir, *Kişiler Hukuku* (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2019), s. 245.

¹⁰¹ Steinberg, s. 856 vd.

hakkından bir şekilde haberdar olarak, ana babaya karşı korunması için çocuk adına harekete geçmesi gerekir. Bu da hükmün uygulanmasındaki verimi azaltıcı bir etken olabilir. Zira çoğu zaman çocuğun bildirimde bulunacak olgunlukta olmadığı göz önünde tutulursa, ilgili makamların ihlalden haberdar olması, başkalarının ihbarına veya tamamen tesadüfe bağlıdır. İlgili makamların haberdar olmaması ihtimalinde çocuk ebeveynine karşı dava açabilmek veya haklarını ileri sürebilmek için, istemin türüne göre ya sadece ayırt etme gücünü ya da fiil ehliyetini kazanmak zorundadır. Ayırt etme gücünü kazandığında kişiye sıkı sıkıya bağlı haklarına ilişkin davaları açabilir. Malvarlığına ilişkin davaları ise fiil ehliyetini kazanacağı tarihten önce açamaz. Ancak gerek kişiye sıkı sıkıya bağlı haklar bakımından ayırt etme gücünü, gerekse diğer haklar bakımından fiil ehliyetini kazanana kadar zamanaşımının dolması riski vardır. Esasında bahsi geçen tehlike zamanaşımına bağlı olan tazminat davaları bakımından mevcuttur. Kişiliği koruyan davalar bakımından böyle bir tehlike yoktur. Nitekim saldırı tehlikesinin önlenmesi davası tabiatı gereği, ancak saldırı başlamadan önce açılabilir. Çocuk saldırı başladığında ayırt etme gücüne sahip değilse bu davayı sonradan açmasının zaten anlamı yoktur. Buna karşılık ortada çocuğun ayırt etme gücünden önceki dönemde başlamış ve çocuk ayırt etme gücünü kazandıktan sonra da devam eden bir saldırı varsa, saldırıya son verilmesi davası çocuğun kendisi tarafından açılabilir. Aynı şekilde, sona ermiş olmasına rağmen etkileri devam eden saldırının hukuka aykırılığının tespiti davasını da çocuğun kendisinin, saldırının etkilerinin ayırt etme gücünü kazanmasından sonrasına sarkması şartıyla¹⁰² açabileceğini kabul etmek gerekir. Özellikle saldırının üçüncü kişilerce bilinmesi sebebiyle kişinin şerefi, haysiyeti ve onurunun zedelendiği durumlarda etkinin devam ettiği kabul edilir¹⁰³.

Kişiliği koruyan davalardan farklı olarak tazminat davaları zamanaşımına bağlı olduğundan çocuğun davasının reddi söz konusu olabilir. Bu sebeple, çocukların medeni haklarını kullanma ehliyetine sahip oldukları yaşa geldiklerinde ana ve babalarının yayımlamış oldukları fotoğraf, video, ses kaydı ve benzerlerine karşı hukuki yollara geçmişe dönük olarak başvurmalarına imkân tanımak hakkaniyete dayanan bir çözüm olabilir. Maddi, manevi ve vekaletsiz iş görmeye dayalı tazminat davaları için zamanaşımı, çocuğun zararı ve tazminat yükümlüsünü öğrendiği tarihten başlayarak iki yılın ve her hâlde fiilin işlendiği tarihten başlayarak on yılın geçmesiyle dolar. Bu sebeple, maddi tazminatlar bakımından çocuk erginliğe ulaşarak fiil ehliyetini kazandığında; manevi tazminat bakımından ayırt etme gücünü kazandığında zamanaşımının geçmesi tehlikesi mevcuttur. Örneğin bir çocuk yedi yaşındayken tuvaletini altına yaptığı bir görüntüsü sosyal medyada annesi tarafından paylaşılmış olsun.

¹⁰² Helvacı, s. 160.

¹⁰³ Helvacı, s. 161.

Çocuk ehliyetsiz olduğu için zararı ve tazminat yükümlüsünü “öğrenmesinden” bahsedilemez. Böyle durumlarda kanuni temsilcinin iradesine bakılır¹⁰⁴. Ancak fail zaten kanuni temsilcinin kendisi olduğundan onun öğrenmesinden bahisle zamanaşımının başlamış kabul edilmesi çocuğun haklarını zedeler. On sekiz yaşına bastığında ilgili paylaşım hala yayında olsa bile, hatta olumsuz etkileri devam ediyor olsa bile çocuk annesinden zararının tazminini talep edemeyecektir.

Çocuğun kanuni temsilcisinden uğramış olduğu zararların tazminini yargısal makamlar önünde ileri süremeyeceği bir zaman aralığı içindeyken zamanaşımının işlediğini ve dolduğunu kabul etmek, çocuğun üstün yararı ilkesine ve çocuğun ana babaya karşı korunması anlayışına ters düşer. Ayrıca bu talebi ileri sürmek veya dava açılmasına rıza göstermek de saldırıyı gerçekleştiren kişinin yetkisinde olduğu için, kendisine karşı açılacak davayı engellemesi durumunda çocuğun zararlarının tazmin edilememesi hukuki güvenliğe aykırıdır. Dayanılan gerekçelerle çocuğun fiil ehliyetini kazandığında geçmişe dönük olarak tazminat taleplerini ileri sürebilmesine olanak tanımak uygun olur.

Soruna zamanaşımı kurallarının ihdas gayesi perspektifinden, farklı bir bakış açısıyla yaklaşılabilir. Çocuğun fiil ehliyetini kazandığında tazminat taleplerini geçmişe dönük olarak ileri sürebilmesi kabul edilmese dahi, çocuk tarafından dava açıldığında zamanaşımı def’inin veli tarafından ileri sürülmesinin hakkın kötüye kullanılması anlamına geleceği tartışılabilir. Şöyle ki, zamanaşımı hükümlerinin amacı hak düşürücü süreler gibi kamu düzeni ve kamu yararını korumak değil; öncelikle borçluyu korumak ve alacaklının ataletini engellemektir¹⁰⁵. Diğer bir deyişle zamanaşımı, alacaklı için gereken tüm şartlar olgunlaşmasına; önünde dava açması için hiçbir engel kalmamasına rağmen davayı açmayıp uzun süre beklemesini engeller¹⁰⁶. Elbette zamanaşımı sürelerinin de uyuşmazlıkların askıda kalmaması, kişilerin haklılık ve haksızlık oranının bir an önce ortaya çıkarılması, toplumsal barış ve huzura ulaşılması bakımından etkisi vardır¹⁰⁷. Ancak bu etki hak düşürücü sürelerdeki kadar kesin değildir¹⁰⁸. Ayrıca birçok hak kaybına sebep olması yönüyle haksız fiillere ilişkin zamanaşımı sürelerinin kısalığı da öteden beri eleştiri alan hususlardandır¹⁰⁹. Görüldüğü gibi ebeveynine karşı dava açmak isteyen çocuğun önüne

¹⁰⁴ Oğuzman, Seliçi, ve Oktay Özdemir, *Kişiler Hukuku* s. 74, 78.

¹⁰⁵ Ozan Tok, “Zamanaşımı Def’inin İleri Sürülmesinin Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı Çerçevesinde Sınırlandırılması,” *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 21, no. 1 (2015): 239–60, s. 247.

¹⁰⁶ Ahmet Çelik Çelik, *Tazminat ve Alacaklarda Sorumluluk Ve Zamanaşımı* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2018), s. 6.

¹⁰⁷ Çelik, s. 6-7.

¹⁰⁸ Tok, s. 247.

¹⁰⁹ Çelik, s. 8-9.

zamaşımı engelinin çıkarılması, zamaşımı sürelerinin amacıyla da uyumlu değildir. Bir kere çocuğun ehliyetizliğinden dolayı zamaşımının başlangıcında çocuk için dava açmanın önünde hiçbir engel olmadığı söylenemez. Çünkü dava açmak istediği kişinin rızasına ihtiyacı vardır. Dahası, saldırının faili ebeveyn bunu bilmesine rağmen, çocuk fiil ehliyetini kazanıp da dava açtığı anda zamaşımı def'i ileri sürerse ebeveyn çocuğun menfaatine aykırı olarak hakkın kullanılmasını kendi eliyle engellemiş olur. Bu nedenle ebeveynin bu def'i ileri sürmesi, hakkın kötüye kullanılması sayılabilir. Böylece çocuğun geçmişe dönük tazminat taleplerinin dinlenmesinin yolu açılmış olur.

SONUÇ

Çocuk yeterli olgunluğa ulaşana kadar haklarının ebeveyn ve toplum tarafından korunması ve çocuğun güvenliğinin sağlanması gerekir. Toplumun en küçük birimi olan ve çocuğun üzerindeki etkisini doğum öncesi dönemden başlayarak yaşam boyunca sürdüren aile, çocuğun karakterine şekil vermekte, kişiliğinin gelişiminde önemli rol oynamaktadır. Günlük hayatta artık oldukça fazla yer kaplayan sosyal medyada çocukların kişisel verilerini paylaşırken, bunun çocuklara zarar verecek sonuçlara yol açabileceği ve onların psiko-sosyal, bilişsel, cinsel ve bedensel gelişimlerini olumsuz yönde etkileyebileceği gerçeği ebeveynin gözünden kaçabilmektedir. Bu kapsamda çocuğun kişisel verilerinin ebeveyn paylaşımlarıyla ihlalinin önüne geçmek için ebeveyn nezdinde gerekli bilincin oluşturulması gerekir. Bunun yanında ebeveyn tarafından gerçekleştirilen ihlallere karşı hukuk çerçevesinde başvurulabilecek önlem ve çareler mevcut olsa da bunların, özellikle de velayet hakkına sahip olan ebeveyn ihlallerine karşı uygulanmasında birtakım aksayan yönler olduğu görülmektedir. Bu aksayan yönlerin iyileştirilmesi için çocukların fiil ehliyetlerini kazandıktan sonra geçmişe dönük olarak ana babalarına karşı ilgili hukuki çarelere başvurabilmesi adına dava yolunu açmak uygun bir çözüm olarak önerilebilir.

KAYNAKLAR

- 2. Hukuk Dairesi, Yargıtay. "E. 2010/7251 K. 2010/20509." 2010.
- ———. "E. 2015/10653 K. 2015/22807." 2015.
- Akar, Erkan. "Sanal Toplulukların Bir Türü Olarak Sosyal Ağ Siteleri – Bir Pazarlama İletişimi Kanalı Olarak İşleyişi." *Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi* 10, no. 1 (2010): 107–22.
- Akdi, Murat. "Ana-Babanın Çocuğun Fotoğraf ve Görüntülerinin Sosyal Medyada Yayınlanmasından Doğan Sorumluluğu." *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan Özel Sayısı* 22, no. 3 (2016): 123–44.

- Akyüz, E. *Çocuk Hukuku: Çocukların Hakları ve Korunması*. Ankara: Pegem Akademi Yayıncılık, 2010.
- Atalay, G E. "Sosyal Medya ve Çocuk: Babishko Family Fun TV İsimli Youtube Kanalının Eleştirel Bir Analizi." *Erciyes İletişim Dergisi*, no. Uluslararası Dijital Çağda İletişim Sempozyumu Özel Sayısı (2019): 179–202.
- Atasoy, Kemal. "Kişilik Hakkı Kapsamında Sosyal Medyada Kişisel Verilerin Korunması ve Veri Sahibinin Rızası." *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 22, no. 3 (2016): 269–301.
- Ayözger, Çiğdem. *Kişisel Verilerin Korunması*. İstanbul: Beta, 2016.
- Bostancı, M. "Dijital Ebeveynin Sosyal Medyada Algısı." *Online Academic Journal of Information Technology* 10, no. 38 (2019): 116–26.
- Çelik, Ahmet Çelik. *Tazminat ve Alacaklarda Sorumluluk Ve Zamanaşımı*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2018.
- Dabner, Nicki. "Breaking Ground in the Use of Social Media: A Case Study of a University Earthquake Response to Inform Educational Design with Facebook." *The Internet and Higher Education* 15, no. 1 (2011): 69–78.
- Dural, Mustafa, ve Tufan Öğüz. *Türk Özel Hukuku Cilt:2 (Kişiler Hukuku)*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2019.
- Dural, Mustafa, Tufan Öğüz, ve Mustafa Alper Gümüüş. *Türk Özel Hukuku Cilt:3 (Aile Hukuku)*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2020.
- Duygulu, S. "Sosyal Medyada Çocuk Fotoğrafi Paylaşımlarının Mahremiyet İhlali ve Çocuk İstismarı Açısından Değerlendirilmesi." *TRT Akademi* 4, no. 8 (2019): 428–87.
- Erbay, İsmail. "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Türk Medeni Hukukundaki Velayet Hakkının Kaldırılması (TMK m. 348) Hükümlerinin Değerlendirilmesi." *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 3, no. 2 (2012): 11–61.
- Erdoğan, C. "Çocukların Kişisel Verilerinin Korunması (Sosyal Medya Örneği Kapsamında)." *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 21, no. Özel sayı (2019): 2445–67.
- Erkan, Vehbi Umut, ve İpek Yücer. "Ayırt Etme Gücü." *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 60, no. 3 (2011): 485–522.
- Hayes, Rebecca A, ve Caleb T Carr. "Social Media: Defining, Developing and Divining." *Atlantic Journal of Communication*, no. 23 (2015): 46–65.
- Helvacı, Serap. *Gerçek Kişiler*. İstanbul: Legal, 2016.

- Kaplan, Andreas M, ve Michael Haenlein. “Users of the World, Unite! The Challenges and Opportunities of Social Media.” *Business Horizons* 53, no. 1 (2010): 59–68.
- Karaca, H. “Türk Hukukunda Velayetin Kapsamı ve Hükümleri.” İstanbul: İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2014.
- Karagülle, A E. “Günümüzde Değişen Mahremiyet Algısının Sosyal Ağlar Bağlamında İncelenmesi.” İstanbul: İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2015.
- KVKK. “Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Amacı ve Kapsamı.” Ankara: KVKK. Accessed April 17, 2020. <https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/4185/6698-Sayili-Kisisel-Verilerin-Korunmasi-Kanununun-Amaci-ve-Kapsami>.
- KVKK Gerekçesi, Bilgi Notu ve Kişisel Verilerin Korunmasına İlişkin Terimler Sözlüğü. “KVKK Gerekçesi, Bilgi Notu ve Kişisel Verilerin Korunmasına İlişkin Terimler Sözlüğü.” *Kişisel Verileri Koruma Kurumu*, n.d. <https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/5388/Madde-ve-Gerekcesi-ile-Kisisel-Verilerin-Korunmasi-Kanunu-Bilgi-Notu-ve-Kisisel-Verilerin-Korunmasina-Iliskin-Terimler-Sozlugu>.
- Lucia, Andrea. “CBSDFW.” *CBS 11*, 2015. <https://dfw.cbslocal.com/2015/07/08/mothers-daughter-digitally-kidnapped-by-man-posing-as-father/>.
- May, Ashley. “USA Today.” *USA Today*, 2016. <https://www.usatoday.com/story/news/nation-now/2016/09/16/18-year-old-sues-parents-posting-baby-pictures-facebook/90479402/>.
- MEB. “Okullarda Sosyal Medyanın Kullanımına Yönelik Genelge.” *Milli Eğitim Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü*, 2017. http://mevzuat.meb.gov.tr/html/sosyalmedya/sosyalmedya_0.html.
- Oğuzman, K, Ö Seliçi, ve S Oktay Özdemir. *Kişiler Hukuku*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2019.
- Özdemir, Hayrunnisa. *Kişisel Verilerin Özel Hukuk Hükümlerine Göre Korunması*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2009.
- Parsa, A F. “Sosyal Medya ve Çocuk İstismarı: Instagram Anneleri Örneği.” *KADEM Kadın Araştırmaları Dergisi* 5, no. 1 (2019): 163–93.
- Pınar, Övgü. “BBC.” *BBC Türkçe*, 2018. <https://www.bbc.com/turkce/haberler-dunya-42604622>.
- Ruhi, Ahmet Cemal ve Ruhi, Canan, *Velayet Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2017.
- Sayımer, İ. *Sanal Ortamda Halkla İlişkiler*. İstanbul: Beta Basım Yayın, 2008.

- Schimke, Anna. “Rechtliche Rahmenbedingungen Der Veröffentlichung von Kinderfotos Im Netz Durch Eltern.” *Neue Zeitschrift Für Familienrecht*, no. 19 (2019): 851–58.
- Serin, H. “Sosyal Medyada Çocuk Hakları İhlalleri: Ebeveyn ve Öğretmenler Farkında Mı?” *Eskişehir Osmangazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, no. 20 (2019): 1–22.
- Serozan, Rona. *Çocuk Hukuku*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2017.
- Steinberg, Stacey B. “Sharenting: Children’s Privacy in the Age of Social Media.” *EMORY LAW JOURNAL*, no. 66 (2017): 839–84.
- Tekinay, S S. “Kişilik Haklarına İlişkin Yasal Değişiklikler Hakkında Eleştiriler.” In *Prof. Dr. Haluk Tandoğan’ın Hatırasına Armağan*, 55 vd. Ankara: Bankacılık Enstitüsü Yayınları, 1990.
- ———. *Medeni Hukukun Genel Esasları ve Gerçek Kişiler Hukuku*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 1992.
- Tok, Ozan. “Zamanaşımı Def’inin İleri Sürülmesinin Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı Çerçevesinde Sınırlandırılması.” *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 21, no. 1 (2015): 239–60.
- Ulus, Çağdaş. “‘Blogger’ Anneye Çocuk İstismarı Suçlaması!” *Vatan Gazetesi*, 2017. <http://www.gazetevatan.com/-blogger-anneye-cocuk-istismari-suclamasi--1080670-gundem/>.
- Uyarer, Sinem Göçmen. *Kişisel Verilerin Korunması*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2019.

İKTİSADÎ MÜESSESELERDE MECBURÎ TÜRKÇE KULLANILMASINA DAİR KANUNA İLİŞKİN GÜNCEL YARGI KARARLARININ DEĞERLENDİRİLMESİ

Evaluation of Current Judicial Decisions about the Law on Compulsory Use of Turkish in Economic Enterprises

Dr. İlhan DİNÇ*

Geliş Tarihi: 29.04.2020

Kabul Tarihi: 31.08.2020

ÖZET

10.04.1926 tarihli ve 805 sayılı İktisadî Müesseselerde Mecburî Türkçe Kullanılması Hakkında Kanun, 1926 yılından beri yaklaşık yüz yıllık bir geçmişe sahip ve uygulama alanı geniş bir kanundur. Kanuna göre, Türk tâbiyetindeki her türlü şirket ve müesseseler, Türkiye dâhilindeki her türlü işlem, sözleşme, haberleşme, hesap ve defterlerini Türkçe tutmakla yükümlüdür. Türkiye’de faaliyet gösteren yabancı şirket ve müesseseler ise, Türk tâbiyetindeki kişi ve kuruluşlarla yaptıkları yazışma, işlem ve sözleşmeler ile Türk resmî makamlarına ibraz etmek zorunda oldukları defter ve belgelerde Türkçe kullanmak zorundadır. Aksi durumda söz konusu belgeler, şirket ve müesseseler lehine dikkate alınmaz. Bu çalışmamızda, özellikle 805 sayılı Kanuna ilişkin olarak daha önceki eserlerde yer almayan güncel nitelikteki yargı kararlarının değerlendirilmesi amaçlanmaktadır.

Anahtar Kelimeler: 805 sayılı Kanun, ticari işletme, yabancı şirket ve müesseseler, Türkçe kullanma zorunluluğu.

ABSTRACT

The Law on the Use of Compulsory Turkish in Economic Enterprises, dated 10.04.1926 and numbered 805, has a history of nearly one hundred years since 1926 and has a wide field of application. According to the Law, it is obligatory for all types of companies and enterprises of Turkish nationality to use the Turkish language in all of their correspondence, transactions, contracts, accounts and books. Foreign companies and enterprises domiciled in Turkey must use the Turkish language their correspondence, transactions and contracts with commercial concerns and individuals of Turkish nationality, and in documents and books that they required by law present to Government departments or officials. Otherwise these documents shall not be used in favor of these companies and enterprises. In this study, it is aimed to evaluate the current judicial decisions especially regarding the Law No. 805 which are not included in the previous works.

Keywords: Law No. 805, commercial enterprise, foreign companies and enterprises, compulsory use of Turkish.

* Hâkim, Diyarbakır Bilirkişilik Bölge Kurulu Başkanı, Diyarbakır Bölge Adliye Mahkemesi Üyesi, e-posta: ab151519@adalet.gov.tr, ORCID ID: 0000-0002-3740-9657.

GİRİŞ

Osmanlı Devleti döneminde yabancı şirketlerin her türlü iş ve işlemlerinde farklı diller yerine Türkçe'nin kullanılmasına yönelik ilk adımlar II. Meşrutiyet döneminde atılmıştır. 1916 yılında çıkarılan 387 sayılı “*Müessesat-ı Nafiayla İmtiyazsız Şirketler Muhaberat ve Muamelatında Türkçe İstimali Hakkında Kanun*”¹ ile şirketler imtiyazlı ve imtiyazsız olarak tasnif edilerek buna göre yükümlülükler getirilmiştir. Kanunda, imtiyazlı şirketler için demir yolları ile diğer bayındırlık müesseselerinde işletmeye ait işlem ve yazışmaların tamamının yalnız Türkçe icra edileceği²; imtiyazsız şirketler bakımından ise Osmanlı dâhilindeki yazışma, işlem, defter ve hesapların tamamının Türkçe olacağı³ düzenlenmiştir.

10.04.1926 tarihli ve 805 sayılı “İktisadî Müesseselerde Mecburî Türkçe Kullanılması Hakkında Kanun”⁴ ise Cumhuriyet'in ilk yıllarında bu alanda çıkarılan başka bir düzenlemedir. Kanun tasarısının gerekçe bölümünde; medeni ülkelerde özellikle resmî işlemlerde millî dilin kullanılması zorunlu olduğu halde Türkiye’de dilin ihmal edildiği, ülkede yaşayan ve çalışan yabancı kişi ve kurumlar bir yana Türk camiasına dâhil olan kişi ve kurumların bile Türkçe dışında diller kullanmayı alışkanlık edindiği, bunun sonucu olarak da Türk millî kültürünün zarar gördüğü ve yabancı dil konusunda yeterli olmayan Türk vatandaşlarının iktisadî sistemin dışında kaldığı ifade edilmiştir⁵.

Türkçe kullanımına ilişkin benzer düzenlemeler başka kanunlarda da yer almaktadır: Örneğin, ticarî defterler ve gerekli diğer kayıtlar Türkçe olarak tutulur [TTK m. 65(1)]. Yine yılsonu finansal tabloları da Türkçe ve Türk Lirası ile düzenlenir (TTK m. 70). Patent başvuruları bakımından; tarifname, istemler, özet ve varsa resimler başvuru sırasında Paris Sözleşmesi veya Dünya Ticaret Örgütü Kuruluş Anlaşmasına taraf veya karşılıklılık ilkesini uygulayan devletlerin resmî dillerinden birinde verilebilir [SMK m. 90(2)]. Ancak işleme alınan başvuruda 90’ıncı maddenin ikinci fıkrası gereğince unsurların yabancı dilde verilmesi halinde, bildirim gerek olmaksızın başvuru tarihinden itibaren iki ay içinde Türkçe çeviriler verilir; aksi takdirde, başvuru geri çekilmiş sayılır [SMK m. 95(2)].

¹ Düstur, II. Tertip, C. 8, s. 775-776. (Kanun eski harfli Türkçe ile yayımlanmış olup orijinalinden okunarak aktarılmıştır.) Kanunun eski Türkçe metni için bkz. (<https://acikerisim.tbmm.gov.tr/xmlui/handle/11543/71>).

² “*Demiryollarla müessesatı nafiai sairede işletmeye ait kâffe muamelât ve muhaberat yalnız Türkçe icra edilir*” (m. 1).

³ “*İmtiyazsız her nev’i Osmanlı şirketleri Memâliki Osmaniye dâhilindeki kâffe muhaberat ve muamelât ve defatir ve hesabâtı Türkçe olarak tahrir ve icra ederler*” (m. 4).

⁴ RG, 22.04.1926, S. 353.

⁵ Kanunun eski harfli Türkçe’den çevrilmiş gerekçesinin tamamı, komisyon raporları ve görüşmeler için bkz. TBMM Zabıt Cerideleri, Devre: II, Cilt: 24, 10.04.1926 tarihli 85. İçtima ve ekleri: (<https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d02/c024/tbmm02024085.pdf>).

Çalışma konumuz olan 805 sayılı Kanun, 1926 yılından beri yaklaşık yüz yıllık bir geçmişe sahip ve uygulama alanı geniş bir kanundur. Özellikle son yıllarda gerek Yargıtay'dan gerekse bölge adliye mahkemelerinden bu kanunun uygulanmasına yönelik daha fazla kararlar çıkmaya başlamıştır. Bu kanuna ilişkin olarak daha önce çeşitli kitaplarda ve münhasıran bu kanuna ilişkin makalelerde değerlendirme ve tartışmalar yapılmıştır. Bu çalışmamızda, bahsi geçen değerlendirme ve tartışmalara da yer verilerek, özellikle 805 sayılı Kanun'a ilişkin olarak daha önceki eserlerde yer almayan güncel nitelikteki yargı kararlarının değerlendirilmesi amaçlanmaktadır. Çalışmamızın ilk kısmında 805 sayılı Kanun'un zorunluluğa muhatap olanlar ve konu bakımından kapsamı, ikinci kısmında Kanun'a aykırılığın hukukî yaptırımı ve nihayet üçüncü kısmında özellikle son yıllarda yargı mercilerinden bu konuda çıkan güncel kararlar incelenecektir.

I. 805 SAYILI KANUNUN KAPSAMI

Türkçe kullanma zorunluluğu kapsamında olanlar ile bu zorunluluğun konusu ve alanı, 805 sayılı Kanun'un m. 1 ve 2 hükümlerinde düzenlenmiş olup söz konusu hükümler aynen şu şekildedir: *“Türk tâbiyetindeki her nevi şirket ve müesseseler, Türkiye dâhilindeki her nevi muamele, mukavele, muhabere, hesap ve defterlerini Türkçe tutmağa mecburdurlar.”* (m. 1). *“Ecnebi şirket ve müesseseler için bu mecburiyet Türk müessesatı ile ve Türkiye tebaasından olan efrat ile muhabere, muamele ve temaslarına ve devair ve memurini Devletten birine ibraz mecburiyetinde buldukları evrak ve defterlerine hasredilmiştir”* (m. 2).

Kanun metninden de açıkça anlaşılacağı üzere; Kanunun 1. maddesinde, Türk tâbiyetindeki şirket ve müesseselerin, Türkiye dâhilindeki her türlü işlem, sözleşme, haberleşme, hesap ve defterlerini Türkçe tutmakla yükümlü oldukları ifade edilmiş; 2. maddede ise, Türkiye'de faaliyet gösteren yabancı şirket ve müesseseler için bu zorunluluk, Türk tâbiyetindeki kişi ve kuruluşlarla yaptıkları yazışma, işlem ve temasları ile Türk resmî makamlarına ibraz etmek zorunda oldukları defter ve belgelere hasredilmiştir. Görüldüğü üzere, kanunun kapsamı şirket ve müesseselerin tâbiyeti⁶ esasına dayalı bir ayrıma göre belirlenmiştir.

⁶ Şirketlerin tâbiyeti hususunda bkz. **Moroğlu, Erdoğan**: Anonim Ortaklıkların Tâbiyeti ve Tanınması, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, C. 22, S. 2, s. 413 vd.; **Arat, Tuğrul**: Ticaret Şirketlerinin Tâbiyeti, Ankara 1970, s. 63 vd.; **Doğanay, İsmail**: Sermaye Şirketlerinin ve Özellikle Anonim Şirketlerin Tabiiyeti, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C. 13, S. 1, s. 65 vd. Tüzel kişilerin tâbiyetinin tespitindeki kriterler nazara alındığında, kuruluş yeri ve idare merkezi Türkiye'de bulunan şirket veya müesseseler Türk tâbiyetinde kabul edilmektedir. Bkz. **Esen, Emre**: İktisadi Müesseselerde Mecburî Türkçe Kullanılması Hakkında Kanun'un Milletlerarası Tahkim Anlaşmaları Üzerindeki Etkisi, Public and Private International Law Bulletin, C. 40, S. 1, Haziran 2020, Prof. Dr. Cemal Şanlı'ya Armağan, s. 215 ve dn. 21.

Kanunda, Türkçe kullanma zorunluluğunun muhataplarından ilki olan “*Türk tabiiyetindeki her nevi şirket ve müesseseler*”in kapsamının belirlenmesi gereklidir. Kanunda şirket ile kastedilen ticaret şirketleri olup bunlar; kolektif, komandit, anonim, limited ve kooperatif şirketlerden ibarettir (TTK m. 124). Bu şirketlerin ortaklarının kim olduğunun bu Kanun açısından bir önemi yoktur. Örneğin 223 sayılı Kamu İktisadi Teşebbüsleri Hakkında KHK⁷ kapsamındaki bağlı ortaklıklar⁸ ile iştirakler⁹ de bu kapsama dâhil¹⁰ olduğu gibi, Kanun’un uygulanması bakımından Türk tâbiyetindeki şirketin ortakları arasında yabancıların bulunmasının da bir önemi yoktur¹¹. TBK m. 620 vd. hükümlerinde düzenlenen adi şirketin de 805 sayılı Kanun’un m. 1 kapsamına girdiği kabul edilmelidir¹².

Kanun’un 1. maddesinde “müessese” ibaresi, başlığında ve gerekçesinde “iktisadî müesseseler” ibaresi yer aldığından, müessesenin kapsamına nelerin girdiği de ortaya konulmalıdır. Doktrinde de ifade edildiği üzere, Kanun’da geçen müessesenin kapsamına, ticaret şirketleri dışında kalıp da bir işletme işleten kamu ve özel hukuk tüzel kişileri yanında yine bir iktisadî işletme işleten gerçek kişiler girmektedir¹³. Gerçek kişiler bakımından bu zorunluluk, iktisadî işletme (ticari işletme ya da esnaf işletmesi) ile ilgili işlemler bakımındandır. İktisadî işletmelerin kapsamına ticarî işletmeler yanında esnaf işletmeleri de

⁷ RG, 18.06.1984, S. 18435.

⁸ Bağlı ortaklık; sermayesinin yüzde ellisinden fazlası iktisadi devlet teşekkülüne veya kamu iktisadi kuruluşuna ait olan işletme veya işletmeler topluluğundan oluşan anonim şirketlerdir (223 sayılı KHK m. 2/5).

⁹ İştirak; iktisadi devlet teşekküllerinin veya kamu iktisadi kuruluşlarının veya bağlı ortaklıklarının, sermayelerinin en az yüzde onbeşine, en çok yüzde ellisine sahip buldukları anonim şirketlerdir. (223 sayılı KHK m. 2/5).

¹⁰ Bkz. **Bahtiyar, Mehmet**: 805 Sayılı “İktisadi Müesseselerde Türkçe Kullanılması Hakkında Kanun”un Kapsamı ve Yaptırımı Sorunu, Prof. Dr. Hüseyin Ülgen’e Armağan, C. 2, İstanbul 2007, s. 1736; **Kırca, İsmail**: İktisadî Müesseselerde Mecburî Türkçe Kullanılması Hakkında Kanun Üzerine, Prof. Dr. Hüseyin Ülgen’e Armağan, C. 2, İstanbul 2007, s. 1932.

¹¹ **Kırca**, s. 1932.

¹² **Alışkan, Murat**: İktisadi Müesseselerde Türkçe Kullanma Zorunluluğu, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 9, S. 1-2, s. 350. Bahtiyar tarafından da ifade edildiği üzere, adi şirket ile ticaret şirketi arasında bu açıdan bir fark yaratmanın haklı bir gerekçesi olmayacağı gibi, Kanun’da hak ve borç sahibi olabilen (hak ehliyeti bulunan) “kişi” kavramı yerine “her nevi şirket ve müesseseler” şeklindeki kapsamlı sayılabilecek ifade tarzı da bu yorumu desteklemektedir. Bkz. **Bahtiyar**, 805 Sayılı Kanun, s. 1735.

¹³ **Kırca**, s. 1932; **Bahtiyar**, 805 Sayılı Kanun, s. 1737. Ancak kanundaki bu zorunluluğun yalnızca tüzel kişiler bakımından öngörüldüğü görüşü için bkz. **Oğuzman, M. Kemal/Öz, M. Turgut**: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I, 16. Bası, İstanbul 2018, s. 143, No. 452. Yine 805 sayılı Kanun’un gerçek kişileri kapsamadığı yönünde bkz. **Cerrahoğlu, Fadlullah**: Yabancı Sermaye İle İlgili Bazı Ticaret Hukuku Sorunları, Türk Ticaret Kanunu’nun 30. Yılı Semineri, İstanbul 1988, s. 433.

girer¹⁴. Bu nedenle esnaf işletmesi ya da ticarî işletme olması fark etmeksizin, bir işletme işleten, yani mal ve hizmet üreten yahut bunların ticaretini yapan özel hukuk gerçek ve tüzel kişilerinin yanında Devlet, vilâyet, belediye gibi kamu tüzel kişileri ile işletme işletmesi şartıyla kamuya yararlı dernek ve vakıflar da bu Kanun'un kapsamına girmektedir. Buna ilaveten, iktisadî devlet teşekkülleri¹⁵ ile kamu iktisadî kuruluşları¹⁶ da 805 sayılı Kanun'un 1. maddesi kapsamındadır¹⁷.

Kanun'un 1. maddesinde, Türk tâbiyetindeki şirket ve müesseselerin Türkçe kullanma zorunluluğunun "*Türkiye dâhilindeki*" işlemlere yönelik olduğu ifade edilmiştir. Bu ibare nedeniyle Türk tâbiyetindeki şirket ve müesseseler, coğrafi alan itibarıyla, herhangi bir yerde değil, sadece Türkiye dâhilinde yaptıkları işlemlerde Türkçe kullanmak zorundadırlar. Başka bir ifadeyle, Kanun'daki "*Türkiye dâhilindeki*" ibaresinin sözleşmenin yapıldığı yer olarak anlaşılması gereklidir¹⁸; örneğin Türk tâbiyetindeki iki şirketin yabancı bir ülkede yapacakları sözleşmenin ifa yeri Türkiye olsa bile, sözleşme özgürlüğü kapsamında, bu sözleşmenin Türkçe olması zorunlu değildir¹⁹.

Kanun'un 2. maddesi ise yabancı şirket ve müesseseler için Türkçe kullanma zorunluluğunu düzenlemektedir. Yabancı şirket ve müesseseler için bu zorunluluk, Türk müesseseleri²⁰ ve Türk vatandaşlarıyla olan yazışma (muhabere), işlem (muamele) ve temasları ile devlet daire ve memurlarından birine ibraz zorunluluğunda buldukları evrak ve defterler bakımından geçerlidir. Kanun'un 2. maddesinde, 1. maddede yer alan "*Türkiye dâhilindeki*" ibaresine yer verilmemiş ise de, bu hükmün Türkiye'de faaliyet gösteren yabancı şirket ve müesseseleri kapsadığı aşikârdır²¹. Bu nedenle, yabancı banka ya da diğer şirketlerin Türkiye'deki şubeleri vasıtasıyla faaliyet göstermesi hâlinde, bunların da Türkiye'de faaliyet gösteren yabancı müessese addedilerek, işlemlerinin Kanun'un 2. maddesi kapsamında kaldığı kabul edilmelidir²².

¹⁴ **Alışkan**, s. 351.

¹⁵ İktisadi devlet teşekkülü; sermayesinin tamamı devlete ait, iktisadi alanda ticari esaslara göre faaliyet göstermek üzere kurulan, kamu iktisadi teşebbüsüdür (223 sayılı KHK m. 2/5).

¹⁶ Kamu iktisadi kuruluşu; sermayesinin tamamı Devlete ait olup tekel niteliğindeki mal ve hizmetleri kamu yararı gözeterek üretmek ve pazarlamak üzere kurulan ve gördüğü bu kamu hizmeti dolayısıyla ürettiği mal ve hizmetler imtiyaz sayılan kamu iktisadi teşebbüsüdür (223 sayılı KHK m. 2/5).

¹⁷ **Kırca**, s. 1933; **Bahtiyar**, 805 Sayılı Kanun, s. 1735-1737.

¹⁸ 805 sayılı Kanun'un 1. maddesindeki "*Türkiye dâhilinde*" olma ibaresinin, herhangi bir yabancılik unsuru içermeyen ve bütün unsurları Türkiye'de bulunan yerel nitelikli sözleşmeleri işaret ettiği yönünde bkz. **Esen**, s. 218.

¹⁹ **Alışkan**, s. 353-354; **Kırca**, s. 1936-1937.

²⁰ Kanundaki "*Türk müessesatı*" ibaresine Türk şirketleri de dâhildir. Bkz. **Kırca**, s. 1938.

²¹ **Kırca**, s. 1937.

²² **Bahtiyar**, 805 Sayılı Kanun, s. 1737-1738; **Kırca**, s. 1937; **Reisoğlu, Seza**: Banka Teminat Mektupları Uygulamalarında Ortaya Çıkan Başlıca Sorunlar, *Bankacılık Dergisi*, S. 77, 2011,

Kanun'un 2. maddesi, yabancı şirket ve müesseselerin Türk tâbiyetindeki kişiler ile Devlet daire ve memurları arasındaki ilişkileri kapsadığından, yabancı şirket ve müesseselerin yabancı kişilerle olan ilişkileri bu Kanun'un kapsamı dışındadır²³.

Türk tâbiyetindeki iki şirket ya da işletme sahibinin Türkiye dâhilinde yapacakları sözleşmede Türkçe kullanma zorunluluğunda oldukları, iki yabancı şirket ya da işletme sahibinin Türkiye'de yapacakları sözleşmenin ise Türkçe olmasının zorunlu olmadığı hususlarında tereddüt bulunmamaktadır. Ancak, Türk tâbiyetindeki şirket ve işletme sahipleri ile yabancı şirket ve işletme sahipleri arasında yapılacak sözleşmelerde Türkçe kullanımının zorunlu olup olmadığı hususu önemli bir tartışmadır. Bu tartışma, Kanun'un 1. maddesinde Türk tâbiyetindeki şirket ya da işletme sahipleri yönünden sözleşmelerden açıkça bahsedilmesine rağmen, yabancı şirket ya da işletme sahipleri için Türkçe zorunluluğu öngören 2. maddede sözleşmelerden açıkça bahsedilmemiş olmasından kaynaklanmaktadır.

Doğanay'a göre, Kanun'un 2. maddesinde yabancı şirket ve müesseseler için öngörülen zorunluluk, Türk müesseseleri ile Türkiye tebaasından olan fertlerle -sözleşme (mukavele) hariç- sadece muhabere, muamele ve temaslar ile Devlet dairelerine ibraz etmek zorunluluğunda buldukları evrak ve defterlere hasredilmiştir. Bu istisnai hükümden dolayı, Türk şirket ve kurumlarının, yabancı şirket ve kurumlar ile Türkçe dışında bir dilde yazılmış sözleşme yapmaları mümkün ve geçerlidir²⁴.

Kırca da, yabancı şirket ve işletme sahipleri için Türkçe mecburiyeti getiren 2. maddede sözleşmelerden söz edilmediğine göre, Türk tâbiyetindeki şirket ve işletme sahipleri ile yabancı şirket ve işletme sahipleri arasında yapılan sözleşmelerde Türkçe kullanma zorunluluğu bulunmadığı görüşündedir. Yazar, Kanun'un kapsamını tayin eden iki maddesi arasında çelişki olmasının düşünülemeyeceğini, bu sebeple Türk tâbiyetindeki şirket ve işletme sahiplerinin kimlerle yapacağı sözleşmelerde Türkçe kullanmak zorunda olduklarının tespiti hususunda 1. madde yorumlanırken, mutlaka 2. maddenin göz önünde bulundurulması gerektiğini ifade etmektedir. Ayrıca yazara göre, 2. maddede, 1. maddeden farklı olarak "mukavele" kelimesinin zikredilmemesinin kanun koyucunun bilinçli bir tercihi olup, bu yüzden

s. 88; **Ekinci, Akın/ Durukanoğlu, Nihayet:** Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Teminat Mektupları (Garanti ve Kontrgarantiler), İstanbul 2016, s. 94. Ancak Reisoğlu tarafından, önceki bir eserinde, şubelerin ayrı tüzel kişilikleri bulunmadığından yabancı bankaların Türkiye'deki şubelerine 805 sayılı Kanun'un uygulanmayacağı ifade edilmiştir. Bkz. **Reisoğlu, Seza:** Banka Teminat Mektupları ve Kontrgarantiler, 4. Bası, Ankara 2003, s. 102.

²³ **Kırca**, s. 1938.

²⁴ **Doğanay, İsmail:** Ticari Alım-Satım Akdi ve Nevileri, Ankara 2003, s. 5; aynı yönde **Reisoğlu**, Teminat Mektupları, s. 104.

Kanun'un 2. maddesinin mukaveleleri dışladığı ve kapsamadığı kabul edilmelidir²⁵.

Şanlı'ya göre, Kanun'un 2. maddesinde, 1. maddeden farklı olarak, "mukavele" kavramına yer verilmediğinden, yabancı şirketlerin Türk vatandaşı gerçek veya tüzel kişilerle yapacakları sözleşmelerin dili bakımından bir sınırlama bulunmamaktadır. Ayrıca Kanun, Türk şirket ve müesseselerinin sadece Türkiye dâhilindeki, yani yerel nitelikteki mukavele, muhabere ve işlemlerini Türkçe yapmalarını âmir olduğundan, Türk vatandaşı kişi veya kuruluşların yabancılarla yapacakları muamele veya mukaveleler bakımından Kanun'daki sınırlamanın uygulanması söz konusu değildir²⁶. Aynı şekilde *Ekşi* tarafından da bu görüş savunularak, yabancı şirketlerin Türk vatandaşları veya Türk şirketleri ile yapacakları sözleşmelerin veya bunların eklerinin Türkçe olmasının zorunlu olmadığı ifade edilmiştir²⁷.

Alışkan'a göre ise, yabancı şirket ve müesseselerin Türk şirket ve müesseseleriyle yapacağı sözleşmelerin de Türkçe olması gerekir; yani bu sözleşmeler de Türkçe kullanma zorunluluğunun kapsamına girmektedir. Yazara göre, "mukavele" kelimesinin Kanun'un 1. maddesinde açıkça zikredilip 2. maddesinde zikredilmediğinden hareketle, yabancı şirket ve müesseselerin Türkçe kullanma zorunluluğu bakımından "mukavele"nin hariç tutulduğunu, dolayısıyla yabancı şirket ve müesseselerin Türk şirket ve müesseseleriyle aralarındaki sözleşmelerin Türkçe yapılmasının zorunlu olmadığını, yabancı dilde yapılmasının yasaklanmadığını ileri sürmek mümkün değildir. Sözleşme (mukavele) bir tür (çok taraflı) hukukî işlem (muamele) olduğuna ve 805 sayılı Kanun m. 2'de yabancı şirket ve müesseselerin Türk müessese ve vatandaşlarıyla yapacağı muamelelerin Türkçe olması zorunluluğu öngörüldüğüne göre, yabancı şirket ve müesseselerin Türk şirket ve müesseseleriyle yapacağı sözleşmelerin de Türkçe olması zorunludur²⁸.

Bahtiyar da, Kanun'un 1. maddesinden farklı olarak 2. maddesinde mukavele sözcüğü yer almamış ise de, sözleşmelerde Türkçe kullanma zorunluluğu yönünden iki madde arasında fark yaratmanın haklı bir gerekçesinin olamayacağı; esasen yalnızca söze dayalı bir yorum yapılsa bile, 2. maddedeki muamele (işlem) sözcüğünün iki taraflı bir hukukî işlem olan sözleşmeleri de

²⁵ **Kırca**, s. 1934, 1938, 1939.

²⁶ **Şanlı, Cemal**: Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, 7. Bası, İstanbul 2019, s. 70, dn. 75; s. 353, dn. 471; **Şanlı, Cemal/Esen, Emre/Ataman Fıganmeşe, İnci**: Milletlerarası Özel Hukuk, 7. Bası, İstanbul 2019, s. 660, dn. 571.

²⁷ **Ekşi, Nuray**: Milletlerarası Deniz Ticareti Alanında "Incorporation" Yoluyla Yapılan Tahkim Anlaşmaları, Tıpkı 2. Basım, İstanbul 2010, s. 28.

²⁸ **Alışkan**, s. 351-353. Kefalet sözleşmeleri yönünden aynı yönde görüş için bkz. **Gündüz, Ş. Deren**: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kefalet Sözleşmesinin Şekli, İstanbul 2015, s. 33.

kapsayacağı; ayrıca 1. maddede muamele ve mukavelelerde Türkçe kullanmak “*mecburdur*” denildikten sonra 2. maddede “...*bu mecburiyet*” denilerek 1. madde ile bağlantı kurulması ve 3. maddede, yabancı şirket ve müesseseler “...*muamelatında*” ifadelerinin kullanılmasının da bir ölçüde bu sonucu desteklediği; kanun koyucunun 2. maddede yalnızca muamele sözcüğüne yer verip mukavele sözcüğünü tekrar etmemesinin, mukavele ile diğer hukukî muameleler arasında kesin bir ayırım yapma niyeti olduğunu göstermediği görüşündedir²⁹.

Nomer ise tahkim anlaşmaları bakımından görüşünde, usul hukuku sözleşmesi niteliğinde olan tahkim anlaşmasının, esas akitten hem bağımsızlığı hem de farklı niteliği sebebiyle 805 sayılı Kanun kapsamı dışında kaldığını; bu itibarla, Türkiye dâhilinde de olsa, Türk şirket ve müesseselerinin gerek yabancı şirket ve müesseselerle gerekse kendi aralarında yaptıkları tahkim anlaşmalarının Türkçe olması mecburiyetinin bulunmadığını ifade etmektedir³⁰.

Yine *Akıncı* da tahkim anlaşmaları yönünden, 805 sayılı Kanun’un 2. maddesinde Türk vatandaşları arasında yapılacak sözleşmelerin Türkçe düzenlenmesinin öngörüldüğünü, her iki tarafın da Türkiye’de yerleşik şirket olduğu durumlarda tahkim anlaşması Türkçe düzenlenmemiş ise 805 sayılı Kanun’un uygulanmasının söz konusu olabileceğini savunmaktadır³¹.

Esen’e göre, Kanun’un 1. maddesinde hem “muamele” hem de “sözleşme” tabirlerine yer veren kanun koyucunun 2. maddede sadece “muamele” tabirine yer verip “sözleşme” tabirine yer vermemesi, kanun koyucunun sözleşmeleri 2. madde kapsamında almadığı anlamına gelir³².

Bu konuda Yargıtay’ın ve bölge adliye mahkemelerinin verdiği kararlar ise kısaca şu şekildedir: Örneğin Yargıtay 11. Hukuk Dairesi’nin 1986 yılında vermiş olduğu kararında³³ “*Türk şirketleri ile müesseselerin yabancı şirket ve müesseselerle Türkçe dışında bir dil ile yapılan sözleşmelerin geçerliliğinin*

²⁹ **Bahtiyar**, 805 Sayılı Kanun, s. 1738-1739.

³⁰ **Nomer, Ergin**: Devletler Hususî Hukuku, Yenilenmiş 22. Bası, İstanbul 2017, s. 569.

³¹ **Akıncı, Ziya**: Milletlerarası Tahkim, Genişletilmiş ve Güncelleştirilmiş 5. Baskı, İstanbul 2020, s. 173-174.

³² **Esen**, s. 221.

³³ “... 805 sayılı ... Kanunun 1. maddesinde Türk tabiyetindeki her nevi şirket ve müesseseler için Türkiye dâhilindeki her nevi muamele, mukavele, muhabere, hesap ve defterlerini Türkçe tutmaya mecbur olmalarının öngörülmüş olmasına karşılık, aynı kanunun 2. maddesinde yabancı şirket ve müesseseler için bu mecburiyet Türk müesseseleri ile Türkiye tebaasından olan fertlerle mukavele hariç sadece muhabere, muamele ve temaslar ile Devlet dairelerine ibraz mecburiyetinde buldukları evrak ve defterlere hasredilmiş olmasına ve bu durumda Türk şirketleri ile müesseselerin yabancı şirket ve müesseselerle Türkçe dışında bir dil ile yapılan sözleşmelerin geçerliliğinin yasaklanmamış bulunmasına göre...” Y. 11. HD, 07.10.1986, E. 1986/4321, K. 1986/5032 sayılı kararı (Karar için bkz. YKD, C. 13, S.1, 1987, s. 66-67).

yasaklanmamış” olduğu, 2007 yılında verilmiş kararında³⁴ ise “*Kanun’un 1. maddesinde gösterilen ‘mukavele’lerin, 2. maddesinde yabancılar açısından sınırlı sayıda gösterilen iş ve işlemler arasında sayılmadığı*” kabul edilmiştir. Buna karşılık Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 2014 yılında verdiği başka bir kararında, İsviçre tâbiyetindeki bir şirket ile bir Türk şirketi arasında İngilizce olarak hazırlanan ilaç lisansı ve distribütörlük sözleşmesini geçerli kabul etmiş; ancak sözleşmede yer alan tahkim klozunun, Türkçe yazılmamış olması nedeniyle geçersiz olduğu sonucuna varmıştır³⁵. İstanbul BAM 12. Hukuk Dairesi de çok yeni kararlarında³⁶805 sayılı Kanun’un 2. maddesi uyarınca sözleşmenin taraflarından birinin yabancı olması hâlinde, Türk şirketleriyle yapacakları sözleşmelerde Türkçe kullanılması zorunluluğu bulunmadığına karar vermiştir.

Kanaatimizce, her ne kadar Kanun’un 1. maddesinde yer verilen “mukavele” sözcüğüne 2. maddede yer verilmemiş ise de, sözleşmelerde Türkçe kullanma zorunluluğu 2. madde için de geçerlidir. Her şeyden önce bu husus kanunun lafzî yorumundan anlaşılmalıdır. Bilindiği üzere, hukukî işlemler (muameleler) gerekli irade beyanı adedi açısından sınıflandırıldığında, sözleşmeleri (iki tarafları hukukî işlemleri) de kapsamaktadır³⁷. Bu nedenle Kanun’un 2. maddesindeki muamele (işlem) sözcüğünün iki taraflı bir hukukî işlem olan sözleşmeleri de kapsadığı ve bu maddede yalnızca “muamele” sözcüğüne yer verip “mukavele” sözcüğünü tekrar etmeyerek kanun koyucunun sözleşme ile diğer hukukî işlemler arasında kesin bir ayırım yapma amacında olduğunun tespit edilemediği yönündeki görüşlere³⁸ biz de katılmaktayız.

İkinci olarak, Kanun’un gerekçesinin ve kanunlaşma sürecinin de incelenmesi gereklidir. Kanun teklifi ilk sunulduğunda adı “*Türkiye’de*

³⁴ “805 sayılı ... Kanun’un 1. maddesinde Türk şirket ve müesseseleri için Türkçe kullanılması zorunlu tutulan iş ve işlemler arasındaki “mukavele”lerin aynı Yasa’nın 2. maddesinde yabancı şirketler ve müesseseler açısından sınırlı sayıda sayılan iş ve işlemler arasında gösterilmemiş bulunmasına ... göre ... temyiz itirazlarının reddi gerekmiştir.” Y. 11. HD, 14.06.2007, E. 2007/5129, K. 2007/9050 sayılı kararı (UYAP).

³⁵ “... Mahkemece ... davacı P.. S.A. ile davalı I... Limited Şirketi arasında düzenlenen 15.09.2003 tarihli Lisans ve Distribütörlük Sözleşmesi’nin davacı tarafından haklı nedenlerle feshedildiğinin ve tek satıcılık yetkisinin geri alındığının tespitine ... karar verilmiştir. ... [T] arafar arasında düzenlenen sözleşme aslı İngilizce olarak tanzim edilmiş olup, 805 sayılı ... Kanun uyarınca tahkim şartının geçerli olmamasına göre ... hükmün onanmasına ...” Y. 11. HD, 28.02.2014, E. 2014/1385, K. 2014/3815 sayılı kararı (UYAP). Bu karara yönelik karar düzeltme talebi de Y. 11. HD, 09.09.2014, E. 2014/8277, K. 2014/13427 sayılı kararıyla (UYAP) reddedilmiştir.

³⁶ İstanbul BAM 12. HD, 13.02.2020, E. 2020/19, K. 2020/184; 26.12.2019, E. 2019/2338, K. 2019/1649; 26.12.2019, E. 2019/2337, K. 2019/1639; 26.12.2019, E. 2019/2336, K. 2019/1638 sayılı kararları (UYAP).

³⁷ **Oğuzman, M. Kemal/Barlas, Nami:** Medenî Hukuk, 24. Bası, İstanbul 2018, s. 177 vd.

³⁸ **Alışkan,** s. 352; **Bahtiyar,** 805 Sayılı Kanun, s. 1739.

Çalışan Müesseselerde Mecburî Türkçe İstimali Hakkında (1/890) Numaralı Kanun Lâyihası” şeklinde olup, gerekçesinde hem memlekette yaşayan ve çalışan yabancı kişi ve müesseselerin hem de Türk tâbiyetindeki kişi ve müesseselerin Türkçeden başka dil kullanmayı alışkanlık hâline getirdikleri ve dilin ihmal edildiği ifade edilmiştir. Yine Kanun gerekçesinde, yabancı şirket ve müesseseler yönünden Türkçe kullanma zorunluluğu getirilmesinin amacı “*Bu suretle esas hatlarıyla umum muamelâtın Türkçeleşmesi istihdaf edilmiş bulunmaktadır.*” cümlesiyle ifade edilmiştir³⁹. “Umum” sözcüğü TDK sözlüğüne göre Arapça bir sıfat olup, “bütün, tüm, kamu” anlamlarına gelmektedir⁴⁰. Kanunun gerekçesinde, yabancı şirket ve müesseselerin “*umum muamelâtının*” (bütün işlemlerinin) Türkçeleştirilmesinin amaçlandığı açıkça yazıldığından, sözleşmelerin yabancı şirket ve müesseseler yönünden Kanun’un kapsamı dışında kaldığı düşünülemez. Hem kanun teklifinin ilk isminden hem de gerekçenin yukarıda yer verilen bölümlerinden anlaşılacağı üzere, Türk tâbiyetinde ya da yabancı ayrımı yapılmaksızın Türkiye’de faaliyet gösteren tüm şirket ve müesseselerin tüm işlemlerinin Türkçeleştirilmesi, kanunun amacıdır.

Günümüz koşullarında, özellikle uluslararası ticarî sözleşmelerde, tarafların kullanacakları sözleşme dilinin seçiminde; ortaklaşa bir dil bilme, sözleşmelerin ifasında yer alan bankalar, sigorta ve gözetim şirketleri, ticaret ve sanayi odaları gibi kurumların yaygın olarak bir dili kullanmaları, uyumsuzluk hâlinde başvurulacak yargı mercileri ya da hakemlerin bir dili esas alması gibi pratik mülahazaların etkili olduğu, bu nedenle 805 sayılı Kanun’un tarihsel bir dönemi temsil ettiği ve günümüz koşullarına uymadığı konusunda haklı eleştiriler ileri sürülebilir ise de⁴¹, bu eleştiri mevcut hâliyle yürürlükte olan kanunun ihmal edilmesini ve uygulanmamasını gerektirmez.

II. 805 SAYILI KANUNA AYKIRILIĞIN HUKUKÎ YAPTIRIMI

805 sayılı Kanun’da Türkçe kullanma zorunluluğuna aykırılık hâlinde hukukî ve cezaî yaptırımlar ayrı ayrı düzenlenmiştir. Kanun’un, 5728 sayılı Kanun’un⁴² 5. maddesi ile değişik 7. maddesine göre, bu Kanun hükümlerine aykırı hareket eden kişi, yüz günden az olmamak üzere adlî para cezasıyla cezalandırılır.

³⁹ “*Bu lâyiha başlıca üç kısımdan tereküp etmektedir: Birincisi: Türkiye’de çalışan Türk tabiiyetinde müesseseler ki bunların sureti mutlakada Türk dili kullanmaları mecburiyet altına alınmıştır. İkincisi: Enebi müesseseler: Bunlarda Türkçe mecburiyeti Türk müessesatı, eşhas ve devairi ile olan muhabere, muamele ve temaslarına ve hükümete ibraz mecburiyetinde buldukları evrak ve defterlerine hasredilmiş[tir] ... Bu suretle esas hatlarıyla umum muamelâtın Türkçeleşmesi istihdaf edilmiş bulunmaktadır. ...*” Bkz. TBMM Zabıt Cerideleri, Devre: II, Cilt: 24, 10.04.1926 tarihli 85. İçtima eki 17. sayfa (<https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d02/c024/tbmm02024085.pdf>).

⁴⁰ Bkz. Türk Dil Kurumu Sözlüğü (<https://www.sozluk.gov.tr>).

⁴¹ Bkz. Şanlı, s. 71-72, dn. 75; s. 354, dn. 471.

⁴² RG, 08.02.2008, S. 26781.

Kanunun, inceleme konumuz açısından önemli ve tartışmalı olan kısmı, Türkçe zorunluluğuna aykırılığın hukukî yaptırımının düzenlendiği m. 4 hükmüdür. Söz konusu madde aynen; *“Bu kanunun mevkii meriyete vaz’ından sonra birinci ve ikinci maddeler ahkâmına muhalif olarak tanzim kılınmış olan evrak ve vesaik şirket ve müesseseler lehine nazarı itibara alınmaz.”* şeklindedir. Kanunun kaleme alınış tarzı nedeniyle kanunda öngörülen yaptırımın türü ve niteliği konusunda doktrinde farklı görüşler ileri sürülmüş olup, bu görüşler ve değerlendirmelerimiz kısaca aşağıdaki şekildedir:

1. Butlan (Geçersizlik) Görüşü

Öğretide savunulan bir görüş, Kanun’un 4. maddesinde kanun koyucunun butlanı amaçladığı yönündedir. Bu görüşe göre, Kanun’un 4. maddesi, kanunda belirtilen zorunluluğa uyulmaksızın düzenlenmiş sözleşme ve sair evrakın akıbetini *“şirket ve müesseseler lehine nazarı itibara alınmaz”* ifadesiyle hükme bağlamıştır; bu ifadenin bir geçersizlik (butlan) hükmü olmayıp sadece *“yorum gerektiğinde düzenleyen tüzel kişi aleyhine yorum tercih edilir”* anlamına geldiğini savunanların görüşü zorlama bir görüştür. Burada kanun koyucunun butlanı amaçladığı anlaşılmaktadır. Yapılacak şey, bu zamanını doldurmuş kanun kaldırılana kadar, yargıya konu uyuşmazlıklarda sözleşme diline dayanan geçersizlik savunmalarını, tarafların bu sözleşmeyi içeriğini bilerek imzaladıkları açık ise, TMK m. 2 çerçevesinde dürüstlük kuralına aykırı sayarak göz önüne almamaktır⁴³.

2. Yabancı Dil Kullanan Taraf Aleyhine Yorum Görüşü

Bu konuda savunulan başka bir görüş⁴⁴ ise, Kanun’un 4. maddesinden bir kesin hükümsüzlük yaptırımı çıkarılamayacağı, yabancı bir dil kullanmanın sözleşmenin geçerliliği açısından değil, yalnızca yorumlaması ve belki de ispat bakımından önem taşıdığı yönündedir. Bu görüşü savunan yazara göre, şayet yabancı dilde yapılan sözleşmenin geçersiz olacağı öngörülmüş olsa idi, bunun sözleşmeyi düzenleyenin aleyhine de sonuç doğurmaması gerekirdi.

Bu görüş uyarınca, sözleşmelerin özel hukuk bakımından geçerliliğinin Borçlar Kanunu, Medeni Kanun, Ticaret Kanunu gibi esasa ait maddi nitelikteki kanunlarda düzenlenmesi gerekli olup; sözleşmelerde kullanılacak dil konusunda düzenleme getiren usulî nitelikteki bir kanunda sözleşmelerin geçerliliği ile ilgili bir şart konulamaz. Yargıtay tarafından da, usulî nitelikteki Noterlik Kanunu’nun 89. maddesi kapsamında verilen bir içtihadı birleştirme kararında⁴⁵ bu görüş benimsenmiştir⁴⁶.

⁴³ Oğuzman/Öz, C. I, s. 143, No. 452.

⁴⁴ Tandoğan, Halûk: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. II, Dördüncü Tıpkıbasımdan Beşinci Tıpkıbasım, İstanbul 2010, s. 744 vd.

⁴⁵ Y. İBK, 26.11.1980, E. 1980/5, K. 1980/3 sayılı kararı için bkz. RG, 03.01.1981, S. 17209, s. 39-44.

⁴⁶ Tandoğan, s. 745.

805 sayılı Kanun'un 4. maddesindeki düzenlemenin bir geçerlilik hükmü değil, sadece bir yorum hükmü olduğunun kabulü gerekir. Kanundaki "...*lehine nazarı itibare alınmaz*" şeklindeki ibarenin, yabancı dildeki bir şartın (sözleşme hükmünün) değişik iki şekilde yorumlanabildiği takdirde, bu yorumlardan şartı kaleme alırken yabancı dil kullananın aleyhine olanın tercih edileceği anlamı taşıdığı kabul edilmelidir. Ayrıca, yabancı dildeki ibarenin, bu ibareyi koyan tarafından belirli bir anlama geldiğinin ileri sürülmesi halinde, bu konudaki ispat külfeti de bunu iddia edene ait olur⁴⁷.

3. 805 Sayılı Kanun'un 4. Maddesinin İspat Hükmü Olduğu Görüşü

Doktrinde *Bahtiyar*, 805 sayılı Kanun'a aykırılıkta geçersizlik yaptırımının uygulanamayacağı, ancak Kanun'un 4. maddesindeki "...*birinci ve ikinci maddeler ahkâmına muhalif olarak tanzim kılınmış olan evrak ve vesaik şirket ve müesseseler lehine nazarı itibara alınmaz.*" şeklindeki kesin ifade nedeniyle hükmün, yalnız yorum uyumsuzluğu doğması şartına bağlı olarak uygulanabilecek nitelikte de gözükmeyeceği görüşündedir. Yazara göre, hükümde yabancı dildeki ibarenin birden farklı anlamda yorumlanması olasılığından bahsedilmediği gibi, yabancı dildeki şartı kaleme alanın aleyhine yorum yapılacağı değil, yabancı dilde yazılmış belgelerin şirket ve müesseseler lehine dikkate alınmayacağı belirtilmiştir. Hükmün zıt anlamından, anılan belgelerin, ancak, Türkçe kullanma zorunluluğuna aykırı davranan şirket ve müesseselerin aleyhine dikkate alınabileceği anlaşılmaktadır. Özet olarak yazar, 805 sayılı Kanun'un 4. maddesinin bu haliyle geçerlilik hükmü değil, fakat ispat hükmü niteliği taşıdığı, ispat hukuku kuralları açısından değerlendirilmesi gerektiği, kanuna aykırı olarak yabancı dilde yazılan belgelerin, ilgili şirket ve müesseseler lehine kesin delil olarak dikkate alınmayacağı, fakat karşı tarafın bu belgelere dayanarak haklılığını kanıtlayabileceği görüşündedir⁴⁸.

Doktrinde bu konudaki bir görüş de, 805 sayılı Kanun'un 4. maddesindeki düzenlemenin düz ve zıt anlamlarına bakılmak suretiyle, Kanun'daki Türkçe kullanma zorunluluğuna aykırı olarak yabancı dil kullanılması durumunda, düzenlenen belgenin yabancı dil kullanan taraf aleyhine dikkate alınacağı sonucunun çıkarılması gerektiği yönündedir. Bu görüşe göre, uyumsuzluk durumunda yabancı dilde hüküm ve şartlar koyan taraf, iddia ettiği hususu kendisi ispat etmek zorunda kalacak, önceden hazırlanan belge kendisi lehine delil teşkil etmeyecektir⁴⁹.

Bu konudaki başka bir görüş ise, 805 sayılı Kanun'da gerçek olmayan boşluk bulunduğu, kanundaki düzenlemenin sadece ispat açısından etkili olabileceği,

⁴⁷ **Tandoğan**, s. 746.

⁴⁸ **Bahtiyar**, 805 Sayılı Kanun, s. 1745-1746.

⁴⁹ **Elçin Grassinger, Gülçin**: Borçlar Kanunu'na Göre Kefilin Alacaklıya Karşı Sahip Olduğu Savunma İmkânları, İstanbul 1996, s. 115-116.

bu düzenlemeyi geçerlilik koşulu öngören bir kanun gibi değerlendirmenin doğru olmadığı yönündedir⁵⁰.

4. Yabancı Dilde Yazılan Hükümlerin Yazılmamış Sayılması (Sözleşmenin İçeriğine Dâhil Edilmemesi) Gerektiği Görüşü

Kırca, Kanun'un 1. ve 2. maddesinin konu açısından kapsamının oldukça geniş tutulduğu gerekçesiyle konuyu 1. maddenin kapsamına giren sözleşmeler bakımından ele almıştır. Yazara göre, Kanun'un 4. maddesinin, yabancı dilde kaleme alınmış sözleşmelerin onu kaleme alanın lehine olan hükümlerinin dikkate alınmayacağı şeklindeki yorum, sözleşmenin yalnızca bir tarafa borç yükleyip de bu tarafın Kanun'un kendisine sözleşmelerde Türkçe kullanma mecburiyeti getirdiği taraf olması durumunda isabetlidir. Ancak sözleşme iki tarafa da borç yükleyen bir sözleşme ve Kanun her iki tarafa da Türkçe kullanma mecburiyeti getirmekte ise, sözleşmenin her iki tarafının da lehine olan hükümleri dikkate alınmamalıdır⁵¹.

Yazara göre, lehe olan hüküm ya da hükümlerin "nazarı itibara alınmaması" ifadesi ile neyin kastedildiği ve bu yaptırımın kapsamının tayin ve tespitindeki güçlük ortadadır. Zira söz konusu yaptırım, en azından terminoloji açısından özel hukuk alanında aşına olunan yaptırım türlerinden değildir. Sözleşmenin yabancı dilde kaleme alınan ve Kanun'un kendisine sözleşmelerde Türkçe kullanma mecburiyeti getirdiği taraf(lar)ın lehine olan hüküm ya da hükümlerin "nazarı itibara alınmaması"nı, o hüküm ya da hükümlerin bir anlamda yazılmamış sayılması, daha teknik bir ifadeyle sözleşmenin içeriğine dâhil edilmemesi şeklinde anlamak gerekir. Buna paralel olarak, ortada bir geçersizlik sorunu değil, sözleşmenin içeriğini tespit sorunu bulunmaktadır. Bu durumda lehe olan hüküm veya hükümlerin sözleşme içeriğinden sayılmadığı durumlarda, taraflara sözleşmenin kalanını ayakta tutup tutmama konusunda bir seçme hakkının tanındığı söylenemez; dolayısıyla, TBK m. 27/II (BK m. 20/II) hükmünün uygulanma imkânı bulunmamaktadır⁵².

Yazar, ayrıca, 805 sayılı Kanun'un 4. maddesinin nitelik itibarıyla TBK'nın 21. ve 22. maddeleriyle paralellik arz ettiğini savunmaktadır. Buna göre, bir uyuşmazlık hâlinde hâkim, tarafların üzerinde anlaştığı (içeriğe dâhil olmayan dışında kalan) hususların bir sözleşme kurmak için yeterli olup olmadığına bakacaktır; bunun olumlu cevaplandırılması hâlinde hâkim, sözleşmede düzenlenmemiş hususlardan doğan boşlukları doldurma yoluna gidecektir⁵³.

⁵⁰ Bkz. Türkiye Barolar Birliği, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Toplantıları I-II-III, Ankara 2008, s. 271-272'deki Prof. Dr. Nevzat Koç'un konuşması, erişim: (http://tbbyayinlari.barobirlik.org.tr/TBBBooks/Turk_Ticaret_Kanunu.pdf).

⁵¹ *Kırca*, s. 1940.

⁵² *Kırca*, s. 1941-1942.

⁵³ *Kırca*, s. 1942.

5. Değerlendirme ve Kanaatimiz

805 sayılı Kanun'a aykırılığın hukukî yaptırımı konusunda buraya kadar yapılan açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, burada öngörülen yaptırımın türü ve niteliği konusunda birbirinden oldukça farklı görüşler ileri sürülmüştür. Öncelikle ifade etmek gerekir ise, 805 sayılı Kanun'un 4. maddesi ile kanun koyucunun geçersizlik (butlan) yaptırımını öngördüğü ve amaçladığı yönündeki görüşe biz de iştirak etmiyoruz. Bizce de, madde metninin lafzından ve gerekçesinden, Kanun'daki Türkçe kullanma zorunluluğuna aykırılık halinde geçersizlik (butlan) yaptırımının uygulanacağına dair yoruma ulaşılması mümkün değildir.

Doktrinde ileri sürülen, 805 sayılı Kanun'un 4. maddesinin nitelik itibariyle TBK'nın 21. ve 22. maddeleriyle⁵⁴ paralellik arz ettiği, bu nedenle kanundaki "nazarı itibara alınmama" ibaresinin, Kanun'un kendisine sözleşmelerde Türkçe kullanma mecburiyeti getirdiği taraf(lar)ın lehine olan hüküm ya da hükümlerin bir anlamda "yazılmamış sayılması", daha teknik bir ifadeyle "sözleşmenin içeriğine dâhil edilmemesi" şeklindeki yoruma⁵⁵ da iştirak etme imkânı bulunmamaktadır. Gerçekten de TBK m. 21/1 hükmünde, karşı tarafın menfaatine aykırı genel işlem koşullarının açıkça ve özel olarak bilgilendirme yapıp buna göre kabul edilmiş olmaması durumunda yazılmamış sayılacağı, m. 21/2 hükmünde ise sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı olan genel işlem koşullarının da yazılmamış sayılacağı ifade edilmiştir. TBK m. 22 hükmünde ise, yazılmamış sayılmanın sözleşmeye etkisi "Sözleşmenin yazılmamış sayılan genel işlem koşulları dışındaki hükümleri geçerliliğini korur. Bu durumda düzenleyen, yazılmamış sayılan koşullar olmasaydı diğer hükümlerle sözleşmeyi yapmayacak olduğunu ileri süremez." şeklinde düzenlenmiştir. Ancak TBK m. 21 ve 22 hükümlerindeki "yazılmamış sayılma" olarak ifade edilen yaptırımın niteliği de borçlar hukuku doktrininde tartışmalı olup; kanun koyucunun buradaki ifadeyle öngördüğü yaptırımın 'kesin hükümsüzlük (butlan)', 'yokluk', 'kısmî yokluk', 'esnek geçersizlik' olduğu gibi değişik görüşler ileri sürülmüştür⁵⁶. 805 sayılı Kanun'un 4. maddesinde

⁵⁴ Makalenin yayınlandığı tarih itibariyle TBK Tasarısı'nın 21. ve 22. maddeleridir.

⁵⁵ Kırcı, s. 1941-1942.

⁵⁶ Örneğin bir görüş, TBK m. 21 ve 22 hükümlerindeki yazılmamış sayılma ile kesin bir hükümsüzlüğün (geçersizliğin) amaçlandığını ileri sürmektedir. Bu görüşe göre, yazılmamış sayılan genel işlem şartları dışındaki sözleşme hükümlerinin geçerli kalacağından söz eden TBK m. 22 hükmünün zıt anlamından, burada kesin bir hükümsüzlük (butlan) durumunun düzenlendiği anlamı çıkmaktadır. Hatta daha da ileri bir hükümsüzlük durumunun varlığının ileri sürülebileceği, buradaki hükümsüzlüğün "yokluk" derecesine çıktığı ifade edilmektedir. Bkz. Oğuzman/Öz, C. I, s. 165, No. 510. Başka bir görüşe göre ise, "yazılmamış sayılma"dan maksat, "yokluk"tur. Esasen bir hüküm veya koşul, bir hukukî işlem veya sözleşmeye yazılmamışsa, öyle bir hüküm veya koşul o işlem veya sözleşmede bulunmuyor, dolayısıyla yok demektir. TBK m. 22 hükmü uyarınca, sözleşmenin yazılmamış sayılan genel işlem

öngörülen “*nazarı itibara alınmama*” yaptırımının türü ve niteliği zaten tartışmalı olup bu tartışmalı kavramı, TBK m. 21 ve 22 hükümlerindeki başka bir tartışmalı yaptırım türü olan “*yazılmamış sayılma*” ile izah etmek, yeni tartışmaları da beraberinde getirecektir. Başka bir anlatımla, 805 sayılı Kanun’daki “*nazarı itibara alınmama*”nın içeriği tespit edilirken, TBK’daki “*yazılmamış sayılma*” ibaresi nedeniyle doktrinde ileri sürülen hangi yaptırım türü tercih edilecektir? Kaldı ki, doktrin görüşlerinde, TBK’daki “*yazılmamış sayılma*” kavramı ile kastedilen yaptırımın kesin hükümsüzlük olduğu da ifade edilmiş olup, 805 sayılı Kanun’un 4. maddesindeki yaptırımın kesin hükümsüzlük olduğuna dair görüşe iştirak etmediğimizi yukarıda ifade etmiştik.

805 sayılı Kanun hükümleri uyarınca hukukî işlemlerin Türkçe yapılması zorunluluğu, esas itibarıyla kanunî şekle ilişkin bir husustur. Bu noktada “geçerlilik şekli” ve “ispat şekli” ayrımı üzerinde kısaca durulmalıdır. Hukukî işlemlerde şekil, şeklin amaçlarına göre yapılan tasnifte “geçerlilik şartı olarak şekil” ve “ispat şartı olarak şekil” olmak üzere iki türdür:

Geçerlilik şartı olan şekil de “kanunî şekil” ve “iradî şekil” olarak ikiye ayrılır. Kanun, bazı hukukî işlemlerin (özel olarak sözleşmelerin) geçerli olabilmesi (sıhhati, muteberliği) için herhangi bir şekle uyulmasını zorunlu kılmış ise, bu durumda şekil bir geçerlilik şartıdır. Bunun doğal sonucu olarak, kanunun öngördüğü şekil şartına uyulmadan yapılan bir sözleşme geçerli olmaz (hüküm ifade etmez)⁵⁷. Nitekim TBK m. 12/2 hükmüne göre “*Kanunda sözleşmeler için öngörülen şekil, kural olarak geçerlilik şeklidir. Öngörülen şekle uyulmaksızın kurulan sözleşmeler hüküm doğurmaz.*” Geçerlilik şartı olan şekli, kanun öngörebileceği gibi, bazı hallerde taraflar da kararlaştırabilirler. Şekli, geçerlilik şartı olarak taraflar kararlaştırmışlar ise, bu halde “iradî şekil” söz konusu olur. İki taraf, şekle bağlı olmayan bir sözleşmeyi şekle bağlı tutmuşlarsa, bundan karine olarak geçerlilik şartını istedikleri kabul edilmelidir. Bu husustaki TBK m. 17/1 hükmüne göre “*Kanunda şekle bağlanmamış bir sözleşmenin taraflarca belirli bir şekilde yapılması kararlaştırılmışsa, belirlenen şekilde yapılmayan sözleşme tarafları bağlamaz.*” Ancak taraflar şekil şartını geçerlilik şartı dışında ispat şartı olarak da kararlaştırabileceğinden, iradî şeklin geçerlilik şartı olarak düzenlenip düzenlenmediğinin tespiti önemlidir. Tarafların şekle ilişkin anlaşmalarının ispat kolaylığı sağlama amacına yönelik olduğu ispat

koşulları dışındaki hükümleri geçerliliğini koruduğu için burada aslında “kısımî yokluk” yaptırımı söz konusudur. Bkz. **Eren, Fikret**: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 24. Baskı, Ankara 2019, s. 235, No. 645-646. Borçlar hukuku doktrindeki diğer görüşler ve bunların değerlendirmeleri için bkz. **Arıkan, Mustafa**: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda Genel İşlem Koşullarının Yazılmamış Sayılması Kavramı ve Bunun Sözleşmeye Etkisi, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 7, S. 3, Aralık 2012, s. 21 vd.

⁵⁷ **Oğuzman/Öz**, C. I, s. 138, No. 440; **Eren**, s. 303, No. 848; **Oğuzman/Barlas**, s. 206.

edilirse TBK m. 17/1 hükmü uygulanmaz; ispat yükü bunu iddia edene düşer. Bunun dışında, iradî şeklin bir geçerlilik şartı mı yoksa ispat şartı mı olarak düzenlendiğini hâkim, tarafların irade beyanlarının yorumu ya da davranışları ile belirleyebilir. Örneğin, taraflardan biri ya da her ikisi, sözleşmede kararlaştırılan şekil şartı yerine getirilmeden ifade bulunursa, şeklin geçerlilik şartı olmadığı anlaşılır⁵⁸.

İspat şartı olan şekil ise, kanundan doğabileceği gibi, taraf iradelerinden de kaynaklanabilir. Çünkü kanunda öngörülen bütün şekiller geçerlilik (sıhhat) şartı değildir; bazen kanunun öngördüğü şekil bir ispat şartı da olabilir. Keza yukarıda ifade edildiği üzere, tarafların şekle ilişkin anlaşmalarının ispat kolaylığı sağlama amacına yönelik olması da mümkündür. İspat şartı olarak şekil, Borçlar Kanununda düzenlenmemiştir⁵⁹. Ancak HMK m. 200 hükmü; bir hakkın doğumu, düşürülmesi, devri, değiştirilmesi, yenilenmesi, ertelenmesi, ikrarı ve itfası amacıyla yapılan hukukî işlemlerde, dolayısıyla sözleşmelerde yazılı şekli bir ispat koşulu olarak zorunlu kılmıştır. Keza HMK m. 201 hükmü de, senede bağlı her çeşit iddiaya karşı ileri sürülen ve senedin hüküm ve kuvvetini ortadan kaldıracak veya azaltacak nitelikte bulunan hukukî işlemler bakımından yazılı şekli bir ispat koşulu olarak zorunlu kılmıştır⁶⁰.

Şeklin geçerlilik (sıhhat) şartı olduğu hallerde bu şekle uyulmadıkça sözleşme geçerli olmaz. Buna karşılık şeklin ispat şartı olduğu hallerde şekle uyulmamış olsa da sözleşme geçerlidir; fakat bu sözleşmenin varlığı her türlü delille ve özellikle tanıkla ispat edilemez⁶¹. Başka bir anlatımla, ispat için aranan şekle uyulmaması, geçerliliği şekle tabi olmayan bir hukukî işlemi geçersiz hale getirmez. Bu halde yapılan hukukî işlem (örneğin sözleşme) yine de geçerlidir; taraflar sadece bir ispat aracından yoksun kalmışlardır⁶². Bu nedenle kanunda öngörülen şeklin geçerlilik şartı mı yoksa ispat şartı mı olduğunun tespiti önemlidir.

Kanaatimizce, 805 sayılı Kanun'un 4. maddesindeki hükmün bir geçerlilik hükmü olmadığı, ispat hükmü niteliği taşıdığı ve ispat hukuku kuralları açısından değerlendirilmesi gerektiğini kabul eden görüş daha makul gözükmektedir. Bu görüşümüzün gerekçeleri şu şekilde sıralanabilir:

⁵⁸ **Oğuzman/Öz**, C. I, s. 159, No. 491; **Eren**, s. 304, No. 851-852.

⁵⁹ **Eren**, s. 306, No. 859-860.

⁶⁰ Bu nedenle, ispat için usul hukukunda öngörülen şekil kuralları, maddi hukuktaki ilişkinin varlık ve geçerliliği için bazı hallerde öngörülen geçerlilik şekline farklıdır. Usul hukukundaki senetle ispat zorunluluğuna (tanıkla ispat yasağına) ilişkin kuralların geçerlilik şekli olarak değil, ancak ispat şekli olarak öngörüldüğü anlaşılmaktadır. **Kuru, Baki**: Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. II, 6. Bası, İstanbul 2001, s. 2077, 2357; **Yılmaz, Ejder**: Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, C. II, Ankara 2017, s. 2420-2421.

⁶¹ **Oğuzman/Öz**, C. I, s. 139, No. 440. Ancak senetle ispatı gereken bir hukukî işlem, başka bir kesin delil (örneğin ikrar veya yemin) ile ispat edilebilir. **Kuru**, s. 2357.

⁶² **Oğuzman/Barlas**, s. 207 ve dn. 319'daki içtihat.

İlk olarak, TBK m. 12/2 hükmünde, kanunda sözleşmeler için öngörülen şeklin kural olarak geçerlilik şekli olduğu ifade edilmiş ise de; TBK m. 12/1 hükmünde de sözleşmelerin geçerliliğinin, kanunda aksi öngörülmedikçe, hiçbir şekilde bağlı olmadığı belirtilmiştir. TBK m. 12/1’de yer alan “*kanunda aksi öngörülmedikçe*” deyiminden amaç, kanun koyucunun bazı işlemlerde şekle uyulmamayı geçersizlik sebebi olarak kabul etmemesidir⁶³. 805 sayılı Kanun’da öngörülen Türkçe kullanma zorunluluğuna dair şekil şartına uyulmaması durumunda kanun koyucu, ilgili hukukî işlemin geçersizliğini değil, Türkçe düzenlenmeyen belgelerin bu zorunluluğun muhatabı olan şirket ve müesseselerin lehine kullanılmayacağını amaçlamaktadır.

İkinci olarak, Türkçe kullanma zorunluluğuna dair şekil şartının ispat hukuku bakımından “ispat yükü” ya da “ispat aracı (delil)” kavramlarından hangisi ile açıklanabileceği üzerinde durulmalıdır. Bilindiği üzere, dava konusu hakkın ve buna karşı yapılan savunmanın dayandığı vakıaların var olup olmadıkları hakkında mahkemeye kanaat verilmesi işlemine “ispat”, bir vakianın ispatı için başvuru vasıtalarına da “delil” denir⁶⁴. Delilin konusu, maddi vakialardır. Bu vakıalar, davanın (istemin) ve savunmanın temelini oluşturan, bunların dayandığı vakialardır. Bir davada tarafların üzerinde anlaşamadıkları ve uyuşmazlığın çözümünde etkili olabilecek olan vakıalar için delil gösterilir (HMK m. 187/1)⁶⁵. Vakia (olgu) ise, kendisine hukukî sonuç bağlanmış olaylar şeklinde tanımlanabilir⁶⁶. Bir davada hangi çekişmeli vakianın ispat edilmesi gerektiği tespit edildikten sonra, bu vakıaların kimin tarafından ispat edilmesi gerektiği hususu ispat yükünü oluşturur. Kendisine ispat yükü düşen taraf için bu bir yükümlülük (mükellefiyet) değil, sadece bir yüküdür (kulfettir). Taraf, kendisi tarafından ispatı gereken bir vakıayı ispat edemezse, karşı taraf (ve mahkeme) onu mutlaka ispat etmesini isteyemez; aksine, kendisine ispat yükü düşen taraf o vakıayı ispat edememiş sayılır⁶⁷.

Yukarıda anılan temel usul ilkeleri dikkate alındığında, 805 sayılı Kanun’daki Türkçe kullanma zorunluluğuna ilişkin şekil kuralı, esasen ispat aracı (delil) kavramı ile ilgilidir. Çünkü Türkçe kullanma zorunluluğu olan bir sözleşmede buna riayet edilmemesi o sözleşmeyi geçersiz kılmaz; bu halde yapılan sözleşme yine de geçerlidir. Ancak sözleşmede, Türkçe kullanma zorunluluğunda olan taraf lehine bir hüküm bulunmakta ise, bu zorunluluğa uymayan taraf, sözleşmedeki lehine olan bir vakia bakımından ispat aracından yoksun kalmış olacaktır. Örneğin, davalının tahkim ilk itirazı ileri sürdüğü bir davada, ibraz

⁶³ Eren, s. 303, No. 850.

⁶⁴ Kuru, s. 1966; Yılmaz, C. II, s. 2306.

⁶⁵ Kuru, s. 1967-1968; Umar, Bilge: Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Ankara 2011, s. 513. Y. 3. HD, 11.09.2012, E. 2012/12921, K. 2012/18468 sayılı kararı (UYAP).

⁶⁶ Y. İBK, 03.03.2017, E. 2015/2, K. 2017/1 sayılı kararı (UYAP).

⁶⁷ Kuru, s. 1972; Yargıtay HGK, 18.04.2018, E. 2017/13-619, K. 2018/919 sayılı kararı (UYAP).

ettiği delil (sözleşme) ile dayandığı maddi vakia (tahkim anlaşması) ispat edilirse dava HMK m. 413(1) hükmü uyarınca usulden reddedilir. Ancak, Türkçe düzenlenmesi gereken bir sözleşmede yabancı dilde bir tahkim şartı bulunmakta ise, davalının sözleşmede Türkçe kullanma zorunluluğunda olan kişilerden olması halinde, davalı taraf maddi vakianın (tahkim anlaşmasının) ispatı bakımından elindeki ispat aracından (delilden=sözleşmeden) yoksun kalmış olur. Yine örneğin, Türkçe olması gerekirken yabancı dilde düzenlenen bir hissedarlar sözleşmesinde yer alan cezai şart maddesine dayanılarak açılan bir tazminat davasında, Türkçe kullanma zorunluluğunun muhatabı olan davacı taraf, sözleşmenin bu maddesini ispat vasıtası olarak kullanamayacaktır. Görüldüğü üzere, 805 sayılı Kanuna riayet edilmemesinin hukukî yaptırımı, ispat hukuku bağlamında bir ispat aracından yoksun kalınmasıdır. Başka bir ifadeyle, bu Kanun hükümlerine aykırı olarak düzenlenen sözleşmelerin, Türkçe kullanma zorunluluğunda olup bu sözleşmeye dayanarak kendi lehine çıkarılan taraf lehine ispat vasıtası olarak kullanılması mümkün olmayacaktır.

Üçüncü olarak, Kanun'un yasalaşma sürecinin de dikkate alınması gereklidir. Tasarının Hükümet Teklifi metninde 2. maddede "*Ancak Türkiye dâhilinde tanzim edilmiş olan vesika, senet ve defterleri Türk dilinde olmadıkça ... mahkemeler ve resmî dairelerde lehlerine olarak nazarı itibare alınmaz.*" hükmü bulunmaktaydı. Ticaret Komisyonu'nun tadil ettiği metinde ise bu hüküm 4. maddede "*Türkiye dâhilinde tanzim edilmiş olan vesika, senet ve defterler Türk dilinde olmadıkça ... mahkemeler ve resmî daireler tarafından vesaik ve evrakı mezkûre şirket ve müesseseler lehine nazarı itibara alınmaz.*" şeklinde yer almıştır. Kanun'un 4. maddesi, en son Adalet Komisyonu tarafından tadil edilerek yasalaşan bugünkü halini almıştır⁶⁸. Görüldüğü üzere, yasalaşma süresince teklif ve tadil edilen metinlerde Türkçe düzenlenme zorunluluğuna uymayan evrakın, bu zorunluluğa tabi olan şirket ve müesseseler yönünden "*mahkemeler ve resmî daireler tarafından lehlerine nazarı itibara alınmayacağı*" öngörülmüştür.

Sonuç olarak, Kanun'un 4. maddesinin ispat hukuku ile ilgili olduğu söylenebilir. Buna göre, 805 sayılı Kanun uyarınca Türkçe kullanma zorunluluğunda olan taraf, ispat bakımından kanuna aykırı olarak yabancı dilde düzenlenen belgedeki hükümlere dayandığı zaman, mahkeme bu belgeyi kanuni zorunluluğa uymayan taraf lehine delil (ispat vasıtası) olarak nazara almayacaktır. Sözleşmenin yalnızca bir tarafa borç yükleyip de bu tarafın Kanun'un kendisine sözleşmelerde Türkçe kullanma mecburiyeti getirdiği taraf olması durumunda bu tarafın, iki tarafa da borç yükleyen bir sözleşme

⁶⁸ Bkz. TBMM Zabıt Cerideleri, Devre: II, Cilt: 24, 10.04.1926 tarihli 85. İçtima eki 19. ve 20. sayfalar (<https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d02/c024/tbmm02024085.pdf>).

ve Kanun her iki tarafa da Türkçe kullanma mecburiyeti getirmekte ise, sözleşmenin her iki tarafının lehine olan hükümleri dikkate alınmamalıdır⁶⁹. Bu durumda, Kanun'un kendisine sözleşmelerde Türkçe kullanma mecburiyeti getirdiği taraf, kanuna aykırı olmasına rağmen yabancı dilde şart/hüküm koymuş ise, önceden yabancı dilde hazırlanan belge kendisi lehine delil teşkil etmeyecek; iddia ettiği hususu kendisi başka vasıtalarla ispat etmek durumunda kalacaktır⁷⁰.

III. 805 SAYILI KANUNA İLİŞKİN GÜNCEL YARGI KARARLARININ DEĞERLENDİRİLMESİ

1. Kanunun Tahkim Anlaşmalarına Etkisi Hakkındaki Kararlar

Tahkim anlaşmalarının (tahkim şartı ya da tahkim sözleşmesi) 805 sayılı Kanun hükümlerine göre denetlenmesi, devlet mahkemesinde dava açılması halinde gündeme gelecektir. Zira HMK m. 116(1)-b hükmü uyarınca “uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözümlenmesi gerektiği itirazı” bir ilk itiraz olup; aynı Kanunun m. 413(1) hükmü uyarınca tahkim sözleşmesinin konusunu oluşturan bir uyuşmazlığın çözümü için mahkemede dava açılmışsa, karşı taraf tahkim ilk itirazında bulunabilir. Bu durumda tahkim sözleşmesi hükümsüz, tesirsiz veya uygulanması imkânsız değil ise mahkeme tahkim itirazını kabul eder ve davayı usulden reddeder. Yine MTK m. 5/1 hükmünde⁷¹ de tahkim anlaşmasının varlığına rağmen dava mahkemede açılmışsa; karşı tarafın tahkim itirazının kabulü halinde mahkemenin davayı usulden reddedeceği HMK ile paralel şekilde düzenlenmiştir. Böyle bir durumda, Mahkemece yapılacak inceleme sonucunda tahkim anlaşmasının geçerli olduğu tespit edilirse, dava usulden reddedilir; geçersiz olduğu kabul edilirse yargılamaya devam edilerek davanın esasına yönelik bir karar verilir.

Tespit edebildiğimiz kadarıyla, yargı kararlarında 805 sayılı Kanun'un uygulandığı uyuşmazlıkların büyük çoğunluğu tahkim sözleşmelerine ilişkindir⁷². Aşağıda başlıklar halinde bu uyuşmazlıklara dair kararlar irdelenecektir.

⁶⁹ Kırca, s. 1940.

⁷⁰ Elçin Grassinger, s. 116.

⁷¹ MTK m. 1/2 hükmü uyarınca, bu Kanun, yabancılık unsuru taşıyan ve tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği uyuşmazlıklar bakımından uygulanmakta ise de, m. 1/3 hükmünde, Kanunun 5 ve 6'ncı madde hükümlerinin, tahkim yerinin Türkiye dışında belirlendiği durumlarda da uygulanacağı ifade edilmiştir. Bu nedenle, yabancılık unsuru taşıyan ve tahkim yerinin Türkiye dışında belirlendiği durumlarda dahi, Türkiye'de devlet mahkemesinde açılan davada tahkim ilk itirazı ileri sürülmüş ise, mahkeme tahkim anlaşmasının geçerliliğini inceler.

⁷² 805 sayılı Kanun'un milletlerarası tahkim anlaşmaları üzerindeki etkisi yönünden başka bir çalışma için bkz. Esen, s. 203 vd.

A. Sözleşmenin Devrinin Asıl Sözleşmedeki Tahkim Şartına Etkisi

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 2019 tarihli bir kararına konu olay kısaca şu şekildedir: (C) ... Trading S. A. unvanlı bir yabancı şirket (müvekkil) ile (B) Denizcilik ... Ltd. Şti. unvanlı bir Türk şirketi (acente) arasında 08.02.1998 tarihinde İngilizce bir acentelik sözleşmesi imzalanmış ve sözleşmede (İngilizce) tahkim şartına yer verilerek, ihtilaf halinde Londra'da tahkime başvurulacağı kararlaştırılmıştır. Akabinde, (C) Denizcilik ... A. Ş. unvanlı bir Türk şirketi ile (B) Denizcilik ... Ltd. Şti. arasında 29.01.1999 tarihli Türkçe olduğu anlaşılan bir protokol düzenlenerek *“her iki taraf da 08 Şubat 1998 tarihinde imzalanan acente anlaşmasının tüm şart ve yükümlülüklerinin sürekli ve sadakat içinde yerine getirileceği konusunda anlaşmıştır”* hükmüne yer verilmiştir. Başka bir anlatımla, (C) Denizcilik ... A. Ş. unvanlı Türk şirketi, bu protokol ile 08.02.1998 tarihli asıl sözleşmenin (müvekkil) tarafı halinde gelmiştir. Müvekkil (C) Denizcilik ... A. Ş. tarafından sözleşmenin feshedilmesi üzerine, acente (B) Denizcilik ... Ltd. Şti. tarafından müvekkil aleyhine açılan portföy (denkleştirme) tazminatı talepli davada, davalı tarafın tahkim ilk itirazı üzerine yerel mahkemece tahkim şartı nedeniyle davanın görev yönünden reddine karar verilmiştir.

Hükmün istinafi üzerine İstanbul BAM 14. Hukuk Dairesince⁷³, *“Davacı taraf, sözleşmenin her iki tarafının Türk şirketi olduğunu ve yasada emredici şekilde düzenlenen şekil şartının gerçekleşmemiş olması nedeniyle tahkim şartının hükümsüz olduğunu, tahkim şartının acentelik sözleşmesinden bağımsız olup acentelik ilişkisinden ayrı düşünülmesi gerektiğini, bu nedenle tahkim şartının bağlayıcı olmadığını savunmaktadır. Dosyaya sunulan ve davaya dayanak yapılan İngilizce düzenlenmiş 08 Şubat 1998 tarihli sözleşmenin yapılan incelemesinde, sözleşmenin bir tarafının (C) ... Trading S.A. olduğu, yani bir yabancı şirket olduğu anlaşılmaktadır. Tahkim şartını içeren sözleşmenin bir tarafının yabancı şirket olması nedeniyle 805 sayılı Yasanın 1. maddesini uygulama olanağının bulunmadığı kanaatine varıldığından, davacının bu konudaki istinaf gerekçesi yerinde görülmemiştir.”* şeklinde karar verilmiştir.

İstinaf kararının temyizi üzerine Yargıtay 11. Hukuk Dairesi⁷⁴, *“Dava; acentelik sözleşmesinin haksız feshi nedeniyle portföy tazminatı istemine ilişkindir. ... İlk derece mahkemesindeki yargılama aşamasında ve istinaf incelemesi sırasında dosyaya ibraz edilen sözleşme ve ticaret sicil kayıtlarına göre tali acentelik sözleşmesinin tarafları Türkiye Cumhuriyeti tâbiyetindedir. Bu husus süre tutum dilekçesi, yanıt dilekçesi eki vekâletname dayanağı imza sirküleri ile de sabittir. Ayrıca, davalı vekili müvekkilinin yabancı olduğunu da iddia etmemiştir. 805 Sayılı ... Kanun'un 1. maddesi [uyarınca] Türkiye*

⁷³ İstanbul BAM 14. HD, 10.10.2017, E. 2017/460, K. 2017/509 sayılı kararı (UYAP).

⁷⁴ Y. 11. HD, 05.02.2019, E. 2017/5003, K. 2019/842 sayılı kararı (UYAP).

Cumhuriyeti tabiyetindeki şirket ve müesseseler ülke içindeki her türlü sözleşmeleri hesap ve defterlerini Türkçe olarak düzenlemek zorundadır. Bu zorunluluğa uyulmaksızın düzenlenen sözleşmeler ise aynı Kanun'un 4. maddesine göre geçersizdir. Somut olayda taraflar arasındaki tahkim şartını içeren acentalık sözleşmesi yabancı dilde düzenlenmiş olmakla yukarıda sözü edilen yasa gereğince geçersizdir. İlk derece mahkemesince davalının tahkim ilk itirazının reddedilmesi gerekir iken, yazılı gerekçe ile görevsizlik kararı verilmesi doğru görülmemiş[tir]..." gerekçesiyle kararı bozmuştur.

Davaya konu olayda esasen iki sözleşme bulunmaktadır. Bunlardan biri yabancı şirket olan müvekkil ile Türk şirketi acente arasındaki, tahkim şartını da içeren, yabancı dilde hazırlanıp imzalanan asıl acentelik sözleşmesidir. İkinci sözleşme ise -Yargıtay tarafından tali acentelik sözleşmesi olarak adlandırılan- Türkçe bir protokol olup bu protokolün tarafları da asıl sözleşmedeki Türk şirketi (acente) ile asıl sözleşmedeki yabancı şirket (müvekkil) yerine sözleşme ilişkisine dâhil olan bir Türk şirkettir. Protokol uyarınca Türk şirketi acente ile Türk şirketi müvekkil, daha önce yabancı şirket ile imzalanan asıl acentelik sözleşmesinin bundan böyle tüm hükümleriyle birlikte kendi aralarında geçerli ve bağlayıcı olacağını kararlaştırmışlardır. Dava konusu olayda sözleşmenin devri söz konusu olup, acentelik sözleşmesine müvekkil sıfatıyla yabancı şirket yerine bir Türk şirketi taraf olmuş; dava da acente-müvekkil konumundaki iki Türk şirketi arasında görülmüştür.

Sözleşmenin devri TBK m. 205 hükmü ile yasal düzenlemeye kavuşmuş bir müessesedir. Bu hüküm uyarınca sözleşmenin devri, sözleşmeyi devralan ile devreden ve sözleşmede kalan taraf arasında yapılan ve devreden bu sözleşmeden doğan taraf olma sıfatı ile birlikte bütün hak ve borçlarını devralana geçiren bir anlaşmadır. Her ne kadar sözleşmenin devri anlaşması üç taraflı bir sözleşme olarak düzenlenmiş ise de, TBK m. 205/2 hükmünde sözleşmede kalan (değişmeyen) tarafın önceden izin ya da sonradan onay vermesi hâlinde de devrin geçerli olacağı öngörülmüştür. Davaya konu olayda da sözleşmede kalan (değişmeyen) taraf olan acente, protokol ile yazılı olarak asıl acentelik sözleşmesinin yeni taraf ile devam etmesine onay vermiş ve sözleşme 1999 yılından 2016 yılına kadar ihtilafsız uygulanmış olup, esasen bu hususta uyumsuzluk bulunmamaktadır.

Sözleşmenin devrinin en önemli sonucu şudur: Devirden sonra sözleşmenin bir tarafı değişir, yani taraflardan biri sözleşmeden ayrılır, onun yerine dışarıdan yeni bir kişi taraf olarak sözleşmeye girer, fakat sözleşmenin tüm hükümleri değişmeden kalır. Bu durumda sözleşme, yeni taraflar arasında sözleşmeden kaynaklanan tüm haklar, borçlar ve sözleşmeye bağlı yenilik doğuran haklar ile

birlikte varlığını devam ettirir⁷⁵. Bu nedenle asıl sözleşmedeki tahkim şartı da, diğer sözleşme hükümleri gibi sözleşmedeki varlığını devam ettirir⁷⁶.

Kanaatimizce, Yargıtay'ın bu kararı, sözleşmenin devrinin sözleşmedeki tahkim şartına etkisi bakımından önemlidir⁷⁷. Yargıtay, kararda sözleşmenin devrine değinmemiş ise de, kararda “tali acentelik sözleşmesi” olarak bahsedilen husus, esasında sözleşmede kalan (değişmeyen) taraf olan acentenin TBK m. 205/2 hükmü uyarınca vermiş olduğu yazılı onaydır. Taraflar, 29.01.1999 tarihli Türkçe protokol ile 08.02.1998 tarihli yabancı dildeki asıl sözleşmeye atıf yaparak bunun tüm hak ve yükümlülükleri ile kendi aralarında geçerli olacağını kabul ettiklerinden, artık iki Türk şirketi arasında geçerli olan ve yabancı dilde hazırlanmış bir sözleşme söz konusudur. Bu nedenle, her ne kadar başlangıçta sözleşmenin bir tarafı yabancı bir şirket ise de, devir olgusundan sonra artık iki Türk şirketi arasındaki sözleşme haline geldiğinden; yabancı dilde hazırlanan acentelik sözleşmesinin durumu, bu sözleşmenin taraflarının iki Türk şirketi olduğu gerçeği göz önünde bulundurularak değerlendirilmelidir. Sonuç olarak, Yargıtay tarafından, 805 Sayılı Kanun'un 1. maddesi uyarınca Türk şirketlerinin ülke içerisindeki her türlü sözleşmelerini Türkçe olarak düzenleme yükümlülüğünün, bir tarafı yabancı şirket olan sözleşmenin bu yabancı şirketten bir Türk şirketi tarafından devralınarak her iki tarafının da Türk şirketi olması hâlinde de geçerli olduğu kabul edilmiştir. Bu kararında Yargıtay, Kanun'un m. 4 hükmüne aykırılığın yaptırımının “geçersizlik” olduğunu kabul etmiştir.

Esasen, başlangıçta yabancı müvekkil ile Türk acente arasında yapılan asıl sözleşme de, acentelik faaliyetinin Türkiye'de icra edilecek olmasından ötürü Türkiye dâhilindeki bir işleme ilişkin olması nedeniyle, bizim de taraftar olduğumuz görüş uyarınca, 805 sayılı Kanun'un 2. maddesi kapsamında Türkçe düzenlenmesi gereken bir sözleşmedir. Sözleşme devri olmasaydı, Türk acente tarafından yabancı müvekkile karşı açılacak davada da, sözleşmenin yabancı ülkedeki tahkim mahkemesini yetkilendiren hükmünün yabancı müvekkil lehine Türk acente aleyhine olması nedeniyle, yabancı müvekkil lehine dikkate alınmasının mümkün olmaması gerekecekti.

⁷⁵ Bkz. **Oğuzman, M. Kemal/Öz, M. Turgut**: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. II, 10. Bası, İstanbul 2013, s. 620-621; **Eren**, s. 1405, No. 3939 vd.

⁷⁶ Başka bir anlatımla, tahkim anlaşmasının prensip olarak sadece tarafları bağlamakla birlikte, sözleşmenin devri durumunda, sözleşmeyi bütün hükümleri ile birlikte devralan kişi, tahkim anlaşması ile de bağlı olacaktır. Bkz. **Akıncı**, s. 145-146.

⁷⁷ Yargıtay, önceki tarihli bir başka kararında da “*davacının distribütörlüğü devralmakla ... tarihli sözleşmede ilzam olunan bütün sözleşme kayıtlarını da kabul etmiş sayılacağı, dolayısıyla davacının sözleşmede atıf yapılan tahkim şartıyla bağlı tutulamayacağı iddia edemeyeceği*” gerekçesiyle, distribütörlük sözleşmesini devralan distribütörün (davacının) devraldığı sözleşmedeki tahkim şartı ile bağlı olduğuna karar vermiştir. Y. 19. HD, 09.12.2014, E. 2014/11942, K. 2014/17697 sayılı kararı (UYAP).

B. Sigortalının Tarafı Olduğu Sözleşmedeki Tahkim Şartının 805 Sayılı Kanuna Aykırılığının Sigortacıya Etkisi

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin yerleşik hale gelmiş uygulamasında, deniz taşımaları bakımından, konşimentonun atf yaptığı charterparti sözleşmesinde tahkim koşulu bulunması halinde TTK m. 1472 (ETK m. 1301) hükmünde yer alan halefiyet ilkesi uyarınca, sigortalının kabul ettiği tahkim şartının sigortacıya da bağlayacağı kabul edilmektedir⁷⁸.

Buna ilişkin bir uyuşmazlık kısaca şu şekildedir: Türk tâbiyetindeki bir şirket (taşitan), Ukrayna'da yerleşik yabancı bir şirkete sattığı emtianın taşınması için Türk tâbiyetindeki başka bir şirket (taşıyan) ile emtianın İskenderun limanından Ukrayna'ya taşınması konusunda anlaşma yapmıştır. Bu kapsamda Türk tâbiyetindeki iki şirket (taşitan/kiracı ve taşıyan/navlun lehtar) arasında yabancı dilde bir charterparti imzalanmış olup, konşimentoda da bu charterpartie atf bulunmaktadır. Charterpartide müşterek avarya halinde Türk hukukuna göre Niğde'de tahkim yoluna gidileceği, ancak diğer hallerde Gencon 94 CP kurallarının uygulanacağı hususunda atf yapılmıştır. Varış limanında emtianın hasarlı çıkması üzerine, taşitanın sigortacısı taşıtana ödemiş olduğu emtia zararının rücu tahsili için taşıyan şirket aleyhine Türk mahkemelerinde dava açmış; yerel mahkemece, davalının tahkim ilk itirazı üzerine, taşitan ile taşıyan arasındaki charterpartide yer alan tahkim şartının halefiyet ilkesi uyarınca taşitanın sigortacısı yönünden de bağlayıcı olduğu ve uyuşmazlığın tahkimde çözülmesi gerektiği gerekçesiyle davanın usulden reddine karar verilmiştir.

Kararın istinafi üzerine, İstanbul BAM 12. Hukuk Dairesi tarafından; özetle, 805 sayılı Kanun'un 1. maddesi uyarınca Türk şirketlerinin Türkiye'de yaptığı sözleşmelerde Türkçe kullanılmasının zorunlu olduğu, buna uyulmaksızın düzenlenen sözleşmelerin ise aynı Kanun'un 4. maddesine göre geçersiz olduğu, atf yapılan standart charterpartinin tahkim hükümlerinin uygulanabilmesi için geçerli bir atf bulunması gerektiği, charterpartinin her iki tarafının Türk tâbiyetinde olduğu hâlde yabancı dilde düzenlenmesi nedeniyle geçersiz bulunduğundan tahkim ilk itirazının reddi ile yargılamaya mahkemede devam edilmesi gerektiğine karar verilmiştir⁷⁹.

Bilindiği üzere, TTK m. 1472 (ETK m. 1031) hükmünde düzenlenen halefiyet; yasal, sınırlı ve cüz'î halefiyet niteliğindedir. Bu maddeden doğan halefiyet hakkına istinaden açılan veya açılacak olan dava, esas itibarıyla sigortalının kendisine karşı sorumlu olanlar aleyhine açacağı tazminat davasının,

⁷⁸ Y. 11. HD, 04.12.2017, E. 2017/4754, K. 2017/6864; 04.02.2015, E. 2014/15065, K. 2015/1246; 09.05.2011, E. 2009/13761, K. 2011/5566; 18.09.2008, E. 2007/7666, K. 2008/10228 sayılı kararları (UYAP).

⁷⁹ İstanbul BAM 12. HD, 13.02.2020, E. 2019/2389, K. 2020/189 sayılı kararı (UYAP).

onun halefi sıfatıyla sigortacı tarafından açılmasıdır. Yargıtay Büyük Genel Kurulu'nun 22.03.1944 tarihli içtihadı birleştirme kararında⁸⁰ da belirtildiği üzere; halefiyet davası, aynen sigortalı kimsenin sorumlu kişiye karşı açmış olduğu bir dava gibidir. Sigortalının muhtelif mahkemelerde dava açma hakkı varsa aynı hak sigortacının halefiyet hakkına dayanan rücu davası için de söz konusudur. Dava konusu olayda, şayet sigortalı/taşıtan emtia zararı nedeniyle taşıyana karşı dava açmış olsaydı, Türk tâbiyetindeki iki şirket arasındaki sözleşmenin (çarterpartinin) yabancı dilde düzenlenmesi 805 sayılı Kanuna göre mümkün olamayacağından, sözleşmedeki tahkim şartı nazara alınmadan dava mahkemede görülecekti. Halefiyet davası bakımından da, sigortacı kendi sigortalısı ile aynı konumda olduğundan, Türk şirketleri olan sigortalı ile taşıtan arasındaki yabancı dildeki sözleşmeye değer verilip verilmeyeceği sigortacıyı da etkileyecek, sigortacı da bu sözleşmedeki şekle aykırı tahkim şartı ile bağlı olmayacaktır. Bu kararında BAM Dairesi de, Kanun'un m. 4 hükmüne aykırılığın yaptırımının "geçersizlik" olduğunu kabul etmiştir⁸¹.

C. Türk Tâbiyetindeki Bir Şirket ile Yabancı Bir Şirket Arasında Akdedilen Yabancı Dildeki Sözleşmedeki Tahkim Şartının Hukukî Durumu

Kanun'un 1. maddesinde Türk tâbiyetindeki şirket ve müesseseler için getirilen hükümde açıkça mukavele (sözleşme) ibaresine yer verilmiş iken, yabancı şirket ve müesseselere ilişkin 2. maddesinden bundan açıkça bahsedilmemesi nedeniyle, taraflardan birinin yabancı olduğu sözleşmelerin dili bakımından Türkçe zorunluluğuna tabi olup olmadığı hususundaki tartışmaya ve görüşümüze yukarıda yer verilmişti. Bu hususa değinen ve aşağıda incelenecek olan yargı kararları da farklı içtihatlar içermektedir.

(a). Türk Tâbiyetindeki Bir Şirket ile Yabancı Bir Şirket Arasında Yabancı Dilde Akdedilen Sözleşmedeki Tahkim Şartının Geçersiz, Diğer Hükümlerin Geçerli Olduğuna İlişkin Kararlar

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin kararlarına konu olan bir olay kısaca şu şekildedir: İsviçre tâbiyetindeki bir yabancı şirket ile bir Türk şirketi arasında İngilizce olarak hazırlanıp imzalanan ilaç lisansı ve distribütörlük sözleşmesinin "haklı sebeplerle feshedildiğinin tespiti" talebiyle yabancı şirket (lisans veren) tarafından açılan davada, davalı tarafın tahkim ilk itirazı üzerinde yerel mahkemece tahkim şartı geçerli kabul edilerek HMK m. 413(1) hükmü uyarınca davanın usulden reddine karar verilmiştir. Bu kararın temyizi üzerine

⁸⁰ Y. İBK, 22.03.1944, E. 1939/37, K. 1944/9 sayılı kararı için bkz. RG, 03.07.1944, S. 5746.

⁸¹ Dairenin bir başka kararı da "Kaldı ki tarafların Türk tâbiyetinde olmaları nedeniyle 805 sayılı Yasanın 1. maddesi uyarınca İngilizce dilinde düzenlenen sözleşmenin geçersiz olduğu kabul edilmelidir." şeklindedir. İstanbul BAM 12. HD, 20.04.2020, E. 2018/1246, K. 2020/432 sayılı kararı (UYAP).

Yargıtay önce⁸² “805 sayılı ... Kanun’un 2. maddesinde sözleşmelerin Türkçe düzenlenmesi öngörülmüştür. Davacı tarafından dava dilekçesine eklenen tahkim şartını içeren sözleşmenin ise İngilizce düzenlendiği anlaşılmaktadır. Bu itibarla mahkemece tahkim şartının geçerli olup olmadığı değerlendirilip tahkim itirazının buna göre karara bağlanması gerekirken bu husus nazara alınmadan yazılı şekilde hüküm tesisi bozmayı gerektirmiştir.” gerekçesiyle yerel mahkeme kararını bozmuştur. Görüldüğü üzere, Yargıtay bu kararda “Kanun’un 2. maddesinde sözleşmelerin Türkçe düzenlenmesi öngörülmüştür” demek suretiyle Türk tâbiyetindeki şirket ile yabancı şirket arasındaki sözleşmeler bakımından da Türkçe kullanma zorunluluğunu kabul etmiştir.

Bozma üzerine yerel mahkemece, bilirkişi raporu da alınarak⁸³ yapılan yargılama sonucunda; “805 sayılı Kanun’un 4. maddesi hükmü karşısında sözleşmenin İngilizce düzenlenmiş olması nedeni ile sözleşmenin değil de tahkim şartının geçersiz olduğu, davalının İngilizce kaleme alınmış tahkim şartına dayanamayacağı” gerekçesiyle davalı tarafın tahkim ilk itirazına itibar etmeyerek, asıl ve birleşen davaların esası hakkında (lisans ve distribütörlük sözleşmesinin haklı sebeplerle feshedildiğinin tespitine) karar verilmiştir. Bu kararın temyizi üzerine Yargıtay’ca⁸⁴ “...Mahkemece bozma ilamına uyularak yapılan yargılama, iddia, savunma, toplanılan deliller, benimsenen bilirkişi raporu ve tüm dosya kapsamına göre, 805 sayılı Kanun’un 4. m. hükmü karşısında sözleşmenin İngilizce düzenlenmiş olması nedeniyle davalının İngilizce kaleme alınmış tahkim şartına dayanamayacağına, ... tarihli lisans distribütörlük sözleşmesinin haklı nedenle feshedildiğinin tespitine ... karar verilmiştir. ... [M]ahkemece uyulan bozma kararı gereğince hüküm verilmiş olmasına, delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre, asıl davada davalı vekilinin asıl davaya yönelik tüm temyiz itirazlarının reddiyle asıl davaya ilişkin hükmün onanmasına...” karar verilmiş⁸⁵, karar düzeltme istemi de reddedilmiştir⁸⁶.

Yine İsviçre tâbiyetindeki bir yabancı şirket ile bir Türk şirketi arasında İngilizce olarak hazırlanıp imzalanan ilaç lisansı ve distribütörlük sözleşmesinin “haklı sebeplerle feshedildiğinin ve tek satıcılık yetkisinin geri alındığının tespiti” talebiyle yabancı şirket (lisans veren) tarafından açılan davada, davalı

⁸² Y. 11. HD, 04.03.2013, E. 2012/4088, K. 2013/3972 sayılı kararı (UYAP).

⁸³ Esasen bir sözleşmedeki tahkim şartının geçerli olup olmadığının tespiti, çözümü özel veya teknik bilgiyi gerektiren bir durum olmayıp, hâkimlik mesleğinin gerektirdiği hukuki bilgiyle çözümlenmesi mümkün olduğundan, bu hususta bilirkişi görüşüne başvurulamaz. Bkz. HMK m. 266(1) (mülga HUMK m. 275).

⁸⁴ Y. 11. HD, 26.09.2017, E. 2016/5836, K. 2017/4720 sayılı kararı (UYAP).

⁸⁵ Yargıtay tarafından dosya sadece birleşen davadaki davalının kesin hüküm itirazı hakkında karar verilmesi için usûlden bozulmuş olup, asıl dava bakımından yukarıda özetlenen yerel mahkeme kararı onanmıştır.

⁸⁶ Y. 11. HD, 25.09.2019, E. 2018/1081, K. 2019/5792 sayılı kararı (UYAP).

taraf tahkim ilk itirazında bulunmuş; ancak yerel mahkemece itiraza itibar edilmeyerek davanın esası hakkında (lisans ve distribütörlük sözleşmesinin haklı sebeplerle feshedildiğinin ve tek satıcılık yetkisinin geri alındığının tespitine) karar verilmiştir. Bu kararın temyizi üzerine Yargıtay 11. Hukuk Dairesi tarafından aynen “*Mahkemece, iddia, savunma, benimsenen bilirkişi raporu ve tüm dosya kapsamına göre, taraflar arasında davacı şirketin lisans hakkı sahibi bulunduğu ilaç ürününün davalı şirket tarafından Türkiye’ye ithali, pazarlanması ve dağıtılmasına ilişkin 15/09/2003 tarihinde 5 yıl süreli lisans ve distribütörlük sözleşmesi yapıldığı, bu sözleşmenin 10.01 maddesinde yer alan hüküm gereği 15/09/2008 tarihinde 2 yıl süre ile kendiliğinden yenilediği, bu tarihten sonra taraflar arasında sözleşmenin devamına ilişkin yazılı yenileme sözleşmesinin bulunmadığı, taraflar arasındaki tahkim şartının, sözleşme ilişkisi süresince geçerli bulunduğu, sözleşme ilişkisi sonlandıktan sonra, esasa yönelik/sözleşme ilişkisinin taraflarca fiilen devamının sağlanması durumunda tahkime yönelik/usule yönelik şartın sona erdiği, bu nedenle, taraflar arasındaki tahkim şartının süresinin dolması nedeniyle sözleşmenin uygulanması kapsamında çıkan uyuşmazlığın çözümünde mahkemenin görevli ve yetkili bulunduğu ... gerekçesiyle, davanın kısmen kabulü ile davacı S.A. ile davalı ... Limited Şirketi arasında düzenlenen 15.09.2003 tarihli Lisans ve Distribütörlük Sözleşmesi’nin davacı tarafından haklı nedenlerle feshedildiğinin ve tek satıcılık yetkisinin geri alındığının tespitine ... karar verilmiştir. ... Dava dosyası içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp, değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına, taraflar arasında düzenlenen sözleşme aslı İngilizce olarak tanzim edilmiş olup, 805 sayılı ... Kanun uyarınca tahkim şartının geçerli olmamasına göre ... hükmün onanmasına” şeklinde karar verilmiş⁸⁷; karar düzeltme talebi de reddedilmiştir⁸⁸.*

Yargıtay’ın bu kararlarında, taraflar arasındaki lisans ve distribütörlük sözleşmesinin iki temel hükmü uyuşmazlık konusu olmuştur: Bunlardan ilki tahkim şartı, ikincisi ise sözleşmenin haklı sebeple feshine ilişkin hükmüdür. Bu kararlarda Yargıtay, tek sözleşme içerisinde yer alan maddî hukuk sözleşmesi ile tahkim sözleşmesi arasında ayırım yapmıştır. Tahkim sözleşmesi (şartı=klozu) bakımından, yabancı bir şirket ile bir Türk şirketi arasında yapılan tahkim sözleşmesinin 805 sayılı Kanun’un 2. maddesi kapsamına girdiği ve Türkçe yapılması gerektiği, ancak taraflar arasındaki tahkim şartının İngilizce olması nedeniyle geçersiz olduğu kabul edilmiş; buna mukabil, sözleşmedeki haklı sebeple fesih maddesine dayalı olarak sözleşmenin haklı nedenle feshedildiğinin tespitine karar verilerek, yabancı bir şirket ile bir Türk şirketi arasındaki maddî hukuk sözleşmesinin İngilizce düzenlenmesine itibar edilmiştir.

⁸⁷ Y. 11. HD, 28.02.2014, E. 2014/1385, K. 2014/3815 sayılı kararı (UYAP).

⁸⁸ Y. 11. HD, 09.09.2014, E. 2014/8277, K. 2014/13427 sayılı kararı (UYAP).

(b). Türk Tâbiyetindeki Bir Şirket ile Yabancı Bir Şirket Arasında Yabancı Dilde Akdedilen Sözleşmedeki Tahkim Şartının Geçerli Olduğuna İlişkin Kararlar

Bölge Adliye Mahkemelerinin kimi kararlarında, tahkim şartını içeren sözleşmenin bir tarafının yabancı şirket olması halinde 805 sayılı Kanun hükümlerinin uygulanma imkânı bulunmadığı gerekçesiyle tahkim şartının geçerli olduğu da kabul edilmektedir.

Örneğin, Türk tâbiyetindeki bir şirket olan seyahat acentesi, IATA (Uluslararası Hava Taşımacıları Birliği) ve farklı ülke tâbiyetlerindeki yabancı havayolu şirketlerinin taraf oldukları, İngilizce dilinde hazırlanan “yolcu bileti satış acenteliği sözleşmesi” imzalanmış olup, mezkûr sözleşmede yabancı dilde (İngilizce) tahkim koşulu bulunmaktadır. Bu sözleşme nedeniyle, Türk tâbiyetindeki acente tarafından, taraflardan yalnız birinin Türk tâbiyetinde olması halinde tahkim şartının geçerli olmayacağı iddiasıyla açılan seri nitelikteki menfi tespit davalarında İstanbul BAM 12. Hukuk Dairesi; “*Öte yandan davacı taraf İktisadi Müesseselerde Mecburi Türkçe Kullanılması Hakkında 805 sayılı Yasanın 1. maddesine dayanmakta, İngilizce dilinde yapılan tahkim sözleşmesinin hükümsüz olduğunu savunmaktadır. ... Somut olaya döndüğümüzde, tahkim şartını içeren sözleşmenin bir tarafının yabancı şirket olması nedeniyle 805 sayılı Yasanın 1. maddesini uygulama olanağının bulunmadığı kanaatine varıldığından, davacının bu konudaki itirazı yerinde görülme[mıştır].*” gerekçesiyle, tahkim ilk itirazı nedeniyle davanın usulden reddine dair karara yönelik istinaf başvurusunun esastan reddine karar vermiştir⁸⁹.

Yine aynı seri davalardan birinde aynı BAM Dairesi “*Davacı vekili sözleşmenin yabancı dilde düzenlenmiş olması nedeniyle tahkim şartının 805 sayılı yasa uyarınca geçersiz olduğunu ileri sürmektedir. 805 sayılı yasanın 1. maddesi uyarınca Türk şirketlerinin Türkiye’de yaptığı sözleşmelerde Türkçe dilinin kullanılması zorunlu olup, bu zorunluluğa uyulmaksızın düzenlenen sözleşmeler ise aynı Kanun’un 4. maddesine göre geçersizdir. Ancak aynı kanunun 2. maddesi uyarınca sözleşmenin taraflarından birini yabancı olması halinde Türk şirketleriyle yapacakları sözleşmelerde Türkçe kullanılması zorunluluğu bulunmadığı...*” gerekçesiyle⁹⁰ aynı yönde karar vermiştir.

Benzer şekilde, finansal kiralama yoluyla satın alınan makine ve ekipmanların ayıplı olduğu iddiasıyla Türk tâbiyetindeki bir şirket (alıcı) tarafından Avusturya tâbiyetindeki (satıcı) şirket aleyhine, İngilizce hazırlanan sözleşmeye dayalı olarak Türk mahkemesinde sözleşmenin feshi, bedel iadesi ve zarar tazmini

⁸⁹ İstanbul BAM 12. HD, 26.12.2019, E. 2019/2336, K. 2019/1638; 26.12.2019, E. 2019/2337, K. 2019/1639 sayılı kararları (UYAP).

⁹⁰ İstanbul BAM 12. HD, 26.12.2019, E. 2019/2338, K. 2019/1649 sayılı kararı (UYAP).

talebiyle açılan davada; davalı taraf tahkim ilk itirazında bulunmuş, davacı ise 805 sayılı Kanun'un 4. maddesi uyarınca sözleşmenin İngilizce düzenlenmiş olması nedeniyle davalının İngilizce kaleme alınmış tahkim şartına dayanamayacağını iddia etmiştir. Yerel Mahkemece tahkim ilk itirazının kabulü ile davanın usulden reddine dair verilen kararın istinafı üzerine İstanbul BAM 12. Hukuk Dairesi⁹¹ "...[D]avacı taraf İktisadi Müesseselerde Mecburi Türkçe Kullanılması Hakkında 805 sayılı Yasanın 1. maddesine dayanmakta, yabancı dilde yapılan tahkim sözleşmesinin hükümsüz olduğunu savunmaktadır. ... [T]ahkim şartını içeren sözleşmenin bir tarafının yabancı şirket olması nedeniyle 805 sayılı yasanın 1. maddesinin uygulama olanağının bulunmadığı kanaatine varıldığından, davacının bu konudaki istinaf nedenleri yerinde ... değildir." gerekçesiyle tahkim şartının geçerli olduğuna hükmetmiştir.

(c). Değerlendirme

Yukarıda da ifade edildiği üzere, Yargıtay'ın bir tarafı yabancı şirket olan sözleşmelerin 805 sayılı Kanun kapsamında olup olmadığına ilişkin kararları birbirinden farklıdır. Yargıtay tarafından 1986 yılında⁹² ve 2007 yılında⁹³ verilen kararlarda Kanun'un 1. maddesinde gösterilen 'mukavele'lerin, 2. maddesinde yabancılar açısından sınırlı sayıda gösterilen iş ve işlemler arasında sayılmadığı, bu nedenle Türk şirketleri ile müesseselerin yabancı şirket ve müesseselerle Türkçe dışında bir dil ile yapılan sözleşmelerin geçerliliğinin yasaklanmamış olduğu kabul edilmişken; daha sonra verilen 2013 tarihli⁹⁴ kararda aynen "805 sayılı ... Kanun'un 2. maddesinde sözleşmelerin Türkçe düzenlenmesi öngörülmüştür." denilmek suretiyle Türk tâbiyetindeki şirketler ile yabancı şirketler arasındaki sözleşmeler bakımından da Türkçe kullanma zorunluluğunu kabul etmiştir. Çünkü Kanun'un 2. maddesi yabancı şirketlerin Türkçe kullanma mecburiyetine ilişkindir. Yakın tarihli kararlarda⁹⁵ ise Yargıtay, yabancı bir şirket ile Türk şirketi arasındaki tahkim sözleşmesinin yabancı dilde olması nedeniyle geçersiz olduğuna hükmetmiştir.

Tahkim anlaşmalarının 805 sayılı Kanun'un kapsamına girip girmediği konusunda doktrinde de farklı görüşler ileri sürülmüştür. *Nomer*, usul hukuku sözleşmesi niteliğinde olan tahkim anlaşmasının, esas akitten hem bağımsızlığı hem de farklı niteliği sebebiyle 805 sayılı Kanun kapsamı dışında kaldığını; bu itibarla, Türkiye dâhilinde de olsa, Türk şirket ve müesseselerinin gerek

⁹¹ İstanbul BAM 12. HD, 13.02.2020, E. 2020/19, K. 2020/184 sayılı kararı (UYAP).

⁹² Y. 11. HD, 07.10.1986, E. 1986/4321, K. 1986/5032 sayılı kararı (Bkz. YKD, C. 13, S.1, 1987, s. 66-67).

⁹³ Y. 11. HD, 14.06.2007, E. 2007/5129, K. 2007/9050 sayılı kararı (UYAP).

⁹⁴ Y. 11. HD, 04.03.2013, E. 2012/4088, K. 2013/3972 sayılı kararı (UYAP).

⁹⁵ Y. 11. HD, 28.02.2014, E. 2014/1385, K. 2014/3815 sayılı; Y. 11. HD, 26.09.2017, E. 2016/5836, K. 2017/4720 sayılı kararları (UYAP).

yabancı şirket ve müesseselerle gerekse kendi aralarında yaptıkları tahkim anlaşmalarının Türkçe olması mecburiyetinin bulunmadığını ifade etmektedir⁹⁶. Buna karşılık, *Eksi* tarafından tahkim anlaşmasının tahkimin temel dayanağını oluşturduğu; o halde, 805 sayılı Kanun hükümlerinde “her nevi mukavele”den söz edildiğine göre, bu Kanun’da yer alan hükümlerin tahkim anlaşmaları açısından da geçerli olduğu ifade edilmiştir⁹⁷. *Esen*’e göre ise, milletlerarası tahkim anlaşmaları yönünden kanun koyucu 805 sayılı Kanun’dan sonra taraf olmayı tercih ettiği 1958 tarihli New York Sözleşmesi ve 1961 tarihli Avrupa Sözleşmesi ile 2001 yılında yürürlüğe koyduğu Milletlerarası Tahkim Kanunu vasıtasıyla milletlerarası tahkim anlaşmalarının şekli bakımından 805 sayılı Kanun’un dışına çıkarak, müstakil bir hukukî rejim tayin etmiştir. Bu düzenlemelere göre tahkim anlaşmasının hangi dilde tanzim edildiği hukuken önem taşımadığından, bir milletlerarası tahkim anlaşması sırf yabancı dilde tanzim edildiği için geçersiz sayılamaz. Bu nedenle yazar, milletlerarası tahkim anlaşmalarının 805 sayılı Kanun’un kapsamına girmediği görüşündedir⁹⁸.

Bu konuda HMK m. 412(3) ve MTK m. 4/2 hükmünde tahkim anlaşmaları bakımından öngörülen şekil şartına ilişkin kurallar da kısaca incelenmelidir. Birbiri ile içerik olarak aynı olan söz konusu hükümlerde, tahkim anlaşmasının yazılı şekilde yapılacağı düzenlenmiştir. Buradaki yazılı şekilden kasıt, âdi yazılı şekildir⁹⁹. Mülga HUMK m. 517 hükmünde de tahkim sözleşmesinin “yazılı olması” aranmakta ve o dönemdeki Yargıtay kararlarında da yazılılığa mutlak anlan yüklenmekte, aksi halde tahkim sözleşmesi geçersiz kabul edilmekte idi¹⁰⁰. HMK m. 412(3) hükmü ve MTK m. 4/2 hükmü yazılılık şartı bakımından daha esnek¹⁰¹. Doktrinde, buradaki yazılı şeklin bir geçerlilik şartı olduğu, yazılı şekle uyulmadığı takdirde tahkim sözleşmesinin geçersiz olacağı ifade edilmektedir¹⁰².

⁹⁶ **Nomer**, s. 569.

⁹⁷ **Eksi**, s. 36.

⁹⁸ Yazarın görüşüne dayanak yaptığı yasal düzenleme ve sözleşmelerin yorumu için bkz. **Esen**, s. 209-212.

⁹⁹ **Şanlı**, s. 353.

¹⁰⁰ **Yılmaz, Ejder**: Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, C. III, Ankara 2017, s. 3628. “...Yazılı şekil, tahkim sözleşmesi için geçerlilik şartıdır. Yazılı olmayan tahkim sözleşmesi geçersizdir.” Y. 13. HD, 25.09.2006, E. 2006/7727, K. 2006/12276; 25.09.2006, E. 2006/7789, K. 2006/12275; 15.6.2006, E. 2006/7779, K. 2006/9703 sayılı kararları (UYAP).

¹⁰¹ **Yılmaz**, C. III, s. 3628. HMK m. 412(3) ve MTK m. 4/2 hükümlerine göre yazılı şekil şartının yerine getirilmiş sayılması için, tahkim anlaşmasının taraflarca imzalanmış yazılı bir belgeye veya taraflar arasında teati edilen mektup, telgraf, teleks, faks gibi bir iletişim aracına veya elektronik ortama geçirilmiş olması ya da dava dilekçesinde yazılı bir tahkim sözleşmesinin varlığının iddia edilmesine davalının verdiği cevap dilekçesinde itiraz edilmemiş olması yeterlidir. Asıl sözleşmenin bir parçası hâline getirilmek amacıyla tahkim şartı içeren bir belgeye yollama yapılması hâlinde de tahkim sözleşmesi yapılmış sayılır.

¹⁰² **Umar**, s. 1153.

Kanaatimizce tahkim anlaşmaları da 805 sayılı Kanun kapsamındadır. Öncelikle, kanun hükmündeki “*her nevi muamele, mukavele...*” ibaresi, mutlak bir şekilde tüm sözleşmeleri kapsamakta olup, kanunda bu konuda herhangi bir ayırım yapılmamıştır. Kaldı ki, Yargıtay kararlarında da ifade edildiği üzere, tahkim sözleşmesi veya şartı; borçlar hukuku anlamında bir sözleşme olduğu için sözleşmelere için genel şartların (sözleşmelerin kuruluşu, geçersizliği, iptali/feshi gibi) tahkim sözleşmesinde de bulunması ve aranması gerekir¹⁰³. Bu nedenle tahkim sözleşmelerinin, 805 sayılı Kanun’un kapsamında olma anlamda diğer sözleşmelerden bir farkı bulunmamaktadır. HMK m. 412(3) ve MTK m. 4/2 hükümleri uyarınca tahkim anlaşmasının yazılı olması koşulu ile anlaşmada kullanılan lisan birbirinden ayrı şekil şartlarıdır. Bu nedenle, 805 sayılı Kanun’un yürürlüğünden sonra, kanun koyucu tarafından kabul edilen yasalar ve uluslararası antlaşmalar nedeniyle tahkim anlaşmalarının şekli bakımından 805 sayılı Kanun’un dışına çıkarak, müstakil bir hukukî rejim tayin edildiği görüşüne iştirak etmiyoruz. Ancak HMK m. 412(3) ve MTK m. 4/2 hükümlerindeki yazılı şekil şartının geniş ve esnek tanımlandığı da dikkate alınmalıdır. Bu nedenle, örneğin Türkçe düzenlenmesi gereken ve tahkim şartı içeren bir maddî hukuk sözleşmesi yabancı dilde düzenlenmesine rağmen, daha sonradan Türkçe kullanma zorunluluğuna uygun olarak teati edilen mektup, telgraf, teleks, faks gibi bir iletişim araçları ile taraflar arasında tahkim iradesi doğmuş ise, artık tahkim sözleşmesinde yazılılık kuralına ve 805 sayılı Kanun’a da uygun olacaktır. Ya da aynı şekilde, 805 sayılı Kanun’a aykırı olarak Türkçe dışındaki bir dilde düzenlenen tahkim sözleşmesine rağmen, taraflardan birinin sözleşmede kararlaştırılan tahkim yerinde açtığı davaya, davalının verdiği cevap dilekçesinde tahkim şartına itiraz edilmemiş olması halinde, yazılılık koşulunun sağlanmış olması nedeniyle bir tahkim anlaşması meydana gelmiş olacaktır.

Yargıtay’ın yukarıda anılan kararlarında tahkim sözleşmesi ile maddî hukuk sözleşmesi arasında bir ayırım yapılarak, yabancı bir şirket ile bir Türk şirketi arasında yabancı dilde akdedilen sözleşmedeki tahkim şartının 805 sayılı Kanun’un 2. maddesi kapsamına girdiği ve Türkçe yapılmadığı gerekçesiyle geçersiz olduğu kabul edilmiş; ancak maddî hukuk sözleşmesi geçerli kabul edilerek işin esası incelenmiştir. Bu yaklaşım, tahkim sözleşmesinin asıl sözleşmeden (maddî hukuk sözleşmesinden) bağımsızlığı¹⁰⁴ ile ilgilidir. Gerek MTK m. 4/4 ve gerekse HMK m. 412(4) hükmünde, tahkim sözleşmesine karşı, asıl sözleşmenin geçerli olmadığı itirazında bulunulamayacağı hükme bağlanmış; tahkim sözleşmesinin asıl sözleşmeden bağımsızlığı ve ayrılabilirliği

¹⁰³ Y. HGK, 12.02.1992, E. 1991/13-606, K. 1992/56 sayılı; Y. 13. HD, 25.04.1991, E. 1990/8778, K. 1991/4492 sayılı kararları (<https://www.sinerjimevzuat.com.tr>).

¹⁰⁴ Bu hususta bkz. **Şanlı**, s. 352 vd.; **Akıncı**, s. 163 vd.; **Erkan, Mustafa**: Tahkim Şartının Ayrılabilirliği Prensibinin Asıl Sözleşmenin Yokluğu Durumunda Değerlendirilmesi, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 17, S. 1-2, 2013, s. 539 vd.

Yargıtay kararlarında da ifade edilmiştir¹⁰⁵. Esasen, buradaki Yargıtay kararlarına konu maddî hukuk sözleşmesinin de 805 sayılı Kanun'un 2. maddesi kapsamında Türkçe yapılması gerekirdi. Ancak bazı durumlarda, maddî hukuk sözleşmesi herhangi bir sebepten geçersiz olmasına rağmen tarafların ifası dolayısıyla geçerlilik kazanabilir; buna mukabil, bu sözleşme içerisinde yer alan tahkim şartı -bu şartın ifasına yönelik bir eylem olmadığından- geçersiz olabilir¹⁰⁶. Kararlara konu olayda da, distribütörlük sözleşmesi dava tarihine kadar taraflar arasında uygulanarak karşılıklı olarak ifa edildiğinden, bu sözleşme geçerli kabul edilmiştir. Ancak, tahkim sözleşmesi bakımından, bu sözleşmenin ifasına yönelik olarak herhangi bir hareket (örneğin aynı sözleşmeden kaynaklı olarak daha öncedeki bir tahkim yargılamasında tahkim mahkemesinden gelen tebligata cevap verme, hakem seçimi, hakem yargılamasına katılma gibi)¹⁰⁷ söz konusu olmadığından, sözleşmedeki tahkim şartının nazara alınmaması yerindedir.

Kanaatimizce, yabancı şirket ve müesseselerle Türk şirket ve müesseseleri arasında Türkiye dâhilinde yapılacak tahkim sözleşmelerinin de Türkçe olması 805 sayılı Kanun'un 2. maddesi gereğidir. Yukarıda da ifade edildiği üzere, Kanun'un 2. maddesindeki muamele (işlem) sözcüğünün iki taraflı bir hukukî işlem olan sözleşmeleri de kapsadığı kabul edilmelidir; tahkim sözleşmeleri de kapsamın dışında değildir. 805 sayılı Kanun'un 2. maddesindeki sınırlama, yabancı şirket ve müesseselerin Türk tâbiyetindekilerle yapacakları işlemlere yöneliktir, yoksa sözleşme hariç tutularak yazışma, işlem ve temaslara hasredilme yoktur. Öte yandan Kanun'un 1. maddesi nazara alındığında, Türk şirket ve müesseselerinin Türkiye'deki tüm sözleşmelerinin, sözleşmenin karşı tarafı kim olursa olsun, Türkçe yapılması gereklidir. Sonuç olarak, Türk şirket ve müesseselerinin yabancı şirket ve müesseselerle yabancı dilde akdettikleri sözleşmelerdeki Türk şirket ve müesseseleri lehine olan hükümler Kanun'un 1. maddesi uyarınca, yabancı şirket ve müesseseler lehine olan hükümler ise Kanun'un 2. maddesi uyarınca dikkate alınmaz¹⁰⁸.

¹⁰⁵ "Tahkim sözleşmesi esas sözleşmeden bağımsız, ondan ayrı bir anlaşmadır. Tahkim anlaşmasının asıl sözleşmeden ayrılabilirliği, asıl sözleşmede yer alan tahkim klorları için de geçerlidir. Bu sebeple tahkim klorunun geçerliliği, esas sözleşmenin geçerliliğine bağlı değildir. Asıl sözleşmenin geçersiz olması tahkim anlaşmasının geçerliliğini etkilemez. Ya da tersine tahkim anlaşmasının herhangi bir sebeple geçersiz olması asıl sözleşmeyi etkilemez ve onu geçersiz kılmaz." Y. HGK, 22.02.2012, E. 2011/11-742, K. 2012/82 sayılı; Y. 11. HD, 23.03.2010, E. 2008/5901, K. 2010/3203 sayılı kararları (UYAP). "...[E]sas sözleşme ve tahkim sözleşmesi veya tahkim şartı birbirinden tamamen bağımsızdır. Diğer bir anlatımla esas sözleşme geçerli olmasa bile tahkim sözleşmesi geçerli olarak kalabilir. Esas sözleşme geçerli olsa bile tahkim sözleşmesi geçerli kalmayabilir. Bu bakımdan her iki sözleşmenin geçerli olup olmadığının ayrı ayrı araştırılması gerekir." Y. 19. HD, 15.11.1995, E. 1995/9108, K. 1995/9685 sayılı kararı için bkz. **Şanlı**, s. 462-463.

¹⁰⁶ **Şanlı**, s. 462.

¹⁰⁷ **Şanlı**, s. 465.

¹⁰⁸ Bkz. **Cerrahoğlu**, s. 434; **Alışkan**, s. 369-370.

D. Türk Tâbiyetindeki İki Şirket Arasında Akdedilen Yabancı Dildeki Sözleşmedeki Tahkim Şartının Hukukî Durumu

Ankara BAM 27. Hukuk Dairesi tarafından eser sözleşmesine konu bir uyuşmazlıkta şu karar verilmiştir: Türk tâbiyetindeki iki şirket arasında İngilizce olarak imzalanan alt yüklenicilik sözleşmesinde uyuşmazlıklar için tahkime gidileceği, tahkim yerinin de İstanbul olduğu kararlaştırılmıştır. Davacı şirket (alt yüklenici), diğer iddialar yanında, İngilizce düzenlenen sözleşme ve eklerinin kendisi açısından bağlayıcılığının bulunmadığı, Türk şirketlerinin Türkiye’de yapacakları sözleşmeleri ve bunlara ilişkin diğer ek düzenlenmeleri Türkçe dışında bir dil kullanarak hazırlamalarının kanuna aykırı olduğu iddiasıyla eser sözleşmesinden kaynaklı alacak talebinde bulunmuş; davalı ise sözleşmedeki tahkim şartını öne sürerek tahkim ilk itirazında bulunmuştur.

Yerel mahkemece “...tahkim sözleşmesi ile asıl sözleşmenin birbirinden bağımsız olduğu, bu nedenle tahkim şartının, bir sözleşmenin parçası da olsa dâhil olduğu sözleşmeden bağımsız ikinci bir sözleşme niteliğinde bulunduğu, taraflar arasında yapılan sözleşmede tarafların tahkim konusunda karşılıklı irade beyanlarının olduğu, taşeron sözleşmesinin genel şartlarının 15.3 maddesine göre, tarafların taşeron sözleşmesinden doğan herhangi bir uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözülmesi konusunda karşılıklı birbirine uygun irade beyanlarının bulunduğu ve taraflarca da tahkim yerinin İstanbul olarak belirlendiği” gerekçesiyle, tahkim ilk itirazı nedeni ile davanın usulden reddine karar verilmiştir. Kararın istinafi üzerine, Ankara BAM 27. Hukuk Dairesi tarafından¹⁰⁹ “...Dosya kapsamına, kararın dayandığı delillerle, yasaya uygun gerektirici nedenlere, delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına ve ileri sürülen istinaf sebepleri dikkate alındığında mahkemenin vakıa ve hukuki değerlendirmesinde usul ve esas yönünden yasaya aykırılık bulunmadığı...” şeklindeki şablon gerekçe ile istinaf başvurusunun esastan reddine karar verilerek, yerel mahkemenin kararındaki gerekçe aynen benimsenmiştir.

Ancak, 805 sayılı Kanun’un 1. maddesi, Türk tâbiyetinde bulunan iki şirket arasında Türkiye’de akdedilecek her türlü sözleşmenin Türkçe yapılmasını zorunlu kılmaktadır. Bu hususta kanun maddesi başka bir yoruma elvermeyecek derecede açıktır. Tahkim anlaşması (tahkim sözleşmesi ya da tahkim şartı) tahkimin temelini teşkil eder ve taraflar arasında bu tür bir sözleşme olmadan, uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözülmesi mümkün değildir. Tahkim anlaşmasının, hakem mahkemesinin yetkisini tesis edip devlet mahkemelerinin yetkisini bertaraf edebilmesi için, ehliyet, şekil ve esas bakımından ilgili hukuka göre gerekli şartları taşıması gerekir¹¹⁰. Her ne kadar Mahkeme kararında tarafların tahkim iradesi uyuşmazlığın çözümü için yeterli görülmüş ise de, bu iradenin

¹⁰⁹ Ankara BAM 27. HD, 26.06.2019, E. 2019/705, K. 2019/715 sayılı kararı (UYAP).

¹¹⁰ Şanlı, s. 325-326.

ortaya konulduğu sözleşmenin yabancı dilde düzenlenmiş olması nedeniyle, 805 sayılı Kanun'daki zorunluluğa aykırılık bulunduğundan, davanın her iki tarafı için de Mahkemece dikkate alınması mümkün değildir. Bu nedenle tahkim şartına değer verilmeksizin yargılamanın devlet mahkemesinde icra edilmesi gerekirdi. Çünkü 805 sayılı Kanun'un 1. maddesi emredici nitelikte bir düzenlemedir. Nitekim yukarıdaki kararı veren aynı Ankara BAM 27. Hukuk Dairesi¹¹¹ ve İstanbul BAM 17. Hukuk Dairesi¹¹² bu yöne işaret ederek Türk tâbiyetindeki iki şirket arasındaki tahkim sözleşmesinin Türkçe olması gerektiğine dair kararlar vermiştir.

İstanbul BAM 13. Hukuk Dairesi'nin kararlarında, Türk tâbiyetinde olan iki şirket arasında İngilizce olarak imzalanan sözleşme nedeniyle çıkan uyuşmazlıkta, sözleşmenin ihtilafsız olarak uzun bir süre uygulanması nedeniyle, uyuşmazlıktan sonra tahkim şartının bulunduğu sözleşmenin yabancı dilde hazırlandığı iddiasının TMK m. 2 hükmünde ifadesini bulan dürüstlük kuralına aykırı kabul edildiği görülmektedir.

Davaya konu olay kısaca şu şekildedir: Türk tâbiyetindeki iki şirket arasında 1999 yılında İngilizce olarak 3 yıl süreli bir acentelik sözleşmesi imzalanmış, ancak daha sonra tarafların mutabakatı ile akdî ilişki uzatılarak, feshedildiği 2016 yılına kadar sözleşme ihtilafsız olarak uygulanmıştır. Sözleşmede,

¹¹¹ "805 Sayılı ... Kanun'un 1. maddesi Türkiye Cumhuriyeti tâbiyetindeki şirket ve müesseselerin ülke içindeki her türlü sözleşmeleri hesap ve defterlerini Türkçe olarak düzenlemek zorundadır. Bu zorunluluğa uyulmaksızın düzenlenen sözleşmeler ise aynı Kanun'un 4. maddesine göre geçersizdir. Somut olayda, taraflar arasındaki tahkim şartını içeren ... 20.06.2016 tarihli sözleşme yabancı dilde düzenlenmiş olup ... sözleşmenin tarafları olan davacı ve davalı şirketin Türkiye Cumhuriyeti tâbiyetinde bulunduğu anlaşılmakla yukarıda sözü edilen yasa gereğince belirtilen tahkim şartı geçersizdir. Bu nedenle mahkemesince davalının tahkim ilk itirazının reddine karar verilmesi gerekirken, yazılı gerekçe ile davanın dava şartı yokluğundan reddine karar verilmesi doğru görülmemiştir." Ankara BAM 27. HD, 04.06.2020, E. 2020/441, K. 2020/564 sayılı kararı (UYAP).

¹¹² "805 Sayılı ... Kanununun 1. maddesinde, Türk tabiiyetindeki her nevi şirket ve müesseselerin, Türkiye dâhilindeki her nevi muamele, mukavele, muhabere, hesap ve defterlerini Türkçe tutmaya mecbur olduğu belirtilmiştir. Bu düzenleme, yasanın açık düzenlemesi kapsamında emredici niteliktedir. Bir sözleşmeyi yabancı dilde düzenlemek gereken hallerde, Türkçe metni de oluşturmak ve imza altına almak, taraflar arasında geçerli metin olarak da Türkçe metnin kabul edildiğini sözleşmede vurgulamak zorunlu olacaktır. Somut olayda, yukarıda ayrıntılı şekilde açıklandığı üzere, taraflar arasında akdedilen sözleşmeler İngilizce dili ile yazılmış olup, her iki şirket de Türk tâbiyetinde olan şirketlerdir. Mahkemenin kabulünün aksine 805 sayılı yasanın düzenlemesi emredici niteliktedir. ...Taraflar arasındaki sözleşmenin ekinde yer alan tahkim şartına dair düzenlemede İngilizce dilinde hazırlanmıştır. 805 sayılı yasanın emredici düzenlemesine aykırı şekilde İngilizce dilinde düzenlenmesi nedeniyle, HMK 413. madde kapsamında tahkim sözleşmesinin geçerli olduğunu kabul mümkün görülmemiştir." İstanbul BAM 17. HD, 30.01.2020, E., 2019/1192, K. 2020/229 sayılı kararı (Karara erişim: <http://emsal.uyap.gov.tr/BilgiBankasilstemciWeb>). Ayrıca bkz. aşağıda dn. 114'deki İstanbul 4. Asliye Ticaret Mahkemesi'nin 11.10.2018 tarihli ve E. 2017/815, K. 2018/1052 sayılı kararı.

uyuşmazlıkların Londra’da tahkim yoluyla çözüleceğine dair İngilizce tahkim şartı bulunmaktadır. Acente tarafından müvekkil aleyhine sözleşme nedeniyle açılan faturaya dayalı alacak davasında, davalı taraf tahkim ilk itirazında bulunmuş, davacı ise sözleşmenin yabancı dilde düzenlenmiş olması nedeniyle 805 sayılı Kanun hükümleri uyarınca tahkim şartının geçersiz olduğunu iddia etmiştir.

Yerel mahkemece özetle; “...Davacı alacağının dayanağı olan acentelik sözleşmesinin 1999 yılında imzalanıp sözleşme süresinin sona ermesinden itibaren tarafların yazışma yolu ile yapmış oldukları mutabakat ile uzatılarak yaklaşık 17 yıl boyunca uygulandığı dosya kapsamından anlaşılmakta olup, davacı vekilinin sözleşmenin yabancı dilde yapılmış olmasından dolayı 805 sayılı ... Kanun hükümlerine göre tahkim anlaşmasının geçersiz olduğunu ... ileri sürerek tahkim şartının geçersizliğini bu dava ile ilk defa mahkeme önünde ileri sürmesinin TMK’nın 2. maddesinde düzenlenen dürüstlük kuralına aykırı olduğu...” gerekçesiyle davacı tarafın tahkim şartının geçersizliğine ilişkin itirazlarına itibar edilmeyerek davanın usulden reddine karar verilmiştir.

Hükmün istinafi üzerine İstanbul BAM 13. Hukuk Dairesince¹¹³; “Tahkim anlaşması, sözleşme geçerliliği ile bağlı olmamakla birlikte, ikisi arasında tam bir ayrılık da söz konusu değildir. Taraflar sözleşme hükümlerini uzatma mutabakatında ‘maddelerin orijinal olarak’, ‘tüm hüküm ve şartlar aynı olmak kaydıyla’ şeklinde düzenlemelerle devam ettiğini bildirmişlerdir. Ayrıca tahkim şartında değişiklik yapılmamıştır. Acente sözleşmesinin geçerliliğini kabul eden davacının mutabakata uygun olarak sözleşme devamlılığını sağladığı görülmektedir. Bu durumda mutabakatın sözleşmenin bütünü için geçerli olduğu tahkim şartının da yürürlükte olduğu kanaatine varılmaktadır. Tahkim şartının ayrılabilirliği ilkesi nedeni ile tahkim şartının geçerli olup olmadığı asıl sözleşmede değerlendirilecek olup bu konuda karar verme yetkisi kompetenz-kompetenz ilkesi uyarınca hakem heyetindedir. Davacı yanca, 805 sayılı kanuna aykırılık iddiasının ileri sürülmesinin mahkemece, karar gerekçesinde açıklanan nedenlerle TMK’nın 2. maddesinde düzenlenen dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edeceğinden bahisle kabul edilmediği anlaşılmaktadır. Mahkemenin kabulü, dairemizce de somut olaya uygun görüldüğünden davacı istinaf talebi yerinde görülmemiştir.” denilerek istinaf başvurusunun esastan reddine karar verilmiştir. Söz konusu kararın temyizi üzerine Yargıtay 11. Hukuk Dairesi tarafından karar onanmıştır¹¹⁴.

¹¹³ İstanbul BAM 13. HD, 15.11.2017, E. 2017/577, K. 2017/701 sayılı kararı (UYAP).

¹¹⁴ “Yapılan yargılama ve saptanan somut uyuşmazlık bakımından uygulanması gereken hukuk kuralları gözetildiğinde İlk Derece Mahkemesince verilen kararda bir isabetsizlik olmadığının anlaşılmasına göre davacı vekilince yapılan istinaf başvurusunun HMK’nın 353/b-1 maddesi uyarınca Bölge Adliye Mahkemesince esastan reddine ilişkin kararın usul ve yasaya uygun olduğu kanısına varıldığından Bölge Adliye Mahkemesi kararının onanmasına karar vermek

Aynı sözleşmeden kaynaklı olarak, aynı taraflar arasındaki TTK m. 122 hükmü uyarınca denkleştirme (portföy) tazminatı talepli başka bir davada İstanbul BAM 13. Hukuk Dairesi¹¹⁵, yukarıdaki gerekçeleri aynen tekrardan sonra; *“Davacı yanca, 805 sayılı kanuna aykırılık iddiasının ileri sürüldüğü anlaşılmaktadır. Acente sözleşmesinin geçerliliğini kabul eden davacının mutabakata uygun olarak sözleşme devamlılığını sağladığı görülmektedir. Bu durumda davacının 805 sayılı kanuna aykırılık iddiasını ileri sürmesi TMK'nın 2. maddesinde düzenlenen dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edeceğinden, davacının bu yöndeki istinaf talebi yerinde görülmemiştir.”* şeklinde karar vermiştir¹¹⁶.

gerekmiştir.” Y. 11. HD, 13.03.2018, E. 2018/760, K. 2018/1933 sayılı kararı (UYAP). İlk derece mahkemelerinden de 805 sayılı Kanun'a aykırılık iddiası hakkında TMK m. 2 hükmünün uygulanmasına dair benzer yönde kararlar çıkmaktadır. Örneğin, Türk tâbiyetindeki iki şirket arasında İngilizce olarak imzalanan alt yüklenicilik sözleşmesinden kaynaklı alacak davasında Mahkemece özetle, *“... taraflar arasında yapılan ve uygulanmakta olan sözleşmenin İngilizce olması nedeniyle sözleşmede yer alan tahkim şartının 805 sayılı Kanun uyarınca geçersiz olduğunun yargılama aşamasında belirtilmesinin Türk Medeni Kanununun 2. maddesinde yer alan dürüstlük kuralına aykırılık teşkil ettiği...”* gerekçesiyle davacı tarafın bu yöndeki iddiasına itibar edilmeyerek, tahkim ilk itirazı uyarınca davanın usulden reddine karar vermiştir. Bkz. İstanbul 15. Asliye Ticaret Mahkemesi, 23.10.2019, E. 2018/1226, K. 2019/975 sayılı kararı. (Karar henüz kanun yolu denetiminden geçmemiştir; karara erişim: <http://emsal.uyap.gov.tr/BilgiBankasistemciWeb>). Yine, Türk tâbiyetindeki iki şirket arasında İngilizce olarak imzalanan hizmet alım sözleşmesinden kaynaklı itirazın iptali davasında Mahkemece, *“... Davanın her iki yanı da Türkiye Cumhuriyeti tâbiyetinde bulunan şirketlerdir. Sözleşmenin ifa yeri Türkiye'dir. Bu hali ile 805 sayılı Kanun'un incelenmesi gerekir. 805 sayılı Kanun'un 1. maddesi uyarınca [sözleşmenin] Türkçe olması zorunlu iken İngilizce düzenledikleri anlaşılmaktadır. Aynı Kanununun 4. maddesinde sözleşmelerin Türkçe düzenlenmesi konusundaki gerekliliğe uyulmamasının müeyyidesi yer almakta olup, yasada belirtilen müeyyide mutlak geçersizlik sonucu doğuran maddi bir hukuk kuralı niteliğinde değildir. İspat hukukuna dair bir kural mahiyetinde bulunmaktadır. Davalı tarafın tahkim itirazında bulunmasının ve sözleşme hükmüne dayanmanın 'bir tarafın lehine' bir durum bir durum oluşturmadığı, davacı tarafın, Sözleşme uyarınca diğer yükümlülükleri yerine getirdiğini belirtmişken, yargılama sırasında Sözleşmenin bir örneğini ve tercümesini kendisi ibraz etmişken tarafların özgür iradeleri ile düzenledikleri sözleşmenin geçersiz olduğunu ileri sürmesi ve davalının tahkim itirazına karşı çıkmasının 4721 Sayılı Medeni Kanun'un 2. maddesinde yer alan iyi niyet kuralına aykırı olduğu yönünde Mahkememizce kanaat hâsıl olmuştur.”* gerekçesiyle tahkim şartının geçerli olduğu kabul edilerek davanın usulden reddine karar vermiştir. Bkz. İstanbul 4. Asliye Ticaret Mahkemesi, 11.10.2018, E. 2017/815, K. 2018/1052 sayılı kararı. Söz konusu karar dn. 112'de anılan İstanbul BAM 17. HD, 30.01.2020, E., 2019/1192, K. 2020/229 sayılı kararı ile ortadan kaldırılmıştır. (Her iki karara da erişim: <http://emsal.uyap.gov.tr/BilgiBankasistemciWeb>).

¹¹⁵ İstanbul BAM 13. HD, 10.01.2018, E. 2017/720, K. 2018/17 sayılı kararı (UYAP).

¹¹⁶ Bu karara karşı temyiz kanun yoluna başvurulmuş, ancak davacı tarafın bilahare temyizden feragat etmesi nedeniyle Yargıtay tarafından temyiz isteğinin reddine karar verilmiştir. Y. 11. HD, 12.11.2019, E. 2018/1481, K. 2019/7097 sayılı kararı (UYAP).

İstanbul BAM 13. Hukuk Dairesi'nin yukarıda anılan kararlarındaki yaklaşım kanaatimizce isabetli değildir. Yukarıda da ifade edildiği üzere, tahkim sözleşmesi maddî hukuk sözleşmesinden bağımsız ve ayrı karakterdedir. Bu kararlara konu acentelik sözleşmesinin ve sözleşmedeki tahkim şartının Türk tâbiyetindeki iki şirket arasında İngilizce olarak akdedilmesi nedeniyle 805 sayılı Kanun'a aykırı olduğu hususunda tereddüt bulunmamaktadır. Tarafların uzun süreden beri acentelik (maddî hukuk) sözleşmesini karşılıklı olarak ifa etmeleri, şekle aykırı olarak yapılan sözleşmeyi geçerli hale getirebilir ise de, tarafların bu süre zarfında sözleşmedeki tahkim şartının ifasına yönelik herhangi bir eylemleri yoktur. Başka bir anlatımla, tahkim şartının ifasına yönelik herhangi bir eylem olmadan, maddî hukuk sözleşmesinin itirazsız uygulanıp ifa edilmesi sadece bu sözleşmedeki şekle aykırılığı onarabilir, tahkim şartının şekle aykırılığına ya da geçersizliğine bir etki yapmaz. Kuşkusuz, mahkemede dava açan tarafın, davalının tahkim itirazına karşı ileri sürdüğü tahkim şartının geçersizliğine dair iddianın TMK m. 2 hükmü uyarınca dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması ilkeleri ışığında denetlenmesi gereklidir. Tahkim sözleşmesinin ifasına yönelik hareketleri bulunan, örneğin aynı sözleşmedeki tahkim şartı nedeniyle daha önceki başka bir hakem yargılamasına katılmış, hakem seçimi yapmış ve tahkim yargılamasına itiraz etmemiş olan taraf; bu kez devlet mahkemesinde açtığı davadaki tahkim itirazına karşı tahkim sözleşmesinin geçersiz olduğu iddiasında bulunamaz, böyle bir davranış TMK m. 2 hükmündeki dürüstlük kuralına aykırılık teşkil eder. Ancak, tahkim sözleşmesinin ifasına yönelik olarak herhangi bir harekette bulunmayan tarafın tahkim sözleşmesinin şekle aykırılığı itirazı, maddî hukuk sözleşmesine yönelik ifade bulunduğu (maddî hukuk sözleşmesini ihtilafsız olarak uyguladığı) gerekçesiyle, iyi niyete ve dürüstlük kuralına aykırı olarak yorumlanamaz¹¹⁷. Yargıtay ve BAM'ın bu kararlarındaki maddî hukuk (acentelik) sözleşmesine dönük ifayı, bu sözleşmeden tamamen bağımsız ve ayrı olan tahkim sözleşmesine de teşmil ederek, ifa sebebiyle tahkim sözleşmesinin 805 sayılı Kanun'a aykırılığı itirazını dürüstlük kuralına aykırı bulan yorumu kanaatimizce isabetli değildir.

Yine Türk tâbiyetindeki iki şirket arasındaki taşeronluk sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlıkta, davalı tarafın tahkim itirazı üzerine, yerel mahkemece sözleşmede uyuşmazlığın Uluslararası Ticaret Odası'nın tahkim kuralları uyarınca Londra'da tahkimde çözüleceğinin kararlaştırıldığı gerekçesiyle HMK m. 413(1) hükmü uyarınca davanın usulden reddine dair verilen karar, Yargıtay 11. Hukuk Dairesince, "... *Dosya kapsamından, davanın her iki yanının da Türkiye Cumhuriyeti tâbiyetinde bulunan şirketler olup aralarındaki varlığı ihtilafsız sözleşme(ler)in -ifa yerlerinin Türkiye dâhilinde olduğu da gözetildiğinde- 805 sayılı Yasa'nın 1. maddesi uyarınca Türkçe*

¹¹⁷ Bu konudaki detaylı açıklama ve uygulama örnekleri için bkz. **Şanlı**, s. 464-465, dn. 571.

olması zorunlu iken İngilizce düzenledikleri anlaşılmaktadır. Aynı yasanın 4. maddesinde sözleşmelerin Türkçe düzenlenmesi konusundaki gerekliliğe uyulmamasının müeyyidesi yer almakta olup, mahkemece söz konusu yasa hükümleri nazara alınarak yasada belirtilen müeyyidenin mutlak geçersizlik sonucu doğuran maddi bir hukuk kuralı niteliğinde olup olmadığı, aksi halde ispat hukukuna ilişkin bir kural mahiyetinde bulunup bulunmadığı, bu anlamda davalı yan dayanağı sözleşmenin özellikle tahkime ilişkin hükümlerinin onun lehine nazara alınıp alınmayacağı, tahkim itirazında bulunmanın ve buna ilişkin sözleşme hükmüne dayanmanın 'bir tarafın lehine' bir durum tevlit eder nitelikte olup olmadığı, öte yandan davacının davalının tahkim itirazına karşı çıkmasının MK'nın 2. maddesinde yer alan iyi niyet kuralına aykırı olup olmadığı hususları değerlendirilip tartışılmadan taraflar arasındaki ... tarihli sözleşmenin ilgili hükümlerine değer izafe olunarak davalının tahkim itirazının kabulüne karar verilmesi doğru olmamış[tır].” gerekçesiyle bozulmuştur¹¹⁸.

2. Türk Tâbiyetindeki Şirketler Arasında Yabancı Dilde Düzenlenen Sözleşmelerin İhtilafsız Olarak Uygulanması Halinde 805 sayılı Kanun'a Aykırılık İddiasının İncelenmesine İlişkin Kararlar

Yargıtay ve bölge adliye mahkemelerinin kimi kararlarında, Türk tâbiyetindeki şirketler arasında yabancı dilde sözleşme imzalanması halinde, sözleşmenin belirli bir süre ihtilafsız olarak uygulanmasından ve karşılıklı ifasından sonra salt sözleşmenin yabancı dilde düzenlenmiş olmasına dayalı olarak 805 sayılı Kanun'un 1. ve 4. maddesine aykırılık nedeniyle davanın reddine karar verilemeyeceği yönünde içtihatlarla yer verilmiştir.

Örneğin Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin bir kararına konu olan olay kısaca şu şekildedir: Türk tâbiyetinde olan iki şirket arasında İngilizce olarak “Danışmanlık ve Hukukî Hizmet Sözleşmesi” başlıklı bir sözleşme imzalanmış, bir alışveriş merkezinin imar mevzuatından kaynaklı sorunlarının kamu otoriteleri nezdinde çözülmesine yönelik olarak hizmet verileceği öngörülmüştür. Danışmanlık hizmeti alan şirketin sözleşmeyi feshetmesi üzerine, danışmanlık hizmeti veren şirket tarafından sözleşmeden ve sözleşmenin feshinden kaynaklı alacak istemiyle ticaret mahkemesinde dava açılmıştır. Davanın ve sözleşmenin tarafları Türk tâbiyetinde olan şirketlerdir. Davalı taraf, diğer savunmalarının yanında, 805 sayılı Kanuna göre Türk şirketleri arasında yapılan sözleşmelerin Türkçe olması gerektiğini, aksi halde yapılan sözleşmenin geçersiz olacağını, bu nedenle dayanılan sözleşmenin de geçersiz olduğunu ileri sürmüştür.

Yerel mahkemece özetle “... iddia, savunma, bilirkişi raporu ve dosya kapsamına göre, taraflar arasında İngilizce düzenlenen sözleşmenin 805 sayılı

¹¹⁸ Y. 11. HD, 16.03.2012, E. 2012/3122, K. 2012/4073 sayılı kararı (UYAP). Ancak bozma sonrasında verilen kararın tekrar Yargıtay incelemesine geldiği tespit edilememiştir.

... Kanun'un 1 ve 4. maddeleri uyarınca emredici yasa hükmüne aykırı olup TBK m. 26 ve 27 (BK m. 19 ve 20) hükümleri gereğince hükümsüz olduğu, sözleşmede kaçak durumda bulunan AVM'nin imara aykırılığının giderilmesi konusunda taahhütte bulunulması nedeniyle sözleşmenin kanunun emredici hükümlerine ve ahlâka aykırı, ifasının imkânsız ve TBK'nın 27. maddesi kapsamında tamamen ve kesin olarak hükümsüz olduğu, hükümsüz olan sözleşmenin yerine getirilmesi halinde daha sonradan sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca iade talebinde bulunulabileceği, sonradan sözleşmenin geçersizliğinin iddia edilmesinin TMK'nın 2. maddesine göre hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olmadığı" gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş, bu hüküm önce Yargıtay 11. Hukuk Dairesi tarafından onanmıştır¹¹⁹.

Ancak, daha sonra yapılan karar düzeltme talebi Yargıtay tarafından kabul edilerek, onama ilamının ortadan kaldırılmasına ve yerel mahkeme kararının bozulmasına karar verilmiştir. Karar düzeltme (bozma) ilâmının¹²⁰ ilgili kısımları aynen; "...[H]er ne kadar Türk tâbiyetinde olmalarına rağmen taraflar arasındaki davaya dayanak yapılan sözleşmenin İngilizce düzenlendiği, bu durumun 805 sayılı ... Kanun'un 1 ve 4. maddeleri uyarınca emredici yasa hükmüne aykırı olduğu, bu bağlamda sözleşmenin geçersiz olduğuna ilişkin mahkemenin kabulü ilkesel olarak doğru ise de, taraflar arasında sözleşme çerçevesinde sunulan bir takım hizmetler karşılığı ödemenin de yapılmış olmasına nazaran, salt sözleşmenin İngilizce düzenlenmesinin, davacının sözleşme karşılığı davalıya vermiş olduğu hizmet bedellerini istemeye engel teşkil etmeyeceğinin kabulü gerekir. ... Bu nedenle, davacı vekilinin karar düzeltme itirazının kabulü ile Dairemizin 05.05.2015 gün 2014/9841 Esas, 2015/6367 Karar sayılı onama ilamı[nın] kaldırılarak mahkeme kararının açıklanan gerekçelerle davacı yararına bozulmasına..." şeklindedir.

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin kararına konu başka bir olayda, iki Türk şirketi arasında yabancı dilde imzalanmış olan gemi satım sözleşmesi nedeniyle çıkan uyuşmazlıkta; Yargıtay, 805 sayılı Kanun uyarınca davaya satıcı lehine düzenlemeler içeren sözleşme hükümlerinin değil, TBK'nın sözleşmelere dair hükümlerinin uygulanması gerektiğine karar vermiştir:

Türk tâbiyetindeki iki şirket arasında İngilizce olarak gemi satım sözleşmesi düzenlenerek, alıcı tarafından satıcıya kapora verilmiş, akabinde geminin ayıplı olduğundan bahisle alıcı tarafından satıcıya karşı "sözleşmenin feshi ve kapora olarak ödenen bedelin tahsili" talepli dava, satıcı tarafından da alıcıyla karşı "sözleşmenin feshi nedeniyle tazminat" talepli karşı dava açılmıştır. Yerel mahkemece asıl ve birleşen davanın reddine karar verilmesi üzerine,

¹¹⁹ Y. 11. HD, 05.05.2015, E. 2014/9841, K. 2015/6367 sayılı kararı (UYAP).

¹²⁰ Y. 11. HD, 01.12.2016, E. 2015/11036, K. 2016/9620 sayılı kararı (UYAP).

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi¹²¹ “...805 sayılı ... Kanun’un 1. maddesi gereğince, Türk tâbiyetindeki her nevi şirket ve müesseseler, Türkiye dâhilindeki her nevi muamele, mukavele, muhabere, hesap ve defterlerini Türkçe tutmağa mecburdurlar. Bu itibarla mahkemece, Türkiye’de bulunan taraflar arasında İngilizce olarak düzenlenen sözleşmenin bu kanun kapsamında geçerli olup olmadığının tartışılarak sonucuna göre karar verilmesi gerektiği...” gerekçesiyle bozma kararı vermiştir.

Bozma üzerine yerel mahkemece, gemi satım sözleşmesinin İngilizce düzenlenmesinin sözleşmenin geçerliliğine etkili olmadığı, zira deniz ticaretinin uluslararası özelliği, deniz hukuku kurallarının birleştirilmesi ihtiyacı üzerine uluslararası deniz ticaretinde belirlenen ortak kurallar ve bu kuralların işlendiği tip sözleşmeler hazırlandığı, deniz ticareti alanında İngilizce tip sözleşmeler kullanılmasının ticarî örf ve âdet halini aldığı, dava konusu geminin satışına ilişkin yapılan 02/06/2004 tarihli Saleform 1993 kodlu sözleşmenin de deniz ticareti alanında örf ve âdet üzere kullanılan tip sözleşmelerden biri olduğu, sözleşmenin İngilizce düzenlenmesinin sözleşmenin geçersizliği sonucunu doğurmayacağı, 805 sayılı yasanın 1. maddesinin yaptırımının düzenlendiği 4. maddede sözleşmenin geçersizliğinin değil dayanan tarafın lehine nazara alınmayacağına hükme bağlandığı değerlendirilmeleri yapılmıştır. Mahkemece, İngilizce düzenlenen sözleşmenin geçerli olduğu, davacı-alıcının İngilizce sözleşmenin lehine olan bazı hükümlerinin üzerini çizerek bu haliyle sözleşmeyi imzaladığı, davacı-alıcı tarafından geminin bulunduğu limanda olduğu haliyle incelenerek kabul edildiği, davacı-alıcı tarafından geminin sözleşme koşullarında teslim alınmadığı ve satış bedelinin ödenmediği, sözleşmenin davacı-alıcının kusuru nedeniyle karşı davacı-satıcı tarafından feshedildiği; sözleşmenin 13. maddesindeki “Alış fiyatının m. 3’e istinaden ödenmemesi durumunda, satıcılar sözleşmeyi feshetme hakkına sahip olacak olup, bu durumda depozito/kapora tutarı, faiziyle birlikte satıcı lehine serbest bırakılacaktır.” hükmü uyarınca karşı davacı-satıcının sözleşmenin kaporaya/depozitoya ilişkin 13. maddesinden kaynaklanan hakkını kullandığı gerekçesiyle sözleşmeye değer verilerek, asıl davanın reddine, karşı davanın kabulüne karar verilmiştir¹²².

Hükmün temyizi üzerine Yargıtay 11. Hukuk Dairesi ise¹²³ “... 805 sayılı ... Kanun’un 1. maddesinde ‘Türk tabiiyetindeki her nevi şirket ve müesseseler, Türkiye dâhilindeki her nevi muamele, mukavele, muhabere, hesap ve defterlerini Türkçe tutmağa mecburdurlar.’ aynı Yasa’nın 4. maddesinde ‘Bu kanunun mevkii meriyete vaz’ından sonra birinci ve ikinci maddeler ahkâmına

¹²¹ Y. 11. HD, 15.09.2011, E. 2009/10605, K. 2011/10371 sayılı kararı (UYAP).

¹²² İstanbul (Kapatılan) 51. Asliye Ticaret Mahkemesi, 06.03.2014, E. 2012/16, K. 2014/86 sayılı kararı (Karara erişim: <http://emsal.uyap.gov.tr/BilgiBankasiIstemciWeb>).

¹²³ Y. 11. HD, 22.02.2018, E. 2017/4747, K. 2018/1344 sayılı kararı (UYAP).

muhalif olarak tanzim kılınmış olan evrak ve vesaik şirket ve müesseseler lehine nazarı itibara alınmaz.’ hükümleri düzenlenmiştir. Ayrıca, dava konusu 02/06/2004 tarihli satış sözleşmesinin ‘Alıcının Yükümlülüklerini Yerine Getirmemesi’ başlıklı 13. maddesinde de, ‘...Alış fiyatının m. 3’e istinaden ödenmemesi durumunda, satıcılar sözleşmeyi feshetme hakkına sahip olacak olup, bu durumda depozito tutarı, faiziyle birlikte satıcı lehine serbest bırakılacaktır...’ hükmü bulunmaktadır. Yukarıda yapılan açıklamalardan sonra somut uyuşmazlığın incelenmesinde, 805 sayılı Yasa’nın 1. ve 4. maddeleri göz önünde bulundurulduğunda, satıcı lehine düzenleme içeren sözleşme hükümlerinden hareketle hüküm tesis edilemeyeceğinin kabulü gerekir. Bu durum karşısında, mahkemece asıl davanın Borçlar Kanunu’nun sözleşmelere ilişkin hükümleri çerçevesinde ele alınıp, tarafların hukuki durumlarının değerlendirilmesi gerekirken, sözleşme hükümlerine 805 sayılı Yasa’nın anılan düzenlemesi karşısında değer verilerek asıl davada hüküm kurulması doğru olmamış, bu nedenle kararın asıl davada davacı şirket yararına bozulması gerekmiştir.” gerekçesiyle¹²⁴ İngilizce sözleşmeye itibar eden yerel mahkeme kararını bozmuştur¹²⁵.

¹²⁴ Bu dosyaya ilişkin Dairenin ilk bozma kararı “...Oysa 805 sayılı İktisadi Müesseselerde Mecburi Türkçe Kullanılması Hakkındaki Kanun’un 1. ve 4 maddesi hükmü açık olup, anılan yasal hükümler çerçevesinde taraf şirketler arasında yabancı dilde yazılmış sözleşme hükümlerine değer verilemeyeceğinin kabulü gerekir. Bu bağlamda mahkemece, asıl davadaki uyuşmazlığın BK. hükümleri çerçevesinde ele alınması ve tarafların hukuki durumunun bu çerçevede tayin ve takdir edilmesi gerekirken davaya dayanak sözleşme hükümlerine 805 sayılı yasa hükümlerine rağmen değer verilerek asıl davanın reddine karar verilmesi doğru görülmemiş, kararın asıl davada davacılar tarafından şirket yararına bozulması gerekmiştir.” şeklinde idi [Y. 11. HD, 05.11.2015, E. 2014/15066, K. 2015/11597 (UYAP)]. Ancak, daha sonradan yapılan karar düzeltme başvurusu üzerine, davacı-alıcı şirketin Yargıtay’daki duruşma tarihinden önce ticaret sicilinden terkin edilmesi nedeniyle, şirketin ihyası hususunda işlemlerin yapılması için bu bozma kararı ortadan kaldırılarak “geri çevirme” kararı verilmiştir. Y. 11. HD, 23.02.2027, E. 2016/1636, K. 2017/1060 sayılı kararı (UYAP). Geri çevirme kararının gereğinin yerine getirilmesinden sonra bir üst dipnotta anılan bozma kararı verilmiş olup geçerli olan karar, bir üst dipnotta anılan karardır.

¹²⁵ Bozma sonrasında yerel mahkemece; özetle, “Asıl davada uyuşmazlık konusu alıcının başlangıçta depozito olarak yatırdığı ... Euro’nun iadesi istemine ilişkin olup, uyulan ... bozma ilamı doğrultusunda uyuşmazlığın alım satım ilişkisinin gerçekleştiği tarihte ve dava tarihinde yürürlükte bulunan 818 sayılı BK hükümleri çerçevesinde çözümlenmesi gerekmektedir. ... [S]özleşmenin yapıldığı sırada taraflardan birinin diğerine bir miktar para vermesi halinde verilen paranın pey akçesi olarak kabul edil[ir] ... 818 sayılı BK’nun 156/2. maddesinde de aksine mahalli âdet veya sözleşme olmadıkça pey akçesi vermiş olanın sözleşmesel edimini yerine getirmemesi halinde pey akçesini karşı tarafa terk edeceği kabul edilmiştir. Kanunda pey akçesi olarak tabir edilen ve uygulamada kapora olarak bilinen bedelle ilgili mahalli örf ve âdetin de dikkate alınması gerekmekte olup, ... İstanbul Deniz Ticaret Odasının düzenlediği ... tarihli yazıda ‘alıcı tarafından gemi alım satımlarında satış bedelinin bakiyesi ödenmediğinde satıcının depozito olarak yatan tutarı irat kaydetmesinin ticari örf ve adete uygun olacağı’ belirtilmiştir. Yargıtay bozma ilamı ile de kabul edildiği

Yine başka bir olayda, Türk tâbiyetindeki bir havayolu şirketi ile Türk vatandaşı bir kaptan pilot arasında İngilizce olarak düzenlenen iş sözleşmesinin işveren şirket tarafından haklı sebeple feshedildiğinden bahisle, işçi için harcanan eğitim masraflarının tahsili için işveren şirket tarafından açılan davada, davalı taraf İngilizce olarak imzalanan sözleşmenin 805 sayılı Kanun hükümleri uyarınca geçersiz olduğunu iddia etmiş; yerel mahkeme de özetle; *“TBK m. 12 hükmünde aksi kanunda öngörülmedikçe sözleşmelerin geçerliğinin hiçbir şekilde bağlı bulunmadığı, Kanunda sözleşmeler için öngörülen şeklin, geçerlilik şekli olduğu ve öngörülen şekle uyulmaksızın kurulan sözleşmelerin hüküm doğurmayacağına düzenlendiği, 805 sayılı Kanun’un 1. ve 4. maddeleri karşısında sözleşmenin geçersiz bir sözleşme olduğu benimsenerek sözleşmede yer alan düzenlemeler gereğince davacının davalıdan icra takibi yaparak alacak talebinde bulunamayacağı”* gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.

Kararın istinafi üzerine, Ankara BAM 4. Hukuk Dairesi tarafından; *“...Her ne kadar mahkemece, ‘Türk tâbiyetinde olmalarına rağmen taraflar arasındaki davaya dayanak yapılan sözleşmenin İngilizce düzenlendiği, bu durumun 805 sayılı ... Kanun’un 1 ve 4. maddeleri uyarınca emredici yasa hükümlerine aykırı olduğu, Kanun’da öngörülen şekle uyulmaksızın kurulan sözleşmelerin hüküm doğurmayacağı’ belirtilerek davanın reddine karar verilmiş ise de; takip konusu alacak, davacı şirkette kaptan pilot olarak çalışan davalıya verilen eğitim masraflarının, sözleşmenin feshedilmesi nedeniyle tahsili istemine ilişkin olup davacı havayolu şirketi ile davalı pilot arasındaki hukuki ilişki sözleşmeden kaynaklanmaktadır. Davalının, sözleşmenin feshedildiği tarihe kadar davacı şirkette kaptan pilot olarak çalıştığı, davacı şirketin de bunun karşılığında davalı pilota ödemeler yaptığı ihtilafsızdır. O halde sözleşmenin bir süre uygulanmasından sonra, bu sözleşmenin salt İngilizce olarak düzenlenmiş olması nedeniyle 805 sayılı ... Kanun’a aykırı olduğu gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş olması, usul ve yasaya aykırıdır. Başka bir ifade ile salt sözleşmenin İngilizce olarak düzenlenmesinin, davacının, sözleşmenin feshedilmesi nedeniyle davalıya yapmış olduğu eğitim masraflarını istemesine engel teşkil etmeyeceğinin kabulü gerekir.”* gerekçesiyle, yerel mahkeme kararının kaldırılmasına karar verilmiştir¹²⁶.

üzere gemi alım satım sözleşmesinin davacı-alcının edimlerini yerine getirmemesi nedeniyle karşı davacı-satıcı ... tarafından haklı nedenlerle feshedilmiş olduğundan, gerek gemi alım satımlarına ilişkin ticarî örf ve adet gerekse 818 sayılı BK’nun 156. maddesi gereğince davacı şirketin sözleşmenin başlangıcında karşı davacı-satıcı ...’ye ödediği ve kanunda pey akçesi olarak tabir edilen kapora/depozito bedelini geri isteyemeyeceği kanaatine varıldığından asıl davanın reddi gerektiği sonucuna varılmıştır.” şeklinde karar verilmiştir. Bkz. İstanbul 17. Asliye Ticaret Mahkemesi 25.02.2019, E. 2018/228, K. 2019/87 kararı (Karara erişim: <http://emsal.uyap.gov.tr/BilgiBankasiIstemciWeb>).

¹²⁶ Ankara BAM 4. HD, 20.12.2018, E. 2018/238, K. 2018/2393 sayılı kararı (UYAP).

İstanbul BAM 12. Hukuk Dairesi'nin bir kararına konu başka bir olayda, iki Türk şirketi arasında yabancı dilde imzalanmış olan uzlaşma protokolü nedeniyle çıkan uyuşmazlıkta TMK m. 2 hükmü çerçevesinde bir değerlendirme yapılmış olup, davaya konu olayın ve kararın özeti kısaca şu şekildedir:

Bir Türk şirketi tarafından başka bir Türk şirketi aleyhine bonoya dayalı olarak icra takibi yapılması üzerine, taraflarca takibe konu borcun yeniden yapılandırılması konusunda İngilizce bir protokol hazırlanmış ve borçlu tarafından da protokolün güvencesi olarak teminat senedi vasfında bir bono düzenlenerek alacaklıya verilmiştir. Ancak senedin teminat senedi olduğu bono üzerinde değil, İngilizce hazırlanan protokole yazmaktadır. Akabinde, borçlu şirketin uzlaşma protokolündeki ödeme yükümlülüğünü yerine getirmemesi nedeniyle, alacaklı tarafça ikinci bono (teminat senedi olarak verilen) kambiyo senetlerine özgü icra takibine konulmuş; borçlu şirketin takip dayanağı senedin uzlaşma protokolünde teminat senedi vasfında olduğunun yazılı olduğu gerekçesiyle (İngilizce uzlaşma protokolünü lehine delil göstererek) icra mahkemesine başvurusu üzerine mahkemece takibin iptaline karar verilmiş ve karar onanarak kesinleşmiştir¹²⁷. Bunun üzerine alacaklı şirketin, İngilizce düzenlenen protokole ve teminat senedine dayalı olarak ilâmsız icra takibine borçlu şirket tarafından itiraz edilmesi üzerine açılan itirazın iptali davasında, davalı/borçlu taraf bu kez uzlaşma protokolünün Türkçe yapılmaması nedeniyle geçersiz olduğu savunmasında bulunmuştur. Başka bir anlatımla, yabancı dildeki uzlaşma protokolünün tarafı olan borçlu şirket, bir davada bu protokolü davasına dayanak göstererek lehine hüküm elde etmiş; aleyhine açılan başka bir davada ise aynı protokolün geçersizliğini savunmuştur.

Yerel mahkemece *“Her ne kadar iktisadi müesseseler, yani tacirler arasındaki sözleşmelerin Türkçe yapılması belirtilen kanun gereği ise de; ... tarafların aralarında Türkçe dışında dilde düzenledikleri ancak davalının, aleyhine kambiyo senetlerine özgü yolla yapılan takibe dayanak aynı senedin, uzlaşma protokolüne dayanarak teminat senedi olduğunu iddia ile takibi iptal ettirdiği görüldüğünden, bu protokole dayanarak kendisine hak kazandırma yoluna gitmişken bu kez bu belgeye Türkçe düzenlenmediğinden bahisle geçersizliğini öne sürmek hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olduğundan protokolün taraflar açısından geçerli olduğunu kabul etmek gerekmiş”* denilerek, davalı tarafın İngilizce uzlaşma protokolünün 805 sayılı Kanun

¹²⁷ Yargıtay uygulamasına göre; bononun teminat amaçlı verildiğinin kabul edilebilmesi için, neyin teminatı olarak verildiğinin ya bononun önündeki veya arkasındaki yazılar veya ayrı bir belge (icra ve iflâs Kanunu'nun 169/a maddesinde öngörülen) ile teminat senedi olduğunun kanıtlanması gerekir. Bkz. Y. HGK, 28.03.2018, E. 2017/12-1140, K. 2018/563 tarihli kararı (UYAP). Bu olayda, bononun üzerinde bu hususta herhangi bir kayıt olmayıp; borçlu, alacaklı tarafça da imzası ikrar edilen İngilizce uzlaşma protokolünü ile teminat senedi iddiasını ispat ederek davayı kazanmıştır.

uyarınca geçersiz olduğu savunmalarına TMK m. 2 hükmü gerekçe gösterilerek itibar edilmemiştir.

Yerel mahkeme kararının istinafi üzerine İstanbul BAM 12. Hukuk Dairesince¹²⁸ özetle, “805 Sayılı Kanun’un 1. maddesi uyarınca Türkiye Cumhuriyeti tabiyetindeki şirket ve müesseselerin ülke içindeki her türlü sözleşmeleri hesap ve defterlerini Türkçe olarak düzenlemek zorunda oldukları, buna uyulmaksızın düzenlenen sözleşmelerin ise aynı Kanun’un 4. maddesine göre geçersiz olduğu, dava konusu takibe dayanak 16/05/2011 tarihli uzlaşma protokolünün (sözleşmenin) Türkçe düzenlenmediğinden geçersiz olduğu, ancak bu protokol ile yeni bir ticari ilişki kurulmayıp mevcut olan ticari ilişkinin sonlandırılması nedeniyle tarafların karşılıklı yükümlükleri ve borcun ne şekilde ödeneceğine dair karşılıklı edimlerin tespit edildiği...” şeklinde, yerel mahkemenin vakıa ve hukuki değerlendirmesinde usul ve esas yönünden yasaya aykırılık bulunmadığı ifade edilmiş, ilave gerekçelerle protokolün geçerli olduğu kabul edilerek istinaf başvurusu esastan reddedilmiştir.

805 sayılı Kanun hükümleri uyarınca sözleşmelerin Türkçe yapılması zorunluluğu, esas itibarıyla sözleşmelerin şekline ilişkin bir düzenlemedir. Ancak, şekle ilişkin hükümden hükmün amacı dışında yararlanmak istendiği hallerde, şekil noksanlığını ileri sürmek, hakkın kötüye kullanılması teşkil edebilir. Örneğin iki tarafın bilerek ve serbestçe borçlarını ifa etmelerinden sonra şekil noksanının ileri sürülmesinin hakkın kötüye kullanılması teşkil ettiği kabul edilmektedir¹²⁹. Yargıtay da 1988 tarihli bir içtihadı birleştirme kararında bu görüşü benimsemiştir¹³⁰. Benzer görüşler Yargıtay’ın diğer kararlarına da yansımıştır¹³¹. Bu sebeplerle, 805 sayılı Kanun uyarınca Türkçe zorunluluğuna uyulmadan bir sözleşme yapılması durumunda, tarafların edimlerini ifa edip etmediğine bakılmalıdır. Yukarıda zikredilen “danışmalık ve hukukî hizmet sözleşmesi” ile “kaptan pilot hizmet sözleşmesi” hükümlerinin uyumsuzluk konusu olduğu Yargıtay kararlarında olduğu gibi, sözleşme 805 sayılı Kanun’a aykırı olarak yabancı dilde yapılmış olmasına rağmen tarafların karşılıklı olarak

¹²⁸ İstanbul BAM 12. HD, 19.09.2019, E. 2019/598, K. 2019/1136 sayılı kararı (UYAP).

¹²⁹ **Oğuzman/Öz**, C. I, s. 156-158, No. 487-488; **Eren**, s. 328, No. 930.

¹³⁰ Söz konusu kararda, kat mülkiyetine tâbi bağımsız bölüm satımına ilişkin geçerli bir sözleşme olmadan tarafların bağımsız bölüm satımında anlaşarak alıcının tüm borçlarını eda etmesi ve satıcının da bağımsız bölümü teslim ederek alıcının onu malik gibi kullanmasına rağmen satıcının tapuda mülkiyetin devrine yanaşmaması hâllerinde, olayın özelliğine göre hâkimin, TMK m. 2 hükmünü gözeterek açılan tescil davasını kabul edebileceği benimsenmiştir. Bkz. Y. İBK, 30.09.1988, E. 1987/5, K. 1982/2 sayılı kararı için bkz. RG, 21.12.1988, S. 2026, s. 25-46.

¹³¹ “Tarafların edimlerini ifa ettikten sonra sözleşmenin geçersiz olduğunu iddia etmesi dürüstlük kuralına aykırıdır ve hukuken bu iddianın korunması düşünülemez. Hâl böyle olunca, ifa edilmekle geçerli hale gelen âdi yazılı sözleşme dikkate alınarak kira tazminatı yönünden bir değerlendirme yapılarak hâsil olacak sonuca göre karar verilmesi gerekirken...” Y. 13. HD, 07.12.2017, E. 2015/42170, K. 2017/12279 sayılı kararı (UYAP).

bilerek ve serbestçe borçlarını ifa etmeleri halinde, artık sözleşmedeki şekle aykırılık bulunduğu iddiası TMK m. 2 kapsamında dürüstlük ilkesine aykırılık ve hakkın kötüye kullanılması teşkil edecektir. Bu ihtimalde, uyumsuzlukta taraflar arasındaki sözleşme hükümleri uygulanacaktır. Ancak, taraflar arasında ifa söz konusu değilse, bu takdirde 805 sayılı Kanuna aykırılık iddiası dinlenilmelidir. Örneğin, yukarıda zikredilen gemi satım sözleşmesinde alıcı tarafından satıcıya sadece kapora verilmiş, alıcı tarafından kalan satım bedeli ödenmediği gibi, satıcı tarafından satım konusu mal teslim edilmemiştir. Bu gibi durumlarda, yani şekle aykırı sözleşmeden doğan borçlar tümüyle veya aslî edimler başta olmak üzere büyük bir bölümüyle ifa edilmemişse, şekil noksanlığını ileri sürme hakkın kötüye kullanılması teşkil etmeyecektir¹³². Bu nedenle, taraflar arasındaki sözleşme 805 sayılı Kanun hükümlerine aykırı olarak yabancı dilde yapıldığından, satım bedelinin alıcı tarafından ödenmemesi halinde satıcının sözleşmeyi feshi üzerine “*kapora/depozito tutarının satıcıda kalacağı*” hükmü satıcı lehine olup Kanun’un 4. maddesi uyarınca bu sözleşme hükmü dikkate alınmamalıdır. Böyle bir durumda taraflar arasındaki lehe düzenleme içeren sözleşme hükümleri değil, aradaki hukukî ilişkinin niteliğine göre sözleşmelere ilişkin genel hükümler ya da olaya uygulanabilecek başkaca yedek hukuk kuralları uygulanmalıdır.

3. Türk Tâbiyetindeki Bir Şirketin Ortakları Arasında Yabancı Dilde Düzenlenen Hissedarlar Sözleşmelerinin Hukukî Durumu

TTK’da anonim ve limited şirketlerin esas sözleşmelerinde bulunması gerekli olan zorunlu unsurlar, emredici hükümlerle düzenlenmiştir. Kanundaki buna dair emredici hükümlerin dışına çıkılması mümkün olmadığından, esas sözleşmede yer verilmeyen bazı hususlarda (ortakların kendi aralarındaki ve şirket ile olan ilişkileri) ortaklar arasında bir ek sözleşme yapılabilmektedir. Bu tür sözleşmeler ‘hissedarlar sözleşmesi’, ‘paysahipleri sözleşmesi’ ve ‘yan sözleşme’ gibi değişik isimlerle anılmaktadır. Hissedarlar sözleşmesi, bir şirketin mevcut ya da gelecekteki ortaklarının tamamı ya da bir kısmı tarafından, bu ortakların şirket ile ya da kendi aralarındaki hukukî ilişkilerini düzenleyen, şirket esas sözleşmesinde yer almayan ve bu sözleşmeden bağımsız olarak yapılan, kural olarak herhangi bir geçerlilik şartına tâbi olmayan borçlar hukuku karakterli sözleşmelerdir¹³³.

¹³² Eren, s. 328, No. 930. Yargıtay da aynı görüştedir. “Öte yandan; olayımızda, sözleşmeden doğan karşılıklı hak ve borçlar da, taraflarca tamamen yerine getirilmiş değildir. Hâl böyle olunca, Medeni Yasasının 2. maddesinde ifadesini bulan, afaki iyi niyet kuralının bu davada uygulanması ve bu nedenle sözleşmenin geçerli sayılması da düşünülemez. Çünkü bu kural ancak, sözleşmenin tamamen ifa edildiği haller için geçerlidir.” Y. HGK, 09.06.1982, E. 1979/15-1613, K. 1982/565 sayılı kararı (<https://www.sinerjimevzuat.com.tr>). Aynı yönde Y. HGK, 27.02.2013, E. 2012/14-766, K. 2013/297 sayılı kararı (UYAP).

¹³³ Bu konuda bkz. Okutan Nilsson, Gül: Anonim Ortaklık Paysahipleri Sözleşmeleri, İstanbul 2004, s. 4; Öztürk Akkartal, Hanife/Kandiralıoğlu Cuylan, Çağla: Şirketler Hukukunda Yan

805 sayılı Kanun'un bu hususta tartışıldığı bir davaya konu olay kısaca şu şekildedir: Türk tâbiyetindeki bir gerçek kişi ile bir Libya vatandaşı, Türk tâbiyetindeki iki ayrı anonim şirketin pay sahipleri olup bu kişiler, şirketlerdeki paylarını birbirlerine karşılıklı ve eş zamanlı olarak devretmeyi üstlendikleri 'Ortaklık Ayrılık Sözleşmesi' başlıklı bir hissedarlar sözleşmesi imzalamışlardır. Bu sözleşmenin hükümlerinin Türk vatandaşı ortak tarafından ihlal edildiği iddiası ile Libya vatandaşı ortak tarafından açılan cezai şart istemine ilişkin davada, davalı taraf sözleşmenin 805 sayılı Kanun hükümlerine göre geçersiz olduğunu savunmuştur. İlk derece mahkemesinin bu savunmayı hiç değerlendirmeden davanın esası hakkında verdiği kararın istinafı üzerine İstanbul BAM 12. Hukuk Dairesi "*Her ne kadar sözleşmenin Türk dilinde yapılmadığı bu nedenle geçersizliği ileri sürülmüş ise de; 22.4.1926 tarih ve 353 sayılı RG'de yayımlanan 805 sayılı ... Kanun[un] şirketlerin aralarında yapacakları sözleşmeye ilişkin olması, eldeki davada ortakları arasında yapılan sözleşmede uygulanma imkânı bulunmaması karşısında sözleşmenin geçersizliğine ilişkin savunma yerinde görülmemiştir. Bu nedenle ilk derece mahkemesince işin esasının incelenmiş olması isabetlidir.*" şeklinde karar vermiştir¹³⁴.

Bu konudaki başka bir olayda, Türk tâbiyetindeki bir anonim şirketin ortakları olan yabancı bir şirket ile Türk vatandaşı gerçek kişiler arasında imzalanan hissedarlar sözleşmesinin tadiline ilişkin 'Opsiyon ve Tadil Sözleşmesi' başlıklı sözleşmenin Türk ortaklar tarafından ihlal edildiği iddiası ile yabancı şirket (ortak) tarafından açılan cezai şart istemine ilişkin davada, davalı tarafın sözleşmenin 805 sayılı Kanun hükümlerine göre geçersiz olduğu savunması üzerine Mahkemece, "*805 sayılı ... Kanun'un 1 ve 2. maddesi uyarınca, Türk ticari müessese ve şirketlerin Türkiye dâhilinde yapacakları her türlü işlemi Türkçe yapmak zorunda oldukları, aynı yasanın 4. maddesi uyarınca 1. maddede belirtilen şirket ve müesseselerin işlemlerini Türkçe düzenlemedikleri takdirde söz konusu sözleşme ve belgelere dayanamayacaklarının düzenlendiği, 805 sayılı yasanın 1, 2 ve 4. maddeleri birlikte değerlendirildiğinde davacının dosyaya ibraz ettiği ve davalıların imzasını taşıyan belgeye dayanmasının mümkün olmadığı, yabancı dilde yazılmış sözleşmedeki ceza şartının bu şekilde geçersiz olduğu*" gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir¹³⁵.

Yukarıda zikredilen ilk kararda da ifade edildiği üzere, Türk tâbiyetindeki bir şirketin gerçek kişi ortakları arasında akdedilen hissedarlar sözleşmesi, 805 sayılı Kanun'un kapsamı dışındadır. Zira gerçek kişi ortaklar, ister yabancı

Sözleşmeler, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 15, S. 2, Temmuz 2016, s. 380.

¹³⁴ İstanbul BAM 12. HD, 19.12.2017, E. 2017/499, K. 2017/609 sayılı kararı (UYAP).

¹³⁵ İstanbul 14. Asliye Ticaret Mahkemesi, 01.11.2018, E. 2017/670, K. 2018/1069 sayılı kararı (Karar henüz kanun yolu denetiminden geçmemiştir; karara erişim: <http://emsal.uyap.gov.tr/BilgiBankasiIstemciWeb>).

ister Türk vatandaşı olsun, Kanun kapsamında “şirket veya müessese” değildir. Ancak ikinci kararda olduğu gibi, bir şirketin ortakları arasında başka bir şirket bulunması halinde, ortak olan şirketin diğer gerçek kişi ortaklarla yapacağı sözleşmeler 805 sayılı Kanun’un kapsamındadır. Çünkü 2. madde uyarınca yabancı şirket ve müesseselerin “Türkiye tebaasından olan efrat” ile muameleleri de 805 sayılı Kanun’un kapsamındadır. “Türkiye tebaasından olan efrat” ibaresinin kapsamına Türk tâbiyetindeki gerçek ve tüzel kişiler dâhildir. Kaldı ki, Kanun’un 1. maddesindeki “Türkiye dâhilinde” olma koşulu nazara alındığında, yabancı sermaye sahipleri ile Türk ortakları arasında, ortaklığın ve girilecek faaliyetin temel esaslarını belirlemek için düzenlenen bir ortaklar anlaşması Türkiye’de düzenlendiğinden, Türkçe olmalıdır¹³⁶. Bu nedenle, Türk tâbiyetindeki bir şirketin ortakları olan yabancı bir şirket ile Türk vatandaşı gerçek kişiler arasında akdedilen hissedarlar sözleşmesinin yabancı şirket yönünden Kanun’un 2. maddesi uyarınca Türkçe yapılması zorunlu olduğundan, bu sözleşmedeki cezai şart hükmü, kanundaki zorunluluğuna riayet etmeyen yabancı ortak lehine Mahkemece nazarı itibara alınamaz¹³⁷.

4. 805 sayılı Kanun ve Bankacılık Uygulamaları

Yargıtay kararlarında bankacılık işlemleri yönünden 805 sayılı Kanun’un uygulanmasına dair içtihatlar bireysel bankacılık hizmetleri sözleşmesi ve banka teminat mektupları konularına ilişkindir.

Türk vatandaşı bir gerçek kişi ile Türk tâbiyetindeki bir banka arasındaki bankacılık hizmetleri sözleşmesi kapsamında, davacı tarafça davalı bankanın Bahreyn şubesindeki hesaba gönderilmek üzere Türkiye’deki bir şubesine TL cinsinden para yatırıldığı esnada İngilizce bir “vadeli/spot alım satım işlemleri sözleşmesi” imzalatılarak, buna istinaden mudinin mevduatı ile döviz alınmıştır. Daha sonra mudi, döviz kurunda düşme olması üzerine, gerçekte vadeli/spot alım satım işlemleri sözleşmesini imzalamadığını para yatırılırken kendisine formalite bir evrak olduğu belirtilerek imza alındığını iddia ederek, uğradığı zararın tazmini talepli dava açmıştır. Davalı banka ise, hesabın Bahreyn şubesinde açılması nedeniyle İngilizce metnin imzalandığını savunmuştur. Yerel mahkemenin davanın reddine dair kararının temyizi üzerine Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, “Davalı banka tarafından davacıya “vadeli/spot alım satım işlemleri sözleşmesi ve eklerinin” İngilizce metninin imzalandığı, Türkçe metninin davacıya verilmediği taraflar arasında uyuşmazlık konusu değildir. Mahkemece de davacının İngilizce metinleri imzaladığı kabul edilmiş fakat davalı bankanın 2002 yılından beri mudisi olan davacının yüksek montantlı hesabında bu tip işlemleri bilebilecek seviyede olduğu, davacının hileye uğratıldığını ispatlayamadığı gerekçesiyle, davanın reddine karar verilmiştir.

¹³⁶ Alışkan, s. 353; Kırcı, s. 1936-1937.

¹³⁷ Cerrahoğlu, s. 434

Oysa, 805 sayılı ... Kanun'un 1'nci maddesi gereğince, Türk tâbiiyetindeki her nevi şirket ve müesseseler, Türkiye dâhilindeki her nevi muamele, mukavele, muhabere, hesap ve defterlerini Türkçe tutmağa mecburdurlar. Bu itibarla mahkemece, Türkiye'de bulunan davalı banka tarafından düzenlenen ve Bahreyn şubesine İngilizce olarak gönderilen sözleşme ve belgelerin bu kanun kapsamında geçerli olup olmadığının tartışılarak sonucuna göre karar verilmesi gerekirken..." gerekçesiyle kararı bozmuştur¹³⁸.

Bozma üzerine yeniden yapılan yargılama neticesinde bu kez davanın kabulüne dair verilen yerel mahkeme kararı, Yargıtay 11. Hukuk Dairesi tarafından "... Mahkemece, bozma ilamına uyularak yapılan yargılama sonunda ... davacının davalı bankanın Bahreyn Şubesi'ne gönderilmek üzere ... Şubesi'ne ... TL yatırdığı, işlem esnasında davalı bankanın davacıya İngilizce olarak düzenlenmiş "vadeli/spot alım satım işlemleri sözleşmesi" imzalattığı, davacının söz konusu bedeli talep etmesi üzerine davalı bankanın İngilizce olarak davacıya imzalatılan vadeli/spot alım satım işlemleri sözleşmesine dayanarak hesapta ... USD bulunduğunu bildirdiği, davalı bankanın döviz alımına dayanak yaptığı sözleşmenin İngilizce olarak düzenlendiği, 805 sayılı ... Kanun'un 1. maddesi uyarınca, Türk ticari müessese ve şirketlerin Türkiye dâhilinde yapacakları her türlü işlemi Türkçe yapmak zorunda oldukları, aynı yasanın 4. maddesi uyarınca 1. maddede belirtilen şirket ve müesseselerin işlemlerini Türkçe düzenlemedikleri takdirde söz konusu sözleşme ve belgelere dayanamayacaklarının düzenlendiği, 805 sayılı yasanın 1 ve 4. maddeleri birlikte değerlendirildiğinde davalı bankanın dosyaya ibraz ettiği ve davacının imzasını taşıyan belgeye dayanmasının mümkün olmadığı, davacı tarafından yatırılan bedeli davacının emir ve talimatı olmadan dövize çevirdiği ve davacının bu işlemde kaynaklanan zararından sorumlu olduğu ... gerekçesiyle davanın kısmen kabulü[ne] ... karar verilmiştir. ... Dosyadaki yazılara, mahkemece uyulan bozma kararı gereğince hüküm verilmiş olmasına ve delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre, davalı vekilinin bütün temyiz itirazları yerinde değildir. ... [U]sul ve kanuna uygun bulunan hükmün onanmasına..." gerekçesiyle onanmıştır¹³⁹.

Görüldüğü üzere, tarafları Türk vatandaşı bir gerçek kişi ile Türk tâbiiyetindeki bir banka olan bankacılık hizmetleri sözleşmesinin 805 sayılı Kanun'un 1. maddesi kapsamında Türkçe düzenlenmesi zorunludur¹⁴⁰.

¹³⁸ Y. 11. HD, 04.12.2007, E. 2006/8049, K. 2007/15338 sayılı kararı. Bu karara yönelik karar düzeltme talebi de Y. 11. HD, 21.03.2008, E. 2008/2000, K. 2008/3690 sayılı kararı ile reddedilmiştir. (Kararlara erişim: UYAP).

¹³⁹ Y. 11. HD, 04.05.2009, E. 2009/2051, K. 5292 sayılı kararı (UYAP).

¹⁴⁰ Dava konusu bu olayda, paranın yurt dışına transferini konu edinen bu sözleşmenin 805 sayılı Kanun'un 1. maddesindeki "Türkiye dâhilinde" olma koşulunu karşılamadığı için, bu maddeye istinaden sözleşmenin geçersiz sayılamayacağı yönünde bkz. **Esen**, s. 219 dn. 30.

Dava konusu olayda banka, mudisinin TL cinsinden olan mevduatını dövize çevrilmesi hususunda mudinin rıza ve talimatını ispat etmek durumunda olup, davada lehine olan İngilizce düzenlenen vadeli/spot alım-satım işlemleri sözleşmesine dayanmıştır. Ancak, ispat yükü altında olan banka, Türkçe kullanma zorunluluğunda olduğu halde buna riayet etmeden İngilizce sözleşme düzenlediğinden, mudinin imzasını taşısa bile bu sözleşmenin banka lehine delil teşkil etmesi ve bankanın ispat vasıtası (delil) olarak bu sözleşmeye dayanması mümkün değildir. Banka, ancak bu sözleşme dışında başka ispat vasıtaları ile mudinin onay ve talimatı bulunduğunu ispat edebilir. Esasen buradaki karar, Kanun'un 4. maddesindeki düzenlemenin ispat hukuku ile ilgili olarak yorumlanması gerektiğine bir örnektir.

Yargıtay 1979 tarihli bir kararında¹⁴¹, Türk tâbiyetindeki bir banka tarafından düzenlenen ve bir kamu iktisadi teşebbüsünün lehtar olduğu teminat mektubundaki vade şartının İngilizce yazılması nedeniyle; 1980 tarihli başka bir kararda¹⁴² ise, Türk tâbiyetindeki bir banka tarafından düzenlenen ve bir kamu İdaresinin lehtar olduğu teminat mektubunda Fransızca belgelendirme şartı yazılması nedeniyle 805 sayılı Kanun'un 4. maddesi gereğince banka lehine nazara alınmayacağına hükmetmiştir. Söz konusu kararlarda, teminat mektuplarındaki yabancı dilde vade ve belgelendirme kayıtları esasen banka lehine hükümler olduğundan, bunların düzenleyen banka yararına delil olarak nazara alınmaması, Kanun'un 4. maddesinin esasında bir ispat hükmü olarak uygulandığını göstermektedir¹⁴³.

Doktrinde de, 805 sayılı Kanun'un 4. maddesinin banka teminat mektupları yönünden bir geçersizlik hükmü olmadığı, yabancı dilde yazılan metinlerin teminat mektubunun geçerliliğine etki etmeyeceği, yabancı dilde yazılan hükümlerin banka lehine ise nazara alınmayacağı, muhatap lehine ise nazara alınacağı; yalnızca muhatap aleyhine olan hükümler yabancı dilde kaleme alınmış ise bunların da nazara alınmayacağı kabul edilmektedir¹⁴⁴. Yani banka, yükümlülüğünü sınırlayan vade, teminat mektubunun geçerliliği için akreditif açılması ya da mektupta sayılan belgelerin ibrazı gibi yabancı dilde yazılan özel şartlardan yararlanamaz, bunları ispat vasıtası olarak kendi lehine ileri süremez¹⁴⁵. Ayrıca doktrinde, teminat mektubunda yer alan yabancı dildeki hükümler olmasa idi, bankanın teminat mektubunu vermeyeceğinin ispat edilmesi halinde TBK m. 27/2 (BK m. 20/2) hükmünün uygulanıp

¹⁴¹ Y. 11. HD, 30.11.1979, E. 1979/3309, K. 1979/5469 sayılı kararı (Karar için bkz. Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C. 10, S. 3, Haziran 1980, s. 865-866).

¹⁴² Y. 11. HD, 07.04.1980, E. 1912, K. 1864 sayılı kararı (Karar için bkz. **Tandoğan**, s. 745).

¹⁴³ **Bahtiyar**, 805 Sayılı Kanun, s. 1748.

¹⁴⁴ **Doğan, Vahit**: Teminat Mektupları, Gözden Geçirilmiş 5. Bası, Ankara 2015, s.148; **Reisoğlu, Sorunlar**, s.88; **Ekinci/ Durukanoğlu**, s. 94, 96 vd.

¹⁴⁵ **Alışkan**, s. 367.

uygulanmayacağı da tartışılmış; bazı yazarlarca bu hükümlerin uygulanarak, sadece yabancı dilde yazılan şartın değil teminat mektubunun tamamen geçersiz kabul edilmesi gerektiği ifade edilmiştir¹⁴⁶. Ancak kanaatimizce, 805 sayılı Kanun m. 4 hükmünde, yabancı dilde yazılan hükümlerin “geçersizliği” değil “*lehe nazarı itibara alınmayacağı*” ifade edildiğinden ve bu hükmün de bir ispat hükmü olması nedeniyle, burada TBK m. 27/2 (BK m. 20/2) hükmünün uygulanma olanağı bulunmamaktadır¹⁴⁷. Bu durumda, banka teminat mektubunda yer alan yabancı dildeki kaydın, bulunmaması hâlinde bankanın teminat mektubu vermeyecek derecede önemli olması ihtimalinde dahi teminat mektubu geçerli olacak, sadece ispat hukuku bakımından yabancı dildeki hüküm banka lehine delil olarak dikkate alınmayacaktır.

5. Türk Tâbiyetindeki Bir Şirket ile Yabancı Bir Şirket Arasındaki Yabancı Dilde Akdedilen Sözleşmedeki Milletlerarası Yetki Şartı

MÖHUK m. 47 hükmünde, yer itibariyle yetkinin münhasır yetki esasına göre tayin edilmediği hâllerde, tarafların, aralarındaki yabancılık unsuru taşıyan ve borç ilişkilerinden doğan uyuşmazlığın yabancı bir devletin mahkemesinde görülmesi konusunda anlaşabilecekleri öngörülmektedir¹⁴⁸.

Türk tâbiyetindeki bir şirket ile Çek Cumhuriyeti tâbiyetindeki yabancı bir şirket arasında iş sağlığı ve güvenliği hususunda yabancı dilde ve Türkiye’de ifa edilecek bir sözleşme imzalanmış, sözleşmeye uygulanacak hukuk Çek Cumhuriyeti hukuku olarak kararlaştırılmış ve uyuşmazlık çözüm yeri olarak da Çek Cumhuriyeti-Ostrava Bölge Mahkemesi yetkili kılınmıştır. Türk şirketinin faturaya dayalı olarak açtığı alacak davasında, davalı yabancı şirketin milletlerarası yetki itirazı üzerine yerel mahkemece; “*...Davaya konu icra takibine dayanak olan faturalara konu hizmet sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlıkların Çek Cumhuriyeti yasalarına tabi olduğu, anlaşmanın bu kanunlara göre yorumlanacağı, yargı yerinin Çek Cumhuriyeti-Ostrava bölgesel yetkili mahkemeleri olduğu...*” gerekçesiyle MÖHUK m. 47 ve HMK 114(1)-a hükmü uyarınca davanın dava şartı yokluğu (Türk mahkemelerinin yargı hakkının bulunmaması) nedeniyle usulden reddine karar verilmiştir.

Bunun üzerine davacı taraf, diğer istinaf sebepleri yanında, davalı tarafın dayanmış olduğu sözleşmenin 805 sayılı Kanun’a aykırı bir şekilde sadece İngilizce düzenlenmiş olup tek nüsha imza edildiğini, bu sebeple sözleşmedeki yetki ve hukuk seçiminin geçersiz olduğunu ileri sürerek, kararı istinaf etmiş; Ankara BAM 23. Hukuk Dairesi tarafından¹⁴⁹ “*...İlk Derece Mahkemesi kararının gerekçesinde dayanılan delillerle, delillerin tartışılması sonucu maddi olay*

¹⁴⁶ Tandoğan, s. 746; Reisoğlu, *Teminat Mektupları*, s. 103, Doğan, s. 149, 151.

¹⁴⁷ Aynı yönde bkz. Kırca, 1942, Bahtiyar, *805 Sayılı Kanun*, s. 1748.

¹⁴⁸ Bu hususta detay için bkz. Nomer, s. 485 vd.; Şanlı, s. 98 vd.

¹⁴⁹ Ankara BAM 23. HD, 14.03.2019, 2017/1734, K. 2019/363 sayılı kararı (UYAP).

ve hukuki değerlendirmede usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına; incelemenin istinaf dilekçesinde belirtilen sebeplerle sınırlı olarak yapıp, kamu düzenine herhangi bir aykırılığın da bulunmamasına, taraflar tacir olup yetki anlaşması yapmalarının mümkün bulunmasına, uyumsuzluğun Türk Mahkemelerinin münhasır yetkili olduğu bir hususa ilişkin bulunmamasına göre..." gerekçesiyle istinaf başvurusu esastan reddedilmiştir. Görüldüğü üzere, BAM Dairesi tarafından yerel mahkemenin kararındaki gerekçe aynen benimsenmiş, 805 sayılı Kanun'a aykırılık iddiası hakkında açıkça herhangi bir değerlendirme yapılmamıştır.

Ancak, kanaatimizce karardaki değerlendirmeler hatalıdır. Şöyle ki, yetki itirazında bulunan davalı taraf, Çek Cumhuriyeti'nde mukim yabancı bir şirket olup, davanın kendi ülkesindeki mahkemede görülmesi hâlinde kendi hukukuna göre yargılamanın icra edilecek olması, buna mukabil davacı Türk şirketinin aşına olmadığı yabancı bir ülke mahkemesinde hak aramasının dezavantajlı bir durum olması nedeniyle milletlerarası yetki sözleşmesi esas itibarıyla davalı yabancı şirketin lehinedir. Sözleşmelerin de 805 sayılı Kanun'un 2. maddesinin kapsamına dâhil olması nedeniyle, Türkiye'de bir Türk şirketi ile ifa yeri de Türkiye olan bir sözleşme yapan, üstelik Ankara'daki bir şubesi¹⁵⁰ vasıtasıyla Türkiye'de faaliyet göstermekte olan Çek Cumhuriyeti tâbiyetindeki yabancı şirket de 805 sayılı Kanun gereği Türkçe kullanma zorunluluğu kapsamındadır. Bu zorunluluğa uyulmadan İngilizce olarak yapılan sözleşmedeki davalı yabancı şirket lehine olan yetki şartının Mahkemece nazarı itibara alınmaması gerekirdi. Buna ilave olarak, 805 sayılı Kanun'da yer alan kuralların doğrudan uygulanan kurallar/müdahaleci kurallar¹⁵¹ niteliğinde olduğu doktrinde kabul edilmektedir¹⁵². Yine doktrinde, doğrudan uygulanan kuralların uygulama alanına dâhil meselelerde yabancı devlet mahkemeleri lehine yapılan yetki anlaşmalarının dikkate alınmayacağı da kabul edilmektedir¹⁵³. Bu sebeplerle, 805 sayılı Kanun, yabancılık unsuru taşıyan ilişkilere uygulanma hususunu bizzat kendisi belirlediğinden, yabancılık unsuru taşıyıp da Kanun'un kapsamına giren uyumsuzlukta da, bu Kanun hükümleri uygulanacaktır¹⁵⁴. Bu nedenle dava

¹⁵⁰ Şirketin "...Engineering A.S (Merkezi Çek Cumhuriyeti)-Türkiye Ankara Şubesi" unvanıyla şube olarak Türkiye'de faaliyetleri bulunmaktadır (<https://www.ticaretisicil.gov.tr/view/hizlierisim/ilangoruntuleme.php>).

¹⁵¹ Doğrudan uygulanan kurallar için bkz. **Nomer**, s. 184-188, 338-342.

¹⁵² 805 sayılı Kanun'un müdahaleci norm niteliği taşıdığı hususunda bkz. **Ekşi**, s. 30 vd.; **Kırca**, s. 1942; **Bahtiyar**, *805 Sayılı Kanun*, s. 1732, dn. 3. Bu görüşün, Kanun'un yürürlüğe girdiği 1926 yılındaki koşullar çerçevesinde kabul edilebileceği, ancak günümüzde bu düzenlemelerin "doğrudan uygulanan kural" niteliğini muhafaza etmediği yönünde bkz. **Esen**, s. 207, dn. 2.

¹⁵³ **Şanlı**, s. 126.

¹⁵⁴ Kanun'un kapsam itibarıyla, kanunlar ihtilafı kurallarını bertaraf edebilecek ağırlıkta olduğu yönünde bkz. **Kırca**, s. 1943. Aksi yöndeki görüşe göre ise, milletlerarası unsur taşıyan sözleşmelerden doğan borç ilişkilerinde, tarafları sözleşmenin dili konusunda serbest

konusu olaydaki yetki sözleşmesinin durumunun MÖHUK m. 47 hükmüne göre değil, 805 sayılı Kanun'un 4. maddesine göre değerlendirilerek, Türkçe kullanma zorunluluğunda olan yabancı şirketin buna aykırı olarak hazırlanan yetki şartına dayanması (bu hükmü ispat vasıtası olarak kullanması) mümkün olmadığından, yabancı şirket lehine olan bu milletlerarası yetki şartının ve itirazının nazarı itibara alınmaması gerekirdi.

6. İşin Niteliği ve Özelliği Gereği Aynen Kullanılması Zorunlu Olan Yabancı Terim ve Tabirlerin (Klozların) Türkçe Sözleşmelerde Yer Alması

Yargıtay'ın yerleşik içtihatlarında, özellikle bankacılık ve sigortacılık uygulamalarında aslında Türkçe olarak düzenlenen bir sözleşmeye tarafların yabancı dildeki terim ve tabirleri özel şart olarak yazmalarının mümkün olduğu, ancak bunun için işin niteliği ve özelliğinin bu tür yabancı terim ve tabirlerin aynen kullanılmasını zorunlu kılması gerektiği, bu durumda 805 sayılı Kanuna aykırılık teşkil edecek bir işlemin varlığından söz edilemeyeceği kabul edilmektedir¹⁵⁵.

Yat sigorta poliçesinden kaynaklı daha yakın tarihli bir uyuşmazlıkta davacı tarafça, davalı tarafından yat sigorta poliçesi ile yangın rizikolarına karşı teminat altına alınan kendisine ait yatın çıkan yangın sonucunda battığı, davalının poliçedeki "speedboat" klozunu¹⁵⁶ gerekçe göstererek hasar bedelini ödemediği iddiasıyla açılan davada; Mahkemece, poliçede mevcut "speedboat" klozunun 19.4 maddesi gereğince sigortalı teknenin otomatik yangın söndürme sistemiyle teçhiz edilmesi gerektiği, bu hususun tazminatın ödenmesi için ön koşul olduğu, davacının yatında otomatik yangın söndürme tertibatı bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir. Bu kararın Yargıtay tarafından onanmasından sonra karar düzeltme talebinde

bırakmak, tarafların ortaklaşa bildikleri bir dili kullanmalarına müsaade etmek, taraf menfaatlerine hizmet edecektir. Bkz. **Doğan**, s. 151.

¹⁵⁵ Y. 11. HD, 30.11.1979, E. 1979/3309, K. 1979/5469 (Karar için bkz. Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C. 10, S. 3, Haziran 1980, s. 865-866) ve Y. 11. HD, 07.04.1980, E. 1912, K. 1864 (Karar için bkz. **Tandoğan**, s. 745) sayılı kararları. Benzer şekilde başka bir karar da "Aslında Türkçe olarak düzenlenen bir sigorta poliçesine tarafların, beynelmilel terimleri ve tabirleri özel şart olarak derç etmeleri mümkündür. Bazen işin niteliği ve özelliği bu tür yabancı tabirlerin aynen kullanılmasını zorunlu kılmaktadır. Olayımızda da sigorta tekniğinin bir icabı olarak bahis konusu klozun adı poliçeye derç edilmiş ve teamüle uyularak klozun İngilizce metni poliçeye eklenmiştir. Bu durumda, tarafların amacının, Türkçe'den başka bir dil ile mukavele yapmak olduğu iddia edilemeyeceğine göre, ... 805 sayılı kanuna aykırılık teşkil edecek bir muamelenin varlığından da söz edilemez." şeklindedir. Bkz. Y. 11. HD, 03.05.1977, E. 1977/1651, K. 1977/2245 sayılı kararı (<https://www.sinerjimevzuat.com.tr>).

¹⁵⁶ "Speedboat clause" (sürat botu klozu), The Institute of London Underwriters (Londra Sigortacılar Enstitüsü) tarafından yayınlanan Enstitü Yat Klozları (Institute Yacht Clauses) [CL328] belgesinde geçen özel ve teknik bir terimdir. Bu klozların Türkçe'si için bkz. (<https://www.tsb.org.tr/enstitu-yat-klozlari-cl328.aspx?pageID=573>).

bulunulması üzerine Yargıtay 11. Hukuk Dairesi¹⁵⁷ tarafından “...*Dosyadaki yazılara, mahkeme kararında belirtilip Yargıtay ilamında benimsenen gerektirici sebeplere, sigorta poliçesi Türkçe düzenlenmiş olup işin niteliği ve özelliği gereği bahis konusu klotun İngilizce (speedboat) yazılmış olması halinde 805 sayılı Kanun’a aykırılık teşkil edecek muamelenin varlığından söz edilemeyecek olmasına göre davacı vekilinin karar düzeltme itirazlarının reddi gerekmiştir.*” şeklinde karar verilmiştir.

Bu kararlardan da anlaşılacağı üzere, 805 sayılı Kanun kapsamında sözleşmelerin Türkçe olarak düzenlenmesinin zorunlu olduğu hallerde, bazı kayıt ve şartlar yabancı dilde yazılmasına rağmen, bunların tam ya da aynı anlamı içeren Türkçe karşılıkları yoksa ya da işin niteliği ve özelliği bu tür yabancı terim ve tabirlerin aynen kullanılmasını zorunlu kılıyorsa, bu durumda 805 sayılı Kanun’a aykırılık bulunmadığı kabul edilmelidir. Kanaatimizce de Yargıtay’ın bu yaklaşımı isabetlidir. Böyle bir durumda, mahkemece, işin niteliği ve özelliğinin bu tür yabancı terim ve tabirlerin aynen kullanılmasını zorunlu kılması gereğinin yönteminde araştırılması gereklidir¹⁵⁸. İşin niteliği ve özelliği yabancı terim ve tabirlerin aynen kullanılmasını zorunlu kılmadığı halde, örneğin Türkçe düzenlenmesi gereken sigorta poliçesinde yabancı dilde klotlar yer almış ise bunların sigorta şirketi lehine nazarı itibara alınmaması gereklidir. Ancak her hâl ve kârda, söz konusu yabancı klotları sigorta poliçesine ekleyen sigorta şirketinin uyumsuzluk durumunda bunların geçersizliğini ileri sürmesi iyi niyet kurallarına aykırı olup hakkın kötüye kullanılması sayılır¹⁵⁹.

SONUÇ

Cumhuriyetin ilk yıllarındaki koşullar gereğince iktisadî müesseselerde Türkçe kullanımı zorunluluğu getiren 805 sayılı Kanun’un; tarihsel bir dönemi temsil ettiği, Anayasa m. 48 hükmündeki ve borçlar hukukundaki sözleşme özgürlüğü ilkesiyle uyumadığı ve günümüz koşulları ile bağdaşmadığı yönündeki genel eleştirilere biz de katılmaktayız. Ancak bu haklı eleştiriler, mevcut hâliyle yürürlükte olan kanunun ihmal edilmesini ve uygulanmamasını gerektirmez. Çalışmamızda incelenen yargı kararlarından da anlaşılacağı üzere, Kanun, geniş bir uygulama alanına sahip ve emredici hükümler içeren bir kanun olmasına rağmen Mahkemelerce resen uygulanmamakta, taraflarca 805 sayılı Kanun’a aykırılık iddiası dile getirildiği takdirde bu yönde bir inceleme yapılmaktadır.

¹⁵⁷ Y. 11. HD, 29.01.2010, E. 2009/12991, K. 2010/981 sayılı kararı (UYAP).

¹⁵⁸ **Alışkan**, s. 368-369; **Bahtiyar**, 805 Sayılı Kanun, s. 1748.

¹⁵⁹ Bu konuda detaylı değerlendirmeler için bkz. **Karayalçın, Yaşar**: Taşıma Sigortalarında “All Risks” (Bütün Riskler) Klotu, Sorumluluk ve Sigorta Hukuku Bakımından Eşya Taşımacılığı Sempozyumu, Bildiriler-Tartışmalar, Ankara 1984, s. 214; **Bahtiyar, Mehmet**: Sigorta Poliçesi Özel Koşulları, Genel Koşullardan Ayırdedilmesi ve Bazı Sorunlar, Prof. Dr. Ali Bozer’e Armağan, Ankara 1998, s. 144-145.

Kanunun kapsamı şirket ve müesseselerin tâbiyeti esasına dayalı bir ayrıma göre belirlenmiştir. Kanunun 1. maddesinde, Türk tâbiyetindeki şirket ve müesseselerin, Türkiye dâhilindeki her türlü işlem, sözleşme, haberleşme, hesap ve defterlerini Türkçe tutmakla yükümlü oldukları ifade edilmiş; 2. maddesinde ise, Türkiye’de faaliyet gösteren yabancı şirket ve müesseseler için bu zorunluluk, Türk tâbiyetindeki kişi ve kuruluşlarla yaptıkları yazışma, işlem ve temasları ile Türk resmî makamlarına ibraz etmek zorunda oldukları defter ve belgelere hasredilmiştir. Kanun’un 2. maddesinde “mukavele” sözcüğüne yer verilmemesi doktrinde ve uygulamada tartışma yaratmış ise de, yabancı şirket ve müesseselerin Türk şirket ve müesseseler ile Türkiye’de yapmış oldukları sözleşmelerinden de bu madde kapsamına dâhil olduğu ve Türkçe düzenlenmesi gerektiği görüşüne iştirak etmekteyiz. Zira yabancı şirket ve müesseselerin taraf olduğu sözleşmeler çoğu zaman sadece taraf itibarıyla yabancılik unsuru taşımakta; bunun haricinde sözleşmenin imzalanması, ifası ve diğer tüm unsurları Türkiye dâhilinde cereyan etmektedir. Bu nevi bir sözleşmenin Türkçe dışında bir dilde yapılmaması gerektiğini düşünmekteyiz. Yine doktrinde tartışmalı olmakla birlikte, Kanun’a aykırılığın yaptırımının düzenlendiği 4. maddenin de bir geçerlilik ya da yorum hükmü değil, ispat hukukuna ilişkin bir hüküm olduğu kanaatindeyiz.

Sonuç olarak, 805 sayılı Kanun’un günümüz koşulları, ekonomik gereksinimler, yabancı sermayenin teşviki ve uluslararası ticaret hukukunun gelişimi göz önüne alınarak revize edilmesi; tarafı itibarıyla yabancılik unsuru ihtiva eden özel hukuk ilişkilerine dair işlem, sözleşme ve yazışmaların, özellikle milletlerarası ticari sözleşmelerin Kanun’un kapsamından çıkarılması önerisine¹⁶⁰ biz de iştirak etmekteyiz. Bu şekilde Kanun’un sadece Türk tâbiyetindeki şirket ve müesseselerin sadece Türkiye dâhilindeki, yani yerel nitelikteki sözleşme, yazışma ve işlemlerini Türkçe yapmalarına hasredilmesi daha uygun olacaktır.

KISALTMALAR

- BAM : Bölge Adliye Mahkemesi
BK : 818 sayılı (mülga) Borçlar Kanunu
Bkz. : bakınız
C. : Cilt
dn. : dipnot
E. : Esas
ETK : 6762 sayılı (mülga) Türk Ticaret Kanunu
HD : Hukuk Dairesi

¹⁶⁰ Bkz. Cerrahoğlu, s. 434; Alışkan, s. 372.

- HGK : Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
HMK : 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu
HUMK : 1086 sayılı (mülga) Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
İBK : Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı
K. : Karar
KHK : Kanun Hükmünde Kararname
m. : madde
MÖHUK: 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve
Usul Hukuku Hakkında Kanun
MTK : 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu
RG : Resmî Gazete
TBK : 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
TDK : Türk Dil Kurumu
TMK : 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu
TTK : 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu
S. : Sayı
s. : sayfa
SMK : 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu
UYAP : Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi
vd. : ve devamı
Y. : Yargıtay
YKD : Yargıtay Kararları Dergisi

KAYNAKÇA

- **Akıncı, Ziya:** Milletlerarası Tahkim, Genişletilmiş ve Güncelleştirilmiş 5. Baskı, İstanbul 2020.
- **Alışkan, Murat:** İktisadi Müesseselerde Türkçe Kullanma Zorunluluğu, Erzurum Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 9, S. 1-2, s. 349-377.
- **Arat, Tuğrul:** Ticaret Şirketlerinin Tâbiyeti, Ankara 1970.
- **Arıkan, Mustafa:** 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda Genel İşlem Koşullarının Yazılmamış Sayılması Kavramı ve Bunun Sözleşmeye Etkisi, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 7, S. 3, Aralık 2012, s. 19-28.
- **Bahtiyar, Mehmet:** 805 Sayılı "İktisadi Müesseselerde Türkçe Kullanılması Hakkında Kanun"un Kapsamı ve Yapıtırımı Sorunu, Prof. Dr. Hüseyin Ülgen'e Armağan, C. 2, İstanbul 2007, s. 1731-1750. (Kısaltma: 805 Sayılı Kanun)

- **Bahtiyar, Mehmet:** Sigorta Poliçesi Özel Koşulları, Genel Koşullardan Ayır-
dedilmesi ve Bazı Sorunlar, Prof. Dr. Ali Bozer'e Armağan, Ankara 1998,
s.133-148.
- **Cerrahoğlu, Fadlullah:** Yabancı Sermaye İle İlgili Bazı Ticaret Hukuku Sorun-
ları, Türk Ticaret Kanunu'nun 30. Yılı Semineri, İstanbul 1988, s. 427-448.
- **Doğan, Vahit:** Teminat Mektupları, Gözden Geçirilmiş 5. Bası, Ankara 2015.
- **Doğanay, İsmail:** Sermaye Şirketlerinin ve Özellikle Anonim Şirketlerin Ta-
biiyeti, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C. 13, S. 1, 1985, s. 65-78.
- **Doğanay, İsmail:** Ticari Alım-Satım Akdi ve Nevileri, Ankara 2003.
- **Ekinci, Akın/Durukanoğlu, Nihayet: Türk Hukukunda ve Bankacılık Uy-
gulamasında Teminat Mektupları (Garanti ve Kontrgarantiler),** İstanbul
2016.
- **Ekşi, Nuray:** Milletlerarası Deniz Ticareti Alanında "Incorporation" Yoluyla
Yapılan Tahkim Anlaşmaları, Tıpkı 2. Basım, İstanbul 2010.
- **Elçin Grassinger, Gülçin:** Borçlar Kanunu'na Göre Kefilin Alacaklıya Karşı
Sahip Olduğu Savunma İmkânları, İstanbul 1996.
- **Eren, Fikret:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 24. Baskı, Ankara 2019.
- **Erkan, Mustafa:** Tahkim Şartının Ayrılabilirliği Prensibinin Asıl Sözleşmenin
Yokluğu Durumunda Değerlendirilmesi, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dergisi C. 17, S. 1-2, 2013, s. 535-562.
- **Esen, Emre:** İktisadi Müesseselerde Mecburî Türkçe Kullanılması Hakkında
Kanun'un Milletlerarası Tahkim Anlaşmaları Üzerindeki Etkisi, Public and
Private International Law Bulletin, C. 40, S. 1, Haziran 2020, Prof. Dr. Cemal
Şanlı'ya Armağan, s. 203-229.
- **Gündüz, Ş. Deren:** 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kefalet Sözleş-
mesinin Şekli, İstanbul 2015.
- **Kırca, İsmail:** İktisadî Müesseselerde Mecburî Türkçe Kullanılması Hakkın-
da Kanun Üzerine, Prof. Dr. Hüseyin Ülgen'e Armağan, İstanbul 2007, C. 2,
s. 1929-1947.
- **Kuru, Baki:** Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. II, 6. Bası, İstanbul 2001.
- **Moroğlu, Erdoğan:** Anonim Ortaklıkların Tabiiyeti ve Tanınması, Milletle-
rarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, C. 22, S. 2, s. 413-419.
- **Nomer, Ergin:** Devletler Hususî Hukuku, Yenilenmiş 22. Bası, İstanbul 2017.
- **Oğuzman, M. Kemal/Barlas, Nami:** Medenî Hukuk, 24. Bası, İstanbul 2018.
- **Oğuzman, M. Kemal/Öz, M. Turgut:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I,
16. Bası, İstanbul 2018. (Kısaltma: C. I)
- **Oğuzman, M. Kemal/Öz, M. Turgut:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. II,

10. Bası, İstanbul 2013.

- **Okutan Nilsson, Gül:** Anonim Ortaklık Payscaleleri Sözleşmeleri, İstanbul 2004.
- **Öztürk Akkartal, Hanife/Kandıralıoğlu Cuyulan, Çağla:** Şirketler Hukukunda Yan Sözleşmeler, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 15, S. 2, Temmuz 2016, s. 377-419.
- **Pekcanitez, Hakan/Özekes, Muhammet/Akkan, Mine/Taş Korkmaz, Hülya:** Pekcanitez Usûl - Medenî Usûl Hukuku, İstanbul 2017.
- **Reisoğlu, Seza:** Banka Teminat Mektupları ve Kontrgarantiler, 4. Bası, Ankara 2003. (Kısaltma: Teminat Mektupları)
- **Reisoğlu, Seza:** Banka Teminat Mektupları Uygulamalarında Ortaya Çıkan Başlıca Sorunlar, Bankacılık Dergisi, S. 77, 2011, s. 84-107. (Kısaltma: Sorunlar)
- **Şanlı, Cemal:** Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, 7. bası, İstanbul 2019.
- **Şanlı, Cemal/Esen, Emre/Ataman Figanmeşe, İnci:** Milletlerarası Özel Hukuk, 7. Bası, İstanbul 2019.
- **Tandoğan, Halûk:** Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. II, Dördüncü Tıpkıbasımdan Beşinci Tıpkıbasım, İstanbul 2010.
- **Türkiye Barolar Birliği,** Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Toplantıları I-II-III, Ankara 2008.
- **Umar, Bilge:** Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Ankara 2011.
- **Yılmaz, Ejder:** Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, C. II, Ankara 2017. (Kısaltma: C. II)
- **Yılmaz, Ejder:** Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, C. III, Ankara 2017. (Kısaltma: C. III)

AMACIN İFA DIŞI YOLDAN GERÇEKLEŞMESİ VE AMACIN ORTADAN KALKMASI

Accomplishment of Purpose out of Performance and Loss of Purpose

Semin ÇEĞİNDİR*

Geliş Tarihi: 20.05.2020 Kabul Tarihi:31.08.2020

ÖZET

Amacın ifa dışı yoldan gerçekleşmesi ve amacın ortadan kalkması kavramlarındaki 'amaç' ile kast edilen, sözleşmenin objektif amacıdır. Amacın ifa dışı yoldan gerçekleşmesinde, alacaklı, borçlunun edimi dışında bir yolla tatmin edilmiş olmaktadır. Amacın ortadan kalkması halinde ise, ifa konusu edim ortadan kalktığından, alacaklının tatmin edilmesi de artık imkansız bir hal almaktadır. Amacın gerçekleşmesinin ve ortadan kalkmasının hukuki niteliğine ilişkin iki farklı görüş bulunmaktadır. Hakim olan görüş, amacın gerçekleştiği ve ortadan kalktığı durumların alacaklı temerrüdü değil, objektif imkansızlık teşkil ettiğiidir. Bununla birlikte, konuya ilişkin temel problem, imkansızlığın meydana gelmesinden sonra karşı edim hasarına kimin katlanacağına yöneliktir. Neticede, imkansızlığın meydana gelmesinde ne borçlunun ne de alacaklının bir kusuru bulunmaktadır. Türk Borçlar Kanunu'nda ifa imkansızlığına yönelik hüküm, sorunu çözmede yetersiz kalmaktadır. Bu sebeple, öğretilde, adına riski dağıtmaya yönelik çeşitli fikirler ortaya atılmıştır. Borçlunun etki alanında gerçekleşen imkansızlıkta TBK m. 136 hükmü sorunu çözmek adına yeterlidir. Fakat alacaklının etki alanında gerçekleşen imkansızlık için TBK m. 136 hükmünde örtülü boşluk olduğu kabul edilmelidir. Bu durumda alacaklı, en azından, borçlunun ifayı gerçekleştirmek adına yaptığı masrafları karşılamalıdır. Hakim, dürüstlük kuralı çerçevesinde karar vererek menfaat dengesini sağlamalıdır.

Anahtar Kelimeler: Amacın gerçekleşmesi, amacın ortadan kalkması, objektif imkansızlık, sonraki imkansızlık, amacın boşa çıkması.

ABSTRACT

The 'purpose' term in the notions of the accomplishment of purpose and loss of purpose refers to the objective purpose of the agreement. In the first case the creditor is satisfied prior to the performance by the debtor, while in the latter satisfaction of the creditor becomes impossible due to the impossibility of the performance. There are two different opinions about in which scope these cases are included. It is commonly accepted that both concepts lead to the objective impossibility of performance, not the default of the creditor. The matter of debate is about that whom is to bear the damage of counter performance when the impossibility occurs. Neither the debtor, nor the creditor is responsible for he occurrence of impossibility. The provision regarding the impossibility of performance in Turkish Code of Obligations is not sufficient in itself in solving the problem. For this reason, in doctrine, different opinions on risk distribution are improved. It is better to discuss the results in cases of accomplishment of purpose and loss of purpose differently. The provision 136 of TCO is sufficient to solve the problem by means of the impossibility occurs in the sphere of control of the debtor. However, it should be accepted that there is a gap in the said provision when the impossibility occurred in the sphere of control of the creditor. In this case, the creditor should, at least, cover the expenses that the debtor made to perform. The court decides within the scope of good faith and balance the interests.

Key Words: Accomplishment of purpose, loss of purpose, objective impossibility, subsequent impossibility, frustration of purpose.

* Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı kayıtlı Yüksek Lisans Öğrencisi, E-posta: scegindir@ankara.edu.tr, ORCID ID: 0000-0003-0855-190X.

GİRİŞ

‘Amaç’, temel olarak, bir insan eyleminin anlamlı hedefi ya da niyetlenilmiş fakat henüz elde edilmemiş başarısı anlamına gelmektedir¹. Her hukuki işlem ve hareket, altında yatan bir amaç taşımaktadır². Taraflar, bir amaca ulaşmak, bir menfaat elde etmek için sözleşme kurarlar. En doğal haliyle, sözleşmedeki amaca borçlunun borcunu ifa etmesiyle ulaşılmaktadır. Fakat, bazı hallerde, sözleşmenin amacı ifa dışı bir yoldan gerçekleştirilebileceği gibi ortadan da kalkabilir. Çalışmamızın konusu, bahsedilen bu kavramlar üzerinedir. Çünkü, hukuki tabirle “amacın ifa dışı yoldan gerçekleşmesi” ve “amacın ortadan kalkması” olguları öğretide pek yer etmiş olmasa da gündelik hayatta karşımıza çıkmaktadır.

Mevcut kavramlar hakkındaki ilk çalışmalar Alman orijinlidir. Bu konuda bilinen ilk değerlendirmeleri Alman Medeni Kanunu’nun (BGB) yürürlüğe girmesinden önce 1900’lü yılların başında *Klein* yapmıştır³. *Klein*’ı, konu hakkında yine kapsamlı ve nispeten daha yakın tarihli değerlendirmeleri bulunan, çalışmamızda da adını sıkça zikredeceğimiz *Beuthien* izlemiştir. Dolayısıyla, mevcut kavramlar ele alınırken Alman Hukukuna ve hukukçularına sık sık atıf yapma gereği duyulmuştur. Türk Hukukunda ise, konuyla ilgili çalışmalar yakın zamana kadar sınırlı sayıda ve bu kavramları inceleyenlerin başında *Serozan* gelmektedir.

Hakim görüşe göre, “amacın gerçekleşmesi” ve “amacın ortadan kalkması” kavramları, objektif ifa imkânsızlığı olarak kabul edilmektedir. Bu sebeple çalışmamızın bir bölümü, ‘İmkânsızlık’ konusuna ilişkindir.

Çalışmada, öncelikle, ‘amacın ifa dışı yoldan gerçekleşmesi’ ve ‘amacın ortadan kalkması’ kavramları örnekler eşliğinde ele alınmış, bu kavramların hukuki niteliğiyle ilgili tartışmalara yer verilmiş ve sonrasında hukuki sonuçlarının neler olacağı açıklanmaya çalışılmıştır.

I. AMACIN GERÇEKLEŞMESİ VE AMACIN ORTADAN KALKMASI KAVRAMLARI

Amacın gerçekleşmesi ve ortadan kalkmasında ‘amaç’tan kasıt, sözleşmenin ‘objektif amacı’nın gerçekleşmesi veya ortadan kalkmasıdır⁴.

¹ BEUTHIEN, Volker: *Zweckerreichung und Zweckstörung Im Schuldverhältnis*, Tübingen 1969, s. 34; KLINKE, Ulrich: *Causa und genetisches Synallagma - Zur Struktur der Zuwendungsgeschäfte*, Dissertation Köln, Berlin 1983, s. 20.

² KLINKE, *Causa und genetisches Synallagma*, s. 20.

³ Bkz. KLEIN, Peter: *Untergang der Obligation durch Zweckerreichung*, Berlin 1905.

⁴ SEROZAN, Rona (KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/HATEMİ/ARPAÇI ile Beraber) : *İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme*, 5.Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2009, § 13 s. 158; KURT, L. Müjde: *Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkânsızlık (TBK m.136)*, Yetkin Yayınları, Ankara 2016, s. 103.

Burada edim, sadece borçlu için değil, herkes için imkansızlaştığından ‘objektif imkansızlık’tan bahsedilir. Bununla birlikte, edimin ifası geçici bir süre için değil, zaman yönünden nihai olarak ifa edilemez hale geldiğinden imkansızlık süreklidir⁵. Sözleşme kurulduğunda söz konusu edim mevcutken, imkansızlık sonradan doğduğu için ‘sonraki imkansızlık’ gündeme gelmektedir⁶.

A. AMACIN İFA DIŞI YOLDAN GERÇEKLEŞMESİ (ZWECKERREICHUNG)

Borç ilişkisinin temel amacı, borçlunun veya borçlunun yetkili kıldığı bir üçüncü kişinin borç konusu edimi yerine getirerek alacaklıyı tatmin etmesi ile gerçekleşir. Amacın ifa dışı yoldan gerçekleşmesinde, borç ilişkisinin temel amacı, borçlunun herhangi bir katkısı olmaksızın gerçekleşmektedir. Karaya oturan geminin dalgaların yükselmesiyle yüzmeye başlaması⁷, budanması planlanan bir ağacın şiddetli fırtınada dallarının kırılması⁸ hallerinde durum böyledir.

Teknik olarak, borçlunun edim eylemi olmaksızın ifanın yerine getirilmesi söz konusu olamaz⁹. Diğer bir ifadeyle amaç, borçlunun edimi olmaksızın gerçekleştiğinde artık ‘ifa etme’den söz edilemez. Dolayısıyla amaç, borçlunun veya borçlunun yetkilendirdiği üçüncü bir kişinin edimi olmadan gerçekleştiğinden, bu hal, ‘ifa imkansızlığı’ olarak kabul edilmektedir. Klasik bir örnek; doktor çağırın hastanın doktor gelmeden evvel kendiliğinden iyileşmesidir. Doktor tedavi işlemini halen icra edebilir olsa da hasta, zaten iyileştiği için bu teknik anlamda bir ifa etme olmayacaktır¹⁰. Borçlu, edimini ifa etme iradesinde olmasına rağmen, mevcut edim sonucu borçlunun edimiyle gerçekleşmediğinden artık bir ‘imkânsızlık’ durumu gündeme gelmektedir¹¹.

Amacın gerçekleşmesi, alacaklının etki alanında, fakat hiçbir şekilde alacaklının kusurundan veya iradesinden kaynaklanmayan, beklenmedik bir sebepten meydana gelmektedir. Amacın gerçekleşmesi, ekseriyetle, doğa olaylarının sonucunda olabileceği gibi (Bir seti yıkmak için görevlendirilmiş işçinin yıkıma başlamadan setin depremde yıkılması); üçüncü bir kişinin

⁵ CANBOLAT, Ferhat: Sözleşmelerde Amacın Gerçekleşmesi Çökmesi ve Boşa Çıkması, Yetkin Yayınları, Ankara 2012, s. 151.

⁶ BEUTHIEN, s. 16, 68, 305; RÖDL, Julia: Die Spannung Der Schuld, Duncker&Humblot, Berlin 2002, s. 32; bkz. ALTUNKAYA, Mehmet: “Edimin Başlangıçtaki İmkânsızlığı” (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Selçuk Üniversitesi, Konya 2004, s.136.

⁷ FIKENTSCHER, Wolfgang/ HEINEMANN, Andreas: Schuldrecht: Allgemeiner und Besonderer Teil, 11. Auflage, De Gruyter Studium, 2017, § 43 II 3 p.393, s. 235.

⁸ FIKENTSCHER/HEINEMANN, § 43 II 3 p. 393, s. 235.

⁹ SEROZAN, § 13 s. 158.

¹⁰ DECKENBROCK, Christian/ HÖPFNER, Clemens : Bürgerliches Vermögensrecht, UTB, 2015, § 23, s. 163.

¹¹ BECKER, Maximilian: Absurde Verträge, Mohr Siebeck, Tübingen 2013, s. 227; AKSOY, s. 11; AKBULUT, s. 192.

davranışı (garajın önünü kapatan bir aracın çekilmesi için çağrılan çekicinin gelmesinden önce, araç sahibi tarafından aracın kaldırılması) neticesinde de ortaya çıkabilir¹².

B. AMACIN ORTADAN KALKMASI (ZWECKFORTFALL)¹³

Amacın ortadan kalkması durumunda borç ilişkisinin temel amacı çökmüş, edim konusu ortadan kalkmıştır. Amacın gerçekleşmesinde alacaklı, ifa dışı bir yoldan istediği sonuca ulaşırken; amacın ortadan kalkmasında, alacaklının tatmin edilmesi, borç konusu edimin ifası, imkansız bir hal almıştır.

Amacın ortadan kalkması, en yaygın biçimiyle, sözleşme konusunun yok olması veya üzerinde edim ifa edilemez hale gelmesi şeklinde gerçekleşebilir¹⁴. Bu sebeple, edim, sadece borçlu için değil, kimse tarafından yerine getirilemeyecek olduğundan, objektif imkansızlığın meydana geldiği kabul edilmelidir¹⁵. Tedavi olmak amacıyla doktor çağırılan bir hastanın doktor gelmeden ölmesi, kurtarma gemisi çağırılan geminin kurtarma gemisi gelmeden batması ve boyanacak bir evin boyanamadan yanması konuya ilişkin verilen tipik örneklerdendir¹⁶.

Borç ilişkisinin amacı, alacaklının şahsından kaynaklanan bir sebepten dolayı da gerçekleşmemiş olabilir. Örneğin, belirli kan ve kanama hastalıkları yüzünden ameliyat olamayan hastalarda durum böyledir¹⁷. Elbette burada, alacaklının kusurundan değil, yapısından kaynaklanan özel bir nedenden dolayı edim gerçekleştirilememektedir¹⁸. Başka bir örnek, Alman Federal Mahkemesi kararına konu olmuş ve mahkemece ‘imkansızlık hali’ olarak nitelendirilmiştir. Olayda, seyahat sözleşmesi yapan alacaklı durumundaki müşteri, seyahat edeceği ülkeye giriş için gerekli prosedür olan çiçek aşısını, daha önce geçirdiği ağır bir hastalık sebebiyle yaptıramamış, bu sebeple planlanan seyahat gerçekleştirilememiştir¹⁹.

¹² CANBOLAT, s. 126.

¹³ *Canbolat*, “amacın ortadan kalkması” ifadesi yerine “amacın çökmesi” ifadesini kullanmaktadır.

¹⁴ TOPUZ, Seçkin / CANBOLAT, Ferhat: “Türk-İsviçre ve Alman Borçlar Hukukunda İmkânsızlığın Düzenlenişi”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.57, S.3 , 2008, s. 691, SEROZAN s. 158 vd.

¹⁵ CANBOLAT, s. 155.

¹⁶ FIKENTSCHER, Wolfgang/ HEINEMANN, Andreas: Schuldrecht: Allgemeiner und Besonderer Teil, 11. Auflage, De Gruyter Studium, 2017, § 43 II 3 p. 393, s. 236.

¹⁷ SEROZAN, § 13 s. 159.

¹⁸ SEROZAN, § 13 s. 159.

¹⁹ BGH 30.11.1972 (VII ZR 239/71), NJW 1973, s. 318-321. Karar hakkında detaylı bilgi için bkz. CANBOLAT, s.155.

II. HUKUKİ NİTELİĞİ

Amacın gerçekleşmesi ve ortadan kalkması halinde hukuki sonuçların ortaya konabilmesi için anılan kavramların hukuki niteliğinin tespit edilmesi gerekmektedir. Türk Hukukunda anılan kavramlara yönelik açık ve direkt bir yasal düzenleme mevcut değildir.

Amacın gerçekleşmesi ve ortadan kalkmasının ne tür bir ifa engeli kapsamına sokulacağı üzerine iki temel görüş bulunmaktadır. Bu konuda hâkim görüş 'objektif imkânsızlık' görüşüdür. Diğer bir görüş ise, fazla taraftar bulmamış olan 'alacaklı temerrüdü' görüşüdür. Bunlar, sonraki bölümde ele alınacaktır. Fakat öncelikle, doktrindeki tartışmaları daha iyi açıklamak adına 'imkansızlık' kavramının Türk-İsviçre ve Alman Hukukundaki görünümüne kısaca değinmek faydalı olacaktır.

A. TÜRK HUKUKUNDA İMKÂNSIZLIK KAVRAMI

Türk hukukunda imkansızlık, çeşitli ayrımlara tabi tutulmuştur. Bunlardan biri, imkansızlığın, objektif ve sübjektif imkansızlık olarak ayrıldığı durumlardır. Objektif imkansızlıkta, borcun ifası sadece borçlu açısından değil, herkes açısından imkansızlaşmıştır²⁰. Amacın gerçekleşmesi ve ortadan kalkmasında amacın imkansızlaşması, daha sonra da izah edileceği üzere, 'objektif imkansızlık' kapsamında değerlendirilmektedir. 'Sübjektif imkansızlık'ta ise, borcun ifası sadece borçlu için imkansız bir hal almıştır.

İfa engel, devamlılık arz ediyorsa 'sürekli imkansızlık'tan; engel, geçici bir süreliğine ise ve kalktığında edim ifa edilebiliyorsa 'geçici imkansızlık'tan bahsedilir²¹. Geçici imkansızlıkta, imkansızlık bir süre sonra ortadan kalktığında edimin ifası mümkün olduğu için, gerçek manada bir imkansızlık meydana geldiği kabul edilemez. Bu sebeple geçici imkansızlık halinde genelde temerrüt hükümleri uygulama alanı bulmaktadır²². Amacın gerçekleşmesi ve ortadan kalkmasında, imkansızlık, bir süre sonra ortadan kalkmaz, bu sebeple 'sürekli'dir.

²⁰ KILIÇOĞLU, Ahmet: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 14. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2012, s. 643; TOPUZ/CANBOLAT, s. 677; ALTUNKAYA, s. 111; REİSOĞLU, Sefa: Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 01.07.2012 Tarihinde Yürürlüğe Giren Yeni Borçlar Kanunu'na Göre Hazırlanmış Yirmüçüncü Bası, İstanbul, Beta Yayınları, 2012, s. 347.

²¹ ALTUNKAYA, s. 118-121; BAŞPINAR, Veyssel: Borç Sözleşmelerinin Kısmi Butlanı, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1998, s. 121; ALTAŞ, Hüseyin: "Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkânsızlık" (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara Üniversitesi, Ankara 1991, s. 22-23; DURAL, Mustafa: Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkânsızlık, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1976, s. 100. Yargıtay'ın geçici imkansızlığa ilişkin görüşü için bkz. YHGK. E. 2010/15-193, K. 2010/235, T. 28.04.2010 (lexpera.com.tr, E.T. 10.08.2020).

²² ALTAŞ, s. 23; DURAL, Mustafa: Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkânsızlık, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1976, s. 115; KURT, s. 170.

İmkansızlık, ‘sözleşmenin kurulmasından önce’ veya ‘sözleşmenin kurulmasından sonra’ gerçekleşebilir. Esasen, sözleşmenin kurulmasından önceki imkansızlıkta ‘kusura’ değil, imkansızlığın ‘objektif mi subjektif mi’ olduğuna dikkat edilmelidir. İmkansızlık objektifse, sözleşme geçersiz olmaktadır²³. Yani, sözleşmenin kurulmasından önceki objektif imkânsızlıkta borçlu imkansızlığı biliyor olsa da olmasa da sözleşme, TBK m. 27 gereğince kesin hükümsüzdür. Borçlu imkansızlığı biliyorsa, alacaklıya karşı dürüst davranmadığı için sorumluluğu doğacak ve karşı tarafın menfi zararını ödemek zorunda kalacaktır²⁴. Borçlu imkansızlığı bilmiyorsa her iki taraf için de hak ve borç doğmamakta, fakat borçlunun önceden aldığı bir şey varsa sebepsiz zenginleşme hükümlerince iade etmesi gerekmektedir²⁵. Sözleşmenin yapılmasından önceki imkânsızlık subjektif imkânsızlıkta sözleşme geçerli olup borçlu borcunu ifa ile yükümlüdür, eğer borçlu, borcunu kusuruyla ifa etmezse TBK 112’nci maddesi uyarınca alacaklının zararını tazmin edecektir²⁶.

‘Sözleşmenin yapılmasından sonraki imkânsızlık’ta ise, uygulanacak hükümler bakımından sınıflandırma yapılabilir:

İfa imkansızlığına borçlunun kusuruyla sebep olduğu hallerde gidilecek hüküm, borcun ifa edilmemesine ilişkin TBK m. 112’dir. Buna göre; “Borç hiç veya gereği gibi ifa edilmezse borçlu, kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe, alacaklının bundan doğan zararını gidermekle yükümlüdür.” Hükümden, borçlunun imkansızlığa sebep olduğu, bu sebeple edimini ifa etmediğinde borç ilişkisinin devam ettiği anlaşılmaktadır.

İfa imkansızlığına, alacaklı da kendi hareketiyle sebep olabilir. Örneğin, römorkör çağırın karaya oturmuş bir geminin kaptanı kendi çabalarıyla gemiyi yüzdürürse, alacaklının yol açtığı bir ifa imkansızlığından söz edilir²⁷. Alacaklının sorumlu olduğu ifa imkansızlığı bakımından, kanunda başvurulacak direkt bir hüküm bulunmamaktadır. Bu bakımdan, TBK m. 136’nın alacaklının imkansızlığa sebep olduğu hallerde uygulanıp uygulanmayacağı tartışmalıdır²⁸. Hâkim görüşüne göre, alacaklının sorumlu olduğu ifa imkânsızlığında karşı edim hasarına da alacaklı katlanmalı, borçlu da borcundan kurtulmakla yapmaktan kurtulduğu masraflar düşülmek suretiyle karşı edimi (ücreti) elde etmelidir²⁹.

²³ NOMER, Halûk N.: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 15. Bası, Beta Yayınları, İstanbul 2017, n. 178.1.

²⁴ OĞUZMAN, Kemal/ ÖZ, Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 8.Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2010, s.78.

²⁵ Yarg. 15. HD., E. 2005/1974, K. 2006/2012, T. 5.4.2006 (kazanci.com, E.T. 09.08.2020).

²⁶ OĞUZMAN/ÖZ, s.78.

²⁷ SEROZAN, § 13 s. 159.

²⁸ Tartışmalara ilişkin bkz.: KURT, s. 200 vd.

²⁹ ŞAFAK, Esmâ Elif: “ Teorik Boyutuyla İfa İmkansızlığı” (Yayımlanmamış Doktora Tezi), İstanbul Üniversitesi, İstanbul 2019, s. 333; DECKENBROCK/ HÖPFNER, § 23, s. 163; BECKER, Hermann: Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band

Serozan, imkansızlığa doğal anlamda bizzat kusuruyla yol açan alacaklının karşı edim hasarının tümünü yükleneyeceğini ifade etmektedir³⁰. Esasen, bahsedilen görüş, Alman Hukukundaki BGB § 326/2 temellidir. *Oğuzman/Öz* de bu görüşün Borçlar Kanunu'nun ruhuna uygun olduğunu düşünürken³¹, aksi yönde görüşler de mevcuttur. *İnceoğlu*, BGB § 326'nın uygulanmasının kanunun sistemine uygun düşmediği; alacaklı yüzünden ifanın imkânsızlaştığı hallerde iki tarafın da borcunun sona ereceği, alacaklının, akdin müspet ihlâli nedeniyle borçlunun zararını TBK m. 112 uyarınca tazmin edeceği görüşündedir³².

Sonraki imkansızlık, *borçlunun da alacaklının da kusuruyla meydana getirmediği bir sebepten* de ileri gelebilir. Nitekim, amacın gerçekleşmesi veya ortadan kalkmasında imkansızlık böyle gerçekleşmektedir³³.

Sonraki imkansızlık, tarafsız etki alanında ya da borçlunun etki alanında elde olmayan bir nedenle meydana gelebilir. Örneğin, doktor, hastaya giderken yolda trafik kazası geçirip ölürse durum böyledir³⁴. Bu gibi hallerde ifa imkansızlığının düzenlendiği TBK m. 136 hükmüne bakılmaktadır³⁵. TBK m. 136/1; "Borcun ifası borçlunun sorumlu tutulamayacağı sebeplerle imkânsızlaşırsa, borç sona erer." ifadesiyle ana kuralı koymaktadır. TBK m. 136'ya gidilebilmesi için gereken şartlar; edimin yerine getirilmesinin sözleşme kurulduktan sonra imkansız hale gelmesi ve imkansızlıktan borçlunun sorumlu olmamasıdır³⁶. TBK m. 136/2'ye göre; karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde, edimin ifası borçlunun kusuru olmaksızın imkansız hale geldiyse borçlunun borcu sona ererken, karşı edimi yerine getirme yükümlülüğü ortadan kalkmaktadır. Borçlu, önceden bir şey almışsa bunları sebepsiz zenginleşme hükümlerince iade etmelidir. Fakat TBK m. 136/2'nin son cümlesinden anlaşıldığı üzere; temel prensibin aksine bir durum kanunla ya da tarafların iradesiyle sözleşmede kararlaştırılabilir³⁷. Böylelikle, borçlunun karşı edimi talep edebilmesi mümkün kılınabilir.

Sonraki imkansızlık, alacaklının etki alanında fakat onun elinde olmayan bir sebeple de meydana gelebilir. Kurtarılacak gemi, kurtarma gemisi

VI: Obligationenrecht, 1. Abteilung: Allgemeine Bestimmungen, Art 1-183 OR, Bern 1945, Art. 119, N. 8; WIEGAND, Wolfgang: Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 6. Auflage, Hrsg. Heinrich Honsell, Nedin Peter Vogt, Wolfgang Wiegand, Basel 2015, Art. 119, N. 14.

³⁰ SEROZAN, § 13 s. 159.

³¹ OĞUZMAN, M. Kemal/ ÖZ, Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt I, İstanbul 2018, N. 1193

³² İNCEOĞLU, Murat: "İfanın Alacaklı Yüzünden İmkânsızlaşması", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 57, S. 4, s. 243-244.

³³ CANBOLAT, s. 155-156; SEROZAN, § 13 s. 159.

³⁴ SEROZAN, § 13 s. 159.

³⁵ Örnek Yargıtay kararları: Yarg. 19. HD., E. 2016/9422, K. 2018/1089, T. 1.3.2018; Yarg. 13. HD., E. 2017/3657, K. 2018/10801, T. 19.11.2018 (kazanci.com, E.T. 09.08.2020).

³⁶ Yarg. 13. HD, E. 2016/7066, K. 2019/4063, T. 27.3.2019 (kazanci.com, E.T. 09.08.2020).

³⁷ DURAL, s. 165-166; ALTAŞ, s. 78. Detaylı bilgi için bkz. CANBOLAT, s. 167.

gelmeden fırtınada batarsa, imkansızlık bu şekilde meydana gelmiş olur³⁸. Bu halde sonuçların ne olacağına ilişkin direkt bir düzenleme kanunda bulunmamaktadır, çözüm, öğretilerde tartışılmaktadır. Konuyla ilgili tartışmalara, amacın gerçekleşmesi ve ortadan kalkmasının hukuki sonuçlarının açıklandığı ilerdeki bölümlerde yer verilecektir.

B. ALMAN HUKUKUNDA İMKÂNSIZLIK KAVRAMI

Alman Medeni Kanunu'nda (BGB) yapılan 2002 reformundan önce ilgili kanundaki BGB § 306, başlangıçtaki objektif imkansızlığı düzenlemekteydi³⁹. Buna göre, sözleşme geçersiz ise bunu bilen veya bilmesi gereken taraf, karşı tarafın zararını tazmin edecekti⁴⁰. Reformdan sonra, başlangıçtaki-sonraki imkânsızlık, objektif-subjektif imkânsızlık, fiili imkansızlık ve borçlunun kusurundan kaynaklanan imkânsızlık gibi imkânsızlık türlerinin hepsine hitap eden, BGB § 275 altında, geniş bir 'ifa imkânsızlığı' düzenlemesi yapılmıştır⁴¹.

BGB § 275'in ilk bendinde bahsedilen 'gerçek imkansızlık'tır. Kanundaki ifadeye göre; edimin yerine getirilmesi, borçlu veya herkes için imkansızsa ifayı talep hakkı ortadan kalkmaktadır. Gerçek imkansızlıktan bahsedebilmek için, imkansızlığın geçici değil sürekli nitelikte olması gerekmektedir⁴². Zira, Alman hukukunda edimin yerine getirilememesi geçici süreyle sınırlandırılmışsa borçlu temerrüdü hükümleri gündeme gelmektedir⁴³. Zaten amacın gerçekleşmesi ve ortadan kalkması halleri de gerçek imkansızlık altında kabul edilip bu fıkraya dahil edilmektedir⁴⁴. Hüküm, hem objektif hem sübjektif imkansızlığa yöneliktir⁴⁵. Aynı şekilde borçlunun ihmalle ya da kasten imkansızlığa sebebiyet vermesi de BGB § 275'in uygulanmasında değişiklik yaratmamaktadır, fakat bu durum, tazminat alacağı gibi diğer taleplere de halel getirmemektedir⁴⁶.

³⁸ SEROZAN, § 13 s. 161.

³⁹ AKBULUT, Pakize Ezgi: "Anlamsız-Absürt Edimli Sözleşmelerin İmkânsızlığı (13.1.2011 Tarihli Alman Federal Mahkemesi Kararının Türk-İsviçre Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi)", Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.8, S.2, 2018, s. 188.

⁴⁰ Detaylı bilgi için bkz.; LARENZ, Karl: Lehrbuch Des Schuldrechts, Erster Band, Allgemeiner Teil, 14. Aufl., München 1987, s. 97.

⁴¹ FIKENTSCHER/HEINEMANN, § 43 II 3 p.390, s. 234; AKSOY, Hüseyin Can: Impossibility In Modern Private Law: A Comparative Study Of German, Swiss And Turkish Law And The Unification Instruments Of Private Law, Springer International Pu., Switzerland 2014, s. 12; AKBULUT, s. 192.

⁴² AKBULUT, s. 190.

⁴³ AKBULUT, s. 191.

⁴⁴ BEUTHIEN, s. 132; BECKER, Absurde Verträge, s. 227; FIKENTSCHER/HEINEMANN, § 43 II 3 p.393, s. 235; RAAB, Thomas: Austauschverträge mit Drittbeteiligung, Mohr Siebeck, Tübingen 1999, s. 246.

⁴⁵ FIKENTSCHER/HEINEMANN, § 43 II 3 p.390, s. 234

⁴⁶ FIKENTSCHER/HEINEMANN, § 43 II 3 p.391, s. 234.

BGB § 275/2 ve 3 altında 'fili imkânsızlık' düzenlenmiştir. Buna göre, borçlunun borcu yerine getirmesi teorik olarak mümkünken, ifa için sarf edeceği eforla alacaklının sonuçta elde edeceği menfaat arasında aşırı bir oransızlık olması sebebiyle ifanın borçludan beklenmesinin doğru olmadığı durumlarda borçlu ifadan kaçınabilir. Denize düşen bir yüzüğü bulup çıkarmanın teorikte mümkün fakat ekonomik açıdan mantıksız olması durumu buna bir örnektir⁴⁷.

Son olarak, BGB § 275/4'te imkansızlığın hukuki sonuçları düzenlenmiştir. Buna göre, alacaklının karşı edimi yerine getirme yükümlülüğünden kurtulup kurtulamayacağı meselesi BGB § 326'ya göre belirlenmektedir⁴⁸. BGB § 326/1 hükmüne göre; temel prensipte, imkansızlığın düzenlendiği BGB § 275/1-3'e göre borcunu ifa etmeyen borçlu ücrete hak kazanamaz⁴⁹. Fakat kuralın istinası olan BGB § 326/2'ye göre, alacaklı ifa imkânsızlığına kendisi yol açmışsa, borçlu karşı edime yine de hak kazanır⁵⁰. Karaya oturan gemiyi kurtarması için çağrılan römorkörün gelmesinden önce, gemiyi kaptanı kendi çabalarıyla yüzdürürse, kaptanın karşı edim sorumluluğu devam eder. Yani, çağrılan römorkör ücrete hak kazanır. Fakat borçlunun, borcu ifadan kurtulmakla ettiği tasarruf ya da elde ettiği gelirler varsa bunlar karşı edim alacağından düşülür⁵¹. Amaç, alacaklının hareketinden başka bir nedenle gerçekleşirse (örneğin, geminin yükselen dalgalar nedeniyle yüzmeye başlaması halinde) bu hüküm uygulama alanı bulmaz⁵². Ayrıca, alacaklı kendi hareketiyle yol açtığı ifa imkânsızlığında borçlunun zarar görmesine sebebiyet vermişse, karşı edim hasarı yanında borçlunun maruz kaldığı zararları da karşılamakla yükümlüdür⁵³. Örneğin, bir opera sanatçısının provalar sırasında sakatlanmasına sebep olan opera yönetimi, hem o sanatçının ücretini öder hem de kaza yüzünden uğradığı zararı tazmin eder⁵⁴.

C. DOKTRİNDEKİ GÖRÜŞLER

1. Objektif İmkânsızlık Görüşü

Objektif imkansızlık, borcun ifasının, sadece borçlu için değil, herkes için imkânsız olması halinde gündeme gelir. Objektif imkansızlıkta, borçlunun şahsına veya işletmesine mahsus nedenlere dayanan bir imkansızlık söz

⁴⁷ FIKENTSCHE/HEINEMANN, § 43 II 3 p.396, s. 237.

⁴⁸ AKBULUT, s.193; DALCI ÖZDOĞAN, Nurcihan: "İfa Engelleri Hukukunda Amacın Gerçekleşmesi ve Amacın Ortadan Kalkması", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.9, S.2, 2018, s. 303.

⁴⁹ FIKENTSCHE/HEINEMANN, § 43 II 3 p.394, s. 236.

⁵⁰ FIKENTSCHE/HEINEMANN, § 43 II 3 p.394, s. 236.

⁵¹ VON ALVENSLEBEN, Philipp Carl, "Fundamental change of circumstances and the principle of *causa finalis*" (LLM diss.), Stellenbosch University, August 2001, s. 75.

⁵² BACH, Ivo: Leistungshindernisse, Mohr Siebeck, Tübingen 2017, s. 733.

⁵³ ALTUNKAYA, s. 138.

⁵⁴ SEROZAN, § 13 s. 158; RÖDL, s. 34; ALTUNKAYA s. 138.

konusu değildir⁵⁵. Hakim görüş, amacın gerçekleşmesi ve ortadan kalkmasının objektif ifa imkansızlığına sebep olduğudur. Bu yöndeki görüşlerden bazılarında özet bir halde aşağıda yer verilmiştir.

Beuthien, amacın gerçekleştiği durumlarda edim yükümlülüğünün ‘borçlu tarafından’ yerine getirilmesinin mümkün olmadığından hareketle, imkansızlığın meydana geldiğini öne sürmektedir⁵⁶. Amacın ortadan kalkması bakımından ise, borçlu veya onun yerine hareket edecek üçüncü kişi tarafından yerine getirilecek edim sonucunun elde edilememesi sebebiyle imkansızlığın oluştuğunu savunmaktadır⁵⁷. Alacaklının edimi kabulden kaçınması veya bir süreliğine alacaklının ifayı kabul etmesinin engellendiği durumlarda alacaklı temerrüdü gerçekleşir⁵⁸. Alacaklı, gelecekte de borçlunun ifasını kabul edemeyecek veya edimin ifasına katılamayacaksa ve ayrıca ifa, alacaklı dışında başka hiç kimse tarafından kabul edilemeyecekse artık alacaklı temerrüdünden değil, imkânsızlık durumundan bahsedilmektedir⁵⁹. Oysa amacın gerçekleşmesi ve ortadan kalkmasında imkansızlık sonradan ortadan kalkmaz.

Larenz, amacın gerçekleşmesi ve ortadan kalkması bakımından, önceleri objektif işlem temelinin çökmesi teorisini savunmaktaydı, sonra ise imkansızlık görüşünü benimsemiştir⁶⁰. *Larenz’e* göre; borçlunun ifası olmadan sözleşmenin amacının gerçekleştiği hallerde bu amaç, bir daha gerçekleştirilemez. Amacın ortadan kalktığı hallerde de edim, kimse tarafından yerine getirilemez⁶¹.

Köhler, amacın gerçekleşmesinde, edim sonucu, borçlunun edim fiili olmaksızın gerçekleştiği için borçlu tarafından gerçekleştirilecek bir edim bulunmayacağını, bu sebeple imkansızlığın oluşacağını kabul etmektedir⁶².

Sulzer’e göre, amacın gerçekleşmesiyle alacaklı başka bir yoldan tatmin edildiğinden artık borçlu bakımından sonraki imkânsızlık söz konusu iken, amacın ortadan kalkmasında hem edim hem de ifa imkansızdır⁶³.

Serozan, borçlunun veya borçlu yerine üçüncü kişinin edim eylemi olmadan, ‘kendiliğinden’ veya başka bir yoldan ifanın gerçekleşemeyeceğini, bu sebeple imkansızlığın oluşacağını ifade etmektedir⁶⁴.

Canbolat, amacının gerçekleşip gerçekleşmeyeceğini alacaklı gözünden de incelemektedir. Amacın gerçekleşmesinde, edim alacaklısı için, edim fiili

⁵⁵ KILIÇOĞLU, s. 642-643.

⁵⁶ BEUTHIEN, s. 22; CANBOLAT, s. 147.

⁵⁷ BEUTHIEN, s. 46; CANBOLAT, s. 152.

⁵⁸ BEUTHIEN, s. 237, s. 251.

⁵⁹ DALCI ÖZDOĞAN, s. 293.

⁶⁰ LARENZ, Karl: Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung, Die Bedeutung “veränderter Umstände” im Zivilrecht, 3. Aufl., München 1963, s.101.

⁶¹ LARENZ, Schuldrecht, s. 312.

⁶² KÖHLER, Helmut: Unmöglichkeit und Geschäftsgrundlage bei Zweckstörungen im Schuldverhältnis, München 197, s. 70

⁶³ SULZER, Stefan: Zweckstörungen Im Schweizerischen Vertragsrecht, Zürich 2002, s.72 vd.

⁶⁴ SEROZAN, s. 158.

artık anlamsız, edim sonucunun gerçekleşmesi imkânsızdır⁶⁵. Yani, borçlunun edimine artık ihtiyaç duyulmamaktadır. Amacın ortadan kalkmasında ise, borçlanılan edim, artık alacaklının amacına uygun surette yerine getirilemeyeceğinden imkansızlığın gündeme geleceğini kabul etmektedir⁶⁶.

2. Alacaklı Temerrüdü Görüşü

Alacaklı temerrüdü, alacaklının, kendisine arz edilen ifayı haklı sebep olmadan kabul etmemesi veya ifanın yerine gelmesi için kendi üzerine düşen hazırlıkları yerine getirmemesidir⁶⁷.

Bu görüşe göre, İsviçre hukukunda *Weber*; alacaklının borçlunun edimi ifa etmesinde menfaati kalmasa da borçlunun edimini ifa edebileceğini savunmaktadır⁶⁸. Bu bakımdan, imkansızlık değil, alacaklı temerrüdü gündeme gelecektir. Dolayısıyla, amacın gerçekleşmesiyle, edim, imkansız değil sadece anlamsız olacaktır. Örneğin, doktor gelmeden hasta kendiliğinden iyileşse de, tamir edilecek eşya yok olsa da borçlu edimini ifa edebilecektir⁶⁹.

Katıldığımız görüşe göre: İfa, ancak borçlunun veya borçlunun yetkili kıldığı üçüncü kişinin edimiyle yerine getirilebilir. Aksi halde amacın gerçekleşmesi bakımından alacaklı sadece 'bir şekilde' tatmin edilmiş olur, bu gerçek anlamda bir 'ifa' değildir. İyileşen bir hastaya doktorun gelip tedavi uygulaması fiilen mümkünse de bu hareket ulaşılmak istenen amaca hizmet etmemektedir. Amaca hizmet etmeyen bir hareket, ifa olarak kabul edilemez. Çünkü alacaklı, amacına önceden ulaşmıştır. Öte yandan amacın ortadan kalktığı durumlarda, edim konusu ortadan kalktığı için imkansızlığın var olduğunu kabul etmek daha kolaydır. Bununla birlikte, amacın gerçekleşmesi ve ortadan kalkması durumlarında borçlunun ifada bulunmasının önündeki engel geçici nitelikte değildir. Belli bir zaman geçtikten sonra da sonuç değişmeyecektir. Sonuç olarak, hem amacın gerçekleşmesi hem de ortadan kalkması bakımından objektif ifa imkansızlığını savunan görüşün, isabetli görüş olduğu kanaatindeyiz.

III. BENZER KAVRAMLARLA KARŞILAŞTIRMA

Esasen, *amacın gerçekleşmesi (Zweckerreichung)*, *amacın ortadan kalkması (Zweckfortfall)* ve *amacın boşa çıkması (Zweckvereitelung)*⁷⁰ kavramları, Alman

⁶⁵ TOPUZ/CANBOLAT, s. 691.

⁶⁶ CANBOLAT, s. 154.

⁶⁷ EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 13. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 2011, s. 968; OĞUZMAN/ÖZ, s. 373.

⁶⁸ WEBER, Rolf H.: Berner Kommentar Zum Schweizerischen Privatrecht, Bd.VI: Obligationenrecht, 1.Abt.: Allgemeine Bestimmungen, 5. Teilband: Die Folgen Der Nichterfüllung, Art. 97-109 OR, Bern 2000, Art.97, N.129. (Bkz. DALCI ÖZDOĞAN, s. 296.)

⁶⁹ WEBER, Art.97, N.130.

⁷⁰ Öğretide, *Zweckvereitelung* kavramının karşılığı olarak amacın boşa çıkması ifadesini kullananlar (*Serozan, Canbolat, Kurt*) ağırlıkta olduğu için, biz de çalışmamızda bu tabiri tercih ettik. Bunlardan başka, kavramın karşılığı olarak *Dural*, amacın engellenmesi; *Dalci Özdoğan* ise amacın anlamsızlaşması tabirini kullanmaktadır.

Hukukunda *Zweckstörung* çatı kavramının alt gruplarıdır⁷¹. Diğerlerinden farklı olarak amacın boşa çıkmasında, edimin yerine getirilmesi alacaklı açısından anlamını yitirmiştir⁷².

Sözleşme kurulurken tarafların, bir görünürdeki amacı, bir de sözleşmeyi yapmaya iten iradeye bağlı amaçları bulunmaktadır. Bunlardan ilki 'objektif amaç', ikincisi ise 'sübjektif amaç'tır. Sübjektif amacın, tarafları sözleşmeyi kurmaya iten, görünürdeki amacın altında yatan kişisel saik olduğu söylenebilir. Mesela, başka bir şehre tayin olunacağı düşüncesi ile ev kiralandığında, sözleşmesinin objektif amacı kira bedeli karşılığında evin kiralanması iken; sübjektif amaç, tayin sebebiyle başka bir şehre taşınmak zorunda kalınacağı için evin kiralanmasıdır⁷³. Sübjektif amacın ortadan kalkması, objektif amacın da muhakkak ortadan kalkacağını göstermez.

'Amacın boşa çıkması'nda, edimin ifası halen mümkün olmasına rağmen, sübjektif amaca artık ulaşamamaktadır. Fakat bu, objektif amacın gerçekleşmesine engel değildir. Örneğin, bir gelinlik siparişi verilmiş fakat düğün iptal edilmişse, gelinliğin dikilerek teslim edilmesinin, giyilebilir olmasının herhangi bir anlamı kalmamıştır⁷⁴. Bir sanatçının konserini izlemek adına loca kiralanması fakat, konserin iptal olması ya da bir futbol maçı için otobüs kiralanması fakat maçın iptal edilmesi hallerinde de amaç anlamsızlaşmıştır⁷⁵.

Yargı kararlarından tipik bir örnek olarak; kralın taç giyme törenini izlemek adına balkon kiralanmıştır, fakat tören iptal edildiği için, her ne kadar balkon kullanılabilir de olsa, alacaklının balkonu kiralamasındaki asıl amacı boşa çıkmıştır⁷⁶. Bir başka örnekte; G, kedisini kaybetmiş, bu sebeple gazeteye kayıp ilanı vermiştir⁷⁷. Eve döndüğünde ise kedisini bahçede görmüş, verdiği ilanın iptalini ve gazeteden bedelin iadesini talep etmiştir.

Amacın boşa çıkması, amacın ortadan kalkmasından bariz bir şekilde farklıdır. Fakat, amacın boşa çıkması ile amacın gerçekleşmesi arasındaki farkı ayırt etmek zordur. Amacın ifa dışı yoldan gerçekleşmesinde; gerçekleşen amaç, edimin ifasına bağlı olarak ortaya çıkacak olan 'objektif amacın' gerçekleşmesidir⁷⁸. Amacın boşa çıkmasında ise; sübjektif amaç artık gerçekleştirilememektedir. Kayıp ilanı verilen kedi örneğinde, G'nin gazeteye

⁷¹ RAAB, s. 246; BECKER, Absurde Verträge s. 227; FIKENTSCHE/HEINEMANN, s. 235.

⁷² EMMERICH, Volker: Das Recht Der Leistungsstörungen, 6. Aufl., München 2005, s. 375. (bkz. DALCI ÖZDOĞAN, s. 292)

⁷³ DALCI ÖZDOĞAN, s. 291.

⁷⁴ AKSOY, s. 11.

⁷⁵ RAAB, s. 247.

⁷⁶ *Krell v. Henry* (1903) 2. K. B. 740. Bkz. REITER, Christian: Vertrag und Geschäftsgrundlage im deutschen und italienischen Recht, Mohr Siebeck, 2002, s. 5.

⁷⁷ BEUTHIEN, s. 146.

⁷⁸ CANBOLAT, s. 185.

kayıp ilanı verme fiili objektif amaca yöneliktir. İlanı verdirme amacının altında yatan sebep ise kayıp kedisini bulmaktır. Eve gittiğinde kedisini gören G için objektif amaç halen gerçekleştirilebilir durumda olsa da, G'nin menfaati kalmamış, sübjektif amacı boşa çıkmıştır.

IV. AMACIN GERÇEKLEŞMESİ VE AMACIN ORTADAN KALKMASI BAKIMINDAN İMKANSIZLIĞIN HUKUKİ SONUÇLARI

Amacın gerçekleştiği ve ortadan kalktığı durumlarda temel sorun, karşı edim hasarına ve masraflara kimin katlanacağına yöneliktir. Konuya ilişkin başlıca görüşlerden birkaçı aşağıda verilmiştir.

Beuthien'e göre edimi ifa etmek maksadıyla yapılan hazırlık hareketleri de edim kavramına dahildir⁷⁹. Borçlu, edim hazırlıklarına başlamakla kısmi ifada bulunmuş olmaktadır⁸⁰. Amacın gerçekleştiği bir durumda alacaklı, eli boş kalmadığı için, en azından borçlunun yapmış olduğu masrafları karşılamakla yükümlü kabul edilmelidir⁸¹. Amacın ortadan kalktığı hallerde ise, alacaklının da eline geçen bir şey olmadığı için, onu bir de borçlunun yaptığı masraflarla yükümlü kılmanın artık beklenemeyeceğini savunmaktadır⁸².

Larenz, amacın ortadan kalkmasının hem alacaklı hem borçluyu eşit derecede etkilediğini ve bu sebeple, rizikonun tamamını taraflardan birine yüklemenin doğru olmadığını ifade etmektedir⁸³. Dolayısıyla, rizikonun taraflar arasında paylaşılmasını ve en azından borçlunun yaptığı masrafların karşılığının ödenmesi gerektiği görüşündedir⁸⁴.

Esser'e göre, amacın ortadan kalktığı bir halde edim imkansızlaştığı için karşı edim hasarına borçlunun katlanması gerekirken, alacaklının etki alanında doğan bir imkansızlıkta borçlu karşı edime hak kazanmalıdır⁸⁵.

Köhler, amacın tesadüfi olaylar neticesinde gerçekleştiği ve amacın ortadan kalktığı hallerde karşı edim ve masraflar bakımından, kira, hizmet, eser sözleşmesi gibi özel sözleşmelere ilişkin düzenlemelere bakılarak çözümün bulunması gerektiğini öne sürmektedir⁸⁶. Fakat, amacın gerçekleşmesine alacaklı kendi hareketiyle sebep olmuşsa, imkansızlıktan alacaklının sorumlu tutulmasını ve karşı edime de onun katlanması gerektiğini ileri sürmektedir⁸⁷.

⁷⁹ BEUTHIEN, s. 122 vd.

⁸⁰ BEUTHIEN, s. 119.

⁸¹ BEUTHIEN, s. 124.

⁸² BEUTHIEN, s. 118.

⁸³ CANBOLAT, s. 162.

⁸⁴ LARENZ, s. 178-179.

⁸⁵ ESSER, s. 223 vd.

⁸⁶ KÖHLER, s. 31 vd. *Köhler'in*, amacın gerçekleşmesi ve ortadan kalkması bakımından farklı sonuçlar öngörmesine yönelik eleştiri için bkz. CANBOLAT, s. 165.

⁸⁷ KÖHLER, s. 77.

Sulzer'e göre, amacın gerçekleşmesi ve ortadan kalkması imkânsızlık teşkil ettiği için borçlu borcundan kurtulacak ve karşı edimi talep edemeyecektir⁸⁸. Fakat, imkansızlık ortaya çıkana kadar borçlu birtakım masraflar yapmışsa, eser sözleşmesine ilişkin kurallar kıyasen uygulanarak, borçlu yapmış olduğu masrafları alacaklıdan talep edebilecektir⁸⁹.

Serozan'a göre alacaklının etki alanında oluşan bir sebeple amacın gerçekleşmesi ya da ortadan kalkması durumunda, imkânsızlık, alacaklının hareket alanında oluşmuştur, fakat bunda alacaklının bir kusuru bulunmamaktadır⁹⁰. Aynı şekilde borçlu da bu durumla sorumlu tutulamaz. Bu sebepten, karşı edim hasarı, dürüstlük kuralınca da desteklenecek şekilde, alacaklı ile borçlu arasında dengeli bir şekilde paylaşılmalıdır. *Serozan*, çözüm olarak; TBK m. 485 eser sözleşmesine ilişkin hükümlerle kıyas yapılarak, alacaklının borçluya kısmen ödemedede bulunup, en azından yaptığı masrafları (yol masrafı gibi) karşılaması gerektiğini öne sürmektedir⁹¹.

Canbolat'a göre de amacın gerçekleştiği ve ortadan kalktığı hallerde borçlu, hakkaniyet gereğince en azından yaptığı masrafları isteyebilmelidir⁹². *Canbolat*, bu yaklaşımın hukuki temeli olarak da, (tarafaların yaptığı sözleşmede ilgili hükmün bulunmadığı durumlarda) tamamlayıcı nitelikteki TBK m. 136 hükmünde örtülü boşluğun bulunduğu kabul edilerek hakimin, dürüstlük kuralı çerçevesinde amaca uygun sınırlama metoduyla boşluğu doldurması ve hakkaniyetli bir çözüm bulması gerektiğini savunmaktadır⁹³.

Bilindiği üzere, taraflar, bir sözleşmenin içeriğini kanunda öngörülen sınırlar içerisinde istedikleri gibi düzenleyebilirler. Taraflar, yaptıkları sözleşmede amacın gerçekleştiği veya ortadan kalktığı durumlarda karşı edim hasarına, rizikoya kimin katlanacağına ilişkin bir düzenlemeye yer verebilirler. Fakat, sözleşme ile kararlaştırılan bir düzenleme yoksa, kanunda ilgili hükme bakılması gerekir. Amacın gerçekleştiği ve ortadan kalktığı durumlarda, imkansızlığın meydana gelmesinde borçlunun ya da alacaklının kusuru bulunmadığı için gidilecek ilk hüküm TBK m. 136 olmaktadır⁹⁴. TBK m. 136'ya göre, karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde, borçlunun kusuru olmadan edim imkansızlaştığında, borçlunun borcu sona ermekte ve borçlu, karşı edime hak kazanmamaktadır. Fakat, bu hükmün her durumda uygulanmasının adaletli sonuçlar doğurmayacağı fikrinde, bu bakımdan koşulların ayrı ayrı değerlendirilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

⁸⁸ DALCI ÖZDOĞAN, s. 305.

⁸⁹ SULZER, s.305.

⁹⁰ SEROZAN, § 13 s. 160.

⁹¹ SEROZAN, § 13 s. 160.

⁹² CANBOLAT, s. 166.

⁹³ CANBOLAT, s. 170.

⁹⁴ CANBOLAT, s. 155-156.

Kurtarılabak gemi örneği üstünden durumu izah etmek gerekirse;

Kurtarma gemisi, kurtarılabak gemiye giderken yolda bozulursa (Borçlunun etki alanında borçlunun elinde olmayan bir sebeple) veya şiddetli fırtınadan dolayı kurtarma gemisi kurtarılabak gemiye yaşanamazsa (tarafsız etki alanında); borçlu, ifadan kurtulmaktadır, fakat yaptığı masraflara katlanması gerekmektedir (TBK m. 136). Nitekim bu durumda alacaklının da eline geçen bir şey yoktur.

Kurtarma gemisi yola çıkmışken kurtarılabak gemi kendiliğinden yüzmeye başlarsa (Alacaklının etki alanında amacın gerçekleşmesi); borçlu, ücrete hak kazanamasa da en azından, edimi ifa etmek uğruna yaptığı masrafları alabilmelidir.

Kurtarma gemisi yoldayken kurtarılabak gemi batarsa (Alacaklının etki alanında amacın ortadan kalkması); edim konusu ortadan kalkmış, borçlunun edimi ifa etmesi imkansızlaşmıştır. Dolayısıyla alacaklının menfaati zedelenirken, borçlu, edimi ifa etme yükümlülüğünden kurtulmuştur. Bu sebeple borçlu karşı edime hak kazanamamaktadır. Fakat hakkaniyet gereği, ifayı gerçekleştirmek adına yaptığı harcamaları alacaklıdan isteyebilmelidir.

Sonuç olarak, karşılıklı borç yükleyen bir sözleşme ilişkisinde, iki tarafın da tatmin olması gerekmektedir. Amacın gerçekleşmesi, her ne kadar kusuru bulunmasa da, ekseriyetle alacaklının etki alanında gerçekleşen bir durumdur. Alacaklının etki alanında oluşan bir sebeple ifa imkansızlaşır, borçlu, ifa girişiminde bulunmasına rağmen kendisinden kaynaklanmayan bir sebep yüzünden edimi yerine getirmekten ve karşı edimden mahrum kalmaktadır. Ayrıca, borçlunun ifayı gerçekleştirmek adına yaptığı birtakım masraflar da bulunabilir, ki bu durumda borçlu, daha dezavantajlı bir konuma düşmektedir. Bu hallerde, en azından borçlunun ifayı gerçekleştirmek amacıyla yaptığı masrafların karşılanması gerektiği görüşündeyiz. Kanaatimizce bu gibi durumlarda TBK m. 136'nın sözü ve ruhu itibariyle tespit edilen anlamda uygulanması dürüstlük kuralıyla bağdaşmamaktadır. Bu bakımdan örtülü boşluğun bulunduğu kabul edilmeli ve hakim, dürüstlük kuralının ışığında mevcut hüküm çerçevesinde menfaatler dengesini sağlamalıdır.

SONUÇ

Amacın ifa dışı yoldan gerçekleşmesinde alacaklı, borçlunun edimi dışında bir yolla tatmin edilirken; amacın ortadan kalkmasında edim konusu ortadan kalkmaktadır. İmkansızlığın meydana gelmesinde ise borçlunun da alacaklının da hukuki manada bir kusuru bulunmamaktadır.

Amacın ifa dışı yoldan gerçekleşmesi ve amacın ortadan kalkması, ağırlıktaki görüşe göre, hukuki niteliği itibariyle objektif ifa imkansızlığı olarak kabul edilmektedir. Ayrıca amacın gerçekleşmesi ve ortadan kalkması halleri,

sözleşmenin kurulmasından sonraki imkansızlık kapsamında ve imkansızlık geçici nitelikte değil devamlılık arz ettiğinden sürekli imkansızlık kapsamında değerlendirilmektedir.

Amacın ifa dışı yoldan gerçekleşmesinde de amacın ortadan kalkmasında da borçlunun da alacaklının da kusuru bulunmamaktadır. Amacın gerçekleşmesi ve ortadan kalkması bir sözleşme rizikosudur⁹⁵. İmkansızlığın meydana gelmesiyle karşı edim hasarına kimin katlanacağı sorunu ortaya çıkmaktadır. Sözleşmede rizikoya kimin katlanacağını taraflarca belirlenmediği hallerde kanunun tamamlayıcı nitelikteki hükümlerine başvurulmaktadır. Bu bakımdan, başvurulacak hüküm olan, borçlunun sorumlu olmadığı ifa imkansızlığını düzenleyen TBK m. 136 hükmünün her duruma uygulanmasının makul olmadığı ve hak kaybına sebep olduğu, öğretide tartışılan bir husustur. Bunun yerine, taraf menfaatlerini koruyacak şekilde, riskin adaletli olarak dağıtılacağı çözümler bulunması amaçlanmalıdır. Alan teorisinden yola çıkarak, tarafsız alanda ya da borçlunun etki alanında oluşan bir sebeple imkansızlığın meydana gelmesi halinde TBK m. 136 uygulama alanı bulabilirken; amacın imkansızlaşmasının alacaklının etki alanında meydana geldiği hallerde durum farklı değerlendirilmelidir. Bu hallerde, örtülü boşluğun bulunduğu kabul edilmeli ve TBK m. 136 hükmü uygulama alanı bulmamalıdır. Hakim, dürüstlük kuralları çerçevesinde hakkaniyetli bir çözüm getirmelidir.

KAYNAKÇA

- AKBULUT, Pakize Ezgi: “Anlamsız-Absürt Edimli Sözleşmelerin İmkânsızlığı (13.1.2011 Tarihli Alman Federal Mahkemesi Kararının Türk-İsviçre Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi)”, Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.8, S.2, 2018.
- AKSOY, Hüseyin Can: *Impossibility In Modern Private Law: A Comparative Study Of German, Swiss And Turkish Law And The Unification Instruments Of Private Law*, Springer International Pu., Switzerland 2014.
- ALTAŞ, Hüseyin: “Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkânsızlık” (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara Üniversitesi, Ankara 1991.
- ALTUNKAYA, Mehmet: “Edimin Başlangıçtaki İmkânsızlığı” (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Selçuk Üniversitesi, Konya 2004.
- BACH, Ivo: *Leistungshindernisse*, Mohr Siebeck, Tübingen 2017.
- BAŞPINAR, Veyssel: *Borç Sözleşmelerinin Kısmi Butlanı*, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1998.
- BECKER, Hermann: *Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI: Obligationenrecht, 1. Abteilung: Allgemeine Bestimmungen, Art 1-183 OR*, Bern 1945.

⁹⁵ CANBOLAT, s. 172.

- BECKER, Maximilian: Absurde Verträge, Mohr Siebeck, Tübingen 2013. (BECKER, Absurde Verträge)
- BEUTHIEN, Volker: Zweckerreichung und Zweckstörung Im Schuldverhältnis, Tübingen 1969.
- CANBOLAT, Ferhat: Sözleşmelerde Amacın Gerçekleşmesi Çökmesi ve Boşa Çıkması, Yetkin Yayınları, Ankara 2012.
- DALCI ÖZDOĞAN, Nurcihan: “İfa Engelleri Hukukunda Amacın Gerçekleşmesi ve Amacın Ortadan Kalkması”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.9, S.2, 2018.
- DECKENBROCK, Christian/ HÖPFNER, Clemens : Bürgerliches Vermögensrecht, UTB, 2015.
- DURAL, Mustafa: Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkânsızlık, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1976.
- EMMERICH, Volker: Das Recht Der Leistungsstörungen, 6. Aufl., München 2005.
- EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 13. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 2011.
- ESSER, Josef: Schuldrecht, Allgemeiner Teil, Bd. I, 3. Aufl., Karlsruhe 1968.
- FIKENTSCHER, Wolfgang/ HEINEMANN, Andreas: Schuldrecht: Allgemeiner und Besonderer Teil, 11. Auflage, De Gruyter Studium, 2017.
- İNCEOĞLU, Murat: “İfanın Alacaklı Yüzünden İmkânsızlaşması”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 57, S. 4
- KILIÇOĞLU, Ahmet: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 14. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2012.
- KLEIN, Peter: Untergang der Obligation durch Zweckerreichung, Berlin 1905.
- KLINKE, Ulrich: Causa und genetisches Synallagma - Zur Struktur der Zuwendungsgeäfte, Dissertation Köln, Berlin 1983.
- KÖHLER, Helmut: Unmöglichkeit und Geschäftsgrundlage bei Zweckstörungen im Schuldverhältnis, München 1971.
- KURT, L. Müjde: Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkânsızlık (TBK m.136), Yetkin Yayınları, Ankara 2016.
- LARENZ, Karl: Lehrbuch Des Schuldrechts, Erster Band, Allgemeiner Teil, 14. Aufl., München 1987.
- LARENZ, Karl: Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung, Die Bedeutung “veränderter Umstände” im Zivilrecht, 3. Aufl., München 1963, (LARENZ, Geschäftsgrundlage).
- NOMER, Halûk N.: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 15. Bası, Beta Yayınları, İstanbul 2017.
- OĞUZMAN, Kemal/ ÖZ, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 8.Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2010.

- OĞUZMAN, M. Kemal/ ÖZ, Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt I, İstanbul 2018 (OĞUZMAN/ÖZ, 2018).
- RAAB, Thomas: Austauschverträge mit Drittbeteiligung, Mohr Siebeck, Tübingen 1999.
- REITER, Christian: Vertrag und Geschäftsgrundlage im deutschen und italienischen Recht, Mohr Siebeck, 2002.
- REİSOĞLU, Sefa: Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 01.07.2012 Tarihinde Yürürlüğe Giren Yeni Borçlar Kanunu'na Göre Hazırlanmış Yirmiüçüncü Bası, İstanbul, Beta Yayınları, 2012.
- RÖDL, Julia: Die Spannung Der Schuld, Duncker&Humblot, Berlin 2002.
- SEROZAN, Rona (KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/HATEMİ/ARPACI ile Beraber) : İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, 5.Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2009.
- SULZER, Stefan: Zweckstörungen Im Schweizerischen Vertragsrecht, Zürich 2002.
- ŞAFAK, Esmâ Elif: “ Teorik Boyutuyla İfa İmkansızlığı” (Yayımlanmamış Doktora Tezi), İstanbul Üniversitesi, İstanbul 2019.
- TOPUZ, Seçkin / CANBOLAT, Ferhat: “Türk-İsviçre ve Alman Borçlar Hukukunda İmkânsızlığın Düzenlenişi”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.57, S.3 , 2008.
- VONALVENSLEBEN, Philipp Carl: “Fundamental change of circumstances and the principle of *causa finalis*” (LLM diss.), Stellenbosch University, August 2001, s. 75.
- WEBER, Rolf H.: Berner Kommentar Zum Schweizerischen Privatrecht, Bd. Vi: Obligationenrecht, 1.Abt.: Allgemeine Bestimmungen, 5. Teilband: Die Folgen Der Nichterfüllung, Art. 97-109 Or, Bern 2000.
- WIEGAND, Wolfgang: Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 6. Auflage, Hrsg. Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt, Wolfgang Wiegand, Basel 2015.
- ONLINE KAYNAKLAR:
- www.kazanci.com
- www.lexpera.com.tr

6100 SAYILI YASA UYARINCA TAHKİM YARGILAMASINDAGEÇİÇİ HUKUKİ KORUMA TEDBİRLERİ

*Temporary Legal Protection Measures in Arbitration Proceedings in
Accordance with Law No. 6100*

Salim Yunus LOKMANOĞLU*

Geliş Tarihi: 21.05.2020

Kabul Tarihi: 31.08.2020

ÖZET

Günümüzde mahkemede görülen bir davanın sonuçlanmasına kadar geçecek olan süre çeşitli nedenlerden ötürü oldukça uzun olabilmektedir. Bu nedenle yargılama sonuçlanana kadar dava açan kişinin elde etmek istediği sonuca ulaşabilmesi onun için faydasız ya da anlamsız olabilir. Bu gibi tehlikelere karşı gerekli önlemleri almak, kişinin menfaatini korumak ve adaletin gerçek anlamda gerçekleşmesini sağlamak devletin görevidir. Geçici hukuki koruma tedbirleri işte bu noktada önem taşır. Zira, yargılama sürecinin yaratabileceği olumsuzluklardan hak arayan kişileri korumaya ve onlara hukuki güven ortamı sağlamaya yarayan geçici hukuki koruma tedbirleri yargılamanın etkin olmasının teminatıdır. Mahkemelerde olduğu gibi tahkim yargılamasında da bu tür tedbirlerin varlığına ihtiyaç gün geçtikçe artmaktadır. Ancak, hakemlerin, mahkemelerin aksine vermiş oldukları kararları yerine getirme gücünden yoksun oldukları, geçici koruma tedbirlerinin bizzat hakemler tarafından yerine getirilebileceğini söylemek mümkün olmayacaktır. Bu nedenlerle hakemlerin geçici koruma tedbiri vermeye yetkili olup olamayacağı yanında bu yetkinin sınırları ve kapsamı ile hakemlerce verilen geçici hukuki koruma tedbirlerinin icrası meselesi doktrinde tartışma konusu olmuştur. Hukukumuzda tahkim yargılamasında geçici hukuki koruma tedbirlerinin uygulanması hakkında bir takım düzenlemeler bulunmaktadır. Buna göre, hakem veya hakem kurulu ile birlikte mahkemelere de bu konuda karar verme yetkisi verildiği görülmektedir.

Anahtar kelimeler; Tahkim, Geçici hukuki koruma, İhtiyati tedbir, Delil tespiti, Türk hukukunda tahkim.

ABSTRACT

The time until the conclusion of a case in court today can be quite long various reasons. Therefore, it may be useless or meaningless for him to reach the conclusion he wants to achieve until the trail ends. For this reason, it is the duty of the state to take necessary precautions against such dangers, to protect the interest of the individual and to ensure justice. Temporary legal protection measure are important at this point. Temporary advocacy protection measures guarantee the effectiveness of protecting those seeking rights from the negativities of the trail process and provide them with legal confidence. The need for such measures increases every day in the arbitral proceedings as in the courts. However, it is not possible to say that arbitral tribunals can apply temporary protection measures because they have no decision making power, contrary to the court order. For these reasons, whether the arbitrators are authorized for the temporary protection measure, the implementation of this measure, as well as the limits and scope of this authority have been the subject of discussion in the doctrine. There are some regulations in our law regarding the application of temporary legal protection measures in arbitration proceedings. Accordingly, the arbitral tribunal along with the arbitrator are also empowered to decide on this matter.

Key words; Arbitration, Temporary legal protection, Interim injunction, Evidence detection, Arbitration agreement in Turkish law.

* Ankara 12. Asliye Ticaret Mahkemesi Hakimi, Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Ana Bilim Dalı Doktora programı öğrencisi, e-posta: yunuslokmanoglu@hotmail.com, ORCID ID: 0000-0001-8991-6960.

Giriş

Mahkemeler aracılığıyla bir hukuki uyuşmazlığın çözümü için usul hukuku uyarınca dava açılmasından hüküm verilmesi anına kadar uygulanması gerekli belirli sürelerin ve prosedürlerin egemen olduğu şekli şartlar bulunmaktadır. Bahse konu yargılama süreci çeşitli sebeplerden ötürü oldukça uzun bir sürenin geçmesi anlamına da gelebilmektedir. Dolayısıyla bu süreç içinde başvuru yargılama ile elde edilmek istenen sonuca ulaşılması mümkün olmayabilecektir. Dava sonucunun ortaya çıkmasına kadar yargılama öncesinde veya sonrasında doğabilecek tehlikelerden davacı ve veya davalıyı güvence altına almak ve korumak ihtiyacı geçici hukuki koruma tedbirlerine ihtiyaç duyulmasına neden olmuştur. Bireylerin hak arama özgürlüğünün ve hukuki korunma taleplerinin güvence altına alınması hukuk devletinin bir gereği olduğundan geçici hukuki koruma durumu zorunluluk olmasının yanı sıra aynı zamanda hukuki bir zorunluluk da teşkil eder.¹ Bu nedenlerle devlet mahkemelerinde olduğu gibi, tahkim yargılamasında da hakemlerce verilecek kararın icrası bakımından genel olarak geçici hukuki koruma tedbirlerine başvurulması zarureti ortaya çıkabilmektedir.

Önemle ifade etmek gerekir ki, uzun bir dönem geçici hukuki koruma kararlarına duyulan ihtiyacın mahkemelerin yardımı ile karşılanması gerektiği görüşü hakim kılınmış ve bu konuda hakemlere yetki verilmemişken, günümüzde ise hakemlerin de geçici hukuki koruma kararı vermesi gerektiği, hatta bunun bir gereklilik olduğu ileri sürülmeye başlanılmıştır. Hukukumuzda ise, yabancılik unsuru içermeyen uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözülmesi hakkında 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK) uygulama alanı bulmakta olup, kanunda tahkim yargılamasına konu edilebilecek geçici hukuki koruma tedbirleri düzenleme altına alınmıştır.

Çalışmamızda geçici hukuki koruma kavramı, bu korumaya başvurulmasına neden ihtiyaç duyulduğu öncelikle ele alınmıştır. Sonrasında ise tahkim yargılamasına konu olabilecek geçici koruma tedbirleri, hakemlerin geçici hukuki koruma tedbiri kararı verme yetkileri ve bu yetkinin temelleri, hakem veya hakem kurulu ve mahkemelerce hangi şartların varlığı söz konusu olduğunda tahkim yargılamasında bu tedbirlere başvurulabileceği HMK m. 414 hükmü çerçevesinde değerlendirilmeye çalışılmış, özellikle geçici hukuki koruma tedbirlerinden ihtiyati tedbire etraflıca değinilmiştir.

¹ PEKCANITEZ Hakan/ATALAY Oğuz/ÖZEKES Muhammet, Medeni Usul Hukuku, 14.B., Ankara, Yetkin Yayınları, 2013, s. 1009.

I. GEÇİCİ HUKUKİ KORUMA KAVRAMI VE GEÇİCİ HUKUKİ KORUMANIN AMACI

A. Genel Olarak Geçici Hukuki Koruma Kavramı

Türk usul hukukunda geçici hukuki koruma kavramı, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK) ile kanuna girmiştir. Geçici hukuki himaye kavramı, HMK'nun 10. kısmında "Geçici Hukuki Korumalar" başlığıyla Türk Hukuk mevzuatında yer bulmuştur. HMK'da bu başlık altında ihtiyati tedbir (HMK m. 389-399) ve delil tespiti (HMK m. 400-405) kurumları düzenlenmiş, "Diğer geçici hukuki korumalar" başlıklı 406. maddeyle de ihtiyati tedbir ve delil tespiti dışında da geçici hukuki himaye tedbirleri olabileceğine işaret edilmiştir². Geçici hukuki koruma, ihtiyati tedbir, ihtiyati haciz, delillerin tespiti gibi geçici hukuki korumaların çerçeve kavramı olarak kabul edilmektedir.³ Geçici hukuki koruma kavramına kanunda yer verilmemiş olsa da Türk Hukuku'nda geçici hukuki koruma çeşitli şekillerde tanımlanmıştır⁴. Şöyle ki, Arslan, "HMK ile yapılan düzenlemelere göre, geçici hukuki koruma, karşı tarafın kötü niyetli davranışlarını önlemek, dava sonucunu güvence altına almak ve hak arama özgürlüğünün kullanılabilmesi (hayata geçirilmesi) için başvurulmuş hukuki ve zorunlu bir çare; dava sonunda gerçekleşecek olan asıl (kesin) hukuki korumanın güvencesi" şeklinde, Yılmaz, "kesin hukuki koruma (dava) sonucunun ortaya çıkmasına kadar yargılama öncesinde veya sonrasında doğabilecek risklerden (tehlikelerden, sakıncalardan) davacı ve/veya davalıyı korumak için yargı organlarınca verilen geniş ya da dar kapsamlı hukuki korumadır. Bunu sağlayacak somut araçlar ise, geçici hukuki koruma tedbirleridir" şeklinde tanımlamıştır.⁵ Bir diğer tanıma göre ise, "Gecikmesinde tehlike olan bir halin engellenmesi ya da durdurulması amacıyla, iddia edilen talebe hukuki dinlenilme hakkının ertelenmesi yolu açılarak prensip itibarıyla yaklaşık ispat seviyesinde ispat ölçüsü ile yetinilerek geçici olarak yürürlük kazandıran, karşı tarafın menfaatlerini çeşitli usuli araçlarla dengeleyen, ivedi bir yargısal hukuki korumadır."⁶

Dolayısıyla geçici hukuki koruma kavramının ihtiyati tedbir, ihtiyati haciz, delil tespiti gibi hukuki korumalar için bir üst başlık, hukukumuzdaki dağınık

² KURU Baki/ARSLAN Ramazan/YILMAZ Ejder, Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, 24.B., Ankara, Yetkin Yayınları, 2013, s. 556; PEKCANITEZ /ATALAY/ÖZEKES, s. 1011.

³ YÜCEL Tunç Müjgan, HMK Uyarınca Tahkimde İhtiyati Tedbir ve Delil Tespiti, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2013, s. 21.

⁴ ARSLAN Ramazan, "Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Geçici Hukuki Korumalar Konusunda Getirdiği Yenilikler", Bankacılar Dergisi, Y. 24, S. Özel Sayı, 2013, s. 7

⁵ YILMAZ Ejder, Geçici Hukuki Himaye Tedbirleri C. I (Geçici Hukuki Himaye), Ankara, Yetkin Yayınları, 2001, s. 32.

⁶ ERİŞİR Evrim, Geçici Hukuki Korumanın Temelleri ve İhtiyati Tedbir Türleri, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2013, s. 5.

halde bulunan bu tedbirleri anlatmak için kullanılan üst şemsiye⁷ olduğu söylenebilir.

B. Genel Olarak Geçici Hukuki Korumanın Amacı

Yargılamanın amacı hakkında günümüzde ağırlıklı olarak kabul gören görüş, maddi hukuktaki sübjektif hakların yerine getirilmesidir.⁸ Medeni yargılamanın amacı da maddi hukukun tanıdığı sübjektif hakların tespiti ve korunmasıdır. Hukuk düzeni maddi hukuk vasıtasıyla bireylere haklar tanıdığı, bir taraftan da hakların ihlali halinde bireyin kendi eliyle hakkını elde etmesini yasaklayarak hakların korunması için gerekli tedbirleri almak konusunda devleti görevlendirmiştir ve bunu da yargılama hukuku yoluyla gerçekleştirmiştir.⁹ Buna yönelik olarak da yargı organları, asıl yargılama ile ilgilinin ileri sürdüğü hakkın mevcut olup olmadığını tespit etmek; hakkın tehlikede olması halinde onu garanti altına almak ve yerine getirilmesini temin etmek amacıyla ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz kararı vermek ve cebri icra yargılamasında da tespit edilen hakkı zorla yerine getirmek yükümlülüğü altındadır. Şu halde geçici hukuki korumanın medeni yargılama ile aynı amaca yönelik olduğu ortadadır.¹⁰ Dolayısıyla geçici hukuki koruma bir yargılamada hükme kadar geçecek zaman içinde talep sahibinin hukuki durumundaki tehlikeyi önlemeyi amaçlamaktadır.¹¹

Vatandaşın, devletin yetkili organlarından, özellikle de mahkemelerden, hakkının korunmasını yerine getirmesi yönünde anayasa ile teminat altına alınan bir talep hakkı vardır.¹² İşte bu talep hakkı “adaleti temin talebi” veya “adalet talebi” olarak adlandırılır.¹³ Bu talep, özel hukuk alanında medeni usul ve icra iflas hukukunda ortaya çıkan hukuki korunma talebinden daha geniş bir kavramdır.¹⁴

Adaleti temin talebi, talep sahibi için, yargılamanın zamansal boyutuna bağlı olarak hakkın yerine getirilmesinin engellenmesi ya da tehlikeye girmesine karşı bir garantiyi de gerektirir. Talep sahibinin yargılamada geçen

⁷ **YILMAZ** Ejder, “İhtiyati Haciz ve Uygulamada Ortaya Çıkan Sorunlar”, Bankacılar Dergisi, 1998, S. 27, s. 63-64.

⁸ **YILDIRIM** Kamil, İlkeler Işığında Medeni Yargılama Hukuku, 7. B., İstanbul, Beta Basım Yayım, 2012, s. 80; **KURU/ARSLAN/YILMAZ**, s. 69-73.

⁹ **ÖZEKES** Muhammet, İcra ve İflas Hukukunda İhtiyati Haciz (İhtiyati Haciz), Ankara, Seçkin Yayınevi, 1999, s. 33.

¹⁰ **YÜCEL**, s. 22.

¹¹ **KAVLAK** Bengül, “Marka Hukukunda İhtiyati Tedbirlerin 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Işığında Değerlendirilmesi”, 2014, <http://journal.yasar.edu.tr/wp-content/uploads/2014/01/14-Beng%20%3BCI-KAVLAK.pdf>, (ET: 16/03/2020).

¹² **DEREN YILDIRIM** Nevhis, “Dava Şartı Olarak Hukuki Himaye İhtiyacına Eleştirel Bir Bakış” (Dava Şartı), Yargıtay Dergisi, S. 3, 1995, s. 229.

¹³ **ÖZEKES**, İhtiyati Haciz, s. 30.

¹⁴ **DEREN YILDIRIM**, Dava Şartı, s. 229.

süreyi göz ardı edebilmesi ve kendi eliyle ihkaki hak yoluna başvurmaması için, devlet tarafından yapılacak başka bir tasarrufla, yargılama süresinin olumsuz etkilerinden korunacağı kanaatine ulaşması gerekir. Böylece geçici hukuki koruma yargılaması, asıl yargılamada adaleti temin talebinin yerine getirilmesine etki edecektir. Geçici hukuki koruma asıl hukuki korumayı tamamlayıcı bir işleve de sahiptir.¹⁵

Hukuki koruma talebi bir bütün olarak düşünüldüğünde, geçici hukuki korumanın bu bütünün içinde, asıl parçanın korunması ve etkinliğinin sağlanmasına yönelik bir parça olduğu söylenebilir; bütünün içinden bu parçayı ayırmak da mümkün değildir.¹⁶ Dolayısıyla geçici hukuki koruma yargılama hukukunun amacıyla bir bütünlük oluşturmayı amaçlamaktadır. Tüm bu durumları göz önüne aldığımızda geçici hukuki koruma, asıl hukuki koruma ile bir bütün oluşturduğu açıkça ortadadır.

Bilindiği üzere devlete karşı yöneltilen adalet temin talebi, devletin mahkemeleri aracılığıyla yerine getirilir. İlk akla gelen bu olmakla birlikte, tahkim yoluyla da bu talep yerine getirilebilecektir.¹⁷ Zira, tahkim anlaşması yapılmasıyla birlikte, taraflar adaleti temin talebini, Anayasa uyarınca yargı hakkı olan olağan hakimden istemekten vazgeçip, bu talebi kendi seçtikleri hakem veya hakem heyetine yöneltmektedirler.¹⁸ Dolayısıyla, tahkim yargılamasındaki geçici hukuki koruma kararı verilmesindeki amaç ile mahkemeler eliyle bu yöndeki verilen kararın amacı arasında bir fark bulunmamaktadır.

II. HMK'DA DÜZENLENEN GEÇİCİ HUKUKİ KORUMA TEDBİRLERİ

A. İhtiyati Tedbir

İhtiyati tedbir HMK m. 389'da düzenlenmiştir. Madde metnine göre, *“Mevcut durumda meydana gelebilecek bir değişme nedeniyle hakkın elde edilmesinin önemli ölçüde zorlaşacağından ya da tamamen imkânsız hâle geleceğinden veya gecikme sebebiyle bir sakıncanın yahut ciddi bir zararın doğacağından endişe edilmesi hâllerinde, uyuşmazlık konusu hakkında ihtiyati tedbir kararı verilebilir.”* HMK m. 391/1'de ise hükmedilecek tedbir türlerine örnek verilmiş olup, buna göre, *“Mahkeme, tedbire konu olan mal veya hakkın muhafaza altına alınması veya bir yediemine tevdi ya da bir şeyin yapılması veya yapılmaması gibi, sakıncayı ortadan kaldıracak veya zararı engelleyecek her türlü tedbire karar verebilir.”* denilmektedir. HMK m. 414'de hakemlerin verebileceği ihtiyati tedbir kararları konusunda bir sınırlama yapılmamıştır.

¹⁵ PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 1010; YÜCEL, s. 25.

¹⁶ ÖZEKES Muhammet, Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenme Hakkı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2003, s. 213.

¹⁷ ÖZEKES, İhtiyati Haciz, s. 33.

¹⁸ YÜCEL, s. 27.

Doktrinde ihtiyati tedbir hakkında çeşitli tanımlar yapılmıştır. Kuru'ya göre "ihtiyati tedbir, davacının davayı kazanması halinde dava konusu mala kavuşmasını daha dava sırasında (hatta davadan önce) emniyet (güvence) altına almaya yarayan tedbirlerdir."¹⁹ Yılmaz, ise ihtiyati tedbiri, "davacının davayı kazanması halinde dava konusu mala (şeye) kavuşmasını, kanunların açıkça öngördüğü durumlarda nafaka ödenmesini, ayrılık ve boşanma davası üzerine gerekli geçici tedbirlerin alınmasını ve benzeri düzenlemelerin yapılmasını sağlamak üzere; davadan evvel veya davanın açılmasından sonra ve henüz kesin hükme bağlanmasından önce mahkemece tanınan geçici hukuki himaye" şeklinde tanımlamıştır.²⁰

İhtiyati tedbir kavramının tanımı dikkate alındığında bu tedbirlerin amacının çoğu zaman bir teminat ve hukuki koruma sağlamak olduğu söylenebilir. Ayrıca adaleti temin talebinin birer görünümünü teşkil etmektedir. Yargılamanın uzun sürmesinden kaynaklanacak ve etkin hukuki himayeye zarar verebilecek sonuçlardan kaçınmak, ihtiyati tedbirin en temel amacı olarak yansımaktadır.²¹

B. Delil Tespiti

Delil tespiti, ilerde açılacak veya açılmış olan bir dava ile ilgili delillerin bazı şartlar altında zamanından önce toplanıp emniyet altına alınmasını sağlamak için kabul edilmiş bir geçici hukuki koruma müessesesidir.²² Delil tespiti talebi, taraf usuli işlemlerinden kabul edilmektedir.²³ Hukukumuzda delil tespiti HMK m. 400/1'de düzenlenmiştir. Buna göre, delil tespiti talebi, derdest olan bir davada henüz inceleme sırası gelmemiş delillerin korunması ve değiştirilmesinin engellenmesi veya henüz açılmamış bir davada ileri sürülecek bir vakianın tespiti için keşif yapılması, bilirkişi incelemesi yaptırılması ya da tanık ifadelerinin alınması taleplerini içine almaktadır.

Delil tespiti de ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz gibi yargılamayla ilgili ortaya çıkabilecek tehlikeleri önlemeye yönelik bir önlemdir.²⁴ Delil tespiti, davanın sonucuna etkili vakialara ilişkin delillerin ve bu delilleri ispat değerinin muhafaza edilmesini sağlar. Ayrıca, ileride açılacak bir davanın konusu teşkil eden bir şeyin mevcut hukuki durumunun tespiti yapılır.²⁵ Delil tespitinin amacı, davanın karara bağlanmasına yardımcı olacak delillerin ortadan kaybolmasını önlemektir.²⁶

¹⁹ KURU Baki, Hukuk Muhakemeleri Usulü (Hukuk Muhakemesi), C. IV, 6.B., İstanbul, Demir Yayıncılık, 2001, s. 4289-4290.

²⁰ YILMAZ, Geçici Hukuki Himaye, s. 178.

²¹ YÜCEL, s. 29.

²² KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 568; PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, Medeni Usul, s. 1051.

²³ KARSLI Abdurrahim, Medeni Usul Hukukunda Usuli İşlemler, İstanbul, 2001, s. 155.

²⁴ YÜCEL, s. 30.

²⁵ ÜSTÜNDAĞ Saim, Medeni Yargılama Hukuku, 7.B., İstanbul, 2001, s. 590.

²⁶ KURU, Hukuk Muhakemesi, s. 4427.

C. İhtiyati Haciz

İhtiyati haciz, münhasıran para alacaklarında borçlunun malvarlığına el konulması suretiyle müstakbel icranın sonucunun güvence altına alınmasını sağlayan geçici bir hukuki korumadır.²⁷ İhtiyati haciz para alacağı için söz konusu olduğundan, sadece malvarlığı değerlerini konu edinebilir. Bu sebeple icrası da borçlunun malvarlığı üzerinde gerçekleşir. Oysa ihtiyati tedbir doğrudan taraflar arasındaki uyuşmazlık konusuna uygulanır.

İhtiyati tedbir kavramının tanımı dikkate alındığında bu tedbirlerin amacının çoğu zaman bir teminat ve koruma sağlamak olduğu söylenebilir. Bu noktada üzerinde önemle durulması gereken husus, ihtiyati tedbir kararı ile hedeflenenin alacaklının tatmini değil, alacaklının sonraki tatmininin şimdiden temin edilmiş olmasıdır. İhtiyati hacizle, alacaklının malvarlığı durumunun daha iyi bir hale getirilmesi amaçlanmaz, alacaklının aktifinin bir parçası olan alacağını elde edebilmesi ihtimal dahilinde tutulmaya çalışılır.²⁸

III. TAHKİM YARGILAMASINDA GEÇİCİ HUKUKİ KORUMA KARARI VERME YETKİSİ

A. Genel Olarak

Hakemler tarafından geçici hukuki koruma tedbirlerine hükmedilip hükmedileceği konusu öncelikle hakemlerin yargı yetkileriyle ilgili olup, tarafların iradesine, tahkime uygulanacak kurallara ve ilgili milli hukuka bağlıdır. Hemen belirtmek gerekir ki; uzunca bir dönem geçici hukuki koruma kararlarına duyulan ihtiyacın mahkemelerin yardımı ile karşılanması gerektiği kabul edilmiş; bu konuda hakemlere yetki verilmemiştir. Tahkimde hakemlerin geçici koruma kararı veremeyecekleri görüşünün dayandığı temel gerekçe ise hakemlerin bu kararı verseler dahi bunların cebri icrasının mümkün olmaması şeklindedir. Zira, taraflarca bu karara uyulmadığı zaman, cebren icrası istenemeyeceğinden tedbirin bir anlamı da olmayacaktır.²⁹ Ancak son otuz yılda uluslararası tahkimin gelişmesi ve günümüzde uluslararası uyuşmazlıkların olağan çözüm yöntemi haline gelmesi ile birlikte gerek pozitif hukuklarda, gerekse uluslararası tahkim uygulamasından çıkan içtihatlarda mahkemelerin yanında hakemlerin de geçici hukuki koruma kararı vermesi gerektiği, hatta bunun bir gereklilik olduğu ileri sürülmeye başlanmıştır. Hatta bu bağlamda tartışma konusu artık hakemlerin geçici hukuki koruma tedbirlerine hükmetme yetkilerinin bulunup bulunmadığı değil, bu yetkinin hangi kapsam ve nitelikte olduğu noktasında yoğunlaşmaktadır.³⁰

²⁷ **BERKİN** Necmeddin, İhtiyati Haciz, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1962, s. 9; **ULUKAPI** Ömer, İcra ve İflas Hukuku, 5.B., Konya, Mimoza Yayınları, 2012, s. 197.

²⁸ **ÖZEKES**, İhtiyati Haciz, s. 15-16.

²⁹ **YÜCEL**, s. 34.

³⁰ **YÜCEL**, s. 33; **YEŞİLOVA** Bilgehan, Milletlerarası Ticari Tahkimde Nihai Karardan Önce

B. Tahkim Yargılamasında Hakemlerin Geçici Koruma Kararı Verme Yetkisi

aa. Genel Olarak

Hakemler ile hakimleri birbirleriyle kıyaslarken genel olarak Roma Hukuku'na ait iki kavramın kullanıldığı görülmektedir: *imperium*(emretme yetkisi) ve *jurisdictio*(yargılama yetkisi). Hakimler ile hakemlerin karşılıklı yetki alanları belirlenirken, hep aynı noktadan hareket edildiği ve hep aynı cümlenin tekrar edildiği görülmektedir: “hakemler de tıpkı hakimler gibi “*jurisdictio*”ya sahiptirler ancak, hakimlerden farklı olarak “*imperium*”ları yoktur.”³¹ İşte aslında hakemlerin geçici hukuki koruma önlemlerine karar veremeyeceklerine ilişkin yaklaşım hakemlerin *imperium* yetkisiyle donanmamış olmalarıyla paraleldir.³² Geçmişte hakemlerin geçici ve koruyucu tedbirler alamayacağı yönündeki düşüncenin en önemli gerekçesini teşkil eden bu nitelemenin, günümüzde artık eskisi kadar belirleyici ve kısıtlayıcı bir biçimde kullanılmadığı görülmektedir.³³

bb. Hakemlerin Tedbir Kararı Verebilme Yetkisinin Temelleri

Hakemlerin geçici hukuki koruma tedbirlerine karar vermek konusunda doktrinde iki teori ortaya atılmıştır. Bunlardan ilki olan tabi yargı yetkisi (inherent power) teorisine göre, taraflar arasındaki uyuşmazlığın esasını çözmeye yetkisi olan hakemler, bu amaçla gerçekleştirecekleri yargılama faaliyetlerinde, tıpkı hakimler gibi, gerekli gördükleri tedbirleri alabilme yetkisiyle de donatılmıştır.³⁴ Dolayısıyla tahkim anlaşması yapıldığında bu kendiliğinden hakemlere geçici hukuki koruma tedbirlerine hükmetme yetkisi verir.

Bir diğer teori olan zımni yetki teorisi (implied power) ise, tahkim anlaşması yapan tarafların gerçek iradelerinin araştırılmasına ve hakemlerin geçici tedbirlere hükmedebilme konusunda yetkili olup olmayacağına, tahkim anlaşmasında yansımaları bulan taraf iradelerinin yorumlanması yoluyla karar verilmesine dayanmaktadır.³⁵

Tahkimin, uyuşmazlıkların çözümlenmesinde kullanılan sözleşmesel temele sahip özel bir yargılama yöntemi olmasından ötürü, hakemlerin yetkisinin

Mahkemelerin Yardımı ve Denetimi, İzmir, 2008, s. 647; **TUĞSAVUL** Melis Taşpolat, “4686 Sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu Uyarınca Hakemlerin ve Mahkemelerin Geçici Hukuki Koruma Kararı Verme Yetkisi”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 16, Özel Sayı 2014 (Basım yılı 2015), Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan, s. 2073.

³¹ **BALKAR** Süheyla, Uluslararası Ticari Tahkim ve Geçici Koruma Tedbirleri, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Ana Bilim Dalı Yayımlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2010, s. 89.

³² **YÜCEL**, s. 35.

³³ **BALKAR**, s. 89; **YÜCEL**, s. 35.

³⁴ **BALKAR**, s. 123; **YÜCEL**, s. 36.

³⁵ **BALKAR**, s. 122.

hukuki dayanağının aranacağı ilk hukuk kaynağı hiç kuşku yok ki tarafların iradesini yansıtan tahkim anlaşmasıdır.³⁶ Tahkim anlaşmasında konuya ilişkin hiçbir düzenleme bulunmaması halinde hakemlerin geçici tedbirlere hükmedip hükmedemeyeceklerine karar verebilmek için başvurulacak hukuki kaynak ise tahkime uygulanacak hukuk (*lex arbitrii*) olacaktır.³⁷ Nitekim ülkemiz hukuku (HMK), Alman hukuku, İsviçre hukuku gibi temelini UNCITRAL Model Kanunundan alan düzenlemelerde kanunda açıkça hakemlerin geçici hukuki koruma tedbirlerine hükmedebilecekleri kabul edilmiştir.³⁸

cc. Hakemlerin Verebileceği Geçici Hukuki Koruma Kararları

HMK'da hakemlerin ihtiyati haciz kararı verebileceklerine ilişkin bir düzenleme yoktur.³⁹ Bazı ülke hukuklarında hakemlere bu konuda yetki verildiği görülse de, Türkiye'de tahkim konusunda bir çok temel sorun bulunması karşısında hakemlere ihtiyati haciz kararı verme yetkisi tanınmasının ileri bir adım olacağı belirtilmektedir.⁴⁰ Nitekim, doktrinde de hiç bir cebri icra gücü bulunmayan hakemlere Milletlerarası Tahkim Kanunu (MTK) m. 6 ile ihtiyati haciz kararı verme yetkisi tanınmasının isabetli olmadığı ileri sürülmektedir.⁴¹ Zira ihtiyati haczin tahkime yabancılığının en önemli sebebi borçlunun uyuşmazlıkla ilgisi bulunmayan mallarına zorla el konulmasıdır. Oysa zorla el koyma kamu iktidarını gerektirir ve bu yüzden mahkemelere ait olan bu yetkinin tamamen taraflar arasındaki tahkim anlaşmasına göre yetki kazanan fakat özel şahıs statüsünde olan hakemler tarafından kullanılması mümkün değildir. Başka bir deyişle; tek başına ihtiyati haciz kararı almak taraflar açısından bu kararın uygulanabilmesini sağlamamaktadır; ihtiyati haciz kararını takiben kararın cebri icrasına yönelik ikinci bir yargısal işlem yapılması

³⁶ BALKAR, s. 115.

³⁷ BALKAR, s. 122.

³⁸ YÜCEL, s. 38.

³⁹ Buna karşılık hukukumuzda Milletlerarası Tahkim Kanunu (MTK) m. 6/2 ile aksi kararlaştırılmadıkça, tahkim yargılaması sırasında hakem veya hakem kurulunun taraflardan birisinin istemi üzerine ihtiyati tedbire veya ihtiyati hacze karar verebileceği düzenleme altına alınmıştır. MTK'da yine hakemlerin geçici koruma tedbirleri bakımından sahip olduğu yetkilere sınırlamalar getirmiştir. Kanuna göre hakemler cebri icra organları tarafından icrası ya da diğer resmi makamlar tarafından yerine getirilmesi gereken ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz kararı veremezler. Özel kişilerden oluşan hakemlerin devletin resmi organlarının yerine getireceği emir niteliğindeki tedbir kararlarını veremeyecekleri hakkında bkz. TUĞSAVUL, s. 2083.

⁴⁰ AKINCI Ziya, "Hakemlerin İhtiyati Tedbir ve İhtiyati Haciz Kararı Verme Yetkisi" (İhtiyati Tedbir), Şükrü Postacıoğlu'na Armağan, İzmir, 1997, s. 221.

⁴¹ PEKCANİTEZ Hakan, Milletlerarası Tahkimde Geçici Hukuki Koruma Önlemleri, Milletlerarası Tahkim Semineri, Ankara, 2003, s. 125; KALPSÜZ Turgut, Türkiye'de Milletlerarası Tahkim, 2. B., Ankara, 2010, s. 43.

gerekir.⁴² Sonuçta cebri icra organına emir veremeyecek olan hakemlerin ihtiyat haciz kararı vermesinin de bir anlamı olmayacaktır.⁴³

Alman hukukunda hakemlerin tüm geçici hukuki tedbirlerine karar verebilecekleri kabul edilmekteyken, İsviçre hukukunda ihtiyati haczin borçlunun malvarlığına ilişkin bir geçici hukuki koruma tedbiri olduğu ve uyuşmazlık konusuna ilişkin olmadığı gerekçesi ile hakemlerin ihtiyati haciz kararı veremeyecekleri kabul edilmiştir.⁴⁴

Kanaatimizce de hakemlerin ihtiyati haciz kararı veremeyecekleri kabul edilmelidir. Zira, hakemlerce ihtiyati haciz kararı verilse dahi bunun uygulanması mümkün olmayacak, mahkemeden tekrar ihtiyati haciz kararı alınması gerekecektir. Nitekim HMK m. 414/1 ile hakemlere ihtiyati tedbir ve delil tespiti verme yetkisi tanınmış, buna karşılık ihtiyati haciz verme yetkisi tanınmamıştır.

Diğer üzerinde durulması gereken bir konu ise yine geçici hukuki koruma türleri arasında yer alan delil tespitine hakemler tarafından karar verilip verilemeyeceği hususudur. HMK m. 414/1'de hakemlerin karar verebileceği geçici hukuki koruma önlemleri arasında delil tespiti de sayılmıştır.⁴⁵ Delil tespitinin yapılması için cebir kullanılması gerekiyorsa, hakemlerin bu yönde delil tespiti karar vermesi ise mümkün olmayacaktır.⁴⁶

dd. Hakemlerin Verdiği Geçici Hukuki Koruma Kararlarının İcrası

Tahkim yargılamasında çoğunlukla tarafların hakemler tarafından verilen kararların gereğini gönüllü olarak yerine getirdikleri görülmektedir. Zira taraflar kendi iradeleri ile uyuşmazlığı hakem önüne getirdiklerinden ve uyuşmazlığı bir an önce çözmek isteyeceklerinden verilen kararları da rızaları ile yerine getirmeleri gerektiği işin niteliği gereğidir. Buna göre de hakem mahkemesi tarafından verilen geçici hukuki koruma kararlarını aleyhine karar verilen taraf rızaen yerine getirirse sorun yoktur.⁴⁷ Diğer yandan hukuki koruma tedbirlerine ilişkin kararların taraflarca rızaen yerine getirilmediği takdirde hangi yola başvurulacağı önem taşımaktadır. Bu gibi hallerde de mahkeme yardımının istenilmesi halinde inceleme yetkisinin ve kararının çerçevesinin ne olacağı tartışma konusudur. Ayrıca mahkemelerin, hakemlerin verdiği karara gereksiz yere müdahale etmemesi gerektiği, bir denetim mercii olmadığı ileri sürülen

⁴² TUĞSAVUL, s. 2083.

⁴³ PEKCANITEZ, s. 124-125.

⁴⁴ TUĞSAVUL, s. 2085; YÜCEL, s. 41-42.

⁴⁵ TUĞSAVUL, s. 2088; YÜCEL, s. 44.

⁴⁶ PEKCANITEZ, s. 128.

⁴⁷ PEKCANITEZ, s. 134; YÜCEL, s. 45.

görüşlerdendir.⁴⁸ Bu konuda mahkemeye yapılan başvuru, hakemlerin verdiği kararın icra edilip edilmeyeceğinin tespitine, ona icrai bir etki tanımaya yöneliktir.⁴⁹ Yani mahkemeden, hakem kararına uygun olarak yeni bir tedbir karar verilmesi istenmez.

Hakemler tarafından verilen geçici hukuki koruma kararlarının icra edilmesi HMK m. 414/2'de, "*Mahkeme hakem veya hakem kurulunca verilen tedbir kararının geçerli bir tahkim sözleşmesinin var olması kaydıyla taraflardan birinin talebi üzerine icra edilebilirliğine karar verir*" şeklinde düzenlenmiştir. Dolayısıyla, şayet aleyhine geçici hukuki koruma kararı verilen taraf bu karara rızaen uymaz ise diğer taraf kararın icra edilebilirliğine karar verilmesi için devlet mahkemesinden yardım talep edebilecektir.⁵⁰ Hakemler tarafından verilen geçici koruma kararının mahkeme tarafından incelenmesinde geçerli bir tahkim sözleşmesinin olup olmadığı, hakemlerin usulüne uygun bir şekilde atanıp atanmadığı, kararın içeriğinin cebri icraya elverişli olup olmadığı, kararın kamu düzenine uygun olup olmadığı yönünde sınırlı olması, işin esasına girilmemesi, talepte bulunan tarafın geçici hukuki koruma kararı ihtiyacının varlığını ve ilk görünüş itibarıyla haklı olup olmadığını araştırmaması ve kararı denetleme görevinin bulunmadığını kabul etmek gerekmektedir.⁵¹

Konuya ilişkin olarak Alman hukukunda da hakemler tarafından verilmiş rızaen yerine getirilmeyen geçici hukuki koruma kararlarının icrası için mahkemelerden yardım talep edilebileceği ve mahkemenin talep halinde hakemler tarafından verilen geçici hukuki koruma tedbirini değiştirebileceği veya kaldıracabileceği öngörülmüştür.⁵² İsviçre hukukunda da aynı yönde düzenleme mevcuttur. Almanya ve İsviçre hukukunda kabul edildiği üzere mahkemenin, kararın icrası için zorunlu olduğu taktirde hakem kararını eskisine uygun veya aynı değerde bir karar ile belli ölçüde değiştirebileceği kabul edilmelidir. Bir başka ifade ile; mahkemenin "yardım" görevinden dolayı hakemin verdiği ve Türk hukukunda icra edilemeyen geçici hukuki tedbirlere ilişkin kararı, yine hakemin verdiği karara eş değer olmak şartıyla Türk hukukunda bilinen bir tedbir kararına dönüştürerek icrası sağlanmalıdır.⁵³

⁴⁸ PEKCANITEZ, s. 135.

⁴⁹ PEKCANITEZ, s. 137.

⁵⁰ Hukukumuzda mahkemeden icra edilebilirlik kararını tarafın isteyeceği yönündeki bir diğer düzenleme ise MTK m. 6/4'da düzenlenmiştir. Buna göre, "*taraflardan biri, hakem veya hakem kurulunun verdiği ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz kararını yerine getirmezse; karşı taraf ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz kararı verilmesi istemiyle yetkili mahkemenin yardımını isteyebilir. Yetkili mahkeme gerekirse başka bir mahkemeyi de istinabe edebilir.*"

⁵¹ TUĞSAVUL, s. 2093.

⁵² TUĞSAVUL, s. 2089.

⁵³ TUĞSAVUL, s. 2092; YÜCEL, s. 47.

ee. Mahkemelere Re’sen Geçici Hukuki Koruma Tedbiri Yetkisi Verilen Hallerin Tahkimde Uygulanabilirliği Sorunu

HMK m. 414’e göre, aksi kararlaştırılmadıkça, tahkim yargılaması sırasında hakem veya hakem kurulu, taraflardan birinin talebi üzerine, bir ihtiyati tedbirin alınmasına veya delil tespitine karar verebilir denilmektedir. Tahkim sözleşmesinin her iki tarafın iradesine tabi konularda yapılması, bu konularda her türlü hukuki koruma talebinin de taraflarca ileri sürülmesini gerektirir. Dolayısıyla tahkimde taraflardan birinin talebi olmadan mahkeme ya da hakemlerin geçici hukuki koruma tedbirine hükmetmesi de mümkün değildir.⁵⁴ Bu suretle, mahkeme yargılamasında olduğu gibi tahkimde de hakemlerin ihtiyati tedbir veya delil tespitine karar verebilmesi için taraflardan birinin talepte bulunması gerektiği bilinmektedir. Bu koşul tüm uyuşmazlıklarda ortak bir şart olup, ancak Kanunda özel hüküm bulunan hallerde talep olmasa da mahkemelerce tedbire karar vermek mümkündür.⁵⁵ Örneğin, boşanma davasının açılmasıyla birlikte, davanın tarafları yasal olarak ayrı yaşama hakkını elde etmiş olacaklarından, hakimin talep olmasa da re’sen kadının günlük ihtiyaçlarını karşılayacak bir miktarın kocadan tedbir nafakası olarak alınmasına karar verebilir. Bu örnekleri çoğaltmak mümkündür.⁵⁶ Bu gibi durumlarda göze çarpan ise kamusal bir faydanın bulunmasıdır.

Doktrinde, Türk Hukuku’nda delil tespiti söz konusu olduğunda, taraflardan başka hakemlerin de re’sen delil tespitine karar verebilecekleri ileri sürülmüştür.⁵⁷ Bu görüşün aksini savunanlar da bulunmaktadır.⁵⁸

Kanımızca, mahkemelere re’sen geçici hukuki koruma tedbiri verme yetkisi düzenlenen haller boşanma, ailenin ve çocuğun korunması, suç ve suçluyla mücadele gibi kamusal yönü ağır basan istisnai durumlara özgü olduğundan, gerek bu tür uyuşmazlıkların tahkim yargılamasına konu edilememesi gerekse de taraf iradesinin egemen olması nedeniyle tahkim sözleşmelerinde hakemlerce talep olmaksızın tedbire karar verilmesi mümkün değildir.

⁵⁴ YÜCEL, s. 79.

⁵⁵ ÖZKAN HASAN, Açıklamalı-İçtihatlı İhtiyati Tedbir, Delil Tespiti, İhtiyati Haciz ve Kamu Alacağına Tahsilinde İhtiyati Haciz, İstanbul, Legal Yayınevi, 2006, s. 64.

⁵⁶ 4458 sayılı Gümrük Kanunu’nun 57. maddesinde, hak sahiplerinin talebi olmasa da, ihracat, ithalat ya da transit geçiş sırasında taklit veya korsan olduğundan şüphe edilen ürünlere ihtiyati tedbir olarak el konulması sağlanmıştır. Yine 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu’nun 169. maddesine göre, boşanma veya ayrılık davası açılınca hâkim, davanın devamı süresince gerekli olan, özellikle eşlerin barınmasına, geçimine, eşlerin mallarının yönetimine ve çocukların bakım ve korunmasına ilişkin geçici önlemleri re ‘sen alabileceği düzenlenmiştir.

⁵⁷ YEŞİLOVA, s. 659.

⁵⁸ Hakemlerin Türk Hukukunda re’sen delil tespitine karar verebilmesinin hukuki dayanağı olarak gösterilen MTK m. 12/B’de hakemlere delil toplama yetkisi verildiği, delil tespiti ile bu kavramın birbirinden farklı olduğu, madde hükmünün hakemlere delil tespiti konusunda bir yetki vermediği hakkında bkz. PEKCANITEZ, s. 129.

C. Tahkim Yargılamasında Mahkemenin Geçici Hukuki Koruma Kararı Vermesi

aa. Genel Olarak

Tahkim söz konusu olduğunda geçici hukuki koruma kararı verme bakımından genel olarak üç eğilim bulunmaktadır.⁵⁹ Bunlardan ilki, hakemlere hiç yetki vermemek ve sadece mahkemeleri yetkilendirmektir. Örneğin, İtalyan Medeni Usul Kanunu'nun 818. maddesi hakemlerin geçici ve koruyucu tedbir kararlarına hükmedemeyeceklerini açıkça ifade etmiştir. Benzer bir hüküm Arjantin Medeni Usul Kanunu'nun 753. maddesinde yer almaktadır. Aynı şekilde İsviçre Kantonlararası Tahkim Kanunu'nun 26. maddesi ile 1999 yılındaki değişiklikten önce yürürlükte bulunan Yunan Medeni Usul Kanunu'nun 889. maddesi de hakemlerde geçici tedbir yetkisinin bulunmadığını düzenleyen ulusal hukuklardandır.⁶⁰ Bir diğer yaklaşım ise münhasıran hakem kuruluna yetki verip, mahkemelerin yetkisini kabul etmemek şeklindedir. Günümüzde daha çok rastlanan sistem ise, hakemlerin ve mahkemelerin birlikte yetkiye sahip olduğunu belirtilen yaklaşımdır. Nitekim, Alman ve İsviçre hukukunda bu yaklaşım geçerlidir.⁶¹

Diğer yandan, tahkime konu olan uyuşmazlıkta konu geçici koruma tedbirleri olsun veya olmasın mahkemeler ile hakemlerin karşılıklı yetki alanları belirlenirken "ikincillik ilkesi" dikkate alınmalıdır. Bu ilke mahkemelerin daima tahkim yargılamasında gölgede ve ikinci planda kalmasını ifade eder.⁶²

Hukukumuzda, HMK'nın tahkime ilişkin ilgili maddeleri incelendiğinde devlet mahkemelerinin tahkime müdahalesinin en aza indirgenmek istendiği görülmektedir.⁶³ HMK'nın 414. maddesinden hareketle mahkemelerin tahkim yargılamasına geçici hukuki koruma önlemleri bakımından yardım edeceği alanlar şu şekilde sıralanabilir;

(1) Tahkim yargılaması öncesi veya tahkim yargılaması sırasında taraflar, aralarında bir sözleşme yaparak ya da hakem kurulundan izin alarak mahkemeden ihtiyati tedbir ya da delil tespiti kararı vermesi isteyebilirler.

(2) Hakem veya hakem kurulunun ya da taraflarca görevlendirilecek bir başka kişinin zamanında veya etkin olarak hareket edemeyecek olduğu hâllerde, taraflardan biri ihtiyati tedbir veya delil tespiti için mahkemeye başvurabilir.

⁵⁹ YÜCEL, s. 49.

⁶⁰ BALKAR, s. 126.

⁶¹ YÜCEL, s. 50.

⁶² Bkz. BALKAR, s. 183 vd.

⁶³ TUĞSAVUL, s. 2096.

(3) Mahkeme, hakem veya hakem kurulunca verilen tedbir kararının, geçerli bir tahkim sözleşmesinin var olması kaydıyla taraflardan birinin talebi üzerine icra edilebilirliğine karar verir.⁶⁴

bb. Mahkemeye Başvuruyu Gerekli Kılan Haller

Hakemlerin seçilmesi ya da hakem heyetinin kurulması belli bir süre alacağından bir an önce düzenlenmesi ve icra edilmesi gereken geçici hukuki koruma kararını taraflar tahkim yargılamasına başlanmadan önce mahkemelerden alabilecektir. Nitekim, geçici koruma tedbirlerine uygulamada genelde uyuşmazlığın daha başında ihtiyaç olacak ve mahkemelere de bu sebeple başvurmak gerekecektir.⁶⁵

Geçici hukuki koruma tedbirlerinin basit ve çabuk bir incelemeyle verilebilmesi sonucunda ortaya çıkan ve doktrinde son derece tartışmalı olan bir özelliği de, tedbir talebi hakkında karar verilirken, hukuki dinlenilme ve savunma hakkı bakımından esasa ilişkin yargılamaların aksine, karşı tarafın dinlenilmesinin zorunlu olmaması, yani tedbirlerin *ex parte* verilebilmesi özelliğidir.⁶⁶ Hatta bu tedbirlerin, karşı tarafça yaratılan ve hali hazırda var olan bir tehlike veya riski bertaraf etmek amacıyla öngörüldüğü düşünüldüğünde, etkinliği için gerekli olan sürpriz ve şok etkisinin yaratılması çoğu zaman bu tedbirlerin karşı tarafın yokluğunda verilmesi ile mümkün olabilmektedir. Nitekim, hukukumuzda da HMK m. 309/2'de talep edenin haklarının derhal korunmasında zorunluluk bulunan hallerde, hakimin karşı tarafı dinlemeden de tedbire karar verebileceği düzenlenmiştir.

Tahkim kurumunun kaynağında sözleşmesel bir ilişki bulunması ve taraf iradesinin tahkim anlaşmasında somutlaşması, devlet yargısına oranla hakemleri iki yönden zaafa uğratmaktadır. İlki, geçici koruma tedbirleri de dahil olmak üzere, hakemlerce verilecek hiçbir kararın tahkim anlaşmasına taraf olmayan üçüncü şahıslara etki edemeyecek olmasıdır. Zira hakemlerin yetkisi, onların verecekleri kararlarla bağlı olma iradesini gösteren tahkim sözleşmesinin tarafları ile sınırlıdır. Tahkim kurumunun bir diğer zaafı ise, tarafların iradesinden yetki alan hakemlerin yetki alanlarının, doğal olarak tarafların kanunlar çerçevesinde sahip oldukları yetki ile sınırlı olmasıdır. Diğer bir ifadeyle, taraflar, kendilerinde olmayan bir yetkiyi hakemlere devredemezler.⁶⁷

Bazı geçici koruma tedbirleri için mahkemelere başvurulması zorunluluğu, Türk Hukuku açısından da MTK m. 6/2'de açıkça ifade edilmiştir. Hakemlerin ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz kararı verebilme yetkilerinin sınırlarını da

⁶⁴ YÜCEL, s. 51.

⁶⁵ YÜCEL, s. 52.

⁶⁶ BALKAR, s. 13.

⁶⁷ BALKAR, s. 165.

çizen bu hüküm uyarınca; *“Hakem veya hakem kurulu, cebri icra organları tarafından icrası ya da diğer resmi makamlar tarafından yerine getirilmesi gereken ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz kararı veremeyeceği gibi, üçüncü kişileri bağlayan ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz kararı da veremez”*. Bu noktada, geçici koruma tedbirleri için mahkemelere başvurulmasını gerektirecek hukuki sebepleri incelemek gerekmiştir.

Bunlardan ilki hakemlerin imperium yetkisinin yokluğuna dayanan *“cebri icra organları tarafından icrası veya resmi diğer organlar tarafından yerine getirilmesi gereken”* geçici koruma tedbirlerinin söz konusu olduğu haller gelmektedir.⁶⁸ Hemen her ülke hukuk sisteminde olduğu gibi, Türk Hukuku uyarınca da, hakemler, cebri icra organları tarafından icrası ya da diğer resmi makamlar tarafından yerine getirilmesi gereken ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz kararı veremezler. Örneğin, hakemler Karayolları Genel Müdürlüğü veya Devlet Su İşleri Genel Müdürlüğü tarafından uygulanacak bir tedbir kararına hükmedemezler.⁶⁹ Keza hakemler, tedbiren bir malın ya da aracın yurt dışına çıkarılmaması için gümrük müdürlüklerine yazı yazılmasına ya da tapu müdürlüklerine, taraflardan birine ait gayrimenkullerin ihtiyaten haczedilmesine veya bir başkasına devredilmemesi için tedbir konulmasına dair emir de veremezler.⁷⁰ Örnekleri çoğaltmak gerekirse, hakemler, resmi makam olan tapu dairesi, nüfus müdürlüğü, trafik müdürlüğü, ticaret sicili gibi resmi daireler tarafından yerine getirilmesi gereken tedbirlere de hükmedebilme yetkisini haiz değildirler. Zira özel kişilerden oluşan hakemlerin devletin resmi organlarının yerine getireceği emir niteliğindeki tedbir kararlarını verebilmelerine kanun cevaz vermemektedir.⁷¹

MTK’da ifade bulan *“resmi makamlar tarafından yerine getirilmesi gereken ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz kararı”*ndan ne anlaşılması gerektiği büyük önem taşımaktadır. Hiç kuşkusuz, bu gibi bir sınırlamanın temelinde, devletin veya resmi organların hakemlerden emir veya talimat almayacağı, özel kişilerden oluşan hakemlerin devletin resmi organları hakkında tedbir kararlarına hükmedemeyecekleri⁷², bu hususların devletin hakimiyet alanına ilişkin münhasır yetkilerinden sayıldığı⁷³ ve imperium yetkisi olmayan

⁶⁸ BALKAR, s. 165; YÜCEL, s. 54.

⁶⁹ AKINCI Ziya, Milletlerarası Tahkim, Ankara, 2003, s. 102.

⁷⁰ PEKANITEZ, s. 123.

⁷¹ PEKANITEZ, s. 131.

⁷² PEKANITEZ, s. 123.

⁷³ “...ihtiyati haciz kararının cebri icra yolu ile uygulanmasına dair yetkinin, devletin hakimiyet alanına ilişkin münhasır yetkilerinden biri olduğu..., Türk mahkemelerinin Türkiye sınırları içinde geçerli olmak üzere ihtiyati haciz kararı verebileceği...” demek suretiyle, ihtiyati haciz kararının cebri icra yoluyla uygulanmasının devletin egemenlik hakkıyla bağlantısı açıkça vurgulanmıştır), Yargıtay 11. HD. 7031/8189, 10/07/2006, www.kazanci.com, (ET: 29/03/2020). Bir başka kararda da, “...İhtiyati haciz kararının infazının, hukuki sonuç ve

hakemler tarafından anılan türde emir ve kararlar verilemeyeceği gerekçeleri bulunmaktadır. Ancak pek tabiidir ki, bu resmi makamlar bizzat uyuşmazlığın tarafı iseler durum farklı şekilde değerlendirilecektir. Bu takdirde, hakem veya hakem kurulu, uyuşmazlığın tarafı olan resmi makam, yani idare hakkında tedbir kararı verebilecektir. Zira tarafların eşitliği ilkesi, tahkim sözleşmesini imzalamış olan resmi kurum hakkında hakemlerin ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz kararı verebilmesini gerektirir.⁷⁴ Hakemlerin ihtiyati haciz kararı verebilme yetkisinin tahkime olan bu yabancılığı Türk Hukuku'nda özellikle Pekcanitez tarafından da haklı bulunmaktadır. Pekcanitez, hiçbir cebri icra gücü bulunmayan hakemlere kanuni düzenlemeyle ihtiyati haciz kararı verebilme yetkisi tanınmasının isabetli olmadığı görüşündedir.⁷⁵ Yazara göre, ihtiyati haczin tahkime yabancılığının en önemli sebebi, borçlunun uyuşmazlıkla ilgisi bulunmayan mallarına zorla el konulmasıdır. Oysa zorla el koyma “kamu iktidarını” kullanmayı gerektirir ve bu yüzden mahkemelere ait olan bu yetkinin tamamen taraflar arasındaki tahkim anlaşmasına binaen yetki kazanan ve fakat özel şahıs statüsünde olan hakemlerce kullanılması mümkün değildir. Yazara göre, resmi olarak borçlunun mallarına el koyma anlamına gelen ihtiyati haciz kararına, aleyhine haciz kararı verilen kişi tarafından kendiliğinden uyulması mümkün olmadığından, haciz işleminin cebri icra organlarına başvurularak uygulanması zorunludur. Cebri icra organlarına başvurabilmek için de bir mahkeme kararı gerekmektedir. Dolayısıyla, hakemlerin cebri icra organlarını harekete geçirebilmeleri söz konusu olamayacağı için, verecekleri ihtiyati haciz kararlarının da tek başına bir anlamı olmayacaktır.⁷⁶ Dolayısıyla, Türk hukukunda, ihtiyati haciz gibi bu tür geçici koruma tedbirlerini bizzat tarafların icra edebilmeleri mümkün olmadığı için, zorunlu olarak cebri icra organlarına başvurulması gerekecektir. MTK'da belirtilen “*cebri icra organları tarafından icrası gereken*” tabirinin öncelikle ifade ettiği anlam budur.

Geçici hukuki koruma tedbirlerinde mahkemelere başvurulmasını gerektirecek diğer bir hukuki sebep hali ise üçüncü kişileri bağlayacak şekilde geçici koruma tedbiri kararı verilmesidir. Hakemlerin yargılama yetkilerinin, bu yetkinin dayanağı olan tahkim anlaşmasına taraf olan şahıslar için bağlayıcı

hükümlerinin bir cebri icra olduğunda duraksama olmamalıdır. Cebri icra her devletin kendi ülke ve sınırları içerisinde haiz olduğu mutlak güç ve yetkilerdendir. Yine cebri icra devletin egemenlik ve hükümranlık haklarının kullanılmasının doğrudan bir sonucudur. O nedenle devletin nüfuz ve iktidarını simgeleyen bir hakimiyet tasarrufudur denilebilir. “Türk milleti egemenliğini Anayasanın koyduğu esaslara göre yetkili organlar eliyle kullanır. Egemenliğin kullanılması, hiçbir suretle, hiçbir kişiye, zümreye veya sınıfa bırakılamaz, hiçbir kimse veya organ kaynağını Anayasadan almayan bir devlet yetkisi kullanamaz (Anayasa m. 6)”, Yargıtay HGK, 12-287/325, 06/05/1998, www.kazanci.com, (ET: 29/03/2020).

⁷⁴ PEKCANITEZ, s. 123.

⁷⁵ PEKCANITEZ, s. 125.

⁷⁶ PEKCANITEZ, s. 124-125.

olduğu; buna mukabil, hakemlerce verilecek geçici veya nihai hiçbir kararın, tahkim anlaşmasına taraf olmayan üçüncü şahısları bağlamayacağı konusunda fikir birliği bulunmaktadır.⁷⁷ Dolayısıyla, hakemler; üçüncü bir şahsa ait bir yerde inceleme yapma veya üçüncü şahsın elinde bulunan delil niteliğindeki bir belgeyi talep etme, üçüncü şahsın banka hesabını bloke etme, yargılamaya taraf olmayan bankaya yönelik olarak tarafın banka hesaplarının dondurulması emri verme, üçüncü şahsın elindeki çekişme konusu malın yediemine teslimini emretme ya da davalıya borçlu olan üçüncü kişiye “alacağı davalıya ödememe” yönünde talimat verme gibi geçici koruma tedbirlerine hükmetme yetkisine sahip değildir.⁷⁸ Bu gibi geçici koruma tedbirleri açısından mahkemelere başvurmak zorunluluğu mevcuttur.

IV. HAKEM VEYA HAKEM KURULUNUN İHTİYATİ TEDBİRE HÜKMETMESİ (HMK M. 414/1)

A. Tahkim Yargılamasında Hakem veya Hakem Kurulunun İhtiyati Tedbir Kararı Vermesinin Şartları

aa. Taraflarca Aksinin Kararlaştırılmış Olması

HMK m. 414/1-c.1'e göre, “Aksi kararlaştırılmadıkça, tahkim yargılaması sırasında hakem veya hakem kurulu, taraflardan birinin talebi üzerine, bir ihtiyati tedbirin alınmasına veya delil tespitine karar verebilir.” Şu halde, tarafların hakem ya da hakem heyetinden ihtiyati tedbir ya da delil tespitine karar vermesini istemesi için özel bir düzenleme yaparak hakem ya da hakem heyetini ayrıca yetkilendirmesi gerekmez.⁷⁹ Bir başka ifadeyle, tarafların kendi aralarında yapacakları bir anlaşma ile hakemlerin ihtiyati tedbire veya ihtiyati hacze karar verebilme yetkilerinin bulunmayacağını kararlaştırmaları mümkün olup, bu tedbir veya tespiti yetkili mahkemeden istemesi de mümkün olacaktır. Bu nedenle mahkemelerin yetkisi, ikincil yetki olmakla birlikte, devam etmektedir.⁸⁰

bb. Taraflardan Birinin Talebi

Tahkimde hakemlerin ya da mahkemenin ihtiyati tedbir ya da delil tespitine karar verebilmesi için taraflardan birinin talebi şarttır. Tahkim sözleşmesi iki tarafın iradesine tabi konularda yapılabilir ve bu konulardaki her türlü hukuki koruma talebinin taraflarca ileri sürülmesi gerekir.⁸¹

⁷⁷ BALKAR, s. 169.

⁷⁸ AKINCI, İhtiyati Tedbir, s. 221-222.

⁷⁹ YÜCEL, s. 77.

⁸⁰ YÜCEL, s. 78.

⁸¹ YÜCEL, s. 79.

cc. Hakem veya Hakem Kurulunun İhtiyati Tedbir Kararını Uygun Bir Teminat Verilmesi Şartına Bağlaması

HMK m. 414/1-c.2 uyarınca “*Hakem veya hakem kurulu, ihtiyati tedbir kararı vermeyi, uygun bir teminat verilmesine bağlı kılabilir.*” Madde metninden de anlaşılacağı üzere teminat verilmesi tamamen hakem veya hakem kurulunun ihtiyarına bırakılmıştır. O halde hakemlerin ihtiyati tedbir talep edenden teminat verilmesini istemesi için karşı tarafın özel olarak talebine ihtiyaç bulunmamaktadır.⁸² Doktrinde, tedbir kararı verilmesi halinde oluşacak zarar miktarını en iyi bilecek olanın karşı taraf olduğu, bu nedenle de teminat karar verilirken hakemlerce onun da görüşünün alınmasının isabetli olacağı belirtilmektedir.⁸³

Hakem veya hakem kurulunun bu yetkiyi keyfi olarak kullanmaları düşünülemez. Bu konuda HMK m. 392 hükmünü göz önünde bulundurmaları düşünülmelidir.⁸⁴ HMK m. 392/1-c.2’deki “*durum veya koşulların gerektirmesi*” ibaresi ile hakime teminat kararı verip vermeme konusunda bir takdir yetkisi tanınmış olduğu ve örneğin tedbir talep edenin mevcut delillerine göre çok açık bir şekilde haklı olduğunun anlaşılması veya verilecek olan ihtiyati tedbirden dolayı karşı tarafın herhangi bir zararının doğma ihtimalinin olmaması gibi hallerde mahkemenin tedbir kararı vermek için teminat almasına gerek olmayabileceği kabul edilmiştir.⁸⁵ Hakemler teminatın türü ve miktarı bakımından da taraf talebiyle bağlı değildir. Ancak, zarar görenin verilecek teminat ile tedbirin göstereceği zararı hafifletelebilmelidir.⁸⁶

B. Hakem veya Hakem Kurulunun Hükmedebileceği İhtiyati Tedbirler

aa. İhtiyati Tedbir Türleri Açısından Değerlendirme

aaa. Teminat Amaçlı İhtiyati Tedbirler Bakımından

Teminat amaçlı tedbirler, ihtiyati tedbirlerin temel şeklidir.⁸⁷ Burada, çekişmeye konu olan hakkın sonradan icrası teminat altına alınmakta ve böylelikle kişinin hakkına kavuşmasını engelleyebilecek veya ağırlaştırabilecek tehlikelere karşı tedbir alınması söz konusu olmaktadır. Bir şeye tahammül etme, katlanma, yasaklama ve kaldırma şeklinde görünümleri olabilen teminat amaçlı tedbirlerin, İsviçre doktrininde genel olarak iki amaca hizmet

⁸² YÜCEL, s. 80.

⁸³ PEKCANITEZ, s. 144-145.

⁸⁴ YÜCEL, s. 81.

⁸⁵ YILMAZ, Geçici Hukuki Himaye, s. 920.

⁸⁶ PEKCANITEZ, s. 145.

⁸⁷ DEREN YILDIRIM Nevhis, “Medeni Usul Hukuku’nun Evrenselleşmesi Yolunda İhtiyati Tedbir Alanında Yabancı Hukukun Etkileri” (Yabancı Hukuk), Prof. Dr. Ergun Gönen’e Armağan, İstanbul, 2003, s. 308-311.

ettiği kabul edilir: faaliyetin durdurulması ve önleme amacı.⁸⁸ Teminat amaçlı tedbirler arasında, çekişmeli bir malın muhafaza altına alınması, devir ve ferağ yasağı, tasarruf hakkının sınırlandırılması şerhi, açıklama veya değiştirme yasağı ve yediemine teslim gibi tedbirler bulunmaktadır. Aynı şekilde banka teminat mektubu verilmesi gibi hükmün icrasını temin amaçlı tedbirler de bu kategoridedir.⁸⁹ Teminat amaçlı tedbirlerin Medeni Usul Hukuku'nda cebri icradaki ihtiyati haczin karşılığı olduğu ileri sürülmüş ve teminat amaçlı tedbirlerin ihtiyati hacizden farkının, teminat amaçlı tedbirlerin para alacağı olmayan edimlerin ifasını garanti altına alması olduğu belirtilmiştir.⁹⁰

bbb. İfa Amaçlı İhtiyati Tedbirler Bakımından

İhtiyati tedbirlerin bir diğer amacı da, ihtilaf konusu hakkın geçici olarak ifa edilmesini mümkün kılmaktır. İfa amaçlı ihtiyati tedbirler olarak ifade edilen bu tür tedbirlerin en önemli özelliği, ihtiyati tedbirlerin kural olarak dava konusunu baştan sağlamayan niteliğinden belli ölçülerde ayrılmasıdır. Şöyle ki: bazı özel durumlar, kesin ifayı amaçlamasa dahi, durumun gereği olarak geçici bir ifayı zorunlu kılabilir. Keza, hukuki ilişki süresince olumlu bir davranış, ifa, katlanma veya yapmama şeklindeki bir davranış, sözleşmedeki bir ifanın devamı, fikri haklara veya haksız rekabete ilişkin yapmama davranışları, müdahalenin men'i veya eski hale getirmeye yönelik tedbirler bu tür ifa amaçlı tedbirlere örnektir.⁹¹ Yine hakemlerce karar verilebilecek tedbirlere örnek olarak uyuşmazlık konusu paranın üçüncü bir kimseye bırakılması veya banka teminat mektubu verilmesi gösterilebilir.⁹²

HMK m. 414/1'de hakemlerin ihtiyati tedbirlere karar verebileceği ifade edilmiş, tedbir türleri bakımından bir sınırlandırmaya gidilmemiştir. O halde, üçüncü kişilere ve icra daireleri ile resmi makamlara yönelik olmamak kaydıyla hakemlerin de ifa amaçlı tedbir kararı verebileceği unutulmamalıdır.⁹³

ccc. Düzenleme Amaçlı İhtiyati Tedbirler Bakımından

İhtiyati tedbirler bazen de ihtilafli hukuki ilişkinin geçici olarak düzenlenmesine yönelmektedir. Düzenleme amaçlı ihtiyati tedbirler⁹⁴ olarak ifade edilen bu tür tedbirlerde amaçlanan, hukuki barış ve huzurun sağlanması adına, kurulmuş olan mevcut bir hukuki ilişki hakkında geçici olarak bir düzenleme yapılmasıdır. Böylece dava süresince daimi bir hukuki münasebet

⁸⁸ DEREN YILDIRIM, *Yabancı Hukuk*, s. 308.

⁸⁹ PEKCANİTEZ, s. 132.

⁹⁰ DEREN YILDIRIM, *Yabancı Hukuk*, s. 308.

⁹¹ DEREN YILDIRIM, *Yabancı Hukuk*, s. 312-316.

⁹² PEKCANİTEZ, s. 133.

⁹³ YÜCEL, s. 84.

⁹⁴ DEREN YILDIRIM, *Yabancı Hukuk*, s. 311.

inşa edilmektedir.⁹⁵ Burada söz konusu olan dava türü genellikle inşai davalardır. Hakemlerin bu tür tedbir kararı vermelerinde yetkisiz oldukları haller dışında ayrıca bir sınırlandırma bulunmamaktadır. Bir hukuki ilişkinin değiştirilmesi veya kaldırılması, genel kurul kararının geçici olarak iptali, bir ortağın temsil yetkisinin kaldırılması veya düzenlenmesi bu tür ihtiyati tedbirlere örnek olarak verilebilir.⁹⁶ Kısacası bu tür tedbirler, icranın teminat altına alınmasına veya hakkın geçici olarak ifa edilmesine hizmet etmeyen tedbirlerdir.

bb. Hakemlerin Üçüncü Kişileri Bağlayıcı ve İcra Makamlarına Yönelik İhtiyati Tedbir Kararı Verip Veremeyecekleri Sorunu

aaa. Genel Olarak

Hakem yargılaması ancak tahkim anlaşmasının tarafları için geçerli ve bağlayıcıdır.⁹⁷ Dolayısıyla hakemlerce verilecek geçici ya da nihai kararlar ancak ve ancak tahkim sözleşmesinin tarafları hakkında hüküm doğuracak, bu anlaşmaya taraf olmayan üçüncü kişileri ise bağlamayacaktır. Örneğin, hakemlerin üçüncü şahıslardan delil talep etmesi, üçüncü şahsa ait bir yerde inceleme yapma, üçüncü şahısta bulunan çekişmeli malı yediemine teslim etmeyi emretme, davalıya borcu olan üçüncü kişiye borcu davalıya ödememe emri verme, banka hesabını bloke etme, bankaya yönelik emir verme gibi ihtiyati tedbir kararlarını hakemler veremeyecektir.⁹⁸

bbb. Banka Teminat Mektuplarına İlişkin Tedbirler

Üçüncü kişileri bağlayıcı geçici koruma tedbirleri denildiğinde uluslararası ticarete uygulaması en fazla olan ve üzerinde çok büyük tartışmaların yapıldığı bir diğer konu da, banka teminat mektuplarının paraya çevrilmesinin engellenmesine yönelik geçici koruma tedbirlerinin hakemlerce verilip verilemeyeceği meselesidir.⁹⁹ Banka teminat mektupları, üçlü bir hukuki ilişkiye dayanmaktadır: lehine teminat mektubu düzenlenen ve satıcı ya da müteahhit konumunda bulunan “lehtar”, alıcı veya iş sahibi sıfatıyla “muhatap” ve garanti veren “banka”.¹⁰⁰ Banka teminat mektubunun düzenlenmesinde üç tarafın menfaati olsa da teminat ilişkisinin iki tarafı vardır. Bunlar, teminat mektubunu düzenleyen, yani garanti veren banka ile garanti alan muhataptır. Muhataba karşı aralarındaki sözleşme ilişkisi çerçevesinde bir edimi veya fiili taahhüt eden lehtar ise, teminat ilişkisinin tarafı değildir. Bilindiği gibi, teminat

⁹⁵ DEREN YILDIRIM, *Yabancı Hukuk*, s. 311.

⁹⁶ PEKCANITEZ, s. 132.

⁹⁷ YÜCEL, s. 85.

⁹⁸ AKINCI, *İhtiyati Tedbir*, s. 221.

⁹⁹ BALKAR, s. 177.

¹⁰⁰ ÖZDEMİR Hatice, “Uluslararası Özel Hukuk Açısından Banka Teminat Mektupları”, *İBD*, Eylül, S. 3, 1999, s. 730.

mektubu veren banka başlangıçta bir ödeme yapmamaktadır. Lehine teminat mektubu verilen kişinin, yani lehdarın, muhataba karşı olan yükümlülüğünü yerine getirmemesi ve riskin gerçekleşmesi halinde bankanın ödeme yapma yükümlülüğü doğmaktadır. Teminat mektubunun verilmesi ile banka, bu mektubu elinde bulunduran kişi ve kuruluşa, yani muhataba karşı, öngörülen şartın gerçekleşmesi halinde mektupta belirtilmiş olan tutarı derhal ödemeyi taahhüt eder.¹⁰¹

Teminat mektubu düzenlenmesine yol açan temel borç ilişkisi gibi, banka ile lehtar arasında teminat mektubu düzenlenmesi amacıyla yapılan sözleşme de, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği konulardan olduğu için, tarafların bu sözleşmelerden doğan uyumsuzlukların mahkemeler yerine hakemler aracılığıyla çözümlenmesini kararlaştırmaları mümkündür.¹⁰² Ancak, tahkim anlaşması sadece tahkim iradesini ortaya koymuş taraflar için bağlayıcı olduğundan, teminat mektubuna tahkim şartı konulmadığı müddetçe, lehtar ile muhatap arasındaki asıl sözleşmede yer alan tahkim kaydına binaen hakemlerin teminat mektubunun paraya çevrilmesinin önlenmesi amacıyla vereceği bir geçici koruma tedbiri, hukuken bankayı bağlayıcı nitelikte değildir. Zira banka, tahkim anlaşmasının tarafı olmadığı için üçüncü şahıs konumundadır ve hakemler, üçüncü kişiler üzerinde etki doğuracak şekilde geçici koruma tedbirlerine hükmedemezler.¹⁰³ Ancak, lehdarın, bankanın teminat mektubu bedelini muhataba ödemediği men edilmesi konusunda bir ihtiyati tedbir talep etme hakkını haiz bulunduğu hem Yargıtay tarafından hem de doktrinde ağırlıklı olarak kabul edilmektedir.¹⁰⁴ Muhatabı teminat mektubunu tazmin talebinden men eden ihtiyati tedbir kararlarına HMK m. 391/1 hükmü kapsamında hükmedilmesinde bir sakınca yoktur. Nitekim, Yargıtay tarafından bu yöndeki tedbirler kabul edilmektedir.¹⁰⁵

ccc. Hakemlerin Menfi Tespit Davasında Takibi Durdurma Kararı Verip Veremeyeceği Sorunu

Menfi tespit davası, davalı tarafından iddia edilen hukuki ilişkinin mevcut olmadığının tespit edilmesi için açılan bir dava çeşididir.¹⁰⁶ Bu dava, İcra

¹⁰¹ BALKAR, s. 178.

¹⁰² BALKAR, s. 178.

¹⁰³ BALKAR, s. 179.

¹⁰⁴ Bkz. Yargıtay 11. HD., 4883/4828, 07/11/1983, www.kazanci.com, (ET: 30/03/2020); Doktrin bu konuda belirtilen görüşler için bkz. YÜCEL, s. 88, dn. 66.

¹⁰⁵ “Dava dışı B. AŞ tarafından HUMK’un 101. ve devamı maddeleri uyarı nca dava konusu teminat mektubunun tazmin talebinin ihtiyati tedbir yoluyla durdurulmasına dair 2.5.2001 tarihinde Ankara Asliye 2. Ticaret Mahkemesi’nden ihtiyati tedbir kararı alınmış ise de, anılan tedbir kararı mürtef olduğundan davacının icra takibi yapmasında usulsüzlük bulunmamaktadır.”, Yargıtay 19. HD., 6503/11543, 04/12/2006, , www.kazanci.com, (ET: 30/03/2020).

¹⁰⁶ KURU Baki, İcra ve İflas Hukukunda Menfi Tespit Davası ve İstirdat Davası (Menfi Tespit),

İflas Kanunu m. 72’de düzenlemiştir. İcra takibi başlamadan önce bu davayı açmak için bir hukuki yararın bulunması şarttır.¹⁰⁷ Önemle ifade etmek gerekir ki, doktrinde ağırlıklı görüş, tahkim anlaşması mevcut olsa da, tahkim anlaşmasının konusu olan para borcu hakkında ilamsız icra takibi yapılabileceği yönündedir.¹⁰⁸ İcra dairesinde bu şekilde başlatılacak bir takibin menfi tespit davasına bakan hakemlerce tedbiren durdurulup durdurulamayacağı konusu tartışmalıdır. Bahsedildiği üzere, geçici hukuki koruma kararı için hakemler yerine mahkemelere başvuru yapılmasının sebebi hakemlerin cebri icra gücünden yoksunluğudur. Şu halde, hakem veya hakem heyetinin, ihtiyati tedbir olarak, icra dairesine, tahkim konusu uyuşmazlıktan kaynaklanan para borcu için yapılacak bir icra takibine ilişkin takip talebini kabul etmemesi yönünde bir emri vermesi mümkün olmayacaktır.¹⁰⁹

cc. Tahkim Yargılamasında İhtiyati Tedbirin Uygulanmasını Talep Etme Zorunluluğu

HMK m. 393/1’de ihtiyati tedbirler bakımından yapılan tedbirin uygulanmasını talep etme zorunluluğu bulunmaktadır. Madde metnine göre, “ihtiyati tedbir kararının uygulanması, verildiği tarihten itibaren bir hafta içinde talep edilmek zorundadır. Aksi hâlde, kanuni süre içinde dava açılmış olsa dahi, tedbir kararı kendiliğinden kalkar” Burada belirlenmiş olan bir haftalık süre kanuni ve hak düşürücü bir süredir.¹¹⁰ Kanun koyucu burada ihtiyati tedbiri koyduran kişinin üzerine düşen sorumluluk bakımından talebi yeterli görmüş, tedbirin fiilen uygulanmasını, tarafın bu yönde yapabileceği bir şey bulunmadığı için zorunlu kılmamıştır.¹¹¹

Mahkemece tedbir kararını verildikten sonra HMK m. 393/1 gereğince tedbiri koyduran kişi, kararın verilmesinden itibaren bir hafta içerisinde tedbiri uygulayacak olan mercie başvurarak tedbirin uygulanmasını talep etmek, HMK m. 397/1 gereğince de bu talebi takiben iki hafta içinde esas hakkındaki davasını açmak ve dava açtığına ilişkin evrakı, kararı uygulayan memura ibrazla dosyaya koydurtmak ve karşılığında bir belge almak zorundadır. Aksi halde tedbir kararı kendiliğinden kalkacaktır.¹¹²

Ankara, 2003, s. 11.

¹⁰⁷ KURU, Menfi Tespit, s. 24.

¹⁰⁸ YÜCEL, s. 90.

¹⁰⁹ YÜCEL, s. 91.

¹¹⁰ DEREN YILDIRIM Nevhis, Haksız Rekabet Hukuku ile Fikri ve Sınai Mülkiyet Hukuku’nda İhtiyati Tedbirler, (Haksız Rekabet), 2. B., İstanbul 2002, s. 132-133.

¹¹¹ GÖKSU Mustafa, “Hukuk Muhakemeleri Kanununa Göre İhtiyati Tedbirin Uygulanmasını Talep Etme Zorunluluğu”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 14, Özel Sayı 2014 (Basım Yılı 2015), Prof. Dr. Hakan Pekcantez’e Armağan, s. 1262.

¹¹² “Dava, ihtiyati tedbir kararına yapılan itiraz hakkında verilen karara karşı kanun yoluna

Tahkim yargılamasında ise hakem veya hakem heyeti tarafından verilen karar sonrası ihtiyati tedbirin uygulanmasını talep etme zorunluluğu bulunup bulunmadığına değinmek gerekmiştir. Kanunda tahkim yargılaması için geçerli olmak üzere ihtiyati tedbirin uygulanmasını talep etme zorunluluğu bakımından bir hüküm öngörülmemiştir. Diğer yandan HMK m. 444'te onbirinci kısmında düzenlenen konularda, aksine hüküm bulunmadıkça bu Kanunun diğer hükümlerinin uygulanamayacağı belirtilmiştir. Bu suretle ihtiyati tedbirin uygulanmasını talep etme zorunluluğunu düzenleyen HMK m. 393/1 hükmünün bu aşamada uygulanması mümkün gözükmemektedir. Zira, HMK hükümlerinin tahkimde uygulanabilmesi, bu hususun açıkça Kanunda öngörülmüş olmasına bağlıdır. Kanımızca, taraf serbestisinin egemen olduğu tahkim sözleşmesinde taraflarca bu konuda düzenleme yapılarak belirlenecek süre içinde HMK m. 414/2 gereğince tedbirin icrasının mahkemeden istenmesi uygun olacaktır.

başvurulması istemine ilişkindir. Davacılar.....Gücü ve.....Eğitim Spor Gücü, davalı Türkiye Boks Federasyonu'nun 21.10.2012 günü yapılacak olağan genel kurul toplantısı hazırlan listesinde isimlerinin bulunmadığını, daha önce yapılan genel kurul toplantılarına davet edildiklerini ve temsilci gönderdiklerini, davalı federasyonun 31.7.2007 tarihli ana statünün değiştirilmediğini ve halen yürürlükte bulunduğunu, henüz yürürlüğe girmeyen ana statüye göre hazırlan listesinde hazırlandığını ileri sürerek 21.10.2012 günü yapılacak genel kurul toplantısının mahkemece ihtiyati tedbire durdurulmasını istemiştir. Mahkemece 12.10.2012 tarihli tensip kararıyla "31.7.2007 tarih 26420 numaralı Resmi Gazete'de yayımlanan anastatüye göre katılımcıların belirlenmesi yerine genel kurula katılacak kişileri değiştirecek şekilde, usulüne aykırı olarak yönetim kurulunca düzenlenmiş ve henüz genel kurulca kabul edilmemiş taslak metne göre katılımcılar belirlenerek 21.10.2012 tarihinde yapılmak istenen genel kurulun yapılmasının durdurulması için HMK'nun 389.maddesi uyarınca ihtiyati tedbir konulması" kararı verilmiştir. Bu karara karşı davalı federasyon tarafından ihtiyati tedbirin şartlarına ve mahkemenin görev ve yetkisine itiraz edilmiş; ancak mahkemece 18.10.2012 tarihinde itirazın reddine karar verilmiştir. Dosyadaki bilgi ve belgelerden, davacılar vekili Ankara 9. İcra Müdürlüğü'nün 2012/13094 Esas sayılı dosyasına 21.10.2012 tarihinde verdiği dilekçeyle genel kurul toplantısının durdurulması talebinden vazgeçtiğini, bila infaz yapılmamasını talep ettiği halde Boks Federasyonu'nun 21.10.2012 tarihinde genel kurul toplantısını yaptığı anlaşılmaktadır. 6100 Sayılı HMK'nun 393. maddesi, ihtiyati tedbir kararının uygulanması, verildiği tarihten itibaren bir hafta içinde talep edilmek zorunda olduğunu, aksi halde, kanuni süre içinde dava açılmış olsa dahi, tedbir kararının kendiliğinden kalkacağını düzenlemiştir. Bu yasal düzenlemeler gözetildiğinde, davacılar vekilinin 7 günlük hak düşürücü süre içinde ihtiyati tedbir kararının infazını istemediği ve 21.10.2012 tarihinde de infaz isteminden vazgeçtiği dikkate alındığında ihtiyati tedbir kararının kendiliğinden kalktığı anlaşılmaktadır. Şu halde mahkemece davanın konusu kalmadığından karar verilmesine yer olmadığına karar verilmesi gerekirken davanın reddine karar verilmesi doğru görülmemiştir.", Yargıtay 18. HD., 189/1697, 12/02/2013, www.kazanci.com, (ET: 20/06/2020).

V. HAKEM VEYA HAKEM KURULUNCA VERİLEN TEDBİR KARARININ İCRA EDİLEBİLİRLİĞİNE KARAR VERİLMESİ (HMK M. 414/2)

A. İcra Edilebilirliğin Şartı Olarak Geçerli Bir Tahkim Sözleşmesinin Varlığı

HMK m. 414/2 uyarınca, “Mahkeme hakem veya hakem kurulunca verilen tedbir kararının, geçerli bir tahkim sözleşmesinin var olması kaydıyla taraflardan birinin talebi üzerine icra edilebilirliğine karar verir.” Madde metninden de anlaşılacağı üzere hakem veya hakem kurulunca verilen tedbir kararının icrası için ilk şart geçerli bir tahkim sözleşmesinin varlığıdır. Tahkim sözleşmesinin tanımı ve şekli HMK m. 412’de yapılmıştır. Madde metnine göre, tahkim sözleşmesi müstakil olarak yapılabileceği gibi, bir sözleşmeye eklenen şart olarak da yapılabilir.¹¹³ Yine aynı maddeden tahkim sözleşmesinin yazılı olarak yapılması gerektiği de anlaşılmaktadır.

B. Mahkemenin Tedbirin İcra Edilebilirliğine Karar Vermesi

Bu konuda kabul edilen genel yaklaşım, hakimin öncelikle HMK’ya uygun bir ihtiyati tedbir kararının mevcut olup olmadığı yönünde bir inceleme yapması gerektiğidir. Nitekim, hakem kararını tarafların uygulamaması halinde mahkemenin icra edilebilirlik kararı vermesi için bu tedbirin Türk hukukunda tanınan bir tedbir olması gereklidir.¹¹⁴ Doktrinde, HMK uyarınca mahkeme incelemesinin geçerli bir tahkim sözleşmesinin olup olmadığı, hakemlerin usulüne uygun bir şekilde atanıp atanmadığı, kararın içeriğinin cebri icraya elverişli olup olmadığı, kararın kamu düzenine uygun olup olmadığı yönünde sınırlı olması gerektiği, başka bir ifadeyle mahkemenin talepte bulunan tarafın geçici hukuki koruma ihtiyacının varlığını ve ilk görünüş itibarıyla haklı olup olmadığını araştırmaması gerektiği ve kararı denetleme görevinin bulunmadığı belirtilmiştir.¹¹⁵ Bu konuda ileri sürülen bir görüş, hakem kararında önemli eksikler bulunduğu takdirde, mahkemenin tedbiri yeniden düzenleyebileceği, milli hukuka uygun hale getirebileceği hatta yeni bir ihtiyati tedbir kararı verebileceği gibi verilen tedbir kararını kısmen veya tamamen değiştirebileceği ya da kararın icrasını reddedebileceği yönündedir.¹¹⁶

Son olarak, hakemlerce verilen tedbir kararlarının icrası için görevli ve yetkili mahkemenin tespiti bakımından, HMK m. 410’a göre, tahkim yargılamasında, mahkeme tarafından yapılacağı belirtilen işlerde görevli ve yetkili mahkemenin,

¹¹³ YÜCEL, s. 93.

¹¹⁴ YÜCEL, s. 94.

¹¹⁵ TUĞSAVUL, s. 2093; YÜCEL, s. 94.

¹¹⁶ PEKCANITEZ, s. 137-138; Bu konuda Yücel, mahkemenin icra edilebilirlik kararı verirken yeni bir tedbire hükmetmesinin HMK m. 414/1’e aykırılık teşkil edeceği görüşündedir. (Bkz. YÜCEL, s. 94-95)

konusuna göre tahkim yeri asliye hukuk veya asliye ticaret mahkemesi olduğu, tahkim yeri belirlenmemiş ise görevli mahkemenin, konusuna göre asliye hukuk veya asliye ticaret mahkemesi, yetkili mahkemenin ise davalının Türkiye'deki yerleşim yeri, oturduğu yer veya işyeri mahkemesi olduğu belirtilmiştir.

VI. TAHKİM YARGILAMASINDA MAHKEMENİN İHTİYATİ TEDBİR KARARI VERMESİ (HMK M. 414/3)

A. Genel Olarak

HMK m. 414/3'e göre, *“Hakem veya hakem kurulunun ya da taraflarca görevlendirilecek bir başka kişinin zamanında veya etkin olarak hareket edemeyecek olduğu hâllerde, taraflardan biri ihtiyati tedbir veya delil tespiti için mahkemeye başvurabilir. Bu hâller mevcut değil ise mahkemeye başvuru, sadece hakem veya hakem kurulundan alınacak izne veya tarafların bu konudaki yazılı sözleşmesine dayanılarak yapılır.”* Anılan kanun hükmü ile tahkimde devlet mahkemelerinin geçici hukuki koruma önlemleri konusundaki yetkileri MTK ve UNCITRAL Model Kanun'da karşılığı bulunmayan bir şekilde sınırlandırılmaktadır¹¹⁷. Bu düzenlemeye göre taraflar, hakem veya hakem kurulu yanında ihtiyati tedbir veya delil tespiti kararı vermek için bir ön hakem de görevlendirebilirler.¹¹⁸ Geçici hukuki koruma kararı talebiyle mahkemeye müracaat edebilmek için hakem heyetinin veya ön hakemin zamanında ve etkin hareket edemeyecek olması koşulu aranmaktadır. Bu haller mevcut değilse taraflar ancak hakemlerden izin alarak veya aralarında bu konuda yazılı sözleşme yaparak devlet mahkemelerinden geçici hukuki koruma talep edebileceklerdir.¹¹⁹

Yukarıda belirtilen hallerden hiçbirinin mevcut olmaması halinde taraflardan birinin hakemler yerine mahkemeden tedbir istemesi halinde mahkeme bu talebi reddedemeyecektir. Ancak taraflar, hakem veya hakem heyeti seçildikten sonra bu konuda mahkemeye başvuru yapılamayacağını kararlaştırabilirler. Bu halde de mahkeme kendisine yapılan başvuruyu reddedemeyecektir.¹²⁰ Zira, bu konuda bir tahkim anlaşması bulunduğu ileri sürmesi gereken uyuşmazlığın karşı tarafıdır. Ayrıca, mahkemeye bu konuda ilk itiraz yapılması için salt tahkim anlaşmasının bulunması yetmemekte, yanı sıra anlaşmada geçici hukuki koruma kararı verilmesi için mahkemeye başvurmamak yönünde bir şartın da bulunması gerekmektedir.¹²¹

¹¹⁷ TUĞSAVUL, s. 2103.

¹¹⁸ BUDAK Ali Cem, Yeni Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Tahkim Hükümleri, Uluslararası Ticaret ve Tahkim Hukuku Dergisi, C. 1, S. 1, 2012, s. 45.

¹¹⁹ TUĞSAVUL, s. 2103.

¹²⁰ YÜCEL, s. 97.

¹²¹ YÜCEL, s. 97.

Bu halde karşı tarafın mahkemeye aralarında bir tahkim anlaşması olduğunu ileri sürerek tahkim ilk itirazında bulunup bulunamayacağı tartışmalıdır. Bir görüşe göre taraflardan birisinin hakem yerine mahkemeye başvurarak tedbir talep etmesi halinde, mahkemelerin hakemlerdeki tedbiri nazara almaksızın karar verebileceği belirtilirken¹²²; bir diğer görüşe göre, HMK m. 414'ün lafzı ve madde gerekçesine göre taraflar arasında bir tahkim sözleşmesi bulunuyorsa taraflardan birinin mahkemeye başvurarak tedbir talep etmesi mümkün olmayacaktır.¹²³ Kanımızca, bu konuda daha önceden bahsedildiği gibi hukukumuzda da mahkemelerin ikincil yetkisi kabul edildiğinden, öncelikle bu konuda taraflarca hakemlerin yetkilendirilmesi kabul edildiği takdirde mahkemelerden tedbir talep edilmesi mümkün olamayacaktır.

VII. MAHKEMELERCE VERİLEN İHTİYATİ TEDBİR KARARININ ORTADAN KALDIRILMASI, DEĞİŞTİRİLMESİ, DEĞİŞEN ŞARTLARA UYARLANMASI VEYA KALDIRILMASI (HMK M. 414/4)

HMK m. 414/4'e göre, *“Tahkim yargılaması öncesi veya tahkim yargılaması sırasında taraflardan birinin talebi üzerine mahkemece verilen ihtiyati tedbir kararı, aksine karar verilmedikçe, hakem veya hakem kurulu kararının icra edilebilir hâle gelmesiyle ya da davanın hakem veya hakem kurulu tarafından reddedilmesi hâlinde kendiliğinden ortadan kalkar.”* Madde metnine göre, ihtiyati tedbir kararı hakem kararının icra edilebilir hale gelmesi ya da davanın hakem veya hakem kurulu tarafından reddedilmesine kadar uygulanabilecektir. Hakem heyeti oluşmadan ve tahkim yargılaması başlamadan mahkemeden ihtiyati tedbir kararı alınmışsa, tedbir isteyen, bu kararın uygulanmasını talep ettiği tarihten itibaren iki hafta içinde hakem veya hakem heyeti önünde esas yargılamayı başlatması ve buna ilişkin belgeyi, ihtiyati tedbir kararını uygulayan mercie HMK m. 393 gereği bir haftalık süre içinde ibraz etmesi gereklidir, aksi takdirde HMK m. 397/1 gereği tedbir ortadan kalkacaktır.¹²⁴

İhtiyati tedbir kararının verildiği anda mevcut olan hal ve şartlar ileride değiştiğinde ve tedbir kararının buna paralel olarak değişmesi veya ortadan kalkması gerektiğinde, mahkeme veya hakemler, kendilerince verilmiş olan ihtiyati tedbir kararını tekrar gözden geçirebilir, değiştirebilir ve hatta kaldırabilirler.¹²⁵ Zira geçici koruma tedbirlerinin “geçici” olma özellikleri, zamana bağlı olarak değiştirilip, kaldırılarak sona erdirilebilmelerini de mümkün kılar.¹²⁶

¹²² PEKCANITEZ, s. 97.

¹²³ YÜCEL, s. 97.

¹²⁴ YÜCEL, s. 101.

¹²⁵ PEKCANITEZ, s. 148.

¹²⁶ YEŞİLOVA, s. 642.

Bununla beraber, mahkemeden alınmış olan geçici tedbir kararlarının hakemlerce tekrar gözden geçirilmesinin veya kaldırılmasının; ya da hakemlerce verilmiş olan geçici tedbir kararlarının mahkemelere başvurulmak suretiyle değiştirilip, sona erdirilmesinin mümkün olup olmayacağı sorusu gündeme gelebilecektir. Bu konuda karşımıza çıkan HMK md. 414/5'e göre, "Mahkemenin verdiği ihtiyati tedbir kararı, hakem veya hakem kurulu tarafından değiştirilebilir veya ortadan kaldırılabilir." Bilindiği üzere yetkide paralellik ilkesi uyarınca, idari bir işlemi yapan mercinin o idari işlemi değiştirmek veya sona erdirmek hususunda da tek yetkili merci olması söz konusudur.¹²⁷Anayasa m. 138/4 uyarınca yasama organı dahil hiçbir merci mahkeme kararını değiştiremezken, hakemlere mahkeme kararını değiştirebilme yetkisi bu hükümle verilmiş olmaktadır. Bizim de katıldığımız üzere HMK ile hakemlere verilen bu yetkinin, mahkemenin verdiği ihtiyati tedbir kararını denetleme ve kaldırma yetkisi olarak anlaşılması gerektiği, bu yetkinin sadece koşullarda bir değişiklik olması durumunda ve durumun ispat edilmesi şartına bağlı olarak ihtiyati tedbir kararının kaldırılması ya da daha etkin geçici hukuki koruma sağlanabilmesi bakımından önceden mahkeme tarafından verilmiş olan tedbir kararının kısmen veya tamamen değiştirilebilmesine ilişkin olduğu belirtilmektedir.¹²⁸

VIII. TAHKİM YARGILAMASI ÇERÇEVESİNDE VERİLEN İHTİYATİ TEDBİR KARARINA KARŞI İTİRAZ VE BAŞVURULACAK KANUN YOLU İLE HAKSIZ İHTİYATİ TEDBİRDEN KAYNAKLANAN TAZMİNAT DAVASI

İhtiyati tedbir kararına itiraz HMK m. 394'te düzenlenmiştir. Madde metnine göre, karşı taraf (aleyhine tedbir istenen) dinlenmeden verilecek olan ihtiyati tedbir kararlarına karşı itiraz edilebilecektir. Bu durumun nedeni ise HMK m. 27'de düzenlenen hukuki dinlenilme hakkıdır. Geçici hukuki koruma tedbirlerinin basit ve çabuk bir incelemeyle verilebilmesi sonucunda ortaya çıkan ve doktrinde son derece tartışmalı olan bir özelliği de, tedbir talebi hakkında karar verilirken, hukuki dinlenilme ve savunma hakkı bakımından esasa ilişkin yargılamaların aksine, karşı tarafın dinlenilmesinin zorunlu olmaması, yani tedbirlerin *ex parte* verilebilmesi özelliğidir.¹²⁹ Ancak bu, karşı tarafa, kendisi aleyhine verilen geçici koruma tedbiri kararına karşı itiraz edebilme ve daha sonra hukuki dinlenilme hakkının tanınmadığı anlamına gelmemektedir.¹³⁰ Bu halde kanunda da belirtildiği üzere ihtiyati tedbirin şartlarına, tedbir kararı veren mercin yetkisine ya da verilen teminata itiraz edilebilecektir. Bundan başka diğer bir sebep ise durum ve şartların değişmesi nedeniyle itiraz edilmesidir.

¹²⁷ BALKAR, 211.

¹²⁸ PEKCANİTEZ /ATALAY/ÖZEKES, s. 1083.

¹²⁹ BALKAR, s. 13.

¹³⁰ YÜCEL, s 109.

Burada, ihtiyati tedbir kararı verilirken mevcut olan şartların değişmesi veya ortadan kalkması nedeniyle mahkemeden bu hususa yönelik tedbirin de değiştirilmesi veya kaldırılması talep edilmektedir. Daha önce tedbir itiraz etmiş olan taraf yeniden bu sebeple tedbire itiraz edebilecektir.¹³¹ Son olarak, aleyhine ihtiyati tedbir kararı verilmiş olan tarafın davacının muhtemel zararlarını karşılamaya yetecek bir teminatı göstermesi halinde, davaya bakan mahkeme hal ve şartların da müsait olması durumunda ihtiyati tedbir kararını kaldırabilir veya değiştirebilir. Ancak, mahkeme buna zorunlu değildir.¹³²

HMK m. 391/3'e göre, *“İhtiyati tedbir talebinin reddi halinde, kanun yoluna başvurulabilir. Bu başvuru öncelikle incelenir ve kesin olarak karara bağlanır.”* Bu karara karşı kanun yolu ise HMK m. 341/1'de düzenlenmiştir. Buna göre, *“İlk derece mahkemelerinden verilen nihai kararlar ile ihtiyati tedbir, ihtiyati haciz taleplerinin reddi ve bu taleplerin kabulü hâlinde, itiraz üzerine verilecek kararlara karşı istinaf yoluna başvurulabilir.”* Önemle ifade etmek gerekir ki, tedbir talebinin incelendiği oturumda iki taraf hazır bulunmuşsa, artık itiraz yoluna gidilemeyecek ve bu karara karşı kanun yoluna başvurulması gerekecektir. Bu noktada hakemlerce verilen tedbir taleplerine karşı kanun yoluna başvurulup başvurulamayacağı gündeme gelecektir. HMK m. 439'da hakem kararlarına karşı kanun yolu olarak iptal davası düzenlenmiştir. Madde metninde, iptal sebepleri sayılarak, iptal davasının tahkim yeri bölge adliye mahkemesinde açılabileceği düzenlenmiştir. Kanaatimizce, hakemlerce verilen ihtiyati tedbir kararı talebinin reddi veya tedbire itirazın reddi kararlarına karşı iptal davası kanun yoluna başvurulması mümkündür.

HMK m. 399'da ihtiyati tedbir kararlarına aykırı davranmanın yaptırımı hakkında düzenleme yapılmıştır. Madde metnine göre, *“Lehine ihtiyati tedbir kararı verilen taraf, ihtiyati tedbir talebinde bulunduğu anda haksız olduğu anlaşılır yahut tedbir kararı kendiliğinden kalkar ya da itiraz üzerine kaldırılır ise haksız ihtiyati tedbir nedeniyle uğranılan zararı tazmin etmekle yükümlüdür.”* Tedbirin hakemlerce ya da mahkeme tarafından verilmesi, tazminat talep edilebilmesi açısından bir fark yaratmayacaktır. Ancak tedbir hakemlerden istenmişse bu tedbirden dolayı uğranılan zararın tazmini talebi hakem veya hakem heyetinden, mahkemeden istenmişse tazminat talebi mahkemeden istenecektir.¹³³ Görevli mahkeme bakımından ise HMK m. 399/2'de haksız ihtiyati tedbirden kaynaklanan tazminat davasının, esas hakkındaki davanın karara bağlandığı mahkemede açılacağı düzenlenmiştir. Bu noktada tahkim yargılamasında tarafların anlaşarak devlet mahkemesinde haksız ihtiyati tedbirden kaynaklı tazminat davası açılmaması noktasında anlaşmalarının mümkün olduğunu söylemek gerekmektedir.¹³⁴

¹³¹ PEKCANİTEZ /ATALAY/ÖZEKES, s. 1042.

¹³² PEKCANİTEZ /ATALAY/ÖZEKES, s. 1043.

¹³³ PEKCANİTEZ, s. 145.

¹³⁴ PEKCANİTEZ, s. 145.

Tazminat verilmesinin ilk şartı, haksız bir tedbir kararı verilmiş olmasıdır. Buradaki haksız tedbirden maksat, esas yargılamadaki talebin temelini oluşturan maddi hukuka ilişkin hakkın hiç meydana gelmemesi ya da tedbirin gerekli olmadığına ortaya çıkması olarak anlaşılmalıdır.¹³⁵ İhtiyati tedbirden dolayı tazminat davası şartlarının, Türk Borçlar Kanunu 49 vd. maddelerinde düzenlenen haksız fiil hükümlerine bakılarak belirlenmesi gerekmektedir.¹³⁶ Lehine ihtiyati tedbir kararı verilenin tedbir talebinde bulunduğu anda haksız olduğu açtığı davanın esastan reddi ile sabit olacak, ancak asıl dava kesin hükümle sonuçlanmadan tazminat ödemeye mahkum edilmesi mümkün olmayacaktır. Tedbir kararının, gereklerinin süresinde yerine getirilmediğinden kalkması veya itiraz üzerine kaldırılması hallerinde de tedbir haksız sayılacak ve tazminat talep edilebilecektir.¹³⁷ HMK m. 399'a göre, tazminat davası açma hakkı, hükmün kesinleşmesinden veya ihtiyati tedbir kararının kalkmasından itibaren, bir yıl geçmesiyle zamanaşımına uğrayacaktır.

IX. TAHKİM YARGILAMASINDA HAKEMLER YA DA MAHKEMENİN DELİL TESPİTİNE HÜKMETMESİ

Hukuki niteliği itibariyle geçici koruma tedbiri olan delil tespiti bir dava türü olmayıp, gelecekte açılacak veya hali hazırda açılmış olan bir dava ile ilgili delillerin, ileride kaybolma veya belirlenmesinde, dinlenmesinde, gösterilmesinde zorluk çıkma riski bulunması şartıyla, bu tehlikeyi bertaraf etmek amacıyla, yargılama aşamasında gösterilmesi gereken zamandan önce toplanıp, incelenip, emniyet altına alınması ve kayda geçirilmesidir.¹³⁸ Dolayısıyla delil tespiti, uyuşmazlığın çözümünde ispat faaliyetine yardımcı olan delillerin korunmasını, kaybolmasını önlemek için alınan bir tedbir olup, ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz gibi yargılamada ortaya çıkabilecek tehlikelere karşı bir korumayı amaçlar.¹³⁹

HMK m. 414/1-c.1'e göre, "Aksi kararlaştırılmadıkça, tahkim yargılaması sırasında hakem veya hakem kurulu, taraflardan birinin talebi üzerine, bir ihtiyati tedbirin alınmasına veya delil tespitine karar verebilir." Madde metninden de anlaşılacağı üzere tarafların talebi olmadan delil tespitine hükmedilemez. Ayrıca delil tespiti kararı için belli teminat verilmesi koşulu aranmamıştır. Yine, delil tespitine kararlarına karşı ihtiyati tedbirde olduğu gibi kanun yoluna başvurulması mümkün değildir. Zira, delil tespiti kararı, nihai bir karar değildir.¹⁴⁰

¹³⁵ YÜCEL, s. 114.

¹³⁶ ARSLAN, s. 23.

¹³⁷ ARSLAN, s. 23.

¹³⁸ BALKAR, s. 40.

¹³⁹ PEKCANITEZ /ATALAY/ÖZEKES, s. 1051.

¹⁴⁰ ARSLAN, s. 26.

Doktrinde delil tespiti hakemlerin görevi olmadığı yönünde görüşler bulunmaktadır.¹⁴¹ Bunun altında yatan neden ise delil tespiti ihtiyacının hakem yargılaması başlamadan önce ortaya çıkıyor olmasıdır. Ancak bu durum her zaman geçerli olmayıp, hakem mahkemesi henüz kurulmadan delil tespiti istenecekse bu halde istek devlet mahkemesine yöneltebilecektir. Benzer şekilde hakem heyeti tarafından vaktinde delil tespiti yapılamayacaksa, mahkemeden delil tespiti istenebilecektir.¹⁴² Nitekim HMK m. 414/3'e göre, *“Hakem veya hakem kurulunun ya da taraflarca görevlendirilecek bir başka kişinin zamanında veya etkin olarak hareket edemeyecek olduğu hâllerde, taraflardan biri ihtiyati tedbir veya delil tespiti için mahkemeye başvurabilir. Bu hâller mevcut değil ise mahkemeye başvuru, sadece hakem veya hakem kurulundan alınacak izne veya tarafların bu konudaki yazılı sözleşmesine dayanılarak yapılır.”* Delil tespiti yapılması için cebir kullanılması gerekiyorsa, hakemlerin bu yönde bir delil tespiti kararı vermesi mümkün olmayacaktır.¹⁴³ Zira, hakemlerin cebri icra gücü bulunmadığından bu şekilde verilecek delil tespiti kararları ancak mahkemeler eliyle verilecektir. Aynı sebebe bağlı olarak hakemler tarafından verilen delil tespitine ilişkin kararların icrasına ilişkin sorunlar uygulamada görülebilir. Tarafların delil tespitine katlanmaması gibi zorunlu hallerde delil tespiti kararı mahkemeden istenecektir.¹⁴⁴

Son olarak belirtmek gerekir ki, ihtiyati tedbir kararının aksine, delil tespiti kararları bir kez alındıktan sonra geçerliliğini koruyacak, esas hakkındaki dava açılmadan önce istenmişse belli bir süre içinde dava açma zorunluluğu olmadığı gibi, hakemlerin esas hakkında açılan davayı reddetmesi üzerine de etkisini yitirmeyecektir.¹⁴⁵

X. TAHKİMDE GEÇİCİ KORUMA TEDBİRLERİ BAKIMINDAN YARGILAMA GİDERLERİ

Bilindiği üzere yargı harçları, Harçlar Kanunu'nun (1) sayılı tarifesinde yer almaktadır. Bunlar; başvurma harcı, celse harcı, karar ve ilâm harcı, temyiz, istinaf ve itiraz harçları, keşif harcı, icra ve iflâs harçları, haciz, teslim ve satış harcı, ticaret sicili harçları ve diğer yargı harçlarıdır.

Bunlar arasında sayılan mahkemelerde ileri sürülen geçici koruma tedbirleri olan ihtiyati tedbir, ihtiyati haciz ve delil tespiti ile ilgili taleplerde maktu nitelikteki başvurma harcı alınmaktadır. Tahkim yargılamasında ise başvurma harcı bulunmamaktadır. Zira, hakem yargılamasında başvurma

¹⁴¹ Bu yöndeki görüş için bkz. YÜCEL, s. 43.

¹⁴² ARSLAN, s. 118.

¹⁴³ PEKCANITEZ, s. 128.

¹⁴⁴ YÜCEL, s. 118.

¹⁴⁵ BALKAR, s. 209.

harcı alınmaması, harçların kanuniliği ilkesi ile yakından ilgilidir.¹⁴⁶ Nitekim, Harçlar Kanunu m. 3'e bakıldığında hakem yargılaması sonucunda sadece mahkeme işlemlerinden ve yine sadece karar ve ilam harcı alınmasına yönelik bir düzenleme öngörülmüş olduğu anlaşılmakta ve başvurma harcına ilişkin bir düzenleme yapılmadığı görülmektedir.¹⁴⁷ Diğer yandan karar ve ilâm harcı, mahkeme tarafından verilen ve davanın sona erdirilmesini sağlayan nihai karar sonucunda alınan harç olduğundan tahkim yargılamasına konu uyuşmazlıklarda karar ve ilâm harcı alınmamaktadır.

Tahkim yargılamasında söz konusu olabilecek ve geçici hukuki koruma tedbirlerine ilişkin mahkeme tarafından yapılacak işlemlerde alınacak harçlara da bu aşamada değinmek gerekmiştir. HMK m. 414/2'ye göre, hakem veya hakem kurulunca verilen tedbir kararının, taraflardan birinin talebi üzerine icra edilebilirliğine karar verme yetkisi mahkemededir. Mahkeme tarafından verilen bu karar kapsamında, Harçlar Kanunu m. 3/1'de "Hakem kararlarının infazı lazım geldiğine dair mahkeme başkanı veya hakim tarafından verilen şerhlerden, hakem kararının mahiyetine göre, karar ve ilam harcı alınır." şeklinde belirtildiği üzere karar ve ilâm harcı alınması gereklidir.

HMK m. 414/3'e göre, hakemlerin zamanında ve etkin olarak hareket edemeyecekleri durumlarda, hakem veya hakem kurulunun tedbir için tarafların mahkemeye başvurmasına izin vermesi halinde veya tarafların bu hususa ilişkin aralarında yapacakları yazılı sözleşme gerektiriyorsa, mahkemeden tedbir talep edilmesi mümkündür. Bu kapsamda mahkemeye yöneltilen geçici hukuki koruma tedbirlerine ilişkin taleplerin devlet mahkemesinde yapılan geçici hukuki koruma tedbirlerine ilişkin taleplerden bir farkı bulunmadığından Harçlar Kanunu'nun (1) sayılı Tarifesi kapsamında maktu nitelikte başvurma harcı alınması gerektiği düşünülmelidir.

HMK m. 114/1-g'de gider avansı ödenmesi bir dava şartı haline getirilmiştir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu Gider Avansı Tarifesine göre, gider avansının kapsamına, her türlü tebligat, posta ve keşif giderleri, bilirkişi ve tanık ücretleri gibi gerekli giderler girmektedir. Mahkeme yargılamasında gider avansı bir dava şartı iken hakem yargılamasında böyle bir durum söz konusu değildir.¹⁴⁸ HMK m. 442/1'de hakem veya hakem kurulunun, tarafların her birinden yargılama giderleri için gereken hallerde avans yatırılmasını isteyebileceği, aksi kararlaştırılmadıkça, bu avansın taraflarca eşit miktarda ödeneceği belirtilmiştir. Aynı maddenin 2. fıkrasında ise, avansın, hakem veya hakem kurulu kararında öngörülen süre içinde ödenmemişse hakem veya hakem kurulunun yargılamayı durdurabileceği, yargılamanın durdurulduğunun taraflara bildirilmesinden

¹⁴⁶ PINAR Burak, Yargı ve İcra Harçları, Ankara 2009, s. 79.

¹⁴⁷ PINAR, s. 79.

¹⁴⁸ ÖZBEK Mustafa Serdar, Hukuk Yargılama Usûlünde Gider Avansı, Ankara 2018, s. 110.

İtibaren bir ay içinde avans ödenirse yargılamaya devam olunacağı, aksi hâlde tahkim yargılamasının sona ereceği düzenlenmiştir.

Uygulamada, tahkim yargılamasında istenen gider avansı kalemlerini genelde hakem sekreterliği ücreti, hakemlerin seyahat giderleri ile diğer masrafları, mahkemelere yapılacak başvurularda alınması gereken yargı harçları ve tebligat giderleri oluşturur. Bu kalemler ilk usulî kararda belirtilir. Bunun dışında kalan bilirkişi ücreti, keşif masrafları, tanık masrafları gibi diğer yargılama giderleri ise yargılama sırasında talep edilmeleri durumunda, masraf avansı yatırılmasına ilişkin verilen bir ara kararla istenebilir.¹⁴⁹

SONUÇ

Usul hukuku kurallarının katı bir şekilde uygulanageldiği devlet mahkemelerindeki yargılama süreçlerinin uzun olabilmesi nedeniyle yapılan başvuru sonucu elde edilmek istenen amaca ulaşamama tehlikesinin önüne geçilmesi için geçici hukuki koruma tedbirlerine ihtiyaç duyulmaktadır. Bu yönüyle geçici hukuki koruma, bir yargılamada hükme kadar geçecek zaman içinde talep sahibinin hukuki durumundaki tehlikeyi önlemeyi amaçlamaktadır. İşte tam bu noktada bireylerin hak arama özgürlüğünün ve hukuki korunma taleplerinin güvence altına alınmasının hukuk devletinin bir gerekliliği olduğu da ortaya çıkmaktadır. Zira, modern hukuk sistemlerinde hakkın elde edilmesi için kişilere dava hakkının verilmesi kadar, bu hakkın kullanılmasından beklenen menfaatin aynen elde edilebilmesini garanti altına alacak tedbirlerin de alınması şarttır.

Geçici hukuki koruma, ihtiyati tedbir, ihtiyati haciz, delillerin tespiti gibi geçici hukuki korumaların çerçeve kavramı, bir tür üst şemsiyesi olduğu kabul edilmektedir. Uzunca bir dönem geçici hukuki koruma kararlarına duyulan ihtiyacın salt mahkemelerin yardımı ile karşılanması gerektiği kabul edilmişken, günümüzde tahkim yargılaması söz konusu olduğunda hakemlerin de geçici hukuki koruma kararı vermesi gerektiği, hatta bunun bir gereklilik olduğu ileri sürülmeye başlanmıştır. Hatta bu noktadan daha ileri gidilerek hakemlerin geçici hukuki koruma tedbirlerine hükmetme yetkilerinin hangi kapsam ve nitelikte olduğu üzerinde durulmaktadır.

Tahkimde geçici hukuki koruma kararı verme bakımından genel olarak üç eğilim bulunmaktadır. Bunlardan ilki, hakemlere hiç yetki vermemek ve sadece mahkemeleri yetkilendirmek, ikincisi, münhasıran bu konuda hakem kuruluna yetki verip, mahkemelerin yetkisini kabul etmemek, üçüncüsü ise, günümüzde de sıkça rastlanan hakemlerin ve mahkemelerin birlikte yetkiye sahip olmalarını kabul etmek şeklinde tezahür eden yaklaşımlardır. Son yaklaşım kabul edildiği takdirde ise devlet mahkemeleri ve hakemlerin

¹⁴⁹ ÖZBEK, s. 109.

yetkileri belirlenirken devlet mahkemelerinin gölgede ve ikinci planda kalması anlamına gelen 'ikincillik ilkesi' dikkate alınmalıdır. Nitekim, hukukumuzda da buna uygun olarak devlet mahkemelerinin tahkime müdahalesinin en aza indirgenmek istendiği görülmektedir.

Hukukumuzda ise geçici hukuki koruma kavramı, HMK ile mevzuata girmiştir. Kanunda, tahkim yargılamasında ihtiyati tedbir ve delil tespitine cevaz verilmiş olup, hakemlerin ihtiyati haciz kararı verebileceklerine ilişkin bir düzenleme ise bulunmamaktadır. Kanımızca, hakemlerce ihtiyati haciz kararı verilse dahi bunun uygulanması mahkemelerce verilecek ikinci bir karara muhtaç olduğundan mümkün olmayacaktır. Zira, cebri icra organına emir veremeyecek olan hakemlerin ihtiyat haciz kararı vermesinin de bir anlamı olmayacaktır.

Tahkim yargılamasında hakem veya hakem kurulu tarafından ihtiyati tedbire karar verilebilmesi için HMK'da belirtildiği üzere tarafların aralarında özellikle bu konuda mahkemeleri yetkili kılmaması, taraflardan birinin talebinin bulunması ve hakem veya hakem kurulunun ihtiyati tedbir kararı vermeyi bir teminat verilmesine bağlı kılmaması halinde teminatın talep edince verilmesi gerekmektedir. Delil tespiti istemi ise teminat verilmesi şartına bağlı tutulmamıştır.

HMK'nın 414. maddesinden hareketle mahkemelerin 'ikincillik ilkesi' kapsamında tahkim yargılaması öncesi veya sırasında taraflar, aralarında bir sözleşme yaparak ya da hakem kurulundan izin alarak mahkemeden ihtiyati tedbir ya da delil tespiti kararı vermesini isteyebilecekleri gibi hakem veya hakem kurulunun ya da taraflarca görevlendirilecek bir başka kişinin zamanında veya etkin olarak hareket edemeyecek olduğu hâllerde de, taraflardan biri ihtiyati tedbir veya delil tespiti için mahkemeye başvurabilecektir. Yine mahkeme, hakem veya hakem kurulunca verilen tedbir kararının, geçerli bir tahkim sözleşmesinin var olması kaydıyla taraflardan birinin talebi üzerine icra edilebilirliğine karar verebilecektir.

Esasen tahkim yargılamasında tarafların hakemlerce verilen kararın gereğini gönüllü olarak yerine getirmeleri için niteliği gereği olması gerektir. Ancak, bir taraf bu karara rızaen uymaz ise diğer taraf kararın icra edilebilirliğine karar verilmesi için devlet mahkemesinden yardım talep edebilecektir. Hakemler tarafından verilen geçici koruma kararının mahkeme tarafından incelenmesinde geçerli bir tahkim sözleşmesinin olup olmadığı, hakemlerin usulüne uygun bir şekilde atanıp atanmadığı, kararın içeriğinin cebri icraya elverişli olup olmadığı, kararın kamu düzenine uygun olup olmadığı yönünde sınırlı olması gerekmektedir.

Mahkemelerin verdiği ihtiyati tedbir kararının, hakem veya hakem kurulu tarafından değiştirilebilmesi veya ortadan kaldırılmasına HMK tarafından

cevaz verilmiştir. Ancak hakemlere verilen bu yetkinin geçici koruma tedbirine hükmedilirken söz konusu şartların değişmesi ve talep halinde kullanılması uygun olacaktır.

Son olarak belirtmek gerekir ki, hakem yargılaması ancak tahkim anlaşmasının tarafları için geçerli ve bağlayıcı olduğundan bu anlaşmaya taraf olmayan üçüncü kişileri ise bağlamayacaktır.

KISALTMALAR CETVELİ

B.	: Bası
Bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
c.	: Cümle
dn.	: Dip not
ET	: Erişim Tarihi
HD.	: Hukuk Dairesi
HMK	: Hukuk Muhakemeleri Kanunu
HUMK	: Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
İBD	: İstanbul Barosu Dergisi
m.	: Madde
MTK	: Milletlerarası Tahkim Kanunu
S.	: Sayı
s.	: Sayfa
UNCITRAL	: United Nations Commission for International Trade Law
Y.	: Yargıtay
YHGK.	: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu

KAYNAKÇA

- **AKINCI** Ziya, “Hakemlerin İhtiyati Tedbir ve İhtiyati Haciz Kararı Verme Yetkisi” (İhtiyati Tedbir), Şükrü Postacıoğlu’na Armağan, İzmir, 1997,
- **AKINCI** Ziya, Milletlerarası Tahkim, Ankara, 2003,
- **ARSLAN** Ramazan, “Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun Geçici Hukuki Korumalar Konusunda Getirdiği Yenilikler” , Bankacılar Dergisi, Y. 24, S. Özel Sayı, 2013,
- **BALKAR** Süheyla, Uluslararası Ticari Tahkim ve Geçici Koruma Tedbirleri, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Ana Bilim Dalı Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2010,

- **BERKİN** Necmeddin, İhtiyati Haciz, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1962,
- **BUDAK** Ali Cem, Yeni Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Tahkim Hükümleri, Uluslararası Ticaret ve Tahkim Hukuku Dergisi, C. 1, S. 1, 2012,
- **DEREN YILDIRIM** Nevhis , “Dava Şartı Olarak Hukuki Himaye İhtiyacına Eleştirel Bir Bakış” (Dava Şartı), Yargıtay Dergisi, S. 3, 1995,
- **DEREN YILDIRIM** Nevhis, Haksız Rekabet Hukuku ile Fikri ve Sınai Mülkiyet Hukuku'nda İhtiyati Tedbirler, (Haksız Rekabet), 2. B., İstanbul 2002,
- **DEREN YILDIRIM** Nevhis, “Medeni Usul Hukuku'nun Evrenselleşmesi Yolunda İhtiyati Tedbir Alanında Yabancı Hukukun Etkileri” (Yabancı Hukuk), Prof. Dr. Ergun Gönen'e Armağan, İstanbul, 2003,
- **ERİŞİR** Evrim, Geçici Hukuki Korumanın Temelleri ve İhtiyati Tedbir Türleri, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2013,
- **GÖKSU** Mustafa, “Hukuk Muhakemeleri Kanununa Göre İhtiyati Tedbirin Uygulanmasını Talep Etme Zorunluluğu”, Prof. Dr. Hakan Pekcantez'e Armağan, DEÜHFD, C. 14, Özel Sayı 2014 (Basım Yılı 2015), s. 1262,
- **KALPSÜZ** Turgut, Türkiye'de Milletlerarası Tahkim, 2. B., Ankara, 2010,
- **KARSLI** Abdurrahim, Medeni Usul Hukukunda Usuli İşlemler, İstanbul, 2001,
- **KAVLAK** Bengül, “Marka Hukukunda İhtiyati Tedbirlerin 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Işığında Değerlendirilmesi”, 2014, [http://journal.yasar.edu.tr/wp-content/uploads/2014/01/14- Beng % C3 %BCI - KAVLAK.pdf](http://journal.yasar.edu.tr/wp-content/uploads/2014/01/14-Beng%20%20C3%20%20BCI-KAVLAK.pdf),
- **KURU** Baki, Hukuk Muhakemeleri Usulü (Hukuk Muhakemesi), C. IV, 6.B., İstanbul, Demir Yayıncılık, 2001,
- **KURU** Baki/**ARSLAN** Ramazan/**YILMAZ** Ejder, Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, 24.B., Ankara, Yetkin Yayınları, 2013,
- **KURU** Baki, İcra ve İflas Hukukunda Menfi Tespit Davası ve İstirdat Davası (Menfi Tespit), Ankara, 2003,
- **ÖZBEK** Mustafa Serdar, Hukuk Yargılama Usûlünde Gider Avansı, Ankara 2018,
- **ÖZDEMİR** Hatice, “Uluslararası Özel Hukuk Açısından Banka Teminat Mektupları”, İBD, Eylül, S. 3, 1999,
- **ÖZEKES** Muhammet, İcra ve İflas Hukukunda İhtiyati Haciz (İhtiyati Haciz), Ankara, Seçkin Yayınevi, 1999,
- **ÖZEKES** Muhammet, Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2003,

- **ÖZKAN** Hasan, Açıklamalı-İçtihatlı İhtiyati Tedbir, Delil Tespiti, İhtiyati Haciz ve Kamu Alacağı'nın Tahsilinde İhtiyati Haciz, İstanbul, Legal Yayınevi, 2006,
- **PEKCANITEZ** Hakan/**ATALAY** Oğuz/**ÖZEKES** Muhammet , Medeni Usul Hukuku, 14.B., Ankara, Yetkin Yayınları, 2013,
- **PEKCANITEZ** Hakan, Milletlerarası Tahkimde Geçici Hukuki Koruma Önlemleri, Milletlerarası Tahkim Semineri, Ankara, 2003,
- **PINAR** Burak, Yargı ve İcra Harçları, Ankara 2009,
- **TUĞSAVUL** Melis Taşpolat, “4686 Sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu Uyarınca Hakemlerin ve Mahkemelerin Geçici Hukuki Koruma Kararı Verme Yetkisi”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 16, Özel Sayı 2014 (Basım yılı 2015), Prof. Dr. Hakan Pekcanitez’e Armağan,
- **ULUKAPI** Ömer, İcra ve İflas Hukuku, 5.B., Konya, Mimoza Yayınları, 2012,
- **ÜSTÜNDAĞ** Saim, Medeni Yargılama Hukuku, 7.B., İstanbul, 2001,
- **YEŞİLOVA** Bilgehan, Milletlerarası Ticari Tahkimde Nihai Karardan Önce Mahkemelerin Yardımı ve Denetimi, İzmir, 2008,
- **YILDIRIM** Kamil, İlkeler Işığında Medeni Yargılama Hukuku, 7. B., İstanbul, Beta Basım Yayım, 2012,
- **YILMAZ** Ejder, Geçici Hukuki Himaye Tedbirleri C. I (Geçici Hukuki Himaye), Ankara, Yetkin Yayınları, 2001,
- **YILMAZ** Ejder, “İhtiyati Haciz ve Uygulamada Ortaya Çıkan Sorunlar”, Bankacılar Dergisi, S. 27, 1998,
- **YÜCEL** Müjgan Tunç, HMK Uyarınca Tahkimde İhtiyati Tedbir ve Delil Tespiti, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2013,
- Yargıtay kararları taraması için www.kazanci.com.

ASKERİ SUÇLARIN SORUŞTURULMASINA VE KOVUŞTURULMASINA İLİŞKİN İSTISNAİ DÜZENLEMELER

Exceptional Arrangements for the Investigation and Trial of Military Crimes

Dr. Öğr. Üyesi Hakan GÜNDÜZ*

Geliş Tarihi: 04.06.2020

Kabul Tarihi: 31.08.2020

ÖZET

Ülkelerin dış güvenliklerinin sağlanması görevini yerine getirmekle yükümlü olan orduları ayakta tutan disiplindir. Askeri disiplinin tesisi ve korunması için genel ceza kanunlarının yeterli olamayacağı ve askeri hizmetlerin yürütülmesi için ordu içerisinde farklı hukuk kurallarının uygulanması gerektiği gerçeğinden hareketle, güçlü orduya sahip ülkelerde olduğu gibi, ülkemizde de, genel Ceza Kanunundan ayrı bir Askeri Ceza Kanunu kabul edilmiştir. Askeri ceza kanunlarının varlığı ile birlikte ortaya çıkan askeri suç kavramı; aynı zamanda bu suçlara, genel ceza kanunlarında yer alan suçlara uygulanan yaptırımlara nazaran bazı farklı ve istisnai hükümler uygulanması sonucunu doğurabilmektedir. Genel ceza kanunları yaptırımlar açısından, daha yumuşak ve özgürlükçü hükümler içerebilir iken, askeri menfaatleri koruma ve askeri disiplinin tesisi amacına hizmet eden askeri ceza hukukunda daha caydırıcı yaptırımlara ve erteleme, kısa süreli hapis cezasına seçenek yaptırımlara çevirme, uzlaşma, önödeme, hükmün açıklanmasının geri bırakılması, kamu davasının açılmasının ertelenmesi gibi kurumların uygulanmasını sınırlandıran yahut ortadan kaldıran hükümlere yer verilebilmektedir. Bu kapsamda, son yıllarda askeri suçlara ilişkin Anayasa Mahkemesinin verdiği iptal kararları üzerine veya iptal kararlarından bağımsız olarak yapılan kanun değişiklikleri nedeni ile ortaya çıkan istisnai düzenlemeler ele alınmıştır.

Anahtar kelimeler: Askeri suç, askeri ceza kanunu, askeri ceza hukuku, soruşturma, yargılama, istisnai düzenlemeler

ABSTRACT

It is the discipline that keeps the armies that are obliged to fulfill the duty of ensuring the foreign security of the countries. General criminal laws may be insufficient for the establishment and maintenance of military discipline, and different legal rules may need to be applied within the military to carry out military services. For this reason, a Military Criminal Code separate from the general Criminal Code was adopted in our country as well as in countries with strong army. The concept of military crime that occurs with the existence of military criminal laws; it may also result in exceptional judgments applied to these crimes according to the sanctions imposed on the crimes contained in the general penal laws. While the general criminal laws may include softer and libertarian provisions in terms of sanctions, there is room for provisions that limit or eliminate the implementation of institutions such as postponement in military criminal law, conversion to short-term prison sentences, reconciliation, prepayment, postponement of the announcement of the verdict, postponement of the public case. In this context, exceptional arrangements that have emerged due to the amendments made in the recent years upon the annulment decisions made by the Constitutional Court or independent of the annulment decisions were discussed.

Keywords: Military crime, military penal code, military criminal law, investigation, trial, exceptional arrangements.

* Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, e-posta: hgunduz973@gmail.com, ORCID ID: 0000-0002-2437-8329. (Makalede yayımlanan görüş ve düşünceler, tamamen yazarın kişisel fikirlerini yansıtmaktadır.)

GİRİŞ

Ülkelerin dış güvenliklerinin sağlanması görevini yerine getirmekle yükümlü olan orduları ayakta tutan disiplindir. Askerliğin temeli olan disiplin, bir orduda barış zamanında tesis edilememişse, çok daha ağır koşulların vuku bulacağı aşikâr olan savaş zamanında bu ordu yenilmeye mahkûmdur. Zira, askeri disiplin; ülke savunması için savaşılmaya yönündeki emri, mutlak itaat içerisinde uygulamayı ve yeri geldiğinde canını verebilmeyi gerektirir. Ülkelerin dışarıdan gelebilecek saldırılara karşı koyabilmesi, güçlü bir ordusunun bulunmasına; güçlü ordu ise askeri disiplinin barış zamanında tesis edilmiş olmasına bağlıdır.

Ordu disiplininin korunması için, disiplin amirleri ile disiplin kurullarına basit disiplinsizlikler karşısında disiplin cezası verme yetkisi tanınması yoluna gidilmektedir. Ancak, idari yaptırım niteliğindeki bu tedbirler, ağır disiplinsizler karşısında yetersiz kalabilmektedir. Bu kapsamda, askeri disiplinin daha etkili ve caydırıcı olarak korunması ve askeri hizmetlerin yürütülmesi için hayati önemi haiz bazı değerler, ceza hukukunun koruma alanına girmektedir. Askeri disiplinin tesisi ve korunması için genel ceza kanunlarının yeterli olamayacağı ve askeri hizmetlerin yürütülmesi için ordu içerisinde farklı hukuk kurallarının uygulanması gerektiği gerçeğinden hareketle, güçlü orduya sahip ülkelerde olduğu gibi, Ülkemizde de, genel Ceza Kanunundan ayrı bir Askeri Ceza Kanunu (ASCK) kabul edilmiştir¹.

Askeri ceza kanunlarının varlığı ile birlikte ortaya çıkan askeri suç kavramı; aynı zamanda bu suçlara, genel ceza kanunlarında yer alan suçlara uygulanan yaptırımlara nazaran bazı farklı ve istisnai hükümler uygulanması sonucunu doğurabilmektedir. Genel ceza kanunları yaptırımlar açısından, daha yumuşak ve özgürlükçü hükümler içerebilir iken, askeri menfaatleri koruma ve askeri disiplinin tesisi amacına hizmet eden askeri ceza kanunlarında daha caydırıcı yaptırımlara veya erteleme, kısa süreli hapis cezasına seçenek yaptırımlara çevirme, uzlaşma, önödeme, hükmün açıklanmasının geri bırakılması, kamu davasının açılmasının ertelenmesi gibi kurumların uygulanmasını sınırlayan yahut ortadan kaldıran hükümlere yer verilebilmektedir.

Son yıllarda Anayasa Mahkemesinin verdiği iptal kararları üzerine veya iptal kararlarından bağımsız olarak yapılan kanun değişiklikleri ile askeri suçların soruşturulmasında ve kovuşturulmasında uygulanacak pek çok istisnai düzenlemenin ortaya çıkması nedeniyle, bu çalışmayı kaleme aldık. Çalışmamızda öncelikle, askeri suç kavramı ve çeşitlerine yer verildikten sonra, askeri suçların soruşturulmasına ve kovuşturulmasına ilişkin istisnai düzenlemeler incelenmiştir.

¹ 1872 tarihli Alman Askeri Ceza Kanunu esas alınarak ve 1928 tarihli Fransız Askeri Ceza Kanunu'ndan istifade edilerek hazırlanan 1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu 22.5.1930 tarihinde TBMM'de kabul edilmiş, 15.6.1930 tarihli ve 1520 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

I. ASKERİ SUÇ KAVRAMI VE ÇEŞİTLERİ

Askeri suçlara uygulanacak istisnai hükümlere geçmeden önce hangi suçların askeri suç olduğunu açıklamak suretiyle, askeri suç kavramını ve askeri suçların türlerini ortaya koymak gerekir. Zira, askeri suç kavramı ile bağlantılı olarak uygulanması gereken yahut uygulanamayacak pek çok hüküm bulunmaktadır.

A. Askeri Suç Kavramı

Suç; toplum düzeninin devamlılığı açısından hayati önemi haiz hukuki değerlerin açık ve iradi olarak ihlali veya en azından bu hukuki değerleri korumak üzere konulmuş kurallara özensizlik niteliğindeki insan davranışlarıdır². Hukuki değerler ise, toplumsal yaşam açısından önem arz eden ve ceza hukuku tarafından korunan hayati önemi haiz değerlerdir³. Bir hukuki değeri korumayı amaçlamayan suç tipinden bahsetmek mümkün değildir; suç oluşturan her fiil, aynı zamanda bir hukuki değeri ihlal eder⁴. Türk Ceza Kanunu (TCK) ile ceza içeren diğer kanunlarda yer alan tüm suç tipleri en az bir hukuki değeri korumayı amaçlamaktadır. Askeri suçları diğer suçlardan ayırt etmeye yarayan önemli hususların başında, bu suçların koruduğu hukuki değer gelir. Bu kapsamda askeri suçların koruduğu hukuki değer; *“askeri bir yararı”* korumak olduğu ifade edilebilir⁵. Ancak, askeri suçları tarif etmek için sadece suçun koruduğu hukuki değeri kriter olarak almak tek başına yeterli değildir. Zira, ASCK dışında, TCK’nın İkinci Kitabında Devletin Güvenliğine Karşı Suçlar, Milli Savunmaya Karşı Suçlar ile Devlet Sırlarına Karşı Suçlar ve Casusluk başlıklı bölümlerde askeri bir yararı korumaya dönük suçlar yer almaktadır⁶.

Askeri suçun tanımı açısından ASCK’yı incelediğimizde, Kanun’un 1’inci maddesinde *“Bu kanunun ölüm, ağır hapis ve hapis cezalarıyla cezalandırıldığı suçlar askeri cürümlerdir.”* şeklinde bir düzenlemenin yer aldığını görmekteyiz. Suçun niteliğinden ziyade, verilecek cezadan hareketle askeri suçtu tarif eden bu tanım bazı yönlerden eksiktir. Anayasa’nın 38’inci maddesinde 7.5.2004 tarihinde yapılan değişiklikle, savaş zamanı dâhil olmak üzere ölüm cezasının kaldırılması nedeniyle, *“Anayasanın bağlayıcılığı ve üstünlüğü”* başlıklı Anayasa’nın 11’inci maddesi hükmü de gözetilerek, ASCK’da yer alan ölüm

² ÖZGENÇ, İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 12. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2016, s. 157.

³ İÇEL, Kayıhan/ÖZGENÇ, İzzet/SÖZÜER, Adem/MAHMUTOĞLU Fatih S./ ÜNVER, Yener, Suç Teorisi, Sebati Yayınevi, İstanbul, 1999, s. 95; KOCA, Mahmut/ÜZÜLMEZ, İlhan, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 12. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2019, s. 116.

⁴ İÇEL/ÖZGENÇ/SÖZÜER/MAHMUTOĞLU/ÜNVER, s. 96; ÖZGENÇ, s. 158.

⁵ SAHİR, Erman, Askeri Ceza Hukuku Umumi Kısım ve Usul, 7. Baskı, Üçdal Yayınevi, İstanbul, 1983, s. 157.

⁶ Örneğin; *“Askerî tesisleri tahrip ve düşman askerî hareketleri yararına anlaşma (m. 307)”*, *“askerî komutanlıkların gasbı (m. 317)”*, *“halkı askerlikten soğutma (madde 318)”*, *“askerleri itaatsizliğe teşvik (m. 319)”*, *“askerî yasak bölgelere girme (m. 332)”* suçları.

cezalarının uygulama imkânı kalmadığını söyleyebiliriz. Bununla birlikte, 5237 sayılı TCK'da "ağır hapis" şeklinde bir cezaya yer verilmeyerek, 5252 sayılı Kanun ile "ağır hapis" cezası "hapis" cezasına dönüştürülmüştür. ASCK'nın 1'inci maddesinde yer alan tanımla yetinmek; para cezası veya başka bir tür ceza öngörülen suçların askeri suç olmadığı gibi bir sonuca götürecektir. Zira, ASCK'nın "Düşman tarafına, yabancı memlekete kaçanlar hakkında mali ve fer'i cezalar" başlıklı 78'inci maddesinin C fıkrasının 2'nci bendinde yer alan suç için öngörülen ceza ağır para cezasıdır. Aynı Kanun'un "İffetsiz bir kimse ile evlenen veya böyle bir kimse ile yaşayanlar" başlıklı 153'üncü maddesinde düzenlenen suçlar için öngörülen tek yaptırım Türk Silahlı Kuvvetlerinden çıkarma cezasıdır. Yine ASCK'nın "Başkasının yaralanmasına ve ölmesine sebep olanlar" başlıklı 146'ncı maddesinde düzenlenen suçlar açısından uygulanacak yaptırım için TCK'nın ilgili hükümlerine yollama yapılmaktadır. Bu kapsamda bir asker kişiyi kendisine görevi nedeniyle tevdi edilen silahı ile taksirle yaralayan sanık asker kişi TCK'nın 89'uncu maddesi uyarınca adli para cezası ile cezalandırılabilir. Sayılan bu suçların nitelikleri itibarı ile askeri suç olmalarına rağmen hapis cezası dışında bir ceza ile cezalandırılmaları, ASCK'daki tanımın eksikliğini göstermektedir⁷.

Uyuşmazlık Mahkemesi'nin ve Askeri Yargıtay'ın kararlarında ASCK'da yer alan bu dar tanımla yetinilmeyerek askeri suç;

"a) Unsurları ve cezalarının tamamı Askeri Ceza Kanunu'nda yazılı olan, başka bir anlatımla, Askeri Ceza Kanunu dışında hiçbir ceza yasası ile cezalandırılmayan suçlar,

⁷ Seferberlik ve savaş halinde uygulama alanı bulabilecek ASCK'nın 78'i maddesi Askeri Yargıtay kararlarına konu edilmemiş olmakla birlikte, ASCK'nın 153'üncü maddesindeki suçun askeri suç olduğu Askeri Yargıtay kararlarında kabul edilmektedir. Zira, bu maddede yer alan "İffetsizliği anlaşılmış olan bir kimse ile bilerek evlenen veya evlilik bağına devam ettirmekte veya böyle bir kimseyi yanında bulundurmakta veya karı koca gibi herhangi bir kimse ile nikahsız olarak devamlı surette yaşamakta ısrar etme" ve "Bir kimseyle gayri tabii mukarenette bulunan yahut bu fiili kendisine rızasıyla yaptırma" fiilleri başka bir kanunda tamamen veya kısmen düzenlenmemiş ve sadece asker kişiler tarafından işlenebilen fiiller; ayrıca Türk Silahlı Kuvvetlerinden çıkarma cezası da sadece bu Kanun'da yer alan bir suçtur. ASCK'nın 146'ncı maddesinde düzenlenen suç da Askeri Yargıtay içtihatlarında askeri suç olarak kabul edilmiştir. Örneğin; As.Yrg.Dr'l.Krl.'nun 9.2.2017 tarihli ve 2017/3-10 E.K. sayılı kararında; "...Bu şekilde müteveffanın ölümüne sebebiyet verdikleri iddia olunan sanıkların, bu eylemlerini askerî görevleri sırasında, askerî şahsa karşı gerçekleştirdikleri, eylemlerinin ASCK'nın 146'ncı maddesi delaletiyle TCK'nın 85/1'inci maddesindeki taksirle ölüme sebebiyet vermek suçunu oluşturduğu, fiilin icrası sırasında suçun kanuni tanımındaki maddi unsurları bilmeden gerçekleştirmiş olduklarının belirlenmesi hâlinde, bu hata dolayısıyla taksirli sorumluluk hâli saklı olduğu için, bu suçla ilgili değerlendirme ve yargılama görevinin 353 sayılı Kanun'un 9'uncu maddesi uyarınca askerî mahkemelere ait olduğu, 353 sayılı Kanun'un 17'nci maddesi uyarınca, sanıkların askerî mahkemede yargılanmalarını gerektiren ilginin kesilmiş olması hâlinde dahi, askerî mahkemenin görevli olduğu sonucuna varıldığından, Askerî Yargıtay Başsavcılığının ... itirazının, ... kabulüne" karar verilmiştir.

b) *Unsurları kısmen Askeri Ceza Kanunu'nda kısmen diğer ceza yasalarında gösterilen suçlar,*

c) *Türk Ceza Kanunu'na atf suretiyle askeri suç haline dönüştürülen suçlar, olmak üzere üç grupta mütalaa edilmektedir.*" şeklinde tarif edilmiştir⁸.

Anayasa Mahkemesi de askeri suçları; "...askerî bir yararı koruma amacı güden ve Askeri Ceza Kanunu tarafından öngörülen veya yapılan atf dolayısıyla bu Kanun'un uygulama alanına giren suçlardır." şeklinde tanımlamaktadır⁹.

Öğretide en kapsamlı askeri suç tanımı ERMAN tarafından yapılmıştır. Bu tanıma göre; *"Sadece asker kişiler tarafından işlenmesi mümkün olup da, TCK nda kısmen veya tamamen öngörülme ve askeri bir hizmet veya görevin ihlalini ifade eden suçlarla, bu nitelikte olmamakla beraber askerî bir menfaati koruma maksadını güden ve AsCK tarafından öngörülen veya yapılan atf dolayısı ile bu kanunun uygulama alanına giren suçlar askeri suçlardır."*¹⁰. Öğretide bu tanımdan hareketle benzeri bir askeri suç tanımının KANGAL tarafından yapıldığı görülmektedir¹¹. Biz de ERMAN tarafından yapılan ve bugüne kadar öğretide ittifakla kabul gören¹² içeriğine katıldığımız bu tanımdan hareketle askeri suçları tasnif ettik.

B. Askeri Suç Çeşitleri

Yukarıda atf yapılan yüksek mahkeme içtihatları ve ERMAN tarafından yapılan tanım, bizi askeri suçlar açısından ikili bir ayrıma götürmektedir. Bunlardan ilki, sadece asker kişiler tarafından işlenebilen, unsurları tamamen ASCK'da düzenlenen ve askeri bir hizmet veya görevin ihlalini ifade eden *"sırf askeri suçlar"* ile bu nevi suçlar dışında kalan *"askeri suç benzerleri"*dir. Bu ayrımın, teorik bir ayrım olmasının ötesinde uygulamada önemli sonuçlar doğuran yönleri vardır. Zira, sırf askeri suçlar ile diğer suçlar arasında tekrerrür

⁸ Uyuşmazlık Mahkemesi Ceza Bölümünün 14.5.2001 tarihli ve 2011/39-41; 26.10.2015 tarihli ve 2015/38-32; 4.5.2015 tarihli ve 2015/11-11 Esas ve Karar sayılı kararları: <http://kararlar.uyusmazlik.gov.tr> (Erişim tarihi: 30.5.2020). As.Yrg. 4'üncü D.nin 3.10.2006 tarihli ve 2006/1324-1319; 1'inci D.nin 6.2.2008 tarihli ve 2008/382-380 Esas ve Karar sayılı kararları. (Bu konudaki Uyuşmazlık Mahkemesi ve Askeri Yargıtay Kararları istikrar bulmuş olup, örnek mahiyetinde bazı kararlara yer verilmiştir.)

⁹ Anayasa Mahkemesinin 14.3.2019 tarihli ve 2018/161 Esas, 2019/13 Karar sayılı kararı. (R.G. Tarih – Sayı: 10/4/2019 – 30741)

¹⁰ ERMAN, s. 151.

¹¹ KANGAL, T. Zeynel, Askeri Ceza Hukuku, 2. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2012, s. 86.

¹² DEĞİRMENCİ, Olgun, Askeri Ceza ve Disiplin Hukuku, 3. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2016, s. 119; DEMİRAĞ, Fahrettin, Türk Ceza Kanununun Genel Hükümleri Işığında Askeri Ceza Kanunu, 2. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2018, s. 71; KARDAŞ, Ümit/ÇİNGİ, Mehmet, Askeri Yargıtay, Yargıtay Kararları ve Doktrin Işığında Notlu, Açıklamalı, İtihatlı Askeri Ceza ve Ceza Yargısı, Kazancı Yayınevi, İstanbul, 2001, s. 2; YAYLA, Mehmet, "Askeri Suç Kavramı ve Sırf Askeri Suçlar", *The Journal Of Academic, Social, Science, Studies*, Doi Number: <http://dx.doi.org/109761/JASSS7940>, Number: 73, Winter 2018, s. 275, (Erişim tarihi: 18.4.2020).

hükümleri uygulanmayacak (TCK m. 58/4), sırf askeri suçlara adli sicil kaydında yer verilmeyecek (Adli Sicil Kanunu m. 5/1-a), sırf askeri suçlara ilişkin iade talebi kabul edilmeyecek (6706 sayılı Cezaî Konularda Adli İşbirliği Kanunu m. 11) ve ayrıntısı “*Askeri Suçların Soruşturulmasına İlişkin İstisnai Düzenlemeler*” ve “*Askeri Suçların Kovuşturulmasına İlişkin İstisnai Düzenlemeler*” başlıkları altında belirtildiği üzere, önödeme, hükmün açıklanmasının geri bırakılması, kısa süreli hapis cezasına seçenек yaptırımlar ile erteleme kurumları açısından sırf askeri suçlara diğer askeri suçlardan farklı hükümler uygulanacaktır.

1. Sırf Askeri Suçlar

Sırf askeri suçlar; sadece asker kişi sıfatını taşıyanlar tarafından işlenebilen, kısmen yahut tamamen başka bir kanunda suç olarak düzenlenmemiş, askeri bir hizmet veya görevin ihlalini ifade eden suçlar olarak tarif edilmektedir¹³.

Ceza kanunlarında tanımlanan suçlar kural olarak herkes tarafından işlenebilir; ancak, bazı suçlar açısından failin belirli hukuki veya fiili durumda bulunması aranmakta ise bu suçlara “*özgü suçlar*” denilmektedir¹⁴. Sırf askeri suçlar yalnızca asker kişiler tarafından işlenebilir; bu suçların işlenişine iştirak eden diğer kişiler ise, ancak azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulabilirler. Asker kişilerin kimlerden ibaret olduğu ASCK’nın 3’üncü maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, asker kişi; subaylar, astsubaylar, Millî Savunma Bakanlığı kadro ve kuruluşunda çalışan sivil personel, uzman erbaş, sözleşmeli erbaş ve er, erbaş ve erler ile askerî öğrencilerdir¹⁵.

Sırf askeri suçları diğer askeri suçlar ve genel suçlardan ayırmaya yarayan diğer bir kriter; bu suçların askeri bir hizmet¹⁶ veya görevin¹⁷ ihlali suretiyle işlenmesidir. Bu suçların ihdası ile korunması amaçlanan hukuki değer; askeri hizmet ve görevdir¹⁸. ASCK’da yer alan firar, izin/hava değişimi tecavüzü, emre itaatsizlikte ısrar, mazarratı mucip nöbet talimatına aykırı hareket etmek suçları; askeri hizmet ve görevin ihlali suretiyle, sadece asker kişiler tarafından işlenebilen suçlar olarak, sırf askeri suçlara örnek gösterilebilir.

¹³ ERMAN, s. 153-156; KANGAL, s. 89-90; DEĞİRMENCİ, s. 121-122; DEMİRAĞ, s. 72; KARDAŞ/ÇİNGİ, s. 2.

¹⁴ TOROSLU, Nevzat, Ceza Hukuku, Savaş Yayınevi, Ankara, 2005, s. 64.

¹⁵ ASCK m. 3/2: “*Millî Savunma Bakanlığı ile Türk Silahlı Kuvvetleri kadro ve kuruluşunda çalışan Devlet memurlarının asker kişi sıfatları, 4.1.1961 tarihli ve 211 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanununun 115 inci maddesinde belirtilen yükümlülükleri ile sınırlıdır.*”

¹⁶ ASCK m. 12 – “*Bu kanunun tatbikatında (Hizmet) tabirinden maksat gerek malûm ve muayyen olan ve gerek bir amir tarafından emredilen bir askeri vazifenin madun tarafından yapılması halidir.*”

¹⁷ TSK İç Hizmet Kanunu m. 7: “*Vazife: Hizmetin icabettirdiği şeyi yapmak ve menettiği şeyi yapmamaktır.*”

¹⁸ DEĞİRMENCİ, s. 121.

Sırf askeri suçların diğer ayırt edici özelliği ise, kısmen yahut tamamen başka bir kanunda suç olarak düzenlenmemiş olmasıdır. Unsurlarının bir kısmı veya tamamı TCK'da düzenlenen “Eşyayı ve malları çalan, satan, rehine veren ve alanlar (ASCK m. 131)”, “Üstünün, astının veya arkadaşının bir şeyini çalanlar (ASCK m. 132)”, “Rüşvet (ASCK m. 135)”, “Umumi surette ihmal ve tekasül (m. 144)”, “Başkasının yaralanmasına ve ölmesine sebep olanlar (ASCK m. 146)” suçları, sırf askeri suç kapsamına girmeyen askeri suçlara örnek gösterilebilir. Ancak, Askerî Yargıtay, “askeri suçun kısmen yahut tamamen başka bir kanunda suç olarak düzenlenmemiş olması” kriterini geniş yorumlamış ve Askerî Yargıtay İçtihatları Birleştirme Kurulunun 20.6.1975 tarihli, 1975/6-4 Esas ve Karar sayılı kararında; unsurlarının tamamı veya bir kısmı TCK'da yer alan askeri suçlardan, ASCK'nın 3'ncü bab 5'inci faslında yer alan “Askeri itaat ve inkiyadı bozan suçlar” başlığı altında düzenlenmiş bulunan askeri suçlarla (82 ilâ 107'nci maddeler), askeri menfaatler ve gereklerin doğrudan doğruya korunması amacının güdüldüğü gerekçesiyle, unsurlarının tamamı veya bir kısmı TCK'da yer alsa bile askeri itaat ve inkiyadı bozan suçların da “sırf askeri suç” niteliğinde kabul edilmesi gerektiğine karar verilmiş; İBK kararlarının bağlayıcılığı nedeniyle, sırf askeri suçlarla ilgili askeri yargı uygulaması söz konusu karar doğrultusunda oluşmuştur¹⁹.

“Sırf askeri suç” tabiri çeşitli kanunlarda yer almasına ve sırf askeri suçlara uygulanacak yaptırımlara ilişkin farklı yasal düzenlemeler öngörülmesine rağmen, bu kavramın içerisine hangi suçların gireceğinin kanunlarda açık bir şekilde belirlenmemiş olması önemli bir eksiklik. Öğretide sırf askeri

¹⁹ Askerî Yargıtay İçtihatları Birleştirme Kurulunun 20.6.1975 tarihli, 1975/6-4 Esas ve Karar sayılı kararında sırf askeri suçlar şu şekilde tarif edilmiştir: “Sırf Askeri Suçları” tayin ve tespit ederken aşağıda belirtilen üç esasın dikkate alınması gerekmektedir.

1- Failin statüsü.

2- Suçun unsurlarının yalnızca As.Ceza Kanununda yer alması.

3- Unsurlarının tamamı yada bir kısmı T.C.Kanununda yer alan askeri suçların; Yurt savunması sanatını öğrenmek ve yapmak görevine doğrudan doğruya etken olan (Askeri itaat ve inkiyad)la ilişkisi,

...O halde diğer hiç bir ceza Kanunu ile cezalandırılmıyan askeri suçlardan; “yalnız askerler tarafından işlenebilen suçlar, hem failinin yalnızca asker olabilmesi, hemde suçun tüm unsurları ve cezalının yalnız Askeri Ceza Kanununda yer alması nedenlerle “Sırf Askeri Suç” niteliğini kazanmaktadır... Yalnızca As.C.K.da yazılı suçlardan hangilerinin “sırf askeri Suç” sayılacağını bu şekilde belirttikten sonra; Unsurlarının tamamı veya bir kısmı T.C.K.da yer alan askeri suçlardan hangilerinin “Sırf Askeri Suç” olabileceği konusuna gelince: Burada göz önünde tutulması icap eden ölçü, askeri menfaat ve gereklerin korunması olacaktır. Bütün askeri suçlar bu hususu sağlamaya yönelik olmakla beraber, As.Ceza Kanununun 3 ncü bab 5 nci faslında yer alan ve “Askeri itaat ve inkiyadı bozan” suçlar başlığı altında düzenlenmiş bulunan askeri suçlarda, askeri menfaat ve gereklerin özellikle ve doğrudan doğruya korunması amacının güdüldüğü görülür. Bu nedenle unsurlarının tamamı veya bir kısmı T.C.Kanununda yer alsa bile askeri suçlardan askeri itaat ve inkiyadı bozan suçları “Sırf Askeri Suç” Niteliğinde kabul etmek gerekmektedir.”

suçlara ait ayırt edici kriterler belirlenerek soruna çözüm üretilmeye çalışılmış; Askerî Yargıtay içtihatları ile öğretiden biraz daha geniş bir yorum yapılarak, unsurlarının tamamı veya bir kısmı TCK'da yer alsa bile askeri itaat ve inkiyadı bozan suçlar da “sırf askeri suç” niteliğinde kabul edilmek suretiyle sırf askeri suçlar belirlenmiştir. 16.4.2017 tarihinde yapılan halkoylaması ile gerçekleşen Anayasa değişikliği üzerine askeri yargının kaldırılmasına ilişkin uyum düzenlemelerini içeren “Anayasa Değişikliğine Uyum Amacıyla Yargıya İlişkin Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı” (Uyum Kanunu Tasarısı) 12.6.2017 tarihinde TBMM'ye sevk edilmiş, ancak yasalasamadan kadük olmuştur²⁰. Uyum Kanunu Tasarısı'nda askeri suçun tanımı²¹ yapılmış ve sırf askeri suçlar maddeler halinde sayılmak suretiyle belirlenmiştir²². Askeri yargının kaldırılması sonrasına ilişkin düzenlemeler dâhil olmak üzere uyum düzenlemeleri yapılması yönündeki Anayasa'nın amir hükmü²³ gereğince söz konusu Uyum Kanunu Tasarısı'nın tekrar TBMM'ye sunulması ve yasalasması gerekmektedir. Tasarının, “askeri suç” tanımına ve “sırf askeri suçların” sayma suretiyle belirlenmesine ilişkin hükümleri yasalasştığında, önemli bir eksiklik giderilmiş olacaktır.

2. Askeri Suç Benzerleri

Askeri suç benzerleri; asker kişi sıfatını taşımayan kişiler tarafından da işlenebilen, unsurları kısmen veya tamamen ASCK dışında kalan kanunlarda da düzenlenebilen, askeri bir hizmet veya görevin ihlali suretiyle işlenmesi gerekli olmayan askeri suçlardır²⁴. ASCK'da tamamen yahut TCK'ya atf yapmak suretiyle düzenlenen suçlardan, sırf askeri suçlar dışında kalanların, askeri suç benzerleri olduğu söylenebilir²⁵. Askeri suç benzerleri açısından da “askeri bir yararın korunması” amaçlanmaktadır²⁶. Sivil şahıslar tarafından işlenebilen askeri suçlardan, yoklama kaçağı, saklı, bakaya (ASCK m. 63) ve kaçaklara

²⁰ Uyum Kanunu Tasarısı'na ilişkin ayrıntılı değerlendirmeler için bkz. YAYLA, Mehmet, “Askeri Ceza Yargısının Kaldırılması Üzerine Hazırlanan Kanun Tasarısına İlişkin Düşünceler”, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 17, S. 2, Yıl: 2018, s. 213-244.

²¹ Uyum Kanunu Tasarısı ile ASCK'na eklenmesi öngörülen Ek Madde 11'in 1'inci fıkrasında: “Bu Kanunda düzenlenen suçlar ile asker kişilerin askerlik hizmet ve görevleriyle ilgili olarak işledikleri suçlar, askeri suçtur.” şeklinde bir tanım yer almaktadır.

²² Uyum Kanunu Tasarısı ile ASCK'na eklenmesi öngörülen Ek Madde 11'in 2'nci fıkrasında: “yalnızca asker kişiler tarafından işlenebilen ve ASCK'nın 60, 62, 65, 66, 67, 68, 70, 79, 82, 85, 87, 88, 89, 90, 91, 93, 94, 97, 98, 100, 101, 102 ve 136'ncı maddelerinde düzenlenen suçlar, sırf askeri suçtur.” denilerek, sırf askeri suçlar sayılmıştır.

²³ Anayasa Geçici Madde 21: “...B) Bu Kanunun yayımı tarihinden itibaren en geç altı ay içinde Türkiye Büyük Millet Meclisi, bu Kanunla yapılan değişikliklerin gerektirdiği Meclis içtüzüğü değişikliği ile diğer kanuni düzenlemeleri yapar...”

²⁴ ERMAN, s. 157; KANGAL, s. 91; DEĞİRMENCİ, s. 124; DEMİRAĞ, s. 73; KARDAŞ/ÇINGİ, s. 3.

²⁵ DEĞİRMENCİ, s. 125.

²⁶ ERMAN, s. 157.

yardımlı etme (ASCK m. 75) suçları; asker kişiler tarafından işlenebilen askeri suçlardan, asta müessir fiil (ASCK m. 117), rüşvet (ASCK m. 135), ihmal suretiyle görevi kötüye kullanma (ASCK m. 144), silahları ve cephanesi hakkında dikkatsizlik ve nizamla ve emirlere talimatlara riayetsizlik dolayısıyla başkasının yaralanmasına veya ölmesine sebep olma (ASCK m. 146) suçları askeri suç benzerlerine örnek olarak gösterilebilir.

II. ASKERİ SUÇLARIN SORUŞTURULMASINA İLİŞKİN İSTISNAI DÜZENLEMELER

Suç şüphesinin yetkili mercilerce öğrenilmesi ile başlayan soruşturma safhasında; soruşturma izni, şikâyet, önödeme, uzlaşma ve kamu davasının açılmasının ertelenmesi müesseseleri askeri suçlar açısından istisnai düzenlemeler ihtiva etmektedir.

A. Soruşturma izni

Anayasa'nın 129'uncu maddesinin son fıkrasında, "*Memurlar ve diğer kamu görevlileri hakkında işledikleri iddia edilen suçlardan ötürü ceza kovuşturması açılması, kanunla belirlenen istisnalar dışında, kanunun gösterdiği idarî merciin iznine bağlıdır.*" hükmü yer almaktadır. 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 24'üncü maddesinde yer alan; "*Devlet memurlarının görevleri ile ilgili veya görevleri sırasında işledikleri suçlardan dolayı soruşturma ve kovuşturma yapılması ve haklarında dava açılması özel hükümlere tabidir.*" şeklindeki düzenleme, zikredilen anayasal düzenleme ile aynı doğrultudadır. Bu anayasal ve yasal düzenlemeler doğrultusunda, memurlar ve diğer kamu görevlilerinin görevleri sebebiyle işledikleri suçlardan dolayı yargılanmalarına ilişkin düzenlemeler, 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun'da yer almaktadır. Görevi ile ilgili bir suç işlediği iddia edilen memur veya diğer kamu görevlisi hakkında Cumhuriyet savcısı tarafından soruşturma yapılabilmesi için 4483 sayılı Kanunda belirtilen yetkili makamın izin vermesi gerekmektedir.

Memurlar kamu yararını gerçekleştirmek için hareket ettiklerinden, özel kişilerin menfaatlerine dokunacak şekilde davranışta bulunmak zorunda kalabilirler. Bu durumdan rahatsız olan bireyler ise memurlar hakkında asılsız suç isnatlarında veya haksız şikâyetlerde bulunabilirler. Memurları bu tarz haksız şikâyetlerden ve suç isnatlarından korumak amacıyla 4483 sayılı Kanundaki düzenlemeler sayesinde, kamu görevlisi olmayan vatandaşların tabi olduğu ceza kovuşturması sisteminden farklı bir sisteme tabi tutulması öngörülmüştür. Bu Kanun ile getirilen sisteme göre yine Kanunda sayılan istisnalar dışında, memurların görevi ile ilgili işlemiş oldukları suçlardan

dolayı ceza kovuşturması açılması ilgili idari merciin iznine bağlı kılınmıştır²⁷. Memurların bu şekilde korunması aynı zamanda kamu hizmetinin kesintiye uğramadan sunulması amacına da hizmet etmektedir. Bu sebeplerle kamu hizmeti gerçekleştiren kamu görevlilerinin izin usulüne tabi tutulması, kamu hizmetinin sürekli, düzenli ve kamu yararına uygun gerçekleştirilebilmesi için tanınan bir güvence olarak kabul edilmelidir²⁸.

Memurlar ve diğer kamu görevlilerinin görevleri sebebiyle işledikleri suçlara soruşturma izni verilir verilmemesine ilişkin usul ve esasları düzenleyen genel kanun 4483 sayılı Kanun olmakla birlikte, bu Kanun'un 2'nci maddesinin 2'nci fıkrasında; *"Görevleri ve sıfatları sebebiyle özel soruşturma ve kovuşturma usullerine tabi olanlara ilişkin kanun hükümleri ile suçun niteliği yönünden kanunlarda gösterilen soruşturma ve kovuşturma usullerine ilişkin hükümler saklıdır."* denilmek suretiyle, bazı kamu görevlileri soruşturma iznine ilişkin hükümlerden istisna tutulmuştur. İstisna tutulan kamu görevlilerinin içerisinde asker kişiler de girmektedir. Askeri yargının mevcut olduğu dönemde, 353 sayılı Askeri Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanunu'nun 8²⁹, 9³⁰ ve 95'inci³¹ maddeleri uyarınca; asker kişilerin askeri suçları ile bunların asker kişiler aleyhine yahut askerlik hizmet ve görevleri ile ilgili olarak işledikleri suçlar hakkında soruşturma yapılması, teşkilatında askeri mahkeme kurulan kıta komutanı veya askeri kurum amirinin iznine³² bağlı idi.

²⁷ GÖZLER, Kemal, İdare Hukuku, C.II, Ekin Yayınevi, Bursa, 2019, s.828-829.

²⁸ ÇAĞLAYAN, Ramazan, İdare Hukuku Dersleri, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018, s.567.

²⁹ 353 sayılı Kanun m. 8/1: *"Nezinde askeri mahkeme kurulan kıta komutanı veya askeri kurum amiri bir suçun işlendiğini öğrendiklerinde refakatlerindeki askeri savcıya soruşturma açtırır ve yapılmakta olan soruşturma hakkında askeri savcıdan her zaman bilgi isteyebilirler."*

³⁰ 353 sayılı Kanun m. 9: *"Askeri mahkemeler kanunlarda aksi yazılı olmadıkça, asker kişilerin askeri olan suçları ile bunların asker kişiler aleyhine yahut askerlik hizmet ve görevleri ile ilgili olarak işledikleri suçlara ait davalara bakmakla görevlidirler."*

³¹ 353 sayılı Kanun m. 95/1-3: *"Cumhuriyet savcılıklarına veya zabıta makam ve memurlarına yapılacak askerî yargıya tâbi suç ihbar ve şikâyetleri şüphelinin amiri olan makama gönderilir.*

Askerî birlik komutanı veya askerî kurum amiri maiyetinden birinin kendisine ihbar veya şikâyet olunan veyahut diğer suretle öğrendiği, askerî mahkemelerin görev alanına giren suçları hakkında şüphelinin kimliğini, isnat olunan suçu ve bu suçun delillerini gösterir bir vak'a raporu düzenler ve adli yönden bağlı bulunduğu askeri mahkemenin teşkilâtında bulunduğu kıta komutanı veya askerî kurum amirine gönderir.

Teşkilâtında askerî mahkeme kurulan kıta komutanı veya askerî kurum amiri, suç evrakını inceledikten sonra askerî savcıya gönderir ve şüphelinin tutuklanmasını isterse bu husustaki istemini de bildirir."

³² 353 sayılı Kanun'da *"soruşturma izni"* kelimesi kullanılmamış olmakla ve askeri yargı uygulamasında *"soruşturma izni"* yerine *"soruşturma emri"* ifadesi kullanılmış olmakla birlikte, bu Kanun'un 8/1'inci maddesinde geçen *"Komutanın askeri savcıya soruşturma açtırmasının"* hukuki niteliği itibarı ile *"soruşturma izni"* verme olarak anlaşılması gerektiği kanaatindeyiz.

16.4.2017 tarihinde halkoyuna sunularak kabul edilen 6771 sayılı Kanun ile Anayasa’da yapılan değişikliklerle ilgili uyum düzenlemeleri yapılması için altı aylık bir süre öngörülmüştür³³. Bu kapsamda hazırlanan, ancak yasalaşamayarak kadük olan Uyum Kanunu Tasarısında; askeri suçun tanımı ve sırf askeri suçların hangileri olduğu, askeri suçların soruşturmasına ilişkin istisnai düzenlemeler, soruşturma izni ile askeri suçlara ilişkin dava ve işlerin hangi mahkemelerde görüleceğine ilişkin önemli uyum düzenlemeleri mevcuttur. Tasarı’da “*Asker kişilerin işledikleri askeri suçların soruşturmasının izne bağlı olduğu ve bu iznin asgari tugay komutanı olmak üzere asker kişinin fiilen görev yaptığı yerdeki sıralı amirleri tarafından verileceği*” düzenlenmiştir³⁴.

Asker kişiler dışındaki kamu görevlileri hakkında görevleri sebebiyle suç işledikleri iddiasıyla soruşturma yapılması yetkili makamın iznine bağlı iken, Anayasa’nın 129’ncü maddesi kapsamına ve Türk Ceza Kanunu’nda yer alan “*kamu görevlisi*”³⁵ tanımının içerisine girdiğinde tereddüt bulunmayan asker kişiler hakkında görevleri sebebiyle işledikleri suçlardan dolayı soruşturma yapılmasının da izne tabi olması gerektiğinde bir tereddüt bulunmamaktadır³⁶. Anayasa’nın 129’uncü maddesinin son fıkrası hükmü de bunu zorunlu kılmaktadır. Ancak, bu konuyu düzenleyen Anayasa Değişikliğine Uyum Kanunu Tasarısının Anayasa’da öngörülen altı aylık sürede yasalaşamaması nedeniyle, bir boşluk doğmuştur. Uygulamada bu boşluk, bizce de yerinde olarak, Anayasa değişikliğine uyum kanunları ile düzenleme yapıncaya kadar, halen yürürlükte olan 353 sayılı Kanun’un soruşturma iznine ilişkin hükümlerinin uygulanmaya devam edilmesi suretiyle çözülmekte; Anayasa Değişikliğine Uyum Kanunları ile düzenleme yapıncaya kadar, 353 sayılı Kanun’un soruşturma iznine ilişkin hükümleri uyarınca, teşkilatında kapatılan askeri mahkeme kurulan kıta komutanı veya askeri kurum amiri tarafından soruşturma izni verilmektedir. Bu durum, soruşturma dosyalarının komutanlık ve askeri kurum amirleri

³³ Anayasa Geçici Madde 21/B: “*Bu Kanunun yayımı tarihinden itibaren en geç altı ay içinde Türkiye Büyük Millet Meclisi, bu Kanunla yapılan değişikliklerin gerektirdiği Meclis İçtüzüğü değişikliği ile diğer kanuni düzenlemeleri yapar...*”

³⁴ Anayasa Değişikliğine Uyum Amacıyla Yargıya İlişkin Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı m. 2.

³⁵ Türk Ceza Kanunu m. 6/1-c: “*Kamu görevlisi deyiminden; kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişi... anlaşılır.*”

³⁶ 25.6.2019 tarihli ve 7179 sayılı Askeralma Kanunu’nun 30’uncü maddesinin 1’inci fıkrasında yer alan “*Firar ve hava değişimi/izin tecavüzü durumundaki yükümlüler hakkında tanzim edilen suç dosyası, suçun oluşması için öngörülen sürelerin geçmesini müteakip, soruşturma izni vermeye yetkili komutan veya askerî kurum amiri tarafından ilgili kanun hükümleri uyarınca soruşturma izni verilmesi hâlinde, yetkili Cumhuriyet savcılıklarına gönderilir...*” şeklindeki düzenleme de bize askeri kişilerin askeri suçlarının soruşturulmasının soruşturma izni vermeye yetkili komutan veya askerî kurum amirinin soruşturma iznine tabi olduğunu göstermektedir.

yoluyla Cumhuriyet savcılıklarına sevki şeklinde idari bir teamül değildir; 353 sayılı Kanun'un 95'inci maddesinin 4'üncü fıkrasında³⁷ düzenlenmiş olan istisna dışında, asker kişilerin işledikleri iddia olunan askeri suçlar hakkında Cumhuriyet savcıları, soruşturma izni olmaksızın doğrudan soruşturma yapamazlar. Aksine bir uygulama, diğer kamu görevlilerinin görevleri sebebiyle işledikleri suçların soruşturulması izne tabi iken, asker kişilerin aynı mahiyetteki suçlarının yetkili makamın izni olmaksızın soruşturulması sonucunu doğuracak ve bu durum Anayasa'nın 129'uncu maddesine aykırılık teşkil edecektir.

Soruşturma izni verilmemesi kararlarına yapılan itirazlar neticesinde idari yargı mercilerince; askeri mahkemelerin kaldırılması ile birlikte 353 sayılı Kanun'da gösterilen soruşturma iznine ilişkin yetkilerin ortadan kalktığı ve bu konuda Kanun Koyucu tarafından bir düzenleme yapılmadığı ifade edilerek, oluşan boşluğa işaret edilmekte; soruşturma izni vermeme işleminin yetki yönünden iptaline karar verilmektedir³⁸. Yukarıda ayrıntılı olarak izah edildiği üzere, 353 sayılı Kanun'un soruşturma iznine ilişkin hükümlerinin halen yürürlükte olduğu ve Anayasa Değişikliğine Uyum Kanunları ile düzenleme yapılıncaya kadar, teşkilatında kapatılan askeri mahkeme kurulan kıta komutanı veya askeri kurum amiri tarafından soruşturma izni verilmeye devam edilmesi gerektiği kanaatinde olduğumuzdan, idari yargı mercilerinin verdikleri bu kararlara katılmıyoruz. Ancak, oluşan bu boşluğun kalıcı bir şekilde çözülmesi, Anayasa değişikliğinin askeri yargının kaldırılmasına ilişkin hükümlerine yönelik hazırlanacak düzenlemelerin yasalaşması ile birlikte mümkün olabilir.

353 sayılı Kanun'un 13'üncü maddesinde 29.6.2006 tarihli ve 5530 sayılı Kanun ile değişiklik yapılıncaya kadar, sivil kişilerin işledikleri saklı, yoklama ve bakaya gibi suçların soruşturulması ve kovuşturulması askeri yargı mercilerince yapılmakta iken, bu değişiklik ile yürürlüğe giren "*Askerî Ceza Kanununun 55, 56, 57, 58, 59, 61, 63, 64, 75, 79, 80, 81, 93, 94, 95, 114 ve 131 inci maddelerinde yazılı suçlar, askerî mahkemelerin yargı yetkisine tâbi olmayan sivil kişiler tarafından barış zamanında işlenirse; bu kişilerin yargılanması, adli yargı mahkemeleri tarafından, Askerî Ceza Kanunu hükümleri uygulanmak suretiyle yapılır*" hükmü gereğince, sivil kişilerin sayılan suçlardan soruşturma ve kovuşturması adli yargı mercilerince yapılmıştır. 5530 sayılı Kanun ile 353 sayılı Kanun'un 13'üncü maddesinde yapılan değişikliğin yürürlüğe girdiği 5.10.2006 tarihinden itibaren sivil kişilerin işledikleri saklı, yoklama ve bakaya gibi suçların soruşturması ve kovuşturması, soruşturma iznine ilişkin hükümler

³⁷ "Ağır ceza mahkemesinin görevine giren suçlar veya gecikmesinde sakınca umulan hallerde askerî savcılar derhal soruşturmaya başlarlar. Zorunluluk halinde bu soruşturma bir disiplin subayı tarafından da yapılabilir. Bu hallerde durum derhal yetkili askerî mahkemenin teşkilâtında kurulduğu komutan veya askerî kurum amirine bildirilir."

³⁸ Ankara Bölge İdare Mahkemesi 3'üncü İdari Dava Dairesinin 24.10.2019 tarihli ve 2019/1278-1725; 1.11.2019 tarihli ve 2019/833-1746 Esas ve Karar sayılı kararları.

de dâhil olmak üzere, 353 sayılı Kanun kapsamında değildir. Askeri yargının kaldırılması sonrasında yürürlüğe girmesi beklenen Uyum Kanunu Tasarısının soruşturma iznine ilişkin hükümleri de asker kişilerin askeri suçlarına yöneliktir ve sivil kişilerin işledikleri saklı, yoklama ve bakaya gibi suçların soruşturma iznine tabi olmasına ilişkin bir düzenleme içermemektedir.

B. Şikâyet

Suçlar kural olarak kamu adına re’sen soruşturulur. Ancak, haksızlık içeriğinin kamu adına re’sen soruşturma ve kovuşturma yapılmasını gerektirmeyecek derecede hafif olması³⁹, kamu düzenini ağır derecede ihlal etmemesi⁴⁰, fail ile mağdur arasındaki yakınlık nedeni ile adli makamlar araya girmeden bir uzlaşma olabileceği düşüncesi ve ceza muhakemesi yoluyla mağdurun özel hayatının gizliliğinin ihlal edilmesinin önlenmesi⁴¹ gibi gerekçelerle, bazı suçlardan dolayı soruşturma ve kovuşturma yapılması, mağdur veya suçtan zarar görenin yetkili mercie şikâyette bulunmasına bağlı tutulmuştur.

Hangi suçların soruşturma ve kovuşturmasının şikâyete bağlı olduğu Türk Ceza Kanunu’nda ilgili suç tipinde gösterilmiştir. Askeri Ceza Kanunu’nda ise konuya ilişkin özel bir düzenleme mevcuttur. Kanun’un “*Askeri suçlarda şikâyet ve izin*” başlıklı 48’inci maddesindeki bu düzenlemeye göre; “*Askeri suçların takibi şikâyete bağlı değildir.*” Söz konusu düzenleme nedeniyle, basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek nitelikte kasten yaralama, hakaret, basit tehdit, taksirle yaralama gibi Türk Ceza Kanunu gereğince takibi şikâyete bağlı olan suçların kanuni tanımında gösterilen fiil ile benzer fiillere suç tipinde yer verilen asta müessir fiil, üste/amire fiilen taarruz, üstü/amiri tehdit, üste/amire hakaret, silahları ve cephanesi hakkında tedbirsizlikle yaralama suçlarının takibi mağdurun şikâyetine bağlı olmayacak ve bu suçlar kamu adına resen soruşturulacaktır. Zira, askeri suçlarda korunan hukuki menfaat; kişilerin vücut dokunulmazlığı veya şereflerinin yahut iç huzurlarının korunmasından ziyade, askeri disiplin ve askeri menfaatler olduğundan, işlenmeleri ile birlikte kamu düzenini ağır şekilde ihlal eden askeri suçların takibinin şikâyete bağlı olmadığı kanun koyucu tarafından kabul edilmiştir.

Askeri Ceza Kanunu’nun 48’inci maddesinde yer alan düzenleme mevcut olmasaydı dahi, askeri suçların takibinin şikâyete bağlı olmayacağı kanaatindeyiz. Zira, Türk Ceza Kanunu’nda takibi şikâyete bağlı suçlar bir liste halinde, Kanun’un belirli bir bölümünde düzenlenmemiş; soruşturma ve kovuşturması şikâyete bağlı suçlar, ilgili suç tipinde özel olarak gösterilmiştir. Kural, suçların re’sen kamu adına soruşturulması olduğuna ve askeri

³⁹ ÖZGENÇ, s. 655.

⁴⁰ KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 378.

⁴¹ CENTEL, Nur/ZAFER, Hamide/ÇAKMUT, Özlem, Türk Ceza Hukukuna Giriş, 9. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2016, s. 214.

suçların hiçbirinde takibinin şikâyete bağlı olduğu düzenlenmediğine göre, askeri suçların soruşturması ve kovuşturması mağdurun şikâyetine bağlı olmayacaktır.

C. Önödeme

Önödeme; uzlaşma kapsamındaki suçlar hariç olmak üzere, yalnız adli para cezasını gerektiren veya kanun maddesinde öngörülen hapis cezasının yukarı sınırı altı ayı aşmayan suçlar ile hapis cezasının yukarı sınırı bu miktarın üzerinde olsa dahi TCK'nın 75'inci maddesinin 6'ncı fıkrasında sayılan suçlarda⁴², Cumhuriyet savcısı veya hâkim tarafından Kanun'da öngörülen usul ve esaslar çerçevesinde önerilen belirli bir miktar paranın ödenmesi sonucu, kamu davası açılmaması veya açılmış kamu davasının⁴³ düşürülmesi sonucunu doğuran bir kurumdur⁴⁴.

TCK'nın 75'inci maddesinin 1.6.2005 tarihinde yürürlüğe giren halinde, önödeme kurumunun yukarı sınırı “*üç ayı*” geçmeyen suçlarda uygulanacağı düzenlenmiş iken, 24.11.2016 tarihli ve 6763 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunla yapılan değişiklik ile bu süre “*altı aya*” çıkarılmış, aynı Kanun ile ASCK'nın Ek 8'inci maddesine; “*Sırf askerî suçlar ile hapis cezasının üst sınırı üç ayı geçen askerî suçlar hakkında,*

⁴² Türk Ceza Kanunu m. 75/6: “Bu madde hükümleri;

a) Bu Kanunda yer alan;

1. Yardım veya bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi (98 inci maddenin birinci fıkrası),

2. Genel güvenliğin taksirle tehlikeye sokulması (madde 171),

3. Çevrenin taksirle kirlenmesi (182 nci maddenin birinci fıkrası),

4. Özel işaret ve kıyafetleri usulsüz kullanma (264 üncü maddenin birinci fıkrası),

5. Suçu bildirmeme (278 inci maddenin birinci ve ikinci fıkraları), suçları,

b) 31/8/1956 tarihli ve 6831 sayılı Orman Kanununun 108 inci maddesinin birinci fıkrasında yer alan suç,

c) (Ek:17/10/2019-7188/16 md.) 21/7/1983 tarihli ve 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanununun 74 üncü maddesinin ikinci fıkrasının birinci cümlesinde yer alan suç,

d) (Ek:17/10/2019-7188/16 md.) 4/11/2004 tarihli ve 5253 sayılı Dernekler Kanununun 32 nci maddesinin birinci fıkrasının (d) bendinde yer alan suç, bakımından da uygulanır.”

⁴³ Kural, soruşturma safhasında Cumhuriyet savcısı tarafından önödeme teklifinde bulunulmasıdır. Nitekim, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun “*İddianamenin iadesi*” başlıklı 174/1-c maddesinde: “*Önödeme ... tâbi olduğu soruşturma dosyasından açıkça anlaşılabilir işlerde önödeme ... uygulanmaksızın düzenlenen*” iddianamenin iade edileceği hüküm altına alınmıştır. Ancak, Türk Ceza Kanunu'nun 75'inci maddesinde yer alan “*Özel kanun hükümleri gereğince işin doğrudan mahkemeye intikal etmesi halinde*” ve “*Cumhuriyet savcılığınca ... önödeme işlemi yapılmadan dava açılması veya dava konusu fiilin niteliğinin değişmesi suretiyle madde kapsamına giren bir suça dönüşmesi halinde*” mahkeme tarafından önödeme teklifinde bulunulacak ve sanığın süresinde ödemeyi yapması durumunda mahkeme tarafından düşme kararı verilecektir.

⁴⁴ TOROSLU, s. 311-313; ÜZÜLMEZ/KOCA, s. 748.

önödeme hükümleri uygulanmaz.” şeklindeki fıkra eklenmiştir⁴⁵. Yapılan bu düzenlemeler bize, askeri suçlar dışında kalan suçlar açısından önödemenin kapsamını genişleten Kanun Koyucunun, askeri suçlar yönünden önödemenin eski uygulamasını devam ettirmek (üst sınırı üç ayı aşmayan askeri suçlarda önödeme uygulamak); sırf askeri suçların askeri disipline etkisini gözeterek, bu suçları önödeme kapsamı dışında bırakmak iradesinde olduğunu açıkça göstermektedir.

TCK'nın *“Özel kanunlarla ilişki”* başlıklı 5'inci maddesinde yer alan; *“Bu Kanunun genel hükümleri, özel ceza kanunları ve ceza içeren kanunlardaki suçlar hakkında da uygulanır.”* hükmü gerekçe gösterilerek, önödeme hükümlerinin askeri suçlar açısından da aynen uygulanması gerektiği ileri sürülebilir ise de, gerek 6763 sayılı Kanun ile TCK'nın 75'inci maddesi değiştirilirken aynı Kanun ile askeri suçlar ile sırf askeri suçlara önödeme kurumunun uygulanması açısından istisna getiren hükmün ASCK'ya eklenmesi, gerek ASCK'da 2016 yılında yapılan bu değişikliğin 2005 yılında yürürlüğe giren TCK'nın 5'inci maddesine göre, sonraki kanun olması hususları göz önünde bulundurulduğunda, önödeme kurumuna askeri suçlar açısından istisna getiren ASCK'nın Ek 8'inci maddesindeki hükmün uygulanması gerektiği kanaatindeyiz.

D. Uzlaşma

Bir ceza muhakemesi kurumu olan uzlaşma, CMK'nın 253 ilâ 255'inci maddeleri arasında düzenlenmiştir. Bu düzenlemelere göre; soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı suçlar ile şikâyete bağlı olup olmadığına bakılmaksızın, TCK'da yer alan; kasten yaralama (üçüncü fıkra hariç, madde 86; madde 88), taksirle yaralama (madde 89), tehdit (madde 106, birinci fıkra), konut dokunulmazlığının ihlali (madde 116), iş ve çalışma hürriyetinin ihlali (madde 117, birinci fıkra; madde 119, birinci fıkra (c) bendi), hırsızlık (madde 141), güveni kötüye kullanma (madde 155), dolandırıcılık (madde 157), suç eşyasının satın alınması veya kabul edilmesi (madde 165), çocuğun kaçırılması ve alıkonulması (madde 234), ticari sır, bankacılık sırrı veya müşteri sırrı niteliğindeki bilgi veya belgelerin açıklanması (dördüncü fıkra hariç, madde

⁴⁵ 31.3.2005 tarihli ve 5329 sayılı Kanun ile Askeri Ceza Kanunu'na eklenen Ek 8'inci maddenin ikinci fıkrasında; *“Sırf askerî suçlar ile bu Kanunun Üçüncü Babının Dördüncü Faslında yazılı suçlar hakkında, kısa süreli hapis cezasına seçenek yaptırımlar ile önödeme hükümleri uygulanmaz.”* hükmü yer almakta iken, 23.6.2016 tarihli ve 6722 sayılı Kanun'un 11'inci maddesi ile Ek 8'inci madde tamamen değiştirilmiş, ancak değişen maddede önödemeyle ilişkin herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Bundan kısa bir süre sonra, 24.11.2016 tarihli ve 6763 sayılı Kanun ile Ek 8'inci maddeye *“Sırf askerî suçlar ile hapis cezasının üst sınırı üç ayı geçen askerî suçlar hakkında, önödeme hükümleri uygulanmaz.”* şeklindeki fıkra eklenmiştir.

239) suçları, mağdurun veya suçtan zarar görenin gerçek veya özel hukuk tüzel kişisi olması koşuluyla, suça sürüklenen çocuklar bakımından ayrıca, üst sınırı üç yılı geçmeyen hapis veya adli para cezasını gerektiren suçlar, hakkında şüpheli ile mağdur veya suçtan zarar gören gerçek veya özel hukuk tüzel kişisinin uzlaştırılması girişiminde bulunulur. Kamu davası açıldıktan sonra kovuşturma konusu suçun uzlaşma kapsamında olduğunun anlaşılması halinde, kovuşturma dosyası, uzlaştırma işlemlerinin yerine getirilmesi için uzlaştırma bürosuna gönderilir; uzlaşma gerçekleştiği takdirde, mahkeme, uzlaşma sonucunda sanığın edimini def'aten yerine getirmesi halinde, davanın düşmesine, edimin yerine getirilmesinin ileri tarihe bırakılması, takside bağlanması veya süreklilik arz etmesi halinde ise hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilir.

CMK'nın 253'üncü maddesinin 2'nci fıkrasında; *"Soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı olanlar hariç olmak üzere; diğer kanunlarda yer alan suçlarla ilgili olarak uzlaştırma yoluna gidilebilmesi için, kanunda açık hüküm bulunması gerekir."* şeklinde bir düzenleme yer almaktadır. Askeri suçların takibinin şikâyete bağlı olmadığını *"Şikâyet"* başlığı altında belirtmiştik. Askeri suçlar hakkında uzlaşma hükümlerinin uygulanabileceğine dair, ASCK'da, 353 sayılı Askeri Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanunu'nda veya başka bir kanunda herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Bu hususlar ile CMK'nın 253'üncü maddesinin 2'nci fıkrasında yer alan düzenlemeyi birlikte değerlendirdiğimizde; askerî suçların soruşturması ve kovuşturması sırasında uzlaştırma yoluna gidilemeyeceği sonucuna varmaktayız.

E. Kamu Davasının Açılmasının Ertelenmesi

Kamu davasının açılmasının ertelenmesi; CMK'nın 171'inci maddesinde düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre; uzlaştırma ve önödeme kapsamındaki suçlar hariç olmak üzere, Cumhuriyet savcısı, üst sınırı üç yıl veya daha az süreli hapis cezasını gerektiren suçlardan dolayı, yeterli şüphelinin varlığına rağmen, kamu davasının açılmasının beş yıl süre ile ertelenmesine karar verebilir. Cumhuriyet savcısının kamu davasının açılmasının ertelenmesine karar verebilmesi için şüphelinin daha önce kasıtlı bir suçtan dolayı hapis cezası ile mahkûm olmamış bulunması, yapılan soruşturmanın, kamu davası açılmasının ertelenmesi halinde şüphelinin suç işlemekten çekineceği kanaatini vermesi, kamu davası açılmasının ertelenmesinin, şüpheli ve toplum açısından kamu davası açılmasından daha yararlı olması koşullarının birlikte gerçekleşmesi gerekir. Şüpheli, erteleme süresi içinde kasıtlı bir suç işlenmediği takdirde, Cumhuriyet savcısı tarafından kovuşturmaya yer olmadığına karar verilir; erteleme süresi içinde kasıtlı bir suç işlenmesi halinde ise kamu davası açılır.

17.10.2019 tarihli ve 7188 sayılı Kanun ile CMK'nın 171'inci maddesinde çok önemli değişiklikler yapılarak maddenin uygulama alanı genişletilmiştir;

bu kapsamda, maddenin önceki halinde, *soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı olan ve bir yıl veya daha kısa süreli hapis cezası gerektiren suçlardan dolayı* Cumhuriyet savcısının kamu davasının ertelenmesine karar verilebileceği düzenlenmiş iken, yapılan değişiklik ile suçun *soruşturulması ve kovuşturulmasının şikâyete bağlı olması şartı kaldırılmış ve hapis cezasının üst sınırı üç yıla kadar olan suçlar* uygulama kapsamına alınmıştır. Ancak aynı kanun değişikliği ile *“asker kişiler tarafından işlenen askerî suçlar”* hakkında kamu davasının açılmasının ertelenmesine karar verilemeyeceği düzenlenmiştir⁴⁶.

CMK'nın 171'inci maddesinin 7188 sayılı Kanun ile değiştirilmeden önceki halinde, bir yıla kadar hapis cezası gerektiren, soruşturması ve kovuşturması şikâyete bağlı suçlar hakkında kamu davasının açılmasının ertelenmesinin mümkün olması ve yukarıda *“Şikâyet”* başlığı altında belirtildiği üzere, askeri suçların takibinin şikâyete bağlı olmaması nedeniyle, askeri suçlar CMK'nın 171'inci maddesinin uygulama alanı dışında kalmaktaydı. 7188 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikle CMK'nın 171'inci maddesine konulan istisna hükmü ile birlikte, asker kişilerin askeri suçları madde kapsamı dışında kalmaya devam etmiştir. Ancak, sivil kişiler tarafından işlenebilecek askeri suçlar (örneğin; bakaya, yoklama kaçağı) açısından CMK 171'inci maddenin mevcut halinin uygulama alanı bulabileceği gözden kaçırılmamalıdır.

III. ASKERİ SUÇLARIN KOVUŞTURULMASINA İLİŞKİN İSTİSNAİ DÜZENLEMELER

İddianamenin kabulü ile başlayan kovuşturma safhasında; basit yargılama usulü, hükmün açıklanmasının geri bırakılması, kısa süreli hapis cezasına seçenek yaptırımlara çevirme ve erteleme müesseseleri askeri suçlar açısından istisnai düzenlemeler ihtiva etmektedir.

A. Basit Yargılama Usulü

Yargılamayı hızlandırmak, yargının iş yükünü hafifletmek ve dolayısı ile ağır suçların yargılmasına daha fazla vakit ayrılarak kaynakların verimli kullanılmasını sağlamak amacıyla, CMK'nın 251'inci maddesinde 17.10.2019 tarihinde kabul edilen 7188 sayılı Kanunla yapılan düzenleme ile; belirli bir yaptırım ağırlığına kadar olan suçlar açısından kovuşturma safhasında duruşma açılmadan dosya üzerinden yargılamanın tamamlanabilmesine, ancak itiraz

⁴⁶ CMK m. 171/6: *“(6) (Ek:17/10/2019-7188/19 md.) Bu madde hükümleri;*
a) Suç işlemek için örgüt kurmak, yönetmek veya örgüte üye olmak suçları ile örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlar,
b) Kamu görevlisi tarafından görevi sebebiyle veya kamu görevlisine karşı görevinden dolayı işlenen suçlar ile asker kişiler tarafından işlenen askerî suçlar,
c) Cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlar,
hakkında uygulanmaz.”

üzerine duruşma açarak yargılamaya devam edilmesine imkân tanıyan “*basit yargılama usulü*” adı altında alternatif bir yargılama usulü getirilmiştir⁴⁷.

Yapılan düzenleme ile; asliye ceza mahkemelerinin görev alanına giren ve adli para cezasını ve/veya üst sınırı iki yıl veya daha az süreli hapis cezasını gerektiren suçlara ilişkin yargılamaların basit yargılama usulü ile yapılabilmesine imkân sağlanmaktadır. Bu kapsamda, mahkemece sanık, mağdur ve şikâyetçiye tebliğ edilen iddianame ile birlikte yazılı beyan ve savunmalarını bildirmeleri için tanınan 15 günlük süre dolduktan sonra, taraflar beyanda bulunmamış olsalar dahi duruşma yapılmaksızın ve Cumhuriyet savcısının görüşü alınmaksızın mahkemece CMK’nın 223’üncü maddesinde belirtilen kararlardan birine hükmedilebilecek; mahkûmiyet hükmü verilmesi halinde ise, belirlenecek ceza üzerinden dörtte bir oranında indirim yapılarak sonuç ceza belirlenebilecek, koşullarının bulunması halinde; hapis cezası ertelenebilecek veya kısa süreli hapis cezası seçenek yaptırımlara çevrilebilecek ya da sanık tarafından yazılı olarak karşı çıkılmaması kaydıyla hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilecektir. Ancak, yaş küçüklüğü, akıl hastalığı, sağır ve dilsizlik halleri ile soruşturma veya kovuşturma yapılması izne ya da talebe bağlı olan suçlar hakkında faillerin özel durumları sebebiyle elde edilen delillerin duruşmada tartışılmasının ve tarafların beyanlarının bizzat mahkeme tarafından alınmasının gerekli olması sebebiyle basit yargılama usulünün uygulanmayacağı düzenlenerek, basit yargılama usulünün istisnalarının neler olduğuna yer verilmiştir⁴⁸.

“*Soruşturma izni*” bahsinde ayrıntısını belirttiğimiz üzere, askeri yargının kaldırılması sonrasında Anayasa değişikliğine uyum amacıyla gerekli kanuni düzenlemeler yapıncaya kadar 353 sayılı Askeri Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanunu’nun soruşturma iznine ilişkin hükümlerinin uygulanmaya devam edilmesi; bu kapsamda, asker kişilerin askeri suçları ile askerlik hizmet ve görevleri ile ilgili işledikleri suçların soruşturmasının izne tabi olması gerektiği kanaatindeyiz. Zira, bu kapsamda hazırlanan Uyum Kanunu Tasarı da aynı yönde düzenleme içermektedir. Bu durumda, basit yargılama usulünden istisna tutulan düzenlemeler arasında, soruşturma yapılması izne tabi olan suçlara yer verildiği gözetilerek, asker kişilerin soruşturması izne tabi olan suçlarının kovuşturulması sırasında basit yargılama usulünün

⁴⁷ TBMM Adalet Komisyonu’nun Ceza Muhakemesi Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifine İlişkin 8.10.2019 tarih ve Esas: 2/2215, Karar: 6 sayılı Raporu, TBMM, Dönem: 27, Yasama Yılı: 3, Sıra Sayısı: 105, (Genel gerekçe ve madde gerekçesinden istifade edilmiştir.) s. 8, 18-19. (<https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem27/yil01/ss105.pdf>. Erişim tarihi: 30.5.2020)

⁴⁸ TBMM Adalet Komisyonu’nun Ceza Muhakemesi Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifine İlişkin 8.10.2019 tarih ve Esas: 2/2215, Karar: 6 sayılı Raporu, s. 19. (<https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem27/yil01/ss105.pdf>. Erişim tarihi: 30.5.2020)

uygulanmaması gerektiği sonucuna varmaktayız. Bununla birlikte, ASCK'da düzenlenen saklı, bakaya, yoklama kaçağı gibi sivil kişilerin işleyebileceği suçların soruşturulması izne tabi olmadığından, sivil kişilerin bu mahiyetteki suçları hakkında basit yargılama usulünün uygulanması için yasal bir engel bulunmamaktadır.

B. Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması

CMK'nın 231'inci maddesinde düzenlenmiş olan ve sanık hakkında kurulan mahkûmiyet hükmünün hukuki bir sonuç doğurmamasını ifade eden hükmün açıklanmasının geri bırakılması, esas itibarıyla bünyesinde iki karar barındıran bir kurumdur. İlk karar teknik anlamda hüküm sayılan, ancak açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmesi nedeniyle hukuken varlık kazanamayan, bu nedenle hüküm ifade etmeyen, koşullara uyulması hâlinde düşme hükmüne dönüşecek, koşullara uyulmaması hâlinde ise varlık kazanacak olan mahkûmiyet hükmü; ikinci karar ise, bu mahkûmiyet hükmünün üzerine inşa edilen ve önceki hükmün varlık kazanmasını engelleyen hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararıdır. Bu ikinci kararın en temel ve belirgin özelliği, varlığı devam ettiği sürece, mahkûmiyet hükmünün hukuken sonuç doğurma özelliği kazanmamasıdır⁴⁹.

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumu, 6.12.2006 tarihli ve 5560 sayılı Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile CMK'nın 231'inci maddesine yapılan ekleme ile hukuk sistemimize girmiştir. Askeri suçlar açısından bir istisna getirilmediği için, başlangıçta hükmün açıklanmasının geri bırakılması kapsamına giren tüm askeri suçlar açısından CMK'nın 231'inci maddesi uygulama alanı bulmuştur. Ancak, 26.2.2008 tarihli ve 5739 sayılı Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile Askeri Ceza Kanunu'na eklenen Ek 10'uncu madde ile; *"...Bu Kanunda yazılı suçlarla ilgili olarak 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 231'inci maddesinin beş ilâ on dördüncü fıkraları uygulanmaz."* şeklinde düzenleme yapılarak, askeri suçlar hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun kapsamı dışına çıkarılmıştır. Müteakiben somut norm denetimi kapsamında bu hüküm (ASCK Ek madde 10) önüne götürülen Anayasa Mahkemesinin 17.1.2013 tarihli ve 2012/80 Esas ve 2013/16 Karar sayılı kararında⁵⁰;

⁴⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz.: YENİSEY, Feridun/NUHOĞLU, Ayşe, Ceza Muhakemesi Hukuku, 5. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2017, s. 808-820; ŞAHİN, Cumhur/GÖKTÜRK, Neslihan, Ceza Muhakemesi Hukuku II., 6. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2017, s. 192-203; CENTEL, Nur/ZAFER, Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, 13. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2016, s. 779-790; ÖZTÜRK, Bahri, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 10. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2016, s. 630-640; ÖZBEK, Veli Özer/DOĞAN, Koray/BACAŞIZ, Pınar/TEPE, İlker, Ceza Muhakemesi Hukuku, 9. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2017, s. 796-806.

⁵⁰ Anayasa Mahkemesinin 17.1.2013 tarihli ve 2012/80 Esas ve 2013/16 Karar sayılı Kararının ilgili bölümü şu şekildedir: *"...1632 sayılı Kanun'da düzenlenen suçlara ilişkin olarak hükmün*

askeri disiplinin tesisi gerekçesiyle, suçların işleniş şekli, ağırlığı ve korunan hukuki menfaat gibi hususlarda herhangi bir ayırım gözetilmeksizin ASCK'da düzenlenen tüm suçlar yönünden hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının uygulanamamasına ilişkin itiraz konusu kuralın, ceza hukukunun temel prensiplerinden olan cezanın kişiselleştirilmesi ile ölçülülük ilkesine ve dolayısıyla hukuk devleti ilkesine aykırılık oluşturduğu belirtilerek, söz konusu hükmün iptaline karar verilmiştir⁵¹.

Kanun Koyucu tarafından Anayasa Mahkemesinin iptal kararındaki gerekçeler dikkate alınarak, 23.6.2016 tarihli ve 6722 sayılı Kanun ile 353 sayılı Kanun'a eklenen Ek 4'üncü madde⁵² ile hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumu askeri suçlar açısından yeniden düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye

açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilmesine engel teşkil eden itiraz konusu kuralın, askeri yargının özellikleri dikkate alınarak askeri yargı sisteminde uygulanan askeri disiplinin tesisi amacıyla getirildiği anlaşılmaktadır. Hükmün açıklanmasının geri bırakılması, aynen erteleme ve kısa süreli hapis cezasına seçenek yaptırımlar gibi hükmün ve cezanın kişiselleştirilmesi kurullarından biridir. İtiraz konusu kurala, askeri disiplinin tesisi gerekçesiyle suçların işleniş şekli, ağırlığı ve korunan hukuki menfaat gibi hususlarda herhangi bir ayırım gözetilmeksizin 1632 sayılı Kanun'da düzenlenen tüm suçlar yönünden hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının uygulanamaması, ceza adaleti ile güdülen amaca uygun olmadığı gibi cezanın kişiselleştirilmesinde hâkime tanınan takdir hakkını da ortadan kaldırmaktadır. Sonuç olarak iki yıl veya daha az süreli hapis veya adli para cezasıyla cezalandırılan sanıklar açısından hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının uygulanmasına engel olan itiraz konusu kural, ... ceza hukukunun temel prensiplerinden olan cezanın kişiselleştirilmesi ile ölçülülük ilkesine ve dolayısıyla hukuk devleti ilkesine aykırılık oluşturmaktadır.” <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2013/01/20130123-22.htm> (Erişim tarihi: 27.5.2020). Anayasa Mahkemesinin bu kararına ilişkin değerlendirme için bkz. KAFALI, Kurtuluş/PALUT, Adem/ALTIKAT, Abdurrahim, "Askeri Ceza Kanunu Açısından Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kurumunun Uygulaması", Kara Harp Okulu Bilim Dergisi, C. 23, S.1, Yıl: 2013, s.1-25.

⁵¹ Anayasa Mahkemesinin 5.7.2012 tarihli, 2012/9-103 Esas ve Karar sayılı kararı ile; "(ASCK) 47. maddesinin birinci fıkrasının, 4551 sayılı Kanun'un 12. maddesi ile değiştirilen (A) bendinin birinci ve ikinci cümlelerinin, 2- 5329 sayılı Kanun'un 1. maddesiyle eklenen Ek 8. maddesinin ikinci fıkrasının "Sırf askeri suçlar ile bu Kanunun Üçüncü Babının Dördüncü Faslında yazılı suçlar hakkında, kısa süreli hapis cezasına seçenek yaptırımlar ile..." bölümünün, 3- 5739 sayılı Kanun'un 1. maddesiyle eklenen Ek 10. maddesinin ikinci fıkrasının, 'izin tecavüzü suçu' yönünden Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE" karar verilmiştir. Bu kararın ardından verilen Anayasa Mahkemesinin 17.1.2013 tarihli ve 2012/80 Esas ve 2013/16 Karar sayılı iptal kararı tüm askeri suçları kapsar mahiyettedir. <https://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr> (Erişim tarihi: 27.5.2020)

⁵² "5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkin hükümleri, aşağıdaki hâller hariç askeri suç ve cezalar hakkında da uygulanır:
A) Sırf askeri bir suçtan dolayı altı ay veya daha fazla süreli hapis cezasına hükmedilmesi.
B) Fiilin, disiplini ağır şekilde ihlal etmesi veya birliğin güvenliğini tehlikeye düşürmesi ya da birliğin muharebe hazırlığını veya etkinliğini zafiyete uğratması ya da büyük bir zarar meydana getirmesi."

göre; kural olarak CMK'nın hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkin hükümleri, askeri suçlar hakkında da uygulanacaktır. Ancak, sırf askeri bir suçtan dolayı altı ay veya daha fazla süreli hapis cezasına hükmedilmesi veya fiilin, disiplini ağır şekilde ihlal etmesi veya birliğin güvenliğini tehlikeye düşürmesi ya da birliğin muharebe hazırlığını veya etkinliğini zafiyete uğratması ya da büyük bir zarar meydana getirmesi yahut fiilin savaş veya seferberlikte işlenmesi hallerinde mahkemece hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilemeyecektir.

Yapılan bu düzenlemenin, suçun işleniş şekli, ağırlığı, askeri disiplin üzerindeki etkisi gözetilerek cezanın kişiselleştirilmesini sağlayacağı ve kural olarak ölçülülük ilkesine uygun olduğunu değerlendiriyoruz. Nitekim, 6722 sayılı Kanun ile 353 sayılı Kanun'a eklenen Ek 4'üncü maddenin itiraz yolu ile önüne götürüldüğü Anayasa Mahkemesince verilen 14.3.2019 tarihli ve 2018/161 Esas, 2019/13 Karar sayılı kararda; "... suçun işleniş şekli, niteliği, etkisi, ağırlığı, korunan hukuki menfaat ve hükmedilen ceza miktarı gibi hususlar gözetilmek suretiyle HAGB kararı verilebilme imkânının ölçülü biçimde sınırlandırılmasının cezanın kişiselleştirilmesine engel teşkil ettiği söylenemez... Sırf askerî suçun konusunu oluşturan fiiller ile bu kapsam dışında kalan suçların konularını oluşturan fiillerin nitelikleri farklı olduğu gibi bu fiillerin suç olarak kabul edilmesi suretiyle korunmak istenen hukuki menfaatler de farklıdır. Sırf askerî suçların öngörülmesi ile korunmak istenen menfaat, diğer suçlardan farklı olarak esas itibarıyla askerî hizmete bağlı olan kamusal bir menfaattir. Sırf askerî suçların faillerinin yalnızca asker kişiler olabilmesi de bu suçları diğer suçlardan farklı kılan bir diğer husustur. Suçun konusu olan fiillerin niteliği, faillerinin hukuki konumu ve bu düzenlemeler ile korunmak istenen hukuki menfaatlerin farklılığı gözetildiğinde sırf askerî suçların faillerinin diğer suçların failleri ile aynı hukuki konumda bulunmadıkları, bu itibarla farklı kurallara tabi tutulmalarında eşitlik ilkesine aykırılık bulunmadığı açıktır." hususları belirtilerek, itirazın reddine karar verilmiştir. Anayasa Mahkemesinin bu kararı ile; askeri suçlar açısından, ölçülülük ilkesine uygun hareket etmek şartıyla, diğer suçlara nazaran farklı düzenlemeler yapılmasının eşitlik ilkesine aykırılık teşkil etmeyeceği açıkça ortaya konulmuştur.

353 sayılı Kanun'un Ek 4'üncü maddesinde düzenlenen, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilemeyecek hallerden; "*sırf askeri bir suçtan dolayı altı ay veya daha fazla süreli hapis cezasına hükmedilmesi*" ve "*fiilin savaş veya seferberlikte işlenmesi*" objektif nitelikte olduğundan, hükmü veren mahkemenin bu durumların tespiti dışında, ayrı bir değerlendirme yapmasına ihtiyaç bulunmamakla birlikte, "*fiilin, disiplini ağır şekilde ihlal etmesi veya birliğin güvenliğini tehlikeye düşürmesi ya da birliğin muharebe hazırlığını veya etkinliğini zafiyete uğratması ya da büyük bir zarar meydana getirmesi*" halleri sübjektif niteliktedir; ortaya konulmasında güçlüklerle

karşılaşılabilir. Bu nedenle, her somut olayda mahkeme tarafından bu hallerin varlığı veya yokluğunun araştırılmasına ve gerekirse bilirkişiye başvurarak değerlendirilmesine ihtiyaç bulunmaktadır.

C. Kısa Süreli Hapis Cezasına Seçenek Yapıtlımlara Çevirme

TCK'nın 49'uncu maddesine göre; mahkemece hükmedilen bir yıl veya daha az süreli hapis cezası, kısa süreli hapis cezasıdır. Bazı durumlarda, kişinin sadece hapis cezasına mahkûm olması dahi, cezanın infazının sağlayacağı uyarı fonksiyonunu yerine getirebilir ve kişinin pişmanlık duymasını sağlayabilir; kişi kişilik yapısı, eğitim durumu, yaşadığı çevre itibarı ile suç işlemeyi alışkanlık haline getirmemiş, ıslahı gerekmeyen tesadüfi suçlu olabilir⁵³. Bu tür durumlarda, hapis cezasının sakıncalarını gidermek ve zorunluluk olmadıkça hükümlülerin cezaevine konulmalarını önlemek için, kısa süreli hapis cezası yerine uygulanabilecek yapıtlımlar öngörülmüştür⁵⁴. Kısa süreli hapis cezası, suçlunun kişiliğine, sosyal ve ekonomik durumuna, yargılama sürecinde duyduğu pişmanlığa ve suçun işlenmesindeki özelliklere göre; adli para cezasına veya TCK'nın 50'nci maddesinde gösterilen tedbirlerden⁵⁵ birine çevrilebilir.

ASCK'da kısa süreli hapis cezasına seçenek yapıtlımlarla ilgili düzenlemelerde 2000 yılı ve sonrasında önemli değişiklikler olmuştur. Bu düzenlemeleri ceza hukuku mevzuatımızda köklü değişikliklerin yürürlüğe girdiği 1.6.2005 tarihi öncesi ve sonrası olarak incelemek yerinde olacaktır. 1.6.2005 tarihinde kadar yürürlükte kalan 647 sayılı Ceza İnfaz Kanunu'nun (CİK) "*Kısa Süreli Hürriyeti Bağlayıcı Cezalar Yerine Uygulanabilecek Ceza ve Tedbirler*" başlıklı 4'üncü maddesinin son fıkrasında yer alan "*Bu madde hükümleri sırf askeri suçlar ile askeri disiplin suçları ve birinci fıkranın 3 ve 4 numaralı bendi hükümleri de subaylar, askeri memurlar ve astsubaylar hakkında uygulanmaz.*" hükmü nedeniyle, sırf askeri suçlardan verilen hapis cezalarının kısa süreli hapis cezasına seçenek yapıtlımlara çevrilmesi yasal olarak mümkün değildi. Ayrıca,

⁵³ ÖZGENÇ, s. 680; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 571.

⁵⁴ TOROSLU, s. 275.

⁵⁵ TCK 50'nci maddede düzenlenen tedbirler şunlardır: "*b) Mağdurun veya kamunun uğradığı zararın aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle, tamamen giderilmesi, c) En az iki yıl süreyle, bir meslek veya sanat edinmeyi sağlamak amacıyla, gerektiğinde barınma imkanı da bulunan bir eğitim kurumuna devam etme, d) Mahkûm olunan cezanın yarısından bir katına kadar süreyle, belirli yerlere gitmekten veya belirli etkinlikleri yapmaktan yasaklanma, e) Sağladığı hak ve yetkiler kötüye kullanılmak suretiyle veya gerektirdiği dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranılarak suç işlenmiş olması durumunda; mahkûm olunan cezanın yarısından bir katına kadar süreyle, ilgili ehliyet ve ruhsat belgelerinin geri alınmasına, belli bir meslek ve sanatı yapmaktan yasaklanma, f) Mahkûm olunan cezanın yarısından bir katına kadar süreyle ve gönüllü olmak koşuluyla kamuya yararlı bir işte çalıştırılma*".

ASCK'nın 47'nci maddesinin A bendi 22.3.2000 tarihli ve 4551 sayılı Kanun ile değiştirilerek; ASCK'nın 79, 80 ve 81'inci maddelerde yer alan (*Kanunun Üçüncü Babının Dördüncü Faslında yazılı*) suçlardan dolayı verilen cezaların da para cezasına veya tedbirlerden birine de çevrilemeyeceği düzenlenerek, kısa süreli hapis cezasına seçenek yaptırımlara çevrilemeyecek suçların kapsamı genişletilmiştir. 5237 sayılı TCK ve 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un TBMM'de kabulünün ardından, 31.3.2005 tarihli ve 5329 sayılı Kanun ile ASCK'ya eklenen Ek 8'inci maddenin ikinci fıkrasında; *"Sırf askerî suçlar ile bu Kanunun Üçüncü Babının Dördüncü Faslında yazılı suçlar hakkında, kısa süreli hapis cezasına seçenek yaptırımlar ... uygulanmaz."* şeklinde düzenleme yapılarak, askeri suçlar açısından 1.6.2005 tarihinden önceki durum korunmuştur. Ancak, ASCK'nın 47'nci maddesinin A bendi ile Ek 8'inci maddesinin ikinci fıkrasının somut norm denetimi kapsamında götürüldüğü Anayasa Mahkemesince verilen 17.1.2013 tarihli ve 2012/80 Esas ve 2013/16 Karar sayılı kararında⁵⁶; kısa süreli hapis cezasına mahkûm olan sanıklar yönünden seçenek yaptırımlara çevrilme yasağı öngören itiraz konusu kuralın, ceza hukukunun temel prensiplerinden olan cezanın kişiselleştirilmesi ile ölçülülük ilkesine ve dolayısıyla hukuk devleti ilkesine aykırılık oluşturduğu belirtilerek, söz konusu hükmün iptaline karar verilmiştir.

Kanun Koyucu tarafından Anayasa Mahkemesinin iptal kararındaki gerekçeler dikkate alınarak, 23.6.2016 tarihli ve 6722 sayılı Kanun ile ASCK'nın Ek 8'inci maddesi⁵⁷ değiştirilmiştir. Bu düzenlemeye göre, kısa

⁵⁶ Anayasa Mahkemesince verilen 17.1.2013 tarihli ve 2012/80 Esas ve 2013/16 Karar sayılı kararın ilgili bölümü şu şekildedir: *"İtiraz konusu kural, kısa süreli hapis cezasına mahkûm olan sanıkların toplum içinde özgürlükleri kısıtlanmadan, cezaevlerinin olumsuz etkilerinden de kurtarılarak, toplumla sosyal bağları koparılmadan ve hayatın normal akışı değişmeden ıslah edilmelerine engel teşkil etmekte ve sanıklarda gözlenen iyi halin ve pişmanlığın değerlendirilememesi sonucunu ortaya çıkarmaktadır. Sonuç olarak kısa süreli hapis cezasına mahkûm olan sanıklar yönünden seçenek yaptırımlara çevrilme yasağı öngören itiraz konusu kuralın, 1632 sayılı Kanun'un 47. maddesinin birinci fıkrasının (A) bendinin birinci ve ikinci cümlelerine ilişkin gerekçede belirtilen nedenlerle ceza hukukunun temel prensiplerinden olan cezanın kişiselleştirilmesi ile ölçülülük ilkesine ve dolayısıyla hukuk devleti ilkesine aykırılık oluşturduğu açıktır."*

⁵⁷ *"Askeri mahkemeler ve adli yargı mahkemeleri tarafından verilen kısa süreli hapis cezaları; 16/6/1927 tarihli ve 1076 sayılı Yedek Subaylar ve Yedek Askeri Memurlar Kanunu hükümlerine göre askerlik hizmetini yerine getiren yükümlüler ile yükümlü erbaş ve erler hakkında Türk Ceza Kanununun 50 nci maddesinin birinci fıkrasında belirtilen seçenek yaptırımlara, diğer askeri şahıslar hakkında ise aynı fıkranın (a), (b) ve (d) bentlerinde belirtilen seçenek yaptırımlara çevrilebilir. Ancak aşağıdaki hâllerde kısa süreli hapis cezaları seçenek yaptırımlara çevrilemez:*

A) Sırf askeri suçlardan dolayı yapılan yargılama sonunda hükmolunan netice cezanın dört ay veya daha fazla süreli hapis cezası olması.

B) Fiilin, disiplini ağır şekilde ihlal etmesi veya birliğin güvenliğini tehlikeye düşürmesi ya da birliğin muharebe hazırlığını veya etkinliğini zafiyete uğratması ya da büyük bir zarar

sürelili hapis cezaları; askerlik hizmetini yerine getiren yükümlüler hakkında Türk Ceza Kanununun 50'nci maddesinin birinci fıkrasında belirtilen seçenek yaptırımlara, diğer askeri şahıslar hakkında ise aynı fıkranın (a), (b) ve (d) bentlerinde belirtilen seçenek yaptırımlara çevrilebilir. Ancak, sırf askeri suçlardan dolayı yapılan yargılama sonunda hükümlenen netice cezanın dört ay veya daha fazla süreli hapis cezası olması veya fiilin, disiplini ağır şekilde ihlal etmesi veya birliğin güvenliğini tehlikeye düşürmesi ya da birliğin muharebe hazırlığını veya etkinliğini zafiyete uğratması ya da büyük bir zarar meydana getirmesi yahut fiilin savaş veya seferberlikte işlenmesi hâllerinde kısa süreli hapis cezaları seçenek yaptırımlara çevrilemeyecektir.

Yapılan bu düzenlemeye ilişkin olarak, *"hükümün açıklanmasının geri bırakılması"* bahsinde yaptığımız açıklamalar burada da geçerli olduğundan, tekrara düşmemek için, aynı hususlara bu başlık altında yer vermiyoruz.

D. Erteleme

Hapis cezasının sakıncalarını gidermeyi amaçlayan kurumlardan biri olan erteleme, 765 sayılı TCK⁵⁸ ve 647 sayılı CİK⁵⁹ döneminde cezanın infazını geri bırakan yasal bir neden ve bir nevi şartlı af şeklinde düzenlenmiş iken⁶⁰, 5237 sayılı TCK'nın yürürlüğe girmesi ile birlikte hapis cezasının infazına seçenek bir kuruma dönüşmüştür. Zira, yeni TCK'ya göre, hükümlünün öngörülen denetim süresini iyi halli geçirmesi, bu kapsamda; mahkemece kendisine yüklenen yükümlülüklerle uyması ve kasıtlı bir suç işlememesi durumunda, ceza infaz edilmiş sayılmaktadır⁶¹.

5237 sayılı TCK'nın 51'inci maddesine göre; kural olarak iki yıl veya daha az süreyle hapis cezasına mahkûm edilen kişinin cezası ertelenebilir. Bu sürenin üst sınırı, fiili işlediği sırada onsekiz yaşını doldurmamış veya altmışbeş yaşını bitirmiş olan kişiler bakımından üç yıldır. Ancak, mahkemece erteleme

meydana getirmesi.

C) Fiilin savaş veya seferberlikte işlenmesi."

⁵⁸ 765 sayılı TCK m. 95/2: "Cürüm ile mahkûm olan kimse hüküm tarihinden itibaren beş sene içinde işlediği diğer bir cürümden dolayı evvelce verilen ceza cinsinden bir cezaya yahut hapis veya ağır hapis cezasına mahkum olmazsa, cezası tecil edilmiş olan mahkumiyeti esasen vaki olmamış sayılır. Aksi takdirde her iki ceza ayrı ayrı tenfiz olunur."

⁵⁹ 647 sayılı CİK m. 6/1: "Adliye mahkemelerince para cezasından başka bir ceza ile mahkûm olmayan kimse, işlediği bir suçtan dolayı ağır veya hafif para veya bir yıla kadar (bir yıl dahil) ağır hapis veya iki yıla kadar (iki yıl dahil) hapis veya hafif hapis cezalarından biriyle mahkum olur ve geçmişteki hali ve suç işleme hususunda eğilimine göre cezanın ertelenmesi ilerde suç işlemekten çekinmesine sebep olacağı hakkında mahkemece kanaat edinilirse, bu cezanın ertelenmesine hükümlenir. Bu halde erteleme sebebi hükümde yazılır."

⁶⁰ DÖNMEZER, Sulhi/ERMAN, Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım, Beta Yayınevi, C. 3, İstanbul, 1997, s. 14.

⁶¹ 5237 sayılı TCK m. 51/8: "Denetim süresi yükümlülüklerle uygun veya iyi halli olarak geçirildiği takdirde, ceza infaz edilmiş sayılır."

kararının verilebilmesi için sanığın, daha önce kasıtlı bir suçtan dolayı üç aydan fazla hapis cezasına mahkûm edilmemiş olması ve suçu işledikten sonra yargılama sürecinde gösterdiği pişmanlık dolayısıyla tekrar suç işlemeyeceği konusunda mahkemede bir kanaatin oluşması gerekir.

Askeri suçların ertelenmesine ilişkin düzenlemelerde de 2000 yılı ve sonrasında önemli değişiklikler olmuştur. 647 sayılı CİK'in "Cezaların ertelenmesi" başlıklı 6'ncı maddesinin son fıkrasında yer alan "Bazı suçlara ilişkin cezalar ile askeri suçlar ve disiplin suçlarına ilişkin cezaların ertelenemeyeceğine dair özel kanun hükümleri saklıdır." hükmü ile ASCK'nın 47'inci maddesinde yer alan askeri suçların ertelenmesine ilişkin hükümler saklı tutulmuştu. ASCK'nın 47'nci maddesinin A bendi 22.3.2000 tarihli ve 4551 sayılı Kanun ile değiştirilerek; ASCK'nın üçüncü babının dördüncü faslında yazılı suçlar (79 ilâ 81'inci maddeler) nedeniyle verilecek olan cezaların tecil edilemeyeceği belirtilmiş, ayrıca üçüncü babın üçüncü faslı (63 ilâ 78'inci maddeler) ile beşinci faslı (84'üncü madde hariç olmak üzere 82 ilâ 107'nci maddeler), sekizinci faslıdaki (130'uncu madde hariç olmak üzere 131 ilâ 133'üncü maddelerde yer alan) suçlar nedeniyle hükmolunacak olan cezaların tecil edilemeyeceği hükme bağlanmıştır. 5237 sayılı TCK ve 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un kabulünün ardından, 31.3.2005 tarihli ve 5329 sayılı Kanun ile ASCK'ya eklenen Ek 8'inci maddenin birinci fıkrasında; "26.9.2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun genel hükümleri bu Kanunda yer verilen suçlar hakkında da uygulanır. Ancak, bu Kanunun fer'î askerî cezalara ve cezaların ertelenmesine ilişkin hükümleri ... saklıdır." şeklinde düzenleme yapılarak, askeri suçların ertelenmesi açısından 1.6.2005 tarihinden önceki durum korunmuştur. Ancak, ASCK'nın 47'nci maddesinin A bendi'nin bir ve ikinci cümlelerinin somut norm denetimi kapsamında götürüldüğü Anayasa Mahkemesince verilen 17.1.2013 tarihli ve 2012/80 Esas ve 2013/16 Karar sayılı kararda⁶²; asker kişilerin yönünden

⁶² Anayasa Mahkemesince verilen 17.1.2013 tarihli ve 2012/80 Esas ve 2013/16 Karar sayılı kararın ilgili bölümü şu şekildedir: "İtiraz konusu kuralın gerekçesinde, maddede belirtilen suçlar nedeniyle hükmolunacak kısa süreli hapis cezalarının para cezası ya da diğer seçenek yaptırımlara çevrilebilmesi yahut ertelenmesinin bu suçların etkili bir şekilde cezalandırılmasını engelleyeceği, kişilerin suç işleme yönündeki eğilimlerini artıracak ve disiplini bozacağı, bu nedenle söz konusu kısıtlamanın gerekli olduğu belirtilmişse de kanun koyucu, askeri ceza hukukunda erteleme kurumunu düzenlerken devleti ilkesinin bir gereği ve ceza hukukunun temel prensiplerinden olan ölçülülük ilkesiyle bağlıdır. Bu ilke ise "elverişlilik", "gereklilik" ve "orantılılık" olmak üzere üç alt ilkeden oluşmaktadır. "Elverişlilik", başvuru önlemin ulaşılmak istenen amaç için elverişli olmasını, "gereklilik" başvuru önlemin ulaşılmak istenen amaç bakımından gerekli olmasını, "orantılılık" ise başvuru önlem ile ulaşılmak istenen amaç arasında olması gereken ölçüyü ifade etmektedir.... Kanun koyucunun, 1632 sayılı Kanun'da erteleme kapsamı dışındaki suçları belirlerken suçların niteliğini, işleniş şekillerini, ağırlığını, askeri disiplin üzerindeki etkisini, öngörülen ceza miktarlarını ve suçla korunan hukuki yarar gibi etkenleri gözetmesi açıktır. ...Bu durumda, asker kişilerin yönünden itiraz konusu kuralla erteleme kapsamı dışındaki suçlar belirlenirken

itiraz konusu kuralla erteleme kapsamı dışındaki suçlar belirlenirken suçların niteliği, işleniş şekilleri, ağırlığı, askeri disiplin üzerindeki etkisi, öngörülen ceza miktarları ve suçla korunan hukuki yarar gibi etkenlerin göz ardı edildiği, bu durumun ölçülülük ilkesine ve dolayısıyla hukuk devleti ilkesine aykırılık oluşturduğu belirtilerek, söz konusu hükmün iptaline karar verilmiştir.

Kanun Koyucu tarafından Anayasa Mahkemesinin iptal kararındaki gerekçeleri dikkate alınarak, 23.6.2016 tarihli ve 6722 sayılı Kanun ile ASCK'nın 47'nci maddesi⁶³ değiştirilmiştir. Bu düzenlemeye göre; kural olarak, TCK'nın hapis cezasının ertelenmesine ilişkin hükümleri, askeri suçlar hakkında da uygulanacaktır. Ancak, sırf askeri suçlardan dolayı yapılan yargılama sonunda hükmolunan netice cezanın üç ay veya daha fazla süreli hapis cezası olması; fiilin, disiplini ağır şekilde ihlal etmesi veya birliğin güvenliğini tehlikeye düşürmesi ya da birliğin muharebe hazırlığını veya etkinliğini zafiyete uğratması ya da büyük bir zarar meydana getirmesi; fiilin savaş veya seferberlikte işlenmesi; daha önce sırf askeri bir suçtan dolayı mahkûm olunması hâllerinde hapis cezaları ertelenemeyecektir. Yapılan bu düzenlemeye ilişkin olarak, *“hükmün açıklanmasının geri bırakılması”* başlığı altında yaptığımız açıklamalar burada da geçerlidir.

SONUÇ

Askeri disiplinin tesisi ve askeri menfaatleri koruma amacına hizmet eden askeri suçlara, genel ceza kanunlarında yer alan suçlara uygulanan yaptırımlara nazaran bazı farklı hükümler uygulanabilmekte; askeri suçların soruşturma ve kovuşturmasında bazı istisnai düzenlemelere yer verilebilmektedir. Bu kapsamda, mevzuatımızda; soruşturma izni, şikâyet, önödeme, uzlaşma, kamu davasının açılmasının ertelenmesi, basit yargılama usulü, erteleme, kısa süreli hapis cezasına seçenек yaptırımlara çevirme, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumlarının uygulanmasını askeri suçlar açısından sınırlayan yahut ortadan kaldıran hükümlere yer verilmiştir.

suçların niteliği, işleniş şekilleri, ağırlığı, askeri disiplin üzerindeki etkisi, öngörülen ceza miktarları ve suçla korunan hukuki yarar gibi etkenlerin göz ardı edildiği, bu yönüyle de kuralın kamu yararı ve bireyin hak ve özgürlükleri arasında adil bir denge oluşturmadığından ölçülülük ilkesine ve dolayısıyla hukuk devleti ilkesine aykırılık oluşturduğu açıktır...”

⁶³ *“Türk Ceza Kanununun hapis cezasının ertelenmesine ilişkin hükümleri, askeri suçlar hakkında da uygulanır. Ancak aşağıdaki hâllerde hapis cezaları ertelenmez:*

A) Sırf askeri suçlardan dolayı yapılan yargılama sonunda hükmolunan netice cezanın üç ay veya daha fazla süreli hapis cezası olması.

B) Fiilin, disiplini ağır şekilde ihlal etmesi veya birliğin güvenliğini tehlikeye düşürmesi ya da birliğin muharebe hazırlığını veya etkinliğini zafiyete uğratması ya da büyük bir zarar meydana getirmesi.

C) Fiilin savaş veya seferberlikte işlenmesi.

D) Daha önce sırf askeri bir suçtan dolayı mahkûm olunması.”

16.4.2017 tarihinde yapılan halkoylaması ile gerçekleşen Anayasa değişikliği üzerine askeri yargının kaldırılmasına sonrasında, Anayasa Değişikliğine Uyum Kanunu Tasarısının Anayasa’da öngörülen altı aylık sürede yasalasamaması nedeniyle uygulamada en önemli sorun, asker kişilerin işledikleri iddia olunan askeri suçlara ilişkin soruşturma izninin hangi merci tarafından hangi mevzuat hükümlerine göre verileceği noktasında ortaya çıkmıştır. Anayasa’nın 129’uncu maddesi uyarınca, kamu görevlilerinin görevleri sebebiyle işledikleri suçlardan dolayı soruşturma yapılmasının yetkili makamın iznine bağlı olmasının bir gereği olarak, asker kişilerin görevleri sebebiyle işledikleri suçlardan dolayı soruşturma yapılmasının da izne tabi olması gerektiğinde tereddüt bulunmamaktadır. Anayasa değişikliği öncesinde 353 sayılı Kanun uyarınca yürütülmekte olan asker kişilerin askeri suçlarından soruşturma izni verme işlemlerinin, Anayasa değişikliği sonrasında ne şekilde yürütüleceğine ilişkin ayrıntılı hükümler ihtiva eden Uyum Kanunu Tasarısının yasalasamaması nedeniyle doğan boşluk, uygulamada, Anayasa değişikliğine uyum düzenlemeleri yapılıncaya kadar, halen yürürlükte olan 353 sayılı Kanun’un soruşturma iznine ilişkin hükümlerinin uygulanmaya devam edilmesi suretiyle çözülmektedir. Ancak, Anayasa değişikliğinin askeri yargının kaldırılmasına ilişkin hükümlerine yönelik hazırlanacak düzenlemelerin yasalasması ile bu boşluk kalıcı olarak ortadan kaldırılabilecektir.

Askeri suçların soruşturması yürütülürken dikkat edilmesi gereken hususlardan biri, Askeri Ceza Kanunu’nun 48’inci maddesinde yer alan *“Askeri suçların takibi şikâyete bağlı değildir.”* hükmü gereğince, askeri suçların soruşturmasının mağdurun şikâyetine bağlı olmamasıdır. Bir diğer husus ise, Askerî Ceza Kanunu’nun Ek 8’inci maddesinde düzenlenen; *“Sırf askerî suçlar ile hapis cezasının üst sınırı üç ayı geçen askerî suçlar hakkında, önödeme hükümleri uygulanmaz.”* ifadesi ile önödeme kurumunun askeri suçlar açısından uygulama alanının sınırlandırılmış olmasıdır. Ayrıca, askeri suçlar hakkında uzlaşma hükümlerinin uygulanabileceğine dair, herhangi bir hüküm bulunmadığından, bu suçların soruşturması ve kovuşturması sırasında uzlaştırma yoluna gidilemeyecektir. Öte yandan, CMK’nın 171’inci maddesinde yer alan *“asker kişilerin tarafından işlenen askerî suçlar”* hakkında kamu davasının açılmasının ertelenmesine karar verilemeyeceği düzenlenmiş ve bu istisnai hüküm ile birlikte, asker kişilerin askeri suçları madde kapsamı dışında bırakılmıştır.

Askeri suçların kovuşturulması sırasında göz önünde bulundurulması gereken hususlardan ilki, 17.10.2019 tarihinde kabul edilen 7188 sayılı Kanunla hukuk sistemimize dâhil edilen *“basit yargılama usulü”*dür. Belirli bir yaptırım ağırlığına kadar olan suçlar açısından kovuşturma safhasında duruşma açılmadan dosya üzerinden yargılamanın tamamlanabilmesine, ancak itiraz üzerine duruşma açarak yargılamaya devam edilmesine imkân

tanıyan *basit yargılama usulünden* istisna tutulan düzenlemeler arasında, soruşturulması izne tabi olan suçlara yer verildiğinden, asker kişilerin soruşturması izne tabi olan suçlarının kovuşturulması sırasında basit yargılama usulü uygulanamayacaktır.

Askeri suçların kovuşturması sonucunda verilecek cezanın ertelenmesi, kısa süreli hapis cezalarının seçenek yaptırımlara çevrilmesi ve hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun uygulanması açısından mevzuatımızda istisnai düzenlemelerin mevcut olduğu hususu da göz önünde bulundurulmalıdır. Anayasa Mahkemesinin 17.1.2013 tarihli, 2012/80 Esas ve 2013/16 Karar sayılı iptal kararı üzerine, 353 sayılı Kanun'a eklenen Ek 4'üncü madde ile hükmün açıklanmasının geri bırakılması, ASCK'nın 47'nci maddesinde yapılan değişiklikle erteleme ve ASCK'nın Ek 8'inci maddesinde yapılan değişiklikle kısa süreli hapis cezaları seçenek yaptırımlar, askeri suçlar açısından yeniden düzenlenmiştir. Bu kapsamda, sırf askeri suçlardan verilen; üç ay veya daha fazla hapis cezası ertelenemeyecek, dört ay veya daha fazla hapis cezası kısa süreli hapis cezasına seçenek yaptırımlara çevrilemeyecek, altı ay veya daha fazla hapis cezasına hükmolunması durumunda ise hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilemeyecektir. Ayrıca, fiilin, disiplini ağır şekilde ihlal etmesi veya birliğin güvenliğini tehlikeye düşürmesi ya da birliğin muharebe hazırlığını veya etkinliğini zafiyete uğratması ya da büyük bir zarar meydana getirmesi yahut fiilin savaş veya seferberlikte işlenmesi hallerinde, askeri suçlardan verilen hapis cezalarının, kısa süreli hapis cezalarına seçenek yaptırımlara çevrilemeyeceği, ertelenemeyeceği ve hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilemeyeceği düzenlenmek suretiyle, askeri suçlar açısından istisnai hükümlere yer verilmiştir.

KAYNAKÇA

- CENTEL, Nur/ZAFER, Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, 13. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2016.
- CENTEL, Nur/ZAFER, Hamide/ÇAKMUT, Özlem, Türk Ceza Hukukuna Giriş, 9. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2016.
- ÇAĞLAYAN, Ramazan, İdare Hukuku Dersleri, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018.
- DEĞİRMENCİ, Olgun, Askeri Ceza ve Disiplin Hukuku, 3. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2016.
- DEMİRAĞ, Fahrettin, Türk Ceza Kanununun Genel Hükümleri Işığında Askeri Ceza Kanunu, 2. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2018.
- DÖNMEZER, Sulhi/ERMAN Sahir, Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku Genel Kısım, Beta Yayınevi, İstanbul, 1997.
- ERMAN, Sahir, Askeri Ceza Hukuku, Üçdal Yayınevi, İstanbul, 1983.

- GÖZLER, Kemal, İdare Hukuku, Ekin Yayınevi, Bursa, 2019.
- İÇEL, Kayıhan/ÖZGENÇ İzzet/SÖZÜER Adem/MAHMUTOĞLU S. Fatih/ÜNVER Yener, Suç Teorisi, Sebat Yayınevi, İstanbul, 1999.
- KAFALI, Kurtuluş/PALUT, Adem/ALTIKAT, Abdurrahim, “Askeri Ceza Kanunu Açısından Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kurumunun Uygulanması”, Kara Harp Okulu Bilim Dergisi, C. 23, S.1, Yıl: 2013, s.1-25.
- KANGAL, T. Zeynel, Askeri Ceza Hukuku, 2. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2012.
- KARDAŞ, Ümit/ÇINGI, Mehmet, Askeri Yargıtay, Yargıtay Kararları ve Doktrin Işığında Notlu, Açıklamalı, İçtihatlı Askeri Ceza ve Ceza Yargısı, Kazancı Yayınevi, İstanbul, 2001.
- KOCA, Mahmut/ÜZÜLMEZ, İlhan, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 12. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2019.
- ÖZBEK, Veli Özer/DOĞAN, Koray/BACAKSIZ, Pınar/TEPE, İlker, Ceza Muhakemesi Hukuku, 9. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2017.
- ÖZGENÇ, İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 12. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2016.
- ÖZTÜRK, Bahri, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 10. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2016.
- ŞAHİN, Cumhur/GÖKTÜRK, Neslihan, Ceza Muhakemesi Hukuku II., 6. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2017.
- TOROSLU, Nevzat, Ceza Hukuku, Savaş Yayınevi, Ankara, 2005.
- YAYLA, Mehmet, “Askeri Ceza Yargısının Kaldırılması Üzerine Hazırlanan Kanun Tasarısına İlişkin Düşünceler”, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 17, S. 2, Yıl: 2018, s. 213-244.
- YAYLA, Mehmet, “Askeri Suç Kavramı ve Sırf Askeri Suçlar”, *The Journal Of Academic, Social, Science, Studies*, Doi Number: [http://dx. Doi.org/109761/JASSS7940](http://dx.doi.org/109761/JASSS7940), Number: 73, Winter 2018, s. 271-280. (Erişim tarihi: 18.4.2020)
- YENİSEY, Feridun/NUHOĞLU, Ayşe, Ceza Muhakemesi Hukuku, 5. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2017.

VERGİ KAÇAKÇILIĞI SUÇUNUN TAKİP USULÜ

Follow Procedure of Tax Evasion Crime

Arş. Gör. Mümin GÜNGÖR*

Geliş Tarihi: 02.06.2020 Kabul Tarihi: 31.08.2020

ÖZET

Devlet sahip olduğu vergilendirme yetkisini etkin kullanarak kayıt dışı ekonominin azaltılmasını ve vergi hukukunda caydırıcılığın oluşmasını sağlamak üzere cezai müeyyideler öngörmüştür. Cezai müeyyide oluşturan fiillerin bir kısmı kabahate bir kısmı ise suça vücut veren hareketlerdir. Suç teşkil eden hareketlerden birisi de VUK.m.359'da belirtilen kaçakçılık fiilleridir. Söz konusu fiillerin yetkili mercilerce takip edilmesi VUK.m.367 hükmünce özel takip usulüne bağlanmıştır. Çalışmada bu özel takip usulü, sırasıyla aşağıda belirtilen başlıklarla ele alınmaya çalışılacaktır. İlk başlık olan "*Vergi Kaçakçılığı Suçuna Genel Bakış*" başlığı altında ilk olarak vergi suçları nelerdir, bu suçların getirilmesindeki gaye nedir; ikinci olarak vergi kaçakçılığı fiilinin Türkiye Cumhuriyeti tarihçesine, üçüncü olarak da kaçakçılık suçunun tanımına ve kanuni dayanağına konunun iyi anlaşılması için genel hatlarıyla bakılacaktır. İkinci başlık olan "*Vergi Kaçakçılığı Suçunun Takip Usulü*" başlığı altında ise mütalaa şartının gerekçesi ve önemi, mütalaa kavramı ve türleri, mütalaa ile savcılığa bildirimde bulunabilme yetkisine sahip olanlar, mütalaa'nın özellikleri, hukuki niteliği ve hukuki sonuçları ele alınacaktır. Üçüncü başlıkta ise genel olarak bu konuya ilişkin ne tür problemlerin olduğu ve bu sorunların çözümlerinin neler olabileceği irdelenmeye çalışılacaktır. En nihayetinde ise sonuç kısmı ile bitirilecektir.

Anahtar Kelimeler: Vergi Suç ve Cezaları, Vergi Ceza Hukuku, Vergi Kaçakçılığı Suçu, Mütalaa Şartı, VUK 367.

ABSTRACT

The state envisaged criminal sanctions to effectively reduce the informal economy and to create deterrence in tax law by using its taxation power. Some of the verbs that constitute criminal sanctions are acts of crime and some of them are the actions that give rise to crime. One of the criminal acts is the smuggling elephants mentioned in VUK.m.359. The follow up of these acts by the competent authorities is subject to special follow-up procedure by VUK.m.367 provision. In this study, this special follow up procedure will be tried to be handled under the titles below. Firstly, what are the tax crimes under the heading "*Overview of Tax Evasion Crimes*", what is the purpose of bringing these crimes; secondly, tax evasion actual history of the Republic of Turkey, thirdly, will be examined in general terms to assist in understanding the issues and the legal basis of the definition of trafficking offenses. Under the second title, "*Follow Procedure of Tax Evasion Crime*", the rationale and importance of the opinion requirement, the concept and types of opinion, those who have the authority to report to the prosecutor and the prosecutor, the characteristics, the legal nature and legal consequences of the opinion. In the third heading, we will try to examine what kind of problems related to this issue in general and what the solutions of these problems can be. Ultimately, it will be finished with the conclusion.

Keywords: Tax Crimes and Penalties, Tax Criminal Law, Tax Evasion Crimes, Reaction Charter, VUK 367.

* Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, e-posta: mmngngr46@hotmail.com, ORCID ID: 0000-0002-4731-2605.

GİRİŞ

Devletin kendisinden beklenen kamu hizmetlerini ifa edebilmek için sağladığı gelirler arasında verginin önemi çok fazladır. Devlet, Anayasa ile kendisine verilen egemenliğine dayanarak vergilendirme yetkisine ve bu yetkisine aykırı harekette bulunanları ise cezalandırma yetkisine sahip bulunmaktadır. Böylece devlet, kamu finansmanı gelirlerinden vergileri kayıp kaçak olmadan eksiksiz biçimde hazinenin yararı için toplamağa çalışmaktadır¹. Devletin bu vazifesi karşısından aykırı hareketlerde bulunanlar, kamu yararına aykırı hareket ederek kamu hizmetlerinin sağlanmasını örtülü olarak sekteye uğratmış başka bir ifade ile hazine menfaatini ihlal etmiş olmaktadırlar.

Devlet söz konusu hareketlerin önüne geçebilmek, önleyebilmek veya hareketleri yapanları cezalandırabilmek için vergi (kamu finansman) hukuku içerisinde özel olarak ceza hukuku düzenleme, özel usuller getirmek durumunda kalmıştır². Vergi Ceza Hukuku içerisinde ise adli nitelikte vergi suç ve cezalarından en önemlisi vergi kaçakçılığı suçu olarak ifade edilmektedir³. Çalışmada özel usulü irdelenecek olan Vergi Kaçakçılığı Suçu Vergi Usul Kanunu'nun 359'ncü maddesinde ele alınmıştır. Bu suçların yetkili mercilerce takip edilmesi ise VUK.m.367 hükmünce özel takip usulü sağlanmaktadır. Giriş bölümünü daha fazla uzun tutmadan özel usulün incelenmesi konusunun sağlam anlaşılabilmesi açısından Vergi Suç Hukukunun temeline inilerek aşağıda ifade edilecek başlıklar çerçevesinde olacaktır.

Çalışma ile bu özel takip usulü, sırasıyla aşağıda belirtilen başlıklarla ele alınmağa çalışılacaktır. İlk başlık olan "*Vergi Kaçakçılığı Suçuna Genel Bakış*" başlığı altında ilk olarak vergi suçları nelerdir, bu suçların getirilmesindeki gaye nedir; ikinci olarak vergi kaçakçılığı fiilinin Türkiye Cumhuriyeti tarihçesine, üçüncü olarak da kaçakçılık suçunun tanımına ve kanuni dayanağına konunun iyi anlaşılması için genel hatlarıyla bakılacaktır. İkinci başlık olan "*Vergi Kaçakçılığı Suçunun Takip Usulü*" başlığı altında ise mütalaa şartının gerekçesi ve önemi, mütalaa kavramı ve türleri, mütalaa ile savcılığa bildirimde bulunabilme yetkisine sahip olanlar, mütalaanın özellikleri, hukuki niteliği ve hukuki sonuçları ele alınacaktır. Üçüncü başlıkta ise genel olarak bu konuya ilişkin ne tür problemlerin olduğu ve bu sorunların çözümlerinin neler olabileceği irdelenmeğe çalışılacaktır. En nihayetinde ise sonuç kısmı ile bitirilecektir.

¹ Güneş, Tuğçe; "*Vergi Kaçakçılığı Suçunda Yargılama Şartının Anayasaya Aykırılığı*", Terazi Hukuk Dergisi, Y:5, S:48, 2010, ss.99-114(s.113).

² Güneş, s.113.

³ Güneş, s.113.

I. VERGİ KAÇAKÇILIĞI SUÇUNA GENEL BAKIŞ

A. VERGİ SUÇLARI

Türk toplumunun iktisadi hayatlarında ve tarihlerinde vergilerin ve yasalarının sık sık değiştiği ifade edilmektedir. Devamlılık arz eden bu değişim vergi toplama araçlarının ve yöntemlerinin de sürekli yenilenmesi neticesini doğurmuştur⁴. Ülke vatandaşlarının vergiye göstermiş olduğu bu direnç “kayıt dışı ekonomi”nin yaygınlaşarak, ülkenin önemli problemlerinden birisi olan “vergi problemini” ve dolayısıyla bu durumda “caydırıcı ve önleyici tedbirlerin alınması” sonucunu ortaya çıkardı⁵. Toplumdaki ekonomik faaliyetler ve bu faaliyete bağlı ilişkiler her geçen gün çok yönlü ve karmaşık bir durum ortaya çıkarmaktadır. Hal böyle iken bu ekonomik faaliyetleri düzenleyen hukuk kurallarının ve bu kuralların içinde önemli bir yere sahip olan vergi hukuku kurallarının da bu duruma uygun olması gerekmektedir⁶.

Bu noktada vergi problemlerinin oluşmasını azaltmak ve kayıt dışı ekonomiyi önlemek ve benzeri sebepler için vergi hukukuna aykırılıklar yaptırıma bağlanmıştır. Zira söz konusu aykırılıklar genel itibarıyla vergi geliri hasılatını azaltıcı ve azaltmaya eğilimli davranışlar neticesinde devletin ekonomik menfaatini zedeleyen davranışlar olarak karşımıza çıkmaktadır. Devletin ekonomik menfaatini ihlal eden bu davranışlar “ekonomik suçlar” tasnifinde değerlendirilmektedir⁷. Vergi suçu, vergi kanunlarının getirdiği vazife ve mecburiyetlerin mükelleflerce cezayı gerektirecek şekilde yerine getirilmesi şeklinde belirtilmiştir. Vergi suçları, kriminolojide beyaz yaka olarak isimlendirilen suçlardandır. Bu sebeple vergi suçlarının çoğu belirli zeka ürünü olup genelde belirli bir organizasyon içinde işlenirler. Bundan dolayı da bu suç faillerinin yakalanmaları da genelde çok kolay olmamaktadır⁸. Başka bir tanımda vergi suçları, kural olarak devlet hazinesine karşı işlenen ekonomik suçların

⁴ Güçlü, Faruk, Türk Ceza Kanunu Açısından Vergi Kaçakçılığı, 1.Baskı, Başkent Matbaacılık, Ankara, 1998, s.5.

⁵ Güçlü, s.9; Kızılot, Şükrü / Kızılot, Zuhâl, Kaçakçılık Suçları ve Naylon Fatura İhtilafları, Genişletilmiş 3.Baskı, Yaklaşım Yayıncılık, Ankara, 2010, s.7-8; Güneş, s.99.

⁶ Karakoç, Yusuf, Yargı Kararları Işığında Vergi Sorunlarının Çözümü, 1.Baskı, Dokuz Eylül Üniversitesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları No: 69, İzmir, 1996, s.1 vd.; Karakoç, Yusuf, Vergi Ceza Hukuku, 1.Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2016, s.31 vd.; Nazalı, Ersin, Hukukun Vergisi-I, 1.Baskı, Maliye Hesap Uzmanları Derneği, İstanbul, 2014, s.185.

⁷ Öncel, Mualla / Kumrulu, Ahmet / Çağan, Nami, Vergi Hukuku, 22.Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2013, s.209; Ok, Nuri / Gündel, Ahmet, Vergi Kaçakçılığı Suçları, 1.Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2002, s.15; Şenyüz, Doğan, “Vergi Kaçakçılığı Suçunda Dava Şartı Olarak Mütalaa/Görüş” İzmir Barosu Dergisi, Y:81, S:2, 2016, ss.13-50(s.13).

⁸ Donay, Süheyl, Ceza Mahkemesinde Yargılanan Vergi Suçları, 1.Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2008, s.7.

bir türü olarak ifade edilmektedir. Vergi borçlularının, vergi kanunlarındaki esaslara aykırı olan ve hürriyeti bağlayıcı cezayı gerektiren fiilleridir⁹. Vergi cezalarının gayesi, vergi kanunlarının zamanında ve gereği gibi uygulamaktır. Zira vergi borçlularının zamanında ve eksiksiz olarak ifa edilmesi hem hazinenin vergi kaybını önlemekte hem de kamu hizmetlerinin mali kaynağını teşkil eden kamu gelirlerinin toplanması vasıtasıyla kamu yararını sağlamış olmaktadır¹⁰.

Özü itibarıyla vergi, devlet ile mükellef arasında yer alan kanundan doğan alacak-borç ilişkisidir. Vergi hukuku ise bu ilişkiyi geniş kapsamlı bir şekilde ele alarak mükellef tarafından yerine getirilmesi gereken emirler ile uyulması gereken yasakları da içeren bir bilim dalıdır¹¹. Yasak edilmiş veya emredilmiş fiillerin neler olduğu, bu fiillerin gerçekleşmesi yani ihlalin olması durumunda hangi cezaların uygulanacağı ve ceza ilişkisinin ne şekilde sona ereceği mevzuları vergi ceza hukukunun oluşturmaktadır. Başka bir ifadeyle vergi ceza hukuku, vergi suç ve kabahatleri ile bunlara karşılık olarak uygulanacak yaptırımların usul ve esaslarını ele alan vergi hukukunun alt dalıdır¹². Vergi ceza hukukunun veya vergi suç ve cezalarının getiriliş gayesi kamu düzenini korumaktır. Vergi suçları, Türk Ceza Kanununun genel hükümleri ile Vergi Usul Kanunda yer alan özel hükümler dikkate alınarak cezalandırılacaktır¹³.

Vergi ceza hukukunda da ceza hukukuna hâkim olan ilkeler geçerlidir. Vergi suç ve cezalarında da kanunilik ilkesine kesinkes uyulmalı, cezalandırılan kişi ancak kusurlu olduğu takdirde cezalandırılmalı, verilecek ceza orantısız olmamakla birlikte suç ve ceza arasındaki orantılılıkta dikkate alınmalı, yani suç kabul edilen vergiye ilişkin yasaklanmış eylemle ceza arasında demokratik bir toplumda uygun görülebilecek adil bir dengenin kurulması gerekmektedir. Bütün bu belirtilenler adil bir vergi ceza sisteminin ilkesel düzeyini oluşturduğu ifade edilmektedir¹⁴.

Vergi Usul Kanununun öngördüğü bir kısım fiiller ise ceza hukuku bağlamında suç teşkil etmektedirler. Bunların tespit edilmesi ve bunlara yaptırım uygulanması ceza mahkemesinin görev alanında yer almaktadır¹⁵.

⁹ Demirkan, Uçar, İngilizce Ve Fransızca Karşılıklarıyla Vergicilik Terimleri Sözlüğü, 1.Baskı, Maliye Bakanlığı Yayınları, Ankara, 1993, s.249.

¹⁰ Öncel / Kumrulu / Çağan, s.209.

¹¹ Şenyüz, Doğan, Vergi Ceza Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 9.Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, 2016, s.47 vd.; Bayraklı, Hasan Hüseyin, Vergi Ceza Hukuku, 3.Baskı, Celepler Matbaacılık, Afyonkarahisar, 2013, s.13 vd.; Yıldırım, Zübeyr / Açar, Serkan, "Vergi Kaçakçılığı Suçu ve Mütalaa Şartı" Yaklaşım Dergisi, Y:15, S:171, 2007,ss.280-287(s.280).

¹² Şenyüz, s.8; Uğur, Hüsamettin / Elibol, Mert, Vergi Suçları, 1.Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015, s.81; Nazal, s.185; Ok/Gündel, s.15.

¹³ Şenyüz, s.50; Nazal, s.185.

¹⁴ Öncel / Kumrulu / Çağan, s.210.

¹⁵ Uğur, Hüsamettin, "Vergi Suçlarında Kovuşturma Şartı Olarak Mütalaa(VUK.m.367)" Terazi Hukuk Dergisi, C:8, S:88, 2013, ss.34-44(s.34).

Bu suçlarda hürriyeti bağlayıcı ceza uygulanabilir. VUK kapsamında ceza mahkemesinin görev alanına Vergi Mahremiyetini İhlal Suçu, Mükelleflerin zel İşlerini Yapmak Suçu, Haysiyet ve Őerefe Tecavüz Suçu, Ekim Sayım Beyanlarını Denetlememe Suçu ve çalışmanın konusunu oluşturan Kaçakçılık Suçu olmak üzere toplamda beş adet suç girmektedir¹⁶. Hapis cezasının olduğu bu suçlarda ceza mahkemesinin vazifeli olması kişiler açısından çok önemli bir güvence oluřturmaktadır¹⁷.

B. VERGİ KAÇAKÇILIĞI SUÇUNUN TÜRK HUKUKUNDA TARİHSEL GELİŞİMİ

Türkiye Cumhuriyeti hukuk sisteminde 1949 tarihli ve 5432 sayılı Vergi Usul Kanunu¹⁸ vergi usul hukukunu düzenlemek üzere getirilen ilk kanundur. Söz konusu Kanunun "*Dördüncü Kitap: Ceza Hükümleri*" kitabının ikinci kısımda "*Kaçakçılık*" başlığı altında 324 ilâ 328'nci maddeleri arasında kaçakçılığa yönelik fiillerin cezalandırılmasına yönelik ilk düzenlemeler yapılmıştır. Ancak bu düzenlemelerle yapılması emredilen veya yapılması yasaklanan fiillerin işlenmesi halinde öngörülen yaptırım hürriyeti bağlayıcı ceza olmayıp yalnızca mali ceza olarak belirtilmiştir. Bir başka ifadeyle bu kanunda kaçakçılık fiilleri vergi suçu olarak düzenlenmemiş, vergi kabahat Şeklinde dzenlenmiřtir¹⁹. Bununla birlikte kanunun 338 ilâ 340 maddeleri arasında "*Ceza Kanununa Göre Cezalandırılacak Suçlar*" başlığı altında ise bilgi vermekten çekinilmesi, vergi mahremiyetinin ihlal edilmesi, mükelleflerin özel işlerinin yapılması fiilleri suç olarak sayılmıřtır²⁰.

Ancak ilerleyen zamanda gelişen ekonomi ve çağın gereksinimlerinin dayatmasıyla devletin kaçakçılık fiillerine olan bakışı değişmeye başlamıştır. Mali alanda ceza politikasını katılaştıran devlet, söz konusu fiilleri suç olarak görmeğe ve cezalandırmağa başlamıştır. Bu yönde 1951 tarihli ve 5815 sayılı Kanunun²¹ 11.maddesiyle 5432 sayılı Kanuna "*Hileli Vergi Suçu(Ek madde 2)*", "*Hileli Vergi Suçlarında Ceza(Ek madde 3)*", "*Hileli Vergi Suçlarının Cezalandırılmasında Usul(Ek madde 4)*" hükümleri getirilmiřtir²².

¹⁶ Şenyüz, s.379; Taşkan, Yusuf Ziya, Vergi Hukuku, 2.Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019, s.362; Yıldırım/Ağar, s.281; Ok/Gündel, s.15; Şenyüz, "*Vergi Kaçakçılığı Suçunda Dava Şartı Olarak Mütalaat/Görüş*", s.16.

¹⁷ ncel / Kumrulu / ağan, s.210; Taşkan, s.362.

¹⁸ R.G. TARİH-SAYI :15.06.1949-7233.

¹⁹ 324 ilâ 328 arası hükümlerde vergiyi kaırana, kaırana iştirak edene, kaırmaya azmettiren(teşvik edene) kaırdıkları verginin  katı oranında; kaırmağa yardımda bulunana da kaırılan verginin drtte biri oranında vergi cezası kesileceği belirtilmiştir.

²⁰ Kaşıkı, Mahmut, "*Une Évaluation Actuelle Relative Aux Délits De Contrebande Fiscale- Problème Et Les Problématiques Lies Aux Délits Fiscaux Selon La Loi Pénale Turque Numéro 5327*"Annales de la Faculté de Droit d'Istanbul, Y:49, S:66, 2017, ss.27-42(s.30).

²¹ R.G. TARİH-SAYI :24.07.1951-7866.

²² Uğur, s.35.

Bu kanunu ilga eden ve günümüzde de uygulanmaya devam eden 1961 tarihli ve 213 sayılı Vergi Usul Kanunu²³ vergi kabahati ve mali ceza olarak kaçakçılık başlığını madde 344 ve 347 arasında muhafaza etmiştir. Yine “*Ceza Kanununa Göre Cezalandırılacak Suçlar*” başlıklı dördüncü bölümünde yukarıda belirtilen suçlarla birlikte doğrudan 357 ilâ 360’ncü maddeleri arasında yer alacak şekilde “*Hileli Vergi Suçu*” başlığı ve hükümleri yeni kanunun içerisinde yer almağa devam etmiştir²⁴. Bu suça ilişkin olarak da 367’nci madde de “*Hileli Vergi Suçlarının Cezalandırılmasında Usul*” başlığı altında takip usulü yerini almıştır. Ancak önemli bir değişiklik kanunu olan 1980 tarihli ve 2365 sayılı Kanunun²⁵ 81’ncü maddesiyle 357’nci madde ilga edilmiş ve 359’ncü madde de “*Kaçakçılıkta Hapis ve Meslekten Men Cezası*” ismiyle niteliksel olarak değiştirilmiştir. Yine bu değişiklik kanununun 86’ncü maddesiyle 359’daki değişikliğe bağlı olarak 367’nci madde de değişiklikler yapılmıştır²⁶. 1985 tarihli ve 3239 sayılı Kanunun²⁷ 28 ve 29’ncü maddeleriyle Vergi Usul Kanunu’nun Kaçakçılık Suçuna²⁸ ilişkin hükümlerinde değişiklikler yapılmıştır²⁹.

Bütün bu süreçte, ta ki 1998 tarihli ve 4369 sayılı Kanun³⁰ değişikliği yapılanaya kadar, 344 ilâ 347 maddeleri arasında düzenlenen “*Kaçakçılık*” başlığı değişikliklerle birlikte ismini ve yerini korumuştur. Ancak bu değişikliğin 11’nci maddesiyle “*Kaçakçılık*” başlığı, “*Vergi Ziyayı Cezası*” başlığı şeklinde değiştirilmiş ve yine içeriğinde önemli değişiklikler yapılmıştır. 4369 sayılı Kanun’unun 12’nci maddesiyle “*Ceza Kanununa Göre Cezalandırılacak Suçlar*” başlığı “*Hürriyeti Bağlayıcı Ceza İle Cezalandırılacak Suçlar ve Cezaları*” şeklinde değiştirilmiştir. Vergi kabahat ve suçlarına ilişkin reform niteliğinde olan 4369 sayılı değişiklik Kanununun 81’nci maddesiyle suçların takibi usulü açısından ise

²³ R.G. TARİH-SAYI : sırasıyla 10.01.1961-10703; 11.01.1961-10704; 12.01.1961-10705.

²⁴ Kanunun tutanaklarında Tunçkanat Haydar’ın konuşması: “*Muhterem arkadaşlar, vergi kaçakçılığını nasıl müeyyidelere bağlarsanız bağlayın bunun açık kapılarını buluyorlar. İstanbul’da Gürün Han vardır. Bu han bir milyon lira kâr getirmesine rağmen hâlâ vergi vermemektedir. Tapuda arsa olarak görülmektedir. Bu adamlar bir kuruş vergi vermemektedir. Bunun vergi kaçakçılığı dört milyonu aşmıştır. Bunların misali bir tane değildir, pek çok vardır. Bunları tehdit eden para cezası değildir, daha ziyade hapis kendilerini korkutmaktadır. Hapse girdikleri zaman haysiyet ve şereflerinin mahvolacağından korkarlar. Bu bakımdan hapsedilmeleri uygun olacaktır*” (https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/MBK_d00/c005/mbk_00005070.pdf , s.61, s.e.t. 02.03.2020).

²⁵ R.G. TARİH-SAYI : 31.12.1980-17207.

²⁶ Ok / Gündel, s.16; Kaşıkçı, s.31.

²⁷ R.G. TARİH-SAYI : 11.12.1985-18955.

²⁸ Önemli gerekçelere dayanılarak vergi hukukunda kullanılan “*kaçakçılık suçu*” teriminin terminolojik açıdan doğru olmadığı bu terim yerine TCK.m.207,208’de belirtilen “*sahtecilik*” kavramının kullanılmasının yerinde olacağı belirtilmektedir.(Kaşıkçı, s.35-37).

²⁹ Ok / Gündel, s.16; Kaşıkçı, s.31.

³⁰ R.G. TARİH-SAYI : 08.02.2008-26781.

367'nci maddede defterdarın yanında Gelirler Bölge Müdürlüğünün dava şartı yönünden mütalaa vermesi getirilmiştir³¹.

Değişiklik mevzuunda son olarak, 2008 tarihli ve 5728 sayılı Kanunun³² 276'ncı maddesiyle 359'ncü ve devamı maddelerini düzenleyen üçüncü bölümün başlığının ismi "Suçlar ve Cezaları" şeklinde değiştirilmiş, hükümlerin içeriği de yeniden düzenlenmiştir³³.

C. VERGİ KAÇAKÇILIĞI SUÇUNUN TANIMI ve KANUNİ DAYANAĞI

Vergi ceza hukuku suçlarından birisi olarak Kaçakçılık suçu, vergi ziyai koşulu aranmaksızın, objektif olarak kasıtlı işlenebileceği kanunda yazılı fiillerle, devletin vergi alanında koymuş olduğu kamu düzenini bozucu ve hukuk düzeninin kabul etmediği fiiller olarak ifade edilmektedir³⁴. Başka bir ifadeyle kaçakçılık suçu, objektif sorumluluğa dayalı mahsus bir suçtur. Mahsus suç olmasını sağlayan durumun ceza hukukunun temel unsurlarına ilişkin ayrıık düzenlemeleri bulundurması ve özellikle bu suçlarda takip şartı olarak defterdarlığın mütalaaasının aranması olduğu belirtilmektedir³⁵.

Vergi Usul Kanununun 359.maddesinde Kaçakçılık suçuna ilişkin olarak "a) Vergi kanunlarına göre tutulan veya düzenlenen ve saklanma ve ibraz mecburiyeti bulunan; 1) Defter ve kayıtlarda hesap ve muhasebe hileleri yapanlar, gerçek olmayan veya kayda konu işlemlerle ilgisi bulunmayan kişiler adına hesap açanlar veya defterlere kaydı gereken hesap ve işlemleri vergi matrahının azalması sonucunu doğuracak şekilde tamamen veya kısmen başka defter, belge veya diğer kayıt ortamlarına kaydederler, 2) Defter, kayıt ve belgeleri tahrif edenler veya gizleyenler veya muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge düzenleyenler veya bu belgeleri kullananlar, hakkında on sekiz aydan üç yıla kadar hapis cezasına hükmolunur. Varlığı noter tasdik kayıtları veya sair suretlerle sabit olduğu halde, inceleme sırasında vergi incelemesine yetkili kimselere defter ve belgelerin ibraz edilmemesi, bu fıkra hükmünün uygulanmasında gizleme olarak kabul edilir. Gerçek bir muamele veya duruma dayanmakla birlikte bu muamele veya durumu mahiyet veya miktar itibariyle gerçeğe aykırı şekilde yansıtan belge ise, muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belgedir.(2) b) Vergi kanunları uyarınca tutulan veya düzenlenen ve saklama ve ibraz mecburiyeti bulunan defter, kayıt ve belgeleri yok edenler

³¹ Ok / Gündel, s.18; Şenyüz, "Vergi Kaçakçılığı Suçunda Dava Şartı Olarak Mütalaa/Görüş", s.13.

³² R.G. TARİH-SAYI : 31.12.1980-17207.

³³ Ancak yukarıda geçirdiği bütün değişikliklere rağmen, vergi ceza sisteminin karışıklıkları içerisinde bulundurduğu ve doktrinde bu noktada uyum olmadığı belirtilmektedir (Kaşıkçı, s.32); Güçlü, s.9.

³⁴ Bayraklı, s.245.

³⁵ Kızılot / Kızılot, s.594-595.

veya defter sahifelerini yok ederek yerine başka yapraklar koyanlar veya hiç yaprak koymayanlar veya belgelerin asıl veya suretlerini tamamen veya kısmen sahte olarak düzenleyenler veya bu belgeleri kullananlar, üç yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Gerçek bir muamele veya durum olmadığı halde bunlar varmış gibi düzenlenen belge, sahte belgedir. c) Bu kanun hükümlerine göre ancak Maliye Bakanlığı ile anlaşması bulunan kişilerin basabileceği belgeleri, Bakanlık ile anlaşması olmadığı halde basanlar veya bilerek kullananlar iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.” hükmü düzenlenmiştir.

Bu hükme göre Kaçakçılık suçu için öngörülen ceza esas olarak hürriyeti bağlayıcı cezadır. Hürriyeti bağlayıcı cezanın miktarları da, üç grup suç için farklı farklı düzenlenmiştir. VUK.m.359/a’da düzenlenen birinci grup fiillere ilişkin ceza, on sekiz aydan üç yıla kadar; VUK.m.359/b’de düzenlenen ikinci grup fiillere ilişkin ceza, üç yıldan beş yıla kadar; VUK.m.359/c’de düzenlenen üçüncü grup fiillere ilişkin ceza ise iki yıldan beş yıla kadar hapis cezasıdır³⁶.

Yukarıdaki cezalar gözetildiğinde 2004 tarihli ve 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev Ve Yetkileri Hakkında Kanun’unun³⁷ 10. ve 11. maddelerine göre vergi kaçakçılığı suçlarında görevli yargı mercii “Asliye Ceza Mahkemesi” olacaktır. Başka bir ifadeyle kanunun açık hükmü gereğince yargılama merci Ağır Ceza Mahkemeleri değil Asliye Ceza Mahkemeleridir³⁸.

II. VERGİ KAÇAKÇILIĞI SUÇUNUN TAKİP USULÜ

A. VERGİ KAÇAKÇILIĞI SUÇUNUN TAKİP USULÜ HAKKINDA GENEL BİLGİLER

Ceza mahkemesinde yargılanacak vergi kaçakçılığı suçları hakkında kamu davası açılması mütalâa şartına bağlı tutulmuştur. Aşağıda mütalâa müessesesinin getirilmesinin gerekçesi ve önemi, mütalâa kavramını ve türleri, mütalâa ile savcılığa bildirimde bulunabilme yetkisine sahip olanlar, mütalâanın özellikleri, hukuki niteliği ve hukuki sonuçları ele alınacaktır.

Kanun koyucu çalışmanın esas konusunu oluşturan kaçakçılık suçlarının cezalandırılmasında izlenecek usulü, Vergi Usul Kanununun 367’nci maddesinde ele alınmıştır³⁹. Bu madde hükmü şu şekildedir: “(I)Yaptıkları inceleme sırasında 359 uncu maddede yazılı suçların işlendiğini tespit eden Vergi Müfettişleri ve Vergi Müfettiş Yardımcıları tarafından ilgili rapor değerlendirme

³⁶ Bayraklı, s.73.

³⁷ R.G. TARİH-SAYI: 07.10.2004-25606.

³⁸ Yıldırım / Ağar, s.283.

³⁹ Karakoç, 2016, s.305.

komisyonunun mütalaasıyla doğrudan doğruya ve vergi incelemesine yetkili olan diğer memurlar tarafından ilgili rapor değerlendirme komisyonunun mütalaasıyla vergi dairesi başkanlığı veya defterdarlık tarafından keyfiyetin Cumhuriyet başsavcılığına bildirilmesi mecburidir. (II)359 uncu maddede yazılı suçların işlendiğine sair suretlerle ittıla hasıl eden Cumhuriyet başsavcılığı hemen ilgili vergi dairesini haberdar ederek inceleme yapılmasını talep eder. (III)Kamu davasının açılması, inceleme neticesinin Cumhuriyet başsavcılığına bildirilmesine talik olunur. (IV)359 uncu maddede yazılı suçlardan dolayı cezaya hükmedilmesi, vergi ziyai cezası veya usulsüzlük cezalarının ayrıca uygulanmasına engel teşkil etmez. (V)Ceza mahkemesi kararları, bu Kanunun dördüncü kitabının ikinci kısmında yazılı vergi cezalarını uygulayacak makam ve mercilerin işlem ve kararlarına etkili olmadığı gibi, bu makam ve mercilerce verilecek kararlar da ceza hkimini bağlamaz.”. Kanun koyucu bu hükümler vergi kaçakçılığı suçunun takip edilmesini “mütalaa ile bildirme” şartlarına bağlı tutmuřtur⁴⁰.

Mütalaa şartı, VUK.m.359,360’da gösterilen kaçakçılık suçları ve bu suçlara iştirak edenler için aranan bir şarttır. Başka bir deyişle kanunun 362’nci maddesindeki “*vergi mahremiyetinin ihlali*” ve 363’nc maddesindeki “*mükelleflerin özel işini yapma*” suçlarında bu şart aranmamaktadır⁴¹. Bu şart, kaçakçılık ve kaçakçılığa iştirak suçlarına ilişkin ve bunlarla sınırlı olan bir şarttır.

1. Mütalaa Müessesesinin Getirilmesinin Gerekeşesi, nemi ve Gerekliliği

Mütalaa şartını öngören maddenin gerekeşesine ve bu kurumun önemi üzerinde durularak vergi düzenlemesi içerisinde ceza muhakemesi hukukunun genel usulünden sapılmasının neden gerek olduğu ve niçin bu kurumun getirildiği konuları aydınlığa kavuşturulmağa ve bu şartın daha iyi anlaşılabilmesi sağlanmağa çalışılacaktır. VUK 367’nci maddesinin gerekeşesinde “*yersiz soruşturma ve kovuşturma süreçlerinin önüne geçerek daha dikkatli yürütülmesi sağlanan muhakeme ile vatandaşın mali emniyetini sağlamak*” şeklinde ifade edilmektedir⁴². Hakeza bu düzenlemenin de temeli olan 5815 sayılı Kanunla değişik 5432 sayılı Kanunun Ek 4’nc maddesinin “*Hileli vergi suçları kamu davasına tahrik salahiyeti vatandaşın mali emniyeti mülahazası ile bazı kayıtlara bağlanmıştır. Maliye müfettişleri, Hesap Uzmanları ve muavinleri ile Defterdarlar haricinde kalan inceleme yetkisine haiz memurların tetkik neticelerine bağlı buldukları Defterdarın mütalaası ile birlikte savcılığa bildirmeleri ve savcının muttali olacağı belli hileli vergi suçları için, alakalı Defterdarlıktan inceleme istemesi bu sebep ve mülahaza*

⁴⁰ Yıldıırım / Ağar, s.283; Ok / Gündel, s.19.

⁴¹ Ok / Gündel, s.19; şenyüz, “*Vergi Kaçakçılığı Suçunda Dava şartı Olarak Mütalaa/Görüş*”, s.15.

⁴² şenyüz, “*Vergi Kaçakçılığı Suçunda Dava şartı Olarak Mütalaa/Görüş*”, s.19.

ile yerinde görülmüştür. Diğer taraftan adalet cihazının tetkikine ve yetkisine tevdi olunan hileli vergi suçları için mali cezaların tatbiki gerekli olduğu da bir fikra halinde belirtilmiştir.”” şeklinde gerekçesi de bulunmaktadır⁴³.

Ancak kanun koyucunun yukarıdaki gerekçelerde “mali emniyet” fikriyle neyi kastettiği konusunda iki farklı şekilde yorumun ortaya çıktığını ifade edenler⁴⁴ bulunmaktadır. Bunlara göre, birinci yorumun, mükellefe bir teminat sağlamak üzere getirildiği; ikinci yorumun ise bu rapor ve mütalaa ile muhakemede yer alan mercilerin muhakeme sürecini daha hızlı ve emin bir şekilde yürütülmesini sağlamak üzere getirildiğidir⁴⁵. Muhakeme mercilerinin işinin kolaylaşması ve sürecin daha iyi yürütülmesini sağladığı yönündeki ikinci yorumu savunanların⁴⁶ karşısında, bu şartın mükellef için getirildiği yönündeki birinci yorum uygulama ve teori de daha çok kabul görmektedir⁴⁷. Esasen kanun koyucunun iradesinin ve kanunun gai yorumuyla hükmün birinci yorum yönünde anlaşılmasının daha yerinde olacağı görüşünderiz. Bu yönde “Yargılama Yasasının bu maddesi buyurucu nitelikte bulunduğundan aykırı davranışın sonuç üzerinde etkili olup olmadığı aranmaksızın hükmün uygulanma zorunluluğu bulunmaktadır. Aksine düşünce, bu maddenin yasaya konuluşu ile güdülen amaca aykırı düşer, keyfi davranışlara yol açar ve maddenin işlemez hale gelmesine yol açar” şeklinde Yargıtay Ceza Genel kurulunun kararı da bulunmaktadır⁴⁸.

Vergi inceleme raporlarının denetimi niteliğindeki Rapor Değerlendirme Komisyonu tarafından hazırlanan mütalaanın yargılamanın devamı için öngörülmüş olması bir diğer noktadan mükellef haklarının önemli bir güvencesini de oluşturmuş olacaktır⁴⁹. Başka bir ifadeyle mütalaa şartının vergi incelemesi esnasında incelemeyi yapan yetkili kişi ile mükellef ilişkisinden ortaya çıkabilecek olumsuz subjektif değerlendirmelere karşı da bir güvence oluşturduğu ifade edilmektedir⁵⁰. Mütalaa hazırlayacak olan Rapor Değerlendirme Komisyonu hakkında Vergi Usul Kanununun 140’nci maddesine dayanarak hazırlanmış olan özel bir yönetmelik bulunmaktadır⁵¹. Bu

⁴³ Donay, s.67.

⁴⁴ Sağlam, Erkan / Özkan, Özgür, <https://www.bilgiledenetim.com/ceza-yargilamasinda-vergi-sucu-raporuyla-ilgili-olarak-dikkat-edilmesi-gereken-hususlar-2.html>, s.e.t.18.03.2020.

⁴⁵ Sağlam / Özgür, s.3.

⁴⁶ Sağlam/Özgür, s.3; Uğur, s.36.

⁴⁷ Centel /Hamide, s.96; Yıldırım / Ağar, s. 286; Şenyüz , “Vergi Kaçakçılığı Suçunda Dava Şartı Olarak Mütalaa/Görüş”, s.46 vd.

⁴⁸ Yargıtay CGK., E:1998/4, K:1998/77, T:10.03.1998(Lexpera İçtihat).

⁴⁹ Şenyüz , “Vergi Kaçakçılığı Suçunda Dava Şartı Olarak Mütalaa/Görüş”, s.27.

⁵⁰ Şenyüz , “Vergi Kaçakçılığı Suçunda Dava Şartı Olarak Mütalaa/Görüş”, s.19.

⁵¹ Yönetmelik hakkında detaylı bilgi için bkz. “Rapor Değerlendirme Komisyonlarının Oluşturulması İle Çalışma Usul Ve Esasları Hakkında Yönetmelik” (R.G. Tarih-Sayı : 31.10.2011-28101)

yönetmeliğin 8'nci maddesinde açıkça “*Rapor Değerlendirme Komisyonlarının, Kanunun 359 uncu maddesinde yazılı suçların işlendiğini tespit eden vergi suçu raporlarına ilişkin olarak mütalaa vereceği*” ifade edilmiştir. Sonuç olarak verginin teknik ve özel bilgi gerektirmesi sebebiyle tekrar değerlendirmek ve kontrol etmek amaçlı olarak Rapor Değerlendirme Komisyonunca (uzman kurulca) mütalaa hazırlanması, vergi incelemesi yapan kişinin vergi kaçakçılığı suçuna yönelik tespit ve raporunun idarenin kendi içinde tekrardan bakılarak olası hata veya noksanlıkların kaldırılmasını da sağlayacaktır⁵². Bununla birlikte mütalaa delil, yorum ve teknik yönlerden açıklığa kavuşturulmuş güvenilir iddianame hazırlanmasına ve doğru karar verilmesine de yardımcı olacaktır⁵³.

Mütalaa şartının verginin birtakım teknik bilgileri gerektiren yönü olması dolayısıyla kanun koyucu tarafından getirildiği belirtilmektedir⁵⁴. Hakeza Anayasa mahkemesi vermiş olduğu bir kararında “*Vergi kaçakçılığı suçu gibi ayrı uzmanlık bilgisi gerektiren bir konuda uzman ve yetkili olan kişilerin mütalaa vermesi, bu konuda uzmanlığı bulunmayan soruşturma makamlarının kanuna ve hukuka uygun olarak karar vermelerine yardımcı olacak bir müessesedir. Vergi kaçakçılığı suçu kapsamına giren eylemlerin bulunup bulunmadığına ilişkin özel ve teknik bilginin yer aldığı bu mütalaalar, koşturma aşamasında değerlendirilebilecek takdiri delil niteliğinde olduğundan hakimlere emir ve talimat verme, telkin ve tavsiyede bulunma olarak değerlendirilemez.*” ifadesiyle muhakeme şartı olarak öngörülen mütalaa şartının fonksiyonunu açıklamağa çalışmıştır⁵⁵.

Hülasa mütalaa şartı ile ticari ve ekonomik yaşam ve mükellefler kasıtlı ihbarların veya şikayetlerin oluşturduğu durum ile olur olmaz bir şekilde gereksiz müdahalelerden korunmak istenmiştir. Bu gerekliliğin yanı sıra ayrıca teknik bir konuda vergi incelemesi, raporu ve komisyon mütalaa ile muhakeme mercilerinin doğru, yerinde ve hukuka uygun kararlar verilmesine de yardımcı olunacaktır. Bu şartın anayasaya aykırı olduğu, kaldırılması gerektiği⁵⁶ ve gereksiz bir şart olduğu⁵⁷ gibi ve saire belirtilen fikirlerin hiç birisine de katılmadığımızı ve mükellefin büyük bir teminatı olan mütalaa şartının korunması gerektiğini belirtmek isteriz.

2. Mütalaa Kavramı ve Türleri

Mütalaa kavramının ne olduğuna bakmakta fayda bulunmaktadır. Mütalaa, bazı suçlardan ötürü takip yapılabilmesi için o suçla hak ve menfaati ihlal edilen

⁵² Şenyüz , “*Vergi Kaçakçılığı Suçunda Dava Şartı Olarak Mütalaa/Görüş*”, s.19.

⁵³ Şenyüz , “*Vergi Kaçakçılığı Suçunda Dava Şartı Olarak Mütalaa/Görüş*”, s.20.

⁵⁴ Yıldırım / Ağar, s. 286.

⁵⁵ Anayasa Mahkemesi Kararı E:2009/89, K:2011/40, T:10.02.2011(R.G. Tarih-Sayı : 07.02.2012-28197).

⁵⁶ Şenyüz , “*Vergi Kaçakçılığı Suçunda Dava Şartı Olarak Mütalaa/Görüş*”, s.45.

⁵⁷ Uğur, s.40.

kurumun fikrinin yazılı olarak alınmasıdır. Mütalaa, özellikle vergi mevzuatında söz konusu olan bir kurumdur⁵⁸. Mütalaa(Opinion, Les avis), vergi işlemleri ile ilgili olarak vergi idaresinin talep üzerine ya da doğrudan belirttiği görüşlerdir⁵⁹. Farklı bir tanıma göre ise, vergi hukuku açısından mütalaa, yaptıkları inceleme neticesinde vergi kaçakçılığı ile karşılaşanların suç duyurusunda bulunmak üzere veya herhangi bir şekilde bir suç olabileceğinden haberdar olan savcılığın bu konu hakkında yetkili merciden isteği üzerine yazılı olarak hazırlanan ve verilen fikirdir⁶⁰.

Yukarıda belirtilen VUK 367'nci hükme bakıldığı takdirde kaçakçılık suçunu öncesinde ister birinci ister ikinci fıkra olsun öncelikle bir vergi incelemesi⁶¹ yapılması gerekmektedir. Yetkili kişilerce Vergi Usul Kanununun 140'nci maddesinde belirtilen prosedüre ve usulüne uygun olarak yapılmış bir vergi incelemesi gerekmektedir. Yapılan vergi incelemesinde kaçakçılık yapıldığı yönünde bir şüphe olunması halinde vergi inceleme raporunda bu husus ifade edilir veya bu hazırlanan raporun yanı sıra özel olarak "*kaçakçılık suçu raporu*" da düzenlenebilir⁶². Bu açıdan vergi incelemesinin bir sonucu olarak vergi inceleme raporu⁶³ hazırlanmalıdır. Ancak hazırlanan bu rapor tek başına mükellef için iddia olunan suç hakkında takibatın başlamasına veya yürütülmesine yeterli değildir. Zira kanun gereği rapor için hazırlanmış bir mütalaanın olması gerekmektedir. Vergi inceleme raporları, Rapor Değerlendirme Komisyonu tarafından mevzuat yönünden değerlendirilir(VUK.m.140/6) ve bu değerlendirme çerçevesinde bir mütalaa hazırlanır(VUK.m.140/6, Yön.m.8/2).

Vergi Usul Kanununun 367'nci maddesi gereğince hazırlanması gereken mütalaa iki türdür. Kaçakçılık suçunun işlendiğinin öğrenilmesi iki duruma

⁵⁸ Centel /Hamide, s.96.

⁵⁹ Demirkan, s.167.

⁶⁰ Centel /Hamide, s.96.

⁶¹ Vergi incelemesi, ödenmesi gereken vergilerin doğruluğunu araştırmak, tespit etmek ve sağlamak gayesiyle kanunda belirtilen yetkili kişilerce yapılan inceleme şeklinde ifade edilebilir(VUK.m.134, 135).

⁶² Ancak bazı yazarlar bu halde doğrudan ve ayrıca vergi suçu raporunun düzenlenmesi gerektiğini ifade etmektedirler(Şenyüz , "*Vergi Kaçakçılığı Suçunda Dava Şartı Olarak Mütalaa/Görüş*", s.22; Uğur, S.35.). Vergi incelemesine ilişkin olarak "*Vergi İncelemesinde Uyulacak Usul Ve Esaslar Hakkında Yönetmelik*(R.G. TARİH-SAYI : 31.10.2011-28101)" bulunmaktadır. Bu yönetmelikte vergi incelemesi neticesinde düzenlenen rapor, vergi inceleme raporu olarak ifade edilmektedir(Yön.m.3/1-ı). Ayrıca bir suç ile karşılaşılabilir bile vergi incelemesi sonrasında düzenlenecek olan vergi inceleme raporunun tek başına yeterli olabileceği Yönetmeliğin 19'ncü maddesinin hükmünden de çıkarılabilir. Vergi incelemesi hakkında daha detaylı bilgi için yönetmeliğe bakınız.

⁶³ Kaçakçılık suçu raporu, vergi suçunun tespitine yönelik incelemeye yetkili memurun esasen yorumunu içeren bir belge niteliğindedir. Suç ihbarı vasfı taşıyan bu raporun savcılığa iletilmesi esnasında mütalaya bağlanması zorunlu tutulmuştur(Şenyüz , "*Vergi Kaçakçılığı Suçunda Dava Şartı Olarak Mütalaa/Görüş*", s.22.).

mümkündür: Birinci durum (I) vergi idaresince suçun işlendiğinin öğrenilmesi (a-Vergi Müfettişlerince öğrenilmesi, b-Vergi Müfettişi dışındaki vergi incelemeye yetkili kişilerce öğrenilmesi) ve gerekli prosedürün işletilmesi; ikinci durum (II) Savcılıkça suçun işlendiğinin öğrenilmesidir⁶⁴. Birinci durum, bir vergi incelemesi neticesinde kaçaklık fiili işlendiği şüphesi oluşursa VUK.m.367/1'de belirtilen yetkili kişi ve kurumlar tarafından hazırlanan mütalaa ile savcılığa bildirimde bulunulmasıdır. Bu mütalaa doğrudan mütalaa şeklinde ifade edilmektedir⁶⁵(VUK.m.367/1). Bu mütalaa çeşidi de kendi içerisinde ikiye ayrılmaktadır. Bir kısım memurlar doğrudan doğruya aldıkları mütalaa ile aracısız Cumhuriyet savcılığına müracaat edebilecek iken, diğer bir kısım yetkili memurlar ise verilen mütalaa ile Vergi Dairesi Başkanlığı veya Defterdarlık aracılığıyla Cumhuriyet savcılığına müracaat edebilecektir. Bu kişiler, yetkili kişiler başlığı altında kapsamlı şekilde ele alınacaktır. İkinci durum, 359'da belirtilen suçların işlendiğinden doğrudan gönderilen mütalaa ile değil de çeşitli vasıtalarla⁶⁶savcılığın haberdar olunması (sair suretlerle ittila) neticesinde bu suç hakkında ilgili vergi dairesini göreve çağırarak inceleme yapılmasını istemesi ve bu talep üzerine de vergi dairesi tarafından oluşturulan yazının gönderilmesidir(VUK.m.367/2). Bu mütalaa da dolaylı mütalaa olarak ifade edilmektedir⁶⁷.

Şenyüz mütalaa türleri bakımından mütalaa ve görüş şeklinde ikili ayrıma gitmektedir. Dolaylı mütalaanın bir görüş olduğunu ifade etmektedir⁶⁸. Böylece görüş olarak ifade ettiği VUK 367/2 hükmüne dayanarak mütalaa şartı olmadan ve vergi incelemesi yapılmadan geçerli güvenceyi sağlayan usuli kurallara uyulmasının aranmasına gerek olmadığını ve Cumhuriyet savcılığının gerekli işlemleri yapabileceğini ifade etmektedir⁶⁹. VUK 367/2'de doğrudan vergi incelemesi yapılması ve bunun mütalaaaya bağlanması yönünde açık hüküm olmadığı sadece genel olarak incelemeden bahsedildiği ifade edilerek bu görüşlerini temellendirmeğe çalışmışlardır⁷⁰.

Ancak yukarıda ifade ettiğimiz üzere mütalaanın her iki türü de birer görüştür. Kanun koyucu terminolojik terim olarak "mütalaa" teriminin kullanılmasını yerinde ve uygun olarak kabul etmiştir. Bu şekilde bir ayrıma

⁶⁴ Şenyüz , "Vergi Kaçakçılığı Suçunda Dava Şartı Olarak Mütalaa/Görüş", s.24.

⁶⁵ Yıldırım / Ağar, s.284.

⁶⁶ Re'sen, ihbar yoluyla, şikayet yoluyla, tutanakla, taleple, yabancı devletin şikayetiyle, mütalaa ve diğer benzeri yollarla çeşitli şekillerde soruşturma makamları suçtan haberdar olabilirler (Bu konu hakkında detaylı bilgi için bkz. Centel / Hamide, s.86 vd.); Savcılık herhangi bir suçun, ihbar, şikayet, basın veya diğer yollarla kaçakçılık suçunu doğrudan öğrenmesidir(Şenyüz , "Vergi Kaçakçılığı Suçunda Dava Şartı Olarak Mütalaa/Görüş", s.28.).

⁶⁷ Yıldırım / Ağar, s.284.

⁶⁸ Şenyüz , "Vergi Kaçakçılığı Suçunda Dava Şartı Olarak Mütalaa/Görüş", s.29-30.

⁶⁹ Şenyüz , "Vergi Kaçakçılığı Suçunda Dava Şartı Olarak Mütalaa/Görüş", s.30-31.

⁷⁰ Şenyüz , "Vergi Kaçakçılığı Suçunda Dava Şartı Olarak Mütalaa/Görüş", s.32-33.

gidilmesi gerekseydi kanun koyucu bu kadar ayrıntı ile ele aldığı hususu da açıkça belirtirdi. Bu yüzden birinci ve ikinci fıkranın deyişleri herhangi bir farklılığa veya hukuki sonuç ayırımına yol açmamalıdır. Kaldı ki durumun bu şekilde olması yukarıda ifade ettiğimiz mali emniyet, mükelleflerin güvenliği ve bu şartın önemi dolayısıyla gereklidir. Hakeza bu yönde “213 sayılı Vergi Usul Kanunu’nun 01.01.1999 tarihinde yürürlüğe giren 4369 sayılı Yasa ile değişik 359/b-1 maddesine göre, vergi kanunları uyarınca düzenlenmesi gereken belgelerin sahte olarak düzenlenmesi suçun oluşumu için yeterli olup, bu belgelerin kullanılması ve vergi ziyaı doğması suçun unsuru olmaktan çıkarıldığı cihetle katılanın muhasebecisi olan sanığın giyim yardımından yararlanacak kişilerce kullanılmak üzere sahte faturalar düzenlemekten ibaret eyleminin anılan Yasa’nın 359/b-1 maddesinde öngörülen suç oluşturacağından, 213 sayılı Yasa’nın 367. maddesinin 2. fıkrası uyarınca kaçakçılık suçunun işlendiğinden haberdar olan savcılığın, hemen ilgili Vergi Dairesi’ni haberdar ederek inceleme yapılmasını istemesi ve kamu davasının açılması hususunun, inceleme sonucunun C.Savcılığı’na bildirilmesine talik olunması gerekirken, suç duyurusunda bulunan mükellefin muhasebecisi olan sanığın sahte fatura düzenlediğine ilişkin şikayet dilekçesi üzerine Defterdarlık veya Gelirler Bölge Müdürlüğünden dava şartı olan mütalaa alınmadan, açılan kamu davasına devamla suç vasfında yanılıya düşülerek özel belgede sahtecilik suçundan mahkumiyet hükmü kurulması, yasaya aykırı, sanık müdafii ile katılan vekilinin temyiz itirazları bu itibarla yerinde görülmüş olduğundan, sair yönleri incelenmeyen hükmün bu sebepten dolayı istem gibi CMUK’nın 321. maddesi uyarınca (BOZULMASINA)” şeklinde Yargıtay kararı da bulunmaktadır⁷¹. Yine Yargıtay’ın bir başka kararında “213 sayılı Yasanın 367. maddesinin 2. fıkrası uyarınca kaçakçılık suçunun işlendiğinden haberdar olan C. Savcılığının hemen ilgili vergi dairesini haberdar ederek inceleme yapılmasını istemesi ve kamu davasının açılması hususunun, inceleme sonucunun C. Savcılığına bildirilmesine talik olunması gerekirken mali polisin suç duyurusu üzerine Defterdarlık veya Gelirler Bölge Müdürlüğünden dava şartı olan mütalaa alınmadan açılan kamu davasına devamla mahkumiyet hükmü kurulması, kanuna aykırı, sanık vekilinin temyiz itirazları bu itibarla yerinde görülmüş olduğundan sair yönleri incelenmeksizin hükmün bu sebepten dolayı istem gibi CMUK.nun 321. maddesi uyarınca (bozulmasına)” şeklinde ifade edilmiştir⁷². Belirtilen bu kararlarda da görüleceği üzere mütalaa şartı sağlanmadığı için sadece ihbar mahiyetindeki görüş, şikayet ile suç iddiası olunan hareketin VUK 359 kapsamı içerisinde yer almadığı bunun TCK.m.207 Özel Belgede Sahtecilik suçu olduğu ifade edilmeğe çalışılmasını ya da farklı bir şekilde ceza verilmesini Yargıtay yerinde görmemiş ve bozma kararı vermiştir.

⁷¹ Yargıtay 11.CD, E:2006/6740, K:2007/7940, T:14.11.2007(Lexpera İçtihat).

⁷² Yargıtay 11.CD, E:2001/6898, K:2001/7380, T:27.06.2001(Lexpera İçtihat).

Yukarıda Şenyüz'ün ifade ettiği görüş benimsenmiş olduğu takdirde mali emniyetsizliğin, mükellef güvensizliğinin hakim olduğu Ceza ve Vergi hukukunun en temel ilkelerine de aykırı düşüldüğü bir durumla karşı karşıya kalınacaktır.

Ayrıca tartışmağa çalıştığımız husus büyük önem arz etmektedir. Zira bu husus doğrudan süreci ve bu sürecin hukuki sonuçlarını etkilemektedir. Şenyüz'ün savunduğu fikirle iki farklı süreç ve iki farklı hukuki sonuçla karşılaşmaktadır. Çalışmada savunulan fikir, mütalaa şartının her iki fıkra açısından da gözetime gereken bir şart olduğu ve kanun koyucunun iradesine ve kanunun gayesine bakıldığı takdirde böyle bir ayrıma gidilmemesinin daha doğru olacağıdır. Bu takdirde de aşağıda tek bir süreci ve bu sürecin hukuki sonuçlarını anlamağa çalışacağız.

3. Mütalaa ile Savcılığa Bildirimde Bulunabilme Yetkisine Sahip Olanlar

VUK.m.367 vergi hukukunda en çok değiştirilen maddelerden birisi olmuştur. Ancak bu durum daha çok birinci fıkrada belirtilen yetkili mercilerde yapılan değişikliklerden dolayıdır⁷³. Netice itibarıyla de mütalaa ile savcılığa bildirimde bulunabilme yetkine sahip olanlar, yapılan kanuni değişiklikler ile her dönem farklılaşmıştır. Aşağıda bu süreci ele alarak en son halinde savcılığa bildirimde bulunabilme yetkisine sahip olanlar açıklığa kavuşturulmağa çalışılacaktır.

Vergi Usul Kanununun 367'nci hükmüne ilişkin ilk düzenlemesinde *“tesbit eden maliye müfettişleri, hesap uzmanları ile muavinleri(yardımcıları) tarafından doğrudan doğruya ve vergi incelenmesine yetkili olan diğer memurlar tarafından ilgili vergi dairesinin bağlı bulunduğu defterdarlığın mütalâasıyla, keyfiyetin yetkili Cumhuriyet Savcılığına bildirilmesi mecburidir(VUK.m.367).”* şeklinde ifade yer almaktaydı. Daha sonra 1980 tarihli ve 2365 sayılı Kanunla⁷⁴ doğrudan doğruya müracaat edecekler arasına *“Gelirler Kontrolörleri”* de eklenmiş ve dolaylı bildirimde de herhangi bir değişiklik yapılmamıştır.

Maliye müfettişleri, hesap uzmanları ile bunların yardımcıları ve gelirler kontrolörleri doğrudan yani defterdarlık mütalaa almaksızın savcılığa suç duyurusunda bulunabilmekteydiler. Bununla birlikte ise vergi denetmenlerinin, vergi dairesi müdürlerinin ve mal müdürlerinin incelemeleri ancak defterdarlık mütalaa olmak kaydıyla savcılığa suç duyurusunda bulunabilmekteydi⁷⁵. Örneğin, defterdarlık mütalaa almaksızın Vergiler Gelir Müdürlüğü başlıklı kağıda Vali yardımcısının imzasıyla yapılan suç duyurusu takip şartını sağlayamadığından reddedilmekteydi⁷⁶.

⁷³ Uğur, s.37.

⁷⁴ R.G. TARİH-SAYI : 31.12.1980-17207.

⁷⁵ Güçlü, s.24.

⁷⁶ Güçlü, s.24.

1995 tarihli ve 4108 sayılı Kanunla⁷⁷ doğrudan bildirim yapacaklar arasına “*stajyer gelirler kontrolleri*” de eklenmiştir. 1998 tarihli ve 4369 sayılı Kanunun⁷⁸ 81.maddesiyle dolaylı bildirimlerde “*defterdarlığın*” yanına “*gelirler bölge müdürlüğü*” de eklenmiştir. Böylece dolaylı bildirimlerde yetkiye sahip iki ayrı yer olmuştur⁷⁹.

2007 tarihli ve 5615 sayılı Kanunun⁸⁰ 20’nci maddesiyle 213 sayılı Kanunun 367’nci maddesinin birinci fıkrasında yer alan «*defterdarlığın veya gelirler bölge müdürlüğünün*» ibaresi “*vergi dairesi başkanlığının*⁸¹ veya *defterdarlığın*” şeklinde değiştirilmiştir⁸².

2008 tarihli ve 5728 sayılı Kanunun⁸³ 280’nci maddesi değişikliği VUK 367’de bulunan cümle hatalarının düzeltilmesinden ibarettir⁸⁴. Herhangi bir yetkili mercii değişimi söz konusu değildir.

2010 tarihli ve 6009 sayılı Kanunun⁸⁵ 13’ncü maddesiyle 367’nci maddenin hükmünün birinci fıkrasındaki dolaylı bildirim yetkisi olan kurumlardan önce kullanılan “*ilgili vergi dairesinin bağlı bulunduğu*” kavramı kaldırılmıştır. Yine aynı değişiklik kanunun 9’nci maddesi ile VUK 140’nci madde hükmü içerisine Rapor Değerlendirme Komisyonuna, mütalaasına, işlevine ilişkin düzenlemeler getirilmiştir. Bu hükmün 367’ye yansımaları ise her iki bildirim türü içinde “*ilgili rapor değerlendirme komisyonunun mütalaası*” ile bildirimde bulunabilecek olmasının getirilmesi, yani artık vergi dairesi başkanlığının veya defterdarlığın ayrıca bir mütalaa vermesine gerek olmadan sadece durumu savcılığa bildirme yükümlülüğü altında olmasını sağladığı şeklinde ifade edilmektedir⁸⁶.

Bu düzenleme ile her durumda mütalaa alınması ve bu mütalaanın da bir komisyon tarafından verilmesi zorunluluğu getirilmiş bulunmaktadır. Bu çok önemli ve olumlu bir gelişmedir. Zira değişiklik öncesi düzenlemede bazı görevlilerin raporları mütalaa alınmadan savcılığa gönderildiği, yine mütalaa verilse de bunun bir komisyon tarafından değil de bir kişi tarafından verildiği gibi olumsuzlukların ve eksikliklerin bulunduğu ifade edilmektedir⁸⁷.

⁷⁷ R.G. TARİH-SAYI : 02.06.1995-22301.

⁷⁸ R.G. TARİH-SAYI : 08.02.2008-26781.

⁷⁹ Ok / Gündel, s.17-18.

⁸⁰ R.G. TARİH-SAYI : 04.04.2007-26483.

⁸¹ Aslında bu değişiklik, 2005 tarihli ve 5345 sayılı Gelir İdaresi Başkanlığının Teşkilat Ve Görevleri Hakkındaki Kanun(R.G. TARİH-SAYI : 16.05.2005-25817) ile oluşturulan idari teşkilat çerçevesinde VUK’ta yer alan teşkilatın revize edilmesi olarak ifade edilebilir.

⁸² Donay, s.69 vd; Uğur, s.37.

⁸³ R.G. TARİH-SAYI : 08.02.2008-26781.

⁸⁴ Uğur, s.37.

⁸⁵ R.G. TARİH-SAYI : 01.08.2010-27659.

⁸⁶ Uğur, s.38.

⁸⁷ Uğur, s.38.

Yetki mevzuunda yapılan ve metnin bugünkü halini almasını sağlayan son ve önemli değişiklik ise 2011 tarihli ve 646 sayılı KHK⁸⁸ ile yapılan değişikliktir. Bu KHK'nın 4'üncü maddesiyle 367'nci maddesinin birinci fıkrasında yer alan "maliye müfettişleri, hesap uzmanları ile bunların yardımcıları ve gelirler kontrolörleri ile stajyer gelirler kontrolörleri" ibaresi "Vergi Müfettişleri ve Vergi Müfettiş Yardımcıları" şeklinde değiştirilmiştir⁸⁹. Yani doğrudan doğruya savcılığa bildirimde bulunabilme yetkisi olan hesap uzman ve yardımcıları ile gelirler kontrolörleri ve yardımcılarının yetkileri kaldırılarak yalnızca vergi müfettişi ve yardımcılarının doğrudan doğruya savcılığa bildirimde bulunma yetkisi tanınmıştır⁹⁰.

Son haliyle VUK.m.367'de "...suçların işlendiğini tespit eden Vergi Müfettişleri ve Vergi Müfettiş Yardımcıları tarafından ilgili rapor değerlendirme komisyonunun mütalaasıyla doğrudan doğruya⁹¹ (1) ve⁹² vergi incelemesine yetkili olan diğer memurlar tarafından ilgili rapor değerlendirme komisyonunun mütalaasıyla vergi dairesi başkanlığı veya defterdarlık(2) tarafından bildirilmesi." ifadesi yer almaktadır.

Buna göre savcılığa birinci olarak vergi müfettişleri veya yardımcılarının doğrudan doğruya; ikinci olarak vergi inceleme yetkisine sahip⁹³ olanların defterdarlık veya vergi dairesi başkanlığı vasıtasıyla bildirimde bulunma yetkisi söz konusudur. Yani savcılığa mütalaa ile birlikte bildirimde bulunabilmesi yetkisine bu belirtilenler sahiptir. Yukarıda ifade edilenler tarafından mütalaanın verilmesi gerekir. Bu belirtilen kişi ve makamlar haricindekiler, mütalaa vermeye yetkili kişiler değildir⁹⁴. Defterdarlık veya Vergi İdaresi Başkanlığı'nın mütalaalarının da, yine bu kurumun yetkililerince verilmesi gerekmektedir. Örneğin defterdar, başkan veya yetkili kılınan yardımcıları

⁸⁸ R.G. TARİH-SAYI : 10.07.2011-27990.

⁸⁹ Centel / Hamide, s.96; Bu değişikliğin yapılmasının sebebi olarak Türkiye'de vergi denetim sistemi yeniden organize edilmesi şeklinde belirtilmektedir(Yumuşak, İbrahim, "Kırk Küp Kırkının da Kulpu Kırık Küp:646 sayılı KHK" Vergi Dünyası Dergisi, Y:31, S:360, 2011, ss.18-27(s.18)).

⁹⁰ Uğur, s.38.

⁹¹ Vergi müfettiş veya yardımcısının raporu+değerlendirme komisyon mütalası ile= müfettişin doğrudan doğruya müracaatı; Vergi inceleme yetkisi olan memurların raporu + değerlendirme komisyonunun mütalası= defterdarlık veya Vergi İdaresi Başkanlığınca Dolaylı Müracaat.

⁹² Bağlaç hatası olduğu fikri bulunmaktadır: Acaba "ve" bağlacı yerine "veya" bağlacının kullanılması daha yerinde olabilir miydi?

⁹³ Vergi incelemesine yetkili olanlar, Vergi Müfettişleri, Vergi Müfettiş Yardımcıları, ilin en büyük mal memuru(defterdar) veya vergi dairesi müdürleri ile Gelir İdaresi Başkanlığının merkez ve taşra teşkilatında müdür kadrolarında görev yapanlar şeklinde ifade edilmiştir(VUK.m.135 – (Değişik: 7/7/2011-KHK-646/4 md.)).

⁹⁴ Ok / Gündel, s.21-22.

yetkili iken; Mal müdürünün mütalaa verme yetkisi bulunmamaktadır⁹⁵. Hakeza Vali Yardımcısının, Emniyet Müdürünün, Gelir Müdürünün, Mali Polisin, İş Müfettişleri, Hazine Avukatları, Muhakemat Müdürlüğünün ve Yemin Mali Müşavirlerin suç duyuruları bir mütalaa değildir⁹⁶.

Ancak yetkili kişi veya makamlarda, böyle bir durumla karşılaştıklarında inceleme yapmak ve mütalaa hazırlamakla ödevlidirler⁹⁷. Kanun koyucunun getirdiği “...*mecburidir*(VUK.m.367/1)” şeklindeki açık hüküm gereği bu yetkili kişi veya makamlar tarafından işlem tesis edilmesi, mütalaa verilmesi bir yükümlülüktür, zorunluluktur. Aksi bir durum bunların TCK.m.257(Görevi Kötüye Kullanma), 279(Kamu Görevlisinin Suçu Bildirmemesi) ve CMK.m.161/4 kapsamında sorumluluklarına yol açabilecektir⁹⁸.

Sonuç olarak VUK.m.367’de kaçakçılık suçlarını savcılığa bildirme de iki grubun yetkisi bulunmaktadır: Birinci grupta yer alan vergi müfettişi ve vergi müfettiş yardımcılarının tespit ettikleri kaçakçılık suçlarını aracısız Cumhuriyet savcılarına bildirme yetkileri kabul edilmiştir. İkinci grupta yer alan vergi inceleme yetkine sahip olanların ise tespit ettikleri kaçakçılık suçlarını Defterdarlığın veya Vergi İdaresi Başkanlığının aracılığıyla Cumhuriyet savcılığına bildirme yetkileri bulunmaktadır⁹⁹. Yargıtay mütalaanın yukarıda ifade edilen usul ile yetkili kişiler tarafından verilip verilmediğini dikkatle denetlemektedir¹⁰⁰.

⁹⁵ Ok / Gündel, s.22.

⁹⁶ Şenyüz, “*Vergi Kaçakçılığı Suçunda Dava Şartı Olarak Mütalaa/Görüş*”, s.37.

⁹⁷ Aslan, Memduh, Türk Vergi Sisteminde Cezai Yaptırımlarda Etkinliği, Maliye ve Hukuk Yayınları, Ankara, 2008, s.45.

⁹⁸ Şenyüz, “*Vergi Kaçakçılığı Suçunda Dava Şartı Olarak Mütalaa/Görüş*”, s.35.

⁹⁹ Ok / Gündel, s.20-21.

¹⁰⁰ “(Ankara 9.Ağır Ceza Mahkemesi, direnme kararında imzanın kime ait olduğu yetkili olup olmadığını araştırılması Vergi Usul Kanununda ve Türk Ceza Kanununda istenilen bir hüküm olmadığını belirtmiştir. Asıl olan resmi belgenin yeterli şartları taşıyıp taşımadığıdır. Bu tür belgeler aksi ispat edilinceye kadar geçerli olan belgelerdir. Bu belgenin sahteliği iddia edilmediği veya böyle bir talep bulunmadığı sürece bu resmi belge yeterli ve geçerli bir resmi belgedir. Bu nedenle mahkememizin Defterdar Yardımcısının yetkili olup olmadığını imzanın kendisine ait olup olmadığını araştırma gibi bir mükellefiyeti de yoktur. Yılda on binlerce Vergi Usul Kanununa Muhalefetten davanın açıldığı ve bu mütalaaların hiçbirinde yetkili imzasının araştırılması gibi bir usulün de ittihaz edilmediği böyle bir araştırmanın davanın esasına da etkili olmayacağı” görüşüyle ilk hükümde direnmiştir. İncelenen dosyada; Somut olayda; vergi incelemesi, vergi denetmeni tarafından yapılarak, inceleme ve kaçakçılık suçu raporu düzenlenmiştir. VUY.nın 367. maddesinde vergi denetmenleri inceleme sırasında saptadıkları kaçakçılık ve iştirak suçlarını doğrudan doğruya C.Savcılığına bildirecek kişiler arasında sayılmamış olup, vergi denetmeni tarafından düzenlenen rapor ancak vergi dairesinin bağlı bulunduğu defterdarlığın veya gelirler bölge müdürlüğünün mütalaaıyla C.Başsavcılığına bildirilebilir, diğer yönden defterdar yardımcısı da maddede mütalaa vermekle veya doğrudan bildirimle yetkili sayılan kişiler arasında sayılmamıştır. Bu nedenle öncelikle dava koşulunun gerçekleşip gerçekleşmediğinin saptanması için, mütalaa

Birinci ve ikinci grup arasında bu şekilde bir düzenleme farkının bulunmasında “birinci grubun vergi incelemelerini sürekli bir şekilde yapmalarının vermiş olduğu bilgi birikimlerin, deneyim ve tecrübelerinin olması” gösterilmektedir¹⁰¹. Ancak kanunda öngörülen bu kişi ve makam ayrımı Anayasaya aykırılık iddiaları ile hem uygulama¹⁰² da hem de teoride¹⁰³ eleştirilmektedir. Yapılan ayırımın düşünülen ve hedeflenen gayeye hizmet ettiği ölçüde bulunması yararlı olabileceği gibi, saptığı ve yanlış ve siyasi araçlar yönünde kullanıldığı takdirde ise zararlı bir ayırım olacaktır.

1981 tarihli ve 2464 sayılı Belediye Gelirleri Kanununun¹⁰⁴ 102’nci maddesinin “213 sayılı Vergi Usul Kanununda belirtilen vergi inceleme yetkisi¹⁰⁵ hariç olmak üzere; 1. Belediye Gelir Şube Müdürü, Gelir Şube Müdürü olmayan yerlerde Belediye Hesap İşleri Müdürü, Hesap İşleri Müdürü olmayan yerlerde Muhasebeci, Vergi Dairesi Müdürü sıfat ve yetkisini haizdir. 2. Vergi Usul Kanununda mahallin en büyük mal memuruna verilmiş görev ve yetkiler, Belediye Gelirleri Kanunu uygulaması yönünden Belediye Başkanı tarafından kullanılır.” şeklindeki açık hükmü gereği de vergi incelemesi ve mütalaa konusunda belediye başkanının ya da diğer belediye görevlilerinin yetkilerinin bulunmadığı belirtilmektedir¹⁰⁶.

4. Mütalaanın Özellikleri ve İçeriği

Mütalaanın en başlıca ve birinci özelliği yetkili makam ve kimselerce verilmesidir. Kanunda belirtilen kişi ve makamlar dışındaki bütün açıklama, bildirimler mütalaa özelliği taşımayacaktır. Mütalaanın ikinci özelliği yazılı ve ilgili olay hakkında, olayı aydınlatıcı, detaylı nitelikte olmalıdır. Mütalaanın yazılı olarak değil de, yetili kimsenin duruşmaya çağrılarak sözlü bir şekilde oluşturulması mümkün değildir. Yargıtay’ın bu yönde “Vergi Usul Kanununun 367. maddesinde öngörülen (Defterdarlık mütalaası), Defterdar’ın şahsi işi

defterdar adına, imzalayan defterdar yardımcısı vekili R. F.’ın, mütalaaı imzalamaya yetkisi olup olmadığı, varsa buna ait yetki ve görev belgesi getirtilerek dosya içine konulması ve bundan sonra yargılamaya devam edilmesi gerekirken, yasal olmayan gerekçelerle direnilmesi isabetsizdir. Bu nedenle, Yerel Mahkeme direnme hükmü isabetsiz olup bozulmasına karar verilmelidir. Açıklanan nedenlerle, sair yönleri incelenmeyen direnme hükmünün bozulmasına” şeklinde Yargıtay CGK. Kararı bkz., E:2002/248; K:2002/351, T:08.10.2002 (Lexpera İçtihat).

¹⁰¹ Şenyüz, “Vergi Kaçakçılığı Suçunda Dava Şartı Olarak Mütalaa/Görüş”, s.25.

¹⁰² Anayasa Mahkemesi Kararı E:2009/89, K:2011/40, T:10.02.2011(R.G. Tarih-Sayı : 07.02.2012-28197); Anayasa Mahkemesi Kararı E:1992/21, K:1992/19, T:17.03.1992(R.G. Tarih-Sayı :27.05.1992-21240).

¹⁰³ Donay, s.68-69.

¹⁰⁴ R.G. Tarih-Sayı :29.05.1981-17354.

¹⁰⁵ Mütalaa vergi incelemesi ile bağlantılı olduğu içinde mütalaanın da belediye başkanı veya belediye görevlilerince verilemeyeceğinin çıkarılabileceği hakkında bkz. Uğur, s.39.

¹⁰⁶ Karakoç,1996, s.170.

olmayıp, dairesince vaki inceleme sonucu halledilecek bir iştir. Bu itibarla, mütalaanın ilgili dairece evrak üzerinde inceleme yapılarak, yazılı olarak verilmesi gerekir. Bu husus nazara alınmadan, Defterdar'ın mahkemece dinlenmesi cihetine gidilerek (Davanın açılmasına rıza gösteriyorum. Sanığın cezalandırılmasını talep ediyorum) şeklindeki beyanına istinaden duruşmaya devamlı hüküm kurulması, Kanuna aykırı ve sanığın temyiz itirazları öncelikle bu itibarla yerinde görülüş olduğundan, sair yönleri incelenmeksizin hükmün bu sebepten dolayı (BOZULMASINA)” şeklinde kararı da bulunmaktadır¹⁰⁷.

Üçüncü özelliği ise vergi inceleme raporunda suç iddia olunan kişi ve fiil arasındaki nedensellik kurulmalı ve somut değerlendirmeyi içerisinde bulundurmasıdır. VUK.m.359'daki hangi fiil dolayısıyla hangi yıllar ve kim için hazırlandığını mütalaa içermelidir. Bu özelliği bulundurmeyen yazılı görüşte mütalaa niteliği taşımayacaktır. Bu özelliklere sahip olan görüş mütalaaı oluşturacaktır¹⁰⁸. Aynı zamanda aşağıda ifade edeceğimiz hukuki niteliği de sahip olmuş olacaktır. Bu özelliklerden herhangi birisini taşımayan bildirim veya görüş mütalaa olmayacaktır. Vergi incelemesi raporunun bir manada doğruluğuna kefaleti oluşturan ve bu rapordan sonra hazırlanmış bulunan mütalaa teknik bir bilgi olarak delillerin değerlendirilmesine ışık tutacak nitelikte ve kendisinden beklenen içerik ve netlikte olmalıdır¹⁰⁹. Zaten ifade edilen bu husus “Verilecek mütalaalarda suçun unsurlarıyla, fiil ile fail arasındaki ilişki değerlendirilir.(Yön.m.13/2)” şeklinde yönetmelikte de açıkça düzenlenmiştir.

Yukarıda ifade ettiğimiz üzere fiilin ne olduğu net bir şekilde ifade edilmelidir: “Sahte Fatura Düzenlemek”, “Sahte Fatura Kullanmak”, “Defter Ve Sahifelerini Yok Etmek”¹¹⁰ fiillerinden hangisi ise açıkça unsurları, delilleri,

¹⁰⁷ Yargıtay 9.CD., E:1989/3649, K:1990/260, T:18.01.1990 (Lexpera İçtihat)

¹⁰⁸ Ok / Gündel, s.20-21.

¹⁰⁹ Şenyüz , “Vergi Kaçakçılığı Suçunda Dava Şartı Olarak Mütalaa/Görüş”, s.27.

¹¹⁰ “Yangın nedeniyle defter ve belgelerin yok edilmesi suçundan sanık Birol'un yapılan yargılaması sonunda: Beraatine dair (Nazilli Ağır Ceza Mahkemesi)nden verilen 13.9.2000 gün ve 2000/10 Esas, 2000/199 Karar sayılı hükmün süresi içinde Yargıtayca incelenmesi müdahil vekili tarafından istenilmiş olduğundan dava evrakı C. Başsavcılığının onama isteyen 20.11.2001 tarihli tebliğnamesi ile daireye gönderilmekle incelenerek gereği görüldü. Sanığın yönetim kurul başkanı olduğu O... A.Ş. hakkında yapılan bir ihbar üzerine vergi denetmeni tarafından 27.1.1997 tarihinde adı geçen şirketin işyerine gidilerek fiili envanter yapılmak suretiyle vergi incelemesine başlandığı, şirketin mal aldığı yerlerden ve banka şubelerinden ihbar doğrultusunda bilgi toplanması aşamasında 28.2.1997 tarihinde işyerinde, müşteri yada çalışanların bulunmadığı gece saat 02.30 sıralarında yangın çıktığı, bu sırada binanın elektriklerinin kesik ve kapılarının kilitli olduğu, yalnızca incelenecek olan defter ve belgelerin bulunduğu bölümün yandığı, yangının işyerinde diğer bölümlerine hatta yanan yerdeki ahşap kaplamaya dahi sirayet etmediği; bu tabloya göre, başlayan vergi incelemesini sonuçsuz bırakmak için defter ve belgelerin yakılması suretiyle yok edildiğinin kabulü gerektiği gözetilmeden mahkumiyeti yerine delil yetersizliğinden bahisle beraatine

belgeleri ve raporları ile birlikte mtala hazırlanmalıdır. Mütalaanın hem fiil hem de fail hakkında bilgiyi içerecek Şekilde hazırlanması gerektiği fikri uygulamada da gzetilmektedir¹¹¹.

Bu bilgilerle birlikte mtala veya mütalaanın dayandığı rapor her ne kadar net ve açıkta olsa da tamamen ve doğrudan mahkemenin kararı sayılamaz. Bu konuda *“maddi gerçeği araştırma ilkesi”* kapsamında suça ilişkin değerlendirmede bulunma yetkisi Anayasanın 9’ncu maddesi gereği ceza mahkemesine ait olacaktır¹¹². Başka bir ifadeyle VUK.m.359 kapsamında bir suç fiili ile karŐılaŐıldıđı takdirde, idare delillerin yeterli olmadığı, mevcut delillerin mahkûmiyet kararı verilmesinde yeterli olmayacağı, Őhelinin suç kastının bulunmadığı ve benzeri fikirleriyle mtala vermek veya bildirimde bulunmak noktasında tereddüt yaŐayamayacađı ifade edilmektedir¹¹³. Zira belirtilen sebepleri araŐtıracak, irdeleyecek ve buna ilişkin fikir ortaya koyabilecek makamların adli makamlar olduğu belirtilmektedir¹¹⁴.

Ancak siyasi saik veya keyfiliklerin önüne geçilmesi açısından idare tarafından hazırlanmış olan bu mütalaaya karşı Anayasanın 125’nci maddesi uyarınca idari bir yargı yolu gsterilmıŐ olsaydı hukuk devleti açısından yararlı olacağı ifade edilmiŐtir¹¹⁵.

Ancak uygulamada yukarıda ifade edilen mtala özellik ve içeriğine dikkat edilmediği, yalnızca vergi inceleme raporu ilgi tutularak, toptancı bir anlayıŐla mtala verildiğinin görüldüğü de belirtilmektedir¹¹⁶.

5. Mtala Şartının Hukuki Niteliği

Bir müessesenin hukuki niteliğini tayin ve tespit etmek aynı zamanda o kurumun hukuki sonuçlarının da ne veya neler olabileceğini tayin ve tespit etmek demektir. Yani mtala kurumunun hukuki niteliğine göre hukuki sonuçlarına ulaŐılmıŐ olacaktır. Bu iki başlık birbiriyle çok yakın bağlantı içerisinde dir. Dolayısıyla bu başlık sonrasında mtala kurumunun hukuki

karar verilmesi. Yasaya aykırı, müdahil vekilinin temyiz itirazları bu itibarla yerinde görülmüş olduğundan hükmün bu sebepden dolayı istem gibi CMUK’nun 321. maddesi uyarınca (BOZULMASINA), 24.12.2001 gününde oybirliğiyle karar verildi” (Yargıtay 11. CD., E:2001/10948, K:2001/11640, T:24.12.2001(Lexpera içtihat)).”

¹¹¹ *“Yargılama Yasasının bu maddesi buyurucu nitelikte bulunduğundan aykırı davranışın sonuç üzerinde etkili olup olmadığı aranmaksızın hükmün uygulanma zorunluluğu bulunmaktadır. Aksine düşünce, bu maddenin yasaya konuluşu ile güdülen amaca aykırı düşer, keyfi davranışlara yol açar ve maddenin işlemez hale gelmesine yol açar”(Yargıtay CGK., E:1998/4, K:1998/77, T:10.03.1998(Lexpera içtihat)).”*

¹¹² Şenyüz , *“Vergi Kaçakçılığı Suçunda Dava Şartı Olarak Mtala/Görüş”*, s.27.

¹¹³ Uğur, s.35.

¹¹⁴ Uğur, s.35.

¹¹⁵ Şenyüz , *“Vergi Kaçakçılığı Suçunda Dava Şartı Olarak Mtala/Görüş”*, s.21.

¹¹⁶ Uğur, s.36.

sonuçları ele alınacaktır. Doktrinde VUK.m.367’de öngörülen mütalaa şartının hukuki niteliğinin ceza muhakemesi kurumu olan takip şartı olduğu yönünde çoğunluk fikri bulunmaktadır¹¹⁷. Ancak mütalaa şartının “*yalnızca kovuşturma şartı*” olduğunu savunan bir kısım fikirler de bulunmaktadır. Savunulan bu fikre göre mütalaa şartı olmadan sadece kovuşturma aşaması yapılamayacak, bunun dışındaki bütün muhakeme süreci yürütülebilecektir¹¹⁸.

Yine Şenyüz’e göre bu müessese, takip(muhakeme) şartı olmayıp yalnızca bir dava şartıdır. Bu durumda mütalaa olmadan da soruşturmanın başlayabileceği ve yürütülebileceği belirtilerek bu şartın sadece kovuşturma yapılmasını engelleyeceği ifade edilmiştir. Ancak çalışmasının on dördüncü sayfasının son cümlesinde “*davanın görülmesi için gerçekleşmesi gereken şart niteliğindeki bu duruma dava(muhakeme, takip, kovuşturma) şartı denmektedir*” şeklinde belirterek kendisiyle ters düşmektedir¹¹⁹.

Ceza Muhakemesi hukuku terminolojisinde muhakeme(takip) şartının soruşturmaaşamasında geçerlive hukukisunuç doğurduğu belirtilmektedir¹²⁰. Bu takdirde mütalaanın soruşturma aşamasında da bakılması gereken bir şart olduğu durumu ortaya çıkacaktır. Yani bu şart sağlanmadan soruşturmanın yapılamayacağı, yapılmış ve dava açılmak isteniyorsa da iddianamenin reddi kararının verilmesi gerektiği sonucu ile karşılaşılmaktadır. Yukarıda ifade ettiğimiz gerekçelerle Şenyüz’ün mütalaa-görüş ayrımı ile mütalaa şartının yalnızca kovuşturma(yargılama) şartı olduğu, bir soruşturma(dava) şartı olmadığı fikirlerini¹²¹ kabul etmemekteyiz. Mütalaanın hangi türü olursa olsun mütalaa şartının bir muhakeme şartı olduğu ve Cumhuriyet savcılarının da bu şart olmadan muhakeme sürecini yürütemeyeceği fikirlerine katılarak çalışmaya devam edilecektir.

¹¹⁷ Güçlü, s.24; Ok / Gündel, s.21; Anayasa Mahkemesi Kararı E:2009/89, K:2011/40, T:10.02.2011(R.G. Tarih-Sayı : 07.02.2012-28197); “*Vergi Usul Yasasının 367 nci maddesinde; yaptıkları inceleme sırasında VUY.nın 359 ve 360. maddelerinde yazılı kaçakçılık veya iştirak suçlarının işlendiğini saptayan, maliye müfettişleri, hesap uzmanları ile bunların muavinleri ve gelirler kontrolörleri ile stajyer gelirler kontrolörler tarafından doğrudan doğruya, vergi incelemesine yetkili diğer memurlar tarafından ise ilgili vergi dairesinin bağlı bulunduğu defterdarlığın veya gelirler bölge müdürlüğünün mütalaa ile durumun yetkili C.Savcılığına bildirilmesi zorunluluğu getirilmiştir. Bu zorunluluk bir dava koşuludur. CYUY.nın 253. maddesinde; kovuşturmanın ve dolayısıyla yargılamanın yapılması şarta bağlı tutulmuş olup da şartın gerçekleşmediği anlaşılırsa, gerçekleşmesini beklemek üzere yargılamanın durmasına, şartın gerçekleşmeyeceğinin anlaşılması halinde davanın düşmesine karar verileceği belirtilmiştir*” (Yargıtay CGK., E:2002/248; K:2002/351, T:08.10.2002 (Lexpera içtihat)).”

¹¹⁸ Şenyüz, “*Vergi Kaçakçılığı Suçunda Dava Şartı Olarak Mütalaa/Görüş*”, s.17; Uğur, s.36.

¹¹⁹ Şenyüz, “*Vergi Kaçakçılığı Suçunda Dava Şartı Olarak Mütalaa/Görüş*”, s.14.

¹²⁰ Ünver, Yener / Hakeri, Hakan, Ceza Muhakemesi Hukuku, 10.Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015, s.2.

¹²¹ Uğur, s.36.

Bu noktada takip şartı konusunda Ceza Muhakemesi Hukuku bilgilerine kısaca değinmek gerekmektedir. Kural, bir suç işlendiği yönünde çeşitli şekillerde haberdar olan takiple vazifeli makamların, soruşturmanın mecburiliği ilkesi gereğince kendiliklerinden harekete geçerek, takibi başlatmasıdır¹²². Ancak, istisnai olarak, bu resen takip kanun koyucu tarafından bir takım şartlara tabi tutulabilir. Takibin tabi tutulduğu bu şartlara doktrinde değışik isimler verilmekle birlikte genel olarak muhakeme(takip) şartı denilmektedir¹²³. Takip şartları, suçun işlenmesinden sonra söz konusu olan ve yalnızca o suç hakkında muhakeme yapılabilmesine olanak tanıyan ceza muhakemesi hukukunun bir kurumudur¹²⁴. Burada söz konusu olan şart, “*olmazsa olmaz(sine qua non)*” manasındaki şarttır¹²⁵. Takip şartları farklı ayrımlarla sınıflandırılabilen, birçok çeşidi ve ortaya çıkarabileceği sonuçları olan kurumdur¹²⁶.

Bu takip şartlarından bir diğeri de Vergi Usul Kanununun 367'nci maddesinde yer alan mtalaat şartıdır. Bu şart vergi kaçakçılığı suçunun muhakemesinde aranan takip şartlarından birisidir. Dolayısıyla bu şartın gerçekleşmemesi durumunda takip şartına öngörülen bütün hukuki sonuçlar aynı şekilde ortaya çıkacaktır. Yani şikayet muhakeme şartı, ceza muhakemesinde muhakeme işlemlerini nasıl etkiliyorsa bu şartta aynı şekilde etkileyecektir¹²⁷. Başka bir deyişle takip şartı çeşitlerinden birisi ile vergi kaçakçılığı suçunun muhakeme sürecinde karşılaşılmaktadır¹²⁸. Ancak mtalaat kurumunun bir şikayet veya katılma olmadığı vergi suçlarına münhasır bir kurum olduğu belirtilerek bu kurumda şikayetin geri alınması, vazgeçilmesi gibi konularının uygulanamayacağı ifade edilmektedir¹²⁹.

6. Mütalaanın Hukuki Sonuçları

Yukarıda ifade edildiği üzere hukuki niteliği takip şartı olan mütalaanın hukuki sonucuna ilişkin CMK.m.223/8'de “*Türk Ceza Kanununda öngörülen düşme sebeplerinin varlığı ya da soruşturma veya kovuşturma şartının gerçekleşmeyeceğinin anlaşılması hallerinde, davanın düşmesine karar verilir. Ancak, soruşturmanın veya kovuşturmanın yapılması şarta bağlı tutulmuş*

¹²² Kunter, Nurullah / Yenisey, Feridun / Nuhoğlu / Ayşe, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 18.Bası, Beta Kitabevi, İstanbul, 2010, s.650-651; Centel, Nur / Zafer, Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, 13.Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2016, s.636 vd.; Toroslu, Nevzat / Feyzioğlu, Metin, Ceza Muhakemesi Hukuku, 14.Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2015, s.45.

¹²³ Kunter / Yenisey / Nuhoğlu, s.651; Centel / Hamide, s.637; Toroslu / Feyzioğlu, s.45.

¹²⁴ Ünver / Hakeri, s.106.

¹²⁵ Kunter / Yenisey / Nuhoğlu, s.650-651.

¹²⁶ Bu konuda detaylı bilgi için bkz. Kunter / Yenisey / Nuhoğlu, s.652 vd.; Centel / Hamide, s.637 vd.; Toroslu / Feyzioğlu, s.45 vd.

¹²⁷ Kunter / Yenisey / Nuhoğlu, s.678; Centel / Hamide, s.96.

¹²⁸ Yıldırım / Ağar, s. 283.

¹²⁹ Uğur, s.37.

olup da şartın henüz gerçekleşmediği anlaşılırsa; gerçekleşmesini beklemek üzere, durma kararı verilir. Bu karara itiraz edilebilir.” şeklinde açık hüküm bulunmaktadır.

Bu takip şartı dolayısıyla kaçakçılık suçlarında Cumhuriyet savcısı ve güvenlik güçlerinin doğrudan soruşturma yapmak yetkileri yoktur¹³⁰. Kaçakçılık suçu işlendiğini çeşitli vasıtalarla haberdar olan Cumhuriyet savcıları varsa elindeki bilgi ve belgeleri de vererek ilgili vergi dairesinin inceleme yapılmasını isteyebilirler¹³¹. Kaçakçılık suçunun işlendiği yönünde diğer vasıtalarla bilgi edinen Cumhuriyet Başsavcılığı gerekli incelemelerin yapılmasını ilgili vergi dairesinden gelmesini bekleyecektir¹³². Bu durumda da kamu davasının açılması, incelemenin neticesinin bildirilmesi sonrasına ertelemek zorunda olduğu belirtilmektedir¹³³. Bununla birlikte uygulamada aksi şekilde inceleme neticesi gelmeden dava açmak bozma sebebi olarak görülmektedir¹³⁴. Zira mütalaa şartı gerçekleşmeden dava açılmışsa söz konusu şarta uyulmaması dolayısıyla ihlal söz konusu olacaktır¹³⁵.

Başka bir ifadeyle savcılık ihbar, şikayet ve benzeri yollarla vergi kaçakçılığını öğrenmiş olsa bile, yetkili vergi dairesine haber vermek ve buna göre hazırlanacak olan mütalaaı beklemek zorundadır¹³⁶. Netice itibarıyla ister birinci türden isterse de ikinci türden olsun, ancak mütalaa aracılığıyla savcılık suçu takip edebilir. Aynı zamanda, vergi dairesinin bu mütalaa bildirişiyle de takip şartı sağlanmış olacaktır¹³⁷.

Ancak yukarıda belirtilenin aksi yönde Cumhuriyet savcısının hiçbir soruşturma işlemi yapmaması olarak anlaşılması gerektiği, savcılığın haber etmeden ve / veya haber ettikten sonrada gerekli delilleri toplayabileceği, koruma tedbirleri kararlarının alınmasını talep edebileceği şeklinde fikir belirtilmekte ve savunulmaktadır¹³⁸. Kanunda doğrudan ifade edilen bir mütalaa şartı olduğu ve bu mütalaa şartının ceza muhakemesi kapsamında yalnızca kovuşturma veya dava şartı olmadığı, bir muhakeme(takip) şartı olduğu ve bunun sonucu olarak da muhakeme makamlarınca dikkate alınarak takibatın yapılması gerektiği görüşüne katılmaktayız¹³⁹. Başka bir ifadeyle

¹³⁰ Ok / Gündel, s.20.

¹³¹ Ok / Gündel, s.20.

¹³² Öncel / Kumrulu / Çağan, s.214; Karakoç, 2016, s.306; Taşkan, s.369.

¹³³ Yıldırım / Açar, s. 284.

¹³⁴ Yıldırım / Açar, s. 284.

¹³⁵ Şenyüz, “*Vergi Kaçakçılığı Suçunda Dava Şartı Olarak Mütalaa/Görüş*”, s.18.

¹³⁶ Centel / Hamide, s.96.

¹³⁷ Centel / Hamide, s.96.

¹³⁸ Uğur, s.20

¹³⁹ Ok / Gündel, s.20.

mütalaa şartı yanında kanunda ayrıca bir görüş müessesinin olduğu¹⁴⁰, hakeza mütalaa şartının sadece dava veya kovuşturma şartı olduğu ve bundan dolayı da soruşturma evresinde her türlü işlemin yapılabileceği fikirlerine¹⁴¹ ise katılmamaktayız. Yukarıda ifade edilen mütalaa kavramı ve türlerinin iyi anlaşılacak ve tespit edilerek net bir şekilde hukuki niteliğinin tayin edilmesi hukuki sonuçlar noktasında oluşan fikir ayrılıklarının giderilerek tartışma noktalarının çözümünü sağlayacağı düşünülmektedir.

Takip şartı gerçekleşmezse kaçakçılık suçunun muhakemesinde kovuşturma evresinde CMK.m.223 gereğince kamu davasının düşürülmesi, soruşturma evresinde ise kovuşturmayaya yer olmadığına(takipsizlik) kararı verilir¹⁴². Vergi dairesi yapacağı inceleme sonucunda dava açılması lüzumu görürse mütalaa yazısı ve inceleme neticesinde ulaşılan delillerle(tutanaklar, vergi inceleme raporları vs...) birlikte savcılığa iletir¹⁴³. Cumhuriyet savcısı yeterli delil mevcutsa kamu davası açar; delillerin yetersiz olması durumunda ise takipsizlik kararı verir. Kararlar ilgililerine iletilir. İdarenin veya mükellefin savcılık tarafından verilen karara CMK.m.173'e göre 15 günlük süre içerisinde itiraz etme hakkı bulunmaktadır¹⁴⁴. Ceza yargılaması neticesinde ceza mahkemesi tarafından CMK.m.229'de belirtilen kararlardan birisine hükmedilir¹⁴⁵.

Kaçakçılık suçu raporlarının mütalaaaya bağlanarak savcılığa gönderilmesi yasal bir zorunluluktur. Mütalaanın verilmemesi veya verilmeyeceğinin anlaşılması durumunda savcılığın durma değil, kovuşturmağa yer olmadığına karar vermesi gerekir. Mütalaa alınmadan her nasılsa mahkemeye kamu davasının açılması için gönderilen iddianamenin iade edilmesi kanuni bir zorunluluktur¹⁴⁶. Yine devam etmemesi gerekirken devam etmiş ve her nasılsa kovuşturmağa başlanılmış bir davada ise mahkeme muhakeme şartı sağlanıncaya kadar CMK.m.223/8'e göre davanın durması kararı vermesi, yine bu süre zarfında mütalaa gelmediği takdirde ise davanın düşmesine karar verilmelidir¹⁴⁷.

Mütalaa alınmamış bir davada durma kararına rağmen mütalaa alınamamışsa mahkeme düşme kararı verecektir. Mahkeme bu durumda beraat kararı veremez, verse de bu geçersiz bir karar olacaktır¹⁴⁸.

¹⁴⁰ Şenyüz, "Vergi Kaçakçılığı Suçunda Dava Şartı Olarak Mütalaa/Görüş", s.26.

¹⁴¹ Uğur, s.35; Şenyüz, "Vergi Kaçakçılığı Suçunda Dava Şartı Olarak Mütalaa/Görüş", s.26..

¹⁴² Ok / Gündel, s.21.

¹⁴³ Ok / Gündel, s.20.

¹⁴⁴ Ok / Gündel, s.20.

¹⁴⁵ Öncel / Kumrulu / Çağan, s.214; Karakoç, 2016, s.306; Centel / Hamide, s.96, 489.

¹⁴⁶ Özcan, Onar, Vergi Suçları, 1.Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, s.533.

¹⁴⁷ Şenyüz, "Vergi Kaçakçılığı Suçunda Dava Şartı Olarak Mütalaa/Görüş", s.26.

¹⁴⁸ Donay, s.74.

B. VERGİ KAÇAKÇILIĞI SUÇUNUN TAKİP USÛLÜ HAKKINDA PROBLEMLER

1. Mütalaa Şartının Anayasaya Aykırı Olup Olmadığı Problemi

Mütalaa şartının Anayasaya aykırılığı iddiası ile ilk başvuru 1992 yılında yapılmıştır. Söz konusu müracaatı Nevşehir Asliye ceza mahkemesi, sanığın akaryakıt almadığı halde almış gibi sahte fatura düzenlemesi üzerine açılan davada yaptığı inceleme sırasında Anayasaya aykırılık iddiasını ciddi bularak hükmün iptalini talep etmiştir. Ancak başvuru en başta esasa girilmeden yetki nedeniyle reddedilmiştir. Ancak mahkemenin itirazının gerekçesinde *“Bir kişi için olur veren defterdarın yasa gereği diğer kişiye olur vermemesi mümkündür. Buna göre kanun önünde eşitlik ilkesi zedelenmektedir. Bu husus siyasal iktidarın etkisine de maruz kalmakta, örneğin seçimlere yakın zamanlarda uygulanan olur vermemek veya geç olur vermek şekline de dönüşmektedir”* şeklinde belirttiği husus önem arz etmektedir¹⁴⁹.

Yine İstanbul 11.Asliye Ceza Mahkemesince 2009 yılında sahte fatura düzenlenmesi olayı hakkında iddia makamının talebini göz önünde bulundurarak Anayasanın 2., 10., 11. ve 138’nci maddelerine aykırılığı iddia edilerek iptal talebinde bulunulmuştur¹⁵⁰. Anayasa mahkemesi başvuruyu esasına girerek belirtmiş olduğu gerekçelerle oybirliği ile reddetmiştir¹⁵¹. Ancak gerekçe olarak kısaca şunlar ifade edilebilir: Kanun koyucunun bu şartı bilerek ve isteyerek ekonominin içerisinde yer alan kişilerin yersiz muhakeme süreci yaşamaması ve böyle bir muhakeme olacaksa da ancak bu konuda yeterli ve yetkin bir bilgiye sahip uzman kişiler tarafından hazırlanan ve bu konuda uzmanlığı bulunmayan muhakeme mercilerinin kanuna ve hukuka uygun olarak karar verebilmesinde yardımcı olmak üzere mütalaa ile olması gerektiği fikri dolayısıyla getirildiği belirtilmiştir¹⁵².

Kaçakçılık suçuna karşı verilen mücadele, söz konusu suçun azaltılmasını sağlamağa çalışmak içindir. Bu yolda elde edilen başarı da ilgili ülkenin idari, sosyal ve ekonomik gücüyle doğrudan bağlantılıdır. Bu kadar büyük öneme sahip olan suç açısından yukarıda mahkemenin ifade etmiş olduğu *“mütalaaanın siyasi etkilere maruz kalabilmesi”* başarısını etkileyebileceği belirtilmektedir¹⁵³.

¹⁴⁹ Anayasa Mahkemesi Kararı E:1992/21, K:1992/19, T:17.03.1992 (R.G. Tarih-Sayı: 27.05.1992-21240).

¹⁵⁰ Anayasa Mahkemesi Kararı E:2009/89, K:2011/40, T:10.02.2011(R.G. Tarih-Sayı: 07.02.2012-28197).

¹⁵¹ Söz konusu gerekçeler ve detaylı bilgi için bkz. Anayasa Mahkemesi Kararı E:2009/89, K:2011/40, T:10.02.2011(R.G. Tarih-Sayı: 07.02.2012-28197).

¹⁵² Anayasa Mahkemesi Kararı E:2009/89, K:2011/40, T:10.02.2011(R.G. Tarih-Sayı: 07.02.2012-28197).

¹⁵³ Yıldırım / Açar, s.286.

2. Savcının Mütalaa İle Bağlı Olup Olmayacağı Problemi

Yukarıda Anayasaya aykırılığın ileriye sürüldüğü diğer bir nokta Anayasanın 138'nci maddesi hükmünce hiçbir organ, makam, merci ve kişinin, yargı yetkisinin kullanılmasında mahkemelere ve hakimlere emir ve talimat veremeyeceği noktasıdır. Bu hükme rağmen davanın açılmasının mütalaa şartına bağlı tutulmasının söz konusu Anayasa hükmünü ihlal edeceği ifade edilmektedir¹⁵⁴. Ancak Anayasa mahkemesi vermiş olduğu kararlar ile bu savunulan görüşü kabul etmemekte, söz konusu hükmün bu şekilde yorumlanarak Anayasanın 138'nci maddesini ihlal etmeyeceği görüşünü benimsediği görülmektedir¹⁵⁵. Ancak Şenyüz "*Kaçakçılık suçunu Vergi Dairesi Başkanlığı veya Defterdarlığın inisiyatifine bırakmak Anayasa'nın 138'inci maddesinde ifadesini bulan yargı bağımsızlığına, yargının hiçbir makamdan emir, talimat, tavsiye almayacağı şeklindeki ilkeye aykırılık oluşturur. Mütalâanın bazı kişiler için verilip bazıları için verilmeyebileceği ve/veya kaçakçılık suçu duyurularının bazı kişiler için yapıp yapılmayacağı şeklindeki keyfiliği, erkler ayrılığı, hukuk devleti, eşitlik ve âdil yargılama ilkeleriyle bağdaştırmak zordur.*" açıklamalarıyla bu durumun aksini savunmaktadır¹⁵⁶.

Vergi usul kanununun 367'nci maddesinde bu durum açık bir şekilde düzenlenmemiştir. Ceza muhakemesi hukukunda kural, savcıların kamu davası açmasında serbest olmasıdır. Yukarıda ifade edilen süreçle oluşan mütalaa ile savcılık bağılı değildir. Savcılığın bu durumda, mütalaa'yı bir suç duyurusu gibi değerlendirmesi gerektiği, delillerle temasa geçmesi, delillerin kamu davası açılması için yeterli olup olmadığını değerlendirmesi gerektiği belirtilmektedir¹⁵⁷. Yeterli delil de bulunmuyorsa fiil hakkında kovuşturmağa yer olmadığı kararı verilmelidir. Eğer fiil hakkında yeterli delil varsa fiil hakkında iddianame düzenlemelidir. Burada dikkat edilmesi gereken husus, savcılık fiille bağılı ise de hukuki niteleme ile bağılı olmaması gerektiğidir¹⁵⁸. Yani Cumhuriyet savcılığı, kamu davası açılması için lüzum olan koşulların hasıl olduğu kanaatine ulaştığı takdirde, kaçakçılık ve / veya kaçakçılığa iştirak için kamu davası açar. Yargılama makamı ve Cumhuriyet savcısı mütalaa ile bağılı olmadığı ve bu şartın yalnızca mercilerin suçun işlenip işlenmediğini tespit etmekte yol gösterici bir nitelik taşıdığı belirtilmektedir¹⁵⁹. Başka bir ifadeyle

¹⁵⁴ Yıldırım / Ağar, s.285.

¹⁵⁵ Anayasa Mahkemesi Kararı E:2009/89, K:2011/40, T:10.02.2011(R.G. Tarih-Sayı:07.02.2012-28197).

¹⁵⁶ Şenyüz, "*Vergi Kaçakçılığı Suçunda Dava Şartı Olarak Mütalaa/Görüş*", s.28.

¹⁵⁷ Uğur, s.35.

¹⁵⁸ Kunter / Yenisey / Nuhoğlu, s.678; Centel / Hamide, s.96; Şenyüz, "*Vergi Kaçakçılığı Suçunda Dava Şartı Olarak Mütalaa/Görüş*", s.17.

¹⁵⁹ Yıldırım / Ağar, s. 286.

idarece hazırlanan mütalaa şüphelinin lehine olsa bile savcı eldeki diğer bilgi ve belgelerle yeterli şüpheye ulaşması durumunda kamu davası açabilir; şüphelinin aleyhine bile olsa savcı yeterli şüpheye ulaşmamışsa kamu davası açmayabilir. Savcılık makamı için belirtilen bu durum yargılama makamı içinde aynı şekilde geçerlidir¹⁶⁰. Netice itibarıyla savcının veya yargılama mercilerinin mütalaadaki vasıflandırma(hukuki nitelendirme) ile bağlı değildir.

Mütalaanın dayanağını oluşturan vergi suçu ve vergi tekniği raporları bir bilirkişi raporu niteliği taşımaktadır¹⁶¹. Teknik tespitler noktasında bu raporlara yani mütalaaya dayanılması olağandır¹⁶². Ancak bu mütalaaların savcılık tarafından iddianamenin unsurları açısından değerlendirilmeden doğrudan iddianameye konu edilmesi ağır şekilde eleştirilmektedir¹⁶³.

3. Diğer Problemler

Bu başlık altında en önemli problemlerden veya tartışmalardan birisi mali cezalarla,cezayargılaması neticesinde verilen cezalarda yetkili mercilerin(birinci durumda vergi dairesinin, ikinci halde ceza mahkemesinin) kararları birbirini etkilemeyeceği ifade edilmektedir¹⁶⁴. Ancak bu ifadenin bir istisna haricinde, kaçakçılık suçlarının çifte karakterinin ortadan kaldırılması nedeniyle önemini yitirdiği belirtilmektedir. Söz konusu istisna 359.maddenin son fıkrası uyarınca 344.maddenin ikinci fıkrasının uygulanmasında ortaya çıkmaktadır. Zira bu hükümde vergi kaçakçılığı suçunun usulü ve cezalandırılmasının mali nitelikli vergi cezalarının(vergi ziyayı cezasını) verilmesini etkilemeyeceği, ceza hukuku bağlamında ceza vermeye yetkili organların vergi kaçakçılığına ilişkin olarak vereceği kararların mali nitelikli ceza vermeğe yetkili olan mercilerin kararlarını etkilemeyeceği, birinin verdiği kararın, diğer merci tarafından esas alınması ve buna göre karar verilmesi zorunluluğunun bulunmadığı ifade edilmiştir¹⁶⁵. Bu mevzuda birçok fikir bulunmakla birlikte asıl olması gereken VUK.m.244/2'nin uygulanabilmesi için, bu fiillerin kaçakçılık suçu olduğu yönünde ceza

¹⁶⁰ Şenyüz, "Vergi Kaçakçılığı Suçunda Dava Şartı Olarak Mütalaa/Görüş", s.17; Uğur, s.35.

¹⁶¹ Vergi kaçakçılığı suçu gibi ayrı uzmanlık bilgisi gerektiren bir konuda uzman ve yetkili olan kişilerin mütalaa vermesi, bu konuda uzmanlığı bulunmayan soruşturma makamlarının kanuna ve hukuka uygun olarak karar vermelerine yardımcı olacak bir müessesedir. Vergi kaçakçılığı suçu kapsamına giren eylemlerin bulunup bulunmadığına ilişkin özel ve teknik bilginin yer aldığı bu mütalaalar, koşturma aşamasında değerlendirilebilecek takdiri delil niteliğinde olduğundan hakimlere emir ve talimat verme, telkin ve tavsiyede bulunma olarak değerlendirilemez(Anayasa Mahkemesi Kararı E:2009/89, K:2011/40, T:10.02.2011(R.G. Tarih-Sayı : 07.02.2012-28197)).

¹⁶² Centel / Hamide, s.96.

¹⁶³ Centel / Hamide, s.96.

¹⁶⁴ Karakoç, 2016, s.307.

¹⁶⁵ Yıldırım / Ağar, s. 284.

mahkemesi hükmünün beklenmesidir. Bu halde, ceza mahkemesi kararının hem idareyi hem de vergi mahkemesini bağlayıcı olduğu ifade edilmektedir¹⁶⁶.

Mütalaa şartında yetki verilen merciin merkezi idarenin taşra teşkilatı olması da eleştirilmekte, bunun merkezi idarenin başkent teşkilatı içerisinde olması gerektiği yönünde fikirlerde bulunmaktadır¹⁶⁷.

SONUÇ

Vergi Usul Kanununun 359'ncü maddesinde düzenlenen Kaçakçılık Suçunun takibatı VUK 367'nci maddede belirtilen özel şarta bağlanmıştır. Bu madde hükmü çerçevesinde işlendiği iddiasında olunan suçun takibatı yapılabilecektir. Madde içerisinde belirtilen şartın olmaması halinde iddia olunan suç hakkında takibat yapılamayacaktır. Bu fonksiyonu dolayısıyla 367'nci maddede belirtilen şart, bir muhakeme(takip) şartı hukuki niteliği taşımaktadır. Çalışma içerisinde Mütalaa şartı detaylıca irdelenmeğe çalışılmıştır.

Yersiz soruşturma ve kovuşturma süreçlerinin önüne geçerek daha dikkatli yürütülmesi sağlanan muhakeme ile vatandaşın mali emniyetini sağlamak amacıyla kanun koyucu tarafından getirilen VUK 367'nci hükme bakıldığı takdirde kaçakçılık suçu öncesinde ister birinci yani doğrudan ister ikinci fıkra dolaylı olsun öncelikle bir vergi incelemesi yapılması gerekmektedir. Yetkili kişilerce Vergi Usul Kanununun 140'ncü maddesinde belirtilen prosedüre ve usulüne uygun olarak yapılmış bir vergi incelemesi gerekmektedir. Yapılan vergi incelemesinde kaçakçılık yapıldığı yönünde bir şüphe olunması halinde vergi inceleme raporunda bu husus ifade edilir veya bu hazırlanan raporun yanı sıra özel olarak "*kaçakçılık suçu raporu*" da düzenlenebilir. Ancak hazırlanan bu rapor tek başına mükellef için iddia olunan suç hakkında takibatın başlamasına veya yürütülmesine yeterli değildir. Zira kanun gereği rapor için hazırlanmış bir mütalaanın olması gerekmektedir. Vergi inceleme raporları Rapor değerlendirme komisyonu tarafından mevzuat yönünden değerlendirilir(VUK.m.140/6) ve bu değerlendirme çerçevesinde bir mütalaa hazırlanır(VUK.m.140/6, Yön.m.8/2).

Hukuki niteliği takip şartı olan mütalaa sağlanmadan soruşturma veya kovuşturma yapılamaz. Mütalaa şartı gerçekleşikten sonra muhakeme süreci başlayıp devam edebilir. Suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar, kimsenin suçlu sayılamaz(An.m.38/4). Vergi suçlarında, suçun faili, VUK'un 367'nci maddesinde belirtilen usule uygun olarak açılacak davada, Ceza Muhakemesi Kanununun hükümlerine göre ceza mahkemelerince yapılan yargılama neticesine göre CMK.m.228'de belirtilen kararlardan birisine hükmedilecektir.

¹⁶⁶ Karakoç, 2016, s.307.

¹⁶⁷ Yıldırım / Ağar, s.286.

KAYNAKÇA

- Aslan, Memduh, Türk Vergi Sisteminde Cezai Yaptırımlarda Etkinliği, Maliye ve Hukuk Yayınları, Ankara, 2008.
- Bayraklı, Hasan Hüseyin, Vergi Ceza Hukuku, 3.Baskı, Celepler Matbaacılık, Afyonkarahisar, 2013.
- Centel, Nur / Zafer, Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, 13.Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2016.
- Demirkan, Uçar, İngilizce Ve Fransızca Karşılıklarıyla Vergicilik Terimleri Sözlüğü, 1.Baskı, Maliye Bakanlığı Yayınları, Ankara, 1993.
- Nazalı, Ersin, Hukukun Vergisi-I, 1.Baskı, Maliye Hesap Uzmanları Derneği, İstanbul, 2014.
- Donay, Süheyl, Ceza Mahkemesinde Yargılanan Vergi Suçları, 1.Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2008.
- Güçlü, Faruk, Türk Ceza Kanunu Açısından Vergi Kaçakçılığı, 1.Baskı, Başkent Matbaacılık, Ankara, 1998.
- Güneş, Tuğçe; “Vergi Kaçakçılığı Suçunda Yargılama Şartının Anayasaya Aykırılığı”, Terazi Hukuk Dergisi, Y:5, S:48, 2010.
- Karakoç, Yusuf, Yargı Kararları Işığında Vergi Sorunlarının Çözümü, 1.Baskı, Dokuz Eylül Üniversitesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları No: 69, İzmir, 1996.
- Karakoç, Yusuf, Vergi Ceza Hukuku, 1.Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2016.
- Kaşıkçı, Mahmut, “Une Évaluation Actuelle Relative Aux Délits De Contrebande Fiscale-Problème Et Les Problématiques Lies Aux Délits Fiscaux Selon La Loi Pénale Turque Numéro 5327”Annales de la Faculté de Droit d’Istanbul, Y:49, S:66, 2017.
- Kızılot, Şükrü / Kızılot, Zuhâl, Kaçakçılık Suçları ve Naylon Fatura İhtilafları, Genişletilmiş 3.Baskı, Yaklaşım Yayıncılık, Ankara, 2010.
- Kunter, Nurullah / Yenisey, Feridun / Nuhoğlu / Ayşe, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 18.Bası, Beta Kitabevi, İstanbul, 2010.
- Ok, Nuri / Gündel, Ahmet, Vergi Kaçakçılığı Suçları, 1.Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2002.
- Öncel, Mualla / Kumrulu, Ahmet / Çağan, Nami, Vergi Hukuku, 22.Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2013.
- Özcan, Onar, Vergi Suçları, 1.Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara.
- Sağlam, Erkan / Özkan, Özgür, <https://www.bilgidenetim.com/ceza-yargilamasinda-vergi-sucu-raporuyla-ilgili-olarak-dikkat-edilmesi-gereken-hususlar-2.html>.

- Şenyüz, Doğan, Vergi Ceza Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 9.Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, 2016.
- Şenyüz, Doğan, “*Vergi Kaçakçılığı Suçunda Dava Şartı Olarak Mütalaa/ Görüş*” İzmir Barosu Dergisi, Y:81, S:2, 2016.
- Uğur, Hüsamettin / Elibol, Mert, Vergi Suçları, 1.Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015.
- Uğur, Hüsamettin, “*Vergi Suçlarında Kovuşturma Şartı Olarak Mütalaa(VUK.m.367)*” Terazi Hukuk Dergisi, C:8, S:88, 2013.
- nver, Yener / Hakeri, Hakan, Ceza Muhakemesi Hukuku, 10.Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015.
- Taşkan, Yusuf Ziya, Vergi Hukuku, 2.Baskı, Adalet Yayınevi, 2019, Ankara.
- Toroslu, Nevzat / Feyzioğlu, Metin, Ceza Muhakemesi Hukuku, 14.Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2015.
- Yıldırım, Zübeyr / Ağar, Serkan, “*Vergi Kaçakçılığı Suçu ve Mütalaa Şartı*” Yaklaşım Dergisi, Y:15, S:171, 2007.
- Yumuşak, İbrahim, “*Kırk Kp Kırkının da Kulpu Kırık Kp:646 sayılı KHK*” Vergi Dünyası Dergisi, Y:31, S:360, 2011.

TİCARİ İŞ VE TÜKETİCİ İŞLEMİ KAVRAMLARI EKSENİNDE GÖREVLİ MAHKEME VE DAVA ŞARTI ARABULUCULUK ÜZERİNE DÜŞÜNCELER

Views on Competent Court and Mediation as a Cause of Action in Connection with the Notions of Commercial Affair and Consumer Transaction

Prof. Dr. Şafak NARBAY* - Arş. Gör. Muhammed AKKUŞ**

Geliş Tarihi: 02.06.2020

Kabul Tarihi: 31.08.2020

ÖZET

Ticari iş kavramı, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu (TTK)¹ m. 3 ve m. 19'da düzenlenmiştir. "Ticari işler" kenar başlıklı TTK m. 3'e göre bir işin ticari iş olarak nitelendirilebilmesi için, söz konusu işin ya TTK'da düzenlenmiş olması ya da bir ticari işletmeyi ilgilendiren bir işlem ya da fiil olması gerekmektedir. "Ticari iş karnesi" kenar başlıklı TTK m. 19/1'de ise, tacirin borçlarının ticari işletmesi ile ilgili bulunduğu varsayımından hareketle, tacirin bütün borçlarının ticari olduğu esas kabul edilmektedir.

Buna karşılık 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da (TKHK)² "tüketici işlemi" oldukça geniş kapsamlı bir şekilde tanımlanmış (m. 3/1-I); aynı zamanda, taraflardan birini tüketicinin oluşturduğu işlemler ile ilgili diğer kanunlarda düzenleme olmasının, söz konusu işlemin tüketici işlemi sayılmasını ve TKHK'nın görev ve yetkiye ilişkin hükümlerinin uygulanmasını engellemeyeceği hüküm altına alınmıştır (m. 82/2).

Bu düzenlemelerin bir sonucu olarak, zaman zaman "ticari iş niteliği" ile "tüketici işlemi niteliği"nin kesiştiği görülmektedir. Bu nedenle ticari iş-tüketici işlemi ayrımının doğru bir şekilde yapılması, söz konusu işe/işleme uygulanacak hükümlerin belirlenmesi, doğacak bir uyuşmazlığın nasıl nitelendirileceği ve hangi mahkemede görüleceğinin tespit edilmesi açısından son derece büyük önem arz etmektedir. TKHK m. 73/1'e göre tüketici işlemleri ile tüketiciye yönelik uygulamalardan doğabilecek uyuşmazlıklara ilişkin davalarda tüketici mahkemeleri görevlidir. Ancak bir uyuşmazlığın tüketici işleminden kaynaklanması ve tüketici

ABSTRACT

The notion of commercial affair is defined in articles 3 and 19 of the Turkish Commercial Code No: 6102 (TCC). According to article 3 of the TCC, in order to qualify an affair as commercial, the affair in question must either be regulated in the TCC or be a transaction or an act involving a commercial enterprise. Furthermore, in article 19 (1) of the TCC, the debts of a trader are deemed commercial, based on the assumption that the debts are related to its commercial enterprise.

On the other hand, in Consumer Protection Code No. 6502 (CPC), "consumer transaction" has been regulated quite extensively under article 3 (1)-I. Furthermore, it has been stipulated that, presence of a regulation in other Acts in relation to a transaction which a consumer is a party to will not prevent the said transaction to be acknowledged as a consumer transaction and enforcement of the provisions of CPC regarding duties and powers (art. 82/2).

As a result of these regulations, the characteristics of "commercial affair" and "consumer transaction" intersect. Therefore, making the proper distinction between a commercial affair and a consumer transaction is of utmost importance in determining the provisions applicable to the subject affair/transaction, characterization of the dispute and identifying the competent court. According to article 73/1 of CPC, consumer courts are competent in relation to disputes arising out of consumer transactions and practices aimed at consumers. However, the fact that the dispute arises from a consumer transaction or that it will be tried before

* Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, e-posta: safaknarbay@sakarya.edu.tr, ORCID ID: 0000-0002-3202-4395.

** Tokat Gaziosmanpaşa Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, e-posta: muhammedakkus93@hotmail.com, ORCID ID: 0000-0002-4434-0258.

¹ RG., T. 14.02.2011, S. 27846.

² RG., T. 28.11.2013, S. 28835.

mahkemesinde görülecek olması, söz konusu davanın ticari dava olarak nitelendirilmesine engel değildir. Gerçekten de tüketici işlemlerinden doğan davalar çoğu kez ticari dava niteliğindedir olabilmekte, bu da bir takım sorunlara kapı aralamaktadır.

Diğer taraftan, TKHK hükümleri gereği tüketici işlemi sayılan hususların belli parasal sınırları aşmasının sonucunda bunlardan doğan uyuşmazlıkların tüketici hakem heyetlerinin görev alanları dışında kalmaları nedeniyle, doğrudan tüketici mahkemelerinde görülmeleri gerekmektedir. Yukarıda da belirtildiği üzere, bu uyuşmazlıklar arasında ticari dava niteliğinde olanlar da bulunmaktadır. Bu noktada, TTK m. 5/A hükmü de göz önüne alındığında, söz konusu uyuşmazlıkların dava şartı arabuluculuğa tabi olup olmayacağı sorunu gündeme gelmektedir. Bu çalışmanın kaleme alındığı süreçte son durumu "Komisyonda" olarak görülen "Hukuk Muhakemeleri Kanunu İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Teklifi"³'nin 59'uncu madde hükmü ile TKHK'ya eklenmesi planlanan "Dava şartı olarak arabuluculuk" kenar başlıklı 73/A maddesiyle, tüketici hakem heyetlerinin görev alanı dışında kalıp da doğrudan tüketici mahkemelerinde görülecek olan bazı uyuşmazlıklar hakkında dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması, dava şartı olarak düzenlenmektedir. Gerçi TKHK m. 73/A gibi bir hüküm olmasa da, kabul ettiğimiz görüşe göre, tüketici mahkemesinde görülmesi gereken ve ticari dava niteliğini taşıyan davalar açısından 6102 sayılı TTK m. 5/A gereğince, şayet davanın konusu bir miktar para alacağının ödenmesi ve/veya tazminat talebi hakkında ise, dava açılmadan önce arabulucuya başvurulması dava şartıdır. Ancak söz konusu Kanun Teklifi kabul edilir ve TKHK'ya planladığı gibi m. 73/A hükmü eklenirse, bu durumda tüketici mahkemesinde görülmesi gereken ve niteliği gereği ticari dava olan bir uyuşmazlık hakkında dava açılmadan önce artık TKHK m. 73/A hükmü doğrultusunda hareket edilmesi gerekecektir.

Öncelikle "ticari iş kavramı", "ticari iş ile ticari olmayan (adi) işlerin ayrımı" üzerinde durduğumuz çalışmamızda; Yargıtay kararları çerçevesinde "ticari iş - tüketici işlemi" ayrımına değinilmiş ve nihayet "tüketici işlemi - ticari dava - dava şartı arabuluculuk" bağlantısı hakkında değerlendirmelerde bulunulmuştur.

Anahtar Kelimeler: Ticari iş, tüketici işlemi, tüketici mahkemesi, ticari dava, dava şartı olarak arabuluculuk.

a consumer court does not prevent the qualification of the dispute as commercial. Indeed, mostly the disputes arising out of consumer transactions are commercial cases which causes problems.

On the other hand, as per regulations of CPC, disputes arising out of consumer transactions which are in excess of certain monetary limits, are required to be tried directly before consumer courts on the grounds that the same do not fall into the purview of consumer arbitration committees. As discussed above some of these disputes are commercial cases. Therefore, in view of article 5/A of TCC, the question of whether these disputes be subject to mediation as a cause of action arises.

An addition to CPC, article 73/A with the heading "Mediation as a cause of action", is proposed through article 59 of "Bill of Amendments to Civil Procedure Law and Certain Laws", whose status has been "Before Commission" during the course of this study. The said proposed article regulates application to mediation as a prerequisite for filing suit in relation to some disputes which do not fall into the purview of consumer arbitration committees and to be tried directly before consumer courts as a cause of action. Although in our view, even in the absence of the proposed article 73/A, under article 5 of TCC application to mediation as a prerequisite before filing suit is a cause of action in connection with the disputes which are commercial cases and are required to be tried before consumer courts provided that said disputes are pecuniary claims or claims for damages. However, in the event that the proposed bill is passed and CPC is amended by addition of abovementioned article 73/A, it will be required to act in accordance with the said article in connection to disputes which are commercial cases and are required to be tried before consumer courts.

In our study, first of all the notion of commercial affair and the distinction between commercial and non-commercial affairs will be emphasized. Furthermore, the distinction of commercial affair-consumer transaction will be discussed in light of Court of Appeal decisions and finally views will be expressed on the relation of consumer transactions, commercial cases and mediation as a cause of action.

Key Words: Commercial affair, consumer transaction, consumer court, commercial case, mediation as a cause of action.

³ <https://www2.tbmm.gov.tr/d27/2/2-2735.pdf> (E.T.: 01.06.2020).

GİRİŞ

Ticari iş kavramına, 6102 sayılı TTK'nın 3 ve 19'uncu madde düzenlemelerinde yer verilmiştir. "*Ticari işler*" kenar başlıklı TTK m. 3'e göre, TTK'da düzenlenen hususlarla bir ticari işletmeyi ilgilendiren bütün işlem ve fiiller ticari işlerdir. "*Ticari iş karinesi*" kenar başlıklı TTK m. 19'un ilk fıkrasına göre ise, tacirin borçlarının ticari olması esastır. Ancak gerçek kişi tacir, m. 19/1, c. 2 hükmü uyarınca, iki farklı duruma özgü olarak borcuna adi nitelik kazandırabilecektir. Buna göre gerçek kişi bir tacir, işlemi yaptığı anda bunun ticari işletmesiyle ilgili olmadığını diğer tarafa açıkça bildirmişse veya işin ticari sayılmasına durum elverişli değilse, söz konusu iş, gerçek kişi tacir açısından adi nitelikte sayılacaktır.

Bunun yanında TTK m. 19'un ikinci fıkrasına göre, taraflardan yalnız biri için ticari nitelikte sayılan sözleşmeler, Kanunda aksine hüküm bulunmadıkça, diğeri için de ticari sayılacaktır. Görüldüğü üzere fıkra hükmünde, taraflardan yalnız biri için ticari nitelik arz eden işin diğer taraf için de ticari olarak nitelendirilebilmesi için, taraflar arasındaki ilişkinin temelinde mutlaka bir sözleşme bulunmalıdır.

Buna karşılık "tüketici işlemi", 6502 sayılı TKHK m. 3/1-1'de tanımlanmış ve sınırları oldukça geniş tutulmuştur. TTK ve TKHK'da yer alan söz konusu bu hükümler, "ticari iş - tüketici işlemi" kavramlarının birçok noktada kesişmesi sonucunu doğurmuştur. Dolayısıyla "ticari iş-adi iş (ticari nitelikte olmayan iş)" ayrımı kadar, "ticari iş-tüketici işlemi" ayrımı da önem arz etmekte ve bir uyumsuzluk söz konusu olduğunda öncelikle işin niteliği belirlenerek, uygulanacak kanun hükümlerinin tayininde ona göre hareket edilmesi gerekmektedir. Zira TKHK m. 2 uyarınca, TKHK, her türlü tüketici işlemi ile tüketiciye yönelik uygulamaları kapsamaktadır.

Tüketici işlemi, ticari veya mesleki amaçlarla hareket eden veya onun adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiler ile tüketiciler arasında her türlü sözleşme ve hukuki işlemidir (TKHK m. 3/1-1). Ana hatları ile tanımlamaya çalıştığımız "tüketici işlemi" kavramını oldukça kapsamlı bir şekilde ele alan TKHK, tüketici işlemi ile ilgili olarak başka düzenlemelere de yer vermiştir. Bunlardan biri de TKHK m. 73/1 hükmüdür. Söz konusu hükme göre, tüketici işlemlerinden ve tüketiciye yönelik uygulamalardan doğabilecek uyumsuzluklara ilişkin davalarda tüketici mahkemeleri görevlidir. Tüketici işleminden hareketle tüketici mahkemelerinin görev alanını belirleyen bu düzenlemenin sonucu olarak, ticari iş-tüketici işlemi çakışmasına benzer şekilde, asliye ticaret mahkemeleri ile tüketici mahkemelerinin görev alanlarına ilişkin de bir çakışma durumu söz konusu olmuştur. Zira tüketici işleminden doğan pek çok uyumsuzluk, TTK m. 4 hükmü uyarınca ticari dava niteliğini taşımaktadır. Dolayısıyla bu davaların hangi mahkemelerde görüleceği, cevaplanması gereken bir soru olarak karşımıza çıkmakta; aynı zamanda

bu durum, söz konusu bu davaların TTK m. 5/A hükmü uyarınca zorunlu arabuluculuğa tabi olup olmayacağı sorununu da beraberinde getirmektedir.

Çalışmamızda öncelikle “ticari iş-adi iş” ayrımına değinilmiş; ardından ana hatları ile ticari iş kavramı ele alınmıştır. Sonrasında “tüketici işlemi” kavramı ve tüketici işleminin tarafları üzerinde durulmuş; nihayet ticari iş-tüketici işlemi ayrımında uygulanması gereken hükümler, hangi mahkemenin görevli olduğu, tüketici işleminden kaynaklanan bir davanın ticari dava olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceği ve dava şartı arabuluculuk kurumunun tüketici işlemlerinden kaynaklanan davalar açısından uygulanıp uygulanmayacağı gibi sorulara cevap aranmıştır.

I. TİCARİ İŞ - ADİ İŞ (TİCARİ NİTELİKTE OLMAYAN İŞ) AYRIMININ ÖNEMİ

Kişiler arasındaki borç ilişkileri, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu (TBK)⁴ ve TTK gibi muhtelif kanunlarda düzenlenmiştir. Bu nedenle, bazı konular hakkında bu Kanunlarda farklı içerikte hükümlerle karşılaşılabilir. Örneğin, ticari işlerde, adi işlerden farklı olarak, aynı borçtan sorumluluk veya kefil olma durumlarında aslolan müteselsil sorumluluktur⁵ (TTK m. 7/1). Yine ticari işlerde faiz oranları konusunda taraflara serbesti tanınmışken (TTK m. 8/1), adi işlerde faiz oranı için TBK m. 88 ve m. 120’de bazı sınırlamalar öngörülmüştür⁶. Dolayısıyla bir uyuşmazlık söz konusu olduğunda öncelikle hangi kanun hükümlerinin⁷ uygulanacağıın tespit edilmesi gerekmektedir. Bu

⁴ RG., T. 04.02.2011, S. 27836.

⁵ Ülgen Hüseyin/Helvaci Mehmet/Kaya Arslan/Nomer Ertan N. Füsün: Ticari İşletme Hukuku, 6. bs., İstanbul 2019, s. 77; Poroy Reha/Yasaman Hamdi: Ticari İşletme Hukuku, Genişletilmiş ve Güncelleştirilmiş 18. bs., İstanbul 2019, s. 93; Ayhan Rıza/Çağlar Hayrettin/Özdamar Mehmet: Ticari İşletme Hukuku Genel Esaslar, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 12. bs., Ankara 2019, s. 25; Kayar İsmail: Ticari İşletme Hukuku, Güncellenmiş 10. bs., Ankara 2015, s. 93.

⁶ “6102 Sayılı TTK’nın 8/1. maddesinde ticari işlerde faiz oranının serbestçe belirleneceği hükmüne aynı maddenin 3. fıkrasında tüketicinin korunmasına ilişkin hükümlerin saklı tutulacağına ilişkin bir istisna getirilmiş ise de başkaca bir istisna bulunmamaktadır. Aynı Kanunun 9. maddesinde, ticari işlerde kanuni, anapara ile temerrüt faizi hakkında ilgili mevzuat hükümlerinin uygulanacağı hükme bağlanmıştır. Anılan hükümde sözü edilen ilgili mevzuatın 3095 Sayılı Kanun hükümleri olduğunun, akdi faiz oranı yönünden bir sınırlama getirmediğinin ve 6102 Sayılı TTK’nın 8. ve 9. maddelerinin ticari işler bakımından özel hüküm niteliğinde olup ticari işlerde bu hükümlerin uygulanması gerektiğinin, başka bir anlatımla 6098 Sayılı TBK’nın 88. ve 120. maddeleri hükümlerinin ticari işlerde uygulanamayacağıın kabulü gerekir.” (Yarg. HGK. 02.05.2019, E. 2017/19-1650, K. 2019/507, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, E.T.: 17.02.2020). Ayrıca bkz. Poroy/Yasaman, s. 85; Ülgen/Helvaci/Kaya/Nomer Ertan, s. 97; Ayhan/Çağlar/Özdamar, s. 38, 39.

⁷ “Bir işin ticari veya adi olması, farklı kuralların uygulanmasını gerektirir. Bir işin ticari olup olmadığını kanunda öngörülen kurallar uyarınca saptamak gerekir. Eğer iş ticari ise özel ticari kuralların uygulanması zorunlu olur” (Yarg. 20. HD. 05.12.2019, E. 2019/5524, K. 2019/7143, www.emsal.yargitay.gov.tr, E.T.: 18.02.2020).

tespitin yapılabilmesi noktasında ticari iş – adi iş ayrımının doğru yapılması büyük önem arz etmektedir⁸. Zira adi işler (ticari nitelikte olmayan işler), 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu (TMK)⁹ ve TBK'ya tâbi iken; ticari işler, TTK m. 1/2'nin gereği olarak, öncelikle ticari hükümlere tâbidir¹⁰. Örneğin, bir para borcu, ticari olarak nitelendirilir ve bu para borcunun ödenmesinde borçlu temerrüde düşecek olursa, sözleşmede de temerrüt faiz oranı üzerinde bir belirleme yapılmamışsa, adi para borcunun ödenmesinde temerrüde düşülmesi durumunda temerrüt faizi yıllık % 9 oranı üzerinden ödenecekken¹¹, ticari iş niteliğindeki para borcunun borçlusu, 3095 sayılı Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanun (FK)¹² m. 2/2 uyarınca avans faiz oranı¹³ üzerinden temerrüt faizi ödemek durumunda kalabilecektir¹⁴.

Özetle denilebilir ki; bir uyuşmazlığa hangi kanun hükümlerinin uygulanarak çözüme kavuşturulacağına belirlenebilmesi için öncelikle uyuşmazlık konusu işin adi nitelikte mi ticari nitelikte mi olduğunun tespiti gerekir. Bu nedenle kanun koyucu, ticari iş niteliğinin tespiti ve adi işlerden ayrılması için TTK'da bazı düzenlemeler getirmiştir.

II. TTK'YA GÖRE TİCARİ İŞ KAVRAMI

1. TTK m. 3 Düzenlemesine Göre Ticari İşler

“Ticari işler” kenar başlıklı TTK m. 3 hükmüne göre, “TTK'da düzenlenen hususlar” ile “bir ticari işletmeyi ilgilendiren tüm işlem ve filler” ticari iş olarak nitelendirilmektedir. Görüldüğü üzere madde metninde, ticari iş olarak nitelendirilen iki durum belirtilmiştir.

⁸ Karayalçın Yaşar: Ticaret Hukuku, C. I, Ankara 1968, s. 143; Arkan Sabih: Ticari İşletme Hukuku, 25. bs., Ankara 2019, s. 71; Bozer Ali/Göle Celal: Ticari İşletme Hukuku, 4. bs., Ankara 2017, s. 53; Poroy/Yasaman, s. 85; Eriş Gönen: Ticari İşletme ve Şirketler, C. I, Güncellenmiş 3. bs., Ankara 2013, s. 223.

⁹ RG., T. 08.12.2001, S. 24607.

¹⁰ Bahtiyar Mehmet/Biçer Levent: “Adi İş/Ticari İş/Tüketici İşlemi Ayrımı ve Bu Ayrımın Önemi”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan 2016, C. 22, S. 3, s. 396; Bahtiyar Mehmet: Ticari İşletme Hukuku Ders Notları ve Soru Örnekleri, Güncellenmiş 20. bs., İstanbul 2019, s. 67; Ayhan/Çağlar/Özdamar, s. 13 vd.; Ülgen/Helvacı/Kaya/Nomer Ertan, s. 40; Bozer/Göle, s. 53; Narbay Şafak/Akkuş Muhammed, “Ticari İş Niteliğinin Belirlenmesi ve Ticari İş – Tüketici İşlemi Ayrımı”, Prof. Dr. Sabih Arkan'a Armağan, İstanbul 2019, s. 828.

¹¹ TBK m. 120/1'in atfıyla FK m. 2/1.

¹² RG., T. 19.12.1984, S. 18610.

¹³ Türkiye Cumhuriyeti Merkez Bankası tarafından önceki yılın 31 Aralık günü kısa vadeli avanslar için uygulanan faiz oranıdır. Bu oran her yıl güncellenmektedir. Bugün için geçerli avans faiz oranı % 13,75'dir (güncel avans faiz oranı için bkz. www.tcmb.gov.tr).

¹⁴ Arkan, İşletme, s. 72.

A. TTK'da Düzenlenen Hususlar

“Bu Kanunda düzenlenen hususlar” şeklinde ifade edilen bu ölçüte göre, bir iş, tacir veya ticari işletme ile ilgili olmaması ihtimalinde dahi, sırf TTK'da düzenlenmiş olması sebebiyle ticari iş niteliğinde kabul edilmektedir¹⁵. Yargıtay da bir kararında¹⁶, limited şirket ortakları arasındaki tasfiye payına ilişkin protokolden kaynaklanan uyuşmazlıkta, söz konusu işin TTK'da düzenlenmiş olduğu ve bu nedenle TTK m. 3 gereği ticari iş niteliğinde olduğundan bahisle, avans faiz oranı üzerinden faiz hesaplanması gerekirken yasal faiz oranı uygulanmasını yerinde görmemiştir.

TTK m. 3 hükmünde yer alan, “bu Kanunda düzenlenen hususlar” ifadesiyle kastedilen, söz konusu hususa bağlanan hükümlerin TTK'da düzenlenmiş olmasıdır. Bununla birlikte, TTK'da düzenlenmiş bir hususa dair başka kanunlarda da hükümler bulunması, söz konusu hususun ticari iş niteliğine halel getirmez¹⁷. Örneğin cari hesap sözleşmesi TTK m. 89 ilâ 101 arasında düzenlenmiş olduğundan, cari hesaba ilişkin TBK'da da hüküm bulunması (m. 134), onun ticari iş niteliğini ortadan kaldırmaz¹⁸.

¹⁵ İmregün Oğuz: Ticaret Hukukunun Genel İlkeleri, Gözden Geçirilmiş 3. bs., İstanbul 1995, s. 22; Ülgen/Helvacı/Kaya/Nomer Ertan, s. 71; Poroy/Yasaman, s. 88; Arkan, İşletme, s. 72; Bozer/Göle, s. 53; Bahtiyar, s. 68; Ayhan Rıza: “Ticari İş Kavramı ve Tacir Sifatına Bağlanan Ücret ve Sözleşme Cezalarının İndirilmesini İsteyememe”, GÜHFD 2013, C. XVII, S. 1-2, s. 292; Domaniç Hayri/Ulusoy Erol: Ticaret Hukukunun Genel Esasları, Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 5. bs., İstanbul 2007, s. 41.

¹⁶ “Öte yandan, uyuşmazlığın limited şirket ortakları arasındaki tasfiye payına ilişkin protokolden kaynaklanmış bulunmasına göre TTK.nun 3 ncü maddesi karşısında istem gibi avans faizine hükmedilmek gerekirken yasal faize hükmedilmesi de kabul şekli bakımından doğru bulunmamıştır”(Yarg. 11. HD. 28.05.2007, E. 5311, K. 8176). Aynı yönde bir başka kararın ilgili kısmı ise şu şekildedir: “TTK.nun 3. maddesi uyarınca bu Kanun'da tanzim olunan hususlarla bir ticarethane veya fabrika yahut ticari şekilde işletilen diğer bir müesseseyi ilgilendiren fiil ve işler ticari iş sayılır. 3095 sayılı Yasa'nın 2. maddesinin 2. fıkrası gereğince “ticari işlerde temerrüt faizi, T.C. Merkez Bankası'nın kısa vadeli avanslar için uyguladığı faiz oranına göre istenebileceği” hüküm altına alınmıştır. Dava konusu alacağın da, ticari ilişkiden kaynaklanması nedeniyle T.C. Merkez Bankası'nın kısa vadeli avanslar için uyguladığı faiz oranında temerrüt faize hükmedilmesi gerekirken, yazılı şekilde yasal faize hükmedilmiş olması da hatalı olmuştur” [Yarg. 11. HD. 01.04.2010, E. 2008/7776, K. 2010/3595, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, E.T.: 19.02.2020)]. Ayrıca bkz. Yarg. 11. HD. 28.11.2000, E. 9001, K. 9430 (Eriş, s. 324, 343); Yarg. 17. HD. 01.12.2016, E. 2016/13875, K. 2016/11061; Yarg. 17. HD. 20.12.2016, E. 2016/13091, K. 2016/11754; Yarg. 17. HD. 12.12.2016, E. 2014/14790, K. 2016/11425; Yarg. 17. HD. 10.03.2016, E. 2016/3565, K. 2016/3044; Yarg. 17. HD. 06.04.2016, E. 2015/18777, K. 2016/4343 (kararların kaynağı için bkz. Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, E.T.: 19.02.2020).

¹⁷ Göktürk Kürşat: “Ticari İş Kavramı, Sınırlandırılması ve Faiz Meselesi”, GÜHFD 2015, C. XIX, S. 2, s. 16; Narbay/Akkuş, s. 833.

¹⁸ Ayhan/Çağlar/Özdamar, s. 15.

B. Ticari İşletme İle İlgili İşlem ve Fiiller

“Bir ticari işletmeyi ilgilendiren bütün işlem ve fiiller” ile kastedilen, başka bir kanunda düzenlenmekle birlikte, bir ticari işletmeyi ilgilendiren işlem ve fiiller olup, bu işlem ve fiiller de TTK m. 3 uyarınca ticari iş olarak nitelendirilecektir¹⁹. Zira bir ticari işletmeyi ilgilendiren ve TTK’da düzenlenmiş olan hususlar zaten ticari iş olarak kabul edildiğinden, bu ölçütün asıl işlevi, bir ticari işletmeyi ilgilendirmekle birlikte TTK’da düzenlenmemiş bütün işlem ve fiiller açısından söz konusu olacaktır²⁰.

Bu ölçüt uygulanırken “bir ticari işletme ile ilgili olma” ifadesinden neyin anlaşılması gerektiğinin ortaya konulması önem arz etmektedir. Kanunun lafzında “ilginin” derecesine dair bir açıklık bulunmamaktadır. Bu ilginin derecesi için kesin bir sınır getirmek mümkün olmasa da, öğretilerdeki genel kabul doğrultusunda, geniş yorumlanmasının daha isabetli olacağı kanaatindeyiz²¹.

Ele aldığımız bu ölçüt içerisinde iki ayrı olgudan söz edilmektedir. Bunlardan ilki “ticari işletme ile ilgili işlemler”; ikincisi ise, “ticari işletme ile ilgili fiiller”dir:

a) Ticari İşletme İle İlgili İşlemler

“Ticari işletme ile ilgili işlem” ifadesiyle kastedilen, ticari işletme ile ilgili “hukuki” işlemlerdir²². Hukuki işlem, kendisine hukuk düzenince bir takım sonuçlar bağlanan irade beyanıdır²³. Dolayısıyla bir ticari işletme için hammadde yetiştirmek için yapılan bir tarım arazisi kiralama sözleşmesi ya da bir ticari işletmede çalıştırılacak kişi/kişilerle yapılan hizmet sözleşmesi gibi hukuki işlemler, doğrudan veya dolaylı olarak bir ticari işletme faaliyeti ile ilgili olmaları nedeniyle, TTK m. 3 gereğince, ticari iş olarak nitelendirilecektir.

Buna karşılık Yargıtay bir kararında²⁴, tacir işveren ile işçi arasındaki hizmet sözleşmesinin TTK m. 3 kapsamında ticari iş olarak nitelendirilemeyeceği ve mülga 1475 sayılı İş Kanunu²⁵ hükümlerine tâbi, kendine özgü bir hizmet akdi olduğu yönünde görüş bildirmiş; bu nedenle de sözleşmede işveren

¹⁹ Karayalçın, s. 144; Arslanlı Halil: Kara Ticareti Hukuku Dersleri Umumi Hükümler, 2. bs., İstanbul 1959, s. 24; Kayar, s. 94; Bahtiyar/Biçer, s. 414.

²⁰ Bahtiyar, s. 69; Börü Levent/Koçyiğit İlker: Ticari Dava, Ankara 2013, s. 370; Akkuş Muhammed, Ticari İş Kavramı ve Ticari İşlerde Faiz, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Erzincan 2019, s. 15.

²¹ İmregün, s. 22; Ülgen/Helvacı/Kaya/Nomer Ertan, s. 71; Ayhan/Çağlar/Özdamar, s. 16; Arkan, İşletme, s. 73; Bahtiyar, s. 69; Narbay/Akkuş, s. 835.

²² Ayhan, Ticari İş Kavramı, 297; Ayhan/Çağlar/Özdamar, s. 16.

²³ Eren Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 18. bs., Ankara 2015, s. 119; Oğuzman M. Kemal/Öz M. Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 12. bs., İstanbul 2014, C. 1, s. 36.

²⁴ Yarg. HGK. 15.10.1997, E. 1997/9-486, K. 1997/822 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, E.T.: 19.02.2020).

²⁵ RG. T. 01.09.1971, S. 13943.

aleyhine öngörülen ceza koşulu hakkında eTTK m. 24 (TTK m. 22) hükmünün uygulanamayacağına ve ceza koşulunun indirilmesi gerektiğine karar vermiştir. Yargıtay bu görüşünü müstakar şekilde 4857 sayılı İş Kanunu²⁶ döneminde de sürdürmektedir²⁷. Ancak bir hukuki işlem olan hizmet sözleşmesi, dolaylı da olsa ticari işletmenin faaliyeti ile ilgili olması nedeniyle ticari iş niteliğindedir. Bu nedenle olayda tacir konumunda olan işverene, TTK m. 22 hükmünün uygulanması ve ticari iş niteliğinde olan hizmet sözleşmesinde öngörülen ceza koşulunun indirilmemesi gerekirken, indirilmesi gerektiği yönünde karar verilmesi yerinde olmamıştır²⁸.

b) Ticari İşletme İle İlgili Fiiller

TTK m. 3'te geçen, *"ticari işletme ile ilgili fiiller"* ifadesiyle kastedilen, *"hukuki"* fiillerdir. Hukuki fiiller, *"hukuka uygun fiiller"* ve *"hukuka aykırı fiiller"* şeklinde tezahür edebilir²⁹. Burada ele aldığımız konu bakımından özellik arz eden, hukuka aykırı fiiller içerisinde yer alan *"haksız fiiller"*dir. Haksız fiillerin ticari iş niteliğinde değerlendirilebilmesi için, bunların bir ticari işletme ile ilgili olarak, bir diğer deyişle, ticari işletmenin faaliyetlerinden dolayı meydana gelmiş olması gerekmektedir. Yani söz konusu haksız fiilin *"kaynağı"* bir ticari işletme faaliyeti olmalıdır. Bu durumda söz konusu haksız fiil ticari iş olarak nitelendirilecektir³⁰.

²⁶ RG. T. 10.06.2003, S. 25134.

²⁷ Yarg. HGK. 25.01.2017, E. 2015/330, K. 2017/132 (www.emsal.yargitay.gov.tr, E.T.: 19.02.2020).

²⁸ Kararın haklı eleştirisi için bkz. Battal Ahmet: "Tacirin İş Kanunu'na Tâbi Bir Sözleşmeden Doğan Cezai Şart Borcuna TK. 24 (İndirim Yasağı) Uygulanabilir mi?", Batider 1999, C. XX, S. 2, s. 16 vd.; Nomer Ertan N. Fusun: "İş Aktinden Doğan Cezai Şart Hükümlerine TTK m. 24 Uygulanır mı?", Prof. Dr. Hüseyin Ülgen'e Armağan 2007, C. I, s. 35; Ayhan, Ticari İş Kavramı, s. 297, 298; Narbay/Akkuş, s. 837. Söz konusu kararın alındığı kurulda yapılan görüşmeler sırasında, bizim burada vardığımız sonuçla aynı doğrultuda bazı fikirlerin de beyan edildiği, ilgili kararda şu şekilde belirtilmektedir: *"Hukuk Genel Kurulunda yapılan görüşmeler sırasında, Türk Ticaret Kanununun 3. maddesindeki "Bu Kanunda düzenlenen hususlarla bir ticari işletmeyi ilgilendiren bütün işlem ve fiiller ticari işlerdendir" şeklindeki düzenleme karşısında, kanun koyucunun ticari iş sayılma noktasında iş ilişkileri bakımından herhangi bir istisna getirmediği, dolayısıyla tacir işverenin ticari işletmesinde istihdam edeceği işçisi ile yaptığı iş sözleşmesinin ticari işletmesiyle ilgili bir işlem olduğu, böyle olunca da ticari iş sayılması gerektiği, bu doğrultuda tacir işverenin Türk Ticaret Kanununun 24. maddesi gereğince bu iş sözleşmesinde öngörülen aşırı ceza koşulunun indirilmesini talep edemeyeceği görüşü dile getirilmiş ise de çoğunluk tarafından bu görüş benimsenmemiştir."* (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, E.T.: 19.02.2020).

²⁹ Birçoğu yerine bkz. Oğuzman M. Kemal/Barlas Nami: Medeni Hukuk, 25. bs., İstanbul 2019.

³⁰ Alışkan Murat: "Ticari İş Niteliğindeki Haksız Fiillerden Doğan Borçlara Avans Faiz Oranı Üzerinden Temerrüt Faizi Uygulanması", Legal Mali Hukuk Dergisi 2008, S. 47, s. 2537.

Haksız fiilin ticari iş olarak nitelendirilmesi noktasında, TTK'da düzenlenen haksız fiiller ile her iki tarafın da ticari işletmesini ilgilendiren haksız fiiller açısından sorun yoktur³¹. Fakat hakkında farklı görüşler öne sürülen, haksız fiilin taraflarından yalnız birinin tacir olması hususu üzerinde ayrıca durmak gerekir. Örneğin, bir tekstil fabrikasına ait aracın, fabrikaya ait ürünlerin dağıtımını yaptığı sırada, tacir olmayan bir yayaya çarpması halinde söz konusu haksız fiil TTK m. 3 gereğince ticari iş³² olarak nitelendirilecektir³³. Mağdurun tacir olmaması bu bakımdan bir engel teşkil etmez³⁴. Zira burada söz konusu

³¹ “Davacı ... olup, uyumsuzluk haksız fiilden kaynaklanıyor ise de; davacının sigortalısı ... *Tekstil İmalat Sanayi Ltd. Şti. ile davalı ASKİ Genel Müdürlüğü tacirdirler. Ticarethane, fabrika ya da ticari şekilde işletilen diğer bir müesseseyi ilgilendiren bütün muamele, fiil ve işler ticari işlerdendir. Davada sigortalı ve davalı tacir olduğundan tüm fiil ve işlemleri ticari iş mahiyetindedir. Bu nedenle aradaki ilişkiye ticari hükümler uygulanacaktır*”. (Yarg. 17. HD. 10.06.2019, E. 2016/12767, K. 2019/7192, www.emsal.yargitay.gov.tr, E.T.: 18.02.2020). Ayrıca bkz. Arkan, İşletme, s. 89, dp. 2; Poroy/Yasaman, s. 105; Alışkan, s. 2553.

³² 6762 sayılı eTTK zamanında verilen bir kararında Yargıtay (Yarg. 11. HD. 27.10.1997, E. 1997/6902, K. 1997/7480), bir ticari aracın yaptığı kazanın eTTK m. 3 hükmü gereği ticari iş sayılacağı yönünde görüş bildirmiştir. Bkz. Moroğlu Erdoğan/Kendigelen Abuzer: İctihatlı - Notlu Türk Ticaret Kanunu ve İlgili Mevzuat, Güncelleştirilmiş 10. bs., İstanbul 2014, s. 5. Buna karşılık 11. HD., yine eTTK döneminde verdiği 14.10.1994 t., E. 1994/2242, K. 1994/7490 sayılı kararında, “... O halde, bugüne kadar yapıldığı gibi TTK. 3. maddedeki “fiil” ibaresinden hareketle lafzi bir yorumda, tüm haksız fiillerin ticari iş sayılması gerekeceği sonucuna varmak pek mümkün görülmemektedir. Türk Hukuku bakımından da Alman ve İsviçre Hukuklarında kabul edildiği gibi haksız fiillerden dolayı reeskont faizi yürütülmesi için bu haksız fiillerin Ticaret Kanununda düzenlenmesi, veya fiilin gerek mağdur gerek fail bakımından ticari iş niteliğinde olması gerekmektedir. ...” diyerek, eTTK'da düzenlenmeyen bir haksız fiilin ticari iş olarak nitelendirilebilmesi için hem fail hem de mağdur açısından ticari iş olması gerektiği görüşünü oyçokluğuyla ifade etmiştir (Legalbank-Elektronik Hukuk Bankası, E.T. 17.04.2020). Aynı şekilde 6762 sayılı eTTK döneminde Yargıtay HGK bir kararında, “... Ortada bir haksız fiilin söz konusu olduğu durumlarda; taraflar arasında sözleşmeden kaynaklanan bir hukuki ilişkinin varlığından söz edilemeyeceği için, işin bir taraf yönünden ticari olarak nitelendirilmesi, diğer taraf yönünden de aynı nitelendirmede bulunulmasını hukuken haklı göstermez. Dahası; haksız fiilden doğan ilişkiler Ticaret Kanununda da düzenlenmedikleri için bu nedenle de ticari iş niteliğini kazanamayacakları kaçınılmazdır. ...” şeklindeki değerlendirmesiyle, haksız fiilin Ticaret Kanununda düzenlenmediği sürece ticari iş olarak nitelendirilemeyeceği görüşünü ortaya koymuştur [YHGK., 17.02.1999 t., E. 1999/73, K. 1999/106 (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, E.T.: 17/04/2020)].

³³ Ayhan/Çağlar/Özdamar, s. 18.

³⁴ YHGK, 6762 sayılı mülga TTK döneminde verilmiş olmakla birlikte bugün de geçerliliği devam eden bir kararında (T. 03.04.2002, E. 2002/4-174, K. 2002/259) özetle, “Diğer taraftan uygulamaya göre bu tür haksız fiillerde zarar görenin kişiliği önemli değildir. Zarar veren veya zarardan sorumlu tacir ise Reeskont/Avans faizi yürütülür. Çünkü zarar, zarar verenin veya zarardan sorumlu olanın ticari işletmesiyle ilgili bir ticari işten doğmuştur ve bu eylem kendisi yönünden ticari bir borçtur. TK.nun 3. maddesi ticari işletmenin ika ettiği her türlü fiilden (eylemden) söz etmiştir. Aksine tacir olmayan kişinin bir ticari işletmenin

haksız fiilin “*kaynağı*”, bir ticari işletme faaliyetidir. Fakat örnekteki araç, onu kullanmaya yetkili personel tarafından iş çıkışı eve giderken kullanılıyor olsaydı, artık burada bir ticari işletme faaliyetinden söz edilemeyeceğinden, bu aracın bir yaya çarpması halinde bu haksız fiil ticari iş olarak nitelendirilemeyecektir. Bunun gibi, zarar verenin esnaf, zarar görenin ise tacir olduğu bir haksız fiil dolayısıyla zarar gören tacirin, haksız fiil faili konumunda bulunan esnaftan avans faiz oranı üzerinden temerrüt faizi talep etmesi hukuka uygun olmayacaktır; aksi bir yorum, Arkan’ın da isabetle belirttiği üzere³⁵, TTK m. 19/2’nin anlamsız kalmasına yol açacaktır. Böyle bir olasılıkta, ticari iş olarak nitelendirilebilecek bir haksız fiil söz konusu olmadığı için, ödenmesi gereken temerrüt faizi, FK m. 2/1 hükmü uyarınca hesaplanacaktır³⁶.

Ancak öğretilerde, bir haksız fiilin ticari iş olarak nitelendirilebilmesi için her iki tarafın ticari işletmesini ilgilendirmesi gerektiği görüşü de savunulmaktadır³⁷.

2. TTK m. 19 Düzenlemesine Göre Ticari İşler (Ticari İş Karinesi)

Ticari iş niteliğinin tespitinde yol gösteren bir diğer düzenleme olan TTK m. 19’un 1’inci fıkrasına göre, tacirin bütün borçları ticari niteliktedir. Bu düzenlemenin temelinde, tacirin borçlarının ticari işletmesi ile ilgili olduğu varsayımı yatmaktadır³⁸. Fıkra hükmünün devamında gerçek kişi tacir açısından bu kuralın iki istisnasının bulunduğu belirtilmiştir. Maddenin ikinci fıkrasına göre ise, taraflardan biri için ticari iş niteliğini haiz sözleşmeler, diğer taraf için de ticari iş sayılacaktır.

bulunmadığından onun işletmesi ile ilgili bir haksız fiilden söz edilemeyecektir. Ayrıca TK.21/1 maddesine göre kural olarak tacirin borçları ticaridir. Ticari borcun para niteliğinde olması ve geç ödenmesi halinde Reeskont Faizi istenebileceği açıktır. Tacirin borcunun ticari olması için sözleşmeden doğması zorunluluğu getirilmediği gibi, karşı tarafın tacir olması şartı da yasada öngörülmuş değildir. Haksız fiil tacir tarafından ticari işletmesiyle ilgili olarak meydana getirilmiş ise bu eylemden zarar gören tacir olmasa bile, TK.3 madde uyarınca tacirden Reeskont/Avans oranında temerrüt faizi isteyebilecektir (Bkz. Yarg. HGK. 8.3.1995, E: 1995/11-61 K: 1995/141, 23.1.2002 gün E: 2002/4-12 K: 2002/6).” şeklinde görüş belirtmiştir (YKD, Y. 2002, C. 28, s. 7, s. 1006). Aynı yönde bir başka kararın ilgili kısmı şu şekildedir: “Davacı taraf, davaya ve islahaya konu ettiği tazminatların tamamı için, temerrüt faizi olarak avans faizine karar verilmesini talep etmiş; mahkeme tarafından yasal faize karar verilmiştir. Davalı...Ltd. Şti’ye ait olup ... davalı şirketin ticari işinin yürütülmesinde kullanılan kapalı kasa kamyonet olduğu, kazanın da ticari faaliyetin yürütülmesi sırasında meydana geldiği ve davacının yaralandığı gözetildiğinde, davalıların ticari faizden sorumluluğuna karar verilmeyiş de hatalı olmuştur [Yarg. 17 HD. 05.11.2018 T. 2016/49 E. 2018/10050 K, (www.emsal.yargitay.gov.tr, E.T.: 11.04.2020)]. Arkan, İşletme, s. 89 ve ayrıca dp. 3’te yer alan açıklamalar; Ayhan, Ticari İş Kavramı, s. 299.

³⁵ Arkan, İşletme, s. 89 ve ayrıca dp. 2’de yer alan açıklamalar.

³⁶ Arkan, İşletme, s. 89-90.

³⁷ Bu yönde açıklamalar için bkz. Poroy/Yasaman, s. 106.

³⁸ Karayalçın, s. 145; Ayhan/Çağlar/Özdamar, s. 19; Bahtiyar, s. 69; Bahtiyar/Biçer, s. 414.

A. Tacirin Borçlarının Ticari Olması

a) Genel Olarak

TTK m. 19/1'e göre, "bir tacirin borçlarının ticari olması asıldır". Söz konusu hüküm ile getirilen bu ölçütün, sübjektif sisteme yaklaştığı söylenebilir³⁹. Mezkûr hükümde borcun kaynağı için herhangi bir sınır çizilmediği görülmektedir. Dolayısıyla ister sözleşmeden ister haksız fiil veya başka bir nedenden kaynaklansın, tacirin borçları için aslolan ticari nitelikte olmalarıdır⁴⁰.

b) Gerçek Kişi Tacir – Tüzel Kişi Tacir Ayrımı

(1) Gerçek Kişi Tacir Bakımından

TTK m. 19/1 hükmünün devamında gerçek ve tüzel kişi tacirler yönünden bir ayrıma gidilmiş ve gerçek kişi tacire, iki farklı ihtimalde söz konusu karinenin aksini ispat ederek borcuna adi nitelik kazandırma imkânı tanınmıştır. Bunlardan ilki, gerçek kişi tacirin, işlemi yaptığı sırada, bunun ticari işletmesi ile ilgili olmadığını karşı tarafa açıkça bildirmesidir. Bu kural, gerçek kişi tacirin ticari işletmesi yanında özel yaşam alanının da bulunduğu gerçeğine dayanmaktadır⁴¹.

Gerçek kişi tacirin, söz konusu karinenin aksini ispat edebileceği diğer ihtimal ise, yapılan işin ticari sayılmasına durumun elverişli olmamasıdır. Bu ihtimal için kesin bir sınır çizilmesi mümkün olmayıp, her olayın kendi şartları içerisinde değerlendirilmesi gerekir⁴².

Görüldüğü üzere, gerçek kişi tacirin borçları, somut olayın şartlarına göre adi nitelikte de olabilir. Önemle belirtmek gerekir ki, TTK m. 19/1'de düzenlenen ve gerçek kişi tacirlerin işlerine adi nitelik kazandıran bu iki ihtimalde, gerçek kişi tacir şayet tüketici sıfatına sahipse, yapılan işlem tüketici işlemi olarak nitelendirilecek ve bir uyuşmazlık durumunda TKHK hükümleri uygulama alanı bulacaktır⁴³.

(2) Tüzel Kişi Tacir

TTK m. 19/1'de getirilen ve tacirin borcunu ticari olmaktan çıkararak iki istisnai durum, yalnızca gerçek kişi tacir açısından kabul edilmiştir. Bir başka deyişle, tüzel kişi tacirler için adi iş sahasına imkân tanınmamış, tüzel kişi

³⁹ Arslanlı, s. 27; Arkan, İşletme, s. 74; Ayhan, Ticari İş Kavramı, s. 300, 301; Poroy/Yasaman, s. 90.

⁴⁰ Ayhan/Çağlar/Özdamar, s. 19; Bozer/Göle, s. 89; Göktürk, s. 18.

⁴¹ Göktürk, s. 22, 29; Bozer/Göle, s. 89; Bahtiyar, s. 70; Narbay/Akkuş, s. 844.

⁴² Ülgen/Helvacı/Kaya/Nomer Ertan, s. 72; Arkan, İşletme, s. 74; Bahtiyar, s. 70; Narbay/Akkuş, s. 844.

⁴³ Aydoğdu Murat: Tüketici Hukuku Dersleri, 1. bs., Ankara 2015, s. 63; Narbay/Akkuş, s. 844, 845.

tacirin bütün borçlarının istisnasız bir şekilde ticari iş niteliğinde olacağı kabul edilmiştir⁴⁴. Dolayısıyla, TTK m. 16 uyarınca tüzel kişi tacir olan ticaret şirketlerinin, gerçek kişi tacirler için öngörülen istisnalardan yararlanması mümkün değildir. Bir kez daha önemle vurgulamak gerekir ki Kanun, tüzel kişi tacirler için adi iş sahasının varlığını kabul etmemiştir⁴⁵. Bu nedenle bir ticaret şirketinin, çalışanlarının kullanımına sunmak üzere bir lojman kiralaması da ticari iş olarak nitelendirilecektir⁴⁶.

Ticaret şirketlerinin adi iş sahaslarının bulunmaması, sahip oldukları bu konum sebebiyle tacir sıfatına sahip olmalarının olağan bir sonucudur⁴⁷. Fakat ticaret şirketleri dışında kalan tüzel kişi tacirlere adi iş sahası tanınmamış olması bir takım sorunları da beraberinde getirebilir. Örneğin bir derneğin faaliyetlerini yürütürken yaptığı işlemler ve bunlardan doğan borçlar ticari nitelik taşımamaktadır. Ancak bu dernek, amacına ulaşmak için bir ticari işletme işletecek olursa, tüzel kişi tacir sıfatına kavuşacağından, artık tüm borçları TTK m. 19/1 uyarınca ticari iş olarak nitelendirilecektir. Dolayısıyla derneğin ticari işletme ile ilgili olmayan borçlarının da ticari nitelik kazanması söz konusudur. İleri sürülen bu gerekçelerle TTK m. 19/1 hükmünün, tüzel kişi tacirler için adi iş sahası oluşumuna imkân tanımaması, ticaret şirketleri dışında kalan tüzel kişi tacirler açısından haklı olarak eleştirilmektedir⁴⁸. Dolayısıyla biz de, ticaret şirketleri dışında kalan tüzel kişi tacirlerin adi iş sahaslarının varlığını korumaya devam ettiği kanaatindeyiz⁴⁹. Belirtmek gerekir ki, ticaret şirketleri dışında kalan diğer tüzel kişi tacirlerin, varlığını korumaya devam edeceğini savunduğumuz adi iş sahası içerisinde, tüketici sıfatıyla hareket ettiği işler de varsa, bu işler artık tüketici işlemi olarak nitelendirilecektir⁵⁰.

⁴⁴ Arkan, İşletme, s. 74; Ayhan, Ticari İş Kavramı, s. 301; Poroy/Yasaman, s. 90; Narbay/Akkuş, s. 845.

⁴⁵ Tarafları ticaret şirketi olan bir uyumsuzluk hakkında Yargıtay (Yarg. 19. HD. 15.02.2016, E. 2015/10751, K. 2016/2252), ticari iş karinesine ve gerçek kişi tacirin bu karinenin aksini ispat edebileceği istisnai durumlara değinmiş, ardından da söz konusu maddede düzenlenen bu istisnai durumların yalnızca gerçek kişi tacirler açısından öngörüldüğünden bahisle tüzel kişi tacirin böyle bir imkânının bulunmadığı yönünde görüş bildirmiştir (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, E.T.: 18.02.2020). Aynı yönde bkz. Yarg. 11. HD. 15.05.2017, E. 2016/1337, K. 2017/2910; Yarg. 11. HD. 26.06.1997, E. 1997/1815, K. 1997/5112 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, E.T.: 19.02.2020).

⁴⁶ Arslanlı, s. 27, 28; İmregün, s. 23; Arkan, İşletme, s. 74; Poroy/Yasaman, s. 90; Bozer/Göle, s. 89; Narbay/Akkuş, s. 845.

⁴⁷ Narbay/Akkuş, s. 846.

⁴⁸ Arslanlı, s. 28; İmregün, s. 23; Göktürk, s. 19, 20; Ayhan/Çağlar/Özdamar, s. 21. Aksi yönde bkz. Poroy/Yasaman, s. 90; Poroy Reha: Ticari İşletme Hukuku, Gözden Geçirilmiş 2. bs., İstanbul 1977, s. 55.

⁴⁹ Narbay/Akkuş, s. 847.

⁵⁰ Bahtiyar/Biçer, s. 404, 405; Aydoğdu, s. 60, 61; Ozanoğlu Hasan Seçkin: "Tüketici Sözleşmeleri Kavramı", AÜHFD 2001, C. 50, S. 1, s. 72, 73; Narbay/Akkuş, s. 847. Aksi yönde bkz. Arkan, İşletme, s. 74, dp. 4. Arkan buradaki açıklamalarında, tacir olan tüzel kişilerin

B. Taraflardan Yalnız Biri İçin Ticari Nitelikte Olan Sözleşmeler

TTK m. 19/2'ye göre, taraflardan yalnız birisi için ticari iş niteliğinde olan sözleşmeler diğeri için de ticari iş niteliğinde sayılacaktır. Hükmün, söz konusu karineyi iki şarta bağladığı görülmektedir. Bunlardan ilki ve önkoşul olanı, taraflar arasındaki ilişkinin “sözleşmeden kaynaklanması”dır. Bu nedenle sözleşme dışında, haksız fiil veya sebepsiz zenginleşme gibi, başka borç kaynaklarından doğan ilişkilere TTK m. 19/2 uygulanamaz⁵¹.

İkinci koşul ise, “Kanunda aksine hüküm bulunmaması” gereğidir. Burada geçen “aksine hüküm” için doktrinde örnek olarak, TTK m. 7, m. 8/2 ve HMK⁵² m. 222/3 hükümleri gösterilmektedir.⁵³ Bu hususta ifade etmek gerekir ki, söz konusu hükümler, ilgili oldukları konuya dair ihtiva ettikleri düzenlemelerin uygulanabilmesi için aranan özel koşulları düzenlemekte olup, işin ticari iş olup olmamasıyla ilgili değildir⁵⁴. Şöyle ki, ödünç verenin tacir, ödünç alanın esnaf olduğu bir ödünç sözleşmesi, TTK m. 19/2 uyarınca esnaf açısından da hiç şüphesiz ticari iştir. Ancak böyle bir ödünç sözleşmesinde tarafların bileşik faiz uygulanmasını öngörmeleri, TTK m. 8/2, c. 2'nin “Şu şartla ki, bu fıkra, sözleşenleri tacir olmayanlara uygulanmaz.” hükmü karşısında geçerli olmayacaktır. Dolayısıyla TTK m. 8/2, c. 2 düzenlemesi, taraflardan birisinin tacir olduğu, diğerrinin ise tacir sıfatını taşımadığı ödünç sözleşmelerinin ticari iş olarak nitelendirilmeyeceğini değil, bu durumda bileşik faiz uygulamasının hüküm ifade etmeyeceğini vurgulamaktadır⁵⁵. Bunun gibi HMK m. 222/3 düzenlemesi de, bir tacirin ticari defter kayıtlarının sahibi ve halefleri lehine delil olarak kabul edilebilmesi için diğerr tarafın da tacir olması gerektiğini belirtmektedir.

III. TİCARİ İŞ VE TÜKETİCİ İŞLEMİ AYRIMI

1. Genel Olarak Tüketici İşlemi

Daha önce de değinildiği üzere, ticari işler, TTK hükümlerine tâbi iken, adi işler, başta TMK ve TBK olmak üzere genel hükümlere tâbidir. Tüketici işlemi olarak nitelendirilen işler hakkında ise, öncelikle TKHK hükümleri, TKHK'da hüküm bulunmayan hallerde ise, genel hükümler uygulanacaktır (TKHK m. 83/1).

tüketici kapsamına sokulamayacağını, sadece tacir olmayan tüzel kişilerin, örneğin ticari işletme işletmeyen dernek veya vakfın tüketici sayılabileceği görüşünü ifade etmekte, bu doğrultudaki Yargıtay kararlarını da örnek göstermektedir.

⁵¹ Ülgen/Helvacı/Kaya/Nomer Ertan, s. 73; Ayhan/Çağlar/Özdamar, s. 22; Arkan, İşletme, s. 75; Bozer/Göle, s. 56.

⁵² RG. T. 04.02.2011, S. 27836.

⁵³ Ülgen/Helvacı/Kaya/Nomer Ertan, s. 73.

⁵⁴ Arkan, İşletme, s. 75.

⁵⁵ Ayhan/Çağlar/Özdamar, s. 22, dp. 35.

Tüketici işlemi kavramı TKHK'da tanımlanırken kapsamı çok geniş tutulmuştur⁵⁶. Bu durum, ticari iş kavramı ile tüketici işlemlerinin çoğu noktada kesişmesi sonucunu doğurmuştur. Bununla birlikte, TTK ve TKHK'da aynı konular hakkında farklı yönde düzenlemelere rastlamak da mümkündür. Bu nedenle bir uyuşmazlık söz konusu olduğunda, öncelikle uyuşmazlık konusu işin niteliği tespit edilmeli ve buradan hareketle de hangi kanun hükümlerinin uygulanacağı belirlenmelidir⁵⁷.

Tüketici işlemi TKHK m. 3/1-1'de *“Mal veya hizmet piyasalarında kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla hareket eden veya onun adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiler ile tüketiciler arasında kurulan, eser, taşıma, simsarlık, sigorta, vekâlet, bankacılık ve benzeri sözleşmeler de dâhil olmak üzere her türlü sözleşme ve hukuki işlem”* şeklinde tanımlanmıştır.

Hükmün kenar başlığında her ne kadar *“tüketici işlemi”* kavramı kullanılmış olsa da, hükmün içeriğinde hem *“tüketici”* hem *“satıcı”* hem de *“sağlayıcı”* taraflarından söz edilmesi ve bazı sözleşme türlerinin de zikredilmesi karşısında, buradaki *“işlem”* ifadesinden anlaşılması gereken *“sözleşmedir”*⁵⁸. Bundan sonraki açıklamalarımızda öncelikle tüketici işleminin (sözleşmesinin) tarafları üzerinde durulacak, ardından da unsurlarına değinilecektir.

2. Tüketici İşleminin Tarafları

Bir işlemin tüketici işlemi olarak nitelendirilebilmesi için, taraflarının belli sıfatlara sahip olması aranmıştır. TKHK m. 3/1-1'de yer alan tanımından hareketle tüketici işleminin taraflarının *“tüketici”* ve *“satıcı/sağlayıcı”* olduğu söylenebilir.

A. Tüketici

a) Tüketici Kavramı

Tüketici kavramı TKHK m. 3/1-1'de, *“ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket eden gerçek veya tüzel kişi”* şeklinde tanımlanmıştır. Buna göre, bir mal veya hizmeti ticari veya mesleki olmayan amaçlarla edinen veya kullanan ya da bu mal veya hizmetten yararlanan gerçek veya tüzel kişi, tüketici olarak nitelendirilecektir. Buradan da anlaşılacağı üzere, tüketici, bir mal veya hizmeti, *“ticari veya mesleki olmayan amaçlarla”* satın alan veya bunlardan yararlanan kişidir. Yani ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket etme hususu, tüketici

⁵⁶ Bkz. TKHK m. 3/1-1 : *“...eser, taşıma, simsarlık, sigorta, vekâlet, bankacılık ve benzeri sözleşmeler de dâhil olmak üzere her türlü sözleşme ve hukuki işlem.”*

⁵⁷ Aktürk İpek Yücer: *“Tüzel Kişi Tacirin Tüketici Sıfatı”*, GÜHFD 2016, C. XX, S. 2, s. 111.

⁵⁸ Gümüş Mustafa Alper: 6105 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, C. 1, İstanbul 2014, s. 9; Bahtiyar/Biçer, s. 397; Ozanoğlu, Tüketici Sözleşmeleri, s. 77.

sıfatının kazanılması için kilit bir rol üstlenmektedir⁵⁹. Dolayısıyla ticari veya mesleki amaçlarla hareket eden bir kişi, tüketici olarak nitelendirilemeyecek ve TKHK'nın tüketicilere sağladığı korumalardan yararlanamayacaktır⁶⁰.

Tüketicinin, kendi ihtiyacı veya başkaca bir özel amaç için, kâr veya çıkar amacı gütmeksizin, nihai olarak kullanmak veya tüketmek için bir mal veya hizmet alması halinde, ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket ettiği söylenebilir. Örneğin tüketici tarafından edinilen bir mal, kullanılacak ve zaman içerisinde değer kaybına uğrayacaktır. Yani burada malın aşınması, şekil değiştirmesi, değerinin düşmesi gibi durumlar söz konusudur⁶¹. Bunun tersi ihtimalde, yani ticari veya mesleki amaçla hareket edilmesi ihtimalinde ise, mal veya hizmetin herhangi bir şekilde ticari hayata geri dönerek, kendi maliyetinin en azından bir kısmını geri kazandırması söz konusudur⁶².

a) Gerçek ve Tüzel Kişiler Açısından Tüketici Sıfatı

(1) Gerçek Kişiler Açısından

TKHK m. 3/1-k hükmünde yer alan tüketici tanımından hareketle, tüketici sıfatının başta “gerçek kişiler” açısından söz konusu olabileceği söylenebilecektir.

TKHK m. 3/1-k düzenlemesi, gerçek kişi tacirler açısından ayrı bir öneme sahiptir. Zira her ne kadar TTK m. 19/1 uyarınca gerçek kişi tacir, borçlarını adi nitelikte kılma imkânına sahip olsa da, TKHK kapsamında tüketiciye sağlanan korumadan yararlanabilmesi için tüketici sıfatına sahip olması gerekmektedir. Dolayısıyla gerçek kişi tacir, ticari veya mesleki olmayan amaçla hareket

⁵⁹ “Açıklanan tanım gereği tüketici sıfatının kazanılabilmesi ticari ve mesleki olmayan amaçlarla hareket edilmesine bağlıdır ve bu tanımdan kanun koyucunun tüketici hukukunun uygulama alanının belirlenmesinde temel olarak “amaç” esaslı işlevsellik ölçütünü kullandığı sonucuna varılmaktadır. Nitekim hukuki işlemin karşı tarafı olan satıcı ve sağlayıcılara ilişkin tanımlarda da (TKHK., m. 3/f-g) “ticari ve mesleki amaçlarla hareket eden” denilmek suretiyle aynı ölçüte vurgu yapılmıştır”. (Yarg. HGK. 22.11.2018, E. 2017/13-1982, K. 2018/1752, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, E.T.: 17.02.2020).

⁶⁰ Bahtiyar/Biçer, s. 400-402; Deryal Yahya/Korkmaz Yakup: Yeni Tüketici Hukuku Ders Kitabı, Yeni Kanuna Göre Yeniden Yazılmış ve Güncellenmiş 3. bs., Ankara 2015, s. 51; Aslan İ. Yılmaz: Tüketici Hukuku Dersleri, Güncellenmiş 5. bs., Bursa 2014, s. 3; Aydoğdu, s. 59, 60.

⁶¹ Bahtiyar/Biçer, s. 411; Aktürk, s. 114; Taşkın Mustafa: “Tüzel Kişilerin ve Şirketlerin Tüketici Vasfı”, ABD 1997, S. I, s. 31.

⁶² “Bu temel ölçüt dikkate alındığında; tüketici işleminden söz edebilmek için hukuki işleme konu olan mal veya hizmetin, tüketici olan alıcının uhdesinde kalması, malın ticari hayata geri dönmemesi, ödenen maliyetin geri kazanılmaması, başka bir malın hammaddesi veya yarı mamul maddesi olarak kullanılmaması gerekir. Böyle olunca, bir malı olduğu gibi ya da işleyerek bir başkasına satmak veya çıkar karşılığı devretmek üzere satın alan, yani kendisi de satıcı konumuna girecek olan kişiler tüketici sayılmazlar”. (Yarg. HGK. 22.11.2018, E. 2017/13-1982, K. 2018/1752, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, E.T.: 17.02.2020).

ettiği durumlarda, gerekli diğer şartları da taşıyorsa, tüketici sıfatına sahip olacağından, yaptığı işlemler tüketici işlemi olarak nitelendirilecek ve bu işlemlerde TKHK hükümleri uygulama alanı bulacaktır⁶³.

(2) Tüzel Kişiler Açısından

(a) Genel Olarak

TKHK m. 3/1-k düzenlemesi, “tüzel kişiler” için de tüketici sıfatını mümkün kılmaktadır. Bu noktada tüzel kişi tacirlerin durumunu incelerken, ticaret şirketleri ile diğer tüzel kişi tacirleri ayrı ayrı değerlendirmek daha isabetli olacaktır.

(b) Ticaret Şirketleri Açısından

Öğretide savunulan hâkim görüşe göre⁶⁴, ticaret şirketlerinin tüketici olarak nitelendirilmesi mümkün değildir. Zira TTK m. 19/1 hükmü, gerçek kişi tacirler açısından öngördüğü istisnaları tüzel kişi tacirler açısından kabul etmemiş ve onlar için adi iş sahasının oluşmasına imkân tanımamıştır. Dolayısıyla ticaret şirketlerinin bütün işlemleri ticari iş olarak kabul edilecek ve bu işlemler TKHK'nın kapsamı dışında kalacaktır. Bu görüşü benimsediği bir kararında⁶⁵ Yargıtay, taraflar arasında yapılan kredi sözleşmesinin başlığında “tüketici kredisi sözleşmesi” yazmasının, bu işlemi tüketici işlemi kılmayacağı, kredi kullanarak işletmesinde kullanmak üzere araç satın alan şirketin tüketici olarak nitelendirilemeyeceği ve yaptığı işlemin tüketici işlemi değil ticari iş niteliğinde olduğu yönünde görüş bildirmiştir. Bir başka kararında⁶⁶ ise, eTTK m. 21/1'deki (TTK m. 19/1) istisnaların, yalnızca gerçek kişi tacirler açısından öngörüldüğü ve tacir olan tüzel kişilerin özel işlemleri olamayacağından bahisle, ticari ortaklık adına araç satın alınması halinde, ticari ortaklığın tüketici olarak nitelendirilemeyeceği yönünde görüş bildirmiştir.

Bu hususta ileri sürülen diğer görüşe göre⁶⁷, ticaret şirketlerinin yaptıkları işlemlerden “tüketim amacı taşıyanlar”, yani ticari veya mesleki bir gelir elde

⁶³ Aydoğdu, s. 62; Deryal/Korkmaz, s. 54; Narbay/Akkuş, s. 852; Akkuş, s. 107.

⁶⁴ Arslanlı, s. 28; İmregün, s. 23; Ülgen/Helvacı/Kaya/Nomer Ertan, s. 73; Poroy/Yasaman, s. 90; Arkan, İşletme, s. 74; Bozer/Göle, s. 89; Gümüş, s. 31; Aslan, s. 5; Arkan Sabih: “Tüketici Kredileri”, Batider 1995, C. 18, S. 1-2, s. 36; Aydoğdu, s. 60; Deryal/Korkmaz, s. 60.

⁶⁵ Yarg. HGK. 21.09.2011, E. 2011/19-500, K. 2011/550 (www.emsal.yargitay.gov.tr, E.T.: 17.02.2020).

⁶⁶ Yarg. 11. HD. 26.06.1997, E. 1997/1815, K. 1997/5112; Yarg. 11. HD. 15.05.2017, E. 2016/1337, K. 2017/2910 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, E.T.: 17.02.2020).

⁶⁷ Poroy Reha: “Tüketicinin Korunmasına İlişkin Bazı Özel Hukuk Sorunları”, Ord. Prof. Dr. Halil Arslanlı'nın Anısına Armağan 1978, s. 524; Aktürk, s. 118 vd.; Ayhan/Çağlar/Özdamar, s. 21; Ozanoğlu, Tüketici Sözleşmeleri, s. 72; Taşkın, s. 34-37; Battal Ahmet, “Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Yönünden Tacirlerin Tüketici Sıfatı”, Prof. Dr. Ali Bozer'e Armağan 1998, s. 322.

etme amacı bulunmayanlar tüketici işlemi olarak kabul edilmeli ve ticaret şirketleri bu işlemler açısından TKHK'nın sağladığı korumadan yararlanmalıdır. Dolayısıyla bu görüşe göre, ticaret şirketlerinin, ticari işletmeleri ile ilgili olmayan, örneğin faaliyet konusu dışında kalan mal ve hizmet edinimleri açısından tüketici sıfatına sahip olabilecekleri kabul edilmelidir. Yargıtay da bir kararında⁶⁸, eTTK m. 21 hükmünün, işletmesinin ihtiyacı kadar (örneğin temizlik maddeleri, soğutma cihazları, kırılan kapı kilidinin değiştirilmesi gibi) mal alan ticaret şirketinin tüketici olarak nitelendirilmesine engel teşkil etmeyeceği, bu sebeple ticaret şirketlerinin de tüketici kavramı içerisinde değerlendirilebileceği yönünde görüş bildirmiştir.

TKHK, tüketiciyi tanımlarken ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket etme hususunu esas almaktadır. Bu nedenle ticaret şirketlerinin tüketici sıfatına sahip olup olamayacağının belirlenmesi için, öncelikle bu şirketlerin, ticari veya mesleki bir amaç taşımaksızın hareket edebilecekleri bir alan bulunup bulunmadığının tespit edilmesi gerekmektedir⁶⁹. Kanaatimizce ticaret şirketleri, varoluş amaçlarının bir sonucu olarak, ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket edebilecekleri bir alana sahip değildir⁷⁰. Zira ticaret şirketlerinin her türlü işlemleri doğrudan veya dolaylı olarak ticari işletmeleri ve dolayısıyla ticari faaliyetleri ile ilgilidir⁷¹. Örneğin tekstil alanında faaliyet gösteren bir şirketin, işçilerinin yemek ihtiyacı için gıda malzemesi alması veya bu şirketin, yöneticilerinin ihtiyacı için, onlara tahsis edilen odalara buzdolabı, klima vs. satın alması gibi durumlarda, her ne kadar yapılan işlemler ticaret şirketlerinin faaliyet alanı dışında kalan hususlar olsa da, bu olasılıklarda da dolaylı olarak şirketin ticari veya mesleki amaçlarına hizmet eden işler söz konusudur. Bu örneklerde verilen durumlar, işçilerin ve yöneticilerin tüketimleri kapsamında değerlendirilebilir de, onların bu ihtiyaçları, şirketin ticari veya mesleki amacı doğrultusunda çalışabilmesine hizmet etmektedir. Yani şirket, bu kişilerin tüketim ihtiyaçlarını giderirken dahi kendi ticari veya mesleki amaçları doğrultusunda hareket etmektedir⁷². Ayrıca belirtmek gerekir ki, ticaret dünyasının zayıf tarafı olan tüketicileri korumak maksadı taşıyan TKHK'nın, ticaret şirketlerine uygulanması Kanununun amacına da ters

⁶⁸ Yarg. 19. HD. 06.07.1999, E. 1999/3932, K. 1999/4621 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, E.T.: 18.02.2020).

⁶⁹ Aktürk, s. 116; Narbay/Akkuş, s. 854; Akkuş, s. 109.

⁷⁰ Narbay/Akkuş, s. 854; Akkuş, s. 109.

⁷¹ Narbay/Akkuş, s. 854; Akkuş, s. 109.

⁷² Şirket müdürünün konutunda kullanılmak üzere şirket tarafından alınan kalorifer kazanının ayıplı çıkmasından doğan uyuşmazlığa ilişkin bir kararda (Yarg. 19. HD. 15.02.2016, E. 2015/10751, K. 2016/2252) Yargıtay, TTK m. 19/1'in tüzel kişiler açısından adi iş sahasına imkân tanımadığından bahisle, söz konusu işlem açısından davacı şirketin tüketici olarak nitelendirilemeyeceği yönünde görüş bildirmiştir (www.emsal.yargitay.gov.tr, E.T.: 18.02.2020).

düşecek⁷³, örneğin, bir gerçek kişi tacirden mal alan ticaret şirketinin, gerçek kişi tacir karşısında korunması gibi taraflar arası dengenin bozulduğu sonuçları da beraberinde getirebilecektir. Dolayısıyla yukarıda işaret edilen hâkim görüşün ileri sürdüğü gerekçeye ilaveten açıkladığımız bu gerekçelerle, ticaret şirketleri açısından tüketici sıfatının söz konusu olamayacağı kanaatindeyiz⁷⁴.

(c) Ticaret Şirketleri Dışında Kalan Tüzel Kişi Tacirler Açısından

Gerçek kişilerin yanı sıra tüzel kişiler için de tüketici sıfatını mümkün kılan TKHK m. 3/1-k hükmü, ticaret şirketleri dışında kalan tüzel kişi tacirler açısından büyük önem arz etmektedir. Zira daha önce de belirttiğimiz üzere, TTK m. 19/1 hükmü, gerçek kişi tacirler için iki istisnai halde adi iş sahasına imkân verirken; tüzel kişi tacirler açısından böyle bir imkân tanımamaktadır. Oysa ticaret şirketleri dışında kalan diğer tüzel kişi tacirlerin, ticari işletmeleri ile ilgili olmayan iş sahaları da mevcuttur⁷⁵. Bu nedenle ticaret şirketleri dışında kalan tüzel kişi tacirlerin ticari işletmeleri ile ilgili olmayan işleri, adi iş niteliğinde olacaktır⁷⁶. Bununla birlikte, eğer gerekli şartları taşıyorsa, bu işler TKHK m. 3/1-l kapsamında tüketici işlemi, bu işleri yapan tüzel kişiler de m. 3/1-k kapsamında tüketici olarak değerlendirilecektir⁷⁷. Böylelikle TTK m. 19/1 hükmü nedeniyle bu tarz işlerin de ticari iş sayılması gibi bir sonucun önüne geçilmiş olacaktır.

B. Satıcı/Sağlayıcı

Satıcı ve sağlayıcı kavramları TKHK m. 3/1-ı ve m. 3/1-i'de tanımlanmıştır. TKHK m. 3/1-i'ye göre satıcı, *“Kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla tüketiciye mal sunan ya da mal sunanın adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiyi”* ifade etmektedir. Sağlayıcı ise, TKHK m. 3/1-i'da *“Kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla tüketiciye hizmet sunan ya da hizmet sunanın adına ya da hesabına*

⁷³ 6502 sayılı TKHK'nın gerekçesi için bkz. <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ss490.pdf>

⁷⁴ Narbay/Akkuş, s. 855; Akkuş, s. 110.

⁷⁵ Narbay/Akkuş, s. 855; Akkuş, s. 112.

⁷⁶ Arslanlı, s. 28; İmregün, s. 23; Göktürk, s. 19, 20. Aksi yönde bkz. Poroy/Yasaman, s. 90; Akkuş, s. 112.

⁷⁷ İnal H. Tamer: 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanuna Göre Hazırlanmış Tüketici Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 3. bs., Ankara 2014, s. 285; Bahtiyar/Biçer, s. 404, 405; Aydoğdu, s. 60,61; Gümüş, s. 30, 31; Narbay/Akkuş, s. 855; Akkuş, s. 112; Ozanoğlu Hasan Seçkin: “Mukayeseli Hukuk ve Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Açısından Tüketiciyi Koruyan Düzenlemelerin Kişi Bakımından Uygulanma Alanı”, Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman'nın Anısına Armağan 2000, s. 690; Ozanoğlu, Tüketici Sözleşmeleri, s. 81; Oral Tuğçe: “Tüketici Sözleşmelerinin Uygulama Alanı ve Ticari ve Adi Sözleşmelerden Ayrılması”, TAAD 2013, S. 13, s. 567; Battal, Tüketici, s. 326. Aksi yönde bkz. Tutumlu Mehmet Akif: Tüketici Yargılaması Hukuku, Ankara 2015, s. 77-79.

hareket eden gerçek veya tüzel kişi” şeklinde tanımlanmıştır⁷⁸.

TKHK m. 3/1-1’de yer alan tüketici işlemi tanımından hareketle, tüketici işlemi niteliğine sahip bir sözleşmede, tüketicinin karşısında bulunan tarafın, tüketici işleminin konusu olan mal veya hizmeti sunmayı meslek edinmiş olan ve bunu kazanç sağlama amacıyla yapan bir kişi, yani satıcı/sağlayıcı olması gerektiği söylenebilir⁷⁹. Bu nedenle, örneğin bir kişinin, iş arkadaşının arabasını satın alması durumunda, her ne kadar tüketim amacı olsa da, ne yapılan işlem tüketici işlemidir ne de aracını satan kişi TKHK kapsamında satıcı sıfatına sahiptir. Zira burada bir defaya mahsus yapılan bir satış söz konusu olup, bu iş, aracını satan kişi tarafından meslek edinilmemiştir. Ayrıca belirtmek gerekir ki, TKHK’nın temel amacı zayıf konumda olan tüketiciyi koruma olduğundan, eşitler arasındaki böyle bir sözleşmeye TKHK hükümlerinin uygulanması mümkün değildir. Burada tarafların menfaatlerinin dengelenmesi açısından genel hükümlerin uygulanması gerekecektir⁸⁰.

Bunun gibi Yargıtay’ın bir kararında⁸¹, “... *Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde arsa sahibi açısından güdülen amaç kullanmak için konut edinmek değil arsasını değerlendirmektir. Bu nedenle, arsa sahibinin arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi imzalarken güttüğü saikin 6502 sayılı Kanunda tanımlanan tüketicinin saikinden farklı olduğu gözden kaçırılmamalıdır. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerine konu işin üst düzey teknolojiyi gerektirmesi, sözleşme kapsamında taşınmaz satış vaadi ve inşaat sözleşmelerinin de bulunduğu nazara alındığında 6502 sayılı Kanunda kanun koyucunun salt kullanma ve tüketme amacına yönelik mutfak, dolap yaptırmak araç tamiri yapmak gibi dar kapsamlı eser sözleşmelerini kastettiği, arsa karşılığı inşaat sözleşmelerinin ise bu kapsamda olmadığı kabulü gerekir.*

Bu durumda eldeki davada uyuşmazlık 6502 sayılı Kanun kapsamında kalmadığından, davanın HMK’nın 2. maddesi uyarınca genel hükümlere göre İstanbul Asliye Hukuk Mahkemesinde görülüp sonuçlandırılması

⁷⁸ Bu hükümlerde “ticari veya mesleki” ifadesinin kullanılması eleştirilmiş, bunun “ticari ve mesleki” şeklinde anlaşılması gerektiği ifade edilmiştir. Zira aksi halde, örneğin elindeki fazla kitaplardan bir kısmını ticari kazanç elde etmek amacıyla satan kişi ile ondan bu kitapları satın alan kişi arasındaki işlemin tüketici işlemi olarak nitelendirilmesi ve bunun neticesinde de eşitler arasında gerçekleşen böyle bir işlemin bir tarafının tüketici sıfatı nedeniyle diğerine karşı TKHK kapsamında korunması gibi bir sonuçla karşı karşıya kalınacaktır. Oysa, olması gereken hukuk açısından düşünüldüğünde, böyle bir ilişkinin genel hükümlere tabi olması gerekmektedir. Bu hususta ayrıntılı bilgi ve değerlendirmeler için bkz. *Gümüş*, s. 14 vd.

⁷⁹ Aydoğdu, s. 64; Deryal/Korkmaz, s. 67; Aslan, s. 7; Gümüş, s. 15.

⁸⁰ Aydoğdu, s. 64, 65; Bahtiyar/Biçer, s. 409.

⁸¹ Yarg. 20. HD., T. 13.02.2020, E. 2019/6341, K. 2020/687 (www.emsal.yargitay.gov.tr, E.T.: 30.05.2020). Benzer doğrultuda bkz. Yarg. 23. HD., T. 23.10.2019, E. 2016/8672, K. 2019/4467 (www.emsal.yargitay.gov.tr, E.T.: 30.05.2020).

gerekmektedir.” şeklindeki açıklamalarıyla, arsa payı inşaat sözleşmelerinin, adı geçen bu sözleşmenin özellikleri dikkate alındığında TKHK kapsamında değerlendirilmeyeceğini, kanaatimizce isabetli bir şekilde ortaya koymuştur.

3. Tüketici İşlemi – Ticari İş Kavramlarının Karşılaştırması

A. Uygulanacak Hükümler

6502 sayılı TKHK m. 3/1/b. l’de tüketici işlemi tanımlanırken, örneksene yoluyla bazı sözleşme türleri de sayılmıştır. Bu durumun bir sonucu olarak, TTK m. 3 ve TTK m. 19 uyarınca ticari iş olarak nitelendirilecek pek çok husus, TKHK kapsamında tüketici işlemi kapsamına da girebilmektedir. Yani tüketici işlemi sahasının, tüketicinin korunması amacıyla, ticari iş sahası aleyhine genişlemesi söz konusudur⁸². Bu da ticari iş ve tüketici işlemi niteliklerinin her ikisini de bünyesinde barındıran hususlara hangi kanun hükümlerinin uygulanacağı sorununu beraberinde getirmektedir. Bu sorunun çözümü için öncelikle ticari iş sahasının sınırlarının nerede sona erdiğinin belirlenmesi gerekmektedir⁸³.

“Kapsam” kenar başlıklı 6502 sayılı TKHK m. 2’ye göre bu Kanun, tüketici işlemi ve uygulamalarını kapsamaktadır. Yine aynı Kanunun m. 83/2 hükmüne göre, bir tarafı tüketici olan işlemler hakkında diğer kanunlarda düzenleme bulunması, bu işlemlerin tüketici işlemi olarak nitelendirilmesini engellemeyecektir. Bu hükümler doğrultusunda, kanun koyucunun, ticari iş olarak nitelendirilebilecek işlemlerin bir tarafının tüketici olmasının, bu işlemlerin ticari iş niteliğine hanel getirmeyeceğini ve aynı zamanda tüketici işleminin varlığının da zarar görmeyeceğini kabul ettiğini söylenebilir⁸⁴. Her ne kadar böyle bir sonuç ortaya çıksa da, kanaatimizce, bu iki tür işe bağlanan sonuçların bazı noktalarda birbiriyle çelişmesi⁸⁵ nedeniyle, bir işin aynı anda hem ticari iş hem de tüketici işlemi olarak nitelendirilmesi mümkün olmayıp, ticari iş sahasının sınırları, tüketici işleminin başladığı yerde sona erecektir⁸⁶.

⁸² Göktürk, s. 40; Ayhan/Çağlar/Özdamar, s. 24; Çıtır Eren: “Ticari İş–Tüketici İşlemi İlişkisi”, GÜHFD, C. XX, S. 3, s. 45.

⁸³ Göktürk, s. 40.

⁸⁴ Bkz. Ayhan/Çağlar/Özdamar, s. 24; Yılmaz Ejder/Yardım M. Ertan: Milli Şerh 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, Editörler: Tokbaş Hakan/Tüzüner Özlem, İstanbul 2016, s. 1188.

⁸⁵ Örneğin tüketicinin edimlerine karşılık alınan şahsi teminatlar, her ne isim altında olursa olsun adı kefalet sayılırken (TKHK m. 4/6), ticari borçlara kefalet halinde, hem asıl borçlu ile kefil, hem de kefiller arasındaki ilişkilerde müteselsil kefalet esastır (TTK m.7/1-2). Bkz. Bahtiyar/Biçer, s. 418, 419.

⁸⁶ Elektrik aboneliğinden doğan uyuşmazlığa ilişkin bir kararda (Yarg. 3. HD. 05.04.2018, E. 2016/12360, K. 2016/3541) Yargıtay, abonelik tarifesinin ticarethane olarak yapıldığı, davalının 6502 sayılı TKHK kapsamında, ticari veya mesleki olmayan amaçla hareket eden gerçek veya tüzel kişiliğinin bulunmadığının açık olduğu ve dolayısıyla aynı kanun kapsamında tüketici tanımına uymadığından bahisle, söz konusu uyuşmazlığa, 6502 sayılı

Bununla birlikte, TKHK'nın daha sonraki bir kanuni düzenleme olması da göz önüne alındığında, tüketici işlemi kapsamına giren bir işe, ticari iş niteliklerini bünyesinde barındırorsa da, artık TTK değil TKHK hükümlerinin uygulanması gerekecektir⁸⁷.

Tüketici işlemi olarak nitelendirilen işlere TKHK hükümleri uygulanacak olmakla beraber, bu Kanunda hüküm bulunmayan hallerde hangi kanun hükümlerinin uygulanacağı da tespit edilmelidir. Bu amaçla getirilen bir düzenleme olan TKHK m. 83/1 hükmüne göre, TKHK'da hüküm bulunmayan hallerde genel kanun hükümleri uygulama alanı bulacaktır. TKHK'da hüküm bulunmayan hallerde hangi kanun hükümlerinin uygulanacağını belirlerken, TKHK'nın genel amacına uygun olarak tüketicinin korunmasını gözeterek şekilde hareket edilmesi ve hangi kanunun tatbik edilmesi tüketicinin korunmasına hizmet edecek ise o kanunun tercih edilmesi gerektiği söylenebilir⁸⁸. İlgili maddenin gerekçesinde yer alan, *"Bu madde ile tüketici işlemleri ile ilgili tüketici hakem heyetlerinin veya tüketici mahkemelerinin bu Kanunda hüküm bulunmayan konularda genel hükümleri uygulayacaklarına ilişkin düzenleme yapılmıştır. Tüketici sorunlarının büyük bir çoğunluğu sözleşmeler hukukunu ilgilendirdiği için özellikle Türk Borçlar Kanunu hükümleri bu bağlamda büyük önem taşıyacak ve boşlukların doldurulmasında kullanılacaktır"* şeklindeki ifadelerde anlaşılmaktadır ki, genel hüküm ile kastedilen tek bir kanun değildir. Bu doğrultuda her olay ve her husus kendi şartları içerisinde değerlendirilmeli ve uygulanacak genel hükümler tespit edilmelidir. Örneğin tüketici işlemi niteliğindeki bir sigortacılık işleminden ya da bir bankacılık işleminden doğan davada genel hüküm olarak yerine göre TTK, Bankacılık Kanunu⁸⁹ veya Sigortacılık Kanununun⁹⁰ uygulanması söz konusu olabilir.

Tüketici işlemlerine uygulanacak genel hükümlerin belirlenmesinde belki de en önemli hususlardan biri faiz oranları meselesidir. Burada ticari iş ve tüketici işlemi kesişmesinden hareketle, uygulanacak genel hükmün TTK olabileceği akla gelebilir. Ancak bu konuda uygulanacak genel hükmün TBK olduğunu peşinen belirtmek gerekir. TTK m. 8/3 hükmünde tüketicinin korunması

TKHK'nın uygulanmasının mümkün olmadığı sonucuna ulaşmıştır (www.emsal.yargitay.gov.tr, E.T.: 18.02.2020).

⁸⁷ Göktürk, s. 40, 41; Ayhan/Çağlar/Özdamar, s. 23; Çıtır, 47.

⁸⁸ Nitekim TKHK'nın amacına uygun düşen düzenlemelerin uygulama alanı bulacağı hususuna, Burcuoğlu tarafından da, *"Tüketici kanunu hangisi daha fazla tüketiciyi koruyacaksa onu kullanacaktır. Amaç tüketiciyi korumaksa [B]orçlar [K]anunu hükümleri daha fazla koruyacaksa o koruyacak... Amacınız tüketiciyi korumaksa ki öyle, hangisi daha fazla koruyacaksa onu uygulayacaksınız"* ifadeleriyle işaret edilmiştir. Bkz. Haluk Burcuoğlu/Atilla Altop/Ebru Ceylan/Umut Yeniocak/Tamer Şahin, "Borçlar Kanunu'na Getirilen Yenilikler", İZBD, Y. 77, S. 2, s. 88.

⁸⁹ RG., T. 01.11.2005, S. 25983.

⁹⁰ RG., T. 14.06.2007, S. 26552.

hakkındaki hükümlerin saklı tutulması da bu sonucu destekler niteliktedir. Zira söz konusu maddede saklı tutulan hükümler, yani tüketicinin korunması hakkındaki hükümler, genel faiz sınırları hakkında bir kural içermemekte, bu konuyu genel hükümlere bırakmaktadır. Yani TTK m. 8/3, TKHK'yı saklı tutarken; TKHK'da düzenleme bulunmayan durumlar için genel hükümlerin uygulanacağını öngörmektedir. Bu nedenle eğer faiz oranları hususunda TKHK m. 83/1'de genel hükümler ile kastedilenin TTK olduğu kabul edilecek olursa, faize ilişkin düzenlemeler bakımından bu iki Kanun arasında kısır bir döngü ortaya çıkacaktır⁹¹. Dolayısıyla TKHK'nın atfı yaptığı genel hükümlerin TBK olduğu ve genel faiz sınırlarına⁹² ilişkin olarak uygulanması gereken genel hükmün TTK m. 8 değil, TBK m. 88 ve m. 120 olduğu kabul edilmelidir⁹³.

B. Görevli Mahkeme

TKHK m. 73/1 uyarınca, tüketici işlemlerinden ve tüketiciye yönelik uygulamalardan doğabilecek uyuşmazlıklara ilişkin davalarda tüketici mahkemeleri görevlidir⁹⁴. Öte yandan, aksine hüküm bulunmadıkça, asliye ticaret mahkemeleri tüm ticari davalar ile ticari nitelikteki çekişmesiz yargı işlerine bakmakla görevlidir⁹⁵. Bu noktada, dava olunan şeyin değeri veya tutarı önem arz etmez.

TTK m. 5 hükmü, ticari davalar ile ticari nitelikteki çekişmesiz yargı işlerinin asliye ticaret mahkemelerinin görev alanına girdiğini belirtmiş, fakat bunun için kanunda aksine hüküm bulunmaması şartını aramıştır. TKHK m. 73/1'de ise, tüketici mahkemelerinin görev alanı çizilirken tüketici işlemleri ve tüketiciye yönelik uygulamalardan hareket edildiği görülmektedir. Gerek bu düzenlemeler gerekse TKHK'nın tüketici işlemini tanımlarken kapsamı oldukça

⁹¹ Göktürk, s. 41.

⁹² Faiz oranının belirlenmemiş olması ihtimalinde, 3095 sayılı FK hükümlerinin uygulama alanı bulacağını belirtmek gerekir.

⁹³ Göktürk, s. 40, 41.

⁹⁴ Kuru Bakı: İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku, İstanbul 2016, s. 888; Tanrıver Süha: Medeni Usul Hukuku, Tümüyle Gözden Geçirilmiş, Yenilenmiş ve Genişletilmiş 2. bs., Ankara 2018, s. 194; Arslan Ramazan/Yılmaz Ejder/Taşpınar Ayvaz Sema: Medeni Usul Hukuku, 3. Baskı, Ankara 2017, s. 751 vd.; Budak Ali Cem/Karaaslan Varol: Medeni Usul Hukuku, Ankara 2017, s. 41; Bahtiyar/Biçer, s. 422; Aslan, s. 358, 359; Deryal/Korkmaz, s. 232.

⁹⁵ Yarg. 3. HD'nin 14.12.2016 T., E. 2016/8803, K. 2016/14804 sayılı kararında, uyuşmazlığın, taraflar arasındaki sanayi elektrik aboneliği sözleşmesinden kaynaklandığından, bu hususun her iki tarafın da ticari işletmesi ile ilgili olduğundan ve tarafların tüketici sıfatına sahip olmadığından bahisle, görevli mahkemenin asliye ticaret mahkemesi olduğu belirtilmiştir. Ayrıca bkz. Yar. 3. HD'nin 01.11.2017 T., E. 2016/7636, K. 2017/15058; 28.12.2016 T., E. 2016/16344, K. 2016/16817; 19.09.2016 T., E. 2016/11298, K. 2016/10902 ve Antalya BAM 3. HD'nin 26.05.2017, E. 2017/509, K. 2017/431 sayılı kararları (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, E.T.: 19.02.2020).

geniş tutmuş olması göz önünde bulundurulursa, tüketici mahkemelerinin görev alanının oldukça genişletilmiş olduğu anlaşılacaktır⁹⁶. Zira TTK m. 5 hükmünün kanunda aksine hüküm bulunmaması şartını aramasının ve TKHK m. 73/1 düzenlemesinin sonucu olarak, TTK'da mutlak ticari dava olarak düzenlenen pek çok hususun artık asliye ticaret mahkemeleri yerine tüketici mahkemelerinde görülmesi gerekecektir⁹⁷. Uyuşmazlık konusunun değerine göre tüketici hakem heyetine başvurulması da gerekebilir (TKHK m. 68/1)⁹⁸.

6102 sayılı TTK ve sonraki tarihli 6502 sayılı TKHK'nın bu düzenlemeleri neticesinde böyle bir durumun ortaya çıkmış olması, mutlak ticari dava kavramıyla bağdaşmadığı ve ticari davalara bakma konusunda uzmanlaşmış ticaret mahkemelerini devre dışı bıraktığı gibi gerekçelerle eleştirilmiştir⁹⁹. Yapılan eleştiriler haklı olmakla birlikte, gerek yukarıda anılan kanuni düzenlemelerden gerekse TKHK m. 83/1'de, bir tarafın tüketici olduğu işlemler ile ilgili başka kanunlarda düzenleme olmasının, *bu kanunun görev ve yetkiye ilişkin hükümlerinin uygulanmasına engel teşkil etmeyeceğinin* kabul edilmiş olmasından hareketle, anılanın dışında bir sonuca varmak da mümkün görünmemektedir¹⁰⁰.

Meseleye olması gereken hukuk açısından bakıldığında ise, tüketici mahkemelerinin görev alanının bu kadar geniş tutulmasının isabetli bir tercih olarak değerlendirilemeyeceği açıktır¹⁰¹. Zira bu durumun sonucunda, mutlak ticari dava niteliğindeki pek çok husus, konunun uzmanı ticaret mahkemeleri yerine, deyim yerindeyse "torba mahkeme" haline gelen ("getirilen") tüketici mahkemeleri eliyle çözümlenmeye çalışılacaktır. Tüketici işlemi tanımının ve

⁹⁶ Yılmaz/Yardımlı, s. 1186; benzer değerlendirmeler için bkz. Somer Pervin, "Tüketici Uyuşmazlıklarında Alternatif Çözüm Yolu Olarak Arabuluculuk ve Avantajları", Tüketici Hukukunun Güncel Sorunları, İstanbul 2020, s. 100.

⁹⁷ Bir kararında Yargıtay (Yarg. 13. HD. 23.05.2016, E. 2016/12104, K. 2016/13266), uyuşmazlığın senet iptaline ilişkin olduğundan, senedin daire satış sözleşmesi gereği verilen sıralı senet olduğundan ve senedin temelinin teşkil eden ilişkinin tüketici işlemi olduğundan bahisle, davaya bakmaya görevli mahkemenin tüketici mahkemesi olduğuna karar vermiştir. Aynı yönde bkz. Yarg. 17. HD. 08.12.2016, E. 2016/12624, K. 2016/11308; İzmir BAM 11. HD. 27.04.2017, E. 2017/600, K. 2017/449 (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, E.T.: 19.02.2020). Bu yönde açıklamalar için bkz. Çabri Sezer: 6502 Sayılı Kanun'a Göre Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, Ankara 2016, s. 1044.

⁹⁸ Tanrıver, s. 194, 195; Bahtiyar/Biçer, s. 422; Özmumcu Seda: "6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un Hükümleri ve Yargıtay Kararları Çerçevesinde Tüketici Mahkemelerinin Görev Alanına Giren Uyuşmazlıklara Genel Bir Bakış", DEÜHFD, C. 16, Özel Sayı Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan, Y. 2014 (Basım Yılı: 2015), s. 840, 841.

⁹⁹ Ülgen/Helvacı/Kaya/Nomer Ertan, s. 128, 129; Arkan, Tüketici, s. 40; Aksoy Sami: "6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun Taşıma Hukukuna Müdahalesi", Batider 2015, C. XXXI, S. 2, s. 335; Yılmaz/Yardımlı, s. 1192.

¹⁰⁰ Aynı yönde bkz. Bahtiyar/Biçer, s. 424.

¹⁰¹ Aynı yönde bkz. Bahtiyar/Biçer, s. 424; Yılmaz/Yardımlı, s. 1190.

TKHK m. 73/1 düzenlemesinin sonucunda, görev alanı oldukça genişleyen tüketici mahkemelerinde görev yapacak olan hâkimlerin, bu denli geniş bir dava yelpazesi karşısında yetiştirilmeleri ve uzmanlaşmaları da ayrı bir sorun teşkil edecektir¹⁰².

Ayrıca bu durum, TKHK'nın getiriliş amacı olan tüketicinin korunması ile de pek bağdaşır görünmemektedir¹⁰³. Çünkü örneğin, bir bankacılık işleminden doğan uyuşmazlığın, hemen her konuda uyuşmazlıkları çözümlenmekle uğraşan ve bu nedenle alanında uzmanlaşması pek olanaklı görünmeyen tüketici mahkemeleri¹⁰⁴ yerine, konunun uzmanı ticaret mahkemeleri tarafından, TKHK'nın tüketiciyi koruyucu nitelikteki hükümleri gözetilerek çözümlenmesi, tüketicinin daha yararına olacaktır.

Konu ile ilgili belirtilmek istediğimiz bir diğer husus da şudur ki, TTK m. 4 uyarınca ticari dava sayılan hususların, yukarıda anılan kanuni düzenlemeler neticesinde tüketici mahkemelerinde görülecek olması, onların ticari dava niteliğini ortadan kaldırmaz¹⁰⁵. Daha önce belirttiğimiz, ticari iş ile tüketici işlemi niteliklerinin aynı anda aynı işlem bünyesinde birlikte var olamayacağı savı da bu noktada bir çelişki teşkil etmez. Zira ticari dava niteliği ile ticari iş niteliği birbirinden ayrı hususlar olup, her ticari iş ticari davaya vücut vermediği gibi, ticari davaya ilişkin düzenlemeler yapılırken de ticari iş niteliği değil, uyuşmazlığın çözümünün hâkimin özel bir uzmanlığını gerektirip

¹⁰² Yılmaz/Yardı, s. 1190.

¹⁰³ Benzer bir değerlendirme için bkz. Erişir Evrim: "Tüketici İşlemlerinden Doğan Uyuşmazlıkların Çözümü Usulü", Yeni Tüketici Hukuku Konferansı, Derleyen: İnceoğlu M. Murat, İstanbul 2015, s. 101.

¹⁰⁴ Burada savunduğumuz görüşün aksine ve fakat mevcut kanuni düzenlemelere uygun bir sonuca varılan bir kararında Yargıtay, davacıların murisinin, uyuşmazlık konusu bankacılık işleminde "ticari veya mesleki olmayan amaçlarla" hareket ettiğini vurgulamıştır. Anılan kararda Yargıtay, söz konusu bankacılık işleminin tüketici işlemi olduğu ve bundan doğan uyuşmazlığın TKHK m. 73/1 ve m. 83/2 düzenlemeleri gereği tüketici mahkemelerinde görülmesi gerektiğine karar vermiş ve bu gerekçelerle *asliye ticaret mahkemesi* tarafından verilen hükmü bozmuştur. (Yarg. 11. HD. 14.11.2019 T., E. 2018/1165, K. 2019/7230, www.emsal.yargitay.gov.tr, E.T.: 18.02.2020).

¹⁰⁵ Aynı yönde bkz. Ayhan/Çağlar/Özdamar, s. 92. "TTK'nın 4/1 fık, (f) bendi, 5464 Sayılı Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu ve 5411 Sayılı Bankacılık Kanunu'nun 4/1 fık, (c) bendi düzenlemeleri karşısında, tüketici kredilerinden kaynaklanan özel hukuk uyuşmazlıkları herhangi bir şart aranmaksızın ticari dava olarak kabul edilir. Diğer yandan taraflar arasındaki uyuşmazlık tüketici işlemi niteliğindedir (6502 Sayılı TKHK madde 3/1 fık, (1) bendi)... Ayrıca işlemin tüketici işlemi niteliğinde olması, uyuşmazlığın mutlak ticari dava olarak kabulüne de engel değildir. Tüketici işlemi kavramı ile ticari dava kavramı farklı iki kavram olup her iki kavrama da farklı sonuçlar bağlanmıştır. Tüketici işlemi niteliğindeki özel hukuk uyuşmazlıklarının aynı zamanda ticari dava niteliğinde olması, işlemin tüketici işlemi niteliğini ve bunu bağlanan sonuçları ortadan kaldırmaz." (Ankara BAM. 3. HD. 03.05.2019 T., E. 2019/856, K. 2019/834, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, E.T.: 22.02.2020).

gerektirmediği esas alınmıştır¹⁰⁶. Sonuç olarak TTK m. 4/1 uyarınca ticari dava olarak nitelendirilen bir dava, TKHK hükümleri gereğince tüketici mahkemesi önüne de gitse, söz konusu dava ticari dava özelliğini kaybetmeyecektir.

C. Dava Şartı Arabuluculuk ve Tüketici İşlemi

Önemli bir alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi olan 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu (HUAK)¹⁰⁷ ile hukuk sistemimize dâhil edilen arabuluculuk kurumu, TTK m. 5/A hükmü¹⁰⁸ ile birlikte bazı ticari davalar açısından dava şartı olarak düzenlenmiştir. Buna göre, *ticari davalardan konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri hakkında dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması* zorunludur. Buradan hareketle, ticari nitelikte çekişmesiz yargı işleri ile konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri dışındaki diğer talepleri içeren ticari davalar açısından böyle bir şartın aranmadığı söylenebilecektir. Dava şartı olan arabuluculuk durumunda şayet mahkeme, dava şartı noksanlığını tespit ederse HMK m. 115/2, c. 1 hükmü gereğince davanın usulden reddine karar verecektir.

Daha önce de belirttiğimiz üzere, bir davanın TKHK m. 73 hükmü uyarınca tüketici mahkemelerinde görülecek olması, onun ticari dava niteliğine halel getirmez¹⁰⁹. Bu durumda da tüketici işleminden kaynaklanan ve bununla

¹⁰⁶ Ayhan Rıza: “Son Değişikliklerle Ticari Dava ve Ticaret Mahkemelerinin Görev Sahası Hakkında Getirilen Yenilikler”, BÜHFD, C. 1, Y. 2015, S. 1, s. 21. “*TTK’nın 4/1. maddesine göre, her iki tarafın ticari işletmesiyle ilgili hususlardan doğan ve iki tarafı da tacir olan hukuk davaları ticari dava sayılır. Bu hükmü göre bir davanın ticari dava sayılabilmesi için, hem iki tarafın ticari işletmesini ilgilendirmesi hem de iki tarafın tacir olması gereklidir. Bu şartlar birlikte bulunmadıkça, uyuşmazlık konusunun ticari iş niteliğinde olması veya ticari iş karinesi sebebiyle diğer taraf için de ticari iş sayılması davanın ticari dava olması için yeterli değildir. Ticari iş karinesinin düzenlendiği TTK’nın 19/2. maddesi uyarınca, taraflardan biri için ticari iş sayılan bir işin diğeri için de ticari iş sayılması, davanın niteliğini ticari hale getirmez. TTK, kanun gereği ticari dava sayılan davalar haricinde, ticari davayı ticari iş esasına göre değil, ticari işletme esasına göre belirlemiştir. Hal böyle olunca, işin ticari nitelikte olması davayı ticari dava haline getirmez*”. (Yarg. 20. HD. 05.12.2019 T., E. 2019/5524, K. 2019/7143, www.emsal.yargitay.gov.tr, E.T.: 18.02.2020).

¹⁰⁷ RG., T. 22.06.2012, S. 28331.

¹⁰⁸ 7155 sayılı “Abonelik Sözleşmesinden Kaynaklanan Para Alacaklarına İlişkin Takibin Başlatılması Usulü Hakkında Kanun” m. 20 düzenlemesi ile 6102 sayılı TTK’ya eklenmiştir (RG., T. 18/12/2019, S. 30630).

¹⁰⁹ Aynı yönde bkz. Ayhan/Çağlar/Özdamar, s. 92. “*Somut olayda uyuşmazlık, banka kredi kartı sözleşmesinden kaynaklanmakta olup; dava, 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun yürürlüğe girmesinden sonra 12.01.2015 tarihinde açılmıştır. Davalı, tacir olmayıp 6502 Sayılı Kanun’un 3/1-k maddesi uyarınca tüketicidir. Bu haliyle uyuşmazlığın, anılan Kanunun 73/1 ve 83/2. maddeleri uyarınca, tüketici mahkemesi tarafından çözüme kavuşturulması gerekmektedir. Yukarıda açıklanan nedenlerle ... Tüketici Mahkemesi’nin YARGI YERİ OLARAK BELİRLENMESİNE ... oybirliğiyle karar verildi*”. (Yarg. 20. HD.

birlikte ticari dava niteliğini de bünyesinde barındıran bir davanın, TTK m. 5/A uyarınca zorunlu arabuluculuğa tabi olup olmayacağı sorusu akla gelebilir. Bu noktada HUAK m. 18/A-18 ile TKHK m. 68/1 düzenlemelerini göz önünde bulundurmamak gerekir. HUAK m. 18/A-18'e göre, özel kanunlarda tahkim veya başka bir alternatif uyuşmazlık çözüm yoluna başvurma zorunluluğu öngörülmüşse ya da tahkim sözleşmesi varsa, dava şartı olarak arabuluculuğa ilişkin hükümler uygulanmayacaktır. TKHK m. 68/1'e göre ise, değeri belirli bir meblağın¹¹⁰ altındaki uyuşmazlıklarda tüketici hakem heyetlerine başvuru zorunludur.

Mezkûr hükümlerden hareketle, tüketici mahkemelerinde görülecek olan ve ticari dava niteliğini de bünyesinde barındıran uyuşmazlıkların TTK m. 5/A uyarınca zorunlu arabuluculuğa tabi olup olmadığı değerlendirilirken ikili bir ayırım yapılması daha isabetli olacaktır. Şöyle ki, TKHK m. 68/1'de belirtilen parasal sınırların altında olup da anılan madde uyarınca tüketici hakem heyetlerine başvuru zorunluluğu bulunan davalar, HUAK m. 18/A-18 hükmü dolayısıyla TTK m. 5/A kapsamında zorunlu arabuluculuğa tabi olmayacaktır. Ancak, bu sınırların üzerindeki davalar açısından tüketici hakem heyetine başvuru zorunluluğu öngörülmediğinden, HUAK m. 18/A-18 hükmü uygulanmayacak, kanaatimizce bu davalar, şayet davanın konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri hakkında ise, TTK m. 5/A kapsamında dava şartı arabuluculuğa tabi olacaktır¹¹¹. Aksi halde, uygulamada

04.03.2019, E. 2018/6525, K. 2019/1398, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, E.T.: 30.03.2020). *"Ayrıca işlemin tüketici işlemi niteliğinde olması, uyuşmazlığın mutlak ticari dava olarak kabulüne de engel değildir. Tüketici işlemi kavramı ile ticari dava kavramı farklı iki kavram olup her iki kavrama da farklı sonuçlar bağlanmıştır. Tüketici işlemi niteliğindeki özel hukuk uyuşmazlıklarının aynı zamanda ticari dava niteliğinde olması, işlemin tüketici işlemi niteliğini ve bunu bağlanan sonuçları ortadan kaldırmaz"* (Ankara BAM. 3. HD. 03.05.2019, E. 2019/856, K. 2019/834, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, E.T.: 30.03.2020).

¹¹⁰ İlgili parasal sınırlar için bkz. "6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanununun 68'inci ve Tüketici Hakem Heyetleri Yönetmeliğinin 6'ncı Maddelerinde Yer Alan Parasal Sınırların Artrılmasına İlişkin Tebliğ" (RG., T. 31.12.2019, S. 30995).

¹¹¹ *"Ayrıca işlemin tüketici işlemi niteliğinde olması, uyuşmazlığın mutlak ticari dava olarak kabulüne de engel değildir. Tüketici işlemi kavramı ile ticari dava kavramı farklı iki kavram olup her iki kavrama da farklı sonuçlar bağlanmıştır. Tüketici işlemi niteliğindeki özel hukuk uyuşmazlıklarının aynı zamanda ticari dava niteliğinde olması, işlemin tüketici işlemi niteliğini ve bunu bağlanan sonuçları ortadan kaldırmaz... Ticari dava ve tüketici işlemi niteliğine ilişkin bu şekildeki belirlemelerden sonra somut olayda uyuşmazlık konusunun bir miktar para alacağına ilişkin olduğu, davanın da 19/02/2019 tarihinde açıldığı anlaşılmalı, 6325 Sayılı HUAK'nın 18/A, 2 fıkrasına göre dava açılmadan önce arabulucuya başvurup anlaşamama tutanağının (son tutanağın) aslının veya onaylı örneğinin dava dilekçesine eklenmesi zorunludur. Davanın arabulucuya başvuru yapılmadan doğrudan açıldığı tüm dosya kapsamıyla sabittir. Bu durum davacı tarafın da kabulündedir. Bu durumda, yukarıda yer verilen yasal mevzuat ve açıklamalara göre davacı tarafından, 6325 Sayılı HUAK'nın 18/A, 2 fıkrasına göre dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmadığı anlaşılan*

oldukça çok karşılaşılabilecek olan tüketici işlemlerinden doğan ticari davaların, TTK m. 5/A hükmü kapsamında çıkması ve dolayısıyla söz konusu hükmün uygulama alanının oldukça daralması sonucu ortaya çıkacaktır. Bu da ticaret mahkemelerinin iş yükünü hafifletmeye yönelik olarak getirilen hükümler tüketici mahkemelerinin iş yükünün artması sonucuna kapı aralayacaktır.

Belirtmek gerekir ki bu değerlendirmeler, mevcut kanun hükümleri çerçevesinde yapılmıştır. Bu çalışmanın yayıma hazırlandığı süreçte TBMM Başkanlığına sunulan ve son durumu Komisyonunda olarak görülen “*Hukuk Muhakemeleri Kanunu İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Teklifi*” kapsamında TKHK’ya eklenmesi planlanan 73/A¹¹² maddesinde, yukarıda işaret ettiğimiz sorunlu hususa yönelik değişiklikler öngörülmektedir. Dava şartı arabuluculuğa tabi uyuşmazlıkların kapsamını genişletmeye yönelik bu düzenlemeyle birlikte, TKHK m. 68/1’de belirtilen parasal sınırların üzerinde olması sebebiyle tüketici hakem heyetlerinin görev kapsamına girmeyen ve doğrudan tüketici mahkemelerinde dava açılacak olan uyuşmazlıklar, dava şartı arabuluculuğa tabi tutulacaktır. Böylelikle yukarıda dolaylı olarak ifade ettiğimiz sonuca, somut bir kanun hükmüyle ve bu kez TTK m. 5/A kapsamında değil TKHK hükümleri kapsamında ulaşılabilecektir. Bununla

ticari dava niteliğindeki uyuşmazlığa ilişkin olarak itirazın iptali talebi ile açılan davanın usulden reddi gerekmektedir. .” (Ankara BAM. 3. HD. 03.05.2019, E. 2019/856, K. 2019/834, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, E.T.: 22.02.2020). Aksi yönde bkz. Ayhan/Çağlar/Özdamar, s. 82. Ayrıca bkz. Somer, s. 101, yazar, tüketici mahkemelerinde görülen bazı uyuşmazlıkların, nispi veya mutlak ticari dava olmaları halinde dava şartı arabuluculuk kapsamına olacağını belirtmiş ve fakat burada yaptığımız türden bir ayırım yapmamıştır.

¹¹² TKHK’ya eklenmesi planlanan hüküm şu şekildedir:

“Dava şartı olarak arabuluculuk

MADDE 73/A- (1) Tüketici mahkemelerinde görülen uyuşmazlıklarda dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır. Şu kadar ki aşağıda belirtilen hususlarda dava şartı olarak arabuluculuğa ilişkin hükümler uygulanmaz:

a) Tüketici hakem heyetinin görevi kapsamında olan uyuşmazlıklar.

b) Tüketici hakem heyeti kararlarına yapılan itirazlar.

c) 73 üncü maddenin altıncı fıkrasında belirtilen davalar.

ç) 74 üncü maddede belirtilen davalar.

d) Tüketici işlemi mahiyetinde olan ve taşınmazın aynından doğan uyuşmazlıklar.”

(2) 7/6/2012 tarihli ve 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanununun 18/A maddesinin onbirinci fıkrası tüketici aleyhine uygulanmaz.

(3) Arabuluculuk faaliyeti sonunda taraflara ulaşılamaması, taraflar katılmadığı için görüşme yapılamaması veya tarafların anlaşmaları ya da anlaşamamaları halinde tüketicinin ödemesi gereken arabuluculuk ücreti, Adalet Bakanlığı bütçesinden karşılanır. Ancak belirtilen hallerde arabuluculuk ücreti, Arabuluculuk Asgari Ücret Tarifesinin eki Arabuluculuk Ücret Tarifesinin Birinci Kısımına göre iki saatlik ücret tutarını geçemez.

(4) Arabuluculuk faaliyeti sonunda açılan davanın tüketici lehine sonuçlanması halinde arabuluculuk ücreti, 6183 sayılı Kanun hükümlerine göre davalıdan tahsil olunarak bütçeye gelir kaydedilir.”

birlikte, TKHK'ya eklenmesi planlanan 73/A maddesine göre, tüketici hakem heyeti kararlarına yapılan itirazlar, TKHK m. 73/6'da belirtilen davalar, TKHK m. 74'te belirtilen davalar ile tüketici işlemi mahiyetinde olan ve taşınmazın aynından doğan uyuşmazlıklarda dava şartı arabuluculuğa ilişkin hükümler uygulanmayacaktır. TKHK m. 73/A kapsamında dava şartı arabuluculuk, anılan bu uyuşmazlıklar hakkında uygulanamayacak olsa da, bu uyuşmazlıklardan ticari dava niteliğinde olanların yukarıda işaret ettiğimiz şartlarda TTK m. 5/A kapsamında dava şartı arabuluculuğa tabi olacağını belirtmek gerekir. Ancak tüketici hakem heyetlerinin görev alanına giren uyuşmazlıklar ile tüketici hakem heyetleri kararlarına karşı yapılan itirazların, daha önce işaret ettiğimiz HUAK m. 18A-18 hükmü nedeniyle, TTK m. 5/A kapsamında olamayacağı gözden kaçırılmamalıdır.

SONUÇ

Bir uyuşmazlık söz konusu olduğunda, öncelikle uyuşmazlığın hangi kanun hükümlerinin uygulanarak çözümleneceğinin belirlenmesi gerekir. TTK'da, TBK'da ve FK'da ticari işlere bağlanan hukuki sonuçların ticari iş niteliği taşımayan işlere (adi işlere) göre farklı sonuçlara bağlanmış olması nedeniyle kanun koyucu TTK m. 3 ve 19 hükümlerinde ticari iş niteliğinin belirlenebilmesi için bazı kıstaslar getirmiş ve böylece ticari iş niteliğini adi işlerden ayırmıştır. İşte bu hükümler uyarınca ticari iş niteliğinde olduğu tespit edilen hususlar hakkında ticari hükümler uygulanacak ve söz konusu uyuşmazlık bu hükümler kapsamında çözümlenecektir.

Tüketici işlemi ve tüketici kavramları ise TKHK'da düzenlenmiş ve bu Kanunda söz konusu iki kavramdan hareketle farklı kurumlar da getirilmiştir. Özellikle tüketici işlemi tanımı yapılırken kapsamının oldukça geniş tutulması ve bu genişliğin tüketici işleminden hareketle ihdas edilen diğer hükümlere de kaçınılmaz bir şekilde sirayet etmesi, bir takım soru ve sorunları beraberinde getirmektedir.

Bu sorunlardan ilki, tüketici işlemi ile ticari iş niteliğinin kesiştiği durumlarda meydana gelen uyuşmazlıklarda görülür. Bu tarz uyuşmazlıklara hangi kanun hükümlerinin tatbik edileceği hususu ele alınırken yapılması gereken, ticari iş ile tüketici işlemi kavramlarını sınırlarının nerede bittiğinin isabetli bir şekilde tespit edilmesidir. Kanaatimizce faiz oranları ve kefalet hususlarında olduğu gibi, birbiriyle çelişen sonuçları gözetildiğinde, bu iki niteliğin aynı anda ve aynı işlemde var olması mümkün değildir. Yani bir işlem aynı anda hem tüketici işlemi hem de ticari iş olarak nitelendirilemez. Dolayısıyla ticari iş sahasının tüketici işleminin sınırlarının başladığı yerde sona erdiğini kabul etmek gerektiği kanaatindeyiz.

Bu noktada karşımıza çıkan bir diğer mesele de TKHK'da hüküm bulunmayan hallerde uygulanacak olan genel hükümlerden ne anlaşılması

gerektiğidir (TKHK m. 83/1). İlgili hükmün gerekçesinde yer alan “özellikle Türk Borçlar Kanunu hükümleri bu bağlamda büyük önem taşıyacak ve boşlukların doldurulmasında kullanılacaktır” şeklindeki ifadeden de anlaşılacağı üzere, genel hüküm ile kastedilen tek bir kanun değildir. Kanaatimizce yapılması gereken, TKHK’nın genel amacı olan tüketicinin korunması amacı ve konu ile ilgili “*muhtemel*” genel kanun hükümleri de gözetilerek, her olayın kendi şartları içerisinde değerlendirilmesi ve uygulanacak genel hükümlerin tespit edilmesidir. Örneğin, bu noktada en önemli hususlardan biri olan faiz oranları meselesi ele alındığında, gerek TTK m. 8/3 hükmü gerekse TBK m. 88 ve 120 hükümleri birlikte değerlendirildiğinde, faiz oranlarına ilişkin olarak uygulanması gereken genel hükmün TBK hükümleri olduğu anlaşılacaktır.

Çalışmada değindiğimiz bir diğer mesele, ticari dava niteliğini de bünyesinde barındıran ve fakat tüketici işlemlerinden doğan davalarda görevli mahkemenin hangisi olduğu (ve olması gerektiği) meselesidir. TKHK m. 73/1 hükmü uyarınca tüketici işlemlerinden ve tüketiciye yönelik uygulamalardan doğabilecek uyuşmazlıklara ilişkin davalarda tüketici mahkemeleri görevlidir. Öte yandan TTK m. 5 hükmüne göre, ticari davalar ve ticari nitelikte çekişmesiz yargı işleri hususunda görevli mahkeme, kanunda aksine hüküm bulunmadıkça asliye ticaret mahkemeleridir. Dolayısıyla mevcut kanuni düzenlemeler çerçevesinde, tüketici işleminden doğmuş olan bir uyuşmazlık, ticari dava niteliğinde olsa da tüketici mahkemelerinde görülecektir. Nitekim yüksek yargı uygulamaları da bu yönde teşekkül etmektedir. Tüketici işleminin tanımı da göz önüne alındığında, ortaya çıkan bu sonucun tüketici mahkemelerinin görev alanını oldukça genişleterek bu mahkemeleri adeta asliye hukuk mahkemeleri gibi bir “*torba mahkeme*” haline dönüştüreceği ortadadır. Bir ihtisas mahkemesi olarak teşekkül eden tüketici mahkemelerinde görev yapacak uzman hâkimlerin yetiştirilmesi de, bu sonuçtan ötürü pek mümkün görünmemektedir. Ayrıca ortaya çıkan bu sonuç, TKHK’nın genel amacına gereği gibi hizmet edemeyecektir. Kanaatimizce, olması gereken hukuk açısından, ticari dava niteliği taşıyan tüketici uyuşmazlıklarının, hemen her konuda uyuşmazlıkları çözümlenmekle uğraşan ve bu nedenle alanında uzmanlaşması pek mümkün görünmeyen (hatta belli bir alanı da bulunmayan) tüketici mahkemeleri yerine, konunun uzmanı ticaret mahkemeleri tarafından, TKHK’nın tüketiciyi koruyucu nitelikteki hükümleri gözetilerek çözümlenmesi, tüketicinin daha yararına olacaktır.

Çalışmada değinilen hususlardan bir diğeri ise, ticari dava niteliğindeki tüketici uyuşmazlıklarının TTK m. 5/A kapsamında zorunlu arabuluculuğa tabi olup olmadığıdır. Kanaatimizce bu hususta ikili bir ayırım yapılması, belirli bir değer altında olduğu için tüketici hakem heyetine başvuru zorunluluğu bulunan uyuşmazlıkların HUAK m. 18/A-18 hükmü gereğince TTK m. 5/A kapsamında değerlendirilmemesi, bu değer üstünde olduğu için tüketici

hakem heyetine başvuru şartı olmayan uyuşmazlıkların ise TTK m. 5/A kapsamında zorunlu arabuluculuğa tabi tutulması gerekmektedir. Çalışmamızın yayına hazırlandığı sırada TBMM Başkanlığı'na sunulan “*Hukuk Muhakemeleri Kanunu İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Teklifi*” başlıklı teklifle TKHK'ya eklenmesi planlanan 73/A madde hükmü ile bu hususa yönelik bir düzenleme getirilmesi planlanmaktadır. Şöyle ki madde düzenlemesiyle, tüketici mahkemelerinde görülen uyuşmazlıklarda dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması dava şartı haline getirilmiştir (f. 1). Bunun yanında beş (5) ayrı bentte belirtilen konularda dava şartı olarak arabuluculuğa ilişkin hükümlerin uygulanmayacağı da hüküm altına alınmıştır (f. 1/bent a, b, c, ç ve d). Ancak her ne kadar TKHK m. 73/A kapsamında dava şartı arabuluculuk, anılan bu uyuşmazlıklar hakkında uygulanamayacak olsa da, a ve b bentleri hariç olmak üzere, bu uyuşmazlıklardan ticari dava niteliğinde olanların, konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve/veya tazminat talepleri hakkında TTK m. 5/A hükmüne tabi olacağı ve dolayısıyla dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmasının dava şartı olacağı göz ardı edilmemelidir.

KAYNAKÇA

- **Akkuş, Muhammed:** Ticari İş Kavramı ve Ticari İşlerde Faiz, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Erzincan 2019.
- **Aksoy, Sami:** “6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun Taşıma Hukukuna Müdahalesi”, BATİDER 2015, C. XXXI, S. 2, s. 305-336.
- **Aktürk, İpek Yücer;** “Tüzel Kişi Tacirin Tüketici Sıfatı”, GÜHFD 2016, C. XX, S. 2, s. 103-128.
- **Alışkan, Murat:** “Ticari İş Niteliğindeki Haksız Fiillerden Doğan Borçlara Avans Faiz Oranı Üzerinden Temerrüt Faizi Uygulanması”, Legal Mali Hukuk Dergisi 2008, S. 47, s. 2535-2581.
- **Arkan, Sabih:** Ticari İşletme Hukuku, Son Değişikliklere Göre Hazırlanmış ve Genişletilmiş 25. Bası, Ankara 2019. (Anılış: İşletme).
- **Arkan, Sabih:** “Tüketici Kredileri”, BATİDER 1995, C. XVIII, S. 1-2, s. 35-42. (Anılış: Tüketici).
- **Arslan, Ramazan/Yılmaz, Ejder/Taşpınar Ayvaz, Sema:** Medeni Usul Hukuku, 3. Bası, Ankara 2017.
- **Arslanlı, Halil:** Kara Ticareti Hukuku Dersleri Umumi Hükümler, 2. Bası, İstanbul 1959.
- **Aslan, İ. Yılmaz:** Tüketici Hukuku Dersleri, Güncellenmiş 5. Bası, Bursa 2014.
- **Aydoğdu, Murat:** Tüketici Hukuku Dersleri, 1. Bası, Ankara 2015.

- **Ayhan, Rıza:** “Son Değişikliklerle Ticari Dava ve Ticaret Mahkemelerinin Görev Sahası Hakkında Getirilen Yenilikler”, BÜHFD, C. 1, Y. 2015, S. 1, s. 13-64.
- **Ayhan, Rıza:** “Ticari İş Kavramı ve Tacir Sifatına Bağlanan Ücret ve Sözleşme Cezalarının İndirilmesini İsteyememe”, GÜHFD 2013, C. XVII, S. 1-2, s. 291-314. (Anılış:Ticari İş Kavramı).
- **Ayhan, Rıza/Çağlar, Hayrettin/ Özdamar, Mehmet:** Ticari İşletme Hukuku Genel Esaslar, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 12. Bası, Ankara 2019.
- **Bahtiyar, Mehmet:** Ticari İşletme Hukuku Ders Notları ve Soru Örnekleri, Güncellenmiş 20. Bası İstanbul 2019.
- **Bahtiyar, Mehmet/Biçer, Levent:** “Adi İş / Ticari İş / Tüketici İşlemi Ayrımı ve Bu Ayrımın Önemi”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan 2016, C. 22, S. 3, s. 395-436.
- **Battal, Ahmet:** “Tacirin İş Kanunu’na Tâbi Bir Sözleşmeden Doğan Cezai Şart Borcuna TK. 24 (İndirim Yasağı) Uygulanabilir mi?”, BATİDER 1999, C. XX, S. 2, s. 15-23. (Anılış: Cezai Şart).
- **Battal, Ahmet;** “Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Yönünden Tacirlerin Tüketici Sıfatı”, Prof. Dr. Ali Bozer’e Armağan, Ankara 1998, s. 313-332. (Anılış: Tüketici).
- **Bozer, Ali/Göle, Celal:** Ticari İşletme Hukuku, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 4. Bası, Ankara 2017.
- **Börü, Levent/Koçyiğit, İlker:** Ticari Dava, Ankara 2013.
- **Budak, Ali Cem/Karaaslan, Varol:** Medeni Usul Hukuku, Ankara 2017.
- **Burcuoğlu, Haluk/Altop, Atilla/Ceylan, Ebru/Yeniocak, Umut/Şahin, Tamer:** “Borçlar Kanunu’na Getirilen Yenilikler”, İZBD, Y. 2012, S. 2, s. 9-91.
- **Çabri, Sezer:** 6502 Sayılı Kanun’a Göre Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, Ankara 2016.
- **Çıtır, Eren:** “Ticari İş–Tüketici İşlemi İlişkisi”, GÜHFD, C. XX, S. 3, s. 37-52.
- **Deryal, Yahya/Korkmaz Yakup:** Yeni Tüketici Hukuku Ders Kitabı, Yeni Kanuna Göre Yeniden Yazılmış ve Güncellenmiş 3. Bası, Ankara 2015.
- **Domaniç, Hayri/Erol Ulusoy:** Ticaret Hukukunun Genel Esasları, Gözden Geçirilmiş Yenilenmiş 5. Bası, İstanbul 2007.
- **Eren, Fikret:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 18. Bası, Ankara 2015.
- **Eriş, Gönen:** Gerekçeli-Açıklamalı-İçtihatlı 6335 Sayılı Kanunla Güncellenmiş Yeni TTK Hükümlerine Göre Ticari İşletme ve Şirketler, Güncellenmiş 3. Bası, Cilt I, Ankara 2013.

- **Erişir, Evrim:** “Tüketici İşlemlerinden Doğan Uyuşmazlıkların Çözümü Usulü”, Yeni Tüketici Hukuku Konferansı, İstanbul 2015, s. 43-122.
- **Göktürk, Kürşat:** “Ticari İş Kavramı, Sınırlandırılması ve Faiz Meselesi”, GÜHFD 2015, C. XIX, S. 2, s. 3-44.
- **Gümüş, Mustafa Alper:** 6105 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, Cilt I, İstanbul 2014.
- **İmregün, Oğuz:** Ticaret Hukukunun Genel İlkeleri, Gözden Geçirilmiş 3. Bası, İstanbul 1995.
- **İnal, H. Tamer:** 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanuna Göre Hazırlanmış Tüketici Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 3. Bası, Ankara 2014.
- **Karayalçın, Yaşar:** Ticaret Hukuku, Cilt I, Ankara 1968.
- **Kayar, İsmail:** Ticari İşletme Hukuku, 10. Bası, Ankara 2015.
- **Kuru, Baki:** İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku, İstanbul 2018.
- **Moroğlu, Erdoğan/Kendigelen, Abuzer:** İçtihatlı - Notlu Türk Ticaret Kanunu ve İlgili Mevzuat, Güncelleştirilmiş 10. bs., İstanbul 2014.
- **Narbay, Şafak/Akkuş, Muhammed:** “Ticari İş Niteliğinin Belirlenmesi ve Ticari İş – Tüketici İşlemi Ayrımı”, Prof. Dr. Sabih Arkan’a Armağan, İstanbul 2019, s. 823-881.
- **Nomer Ertan, N. Füsün:** «İş Aktinden Doğan Cezai Şart Hükümlerine TTK m. 24 Uygulanır mı?», Prof. Dr. Hüseyin Ülgen’e Armağan, Cilt I, İstanbul 2007, s. 29-37.
- **Oğuzman, M. Kemal/Barlas, Nami:** Medeni Hukuk, 25. bs., İstanbul 2019.
- **Oğuzman, M. Kemal/Öz, M. Turgut:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 12. Bası, İstanbul 2014.
- **Oral, Tuğçe:** “Tüketici Sözleşmelerinin Uygulama Alanı ve Ticari ve Adi Sözleşmelerden Ayrılması”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 2013, S. 13, s. 545-573.
- **Ozanoğlu, Hasan Seçkin:** “Mukayeseli Hukuk ve Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Açısından Tüketiciyi Koruyan Düzenlemelerin Kişi Bakımından Uygulanma Alanı”, Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman’ın Anısına Armağan, İstanbul 2000. s. 663-692. (Anılış: Tüketici).
- **Ozanoğlu, Hasan Seçkin:** “Tüketici Sözleşmeleri Kavramı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun Maddi Anlamda Uygulanma Alanı”, AÜHFD 2001, C. 50, S. 1, s. 55-90. (Anılış: Tüketici Sözleşmeleri).

- **Özmumcu, Seda:** “6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un Hükümleri ve Yargıtay Kararları Çerçevesinde Tüketici Mahkemelerinin Görev Alanına Giren Uyuşmazlıklara Genel Bir Bakış”, DEÜHFD 2014, C. 16, Özel Sayı (Prof. Dr. Hakan Pekcanitez’e Armağan), s. 831-871.
- **Poroy, Reha:** Ticari İşletme Hukuku, Gözden Geçirilmiş 2. Bası, İstanbul 1977. (Anılış: Ticari İşletme).
- **Poroy, Reha:** “Tüketicinin Korunmasına İlişkin Bazı Özel Hukuk Sorunları”, Ord. Prof. Dr. Halil Arslanlı’nın Anısına Armağan, İstanbul 1978. s. 513-550. (Anılış: Tüketici).
- **Poroy, Reha/Yasaman, Hamdi:** Ticari İşletme Hukuku, Genişletilmiş ve Güncelleştirilmiş 18. Bası, İstanbul 2019.
- **Somer, Pervin:** “Tüketici Uyuşmazlıklarında Alternatif Çözüm Yolu Olarak Arabuluculuk ve Avantajları”, Tüketici Hukukunun Güncel Sorunları, İstanbul 2020, s. 97-108.
- **Tanriver, Süha:** Medeni Usul Hukuku, Tümüyle Yenilenmiş, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 2. Bası, Ankara 2018.
- **Taşkın, Mustafa:** “Tüzel Kişilerin ve Şirketlerin Tüketici Vafı”, Ankara Barosu Dergisi 1997, S. I, s. 30-37.
- **Tutumlu, Mehmet Akif:** Tüketici Yargılaması Hukuku, 1. Bası, Ankara 2015.
- **Ülgen, Hüseyin/Helvaci, Mehmet/Kaya, Arslan/Nomer Ertan, N. Fusun:** Ticari İşletme Hukuku, 6. Bası, İstanbul 2019.
- **Yılmaz, Ejder/Yardım, M. Ertan:** Milli Şerh 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, Editörler: Tokbaş Hakan/Tüzüner Özlem, İstanbul 2016, s. 1186.

İNTERNET KAYNAKLARI

- **Kazancı** - İçtihat Bilgi Bankası Arama Motoru, “www.kazanci.com”.
- **Legalbank-Elektronik Hukuk Bankası**, “<https://legalbank.net>”.
- **Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi**, On İki Levha Yayıncılık A.Ş., “www.lexpera.com.tr”.
- **Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası**, “www.tcmb.gov.tr”.
- **Yargıtay Emsal Karar Arama**, “www.emsal.yargitay.gov.tr”.

İSVİÇRE FEDERAL MAHKEMESİNİN ATF 144 III 217 ile ATF 142 III 9 SAYILI KARARLARI VE VASIYETİ YERİNE GETİRME GÖREVLİSİNİN HUKUKİ SORUMLULUĞU

*Judgment 144 III 217 and 142 III 9 of Switzerland Federal Court
and Legal Responsibility of the Testamentary Executor*

Dr. Öğr. Üyesi Derya ATEŞ*

Geliş Tarihi: 07.07.2020

Kabul Tarihi: 31.08.2020

ÖZET

Mirasbırakanın irade ve arzularını yerine getirmek ve çıkabilecek uyuşmazlıklara engel olmak, böylece söz konusu irade ve arzuların bir yerde savunucusu görevi ile mirasbırakanın isteklerinin yerine getirilmesini sağlamak, vasiyeti yerine getirme görevlisinin öncelikli işlevidir. Bu süreçte nasıl bir denetim ve kontrol altında olduğunun; hangi durumlarda ve hangi kapsamda sorumluluk altında bulunduğu tespiti ve bu sorumluluğun sınırlarının çizilmesi ise görevinin etkisi ile orantılı olarak önem arz eder. Vasiyeti yerine getirme görevlisi atama tasarrufu kaynak İsviçre Medeni Kanununun 517 ve 518 inci maddelerinde; Türk Medeni Kanunu'nun ise 550 ile 556 inci maddeleri arasında düzenlenmektedir. İsviçre Medeni Kanun'unda ve Önceki Türk Medeni Kanununda düzenlenmeyen vasiyeti yerine getirme görevlisinin hukuki sorumluluğu ise Medeni Kanun'un 556 inci maddesinde açıkça metne alınmıştır. Bu çalışmada Türk ve İsviçre Hukukları yönünden sorumluluğun kapsamı, şartları, hukuki sonuçları İsviçre Federal Mahkemesinin ATF 144 III 217 ile ATF 142 III 9 sayılı güncel kararları da incelenerek açıklanmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Vasiyeti yerine getirme görevlisi, miras hukuku, sorumluluk, vasiyetname, vasiyet alacaklısı.

ABSTRACT

It is the primary function of the testamentary executor to fulfill the will and wishes of the legator and prevent any discrepancies which may arise, thus fulfilling the will and wishes of the legator as, at some point, their defender. Through this process, how the executor is supervised and controlled, is proportionately important to the determination of under which circumstances and within which scope they are assumed liable and of their scope of liability. The testamentary executor assignment disposition is regulated in the source articles 517 and 518 of the Swiss Civil Code and between articles 550-556 of Turkish Civil Code. The legal responsibility of the testamentary executor which was not regulated under the Swiss Civil Code and the previous Turkish Civil Code, is explicitly given under article 566 of the Turkish Civil Code. In this study, the scope of responsibility according to the Turkish Law and Swiss Law, their conditions and legal results are explained, by also analyzing the Swiss Federal Court's up-to-date judgments, 144 III 217 and 142 III 9.

Keywords: Testamentary executor, inheritance law, civil liability, testament, testament creditor.

* Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, e-posta: deryaates@hacettepe.edu.tr, ORCID ID: 0000-0001-7895-9906.

GİRİŞ

Terekenin mirasbırakanın son arzularına uygun ve mümkün olan en sağlıklı şekilde intikalini sağlamak amacıyla düzenleme bulan “vasiyeti yerine getirme görevlisi atama tasarrufu” kaynak İsviçre Medeni Kanununun (CC) 517 ve 518 inci maddelerinde; 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu’nun ise 550 ile 556 ıncı maddeleri arasında düzenlenmektedir¹. Vasiyeti yerine getirme görevlisi atama yetkisi mirasbırakanda olmakla birlikte, mirasbırakanın böyle bir atama yapma zorunluluğu da pek tabiidir ki bulunmaz. Son arzularını ölüme bağlı tasarrufla ortaya koyan mirasbırakan vasiyeti yerine getirme görevlisi atamaz ise yasal veya atanmış mirasçılar tarafından bu arzuların yerine getirilmesi gerekir. O halde vasiyeti yerine getirme görevlisi atamanın, aslında mirasbırakanın mirasının paylaşımı ile ilgili doğması muhtemel sorunların önüne geçmek ya da mirasçılı ile arasındaki güven ilişkisi kaynaklı tereddütleri gidermek gibi oldukça temel bir işlevi bulunduğunu söylemek yanlış olmayacaktır.

Mirasbırakanın irade ve arzularını yerine getirmek ve çıkabilecek uyuşmazlıklara engel olmak, böylece söz konusu irade ve arzuların bir yerde savunucusu görevi ile mirasbırakanın isteklerinin yerine getirilmesini sağlamak, vasiyeti yerine getirme görevlisinin öncelikli işlevidir. Bu süreçte nasıl bir denetim ve kontrol altında olduğunun; hangi durumlarda ve hangi kapsamda sorumluluk altında bulunduğunun tespiti ve bu sorumluluğun sınırlarının çizilmesi ise görevinin etkisi ile orantılı olarak önem arz eder. Biz de çalışmamızda bu tespitlerin yapılabilmesi adına, vasiyeti yerine getirme görevlisinin hukuki niteliği, hakları ve ödevlerine de değinerek İsviçre Federal Mahkemesinin güncel ATF 142 III 9 ve ATF 144 III 217 kararları ışığında vasiyeti yerine getirme görevlisinin hukuki sorumluluğunu inceleyeceğiz.

I. VASIYETİ YERİNE GETİRME GÖREVLİSİ KAVRAMI VE HUKUKİ NİTELİĞİ

Vasiyeti yerine getirme görevlisi tanımı kanunda yapılmamış *sui generis* bir özel hukuk kurumu olmakla birlikte; doktrinde mirasbırakanın ölüme bağlı bir tasarruf ile atayıp yetkilendirdiği kişi şeklinde tanımlanmaktadır². Bu

¹ Kaynak İsviçre Medeni Kanununa paralel olarak 746 sayılı Önceki Medeni Kanununda 497 ve 498 inci maddelerde düzenleme bulan kurum 4721 sayılı Medeni Kanunda çok daha ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiş; Kanun gerekçesinde de ifade edildiği üzere vasiyeti yerine getirme görevlisi ile ilgili hükümlerinin yetersizliği ve öğretilerdeki eleştiriler göz önünde tutulmak suretiyle Alman Medenî Kanununun 2197- 2228 ve İtalyan Medenî Kanununun 700-711 inci maddeleri göz önünde tutularak, bu ayırımı yedi madde tahsis edilmiştir.

² **Guillaume, Florence**; La Responsabilité de l’exécuteur testamentaire, Quelques Actions en Responsabilité, Neuchâtel, 2008, s. 4; **Cotti Fiorenzo**, Commentaire du Droit des Successions (Art.457-640 CC ; Art.11-24 LDFR), Berne, 2012, s.304; **Dural, Mustafa/Öz, Turgut**; Türk Özel Hukuku C.IV, Miras Hukuku, İstanbul, 2019, s.185; **Antalya, Gökhan/ Sağlam, İpek**, Miras Hukuku, İstanbul, 2015, s.217 vd.; **Eren, Fikret/ Yücer Aktürk, İpek** ; Türk Miras

yetkilendirme kural olarak tek taraflı bir hukuki işlem olan *vasiyetname* ile yapılırsa da *miras sözleşmesi* ile atama yapılmasına da engel bulunmamaktadır. Ancak miras sözleşmesi ile vasiyeti yerine getirme görevlisi atanmış durumlarda miras sözleşmesi tek taraflı bir ölüme bağlı tasarruf hükmünde olup; mirasbırakan yönünden bağlayıcı olmayan ve her zaman geri alınabilir nitelikte bir hukuki işlem özelliğindedir³.

Medeni Kanun'un 550/II hükmü uyarınca vasiyeti yerine getirme görevlisi atama yetkisi sadece miras bırakana ait olup, *şahsa sıkı sıkıya bağlı bir hak* olması sebebiyle de mirasçılarının veya mahkemenin vasiyeti yerine getirme görevlisi atama yetkisi bulunmamaktadır⁴. Mirasbırakan ölüme bağlı tasarruf ile bir veya birden fazla vasiyeti yerine getirme görevlisi atayabilir. Medeni Kanun'un 551 inci maddesi uyarınca mirasbırakanın aynı anda birden fazla vasiyeti yerine getirme görevlisi ataması durumunda karine, görevi birlikte yürütmeleri yönünde getirilmiş olup; ikameli olarak görevlendirilmeleri ancak mirasbırakanın açık iradesinden ya da Medeni Kanun'un 551/II hükmünden doğabilir⁵. Her durumda ölüme bağlı tasarruf kapsamında vasiyeti yerine getirme görevlisi olarak atanacak kişinin açıkça *belli veya belirlenebilir* olması ise şarttır. Vasiyeti yerine getirme görevlisi *gerçek veya tüzel kişi* olabilir⁶. Medeni Kanun vasiyeti yerine getirme görevlisinin görevine başladığı sırada fiil ehliyetine sahip olması gerektiğini düzenlemektedir. (MK.m.550/II) Buna

Hukuku, Ankara, 2019, s.161; **İmre, Zahit/Erman, Hasan**; Miras Hukuku, İstanbul, 2017, s.168; **Kılıçoğlu, Ahmet**, Miras Hukuku, Ankara, 2015, s.167.

³ **Piotet, Paul**, Droit Successoral, Bern, 1975, s.139 ; **Guinand, Jean**, Le Pouvoir de disposition de l'exécuteur testamentaire, Revue Suisse de Notariat et du Registre Foncier, n :57/1976, s.321 ; **Guillaume**, s.2; **Cotti**, s.302 ; **Steinauer, Paul-Henri**, Le Droit Des Successions, Berne, 2015, s.591 ; **Logoz, François**, La Délivrance du legs par l'exécuteur testamentaire, Journée du Droit Successoral, Berne, 2017, s.149; **Akbıyık, Cem**, Vasiyeti Yerine Getirme Görevlisi, İstanbul, 2012, s.5; **Kocayusufpaşaoğlu, Necip**; Miras Hukuku, İstanbul, 1987, s. 295; **Dural/Öz**, s. 185; **Öztan, Bilge**, Miras Hukuku, Ankara, 2019, s.321; **Eren/Yücer Aktürk**, s. 162; **Antalya/ Sağlam**, s.217; **İmre/Erman**, s.170.

⁴ Yarg. 2.HD, 03.05.2010, 5896-8739; Yarg. 2. HD, 09.0.2009, 20224-1831, Yarg. 2. HD, 19.10.2006, 6115-14304; Yarg. 2. HD, 09.06.2005, 6444-8895, Yarg. 2. HD, 24.06.2002, 6124-8396, Bkz. **Gençcan, Ömer Uğur**, Miras Hukuku, Ankara, 2016, s. 369. Buna karşılık vasiyeti yerine getirme görevlisini atama yetkisinin üçüncü bir kişiye bırakılıp bırakılamayacağı ise doktrinde tartışmalı olup, bir görüşe göre objektif ölçülerle sınırlandırılması şartı ile bu yetkinin üçüncü kişilere bırakılabilmesi mümkün iken; baskın görüş bizzat mirasbırakan tarafından atanması gerektiği yönündedir. Bu konuda bkz. **Piotet**, s. 157; **Guillaume**, s.2; **COTTI**, s. 303; **İmre/Erman**, s.160; **Dural/Öz**, s.185; **Eren/Yücer Aktürk**, s. 163; **Kocağa**, s. 64

⁵ İkameli vasiyeti yerine getirme görevlisi atama, atanmış vasiyeti yerine getirme görevlisinin görevini yapmaması halinde yerine atanacak başka bir görevlinin belirlenmesinde olduğu gibi; art vasiyeti yerine getirme görevlisi şeklinde de yapılabilir. **Cotti**, s. 308; **Dural/Öz**, s.186-187; **Kocağa**, s. 61.

⁶ **Cotti**, s. 305; **Dural/Öz**, s. 186; **Kılıçoğlu**, s. 168; **Eren/Yücer Aktürk**, s. 165; **İmre/Erman**, s.171.

göre gerçek kişi olarak atanan vasiyeti yerine getirme görevlisinin tam ehliyetli olması; tüzel kişi olarak atanan vasiyeti yerine getirme görevlisinin ise kanunen zorunlu organlara sahip olması gerekir. Vasiyetname düzenlenirken henüz fiil ehliyetine sahip olmayan birinin göreve başlama anında fiil ehliyeti şartını karşılayacak olması düşüncesi ile vasiyeti yerine getirme görevlisi olarak atanması ise mümkündür⁷.

Vasiyeti yerine getirme görevlisinin görevi *kabul zorunluluğu bulunmayıp*; sulh hâkimi tarafından kendisine yapılan bildirim tarihinden başlayarak on beş gün içinde ve gerekçe göstermek zorunda olmadan görevi kabul etmeme hakkı vardır⁸. (MK.m.550/III) Dolayısıyla kişinin vasiyeti yerine getirme görevlisi sıfatını kazanması, görevi kabul etmesine bağlıdır ve bu açık bir beyanla olabileceği gibi, zımni olarak görevi reddetmemek suretiyle de gerçekleşebilir. Sulh hâkiminin bildirim yükümlülüğü kanundan doğduğu için; ölüme bağlı tasarrufun hükümsüzlüğü gibi durumlarda dahi bu bildirim yapılması gerektiği kabul edilir⁹.

Vasiyeti yerine getirme görevlisinin *hukuki niteliği* ile ilgili doktrinde farklı görüşler bulunmakla birlikte; bu görüşlerin bir bölümü vasiyeti yerine getirme görevlisini vesayet, vekâlet, temsil kurumları ile açıklamakta; bir kısmı ise güvenilir kişi, kendine özgü hizmet sözleşmesi veya tamamen kendine özgü bir hukuki kurum olarak nitelendirmektedirler¹⁰. Vasiyeti yerine getirme görevlisi, mirasbırakan ya da mirasçılarının vekili veya temsilcisi değildir¹¹. Kendine özgü bir niteliğe sahip olan kurumda vasiyeti yerine getirme görevlisinin 556 ıncı maddede düzenlenen özen yükümlülüğüne paralel olarak görev ve sorumluluğu bakımından Borçlar Kanununun vekâlete ilişkin hükümlerinin uygulama alanı bulacağı kabul görmektedir¹².

⁷ **Steinauer**, s.592; **Guinand, Jean/ Stettler, Martin/ Leuba, Audrey**; Droit de Successions, Zurich, 2005, s. 249 ; **Piotet**, s.143 ; **Cotti**, s.305.

⁸ **Guillaume**, s.3. Vasiyeti yerine getirme görevlisi bu yönü ile vesayet makamı tarafından atanan vasiden de ayrılmaktadır. (TMK.m.416) **Piotet**, s.143; **Steinauer**, S.593; **Akbıyık**, s:23, ATF 74 I 423; ATF 91 II 177.

⁹ Bu görüşler hakkında bkz. **Piotet**, s. 153 vd.; **Steinauer**, s. 540 vd.; **Guillaume**, s. 10 vd.; **Cotti**, s. 304-305; **Logoz**, s. 150; **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 300; **İmre/Erman**, s: 169; **Eren/ Yücer Aktürk**, s. 161 vd.; **Dural/Öz**, s. 188; **Öztan**, s. 322 vd.; **Kocaağa**, s.69 vd.; **Akbıyık**, s.20 vd.

¹¹ **Serozan, Rona**: Sağlararası İşlem Yoluyla Ölüme Bağlı Kazandırma, İstanbul 1979, s.161 vd.

¹² Vasiyeti yerine getirme görevlisinin işlevsel yönünün; “salt ve saf bir özel hukuk görevi olması”, “kaçınılmaz biçimde terekenin mirasbırakanın ve mirasçılarının temsilini içermesi” ve “vekalet sözleşmesinin özel bir türü görünümünde olması” şeklinde üç temel karaktere sahip olması ve bu üç temel karakterin kurumun hukuki niteliğinin tespitinde belirleyici olması hakkında bkz. **Kocaağa**, s.101-102; **Akbıyık**, s.20 vd. Ayrıca bkz. **Logoz**, s. 151; **Piotet**, s. 140; **Cotti**, s. 304-305;

II. İSVİÇRE FEDERAL MAHKEME KARARLARINA KONU OLAYLAR

A. FEDERAL MAHKEMENİN ATF 144 III 217 SAYILI KARARI

Federal Mahkemenin 22.02.2018 yayım tarihli ATF 144 III 217 = TF 5A_363/2017 sayılı kararına¹³ konu olayda mirasbırakan hazırladığı vasiyetname ile bir noter-avukatı vasiyeti yerine getirme görevlisi olarak atamıştır. Tek kişi olarak atanan vasiyet alacaklısının net tereke üzerinden atanmış 1/20 oranında miras payı bulunmakla birlikte vasiyet alacaklısı tarafından mirasbırakanın malvarlığı yaklaşık 54 milyon İsviçre frangı olarak belirlenmiş; böylelikle vasiyet alacaklısına yaklaşık 2,7 milyon İsviçre frangı bir alacak ödenmesi gerektiği tespit edilmiştir. Net tereke tespitinde malvarlığı değerinden düşürülen vasiyet alacaklısına ait ücret ise 600.000 İsviçre Frank'ıdır. Bunun üzerine vasiyet alacaklısı, vasiyeti yerine getirme görevlisine ödenen ücretin yürütülen göreve kıyasen fahiş olduğu ve indirimle gidilmesi gerektiği yönünde bir talep ile dava açmış, dava önce ilk derece mahkemesi ardından İstinaf mahkemesi tarafından reddedilmiştir. Vasiyet alacaklısı tarafından İsviçre Federal mahkemesine taşınan olayda, Federal Mahkeme özetle; vasiyeti yerine getirme görevlisinin mirasbırakanın son arzularını yerine getirmek ile yükümlü olduğunu, bu sebeple mirasçılar karşısındaki sorumluluğunun mirasbırakanın son arzularını yerine getirmek ödevine aykırılık ile sınırlanacağını; vasiyeti yerine getirme görevlisinin bu yükümlülüğü dışında mirasçılara verdiği zararların yansıma zarar olacağını; zira mirasçılar karşısında başka yükümlülüğünün bulunmadığını; aşırı ücret talebinin bilhassa net tereke üzerinden pay tahsis edildiği durumlarda mirasçılara zarara uğratması mümkün olmakla birlikte bu zararın vasiyeti yerine getirme görevlisinin mirasbırakanın son arzularını yerine getirme görevinin ihlalinden kaynaklanmadığını; sorumluluk yönünden ancak vekâlet hükümlerine (CO.m.398/II) dayanılabileceği dolayısıyla davada vasiyeti yerine getirme görevlisinin sorumluluğuna gidilemeyeceği gerekçeleriyle davanın reddine karar vermiştir.

B. FEDERAL MAHKEMENİN ATF 142 III 9 SAYILI KARARI

Federal Mahkemenin 16.12.2015 yayım tarihli ATF 142 III 9 = TF 5A_522/2014 sayılı kararına¹⁴ konu olayda; İsviçre'nin ünlü ve büyük bir

¹³ https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/fr/php/aza/http/index.php?highlight_docid=atf%3A%2F%2F144-III-217%3Ade&lang=fr&type=show_document&zoom=YES&, ayrıca bu kararla ilgili bkz. **Riske, Olivier**, La Responsabilité de l'exécuteur testamentaire, Commentaire de l'arrêt du TF 5A_363/2017 du 22 février 2018, HAVE/REAS 3/2018, s.275-280.

¹⁴ https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/fr/php/clir/http/index.php?highlight_docid=atf%3A%2F%2F142-III-9%3Ade&lang=fr&zoom=&type=show_document, ayrıca bu kararla ilgili bkz. **Logoz, François**, La délivrance du legs par l'exécuteur testamentaire, Journée du Droit Successoral, Berne, 2017, s.149-179; Özcan, Cem, İsviçre Federal Mahkemesi'nin ATF 142 III 9 Kararı Işığında Vasiyeti Yerine Getirme Görevlisinin Hukuki Sorumluluğu; Legal Hukuk Dergisi, 2019, C.17, S.199, s.2869-2884.

firmasına ait yüklü miktarda hisse senedine sahip oldukça saldırgan bir yatırım stratejisi benimseyen mirasbırakan düzenlediği vasiyetnamede bir muhasebeci, bir noter ve bir malvarlığı yönetim uzmanını vasiyeti yerine getirme görevlisi olarak atamıştır. Mirasbırakanın ölümünden sonra vasiyeti yerine getirme görevlileri hisse senetleri ile ilgili stratejide değişiklik yapmadan terekeyi yönetmeye başlarlar ancak 11 Eylül saldırısı sonucu borsada yaşanan hızlı düşüş sebebiyle terekede önemli miktarda değer kaybı yaşanır. Mirasçılar mirasbırakanın ölümünü takip eden süreçte hisselerin satışını istemelerine rağmen vasiyeti yerine getirme görevlilerinin satışı gerçekleştirmemesi ve sürecin sonunda hisse senetlerinin değer kaybetmesi üzerine mirasçılar hem zararlarının tespiti hem de özen yükümlülüğüne aykırı davranışları sebebiyle ücretlerinin düşürülmesi talepleri dava açarlar. Bu süreçte hazırlattıkları özel bilirkişi raporunun masraflarının da karşılanmasını talep ederler. İlk derece mahkemesi ve sonrasında İstinaf Mahkemesi mirasçılar lehine olmak üzere, vasiyeti yerine getirme görevlilerinin özen yükümlülüklerine aykırı davrandıklarını ve mirasçıları zarara uğrattıklarını, ayrıca zararın tespiti için bilirkişi raporunun masrafının karşılanması gerektiğine ve vasiyeti yerine getirme görevlilerinin terekenin % 4'ü oranında belirlenen 550.000 İsviçre Frangı ücretinin 150.000 Franga indirimine karar verir. Bunun üzerine vasiyeti yerine getirme görevlileri karara itiraz eder ve İsviçre Federal Mahkemesi verdiği kararda özetle; vasiyeti yerine getirme görevlilerinin mirasçıları bilgilendirme yükümlülüğü bulunmakla birlikte, mirasçıların hisse satışı ile ilgili talimatlarının önemi bulunmadığını, görevlilerin bununla bağlı olmadıklarını belirterek zarardan sorumlu olmadıkları gerekçesiyle yerel mahkeme kararını bozarak istinaf mahkemesince ücretin yeniden tespit edilmesine karar vermiştir.

III. VASİYETİ YERİNE GETİRME GÖREVLİSİNİN HAK VE YÜKÜMLÜLÜKLERİ İLE DENETİMİ

A. Vasiyeti Yerine Getirme Görevlisinin Hak ve Yükümlülükleri

Medeni Kanun uyarınca, mirasbırakan aksini düzenlemiş olmadıkça veya sınırlı bir görev için atamış bulunmadıkça vasiyeti yerine getirme görevlisi, *mirasbırakanın son arzularının yerine getirilmesi için gerekli bütün işlemleri yapmakla görevli ve yetkili* kabul edilir. (MK.m.552/I) Buna göre, vasiyeti yerine getirme görevlisinin ödevleri kural olarak mirasbırakanın iradesine göre belirlenir ve hem yetkileri hem de görev süresi mirasbırakan tarafından sınırlanabilir¹⁵. İsviçre Federal Mahkemesi de ATF 144 III 217 sayılı kararında; İsviçre Borçlar Kanunu'nun 518/II inci maddesi çerçevesinde vasiyeti yerine

¹⁵ Steinauer, s.597; Cotti, s.325; Logoz, s.150.

getirme görevlisinin öncelikli görevinin “*mirasbırakanın iradesine ve kanuna uygun olmak şartı ile vasiyeti yerine getirmek*” olduğunu ve bu ödevin de aslında vasiyeti yerine getirme görevlisi ile vasiyet alacaklısı arasında bir hukuki ilişki doğurduğunu belirtmektedir.

Vasiyeti yerine getirme görevlisinin yetkilerinin önemli olanları kanun koyucu tarafından özel olarak sayılmıştır. (MK.m.552/II) Buna göre; vasiyeti yerine getirme görevlisi öncelikle göreve başladıktan sonra gecikmeksizin terekedeki malların, hakların ve borçların listesini düzenleyerek terekenin aktif ve pasiflerinin belirlenmesi için defter tutar; terekeyi yönetir; alacakları tahsil eder; borçları öder; paylaşma planı hazırlayarak mirasçılara bir plan sunar ve miras taksim sözleşmesi hazırlar; tereke aleyhine açılan veya kendisinin açtığı davaları takip ederek husumetin mirasçılara bildirimini sağlar.

Vasiyeti yerine getirme görevlisi, tereke mallarının zilyetliğinin kendisine devrini mirasçılar ya da üçüncü kişilerden talep edebilir. Bu durumda sahip olduğu zilyetlik, ona mülkiyet hakkı sağlamayan *fer’i ve dolaysız bir zilyetliktir*¹⁶. Mirasbırakan tarafından taahhüt edilmiş olmadıkça; vasiyeti yerine getirme görevlisinin tereke mallarını devretmesi veya sınırlı aynı hak kurması ancak *sulh hâkiminin yetki* vermesine bağlıdır. Böyle bir izin verilmediği sürece tereke malları üzerinde *tasarrufta* bulunamayacağı gibi kendisine verilen tasarruf yetkisi de görevinin ifası için gerekli olan işleri yapmak ile sınırlıdır. Ancak kanun gereği *olağan giderleri* karşılayacak ölçüdeki tasarruflar için izne ihtiyacı bulunmadığından (MK.m.553), İsviçre Federal Mahkemesi bu kapsamda borçların ödenmesi için tereke mallarını satabileceğine veya bunlar üzerinde rehin kurabileceğine hükmetmiştir¹⁷.

Vasiyeti yerine getirme görevlisi, görevlerinin ifası için gerekli olan yargılama faaliyetlerini yapabileceğinden tereke ile ilgili *dava ve takiplerde* miras ortaklığını temsil eder. (MK.m.552/II). Federal Mahkeme bir kararında, tereke malları üzerinde hakkı bulunmamakla birlikte, vasiyeti yerine getirme görevlisinin terekenin aktif ve pasifine ilişkin davaları taraf sıfatı ile yürütmeye yetkili olduğunu ve bu durumda mirasçıların temsilcisi değil mirasbırakan tarafından belirlenmiş olan vasiyeti yerine getirme görevlisi olarak hareket ettiğini açıkça hükme bağlamıştır¹⁸.

¹⁶ ATF 90 II 365, JT 1965 I 325; **Guillaume**, s.12; **Piotet**, s.163. Bu zilyetlik vasiyeti yerine getirme görevlisine zilyetliği koruyucu davalardan faydalanma imkânı da getirmektedir.

¹⁷ ATF 74 I 423, ATF 101 II 47, JdT 1976 I 157.

¹⁸ ATF 94 II 141, JdT 1969 I 359; **İmre/Erman**, s.175. Diğer yandan vasiyeti yerine getirme görevlisi vasiyetnamenin iptali için dava açamaz çünkü mirasbırakanın son arzularının yerine getirilmesi görevi bulunmaktadır ancak açılan bir iptal davasında davalı olarak yer alabilir. ATF 103 II 84, JdT 1978 I. Aynı yönde 7.02.1955 T. 16/25 sayılı *Yargıtay İçtihadı Birleştirme kararı* için. Bkz. İBD, 1956, s.14.

Vasiyeti yerine getirme görevlisi *mirasbırakanın son arzularını yerine getirmekle yükümlü olup, mirasçılarının talimatları* ile bağlı değildir¹⁹. Diğer yandan mirasbırakanın iradesine olan bağlılığı hukukun genel ilkeleri ile sınırlıdır. Buna göre kanuna, ahlaka ve adaba aykırı tasarruflar yönünden vasiyeti yerine getirme görevlisinin ifa yükümlülüğünden söz edilemeyeceği gibi bu tür yetkilendirmelerin hüküm ifade etmeyeceği kabul edilir²⁰.

Vasiyeti yerine getirme görevlisi, üstlendiği görev karşılığında uygun bir ücret isteme hakkına sahiptir. (MK.m.550/V) Ücret yaptığı için karşılığı olarak kendisine tanınmış bir hak olduğundan, mirasbırakanın ölüme bağlı tasarruf ile vasiyeti yerine getirme görevlisinin bu hakkını ortadan kaldırması mümkün değildir²¹. Vasiyeti yerine getirme görevlisinin hizmetinin karşılığı olarak verilecek olan ücretin vasiyetnamede gösterilmesi durumunda, hâkim tarafından belirtilen ücretin azaltılamaz²². Ücretin bizzat mirasbırakan tarafından belirlenmesi mümkün olmakla birlikte böyle bir belirleme yapılmamış ise, kural olarak ücret vasiyeti yerine getirme görevlisi ile mirasçılar tarafından tespit edilir. Anlaşma sağlanamaması durumunda ise mahkeme tarafından; yapılan işin niteliğine, görev süresine, kapsamına, terekenin değerine göre ücret takdir edilecektir (MK.m.4). İsviçre Hukukunda vasiyeti yerine getirme görevlilerinin noter, avukat, mali müşavir gibi meslek mensupları arasında seçilmesine sıklıkla karşılaşıldığından, farklı kantonlarda vasiyeti yerine getirme görevlilerinin bu tür profesyonel meslek sahipleri arasından belirlenmeleri halinde ücrete esas alınacak asgari ücret tarifelerinin oluşturulduğu görülür²³.

İsviçre Federal Mahkemesi *ATF 144 II 217* sayılı kararında vasiyeti yerine getirme görevlisinin ücret alacağını mirasbırakanın son arzularını yerine getirme görevi karşılığı olarak kazandığını, ücret alacağının terekede pasif değer olması sebebiyle miras payının net tereke üzerinden kararlaştırıldığı durumlarda, vasiyet alacaklısının zarara uğramasının mümkün olduğunu vurgulamaktadır. Bununla birlikte Yüksek Mahkeme, vasiyeti yerine getirme görevlisinin sebep olduğu tereke zararlarından sorumluluğunun kanundan

¹⁹ **Piotet**, s.146-147; **Steinauer**, s. 604; **Guinand/ Stettler/ Leuba**, s.250; **Cotti**, s. 332; TF 5P.440/2002

²⁰ **Guillaume**, s.12; **İmre/Erman**, s.173; **Ateş**, Derya; Borçlar Hukuku Sözleşmelerinde Genel Ahlaka Aykırılık, Ankara, 2007.

²¹ **Guillaume**, s.10; **Cotti**, s. 313-314; **Dural/Öz**, s. 187; **İmre/Erman**, s: 147. Buna imkân tanınmamasının hükmün emredici bir hukuk kuralı olması gerekçesinden temel aldığı yönünde (*İMRE/ERMAN*) görüşler bulunduğu gibi; sebebin bir kimsenin başkasının sahip olduğu bir hakkı tek taraflı irade açıklaması ile kaldıramayacağı kuralına dayandığını savunan yazarlar da (*DURAL/ÖZ*) bulunmaktadır. Aksi yönde bkz. **Akbiyık**, s.202.

²² **Berki, Şakir**; Miras Hukuku, Ankara, 1959, s.90.

²³ **Guillaume**, s.10; **Piotet**, s. 145; **Cotti**, s. 314-315.

doğduğunu ve mirasçılara karşı olduğunu, diğer yandan vasiyet alacaklılarına karşı olan sorumluluğunun ise dolaylı olduğunu; bu sebeple fahiş ücret ile net terekeye verilen zararın da vasiyet alacaklıları yönünden doğrudan zararlar değil; net tereke aktifini dolaylı olarak azaltan zararlar olduğunu açıklamaktadır.

Federal Mahkeme, *ATF 142 III 9* sayılı kararında ise, vasiyeti yerine getirme görevlisinin sunduğu hizmet için harcadığı zaman, yürüttüğü işlerin karmaşıklığı, görev süresi gibi objektif unsurlar dikkate alınarak ücretin belirlenmesi gerektiği ve sorumluluğun artmasına sebep unsurların varlığı halinde ücret tespitinin buna göre yapılmasının yerinde olduğu vurgulanmaktadır. Aynı kararda, vasiyeti yerine getirme görevlisinin yaptığı masrafların da karşılanması gerektiği ve sahip olduğu ücret ve masraflara ilişkin tereke malları üzerinde hapis hakkı bulunduğu da hatırlatılmaktadır. Mirasçıların ücret indirim talebi ile yaptığı başvuru ile ilgili olarak ise Federal Mahkeme, vasiyeti yerine getirme görevlilerinin yaptıkları işleri, masrafları ve kaç saat çalıştıklarına dair bir bilgi vermeden tereke değerinin %4'ü oranında ücret ödenmesine karar verilmesinin yetersiz olduğunu; vasiyeti yerine getirme görevlilerinin ücrete hak kazanmaları konusunda bir tereddüt bulunmamakla birlikte miktarın doğru ve *hakkaniyete* uygun tespiti için dosyanın İstinaf Mahkemesine gönderilmesine karar vermiştir.

B. Vasiyeti Yerine Getirme Görevlisinin Denetimi

Vasiyeti yerine getirme görevlisi *sulh mahkemesinin denetimi* altındadır ve sulh hâkimi şikâyet üzerine ya da re'sen gerekli önlemleri alır. (MK.m.555/I-II) Sulh hâkiminin re'sen harekete geçmesi ile ilgili bu düzenleme İsviçre Hukukunda yer almadığından, doktrin ve yargı kararları denetim makamının kural olarak şikâyet ile bağlı olduğunu ve ancak mirasçılarının haklarının sonradan telafisi imkânsız şekilde tehlikeye düştüğü durumlarda re'sen harekete geçebileceğini kabul eder²⁴. Şikâyet hakkı, baskın görüşe göre tereke üzerinde maddi anlamda menfaati bulunan herkesi kapsamakta olup; yasal ve atanmış mirasçılarla birlikte vasiyet alacaklılarının ve hatta vasiyet alacaklılarına yapılan kazandırmalardaki yükümlerden yararlanan kimselerin dahi şikâyet hakkı bulunduğu kabul edilir²⁵. Tereke alacaklıları yönünden ise, mirasçılara karşı başvuru haklarını kaybetmemeleri ve resmi tasfiyeden farklı olarak her zaman takip yapabilme imkânına sahip olmaları sebebiyle aynı imkânı tanınmaya ihtiyaç bulunmamaktadır²⁶.

²⁴ **Piotet**, s.140; **Guillaume**, s.32, **Logos**, s.152; ATF 90 II 376 (383), JdT 1965 I 336 (343).

²⁵ **Piotet**, s.140; **Guillaume**, s.32.

²⁶ Gerçekten de resmi tasfiyeye ilişkin olarak MK.m.634/IV, mirasçılarla birlikte isabetli olarak tereke alacaklılarına da şikâyet hakkını tanımışken, vasiyeti yerine getirme görevlisine ilişkin MK.m.555/II hükmü şikâyet hakkına kimlerin sahip olduğu konusunda açıkça bir düzenlemeye yer vermemektedir. **Akbiyık**, s.179.

Mirasçılarının vasiyeti yerine getirme görevlisini azletme yetkileri bulunmamakla birlikte, şikâyet halinde sulh hâkimi görevin kötüye kullanımı, yetersiz kalınması veya ağır ihmal hallerinde görevine son verebilir. Bu durumda itiraz merci asliye hukuk mahkemesi olup, karar kesindir²⁷. (MK.m.555/III)

Sulh hâkiminin vasiyeti yerine getirme görevlisini uyarması veya belirli bir işin görülmesi ile ilgili talimat vermesi, işine geçici ya da sürekli olarak son vermesi mümkündür²⁸. Mirasbırakanın vasiyeti yerine getirme görevlisi atamadaki istek ve arzusu göz önünde bulundurulduğunda ve yine ölüme bağlı tasarrufun muteber tutulması ilkesi (*favor testamenti*) esas alındığında hâkim tarafından vasiyeti yerine getirme görevlisinin görevine son verilmesi tedbiri şüphesiz mümkün olan son uygulama olmalıdır. Tereke mallarının kötü yönetimi, vasiyeti yerine getirme görevlisinin kötü niyeti, yeteneksizliği gibi durumlar dışında miras işleri ile vasiyeti yerine getirme görevlisi arasındaki menfaat çatışmaları da bu tedbirin alınmasına sebep olabilir²⁹. Sulh hâkiminin denetim yetkisi emredici bir hukuk kuralı olup mirasbırakanın ölüme bağlı tasarrufu ile bu yetkiyi ortadan kaldırması ise mümkün değildir³⁰.

IV. VASIYETİ YERİNE GETİRME GÖREVLİSİNİN SORUMLULUĞU

Vasiyeti yerine getirme görevlisinin görev ve yetkileri mirasçılarının sahip olduğu görev ve yetkilerin üstünde olup; bu yetkiler tüm mirasçılara karşı geçerlidir. Bu bakımdan vasiyeti yerine getirme görevlisi atamanın, aynı zamanda mirasçılarının yetkilerini sınırlamak anlamına geldiğini ifade etmek yanlış olmaz. Vasiyeti yerine getirme görevlisinin, görevinde gereken özeni göstermemesi durumunda sulh hâkiminin denetiminde bulunması dışında sahip olunan bir diğer imkân ise dava yolu ile hukuki sorumluluğuna gidilebilmesidir. Bu sorumluluk vasiyeti yerine getirme görevlisinin görevi kabul ettiği ya da on beş günlük görevi ret süresinin sona erdiği anda başlar.

Türk Medeni Kanun'un 556 inci maddesi: "*Vasiyeti yerine getirme görevlisi, görevini yerine getirirken özen göstermekle yükümlüdür; ilgililere karşı bir vekil gibi sorumludur.*" şeklinde metne alınmıştır. Düzenleme her şeyden önce, vasiyete yerine getirme görevlisinin görevini yerine getirirken ortaya koyduğu fiillerden ve hukuki işlemlerden *kişisel olarak sorumlu* tutulacağını ve bunun

²⁷ Örnek olarak bkz. Yargıtay 2.HD, 10.03.2010. 11819-2165; Yargıtay 2.HD 15.04.2009, 368-7262; Yargıtay 2.HD 15.04.2009, 368-7262; Yargıtay 2.HD 21.09.2007, 12012-12358. **Gençcan**, s.376-377.

²⁸ **Piotet**, s.140-141; **İmre/Erman**, s.177; **Dural/Öz**, s.193; **Özcan**, s.324; **Kocaağa**, s.152; **Akbiyık**, s.182-183.

²⁹ Örnek olarak bkz. ATF 90 II 376, JdT 1965 I 336, 343, 345, SJZ 59 (1963), s. 203; **İmre/Erman**, s.178.

³⁰ **Piotet**, s: 154; **Kocayusufpaşaoğlu**, s.299; **Kocaağa**, s:152; **Akbiyık**, s.177.

özel hukuk sorumluluğu olduğunu ifade eder³¹. Dolayısıyla özen yükümlülüğüne aykırı davranış *devletin sorumluluğu* sonucunu doğurmamaktadır³². Diğer yandan vasiyeti yerine getirme görevlisini denetlemekle yetkili ve görevli sulh hukuk hâkiminin kusuru ile doğan zararlardan sorumluluğunun bulunması gerektiği ise genel ilkeler doğrultusunda kabul edilir³³.

İsviçre Medeni Kanun’unda vasiyeti yerine getirme görevlisinin sorumluluğu açıkça düzenlenmemiş; Kanunun 518/II hükmünde yer alan ve “*birden çok vasiyeti yerine getirme görevlisinin atanması durumunda birlikte vekil kılınma hükümlerinin uygulanacağı*” yönündeki düzenlemeden yola çıkarak vekâlet hükümlerinin kıyasen uygulanması esası benimsenmiştir³⁴. Aynı durum bizim hukukumuz yönünden de Önceki Medeni Kanun (ÖMK.m.498/II) zamanında geçerli olup; 4721 sayılı Medeni Kanun’un 556 ıncı maddesi ile vasiyeti yerine getirme görevlisinin hukuki sorumluluğu açıkça metne alınmıştır.

Medeni Kanun’un ilgili maddesi doktrinde kimi yazarlar tarafından eleştirilmektedir. Bu yazarlardan bir kısmı eleştirilerini kanun yapma tekniği noktasında toplayarak vasiyeti yerine getirme görevlisinin sorumluluğu ile özen yükümlülüğünün aynı madde içinde yer almasının doğru olmadığını zira özen yükümlülüğünün görevin ifası ile ilgili olduğunu belirtmekte³⁵; bazı yazarlar ise bu tür bir atf hükmü yerine Alman Medeni Kanunundaki gibi bağımsız bir sorumluluk kuralı getirilmesinin daha yerinde olacağını ifade etmektedir³⁶.

³¹ **Piotet**, s.140; **Steinauer**, s.609; **Logoz**, s.151; ATF 108 II 535/539, JdT 1983 I 591/594, ATF II 141/143, JdT 1969 I 359/361.

³² **Steinauer**, s.556; **Piotet**, s. 141; **Guillaume**, s.31; **İmre/Erman**, s. 179; **Dural/Öz**, s.193; **Antalya/Sağlam**, s.224; **Kocağa**, s. 155; **Eren/Yücer Aktürk**, s.175.

³³ **Piotet**, s. 155; **İmre/Erman**, s. 179. Buna karşılık hâkimin ödeyemediği zararlardan dolayı, vesayette olduğu gibi (MK.m.468) Devletin sorumluluğuna gidilip gidilemeyeceği hususu ile ilgili olarak yazar, tıpkı resmi tasfiyede olduğu gibi (MK.m.632) bu sonuca ulaşamayacağını, Kanundaki hükümlerin Devletin sorumluluğuna gidilebilmesi için yeterli olmadığını belirtir. Buna karşılık, koruma önlemleri arasında yer alan terekenin resmen yöneltmesinde, MK.m.593/son fıkra uyarınca sulh hâkimi ile yöneticinin işlemleri konusunda vesayet hükümlerinin niteliklerine uygun olduğu ölçüde uygulanması yoluna gidilebileceğini belirtir. Ayrıca bkz. ATF 47 II 38. Aynı yönde bkz. **Antalya**, s. 234; **Kocağa**, s. 155. Akbıyık ise ayrıca, denetim makamının kusurlu davranışı nedeniyle bir zararın meydana gelmesi durumunda, HMK.m.46’a kıyasen devlete karşı da tazminat davası açılabileceğini belirtmektedir. **Akbıyık**, s. 213.

³⁴ **Guinand**, s:330; **Piotet**, s.141; **Steinauer**, s.609; **Guillaume**, s.17 vd.; **Logoz**, s.151. **Cotti**, s. 356. **İmre/Erman**, s. 176; **Dural/Öz**, s.193; **Eren/Yücer Aktürk**, s.173; **Öztan**, s. 324; **Kılıçoğlu**, s: 172. Alman Medeni Kanun’u ise, vasiyeti yerine getirme görevlisinin sorumluluğunu BGB 2219’da “Görevlerini ihmal eden vasiyeti yerine getirme görevlisi, kusurunun bulunması halinde, meydana gelen zarardan mirasçılara ve vasiyet alacaklılarına karşı sorumludur. Kusurlu birden çok vasiyeti yerine getirme görevlisi, müteselsilen sorumludurlar” şeklinde açıkça düzenlemektedir.

³⁵ **İnan/Ertaş/Albaş**, s.263; **Kocağa**, s.154

³⁶ **Akbıyık**, s.209. Yazar, BGB 2219’da görevlerini ihmal eden vasiyeti yerine getirme görevlisinin kusurlu olması halinde, mirasçılarının ve vasiyet alacaklılarının uğramış oldukları

Vasiyeti yerine getirme görevlisinin sorumluluğuna ilişkin *talep ve dava hakkı* kural olarak *mirasçılara ve mirasbırakan tarafından lehlerine kazandırma yapılan kişilere* verilmiştir. Buna karşılık miras payının devredildiği üçüncü kişi, temlikle birlikte mirasçılık sıfatını kazanmadığından bu hakka sahip değildir³⁷. Meydana gelen zararın *miras ortaklığına* ait olduğu durumlarda Medeni Kanun'un 640/IV düzenlemesi uyarınca davanın ortaklığı oluşturan mirasçılar tarafından birlikte açılması gerekir³⁸. Buna karşılık vasiyet alacaklıları yönünden tazminat davası açma hakkı mirasçılardan bağımsızdır³⁹.

Vasiyeti yerine getirme görevlisinin sorumluluğu ile ilgili dava genel yetki kurallarına uygun olarak (HMK.m.6) *görevlinin yerleşim yeri* mahkemesi⁴⁰; dava zaman aşımı ise BK.m.146 hükmü uyarınca on yıllık genel zaman aşımı süresi olarak kabul edilmektedir⁴¹.

A. SADAKAT VE ÖZEN YÜKÜMLÜLÜĞÜ

Türk Medeni Kanun'un 556 inci maddesine göre: "*Vasiyeti yerine getirme görevlisi, görevini yerine getirirken özen göstermekle yükümlüdür; ilgililere karşı bir vekil gibi sorumludur.*" Madde ifadesinden de anlaşılacağı üzere, vasiyeti yerine getirme görevlisinin özen borcunun ihlalinden doğan sorumluluğu vekâlet sözleşmesine yapılan atf ile düzenlenmiş olup özen borcunun sınırları Borçlar Kanununun 506/III (CO m.398/II) hükmü kapsamında ele alınmalıdır.

zararı gidermekle yükümlü bulunduğunu açıkça düzenlendiğin; oysa MK.556'da sözü edilen ilgililerin kapsamında kimlerin yer alacağı açık olmadığından mirasçıların dışında kalan vasiyet alacaklılarının ve tereke alacaklılarının hatta mirasçıların alacaklılarının ve miras payını devralan üçüncü kişinin de vekâlet ilişkisi kapsamında görevlinin sorumluluğuna gidebilecekleri zannının oluşmasının doğru olmadığını ifade eder. Bu bakımdan görevlinin mirasçılara karşı bir vekil gibi sorumlu olacağı kabul edilse bile, terekede menfaati bulunan diğer kimseler bakımından vekâlet sözleşmesi kapsamında kalınarak sorumluluğun temellendirilmiş olmasını hatalı bulur.

³⁷ Bu şahsın vasiyeti yerine getirme görevlisine karşı bu dava hakkını şahsen kullanabilmesi için hissesine temlik eden mirasçının vasiyeti yerine getirme görevlisine karşı olan haklarını da temlik olunana BK.m.183 uyarınca açık olarak geçirmiş olması lazımdır. **İmre/Erman**, s.178; **Dural/Öz**, s. 193. ATF 101 II 47.

³⁸ **Piotet**, s. 141. Aynı yönde bkz. **Akbiyık**, s. 212.

³⁹ Örneğin mirasbırakanın belirlediği malın vasiyet alacaklısı dışında bir başka kişiye geçirilmesi durumunda vasiyeti yerine getirme görevlisi sorumlu tutulacaktır. **Guinand**, s.331. Vasiyet alacaklısının yarışan iki dava hakkına sahip olması durumunda ise, özellikle vasiyetin ifa edilmemesi sebebiyle MK.m.600'e dayalı talepte bulunan vasiyet alacaklısının m.556 uyarınca sahip olduğu tazminat davası açma hakkını kaybettiği belirtilir. **Lob**, s.123; **Kocaağa**, s.161; **Akbiyık**, s.212.

⁴⁰ Dava vasiyeti yerine getirme görevlisinin kişisel sorumluluğuna yol açtığından ve terekenin malvarlıksal değeri ile ilgili olmadığından mirasbırakanın yerleşim yeri mahkemesinde açılmaz. **Lob**, 122

⁴¹ **Piotet**, s.139; **Lob**, s.122.

Buna göre vasiyeti yerine getirme görevlisi “benzer alanda iş ve hizmetleri üstlenen basiretli bir kişi” gibi davranmadığı takdirde özen borcu ihlal edilmiş olacağından; mirasbırakanın son arzularını yerine getirmek amacıyla atanmış olan bu kişinin sorumluluğunun *sözleşme benzeri bir borç ilişkisine* dayandığını ifade etmek gerekir⁴². Özen yükümlülüğüne aykırılık örneği olarak; geçerliliği konusunda şüphe duyulan bir tereke borcunun sorgulanmadan ödenmesi, iptal davası açılma imkânı bulunan bir ölüme bağlı tasarruf ile ilgili vasiyetin mirasçılara uyardmadan yerine getirmesi; tereke alacaklılarını takip etmeyerek zamanaşımına uğramalarına sebep olması gibi durumlar verilebilir⁴³.

Vekilin sorumluluğu ile ilgili Borçlar Kanunu’nun 506/III hükmü uyarınca, vasiyeti yerine getirme görevlisinin özen borcu ve bu borca aykırılıktan doğan sorumluluğu; işi görürken yöneldiği sonucun elde edilememesinden değil, bu sonuca erişmek için yaptığı faaliyetin özenle görülmemesinden kaynaklanabilir. Bu tespitin yapılmasında kullanılan kriterlerin objektif olması, benzer alanda iş ve hizmetleri yürüten basiretli bir kişinin esas alınması ile sağlanmıştır⁴⁴. İsviçre Federal Mahkemesi de bu konuda özel bir mesleki eğitimi olan, avukat ve/veya noter gibi kişiler yönünden beklenen özen yükümlülüğünün, özel bilgi birikimlerini ve eğitimlerini de dikkate alarak bilhassa hukuki süreç, uygulamalar ve bilgilendirmeler yönünden daha kapsamlı değerlendirilmesi gerektiğine hükmetmiştir⁴⁵.

Vasiyeti yerine getirme görevlisi kural olarak görevini, mirasbırakanın iradesine uygun ve *bizzat* yerine getirmekle yükümlüdür. İsviçre Federal Mahkemesinin bir kararında da belirtildiği üzere vasiyeti yerine getirme görevlisi görevi kabul ettikten sonra bir başkasını kendine vekil atayamayacağı gibi, görevini bir başka kişiye devretmesi de mümkün değildir⁴⁶. Bununla birlikte görevlinin, özel bazı işlerin yürütülmesi için bilhassa avukat, noter, vergi uzmanı gibi üçüncü kişilere başvurması ise mümkündür. Bu durumlarda

⁴² **Lob**, s. 122; **Guillaume**, s.17; **Piotet**, s. 141; **Riske**, s. 278; **Antalya/Sağlam**, s. 234; **Kocaağa**, s. 161; **Akbıyık**, s. 210. Vasiyeti yerine getirme görevlisinin görevi mirasbırakanın ölüm ile başlar ve özen borcunun ihlal edilerek ilgililere zarar vermesi durumunda tazminat ancak *üçüncü kişiyi koruma etkili borç ilişkisine* dayandırılabilir. Bu da niteliği itibariyle dürüstlük kuralı ve güven sorumluluğuna dayalı sözleşme benzeri bir borç ilişkisidir. Bu sorumluluğun vekâlet hükümlerine dayanması mümkün değildir. Çünkü ilgililer ve vasiyeti yerine getirme görevlisi arasında herhangi bir sözleşme ilişkisi yoktur. Ancak ilgililer sözleşmenin koruma kapsamı içinde bulunmaktadır. **Eren/Yücer Aktürk**, s.176.

⁴³ **Guinand**, s.236; **Guillame**, s. 22; **Kocaağa**, s.158; **Akbıyık**, s.214.

⁴⁴ 818 sayılı Önceki Borçlar Kanunu’nun ilgili 321 inci maddesindeki düzenleme ise sübjektif kriterlere göre özen yükümlülüğünün sınırlarını çizmekte idi. Bu konuyla ilgili bkz. **Yavuz, Cevdet**, Borçlar Hukuku Dersleri, Özel Hükümler, İstanbul,2012, s.545 vd. Ayrıca bkz. **Werro, Franz**, Commentaire Romand, Code Des Obligations I, Art. 398, Basel, 2003, s.2045 vd.

⁴⁵ 6 Mart 2002 tarihli TF SC.311/2001; **Guillame**, s. 18-19.

⁴⁶ 13 Mart 1995 tarihli TF 5P.529/1994

sorumluluğu ilgililerin seçimi ile yaptığı yönlendirme ve talimatlarda gösterdiği özen ile sınırlıdır⁴⁷.

Sadakat borcu vekâlet sözleşmelerinin güvene dayalı ve kişisel nitelikli sözleşmeler olmasından kaynaklanır. Bu bakımdan aslında özen borcunu tamamlar nitelikte bir borçtur⁴⁸. İsviçre Federal Mahkemesinin *ATF 144 III 217* sayılı kararında da belirtildiği üzere vasiyeti yerine getirme görevlisinin sadakat ve özen borcu onun mirasbırakanın son arzularına ve kanuna uygun şekilde takdir hakkını kullanması ve keyfi uygulamalardan kaçınmasını gerektirir⁴⁹. Bu sebeptir ki vekilin iş görme borcunu yerine getirirken sahip olduğu sadakat ve özen yükümlülüğü vasiyeti yerine getirme görevlisinin mirasçılara karşı sorumluluğunun kapsamı belirlenirken de rol oynar. Sorumluluk her ne kadar temelini haksız fiilden almasa da bazı durumlarda vasiyeti yerine getirme görevlisinin sorumluluğu ile haksız fiil sorumluluğunun birbiriyle yarışması da mümkündür⁵⁰. Özen borcunun kanun koyucu tarafından objektif esaslara bağlı tutulması sebebiyle vasiyeti yerine getirme görevlisi somut olayda üstleneceği işi görebilecek olgunluk ve yetkinliğe erişmemesi halinde bu görevi kabul etmemeli ve reddetmelidir. Aksi halde bilerek “*kabul ya da üstlenim kusuru*” (*faute dans l’acceptation d’un mandat*) işlemiş olur⁵¹.

Sadakat yükümlülüğü kapsamında, vasiyeti yerine getirme görevlisinin *mirasçılara bilgi verme ve sır saklama yükümlülüğünün* de bulunduğu kabul edilir⁵². İsviçre Federal Mahkemesi yine güncel bir kararında vasiyeti yerine getirme görevlisinin mirasçıların talebi karşısında onları bilgilendirmek yerine idari bir makama, diğer mirasçılara ya da bir bankaya yönlendirmesinin bilgi verme yükümlülüğünün ihlaline karene oluşturduğuna hükmetmiştir⁵³. Federal Mahkeme aynı kararda mirasçılar tarafından vasiyeti yerine getirme

⁴⁷ **Lob**, s.119; **Guillaume**, s. 20; **Werro**, (Commentaire Romand), Art. 398, s.2057; **Tercier**, Pierre, Les Contrats Spéciaux, Zurich/Bale/Genève, 2003, s.672; **Engel**, Pierre, Contrat de Droit Suisse, Berne, 2000, s.485.

⁴⁸ **Werro**, (Commentaire Romand), s.2053 vd.

⁴⁹ Aynı yönde bkz. ATF 101 II 47.

⁵⁰ **Guinand**, s.330; **Guillaume**, s. 18. Özellikle vasiyeti yerine getirme görevlisinin hukuka ya da ahlaka aykırı bir amaçla bilerek zarar verme iradesi bulunan durumlarda doğan zarardan ayrıca sorumlu tutulmasına engel bir durum bulunmamaktadır. (BK.m.41) **Lob**, s. 123; **Guillaume**, s. 18.

⁵¹ **Gümüş, Mustafa**; Türk İsviçre Borçlar Hukukunda Vekilin Özen Borcu, İstanbul, 2001, s.160; **Eren**, Fikret, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Ankara, 2019, s. 742.

⁵² **Lob**, s. 121; **Cotti**, s.330; **Guillaume**, s.15; **Akbıyık**, s.164. Örneğin, borçların ödenmesi bakımından zorunluluk arz etmeyen tereke mallarının elden çıkarılması, yine geçerli bir sebep olmaksızın tereke taşınlarını satılması gibi

⁵³ Federal Mahkemenin 10 Nisan 2018 tarihli 5A_628/2017 sayılı karar. Bkz. https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/fr/php/aza/http/index.php?highlight_docid=aza%3A%2F%2F10-04-2018-5A_628-2017&lang=fr&type=show_document&zoom=YES&

görevlisinden bilgi ve belge istenebileceğine; bu talebin tek bir mirasçı tarafından yapılması durumunda ise tasarruf işlemlerinin aksine mirasçıların birlikte hareket etme zorunlulukları bulunmadığına bu nedenle mirasçının bilgilendirilme hakkına engel olunamayacağına da değinmektedir. Vasiyeti yerine getirme görevlisi yönünden bilgi verme yükümlülüğünün kapsamını ise yine kendisinin belirleyeceği kabul edilir⁵⁴.

ATF 142 III 9 sayılı Federal Mahkeme kararında da yine vasiyeti yerine getirme görevlilerinin bilgi verme yükümlülüğü ile ilgili olarak terekeye ait yürütülen yatırım stratejisi hakkında mirasçıların bilgilendirilmesi gerektiği; buna karşılık mirasçıların hisse senetlerinin satışı ile ilgili talimatlarının vasiyeti yerine getirme görevlilerini bağlamadığı; onların sadece vasiyetçinin iradesi ile bağlı olduklarını; sadece bilgilendirme yükümlülüğüne uyulmamış olmasının tek başına terekedeki değer kaybından sorumluluk yaratmayacağı gerekçeleri ile yerel mahkeme kararını bozarak vasiyeti yerine getirme görevlilerinin zarardan sorumlu olmadıklarına karar vermiştir.

B. ÖZEL HUKUK SORUMLULUĞUNUN ŞARTLARI

Vasiyeti yerine getirme görevlisinin sorumluluğu ölümünden sonra mirasbırakan tarafından yerine getirilmesi istenilen *görevin hiç ya da gereği gibi* ifa edilmemesi şeklinde doğabilir. Bu sebeple sorumluluk, bir yanı ile vekilin sorumluluğuna ilişkin hükümlere tabi iken (BK.m. 506/II, CO m.398/II), diğer yanı ile de borca aykırılık hükümlerine (BK.m.112 vd., CO m.97) tabi olarak uygulama alanı bulur.

Yapma borçlarının ifası yönünden Borçlar Kanunumuzda (BK.m.113) açık bir düzenleme bulunmamakla birlikte doktrinde bu borçların niteliği gereği olarak zorla ifasının istenemeyeceği fakat borçlu tarafından ifa edilmemesi durumunda tazminat talep edilebileceği kabul edilmektedir. Vekâlet hükümlerine paralel olarak vasiyeti yerine getirme görevlisinin mirasbırakanın son arzularını yerine getirme borcunu ifa etmemesi durumunda, BK.m.114/II hükmünün atfı gereğince *haksız fil sorumluluğu* bir başka ifade ile borçlar hukuku genel sorumluluk ilkeleri esas alınır⁵⁵.

⁵⁴ **Guinand**, s.331; **Guillaume**, s. 22; **Lob**, s. 124; ATF 108 II 535. Bununla birlikte belirtmek gerekir ki İsviçre Federal Mahkemesi bilgi verme yükümlülüğünü son derece geniş yorumlamakta ve özellikle mirasçıların açmaları gereken iptal ve tenkis davalarına ilişkin olarak dahi, görevlinin onları aydınlatmakla yükümlü olduğu görüşünü benimsemektedirler. Bu konuyla ilgili bkz. ATF 90 II 376 (388); JdT 1965 I 336 (347), **Piotet**, s.152; **Guillaume**, s. 19.

⁵⁵ **Lob**, s.119; **Cotti**, s. 356; **Guinand**, s.330-331; **Guillaume**, s.23 vd.; **Riske**, s. 278; **Engel**, (*Obligations*), s.485; **Werro**, (*Commentaire Romand*), Art 398, s.2056-2057; **Tercier**, (*Obligations*), s. 672.

İsviçre Federal Mahkemesi vasiyeti yerine getirme görevlisinin sorumluluğu ile ilgili görevlinin ödevlerini ihlal etmesi sonucu zararının doğduğunu, zarar ile aradaki illiyet bağı ve kusurun ispat edilmesi gerektiğini; vasiyeti yerine getirme görevlisinin ise CO 97 (BK.m.112) düzenlemesi uyarınca borcun hiç ya da gereği gibi ifa edilememesinde kendisine hiçbir kusur yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe mirasçılarının bundan doğan zararlarını gidermekle yükümlü olduğunu vurgulamaktadır⁵⁶.

Buna göre vasiyeti yerine getirme görevlisinin sorumluluğunun ilk şartı görevini yerine getirirken *yükümlülüklerinden birini ihlal* etmiş olmasıdır. Görevlinin yükümlülüklerine aykırı her davranışı ayrı ayrı sorumluluk konusudur. Terekeyi teslim etmemesi ya da geç teslim etmesi, tüm mirasçıları ya da alacaklıları koruyucu tedbirler almaması, mirasbırakanın son arzularına uygun davranmaması, tereke aktif ve pasifleri ile ilgili mirasçıları yanılması, yetkilerini kullanarak tereke malları üzerinde kendine menfaat sağlaması gibi durumlar özen yükümlülüğü ve/veya sadakat yükümlülüğü bakımından ayrı ayrı değerlendirilip örnek olarak gösterilebilir. Bu noktada vasiyeti yerine getirme görevlisinin mirasçıların talimatlarına değil mirasbırakanın iradesine bağlı olduğunu ve mirasçılar tarafından yetersiz görülen her somut durumun vasiyeti yerine getirme görevlisi bakımından yükümlülüklerin ihlali sonucu doğurmayacağını da tekrar hatırlamak yerinde olur.

Vasiyeti yerine getirme görevlisinin sorumluluğuna başvurmak isteyen kişinin malvarlığında azalma şeklinde bir *zarara* uğraması da gerekir. Bu tür bir zararın varlığı *“vasiyetten yararlanan kişinin hâlihazırdaki malvarlığı değeri ile vasiyeti yerine getirme görevlisi tarafından zarara sebep olduğu ileri sürülen davranış yapılmayıp sahip olacağı malvarlığı değeri arasında fark doğduğunda”* kabul edilebilir. Vasiyeti yerine getirme görevlisi görevini gereği gibi ifa etseydi vasiyet alacaklısının uğramayacağı bu zarar, ifadan elde edeceği çıkara karşılık gelir ki bu da olumlu (müspet) zararı ifade eder. Diğer yandan doğan zararın maddi zarar kadar manevi zarar olması da peki âlâ mümkündür⁵⁷.

Vasiyeti yerine getirme görevlisinin sorumluluğu ancak zarar ile görevlerin ihlali arasındaki doğal ve yeterli *illiyet bağı*nın kurulması halinde kabul edilebilir⁵⁸. Bu bağı sağlayan ise, zararın mutlaka (*sine qua non*) vasiyeti yerine getirme görevlisinin ödevlerini hiç ya da gereği gibi ifa etmemesinden kaynaklanmalıdır.

⁵⁶ ATF 142 III 9, **Riske**, s. 275; Ayrıca ATF 101 II 47, **Guillaume**, s.20; **Logoz**, s.150.

⁵⁷ **Thevenoz**, (Commentaire Romand) Art 97 CO, s. 541 vd., **Tercier**, **Pierre**; Le Droit Des Obligations, Zurich, 1999, s.157; **Engel**, Pierre, Traite des Obligations en Droit Suisse, Berne, 1997, s.716; **Oğuzman/Öz**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.3, s385; **Eren**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s.1180 vd.; **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.2, s.130 vd.

⁵⁸ ATF 142 III 9, **Riske**, s.275.

Vasiyeti yerine getirme görevlisi ödevlerinden birini ihlal ettiğinde, mirasbırakanın kendisine güvenerek emanet ettiği vasiyet ile ilgili vekalet hükümleri çerçevesinde *kusuru* doğar. Yerine getirmediği ya da eksik olarak yerine getirdiği her yükümlülüğü için kusuru ayrı ayrı değerlendirilir⁵⁹. İsviçre Federal Mahkemesi bir kararında “*vasiyeti yerine getirme görevlisinin yükümlülüklerinin ihlalinde zarar ve illiyet bağının varlığı yanında kusurun da İBK.m.97 (BK.m.112) hükmüne uygun ve kaine olarak kabul edileceğini*” belirtmektedir⁶⁰. Bu sebeple vasiyeti yerine getirme görevlisi aksini yani zararın doğmasında veya özen yükümlülüğünün ihlalinde kusuru bulunmadığını ispat ederek sorumluluktan kurtulabilir⁶¹.

Vasiyeti yerine getirme görevlisinin sorumluluğuna gitmek isteyen mirasçılarının onun görevini yapmasını zorlaştırmamaları gerekir. Mirasçılarının terekenin tasfiye sürecine ilgisiz kalarak görevliyi tamamen denetim dışı bırakmalarına rağmen, sonradan görev ihlali nedeniyle tazminat talebinde bulunmaları durumunda hâkimin karşı tarafın kusurunu da dikkate alması doğru olur⁶². Ancak bu noktada tekrar belirtmek gerekir ki vasiyeti yerine getirme görevlisinin mirasçılarının emir ve talimatları doğrultusunda hareket etme yükümlülüğü yoktur. Bu nedenle Federal Mahkeme kararlarında da belirtildiği üzere “*herhangi bir tasarrufun sadece mirasçılar aleyhine sonuç doğurmuş olması tek başına tazminat talebi hakkı doğurması için de yeterli değildir*”⁶³. Burada sınır vasiyeti yerine getirme görevlisinin yaptığı işlemlerin mirasçılar aleyhine sonuç doğurup doğurmaması değil; mirasbırakanın son arzularına ve kanuna uygun hareket edilip edilmemesidir.

C. BİR DEN ÇOK VASIYETİ YERİNE GETİRME GÖREVLİSİNİN ATANMASI DURUMUNDA

Türk Medeni Kanun’un 551 inci maddesinde yer alan “Birden çok vasiyeti yerine getirme görevlisinin atanmış olması hâlinde, tasarruftan veya işin niteliğinden aksi anlaşılmadıkça bunlar görevi birlikte yürütürler.” ifadesi açıkça *müteselsil sorumluluğu* düzenlemese de Kanunun 556 inci maddesinin getirdiği “vekil gibi sorumlu olma” kuralı gereğince vekâlet sözleşmesindeki müteselsil sorumluluk hükümlerinin uygulanması (BK.511/II) esastır⁶⁴.

⁵⁹ **Thevenoz**, (Commentaire Romand) Art 97 CO, s. 565-566, **Tercier**, P; (*Obligations*), s.159; **Engel**, (*Obligations*), s.712.

⁶⁰ ATF 101 II 47; **LOB**, s.123; **Guillaume**, s. 23; **İmre/Erman**, s.179.

⁶¹ **Lob**, s.12; **Guillaume**, s.26; ATF 101 II 47 (53-54).

⁶² **Lob**, s. 124-125, **Akbıyık**, s.215.

⁶³ ATF 101 II 47 (57).

⁶⁴ İsviçre Medeni Kanun’unda (CC.m.518/II) ve Önceki Medeni Kanun’da da birden fazla vasiyeti yerine getirme görevlisinin atanması düzenlenmekte ancak vekâlete ilişkin atf hükmü bulunmasa da yine aynı düzenlemelerin uygulanması esas alınmaktadır. (CO.m.403/II) **Lob**, s.102; **Piotet**, s.141; **Guillaume**, s. 48; **Logoz**, s. 150,151. Alman Medeni Kanun’da

Buna göre, birden fazla vasiyeti yerine getirme görevlisinden birinin kusuru ile verdiği zarar diğerlerinin de sorumluluğunu doğururken bu kişilerin özen yükümlülüğü çerçevesinde görevlerini yerine getirirken birbirlerini denetleme yükümlülüğü de yoktur. Ancak rücu ilişkisi içinde görevin gereği gibi yerine getirilip getirilmediğinin denetlenmesi önem taşır. (BK.m.114/II, m.9/II, m.61, m.62, m.50)

Vasiyeti yerine getirme görevlilerinden biri görevi kabul etmez veya edemez ya da herhangi bir sebeple görevi sona ererse, mirasbırakanın tasarrufundan aksi anlaşılmadıkça diğerleri göreve devam eder. Birden çok vasiyeti yerine getirme görevlisi birlikte hareket etmek üzere atanmış olsa bile acele hâllerde her biri gerekli işlemleri yapabilir.

Mirasbırakanın birden fazla vasiyeti yerine getirme görevlisini “birlikte hareket etme” kuralının aksini düzenleyerek ataması da mümkündür. Her birine ayrı görevler yüklediği böyle bir durumda artık müteselsil sorumluluğun düzenlenmesi imkânı da kalmayacaktır. Zira artık görevlilerden her biri kendi yetki alanına giren işlerle ilgili sorumluluk altındadır⁶⁵. Diğer yandan mirasbırakan birlikte hareket etme kuralının aksine bir tasarrufta bulunmamasına rağmen göreve atanan kimseler, aralarında görev paylaşımına gitmişlerse, bu durum sadece iç ilişkide hüküm ifade edecek ancak dış ilişkide müteselsil sorumluluk kuralını ortadan kaldırmayacaktır⁶⁶.

D. ÜÇÜNCÜ KİŞİLERİN VE VASİYET ALACAKLILARININ DURUMU

Vasiyeti yerine getirme görevlisinin yükümlülükleri mirasçılar, vasiyet ve tereke alacaklıları ile sınırlı olup, bu kişiler dışında kalan kimselere karşı yükümlülükleri bulunmamaktadır. Bu sebeptir ki, vasiyeti yerine getirme görevlisinin sorumluluğuna ilişkin *talep ve dava hakkı* kural olarak *mirasçılara ve mirasbırakan tarafından lehlerine kazandırma yapılan kişilere* verilmiştir.

İsviçre Federal Mahkemesi ATF 144 III 217 sayılı kararında; vasiyeti yerine getirme görevlisinin sorumluluğunun tereke ile ilgili, kanundan doğan ve doğrudan menfaati olan kişilere karşı var olduğunu; bunun dışındaki kişiler yönünden sorumluluğun ancak dolaylı olabileceğini özellikle belirtmektedir⁶⁷. Örneğin miras payının bir başkasına devredildiği durumda vasiyeti yerine getirme görevlisinin üçüncü kişiye karşı herhangi bir yükümlülüğü

ise kusurlu birden fazla vasiyeti yerine getirme görevlisinin müteselsilen sorumlu olacakları açıkça düzenlenmiştir. (BGB § 2219/II) Ayrıca bkz. **İmre/Erman**, s. 171; **Kocayusufpaşaoğlu**, s:300; **Dural/Öz**, s:187; **Kocaağa**, s.164.

⁶⁵ **Lob**, s:103; **Piotet**, s.141; **Steinauer**, s.609; **Guillaume**, s. 48; **Logoz**, s. 150,151 **Kocaağa**, s.164.

⁶⁶ **Kocaağa**, s.164.

⁶⁷ Bu konudaki doktrin tartışmaları için ayrıca bkz. **Riske**, s. 276.

bulunmadığından sorumluluğu da yoktur. Kaldı ki Medeni Kanun'un 677/III hükmü de açıkça üçüncü kişiye sadece mirasçıya karşı ileri sürebileceği kişisel bir talep hakkı tanımakta ve paylaşmaya katılma yetkisi vermemektedir⁶⁸. Üçüncü kişinin vasiyeti yerine getirme görevlisine karşı dava hakkını şahsen kullanabilmesi için hissesini temlik eden mirasçının vasiyeti yerine getirme görevlisine karşı olan haklarını da temlik olunana BK.m.183 uyarınca açık olarak geçirmiş olması gerekir⁶⁹.

Aynı şekilde vasiyeti yerine getirme görevlisinin sorumlu olduğu mirasçı ya da vasiyet alacaklısının kişisel alacaklıları da doğrudan bir talep hakkına sahip değildir⁷⁰. Meydana gelen zararın *miras ortaklığına* ait olduğu durumlarda Medeni Kanun'un 640/IV düzenlemesi uyarınca davanın ortaklığı oluşturan mirasçılar tarafından birlikte açılması gerekir⁷¹.

ATF 142 III 9 ve ATF 144 III 247 sayılı her iki Federal Mahkeme kararında da belirtildiği üzere vasiyeti yerine getirme görevlisinin yükümlülüklerini ihlal ederek tereke değerine zarar verdiği durumlarda *mirasçılarının* doğrudan zarar görmeleri sebebiyle dava açarak görevlinin sorumluluğuna gitmeleri mümkündür. *Vasiyet alacaklıları* ise vasiyetin teslimine doğrudan taraf oldukları için yine aynı başvuru imkanına sahip olmakla birlikte; Medeni Kanun'un 600'üncü maddesi uyarınca vasiyet alacaklısının vasiyet edilen malın teslimini veya hakkın devrini; vasiyet konusu bir davranış ise bunun yerine getirilmemesinden doğan zararının giderilmesini kişisel olarak dava etme hakkı da vardır. Bu dava hakkı ifa ya da tazminat istemi ile; varsa vasiyeti yerine getirme görevlisine yoksa yasal veya atanmış mirasçılara karşı açılır. Bir başka ifade ile vasiyet alacaklıları yönünden tazminat davası açma hakkı mirasçılardan bağımsızdır⁷².

Diğer yandan terekenin vasiyet alacaklısının borcunu karşılamaması ve vasiyet alacaklısının borcunun ifa edilememesi durumunda vasiyeti yerine getirme görevlisinin doğrudan sorumluluğu bulunmamakta ancak mirasçılarının kişisel malvarlığı sorumlulukları devam etmektedir⁷³. Vasiyet alacaklısının

⁶⁸ **Akbıyık**, s.168. Yazar bu konuda "Açılmış mirasta bir mirasçının payını devralmış veya haczetmiş olan ya da elinde mirasçıya karşı alınmış borç ödemedi aciz belgesi bulunan alacaklı, sulh hâkiminden bu mirasçının yerine paylaşmaya katılmak üzere kayyım atanmasını isteyebilir" şeklinde düzenlenen MK.m.648/I hükmünün de gözden kaçırılmaması gerektiğine ve böyle bir durumda paylaşmaya geçen görevlinin devredilen miras payıyla ilgili olarak mahkemece atanan kayyıma karşı devir yükümlülüğü altında olacağına değinmektedir.

⁶⁹ **İmre/Erman**, s.178; **Dural/Öz**, s. 193. ATF 101 II 47.

⁷⁰ **Piotet**, s.150.

⁷¹ **Piotet**, s. 141. Aynı yönde bkz. **Akbıyık**. S. 212.

⁷² Örneğin mirasbırakanın belirlediği malın vasiyet alacaklısı dışında bir başka kişiye geçirilmesi durumunda vasiyeti yerine getirme görevlisi sorumlu tutulacaktır. **Guinand**, s.331.

⁷³ **Riske**, s. 278-279.

yarışan iki dava hakkına sahip olduğu, özellikle vasiyetin ifa edilememesi sebebiyle MK.m.600'e dayalı talep hakkına gidebildiği durumlarda MK.m.556 hükmü uyarınca vasiyeti yerine getirme görevlisinin sorumluluğuna dair tazminat davası açma hakkının kaybedildiği belirtilir⁷⁴.

İsviçre Federal Mahkemesinin ATF 144 III 217 sayılı kararında da belirtildiği üzere; vasiyeti yerine getirme görevlisinin vasiyet alacaklıları karşısında, mirasbırakanın son arzularını yerine getirirken özen yükümlülüğünü ihlal etmesi aslında kanun koyucu tarafından kendisine yüklenen (vasiyetin ifası, borçların ödenmesi vb.) asli borçların ihlali değil, tali bir davranış yükümlülüğünün ihlalidir. Bilhassa vekalet sözleşmeleri yönünden özen yükümlülüğü asli borçların doğru ve gereği gibi ifasına yarayan ikincil bir yükümlülüktür. Bir başka ifade ile özen yükümlülüğü asli borçların ifa niteliklerini belirler⁷⁵. Anılan kararda Medeni Kanun'un 552 inci maddesinde örneklendirilen görevler ile aslında vasiyeti yerine getirme görevlisi ile vasiyet alacaklısı arasında yasal bir ilişki kurulduğu da belirtilmektedir. Kurulan bu hukuki bağ ve kıyasen uygulanan vekalet hükümleri (BK.m.506/II) gereğince vasiyeti yerine getirme görevlisi vasiyet alacaklısının menfaatlerini korumalı ve sadece mirasçılara karşı değil, vasiyet alacaklılarına karşı da sadakat ve özen yükümlülüğü ile sorumlu olmalıdır. (MK.m.552; BK.m.506/II, m.112 vd.)

İsviçre Federal Mahkemesinin ATF 144 III 217 sayılı kararında; vasiyeti yerine getirme görevlisine ödenen ücret sebebiyle, net tereke üzerinden alacak hakkına sahip olan vasiyet alacaklısının zarara uğradığı iddiası ile fahiş ücretin indirilmesi ve vasiyeti yerine getirme görevlisinin sorumluluğuna gidilmesi yönündeki değerlendirmeyi, vasiyeti yerine getirme görevlisinin yükümlülüklerine değil ücret hakkına bağlı olarak incelemiş olması *Riske* tarafından davanın emsal olduğu düşüncesiyle ele alınmıştır. Yazar ayrıca *"net tereke değeri üzerinden alacak hakkına sahip olan vasiyet alacaklısı yönünden, ücret alacağının, vasiyet alacaklısı ve vasiyeti yerine getirme görevlisi arasındaki yasal borç ilişkisine dahil olduğunu ve a priori taraflar arasında vasiyetin özenle ifası varsayımında da bu durumun değişmediğini belirtmektedir. O halde vasiyeti yerine getirme görevlisinin terekede pay sahibi olan vasiyet alacaklısı karşısındaki sözleşme benzeri sorumluluğu, ücretin belirlenmesi ve tahsilindeki uygunsuzluk şeklinde değerlendirilmelidir. Bu sebeple de vasiyeti yerine getirme görevlisinin sorumluluğu bakımından özel bir yasal düzenleme arayışına girmeye de aslında ihtiyaç yoktur. Mevcut davada yer alan Federal Mahkeme Kararı da bu yönü ile bir örnek oluşturur"*⁷⁶.

⁷⁴ **Lob**, s.123; **Kocaağa**, s.161; **Akbıyık**, s.212.

⁷⁵ **Müller** ; Christoph, *Contras de droit Suisse*, Berne, 2012, N 1978; **Riske**, s.279.

⁷⁶ **Riske**, s.280.

SONUÇ

Vasiyeti yerine getirme görevlisi atamanın, aslında mirasbırakanın mirasının paylaşımı ile ilgili doğması muhtemel sorunların önüne geçmek ya da mirasçıları ile arasındaki güven ilişkisi kaynaklı tereddütleri gidermek gibi oldukça temel bir işlevi vardır. Bu işlevin sağlıklı olarak yerine getirilmesi amacıyla kanun koyucu vasiyeti yerine getirme görevlisi atama yetkisini, sadece mirasbırakana ve hatta şahsa sıkı sıkıya bağlı bir hak niteliğinde tanımlamaktadır. Vasiyeti yerine getirme görevlisinin görevi kabul zorunluluğu bulunmayıp; sulh hâkimi tarafından kendisine yapılan bildirim tarihinden başlayarak on beş gün içinde ve gerekçe göstermek zorunda olmadan görevi kabul etmeme hakkı vardır. Hukuki niteliği tartışmalı olmakla birlikte kendine özgü bir niteliğe sahip olan kurumda vasiyeti yerine getirme görevlisinin 556 ıncı maddede düzenlenen özen yükümlülüğüne paralel olarak görev ve sorumluluğu bakımından Borçlar Kanununun vekâlete ilişkin hükümlerinin uygulama alanı bulacağı kabul görmektedir.

Medeni Kanun uyarınca, mirasbırakan aksini düzenlemiş olmadıkça veya sınırlı bir görev için atamış bulunmadıkça vasiyeti yerine getirme görevlisi, mirasbırakanın son arzularının yerine getirilmesi için gerekli bütün işlemleri yapmakla görevli ve yetkili kabul edilir. Bu görev ve yetkilendirmelerde ise mirasçıların talimatları ile bağlı değildir ve üstlendiği görev karşılığında uygun bir ücret isteme hakkına sahiptir. Hizmetinin karşılığı olarak verilecek olan ücretin vasiyetnamede gösterilmesi durumunda, hâkim tarafından belirtilen ücreti azaltılamazken; belirleme yapılmamış ise, kural ücretin vasiyeti yerine getirme görevlisi ile mirasçılar tarafından tespit edilmesi yönündedir. Hâkim anlaşma sağlanamaması durumunda devreye girer ve vasiyeti yerine getirme görevlisinin sunduğu hizmet için harcadığı zaman, yürüttüğü işlerin karmaşıklığı, görev süresi gibi objektif unsurları dikkate alarak ücreti belirler.

Vasiyeti yerine getirme görevlisi sulh mahkemesinin denetimi altındadır ve sulh hâkimi şikâyet üzerine ya da re'sen gerekli önlemleri alır. Bu denetim dışında sahip olunan bir diğer imkân ise dava yolu ile hukuki sorumluluğuna gidilebilmesidir. Sorumluluk bakımından öncelikle vasiyeti yerine getirme görevlisinin görevini yerine getirirken ortaya koyduğu fiillerden ve hukuki işlemlerden *kişisel olarak sorumlu* tutulacağını ve bunun bir özel hukuk sorumluluğu olduğunu ifade etmek gerekir. Sorumluluğa ilişkin *talep ve dava hakkı* kural olarak *mirasçılara ve mirasbırakan tarafından lehlerine kazandırma yapılan kişilere* verilmiştir.

Türk Medeni Kanun'un 556 ıncı maddesinin ifadesinden de anlaşılacağı üzere, vasiyeti yerine getirme görevlisinin sorumluluğu vekâlet sözleşmesine yapılan atf ile düzenlenmiş olup özen borcunun sınırları Borçlar Kanunun 506/III hükmü kapsamında ele alınmalıdır. Buna göre vasiyeti yerine getirme görevlisi *"benzer alanda iş ve hizmetleri üstlenen basiretli bir kişi"* gibi

davranmadığı takdirde özen borcu ihlal edilmiş olacağından; mirasbırakanın son arzularını yerine getirmek amacıyla atanmış görevlinin sorumluluğunun *sözleşme benzeri bir borç ilişkisine* dayandığını ifade etmek gerekir. Vekilin sorumluluğu ile ilgili Borçlar Kanunu'nun 506/III hükmü uyarınca, vasiyeti yerine getirme görevlisinin özen borcu ve bu borca aykırılıktan doğan sorumluluğu; işi görürken yöneldiği sonucun elde edilememesinden değil, bu sonuca erişmek için yaptığı faaliyetin özenle görülmemesinden kaynaklanabilir. Bir başka ifade ile vasiyeti yerine getirme görevlisinin sorumluluğu ölümünden sonra mirasbırakan tarafından kendisinden yerine getirilmesi istenilen *görevin hiç ya da gereği gibi* ifa edilmemesi şeklinde doğar. Bu sebeple sorumluluk bir yanı ile vekilin sorumluluğuna ilişkin hükümlere tabi iken (BK.m. 506/II), diğer yanı ile borca aykırılıkla hükümlerine (BK.m.112 vd.) tabidir.

Vasiyeti yerine getirme görevlisinin sorumluluk şartları; görevini yerine getirirken *yükümlülüklerinden birini ihlal* etmiş olması; görevlinin sorumluluğuna başvurmak isteyen kişinin malvarlığında azalma şeklinde bir *zararın doğması*; zarar ile görevlerin ihlali arasındaki doğal ve yeterli *illiyet bağının* kurulması ve vasiyeti yerine getirme görevlisinin ödevlerinden birini ihlal ederek vasiyet ile ilgili kendisine verilen vekalet çerçevesinde *kusurunun bulunmasıdır*.

İsviçre Federal Mahkemesi ise ATF 144 III 217 ve ATF 142 III sayılı kararlarında vasiyeti yerine getirme görevlisinin hukuki sorumluluğu ile ilgili özel olarak vurguladığı ve önemli bulduğumuz hususlar ise özetle şunlardır:

- Vasiyeti yerine getirme görevlisinin vasiyet alacaklıları ile mirasçılar karşısında, mirasbırakanın son arzularını yerine getirirken özen yükümlülüğünü ihlal etmesi, aslında kanun koyucu tarafından kendisine yüklenen asli borçların ihlali değil, tali bir davranış yükümlülüğünün ihlalidir. Bilhassa vekalet sözleşmeleri yönünden özen yükümlülüğü asli borçların doğru ve gereği gibi ifasına yarayan ikincil bir yükümlülüktür. Bir başka ifade ile özen yükümlülüğü asli borçların ifa niteliklerini belirler.
- Vasiyeti yerine getirme görevlisinin sadakat ve özen borcu onun mirasbırakanın son arzularına ve kanuna uygun şekilde takdir hakkını kullanması ve keyfi uygulamalardan kaçınmasını gerektirir. Bu sebeptir ki vekilin iş görme borcunu yerine getirirken sahip olduğu sadakat ve özen yükümlülüğü vasiyeti yerine getirme görevlisinin mirasçılara karşı sorumluluk kapsamının belirlenmesinde rol oynar.
- Bilgi verme yükümlülüğü, sadakat borcunun bir sonucu olarak ortaya çıksa da mirasçıları bilgilendirme yükümlülüğüne tam olarak uyulmamış olması vasiyeti yerine getirme görevlisinin terekedeki değer kaybından dolayı sorumlu tutulması için tek başına gerekçe yaratmaz.
- Herhangi bir tasarrufun sadece mirasçılar aleyhine sonuç doğurmuş olması onun tek başına tazminat talebi hakkı doğurması için yeterli değildir.

- Vasiyeti yerine getirme görevlisi ücret isteme hakkına sahip olmakla birlikte, ücretin hâkim tarafından belirlendiği durumlarda; hâkimin, takdir yetkisi çerçevesinde (MK.m.4) ve görevlinin yaptığı işlerin önemi ile zorluğunu da dikkate alarak hakkaniyete uygun bir şekilde tespit etmelidir.
- Vasiyeti yerine getirme görevlisinin sorumluluğu tereke ile ilgili, kanundan doğan ve doğrudan menfaati olan kişilere karşıdır. Miras payının net tereke üzerinden kararlaştırıldığı durumlarda, vasiyet alacaklısının zarara uğraması mümkün olmakla birlikte, vasiyeti yerine getirme görevlisinin sebep olduğu tereke zararlarından sorumluluğu kanundan doğan ve sorumluluk mirasçılara karşıdır. Vasiyet alacaklılarına karşı olan sorumluluğu ise dolaylıdır.
- Vasiyeti yerine getirme görevlisinin yükümlülüklerini ihlal ederek tereke değerine zarar verdiği durumlarda *mirasçılar*ın doğrudan zarar görmeleri sebebiyle dava açarak vasiyeti yerine getirme görevlisinin sorumluluğuna gitmeleri mümkündür. *Vasiyet alacaklıları* ise vasiyetin teslimine doğrudan taraf oldukları için yine aynı başvuru imkanına sahip olmakla birlikte Medeni Kanun'un 600'üncü maddesi uyarınca vasiyet edilen malın teslimini veya hakkın devrini; vasiyet konusu bir davranış ise bunun yerine getirilmemesinden doğan zararın giderilmesini kişisel olarak dava etme hakkına da sahiptir. Bu dava hakkı ifa ya da tazminat istemi ile varsa vasiyeti yerine getirme görevlisine yoksa yasal veya atanmış mirasçılara karşı açılır. Bir başka ifade ile vasiyet alacaklıları yönünden tazminat davası açma hakkı mirasçılardan bağımsızdır.

KAYNAKÇA

- **Akbıyık, Cem**, Vasiyeti Yerine Getirme Görevlisi, İstanbul, 2012.
- **Antalya, Gökhan/Sağlam, İpek**, Miras Hukuku, İstanbul, 2015.
- **Berki, Şakir**; Miras Hukuku, Ankara, 1959
- **Cotti, Fiorenzo**, Commentaire du Droit des Successions (Art.457-640 CC ; Art.11-24 LDFR), Berne, 2012.
- **Dural, Mustafa/Öz, Turgut**; Türk Özel Hukuku C.IV, Miras Hukuku, İstanbul, 2019.
- **Engel, Pierre**, Contrat de Droit Suisse, Berne, 2000.
- **Engel, Pierre**, Traite Des Obligations En Droit Suisse Berne, 1997. (*Obligations*)
- **Eren, Fikren**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2019. (*Genel*)
- **Eren, Fikret**, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Ankara, 2019.
- **Eren, Fikret/ Yücer Aktürk, İpek**; Türk Miras Hukuku, Ankara, 2019.

- **Gençcan, Ömer Uğur**, Miras Hukuku, Ankara, 2016.
- **Gregoire, Piller**, Commentaire Romand, Code Civil II, Art 457-977 CC, Art. 1-61, Tit. Fin. CC, (Edit. (**Pichonnaz, Pascal/Foex, Benedict/Piotet, Denis**), Bale, 2016.
- **Guillaume, Florence** ; La Responsabilité de l'exécuteur testamentaire, Quelques Actions en Responsabilité, Neuchâtel, 2008.
- **Guinand, Jean**, Le pouvoir de disposition de l'exécuteur testamentaire, Revue Suisse de Notariat et du Registre Foncier, n :57/1976, s.321-332.
- **Guinand, Jean/ Stettler, Martin/ Leuba, Audrey**; Droit de Successions, Zurich, 2005.
- **Gümüş, Mustafa**; Türk İsviçre Borçlar Hukukunda Vekilin Özen Borcu, İstanbul, 2001.
- **İmre, Zahit/Erman, Hasan**; Miras Hukuku, İstanbul, 2017.
- **İnan, Ali Naim /Ertaş, Şeref/ Albaş, Hakan**; Miras Hukuku, Ankara, 2008.
- **Kılıçoğlu, Ahmet**, Miras Hukuku, Ankara, 2015.
- **Kocaağa, Köksal**, Vasiyeti Yerine Getirme Görevlisi, Ankara, 2006.
- **Kocaağa, Köksal**, Vasiyeti Yerine Getirme Görevlisinin Hukuki Niteliği, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2002, C.6; S.1, s.55 vd. (*Hukuki Nitelik*)
- **Kocayusufpaşaoğlu, Necip/Hatemi, Hüseyin/Serozan, Rona/Arpacı, Abdülkadir**, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, C.III, Prof. Dr. Rona Serozan, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, İstanbul, 2016.
- **Kocayusufpaşaoğlu, Necip**; Miras Hukuku, İstanbul, 1987.
- **Lob, Jean** ; Les Pouvoirs de l'exécuteur testamentaire en droit Suisse, Lausanne, 1952.
- **Logoz, François**, La délivrance du legs par l'exécuteur testamentaire, Journée du Droit Successoral, Berne, 2017, s.149-179.
- **Müller, Christoph**, Contrats de Droit Suisse, Berne, 2012.
- **Oğuzman, M. Kemal /Öz, M. Turgut**; Borçlar Hukuku, C. III, İstanbul, 2018.
- **Özcan, Cem**, İsviçre Federal Mahkemesi'nin ATF 142 III 9 Kararı Işığında Vasiyeti Yerine Getirme Görevlisinin Hukuki Sorumluluğu; Legal Hukuk Dergisi, 2019, C.17, S.199, s.2869-2884.
- **Öztan, Bilge**, Miras Hukuku, Ankara, 2019.
- **Piotet, Paul**, Droit Successoral, Bern, 1975.
- **Riske, Olivier**, La Responsabilité de l'exécuteur testamentaire, Commentaire de l'arrêt du TF 5A_363/2017 du 22 février 2018, HAVE/REAS 3/2018, s.275-280.

- **Serozan, Rona;** Sağlararası İşlem Yoluyla Ölüme Bağlı Kazandırma, İstanbul 1979.
- **Steinauer, Paul-Henri,** Le Droit des Successions, Berne, 2015.
- **Tercier, Pierre,** Le Droit des Obligations, Zurich, 2004. (*Obligations*)
- **Tercier, Pierre,** Les Contrats Spéciaux, Zurich/Bale/Genève, 2003.
- **Thevenoz, Luc,** Commentaire Romand, Code Des Obligations I, Art. 101, Basel, 2003, s.595-606.
- **Thevenoz, Luc/ Werro, Franz,** Commentaire Romand, Code Des Obligations I, Helbing&Lichtenhahn Verlag, Basel, 2003.
- **Werro, Franz,** Commentaire Romand, Code Des Obligations I, Art. 394-407, Basel, 2003, s.2021-2013.
- **Yavuz, Cevdet,** Borçlar Hukuku Dersleri, Özel Hükümler, İstanbul,2012

