

ERZİNCAN ÜNİVERSİTESİ

Hukuk Fakültesi Dergisi



CİLT: XVIII SAYI: 3 – 4 ARALIK 2014

KAMU HUKUKU ♦ÇAĞLAYAN, Fransız ve Türk İdarî Yargılama Hukuklarında İvedi Yargılama Usulü ♦GAYRETLİ, Climate Change Agreements and Conferences Comperative Analysis of Turkish Policies.

ÖZEL HUKUK ♦ÇOŞKUN, Türk Rekabet Kurulu Kararları Işığında Pişmanlık Programının Uygulanması: Belirsizlikler ve Tutarsızlıklar
♦KARAGÖZ, İşverenin Tacir Olması Durumunda Cezai Şartın İndirilmesi
♦KIRTILOĞLU, Medeni Yargılama Hukukunda Objektif Dava Birleşmesi
♦DİNÇ, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Ticari İş Kavramı
♦TOPAL, TMK m. 173/2 ve 3'de Yer Alan Hususların Çekişmesiz Yargı İş Olup Olmadığının Değerlendirilmesi.

**ERZİNCAN ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ**

CİLT: XVIII SAYI: 3-4 YIL: 2014

**ARALIK – 2014
ERZİNCAN**

IV

SAHİBİ

Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanlığı Adına
Prof.Dr. Cem BAYGIN

SORUMLU MÜDÜR

Yılmaz ÖZKER

DİZGİ VE MİZANPAJ

Arş. Gör. Dr. Ahmet NAR

<u>İLETİŞİM ADRESİ:</u> ERZİNCAN ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ 24078 / ERZİNCAN	<u>TLF</u> : +90 446 225 17 41/42 225 17 43 <u>FAKS</u> : +90 446 225 17 45 <u>E-MAİL</u> : erchukuk@erzincan.edu.tr <u>WEB</u> : www.erzincan.edu.tr/hukuk
--	--

Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
yılıda iki kez yayımlanan ve TÜBİTAK ULAKBİM (Ulusal Akademik Ağ
ve Bilgi Merkezi) Ulusal Hukuk Veri Tabanına kabul edilmiş
hakemli bir dergidir.

**Dergide yayımlanan yazılarda ileri sürülen görüşler yazarlara aittir;
Fakülteyi bağlamaz.**

Basım Yeri: ERMAT OFSET Vali R. Yazıcıoğlu Cd. No: 57 / ERZİNCAN

Basım Tarihi: Aralık - 2015

YAYIN İLKELERİ

1. Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi hakemli bir dergidir. Haziran ve Aralık aylarında olmak üzere yılda iki kez yayınlanır. Yayınlanması istenen makalelerin Haziran sayısı için 30 Nisan; Aralık sayısı için 31 Ekim tarihine kadar dergi editörlüğüne ulaştırılması gerekir.
2. Dergide yayımlanmak üzere gönderilen bilimsel nitelikli çalışmaların kamu hukuku, özel hukuk ve ekonomi-maliye alanlarına ilişkin ve daha önce başka bir yerde yayımlanmamış olması gerekir.
3. Yayımlanmak üzere gönderilecek çalışmalar, Times New Roman karakterinde ana metin 1,5 satır aralığında ve 11 punto, dipnotların ise 9 punto olarak hazırlanması ve 35 sayfayı geçmemesi gerekmektedir. Çalışmalar, bir nüsha çıktısı ile birlikte Office 97 ve üstü bir versiyonda yazılmış ve sayfa marjları A4 boyutu üzerinden üstten 6 cm., alttan 5 cm., sağ ve soldan 4,5 cm. olarak ayarlanmış bir şekilde dergi editörlüğü'ne gönderilmelidir. Gönderilen makalelerin İngilizce başlığı da yazılmalıdır. Word programındaki otomatik başlıklandırma kullanılmamalıdır. Yazarlar, unvanlarını, görev yaptıkları kurumları, haberleşme adresleri ile telefon numaralarını ve varsa e-mail adreslerini bildirmelidirler.
4. Yayın Komisyonunca ilk değerlendirmesi yapılan çalışmalar hakem ya da hakemlere gönderilir. Çalışmalar, isimleri saklı tutulan hakem heyeti içinden, yazarın akademik unvanına göre daha üst unvanlı bir hakemin görüşü alınarak, aynen veya değiştirilmek suretiyle yayınlanır. Hakemden "düzeltmesi kaydıyla yayınlanabilir" şeklinde gelen eserlerin yayımlanabilmesi için eser sahibinin hakem raporunda belirtilen düzeltmeleri yapması ve buna ilişkin bir dilekçeyi yayın komisyonuna vermesi zorunludur.

Hakem incelemesi sonucunda yayımlanması uygun görülmeyen çalışmalar ise yazarına iade edilir.

Süresi içerisinde hakem incelemesinden geri gelmeyen çalışmalar, yazarı tarafından aksi yönde bir talepte bulunulmadıkça derginin bir sonraki sayısında değerlendirilir.
5. Dergide yayınlanan eserleri değerlendiren hakemlerin isimleri iki sayıda bir yayınlanır.

DANIŐMA KURULU

Prof.Dr. Mehmet Emin ARTUK

Fatih Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Prof.Dr. Nihat BULUT

İstanbul Şehir Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Prof.Dr. Murat DOĞAN

Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Prof.Dr. İhsan ERDOĞAN

Gazi Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Prof.Dr. Celal GÖLE

Atılım Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Prof.Dr. Zehra ODYAKMAZ

Mevlana Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
İdare Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Prof.Dr. Rona SEROZAN

İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

YAYIN KOMİSYONU

Prof. Dr. Cem BAYGIN
Prof. Dr. Sururi AKTAŞ
Prof. Dr. İbrahim ÖZBAY
Doç. Dr. Ayhan DÖNER
Doç. Dr. Şafak NARBAY
Arş. Gör. Dr. Ahmet NAR

EDİTÖRLER

Prof. Dr. Cem BAYGIN
(e-mail: cembaygin@yahoo.de)
Prof. Dr. Sururi AKTAŞ

DERGİNİN SÜREKLİ YAZARLARI

Prof.Dr. Cem BAYGIN, Prof.Dr. Sururi AKTAŞ, Prof.Dr. İbrahim ÖZBAY, Doç.Dr. Ayhan DÖNER, Doç.Dr. Şafak NARBAY, Doç.Dr. Hayrunnisa ÖZDEMİR, Doç.Dr. M. Emin RUHİ, Doç.Dr. Sabahattin YÜREKLİ, Yrd.Doç.Dr. Alpaslan AKARTEPE, Yrd.Doç.Dr. Oğuz CANER, Yrd.Doç.Dr. Ömer GEDİK, Yrd.Doç.Dr. Burhan Caner HACIOĞLU, Yrd.Doç.Dr. Veli KARAGÖZ, Yrd.Doç.Dr. İsmail KÖKÜSARI, Yrd.Doç.Dr. Hatice Duygu ÖZER, Yrd.Doç.Dr. Ayhan UÇAR, Dr. Ahmet NAR, Dr. Melih SÖNMEZ, Arş.Gör. Elif AĞCA, Arş.Gör. Abdullah Sencer AKKOYUNLU, Arş.Gör. Nesrin DABANLIOĞLU ALANUR, Arş.Gör. Onur Kahan ARSLAN, Arş.Gör. Fatih AYDEMİR, Arş. Gör. Bedriye Tuğçe BALABAN, Arş. Gör. Özlem ÇELİK BAŞBOZKURT, Arş. Gör. Fethiye Nur BAŞTÜRK, Arş.Gör. Emrah BİLEZİKÇİ, Arş. Gör. Meltem BULUT, Arş.Gör. Ayşenur ŞAHİN CANER, Arş.Gör. Ayşe CEBECİOĞLU, Arş.Gör. Serhat CEYLAN, Arş.Gör. Aytuğ Ceyhun ÇAKIR, Arş. Gör. Mustafa ÇAPA, Arş.Gör. Nazlı Kübra ÇELİK, Arş.Gör. Yeşim ÇELİK, Arş.Gör. Mustafa ÇİÇEK, Arş.Gör. Emre CAN, Arş.Gör. Hasan ÇİFTÇİ, Arş.Gör. Tuğba ÇİFTÇİ, Arş.Gör. Mehmet Akif ETGÜ, Arş.Gör. M. Arif FINDIK, Arş. Gör. Zehra GÜNEY, Arş. Gör. Aydın GÜVEN, Arş. Gör. Ümit GÜVEYİ, Arş.Gör. Engin HİLAL, Arş.Gör. Buğra KESİCİ, Arş.Gör. Sevdâ KESKİN, Arş.Gör. Şengül AL KILIÇ, Arş.Gör. Yavuz KORUCU, Arş.Gör. Şerife AKSAN NAR, Arş.Gör. Serkan OĞUZ, Arş.Gör. Nagehan OKUMUŞ, Arş. Gör. Damla Özden ÖKSÜZ, Arş. Gör. Nurten ÖZTÜRK, Arş. Gör. Mahmut POLAT, Arş.Gör. Mehmet SAYDAM, Arş.Gör. Vildan SEZİŞLİ, Arş.Gör. Emel TEKTEN, Arş.Gör. Sercan TOKDEMİR, Arş.Gör. Murat UYUMAZ, Arş.Gör. Gözde ÜLKER, Arş.Gör. Ömer ÜNLÜ, Arş.Gör. Arzu YILMAZ.

İÇİNDEKİLER

KAMU HUKUKU

Prof. Dr. Ramazan ÇAĞLAYAN

Fransız ve Türk İdarî Yargılama Hukuklarında İvedi Yargılama Usulü 1–41

Arş. Gör. Seda GAYRETLİ

Climate Change Agreements and Conferences Comperative Analysis of
Turkish Policies43–74

ÖZEL HUKUK

Yrd. Doç. Dr. Sevda Yaşar ÇOŞKUN

Türk Rekabet Kurulu Kararları Işığında Pişmanlık Programının Uygulanması:
Belirsizlikler ve Tutarsızlıklar77–107

Yrd. Doç. Dr. Veli KARAGÖZ

İşverenin Tacir Olması Durumunda Cezai Şartın İndirilmesi 109–132

Yrd. Doç. Dr. S. Serhat KIRTILOĞLU

Medeni Yargılama Hukukunda Objektif Dava Birleşmesi 133–172

Dr. Serhan DİNÇ

6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Ticari İş Kavramı..... 173–191

Arş. Gör. Önder TOPAL

TMK m. 173/2 ve 3'de Yer Alan Hususların Çekişmesiz Yargı İşi Olup
Olmadığının Değerlendirilmesi 193–228

CONTENTS

PUBLIC LAW

Prof. Dr. Ramazan ÇAĞLAYAN

Urgent Trial Procedure in the French and Turkish Administrative Jurisdictions 1–41

Research Asst. Seda GAYRETLİ

Climate Change Agreements and Conferences Comperative Analysis of Turkish Policies43–74

PRIVATE LAW

Asst. Prof. Dr. Sevda Yaşar ÇOŞKUN

Enforcement of Leniency Programme Under the Ligt of Turkish Competiton Board's Decisions: Uncertainties and Inconsistencies 77–107

Asst. Prof. Dr. Veli KARAGÖZ

Lowering of the Penal Clause in the event of Employer is a Merchant 109–132

Asst. Prof. Dr. S. Serhat KIRTILOĞLU

Joinder of Cases in an Objective Manner in the Law of Civil Procedure 133–172

Dr. Serhan DİNÇ

The Concept of Commercial Business According to Turkish Commercial Code Numbered 6102 173–191

Research Asst. Önder TOPAL

Evaulation About Whether TCC Art. 173/2 and 173/3 Include Non-Contentious Jurisdiction 193–228

FRANSIZ VE TÜRK İDARİ YARGILAMA HUKUKLARINDA İVEDİ YARGILAMA USULÜ

*Prof. Dr. Ramazan ÇAĞLAYAN**

GİRİŞ

Mahkemelerde takip edilen yargılama usulleri, tek tip olmayıp çeşitlilik arz etmektedir. Çeşitli sebeplerle, özellikle yargılamanın en kısa zamanda sona erdirilmesi amacıyla, bazı davalar için farklı bir yargılama usulü öngörülmektedir. Önceki 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu yazılı, sözlü, basit ve seri olmak üzere dört çeşit yargılama usulü öngörmekteydi. Ancak 2011 tarihli Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK), sözlü ve seri yargılama usullerini kaldırarak¹, “yazılı yargılama” ve “basit yargılama” olmak üzere iki usul benimsemiştir. HMK düzenlemelerine bakıldığında asıl usulün “yazılı yargılama usulü” olduğu; istisnaen 316. maddede sayılan hallerde “basit yargılama usulü” uygulanacağı anlaşılmaktadır². Basit yargılama usulü, bazı davalarda gerekli hız ve kısalıkta yargılama yapabilmek amacıyla benimsenmiştir³.

Hukuk Muhakemeleri Kanununa bakıldığında (m.317-322) basit yargılama usulünün başlıca farklılıklarının şunlar olduğu görülmektedir⁴: Basit yargılama usulünde dava ve cevap, dilekçe ile olmakla beraber, yazılı yargılama usulünden farklı olarak cevaba cevap ve ikinci cevap dilekçesi

* Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

1 KURU Baki/ARASLAN Ramazan/YILMAZ Ejder, Medeni Usul Hukuku, 22. Bası, Ankara, 2011, s.477; ÖZEKES Muhammet, “HMK’da Yargılama Usulleri Bakımından Getirilen Yenilikler”, www.taa.gov.tr/dosya/belge/OZEKES-2-_Yargilama_Usulleri.ppt, s. 2.

2 KURU/ARASLAN/YILMAZ, age., s. 289; ÖZEKES, agm., s. 2.

3 ÖZEKES, agm., s. 2

4 KURU Baki/ARASLAN Ramazan/YILMAZ Ejder, Medeni Usul Hukuku, 22. Bası, Ankara, 2011, s.477; ÖZEKES Muhammet, “HMK’da Yargılama Usulleri Bakımından Getirilen Yenilikler”, www.taa.gov.tr/dosya/belge/OZEKES-2-_Yargilama_Usulleri.ppt, s. 2; ÇELİK Ahmet, 6100 Sayılı Hukuk Yargılama Yasası’na Göre Tazminat Ve Alacak Davaları Açılması ve İzlenmesi, 2. Bası, Ankara 2012, s.286; BOZKURT Argun, İş Yargılaması Usul Hukuku, 4. Bası, Ankara, 2012, s.34.

aşaması bulunmamaktadır. Taraflar dilekçeleri ile birlikte tüm delillerini vermek zorundadırlar. Davaya cevap süresi kısa (iki hafta) tutulmuştur. İlk itirazlar ve zamanaşımı savunmasının, iki haftalık cevap süresinde ileri sürülmesi gerekmektedir. Mahkeme, mümkün olan hallerde tarafları duruşmaya davet etmeden *dosya üzerinden* karar verir. Tarafların dinlenmesi, delillerin incelenmesi ve tahkikat işlemlerinin yapılması iki duruşmada tamamlar. Duruşmalar arasındaki süre bir aydan daha uzun olamaz.

İdarî yargılama hukukunda, 1982 tarihli İdarî Yargılama Usulü Kanunu tek tip yargılama usulü olarak “yazılı yargılama” usulünü benimsemişti. Vergi yargılaması için bazı farklı usul kuralları olmakla beraber, ayrı bir yargılama usulü olarak nitelendirilemez. İdarî Yargılama Usulü Kanununda 18.6.2014 tarihli ve 6545 sayılı kanun ile yapılan değişiklikle (İYUK, m. 20/A, m.20/B), idarî yargılama hukukumuzda “*ivedi yargılama usulü*” dâhil edilmiştir

İvedi (acele) yargılama usulü denmesi, aciliyet kesbeden davalar bakımından yargılamanın hızlandırılması için bazı usulî tedbirlerin alınmasındandır. Bu bağlamda yargılamanın çabuklaşmasını sağlamak için başta dava ve cevap süresi, temyiz süresi gibi sürelerin kısaltılması olmak üzere bazı usul işlemlerinin hızlandırılması yoluna gidilmiştir.

İvedi yargılama usulüne neden ihtiyaç duyulduğu, madde gerekçesinde şu şekilde açıklanmaktadır:

“İdari yargıda davaların tümü aynı usul takip edilmek suretiyle sonuçlandırılmaktadır. Ancak idari davaların bazıları, niteliği itibarıyla diğerlerinden farklıdır. Bu tür davaların geciktirilmeksizin karara bağlanması gerekmektedir. Bu bakımdan, gecikerek karar verilmesinde hem idare hem de davacılar bakımından katlanılması zor ya da imkânsız sonuçlar doğuracak sınırlı sayıdaki dava türünün, diğerlerine göre daha ivedi bir şekilde sonuçlandırılması gerekmektedir. Yargısal sürecin, süratle sonuçlandırılması özel önem taşıyan ihale, özelleştirme, acele kamulaştırma uyuşmazlıklarından kaynaklanan bazı davaları ivedilikle sonuçlandırılmaması halinde, hukuki belirsizlik doğmasına neden olmaktadır. Madde ile Avrupa örneklerinde olduğu gibi idari yargılamaya ivedi yargılama usulü kurumu kazandırılmaktadır”.

Bu gerekçeden de anlaşıldığı üzere, bazı davaların süratle sonuçlandırılmasında hem kamu hizmetlerinin kesintiye uğramadan

sürdürülmesi, kamu kaynaklarının verimli kullanılması; hem de davacıların menfaatlerinin korunması açısından ivedi yargılama usulüne ihtiyaç duyulmaktadır.

Bu çalışmada, idarî yargılama hukukuna dâhil edilen ivedi yargılama usulünün içeriği ve kapsamı üzerinde durulduktan sonra, bu usulde yargılamanın hızlandırılmasının ne kadar mümkün olabileceği konusu tartışılacaktır. Ancak daha önce, idare hukukumuzun etkileşim içinde olduğu Fransız hukukunda konunun nasıl ele alındığını kısaca aktarmakta fayda mülâhaza ediyoruz.

A. FRANSIZ İDARİ YARGILAMA HUKUKUNDA İVEDİ YARGILAMA USULÜ⁵

Fransız hukukunda İdarî Yargılama Kanununda (*Code de justice administratieve*) 2000 yılında yapılan değişiklikle⁶, daha önce dar kapsamda olan ivedi yargılama usulü (*le référé* veya *procedure d'urgence*) daha geniş şekilde düzenlenmiştir. Önce ivedi yargılamanın genel usulleri, akabinde de ivedi yargılamaya tabi bazı konular düzenlenmiştir.

İvedi yargılama türlerine geçmeden önce şu hususu da belirtmek gerekir. Fransız idare hukukunda ivedi yargılama usulü, aciliyet (*urgence*) bulunan hallerde, kişilerin temel hak ve özgürlüklerinin ihlalinin önüne geçmek için öngörülmektedir. Aciliyet bulunduğu için yargılamanın hızlı işlemesi de gerekmektedir ancak asıl hedef kişi haklarına yönelen müdahalenin (tehdidin) önüne geçmektir⁷. Aşağıda ivedi yargılama usullerini ve şartlarını incelediğimizde bu hedef daha iyi anlaşılacaktır.

1. İvedi Yargılama Usulünün Türleri

Fransız hukukunda ivedi yargılama usulünde birden fazla yöntem benimsenmiştir. Kanunda açıkça belirtilmemekle beraber öğretilerde bunlara

⁵ BESLY Alexandra/LAFAY Quentin/BÎHAN Le Xavier/MONTBEYRE Gaspard /NENNE Charles/TORDEUR Pauline, Refers d'Urgence et Modernisation de la Justice Administrative, <http://refersdurgence.files.wordpress.com.2012/08/a9rfa36.pdf>

⁶ İdarî Yargılama Kanununun (*Code de justice administratieve*) 5.Kitap'ının başlığı "ivedi yargılama (*Le référé*)" olarak ifade edilmiştir. L.511-1 ve devamı maddelerinde ivedi yargılama usulü düzenlenmektedir.

⁷ Aşağıda da ifade edileceği üzere Türk idarî yargılama hukukunda ivedi yargılama, daha çok yargılamanın hızlandırılması, yani yargılama sürecinin mümkün olan en kısa zamanda tamamlanması için başvurulmaktadır.

farklı isimler verilmektedir. Önce bu türler hakkında genel bilgiler verip, daha sonra ortak kurallar üzerinde duracağız.

a. İvedi Yürütmenin Durdurulması (*référé-suspension*)⁸

Fransız İdarî Yargılama Kanunu (*Code de justice administrative*) L.521-1. maddesinde⁹ düzenlenen bu ivedi yargılama türüne Fransız hukukunda “*référé-suspension*” ismi verilmektedir¹⁰. Bu deyimini Türkçeye “ivedi yürütmenin durdurulması” olarak çevirmenin daha isabetli olacağını düşündük.

Kanunun L.521-1.maddesine göre, bir idari işleme (olumsuz işlem de olsa) karşı açılan iptal davasında, talep edildiğinde ivedi yargılama hâkimi aciliyet olduğu kanaatine ulaşırsa işlem hakkında veya işlemin bazı etkileri (neticeleri) hakkında yürütmenin durdurulmasına karar verebilir.

Bu usulün uygulanabilmesi için şu şartların gerçekleşmiş olması aranmaktadır¹¹:

-Bir idarî işleme karşı açılmış bir iptal davası olacak. Hakkında iptal davası açılan işlem, olumsuz bir işlem de olabilir.

-Yürütmenin durdurulması kararı verilmesi bakımından aciliyet bulunacak. Yürütmenin durdurulması kararı verilmesini talep eden taraf aciliyeti ispatlayıcı bilgi ve belgeleri mahkemeye sunmalıdır.

⁸ BESLY/LAFAY/BİHAN/MONTBEYRE/NENNE/TORDEUR, agç.

⁹ Art.L.521-1: “*Quand une décision administrative, même de rejet, fait l'objet d'une requête en annulation ou en réformation, le juge des référés, saisi d'une demande en ce sens, peut ordonner la suspension de l'exécution de cette décision, ou de certains de ses effets, lorsque l'urgence le justifie et qu'il est fait état d'un moyen propre à créer, en l'état de l'instruction, un doute sérieux quant à la légalité de la décision. Lorsque la suspension est prononcée, il est statué sur la requête en annulation ou en réformation de la décision dans les meilleurs délais. La suspension prend fin au plus tard lorsqu'il est statué sur la requête en annulation ou en réformation de la décision*”.

¹⁰ BESLY/LAFAY/BİHAN/MONTBEYRE/NENNE/TORDEUR, agç; Les Procédures d'urgence (cours), [http://www.fallaitpasfairedudroit.fr/droit-administratif/le-controle-de-l-administration\(contentieux-administratif/276-les-procedures-urgence-cours](http://www.fallaitpasfairedudroit.fr/droit-administratif/le-controle-de-l-administration(contentieux-administratif/276-les-procedures-urgence-cours); <http://www.conseil-etat.fr/Conseil-d-Etat/Demarches-Procédures/Les-procedures-d-urgence/Quelles-sont-les-differentes-procedures-d-urgence-dont-le-juge-administratif-peut-etre-saisi>.

¹¹ <http://www.conseil-etat.fr/Conseil-d-Etat/Demarches-Procédures/Les-procedures-d-urgence/Quelles-sont-les-differentes-procedures-d-urgence-dont-le-juge-administratif-peut-etre-saisi>; BESLY/LAFAY/BİHAN/MONTBEYRE/NENNE/TORDEUR, agç

-İdarî işlemin hukuka aykırılığı konusunda ciddi şüphe bulunmalıdır. Bu kanunun yürürlüğe girmesinden önce “iptali gerektirecek ciddi gerekçeler (*moyen sérieux de nature à justifier l’annulation*” ifadesi kullanılırken burada “hukukilik konusunda ciddi şüphe (*doute sérieux quant à la légalité*” deyimini kullanılmaktadır. Böylece hakime daha geniş hareket alanı sağlanmıştır¹².

-İdarî işlem (karar) henüz uygulanmamış olmalıdır.

Kanunun L.521-1.maddesinin ikin fıkrasına göre, bu kapsamda yürütmenin durdurulması kararı verildiğinde, davanın esası en kısa zamanda karara bağlanır. Davanın esası karara bağlandığında, yürütmenin durdurulması kararının hukukî varlığı sona erer.

b. Özgürlükler İvedi Yargılaması (*référé-liberté*)

Fransız İdarî Yargılama Kanunu (*Code de justice administrative*) L.521-2. maddesinde¹³ düzenlenen bu ivedi yargılama türüne Fransız hukukunda “*référé-liberté*” ismi verilmektedir. Bu usulde, idarî yargıca geniş yetkiler ve yargısal emir verme yetkisi verildiğinden aynı zamanda “*référé-injonction*” usulü de denilmektedir¹⁴.

Kanunun L.521-2.maddesine göre ivedi yargılama hâkimi, aciliyet bulunan hallerde ve talep edildiğinde, kamu tüzel kişisi veya kamu hizmeti üstlenen özel hukuk kişisinin davranışının (işlem veya eylemi) temel hak ve özgürlüğe ciddi ve açıkça hukuka aykırı olarak tehdit (ihlal) oluşturduğunun anlaşılması halinde, temel hak ve özgürlüğün korunması için gerekli her

¹² BESLY/LAFAY/BÎHAN/MONTBEYRE/NENNE/TORDEUR, agç.

¹³ Art.L.521-2: “*Saisi d’une demande en ce sens justifiée par l’urgence, le juge des référés peut ordonner toutes mesures nécessaires à la sauvegarde d’une liberté fondamentale à laquelle une personne morale de droit public ou un organisme de droit privé chargé de la gestion d’un service public aurait porté, dans l’exercice d’un de ses pouvoirs, une atteinte grave et manifestement illégale. Le juge des référés se prononce dans un délai de quarante-huit heures.*”.

¹⁴ BESLY/LAFAY/BÎHAN/MONTBEYRE/NENNE/TORDEUR, agç; Les Procédures d’urgence (cours), [http://www.fallaitpasfairedudroit.fr/droit-administratif/le-controle-de-l-administration\(contentieux-administratif/276-les-procedures-urgence-cours](http://www.fallaitpasfairedudroit.fr/droit-administratif/le-controle-de-l-administration(contentieux-administratif/276-les-procedures-urgence-cours); <http://www.conseil-etat.fr/Conseil-d-Etat/Demarches-Procédures/Les-procedures-d-urgence/Quelles-sont-les-differentes-procedures-d-urgence-dont-le-juge-administratif-peut-etre-saisi>.

türlü tedbirin (*toutes mesures nécessaires*) alınmasına karar verebilir. Bu karar en geç 48 saat içinde verilir.

Bu usulün uygulanabilmesi için şu şartların gerçekleşmiş olması aranmaktadır¹⁵:

-İdarenin veya kamu hizmeti üstlenmiş özel hukuk kişinin bir davranışı (işlem veya eylemi) olmalıdır.

-Söz konusu davranış, bir temel hak veya özgürlüğü tehdit (ihlal) eder nitelikte olmalıdır. Örneğin toplanma, seyahat ve basın özgürlüğü, mülkiyet hakkı gibi bir hakkı ihlal niteliğinde olmalıdır.

-Kısa zamanda karar verilmesini gerektirecek bir aciliyet bulunmalıdır.

-Özgürlüğe yönelik tehdit, ciddi ve açıkça hukuka aykırı olmalıdır.

-İvedi olarak karar verilmesi konusunda bir talep olmalıdır. Bu talepte bulunulması dava açılmış olması şartına da bağlı değildir. Yani asıl dava açılmadan önce de talepte bulunulabilir.

-Hâkim en geç 48 saat içinde karar vermek zorundadır.

-Hâkim, tehdit altındaki temel hak ve özgürlüğü korumak için “gerekli her türlü tedbire karar verebilir.

Görüldüğü üzere bu usulde dava açılma şartı aranmamaktadır. Kamu tüzel kişisi veya kamu hizmeti üstlenmiş özel hukuk kişinin davranışının (işleminin) temel hak ve özgürlüğü ciddi şekilde tehdit ettiğinin anlaşılması halinde, hâkin özgürlüğün korunması için gerekli tedbire karar verebilmektedir. Burada, idare yargıcının temel hak ve özgürlükleri koruma görevinin belirgin bir örneği gündeme gelmektedir.

c. Koruyucu İvedi Yargılama (*référé-conservatoire*)

Fransız İdarî Yargılama Kanunu (*Code de justice administrative*) L.521-3. maddesinde¹⁶ düzenlenen bu ivedi yargılama türüne Fransız hukukunda

¹⁵ <http://www.conseil-etat.fr/Conseil-d-Etat/Demarches-Procdures/Les-procedures-d-urgence/Quelles-sont-les-differentes-procedures-d-urgence-dont-le-juge-administratif-peut-etre-saisi>; BESLY/LAFAY/BİHAN/MONTBEYRE/NENNE/TORDEUR, ağç

¹⁶ Art.L.521-3: “*En cas d'urgence et sur simple requête qui sera recevable même en l'absence de décision administrative préalable, le juge des référés peut ordonner toutes autres mesures utiles sans faire obstacle à l'exécution d'aucune décision administrative*”.

“*référé-conservatoire*” ismi verilmektedir¹⁷. Hâkimin faydalı olan tedbirlere (*autres mesures utiles*) karar verebilme yetkisinden dolayı bu usule “faydalı tedbirler ivedi yargılaması (*référé-mesures utiles*)” ismi de verilmektedir¹⁸.

Kanunun L.521-3.maddesine göre, aciliyet bulunması ve talep edilmesi halinde, idarî karar alınmadan önce, ivedi yargılama hâkimi işlemin uygulanmasının durdurulması dışında diğer gerekli faydalı tedbirlere karar verebilir. Mesela bir hakkın ileri sürülebilmesi için gerekli belgenin tevdi edilmesine karar verilmesi talep edilebilir¹⁹.

Bu usulün uygulanabilmesi için şu şartların gerçekleşmiş olması aranmaktadır²⁰:

-Ortada bir aciliyet bulunmalıdır.

-Talep edilen tedbir, gerekli olmalıdır.

-Talep edilen tedbir bir idarî karara karşı olmamalıdır. (Şayet bir kararın uygulanmasının durdurulması talep ediliyorsa, bu durumda *référé-suspension* usulüne başvurulmalıdır)²¹.

-Hâkim, talebi haklı bulursa yararlı her türlü tedbire karar verebilir.

Yukarıdaki şartlar dikkate alındığında bu usulün, adlî yargıdaki ihtiyati tedbir kurumuna benzediği söylenebilir.

17 BESLY/LAFAY/BİHAN/MONTBEYRE/NENNE/TORDEUR, ağç; Les Procédures d’urgence (cours), [http://www.fallaitpasfairedudroit.fr/droit-administratif/le-controle-de-l-administration\(contentieux-administratif/276-les-procedures-urgence-cours](http://www.fallaitpasfairedudroit.fr/droit-administratif/le-controle-de-l-administration(contentieux-administratif/276-les-procedures-urgence-cours); [http://www.conseil-etat.fr\(Conseil-d-Etat/Demarches-Procédures/Les-procedures-d-urgence/Quelles-sont-les-differentes-procedures-d-urgence-dont-le-juge-administratif-peut-etre-saisi](http://www.conseil-etat.fr(Conseil-d-Etat/Demarches-Procédures/Les-procedures-d-urgence/Quelles-sont-les-differentes-procedures-d-urgence-dont-le-juge-administratif-peut-etre-saisi).

18 BESLY/LAFAY/BİHAN/MONTBEYRE/NENNE/TORDEUR, ağç

19 [http://www.conseil-etat.fr\(Conseil-d-Etat/Demarches-Procédures/Les-procedures-d-urgence/Quelles-sont-les-differentes-procedures-d-urgence-dont-le-juge-administratif-peut-etre-saisi](http://www.conseil-etat.fr(Conseil-d-Etat/Demarches-Procédures/Les-procedures-d-urgence/Quelles-sont-les-differentes-procedures-d-urgence-dont-le-juge-administratif-peut-etre-saisi).

20 [http://www.conseil-etat.fr\(Conseil-d-Etat/Demarches-Procédures/Les-procedures-d-urgence/Quelles-sont-les-differentes-procedures-d-urgence-dont-le-juge-administratif-peut-etre-saisi](http://www.conseil-etat.fr(Conseil-d-Etat/Demarches-Procédures/Les-procedures-d-urgence/Quelles-sont-les-differentes-procedures-d-urgence-dont-le-juge-administratif-peut-etre-saisi); BESLY/LAFAY/BİHAN/MONTBEYRE/NENNE/TORDEUR, ağç

21 [http://www.conseil-etat.fr\(Conseil-d-Etat/Demarches-Procédures/Les-procedures-d-urgence/Quelles-sont-les-differentes-procedures-d-urgence-dont-le-juge-administratif-peut-etre-saisi](http://www.conseil-etat.fr(Conseil-d-Etat/Demarches-Procédures/Les-procedures-d-urgence/Quelles-sont-les-differentes-procedures-d-urgence-dont-le-juge-administratif-peut-etre-saisi).

d. Diğer İvedi Yargılama Yöntemleri

Fransız hukukunda, başka yasal düzenlemelerle farklı konularda, hâkimin hızlıca karar vermesini gerektiren ivedi yargılama usulünün uygulanması öngörülmektedir. Bu durumlarda hâkim talep olmasa ivedi yargılama usulü çerçevesinde karar vermek zorundadır. Bunları kısaca şu şekilde ifade edebiliriz²²:

-**Tespit ivedi yargılaması (référé-constat)**: Bu usul, hukukî uyuşmazlığın çözümünde etkili olan olayın tespiti için bir uzmanın (bilirkişi) görevlendirilmesi imkânı veren ivedi yargılama usulüdür²³.

-**Tahkikat ivedi yargılaması (référé-instruction)**: Bu usul, ortada bir idarî karar (işlem) olmasa da, konuya ilişkin bilirkişi incelemesi veya başka bir araştırma için karar verilmesini içeren bir ivedi yargılama usulüdür. Mesela bu usulle davacı, kamu binasına komşu taşınmazının uğradığı zararın tespiti konusunda bilirkişi incelemesi yapılmasını talep edebilir²⁴.

-**Avans ivedi yargılaması (référé-provision)**: Bu usul, idarenin borcundan davacıya avans verilmesi yönünde karar tesisi sonucunu doğuran bir usuldür. Bu yöntem, alacağın varlığı konusunda ciddi bir tartışmanın bulunmadığı hallerde uygulanabilmektedir. Bu kapsamdaki kararlar istinaf ve bazı hallerde temyize tabidir.

-**Malî ivedi yargılama (référé-fiscal)**: İdarî Yargılama Kanununun L.552-1 ve 552-2. maddelerinde düzenlenmiştir. Bu usul, bir vergilendirme işleminde (özellikle kurumlar vergisi gibi), verginin varlığı konusunda

22 <http://www.fallaitpasfairedudroit.fr/droit-administratif/le-controle-de-l-administration/contentieux-administratif/276-les-procedures-urgence-cours>; <http://www.conseil-etat.fr/Conseil-d-Etat/Demarches-Procdures/Les-procedures-d-urgence/Quelles-sont-les-differentes-procedures-d-urgence-dont-le-juge-administratif-peut-etre-saisi>.

23 <http://www.fallaitpasfairedudroit.fr/droit-administratif/le-controle-de-l-administration/contentieux-administratif/276-les-procedures-urgence-cours>; <http://www.conseil-etat.fr/Conseil-d-Etat/Demarches-Procdures/Les-procedures-d-urgence/Quelles-sont-les-differentes-procedures-d-urgence-dont-le-juge-administratif-peut-etre-saisi>.

24 <http://www.fallaitpasfairedudroit.fr/droit-administratif/le-controle-de-l-administration/contentieux-administratif/276-les-procedures-urgence-cours>; <http://www.conseil-etat.fr/Conseil-d-Etat/Demarches-Procdures/Les-procedures-d-urgence/Quelles-sont-les-differentes-procedures-d-urgence-dont-le-juge-administratif-peut-etre-saisi>.

tartışma varsa, ödemenin tecil edilmesi yönündeki talebin idarece reddedilmesi işlemine karşı başvuru bir yöntemdir²⁵.

-Sözleşmelerde ivedi yargılama (*référé-contractuelle*): İdarî Yargılama Kanununun L.551-2 ve 551-2. maddelerinde düzenlenmiştir. Bu usulde sözleşmenin imzalanmasından önceki aşamada, sözleşmenin imzalanmasının ertelenmesine karar verme yetkisi tanınmaktadır. Sözleşmenin imzalanmasından sonraki aşamada ise sözleşmenin geçersizliğine, süresinin kısaltılmasına veya malî cezaya karar vermeye yetkili kılınmaktadır. Bu kararlar Danıştay nezdinde temyize tabidir²⁶.

-İdarî vesayet ivedi yargılaması (*référé-tutelle administrative*): Bu usulde, mülki amirin yerel yönetim idarelerinin kararlarının yargı önüne götürülmesi konusundaki yetkisi çerçevesinde, dava konusu işlemin yürütülmesinin durdurulmasına karar verilmesini talep yetkisi vermektedir. İvedi yargılama hâkimi, kamusal veya bireysel özgürlüğün tehlikeye girmesini önleyecek tedbirlerin alınmasına karar verebilmektedir²⁷.

-İletişim ivedi yargılaması (*référé-communication*): İdarî Yargılama Kanununun L.553-1. maddesinde düzenlenmiştir. Bu usulde, görsel- işitsel iletişim (basın-yayın özgürlüğü) alanında aciliyet bulunan hallerde, hâkime kısa zamanda karar verme yetkisi tanınmaktadır.

2. İvedi Yargılama Usulünün Genel Kuralları

Yukarıda açıklanan ivedi yargılama türleri bakımından kabul edilen bazı temel kurallar bulunmaktadır. Bu temel kuralları aşağıdaki şekilde sıralayabiliriz.

25 <http://www.fallaitpasfairedudroit.fr/droit-administratif/le-controle-de-l-administration/contentieux-administratif/276-les-procedures-urgence-cours>; <http://www.conseil-etat.fr/Conseil-d-Etat/Demarches-Procdures/Les-procedures-d-urgence/Quelles-sont-les-differentes-procedures-d-urgence-dont-le-juge-administratif-peut-etre-saisi>.

26 <http://www.fallaitpasfairedudroit.fr/droit-administratif/le-controle-de-l-administration/contentieux-administratif/276-les-procedures-urgence-cours>; <http://www.conseil-etat.fr/Conseil-d-Etat/Demarches-Procdures/Les-procedures-d-urgence/Quelles-sont-les-differentes-procedures-d-urgence-dont-le-juge-administratif-peut-etre-saisi>.

27 <http://www.fallaitpasfairedudroit.fr/droit-administratif/le-controle-de-l-administration/contentieux-administratif/276-les-procedures-urgence-cours>; <http://www.conseil-etat.fr/Conseil-d-Etat/Demarches-Procdures/Les-procedures-d-urgence/Quelles-sont-les-differentes-procedures-d-urgence-dont-le-juge-administratif-peut-etre-saisi>.

a. Kararların Geçiciliği ve Bağımsızlığı

İdarî Yargılama Kanununun L.511-1. maddesine göre, ivedi yargılama usulü kapsamında ivedi yargılama hâkimi tarafından verilen kararlar (tedbirler) geçici niteliktedir. Davanın esasından bağımsızdır. Başka bir ifade ile, ivedi yargılama kapsamında verilen kararlar davanın esasına ilişkin değildir. Bu kararlar verilirken, davanın esasına hiç girilmez. Esasen aşağıda görüleceği üzere, ivedi yargılama kapsamında karar verecek hâkim ile davanın esası hakkında karar verecek hâkim (hâkimler) farklıdır.

İdarî Yargılama Kanununun L.521-4. maddesine göre ivedi yargılama hâkimi, ilgili herhangi bir kişinin talebi üzerine, yeni bilgi ve belgelerin ortaya çıkması durumunda, ivedi yargılama kapsamında verdiği kararı her zaman değiştirebilir veya kaldırabilir. İvedi yargılama kapsamında verilen kararlar kural olarak kesin olduğundan, böyle bir imkân getirilmiştir.

b. Kararların Kesinliği ve İtiraz

İdarî Yargılama Kanununun L.521-4. maddesine göre, ivedi yargılama usulü kapsamında verilen kararlar kural olarak kesindir. Bunlara karşı herhangi bir kanun yolu (itiraz veya temyiz yolu) öngörülmemiştir.

Ancak İdarî Yargılama Kanununun L.523-1.maddesine göre, aynı kanunun L.521-2. Maddesinde düzenlenen özgürlükler ivedi yargılaması (*référé-liberté*) kapsamında verilen kararlara karşı 15 gün içinde Danıştay nezdinde itiraz edilebilir. İtiraz halinde Danıştay'ın yargı bölümü başkanı veya görevlendireceği bir üye 48 saat içinde itiraz konusunda bir karar verir. Bu kararı verirken Kanunun 521-4.maddesinde düzenlenen yetkileri (ivedi yargılama üzerine verilen kararın kaldırılması veya değiştirilmesi) kullanır.

Öte yandan avans ivedi yargılaması (*référé-provision*) ve sözleşmelerde ivedi yargılama (*référé-contractuelle*) kapsamında verilen kararlara karşı da itiraz imkânı bulunmaktadır.

c. Talebin Reddi Gerekçeleri

Yukarıda da görüldüğü üzere, ivedi yargılama usulü kapsamında, ivediliğin var olup olmadığı konusunda ve inceleme sonunda karar verilecek tedbirler konusunda idare hâkimine geniş takdir yetkisi tanınmaktadır. Bu geniş takdir yetkisi sebebiyle yargı yerlerinin iş yükü altında boğulmaması için Kanunun L.522-3.maddesinde ret sebepleri de düzenlenmiştir. Bu

hükme göre aşağıdaki hallerden biri mevcut ise, gerekçeli olarak ivedi yargılama kapsamındaki talebin reddi yönünde karar verilir:

- Aciliyetin bulunmaması.
- Konunun idarî yargının görev alanına girmediğinin açıkça belli olması.
- Talebin kabul edilebilir nitelikte olmaması.
- Talebin hukukî temelden yoksun olması.

d. İvedi Yargılama Hakimi Statüsünün Varlığı

Fransız idarî yargılama hukukunda, 2000 reformu ile “ivedi yargılama hâkimi” olarak isimlendirilen bir statü de ihdas edilmiştir. Bu bağlamda ivedi yargılama usulü kapsamında karar verebilecek hâkimler ayrıca belirtilmiştir. Her hâkim değil, belli niteliklere sahip hâkimler ivedi yargılama kapsamındaki kararları verme yetkisine sahip kılınmıştır.

İdarî Yargılama Kanununun L.511-2. maddesine göre, aşağıda sayılan hakimler ivedi yargılama usulü kapsamında karar verme yetkisine sahiptirler:

- İdare mahkemesi ve istinaf mahkemesi başkanları.
- İdare mahkemesi ve istinaf mahkemesi başkanlarının görevlendireceği *yokluk* ya da engel hali hariç, en az iki yıllık kıdeme sahip ve en azından birinci danışman derecesine ulaşmış üyeler.
- Danıştay’da yargı bölümü başkanı veya onun görevlendireceği bir üye.

Burada dikkat çeken bir husus, ivedi yargılama kapsamında karar verecek olan merci, mahkeme değil hâkimdir. Bu nedenle ivedi yargılama mahkemesi değil ivedi yargılama hakimi (*juges des référés*) deyimini kullanılmaktadır.

e. İvedi Yargılamada Usul Kuralları

İdarî Yargılama Kanununun L.522-1. Maddesinde, ivedi yargılama kapsamında uyulması gereken bazı usul kurallarına yer verilmiştir:

-İvedi yargılamada çelişmeli yargılama usulü uygulanır. Yani tarafların iddia ve savunmalarının alınmasından sonra karar verilir. Ancak tarafların iddia ve savunması yazılı alınabileceği gibi duruma göre sözlü de alınabilir.

-Kanunun L.521-1. maddesi (ivedi yürütmenin durdurulması-*référé-suspension*) ve L.521-2.maddesi (özgürlükler ivedi yargılaması- *référé-*

liberté) kapsamında karar verilirken, bunlar kapsamında verilen kararların değiştirilmesi veya kaldırılması yönünde karar verilirken açık duruşmanın gün ve saati önceden taraflara bildirilir.

-İvedi yargılama kapsamında kararlar kural olarak heyete sevk edilmeden verilir. Yine karar verilirken hükümet sözcüsünün görüşü alınmadan karar verilir.

f. Hakimin Takdir Yetkisi ve Aciliyet Karinesi²⁸

Fransız hukukunda, ivedi yargılama usulü kapsamında “aciliyet” kavramının ne anlama geldiği ve somut olayda aciliyetin var olup olmadığı konusunda hâkime geniş bir hareket alanı verildiği kabul edilmektedir²⁹.

Aciliyetin varlığının ispatının, talep eden tarafından ispatlanması gerektiği ve bu konuya ilişkin bilgi ve belgelerin mahkemeye sunularak aciliyetin varlığı açık ve detaylı olarak ispatlanması gerektiği ifade edilmektedir³⁰. Kısaca aciliyetin varlığı konusunda ispat külfetinin talep eden tarafta olduğu kabul edilmektedir.

Bazı hallerde “aciliyet karinesi” yönteminin kabul edilerek ispat külfetinin ters çevrildiği de ifade edilmektedir. Mesela sınır dışı edilme kararlarında aciliyet karinesinin varlığı kabul edilmektedir³¹.

Son olarak Fransız hukukunda, idarî yargının temel hak ve özgürlükleri koruma görevi olduğu ve bu bağlamda ivedi yargılama usulünün uygulanmasında idare hâkiminin kamu yararı (genel yarar) ile bireysel yararlar arasında bir denge kurarak hareket edeceği ifade edilmektedir³².

B. TÜRK İDARİ YARGILAMA HUKUKUNDA İVEDİ YARGILAMA USULÜ

İdarî Yargılama Usulü Kanununa 2014 tarih ve 6545 sayılı kanun değişikliği ile ilave edilen 20/A maddesi “*ivedi yargılama usulü*” başlığını taşımaktadır. Ancak ivedi yargılama usulüne ilişkin düzenleme bundan

²⁸ BESLY/LAFAY/BİHAN/MONTBEYRE/NENNE/TORDEUR, agç.

²⁹ BESLY/LAFAY/BİHAN/MONTBEYRE/NENNE/TORDEUR, agç.

³⁰ BESLY/LAFAY/BİHAN/MONTBEYRE/NENNE/TORDEUR, agç.

³¹ BESLY/LAFAY/BİHAN/MONTBEYRE/NENNE/TORDEUR, agç.

³² BESLY/LAFAY/BİHAN/MONTBEYRE/NENNE/TORDEUR, agç.

ibaret değildir. İdarî Yargılama Usulü Kanununa 2014 tarih ve 6556 sayılı kanun ile eklenen 20/B maddesinin başlığı “merkezi ve ortak sınavlara ilişkin yargılama usulü” şeklindedir. Bu maddede, öncekine göre biraz daha hızlandırılmış bir ivedi yargılama usulü öngörülmektedir.

1. İvedi Yargılama Usulü

İdarî Yargılama Usulü Kanununa 2014 tarih ve 6545 sayılı kanun değişikliği ile ilave edilen 20/A maddesinde, ivedi yargılama usulüne tabi konular ve yargılamanın hızlı bir şekilde tamamlanmasına yönelik düzenlemeler yer almaktadır.

a. İvedi Yargılama Usulüne Tabi Konular

İdarî Yargılama Usulü Kanununa 20/A maddesinin 1. fıkrasında, ivedi yargılama usulüne tabi konular şu şekilde sayılmıştır:

(a) *İhaleden yasaklama kararları hariç ihale işlemleri*: Kamu ihalelerinde, ihalenin başlangıcından sözleşme imzalanıncaya kadar, hatta sözleşme imzalandıktan sonra da birçok idarî işlemlerin yapılması söz konusudur. İhaleye çıkma kararı, ihale şartnamesinin hazırlanması, ihale ilanı, dokümanların verilmesi, isteklilerin belirlenmesi, ihaleye katılmaktan men edilmesi veya ihale dışı bırakılması, ihalenin temel ilkelerine aykırı davranış sergilenmesi, kamu ihale kurumuna başvurulması, kurumun karar alması bu işlemlerden bazılarıdır. İşte ihale işlemlerinde sadece “ihaleden yasaklama kararları”na karşı açılan davalar genel usule, bunun dışındaki işlemlere karşı açılan davalar ise ivedi yargılama usulüne tabi olacaktır.

(b) *Acele kamulaştırma işlemleri*: Kamulaştırma Kanununun 27. maddesinde, “acele kamulaştırma” usulü düzenlenmiştir. Buna göre, 3634 sayılı Milli Müdafaa Mükellefiyeti Kanununun uygulanmasında yurt savunması ihtiyacına veya aceleciliğine Bakanlar Kurulunca karar alınacak hallerde veya özel kanunlarla öngörülen olağanüstü durumlarda gerekli olan taşınmaz malların kamulaştırılmasında kıymet takdiri dışındaki işlemler sonradan tamamlanmak üzere ilgili idarenin istemi ile mahkemece yedi gün içinde o taşınmaz malın kanun uyarınca seçilecek bilirkişilerce tespit edilecek değeri, idare tarafından mal sahibi adına kanuna göre yapılacak davetiye ve ilanda belirtilen bankaya yatırılarak o taşınmaz mala el konulabilir. İşte acele kamulaştırma usulünde söz konusu idarî işlemlere karşı açılan davalara da ivedi yargılama usulü tatbik edilecektir.

(c) *Özelleştirme Yüksek Kurulu kararları*: 4046 sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanununun 3. maddesinde Özelleştirme Yüksek Kurulu³³ ve bu kurulun görevleri düzenlenmiştir. Kurulun, kuruluşların "özelleştirme kapsamına" alınmasına, özelleştirme kapsamından çıkarılmasına, özelleştirme yönteminin belirlenmesine, ihaleler sonucunda ihale komisyonlarınca verilen nihai kararların onaylanmasına, Özelleştirme Fonu ve Özelleştirme İdaresinin gelir gider programlarının görüşülerek onaylanmasına karar vermek gibi yetkileri bulunmaktadır. Bu işlemlere karşı açılacak davalar da ivedi yargılama usulü uygulanacaktır.

(d) *12/3/1982 tarihli ve 2634 sayılı Turizmi Teşvik Kanunu uyarınca yapılan satış, tahsis ve kiralama işlemleri*: Bu kanun çerçevesinde, turizmi teşvik amaçlı, kamu mallarının tahsis ve kiralanması şeklindeki idarî işlemler hakkında açılan davalarda ivedi yargılama usulü tatbik edilecektir.

(e) *9/8/1983 tarihli ve 2872 sayılı Çevre Kanunu uyarınca, idari yaptırım kararları hariç çevresel etki değerlendirmesi sonucu alınan kararlar*: Çevre Kanunu kapsamında, çevrenin korunmasını bağlamında çevresel etki değerlendirmesi sonucunda bir takım tedbir kararlarının alınması gerekmektedir. Bu tedbir kararlarına karşı açılan davalarda ivedi yargılama usulü uygulanacaktır. Ancak söz konusu kararlardan "idari yaptırım" niteliğinde olanlar için ivedi yargılama değil, genel yargılama usulü uygulanacaktır.

(f) *16/5/2012 tarihli ve 6306 sayılı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanun uyarınca alınan Bakanlar Kurulu kararlar*: Bu kanunda Bakanlar Kurulu'na, riskli alanların belirlenmesi, hazine arazilerinin devrine karar verilmesi, bazı usul ve esasların belirlenmesi, bedel oranlarının belirlenmesi, personel ücretlerinin belirlenmesi gibi bir takım yetkiler verilmektedir. İşte bu yetkilerin kullanımına ilişkin açılan davalarda ivedi yargılama usulü uygulanacaktır.

³³ Madde 3 -Başbakanın başkanlığında, Başbakanın belirleyeceği dört bakandan oluşan Özelleştirme Yüksek Kurulu (Kurul) kurulmuştur. Kurul, üyelerin tamamının katılımı ile toplanır ve kararları oybirliği ile alır. Kurulun sekretaryaya hizmetleri Özelleştirme İdaresi Başkanlığınca yürütülür.

b. İvedi Yargılamada Usul Kuralları

İdarî Yargılama Usulü Kanununun 20/A maddesinin 2. fıkrasında, ivedi yargılama usulüne özgü usul kuralları belirtilmiştir. Bunları kısaca şu şekilde belirtebiliriz.

(a) *Dava açma süresi kısaltılmıştır*: İvedi yargılama usulünde dava açma süresi otuz gündür (m. 20/A-2,a) İdarî yargılama usulünde genel dava açma süresi altmış (60) gün olmasına rağmen, ivedi yargılama usulünde bu süre otuz (30) gündür. İlgililer davalarını, otuz gün içinde açmak zorundadırlar.

(b) *İdarî başvuru imkânı kaldırılmıştır*: İvedi yargılama usulüne tabi konularda, İYUK 11. maddede düzenlenen üst makamlara başvuru yöntemi uygulanmayacaktır (m. 20/A-2,b).

Bilindiği üzere İYUK 11. maddeye göre, ilgililer tarafından idari dava açılmadan önce, idari işlemin kaldırılması, geri alınması değiştirilmesi veya yeni bir işlem yapılması üst makamdan, üst makam yoksa işlemi yapmış olan makamdan, idari dava açma süresi içinde istenebilir. Bu başvurma, işlemeye başlamış olan idari dava açma süresini durdurur. İdarenin cevap vermesi beklenir. Bu durumun hukukî sürecin uzamasına sebep olacağı düşünüülerek, ivedi yargılamaya konu olan işlerde, 11. maddedeki başvuru usulüne başvurulamayacağı belirtilmiştir.

(c) *İlk inceleme ve tebliğ süreleri getirilmiştir*: İvedi yargılama usulü konularına ilişkin davalarda, yedi gün içinde ilk inceleme yapılır ve dava dilekçesi ile ekleri tebliğe çıkarılır (m. 20/A-2,c). Genel yargılama usulünde ilk inceleme ve tebliğ konularını düzenleyen İYUK 14/4. maddede ilk inceleme için öngörülen 15 günlük süre, ivedi yargılamada 7 güne indirilmiştir.

(d) *Savunma süresi kısaltılmıştır*: Savunma süresi dava dilekçesinin tebliğinden itibaren on beş gün olup, bu süre bir defaya mahsus olmak üzere en fazla on beş gün uzatılabilir (m. 20/A-2,d). Genel usulde otuz gün olan savunma (cevap) süresi (İYUK, m. 16/3) ivedi yargılama usulünde onbeş gün olarak kısaltılmıştır.

Genel yargılamada, ikinci cevaplar ve bunların süreleri de kanunda (İYUK, m. 16/1,2³⁴) ifade edilmektedir. İvedi yargılama usulünü

³⁴ Madde 16 – 1. Dava dilekçelerinin ve eklerinin birer örneği davalıya, davalının vereceği savunma davacıya tebliğ olunur.

düzenleyen İYUK'un 20/A maddesinde ise "Savunmanın verilmesi veya savunma verme süresinin geçmesiyle dosya tekemmül etmiş sayılır" (m. 20/A-2,d) denilerek, ikinci cevaplar aşaması kaldırılmıştır. Yani ivedi yargılama usulünde dava dilekçesinin tebliği ve savunma dilekçesinin verilmesi ile dosya tekemmül etmiş olacaktır.

(e) *Yürütmenin durdurulması kararına itiraz kaldırılmıştır*: İvedi yargılama usulüne tabi konularda açılan davalarda, yürütmenin durdurulması talebine ilişkin olarak verilecek kararlara itiraz edilemez (m. 20/A-2,e).

Genel yargılama usulünde, yürütmenin durdurulması talebi hakkında mahkemenin vereceği karara (ret veya kabul) karşı itiraz imkânı bulunmaktadır (İYUK, m. 27/7). İvedi yargılama usulünde bu itiraz imkânı kaldırılmaktadır. Şu halde ivedi yargılama usulünde, mahkemenin yürütmenin durdurulması talebi hakkında verdiği karar kesin nitelikte bir karar olacaktır.

(f) *Karar verme süresi getirilmiştir*: İvedi yargılama usulüne tabi konulara ilişkin davalar dosyanın tekemmülünden itibaren en geç bir ay içinde karara bağlanır. Ara kararı verilmesi, keşif, bilirkişi incelemesi ya da duruşma yapılması gibi işlemler ivedilikle sonuçlandırılır (m. 20/A-2,f).

Genel yargılama usulünde, davanın sonuçlandırılması için böyle bir süre öngörülmemiş olmasına rağmen (m. 22), ivedi yargılama usulünde en geç bir ay şeklinde bir süre sınırlaması getirilmiştir.

(g) *İstinaf yoluna kapatılmıştır*³⁵: İdarî yargılama usulünde, 2014 tarih ve 6545 sayılı kanun değişikliği ile ilk derece mahkemesi kararlarına karşı istinaf kanun yolu getirilmiştir (İYUK, m. 45). Temyiz ise kural olarak bölge idare mahkemelerinin istinaf incelemesi sonunda verdiği kararlar için söz konusudur.

Ancak ivedi yargılama usulüne tabi konulara ilişkin davalarda, istinaf usulü değil doğrudan temyiz kanun yoluna gidileceği belirtilmiştir. Bun durum kanunda "*Verilen nihai kararlara karşı tebliğ tarihinden itibaren on*

2.Davacının ikinci dilekçesi davalıya, davalının vereceği ikinci savunma da davacıya tebliğ edilir. Buna karşı davacı cevap veremez. Ancak, davalının ikinci savunmasında, davacının cevaplandırmasını gerektiren hususlar bulunduğu, davanın görülmesi sırasında anlaşılırsa, davacıya cevap vermesi için bir süre verilir.

35 Bu düzenleme, Bölge İdare Mahkemelerinin, istinaf mahkemeleri olarak çalışmaya başlamasından sonra uygulama kabiliyeti bulacaktır.

beş gün içinde temyiz yoluna başvurulabilir” (m. 20/A-2,g) ifadesiyle açıkça belirtilmiştir.

(h) *Temyiz usulü çabuklaştırılmıştır*: Temyiz süresi kısaltılmıştır. Genel yargılama usulünde otuz gün olan temyiz süresi, ivedi yargılama usulünde onbeş gün olarak düzenlenmiştir (m. 20/A-2,g)³⁶.

Temyiz dilekçeleri *üç gün içinde* incelenir ve tebliğe çıkarılır (m. 20/A-2,h). Temyiz dilekçelerine cevap verme süresi *on beş gündür* (m. 20/A-2,i). Temyiz istemi *en geç iki ay* içinde karara bağlanır. Karar en geç bir ay içinde tebliğe çıkarılır (m. 20/A-2,j).

(i) *Temyiz merciine esastan karar verme yetkisi verilmiştir*: Danıştay evrak üzerinde yaptığı inceleme sonunda, maddi vakıalar hakkında edinilen bilgiyi yeterli görürse veya temyiz sadece hukuki noktalara ilişkin ise yahut temyiz olunan karardaki maddi yanlışlıkların düzeltilmesi mümkün ise işin esası hakkında karar verir. Aksi hâlde gerekli inceleme ve tahkikatı kendisi yaparak esas hakkında yeniden karar verir (m. 20/A-2,i).

Ancak, ilk inceleme üzerine verilen kararlara karşı yapılan temyizi haklı bulduğu hâllerde kararı bozmakla birlikte dosyayı geri gönderir. Temyiz üzerine verilen kararlar kesindir (m. 20/A-2,i).

Genel temyiz usulünde temyiz merci kural olarak kararı hukuka aykırı bulursa bozma kararı verir ve yeniden karar verilmek üzere dosyayı kararı veren mahkemeye iade eder (İYUK, m. 50/1). Oysa ivedi yargılama usulünde temyiz merciine gerekli inceleme ve araştırmaları yaparak esas hakkında karar verme yetkisi verilmektedir. Bu durum temyiz kurumunun temel mantığına aykırı olmakla beraber, yargılama sürecinin bir an önce tamamlanması için böyle bir yöntem kabul edilmiştir.

İvedi yargılama usulünde, sadece ilk incelemede aşamasındaki kararların temyizinde, yapılan itirazları haklı bulursa, dosyayı ilk derece mahkemesine gönderecektir.

Öte yandan, ivedi yargılama usulünde, temyiz merciin kararı kesin olup, bu karara karşı ısrar kararı verilemeyecektir. “Temyiz üzerine verilen kararlar kesindir” (m. 20/A-2,i).

³⁶ İYUK, (m. 20/A-2,g: “Verilen nihai kararlara karşı tebliğ tarihinden itibaren on beş gün içinde temyiz yoluna başvurulabilir”.

2. Merkezi Sınavlara İlişkin Yargılama Usulü

İdarî Yargılama Usulü Kanununa 2014 tarihli (10/9/2014-6552/96 md.) kanun ile eklenen *merkezi ve ortak sınavlara ilişkin yargılama usulü* başlığını taşıyan 20/B maddesi, ivedi yargılama usulüne göre biraz daha hızlandırılmış bir yargılama usulü öngörmektedir.

a. Bu Usule Tabi Konular

İdarî Yargılama Usulü Kanununun 20/B maddesinde, *merkezi ve ortak sınavlara ilişkin yargılama usulüne* tabi konular “*Milli Eğitim Bakanlığı ile Ölçme, Seçme ve Yerleştirme Merkezi tarafından yapılan merkezi ve ortak sınavlar, bu sınavlara ilişkin iş ve işlemler ile sınav sonuçları hakkında açılan davalar*” olarak belirtilmiştir.

Kanunun bu düzenlemesi hayli muğlak ve tartışmaya müsait gözükmektedir. Bir kere “*merkezi ve ortak sınav*” deyiminin neyi ifade ettiğinin açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. Öte yandan Milli Eğitim Bakanlığı ile Ölçme, Seçme ve Yerleştirme Merkezi tarafından yapılan her sınavın, bu usule tabi olup olmadığı da izaha muhtaç bir husustur.

Kanunda yer alan “*merkezi ve ortak sınav*” deyimini, toplumdaki sınırlı bir kesimi değil, geniş kesimleri ilgilendiren sınavlar olarak anlamak gerekir. Bu anlamda bir kurumdaki meslekte yükselme sınavı genele yönelik bir sınav olarak ele alınmamalıdır. Yine kanunda geçen “ortak” kavramını, başka kurumlarla ortaklaşa (işbirliği içinde) yapılan sınav şeklinde değil, toplumda geniş kesimleri ilgilendiren, çok geniş kesimlerin girebileceği sınavlar olarak değerlendirmek gerektiğini düşünmekteyiz.

Milli Eğitim Bakanlığı’nın yaptığı tüm sınavların değil, kanunla Milli Eğitim Bakanlığına verilen eğitim-öğretim kamu hizmetinin yürütülmesine ilişkin sınavların, ivedi yargılama usulüne tabi olduğunun kabulü gerekir. Örneğin Temel Eğitimden Ortaöğretime Geçiş (TEOG) sınavı, açık öğretim okulları sınavları, müdür ve müdür yardımcılığı sınavları bu nitelikte sınavlardır. Buna mukabil, başka kurumların kendi görev alanına giren konulardaki sınavları Milli Eğitim Bakanlığı aracılığıyla yaptırmaları halinde, bu sınavların ivedi yargılama usulüne dâhil olmadığı kabulü gerekir. Aksi halde, ivedi yargılama usulünün işletilmesi teknik olarak mümkün olamayacaktır. Mesela kanunda savunma süresi üç gün olarak belirlenmiştir. Milli Eğitim Bakanlığının, başka bir kurum ya da bakanlık

adına yaptığı bir sınavda, üç gün içinde savunma verilmesi teknik olarak mümkün olmayacaktır.

Ölçme, Seçme ve Yerleştirme Merkezince yapılan sınavlarda da benzer bir yaklaşımın kabul edilmesi gerekir. ÖSYM'nin öncelikle yükseköğretime ilişkin sınavların ivedi yargılamaya tabi olduğu kabul edilmelidir. Bu bağlamda ÖSYM'nin yaptığı ve genele genele yönelik olan Yükseköğretime Geçiş Sınavı (YGS), Lisans Yerleştirme Sınavı (LYS), Tıpta Uzmanlık Eğitimi Giriş Sınavı (TUS), Yabancı Dil Sınavı (YDS), Akademik Personel ve Lisansüstü Eğitimi Giriş Sınavı (ALES), Dikey Geçiş Sınavı (DGS), Dış Hekimliğinde Uzmanlık Eğitimi Giriş Sınavı (DUS) gibi sınavlar ivedi yargılama usulüne tabidir. Ayrıca soruların ÖSYM tarafından hazırlanıp, değerlendirmesinin de yine ÖSYM tarafından gerçekleştirildiği Kaymakamlık Sınavı, Hâkimlik-Savcılık Sınavı gibi genele yönelik merkezi sınavların da ivedi yargılama usulüne tabi olduğunun kabulü gerekir.

Ölçme, Seçme ve Yerleştirme Merkezinin doğrudan görevi olmayan, başka kurumlar adına yaptığı sınavların, örneğin bir kamu kurum ya da kuruluşu için yapılan meslekte yükselme sınavları şeklindeki sınavların ivedi yargılama usulü dışında olduğu kanaatindeyiz.

Konuya ilişkin Danıştay'ın 2015 tarihli kararında, “*merkezi ve ortak sınav*” kavramını daraltıcı bir yorum benimsenmiştir. Kararda şu değerlendirmeler yapılmaktadır:

“...Söz konusu maddedeki yargılama usulüne tabi işlemlerin kapsamı belirlenirken, bu Kanun maddesiyle amaçlanan faydanın sağlanması için dengeli bir yorum yapılması gerekmektedir. Bu kapsamda söz konusu madde ile getirilen düzenlemedeki sürelerin kısıtlılığı, bazı itiraz ve kanun yollarının kaldırıldığı dikkate alındığında, maddenin kapsamının dar yorumlanmasının değişik mağduriyetlere yol açabileceği gibi çok geniş yorumlanmasının da mağduriyetlere yol açacağı açıktır...Sınavlar nedeniyle oluşacak bireysel mağduriyetlerin önüne geçilmesi amacıyla getirilen 2577 sayılı yasanın 20/B maddesi hükmünün **düzenleyici işlemleri kapsamadığı** gibi **‘merkezi ve ortak sınav’** koşuluna uymayan yani bir kurum 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 da kapsamadığı değerlendirilmekte iken, anılan maddede yer alan **‘merkezi ve ortak sınav’** tanımına uygun olarak

yapılan ve başvuru bakımdan daha geniş olan KPSS, ALES, YDS, YGS, LYS, TEOG ve benzeri gibi sınavların ise bu özel yargılama kapsamında olduğu değerlendirilmektedir...³⁷.

b. Hızlandırmaya İlişkin Usul Kuralları

İdarî Yargılama Usulü Kanununun 20/B maddesinde, yargılamanın süratle (gecikmeksizin) sonuçlandırılması için bazı usuli kurallar getirilmektedir. Bu usuli kuralları aşağıdaki şekilde sıralayabiliriz.

(a) *Dava açma süresi kısaltılmıştır*: Merkezi ve ortak sınavlara ilişkin yargılama usulüne dava açma süresi on gündür (m.20/B-1,a). Genel usulde altmış gün, ivedi yargılama usulünde otuz gün olan dava açma süresi, bu usulde on gün olarak belirlenmiştir.

(b) *İdarî başvuru imkânı kaldırılmıştır*: Merkezi ve ortak sınavlara ilişkin yargılama usulünde de, ivedi yargılama usulünde olduğu gibi, İYUK 11. maddede düzenlenen idarî başvuru yolu kaldırılmaktadır (m.20/B-1,b). Yani ilgililer idarî başvuru yapmadan doğrudan dava açmak durumundadırlar.

(c) *İlk inceleme ve tebliğ süreleri getirilmiştir*: Yedi gün içinde ilk inceleme yapılır ve dava dilekçesi ile ekleri tebliğe çıkarılır. Bu kural, ivedi yargılama usulünde de aynı şekilde yer almaktadır (m.20/B-1,c).

(d) *Savunma süresi kısaltılmıştır*: Savunma süresi dava dilekçesinin tebliğinden itibaren üç gün olup, bu süre bir defaya mahsus olmak üzere en fazla üç gün uzatılabilir. Savunmanın verilmesi veya savunma verme süresinin geçmesiyle dosya tekemmül etmiş sayılır (m.20/B-1,ç). İvedi yargılama usulünde onbeş gün olan savunma süresi, burada üç gün ile sınırlandırılmıştır.

(e) *İkinci cevaplar kaldırılmıştır*: Bu usulde dosyanın tekemmülü dava dilekçesi ve cevap dilekçesi ile gerçekleşecektir. İvedi yargılama usulünde olduğu gibi, ikinci cevaplar aşaması olmayacaktır (m.20/B-1,ç).

(f) *Yürütmenin durdurulması kararına itiraz kaldırılmıştır*: Yürütmenin durdurulması talebine ilişkin olarak verilecek kararlara itiraz edilemez (m.20/B-1,d). Aynen ivedi yargılama usulünde olduğu gibi, yürütmenin durdurulmasına ilişkin verile karar kesin olup, itiraz yolu kapalıdır.

³⁷ Danıştay Onaltıncı Dairesi, E.2015/13268, K.2015/3837, KT.17.06.2015.

(g) *Karar verme süresi getirilmiştir:* Bu davalar dosyanın tekemmülünden itibaren en geç on beş gün içinde karara bağlanır. Ara kararı verilmesi, keşif, bilirkişi incelemesi ya da duruşma yapılması gibi işlemler ivedilikle sonuçlandırılır (m.20/B-1,d). İvedi yargılama usulünde bir ay olan karar süresi, bu usulde onbeş güne indirilmiştir.

(h) *İstinaf yolu kapatılmıştır:* Verilen nihai kararlara karşı tebliğ tarihinden itibaren beş gün içinde temyiz yoluna başvurulabilir. İvedi yargılama usulüne paralel olarak, bu usulde de itiraz ya da istinaf yolu kapalı olup, doğrudan temyiz yoluna gidilebilecektir (m.20/B-1,f).

(i) *Temyiz usulü çabuklaştırılmıştır:* Temyiz süresi, kararın tebliğ tarihinden itibaren beş gündür (m.20/B-1-f). Temyiz dilekçeleri üç gün içinde incelenir ve tebliğe çıkarılır (m.20/B-1,g). Temyiz dilekçelerine cevap verme süresi beş gündür (m.20/B-1,ğ). Temyiz istemi en geç on beş gün içinde karara bağlanır. Karar en geç yedi gün içinde tebliğe çıkarılır (m.20/B-1,ı).

(k) *Temyiz merciine esastan karar verme yetkisi verilmiştir:* Danıştay evrak üzerinde yaptığı inceleme sonunda, maddi vakalar hakkında edinilen bilgiyi yeterli görürse veya temyiz sadece hukuki noktalara ilişkin ise yahut temyiz olunan karardaki maddi yanlışlıkların düzeltilmesi mümkün ise işin esası hakkında karar verir. Aksi halde gerekli inceleme ve tahkikatı kendisi yaparak esas hakkında yeniden karar verir. Ancak, ilk inceleme üzerine verilen kararlara karşı yapılan temyizi haklı bulduğu hallerde kararı bozmakla birlikte dosyayı geri gönderir. Temyiz üzerine verilen kararlar kesindir (m.20/B-1,h).

(l) *Kararın uygulanması hakkında hüküm konulmuştur:* Milli Eğitim Bakanlığı ile Ölçme, Seçme ve Yerleştirme Merkezi tarafından yapılan merkezi ve ortak sınavlar, bu sınavlara ilişkin iş ve işlemler ile sınav sonuçları hakkında açılan *davalarda verilen yürütmenin durdurulması ve iptal kararları, söz konusu sınava katılan kişilerin lehine sonuç doğuracak şekilde uygulanır*.

Bu hükümden anlaşılan, mahkeme kararının uygulanması, sınava giren bazı kişilerin aleyhine sonuç doğuracak nitelikte ise, kararın bu etkisi dikkate alınmayacaktır. Başka bir ifadeyle, kararın olumlu (lehe) olan sonuçları uygulamada dikkate alınacak, olumsuz (aleyhe) olan sonuçları ise uygulamada dikkate alınmayacaktır.

C. MUKAYESELİ BİR DEĞERLENDİRME

Yukarıda Fransız idarî yargılama hukukunda ve Türk idarî yargılama hukukunda kabul edilen ivedi yargılama usulüne ilişkin temel kuralları aktardık. Bu açıklamalardan yola çıkarak iki hukuk siteminde kabul edilen ivedi yargılama usulü arasındaki belli başlı farkları şu şekilde sıralamak mümkündür.

-Fransız hukukunda ivedi yargılama usulünün, kural olarak kişilerin hak kaybına uğramasını önlemeye matuf olduğu görülmektedir. Türk hukukunda ise yargılamanın hızlı bir şekilde tamamlanması, yani yargılama sürecinin kısaltılması hedeflenmektedir.

-Fransız hukukunda ivedi yargılama usulü, kural olarak esas davadan bağımsız olarak ele alınmakta, verilecek kararlar davanın esasına bir etki etmeyecek şekilde temellendirilmektedir. Türk hukukunda ise, ivedi yargılama tamamen davanın esas ile ilgili olarak ele alınmaktadır. İvedi yargılama kapsamında verilecek kararlar, davanın esasının karara bağlanmasına yöneliktir.

-Fransız hukukunda hangi hallerde ivedi yargılama kapsamında karar verileceği kural geniş bir şekilde yargı yerinin takdirine bırakılmıştır. Bazı istisnalar dışında ivedi yargılama usulüne göre karar verilip verilmeyeceğini ivedi yargılama hâkimi takdir edecektir. Türk hukukunda ise ivedi yargılama usulüne tabi konular kanunda tek tek sayılarak, bu konuda hâkime pek bir takdir yetkisi tanınmamaktadır.

-Fransız hukukunda, bir konuda hızlıca karar verilmesini gerektirecek aciliyet olup olmadığına ve her somut olayda aciliyetin nasıl gerçekleştiğine hâkim karar vermektedir. Türk hukukunda ise hâkime böyle bir takdir yetkisi verilmediğinden, kanunda sayılan hallerde aciliyet bulunduğu varsayılmaktadır.

- Fransız hukukunda ivedi yargılama kapsamındaki yetkileri kullanacak merci hâkimler olarak belirlenmiştir. Türk hukukunda ise mahkemeler yetkilidir.

-Fransız hukukunda “ivedi yargılama hâkimi” şeklinde bir hâkimlik statüsü getirilmiştir. Her hakim değil, bu statüye sahip hakimler ivedi yargılama usulündeki kararları vermeye yetkili kılınmıştır. Türk hukukunda ivedi yargılama için özel yargı merci öngörülmemiştir. Genel olarak davanın

esasına bakmaya yetkili hâkimler (mahkemeler), ivedi yargılama kapsamında verilecek kararlarda da yetkilidirler.

-Fransız hukukunda ivedi yargılama kapsamında verilen kararlar (bazı istisnalar dışında) kesin olup itiraz imkânı bulunmamaktadır. Türk hukukunda ise, istinaf (itiraz) yolu kapatılarak temyiz yolu açık tutulmaktadır.

-Fransız hukukunda ivedi yargılamaya ilişkin yetkiler davanın esası ile ilgili değildir. Türk hukukunda ise, ivedi yargılama kapsamındaki konularda hem ilk derece mahkemesi hem de temyiz merci davanın esası hakkında karar vermeye yetkili kılınmıştır.

-Fransız hukukunda ivedi yargılama kapsamında kararların nasıl verileceğine ilişkin özel usul kuralları öngörülmektedir. Türk hukukunda ise, genel usul kurallarının sadece sürelerinin kısaltılması ile yetinilmektedir.

-Fransız hukukunda ivedi yargılama usulünde kararları kural olarak çelişmeli ve duruşmalı olarak verilmesi esası benimsenmiştir. Türk hukukunda ivedi yargılama kapsamında duruşmaya ilişkin olarak özel bir düzenleme bulunmamaktadır.

-Fransız hukukunda ivedi yargılama bakımından talebin kabul edilebilirlik şartları şeklinde özel bir düzenleme getirilmiştir. Türk hukukunda ivedi yargılamaya mahsus böyle bir düzenleme bulunmamaktadır.

-Fransız hukukunda aciliyetin varlığının tespiti bakımından ispat külfeti talep eden tarafa düştüğü, bazı hallerde de “aciliyet karinesi” kabul edilmektedir. Türk hukukunda bu konuya ilişkin olarak özel bir düzenleme bulunmayıp tamamen genel kurallar geçerlidir.

D. HAK ARAMA ÖZGÜRLÜĞÜ AÇISINDAN İVEDİ YARGILAMA USULÜ

İvedi yargılama usulünün, hak arama özgürlüğünün en başta gelen yöntemi olan dava ve davalı olarak mahkeme huzurunda hakkın talep edilmesine ilişkin kısıtlamalar getirdiği açıktır. Yukarıda da görüldüğü üzere ivedi yargılamaya ilişkin düzenlemeler dava açma, cevap ve temyiz süresi bakımından, idarî itiraz bakımından kısıtlamalar öngörmektedir. Bu kısıtlamaların hak arama özgürlüğü bakımından değerlendirilmesi gerekmektedir.

Anayasanın “hak arama hürriyeti” başlığını taşıyan 36. maddesinde, “Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir” hükmü yer almaktadır. İvedi yargılama usulü ile getirilen kısıtlamalar, anayasanın bu düzenlemesine aykırılık taşımakta mıdır?

Burada üzerinde durulması gereken ilk husus, temel hak ve özgürlüklerin sınırlanmasında anayasanın getirdiği sistem bakımından konunun açıklığa kavuşturulmasıdır. Anayasanın “temel hak ve hürriyetlerin sınırlanması” başlığını taşıyan 13. maddesi hükmü şu şekildedir: “Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz”.

Bu düzenlemeye baktığımızda; birincisi sınırlamanın kanunla yapılması, ikincisi Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak sınırlamaların yapılabilmesi, üçüncüsü de sınırlamaların Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olmaması temel ilkeleri ile karşılaşmaktayız.

Hak arama hürriyetini düzenleyen 36. maddede, bu hürriyetin sınırlandırılması bakımından hiçbir sınırlandırma sebebi belirtilmemiştir. Anayasanın 13.maddesinde sınırlamanın ancak ilgili maddede belirtilen sebeplerle yapılabileceği ifade edildiğine göre, hak arama hürriyeti hiçbir şekilde sınırlamaya tabi tutulamayacak sonucu ortaya çıkmakta mıdır? Bu soru, ilgili maddesinde sınırlama sebebi belirtilmeyen tüm hak ve özgürlükler için de geçerlidir. Anayasa öğretisine baktığımızda, genel yaklaşımın, anayasada belirtilmiş olmasa da, hak ve özgürlüğün niteliğinden kaynaklanan, eşyanın tabiatında mevcut olan objektif sınırların var olduğu³⁸, dolayısıyla sınırsız hak ve özgürlük olamayacağı yönündedir. Şu hale göre, hak arama hürriyetine ilişkin anayasanın 36. maddesinde bir sınırlama sebebi

³⁸ ÖZBUDUN Ergun, Türk Anayasa Hukuku, 7.Baskı, Ankara 2003, s.103. Aynı yönde görüşler için bkz. TANÖR Bülent/YÜZBAŞIOĞLU Necmi, 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, 6.Bası, İstanbul 2004, s.120-121; SAĞLAM Fazıl, “2001 Anayasa Değişikliğinin Yaratabileceği Bazı Sorunlar ve Bunların Çözüm Olanakları”, Anayasa Yargısı-19, s.292.

bulunmamasına rağmen, hak arama özgürlüğünün dava yoluyla kullanılmasının bir takım sınırlamalara tabi olacağı için doğası gereğidir.

Öte yandan Anayasanın 142. maddesinde “*Mahkemelerin kuruluşu, görev ve yetkileri, işleyişi ve yargılama usulleri kanunla düzenlenir*” şeklinde bir hüküm de yer almaktadır. Bu düzenlemeye göre, yargılama usulleri kanunla düzenlenecektir. Dava açma, cevap, temyiz süresi gibi işlemlerin yargılama usulüne ilişkin kurallar olduğunda kuşku bulunmamaktadır. Dolayısıyla bu tür yargılama kuralları kanunla konabilecektir. Nitekim hukuk yargılaması için 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu, idarî yargı için se 2577 sayılı İdarî Yargılama Usulü Kanunu bulunmaktadır. Bu kanunlarda, hak arama hürriyetinin kullanılmasına ilişkin bir dizi sınırlamalar, kayıtlar ve şartlar yer almaktadır.

Yargılama usullerini düzenleyen ve hak arama hürriyetine sınırlamalar getiren kanunların, anayasanın 13. maddesinde ifade edilen sınırlama kurallarına uygun olması gereği göz ardı edilemez.

İvedi yargılama usulünde getirilen sınırlamalardan birisi “ikinci cevap haklarının” kaldırılmış olmasıdır. Nitekim İYUK 20/A ve 20/B maddelerinde, dava dosyasının dava dilekçesi ve cevap dilekçesi ile tekemmül edeceği, yani ikinci cevap aşamasının olmayacağı ifade edilmektedir. Benzer bir düzenleme 6100 sayılı HMK’nın 117/2. maddesinde basit yargılama usulünde, “*Taraflar cevaba cevap ve ikinci cevap dilekçesi veremezler*” hükmü yer almaktadır. Bu düzenleme, Anayasanın 2, 10 ve 36. maddelerine aykırılığı gerekçesiyle itiraz yöntemi ile Anayasa Mahkemesi önüne götürülmüştür. Düzenlemenin anayasa aykırı olmadığı yönünde verilen kararda³⁹ temel olarak şu hususlar vurgulanmıştır.

Konuyu anayasanın 2. maddesinde yer alan “hukuk devleti” ilkesi açısından ele alan Anayasa Mahkemesi, yargılama usullerini düzenleme konusunda yasamanın takdir yetkisi olduğunu, bazı tedbirlerle yargılamanın hızlandırılmasının hukuk devleti ilkesi ile çelişmeyeceğini ifade etmiştir⁴⁰.

³⁹ Anayasa Mahkemesi, E.2011/125, K.2012/46, T.22.03.2912.

⁴⁰ Anayasa Mahkemesi, E.2011/125, K.2012/46, T.22.03.2912: “...*Hukuk politikasının belirlenmesinde kanun koyucunun takdir yetkisinin bulunduğu açıktır. Anayasa’nın 142. maddesinde mahkemelerin kuruluşu, görev ve yetkileri, işleyişleri ve yargılama usullerinin kanunla düzenleneceği belirtilmiş olup, itiraz konusu kural yargılama usulleri kapsamında ele alınacak bir düzenlemedir. Bu nedenle kanun koyucu anayasal sınırlar içinde kalmak koşuluyla yargılama usullerine ilişkin hususlarda takdir yetkisi*

Anayasanın 10. maddesinde yer alan “eşitlik ilkesi” açısından yapılan değerlendirmede, burada yer alan eşitliğin “aynı durumda olanların, aynı kurallara bağlı tutulması” anlamında olduğu, davada iki tarafın da aynı kurallara tabi tutulduğu; öte yandan yazılı yargılama usulü ile basit yargılama usulünün eşitlik bakımından mukayeseye elverişli olmadığı ifade edilmiştir⁴¹.

Anayasanın 36. maddesinde yer alan “hak arama hürriyeti” açısından konuyu irdeleyen Anayasa Mahkemesi, hak arama hürriyetinin mutlak ve sınırsız olmadığı; hak arama hürriyetinin temel unsurlarından birisi olan

kapsamında birtakım düzenlemeler yapabilecektir. Ancak, kanunların kamu yararının sağlanması amacıyla yönelik olması, genel, objektif, adil kurallar içermesi ve hakkaniyet ölçütlerini gözetmesi hukuk devleti olmanın gereğidir. Bu nedenle kanun koyucunun hukuki düzenlemelerde kendisine tanınan bu takdir yetkisini anayasal sınırlar içinde adalet, hakkaniyet ve kamu yararı ölçütlerini göz önünde tutarak kullanması gerekir. İtiraz konusu düzenleme ile kanun koyucunun, nitelikleri veya acil hukuki korunma sağlanması ihtiyacı nedeniyle bazı dava ve işleri tabi tuttuğu basit yargılama usulünde, cevaba cevap ve ikinci cevap dilekçelerine yer verilmeyerek, bu tip uyuşmazlıklar açısından yargılama faaliyetinin hızlandırılmasını amaçladığı anlaşılmaktadır. Özellikle mahkemelerin iş yükü, hukuki uyuşmazlıkların karara bağlanmasında geçen uzun sürelerin başka hak ihlallerine neden olması ve bu sorunun yalnızca ülkemiz açısından geçerli olmayıp, birçok hukuk sistemi tarafından ortak bir sorun olarak paylaşılması ve bu noktada yargılamayı hızlandıran usul hükümlerinin gerekliliği gözetildiğinde, basit yargılama usulüne tabi dava ve işler bakımından, yargılamayı basitleştirmek ve hızlandırmak düşüncesiyle cevaba cevap ve ikinci cevap dilekçelerinin verilemeyeceğine ilişkin düzenleme kanun koyucunun takdir yetkisi içinde kalmaktadır...”.

⁴¹ Anayasa Mahkemesi, E.2011/125, K.2012/46, T.22.03.2912: “...Anayasa'nın 10. maddesinde öngörülen “kanun önünde eşitlik” ilkesi, hukuksal durumları aynı olanlar için söz konusudur. Bu ilke ile eylemler değil, hukuksal eşitlik öngörülmüştür. Eşitlik ilkesinin amacı, aynı durumda bulunan kişilerin yasalar karşısında aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak, ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir. Bu ilkeyle, aynı durumda bulunan kimi kişi ve topluluklara ayrı kurallar uygulanarak yasa karşısında eşitliğin çiğnenmesi yasaklanmıştır. Yasa önünde eşitlik, herkesin her yönden aynı kurallara bağlı tutulacağı anlamına gelmez. Durumlarındaki özellikler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları ve uygulamaları gerektirebilir. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar farklı kurallara bağlı tutulursa Anayasa'da öngörülen eşitlik ilkesi zedelenmez. İtiraz konusu kurala bakıldığında, basit yargılama usulüne tabi dava ve işlere ait yargılama faaliyetinin bir an önce tamamlanması amacıyla yazılı yargılama usulünde dilekçeler safhasının bir bölümü olan cevaba cevap ve ikinci cevap dilekçelerinin basit yargılama usulüne tabi tüm davalar bakımından verilmeyeceğinin hüküm altına alındığı görülmektedir. Kural uyarınca basit yargılama usulüne tabi davalarda davacıya da davalıya da birer dilekçe ile iddia, savunma ve delillerini belirtme imkânı verilmiştir. Bunun yanı sıra, cevaba cevap ve ikinci cevap dilekçelerine yer verilen yazılı yargılama usulü ile basit yargılama usulü farklı nitelikleri gereği eşitlik karşılaştırmasına elverişli değildir...”.

“silahların eşitliği” kuralının ihlal edilmediği; anayasanın 142. maddesindeki “Mahkemelerin kuruluşu, görev ve yetkileri, işleyişi ve yargılama usulleri kanunla düzenlenir” hükmü ile, 141. maddede yer alan “Davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması, yargının görevidir” hükmünün, yasama organına bazı sınırlamalar yapma yetkisi verdiğini; adil yargılanma hakkına ve bireyin menfaatine hizmet ettiği açıkça anlaşılan bu sınırlandırmanın hakkın özüne dokunmadığı ve hakkı anlamsız kılacak dereceye varmadığı sonucuna ulaşmıştır⁴².

Merkezî ve ortak sınavlara ilişkin yargılama usulüne ilişkin olan İdarî Yargılama Usulü Kanununun, 20/B maddesinin (1) numaralı fıkrasının (ç) bendinde yer alan “Savunma süresi dava dilekçesinin tebliğinden itibaren üç gün olup, bu süre bir defaya mahsus olmak üzere en fazla üç gün uzatılabilir. Savunmanın verilmesi veya savunma verme süresinin

42 Anayasa Mahkemesi, E.2011/125, K.2012/46, T.22.03.2912: “...Anayasa'nın “hak arama hürriyeti” başlıklı 36. maddesinde, herkesin gerekli araç ve yollardan yararlanarak yargı organları önünde davacı ya da davalı olarak iddia ve savunma hakkına sahip olduğu belirtilmektedir. Buna göre, hak arama özgürlüğünün en önemli iki ögesini oluşturan iddia ve savunma haklarının kısıtlanması, bu hakların noksansız kullanımının ve adil yargılanmanın engellenmesi Anayasa'nın 36. maddesine aykırılık oluşturur. Adil yargılanma hakkının ulusal üstü düzeyde genel kabul görmüş ölçütleri arasında önemli bir yer tutan “silahların eşitliği” ilkesi, davanın taraflarının yargılama sırasında usul hükümleri yönünden eşit konumda bulunmasını, taraflardan birine dezavantaj diğerine avantaj sağlayacak kurallara yer vermeme esasını öngörmekte, diğer bir deyişle davanın tarafları arasında hakkaniyete uygun bir dengenin varlığını gerekli kılmaktadır. Bu kapsamda, hak sahibinin öğrendiği isnat ve iddialara karşı yazılı veya sözlü şekilde açıklama yapabilmesi, karşı isnat ve beyanlarda bulunabilmesi gerekmektedir. Ancak bu hak, davanın taraflarına her konuda sınırsız konuşabilme veya açıklama yapabilme hakkının tanındığı anlamına gelmemelidir. Zira hak arama hürriyetinin mutlak ve sınırsız bir biçimde uygulanması mümkün değildir. Anayasa'nın tüm maddeleri aynı etki ve değerde olup, aralarında bir üstünlük sıralaması bulunmadığından, uygulamada bunlardan birine öncelik tanımak olanaklı değildir. Bu nedenle, kimi zaman zorunlu olarak birlikte uygulanan iki Anayasa kuralından biri, diğerinin sınırını oluşturabilmektedir. Hak arama hürriyeti Anayasa'nın 36. maddesinde düzenlenmiş ve anılan maddede bunun için herhangi bir sınırlama nedeni öngörülmemiş ise de mahkemelerin kuruluşu, görev ve yetkileri, işleyişi ve yargılama usullerinin kanunla düzenleneceğini öngören Anayasa'nın 142. ve davaların mümkün olan süratle sonuçlandırılmasını ifade eden Anayasa'nın 141. maddelerinin, hak arama hürriyetinin kapsamının belirlenmesinde gözetilmesi gerektiği açıktır. İtiraz konusu kural ile basit yargılama usulüne tabi dava ve işlerde, davacı ve davalıya birer dilekçe ile iddia, savunma ve delillerini belirtme imkânı verilmiş olup, cevaba cevap ve ikinci cevap dilekçesi sunma imkanı tanınmamış olmakla, basit yargılama usulüne tabi davaların basit ve hızlı bir şekilde sonuçlanmasını sağlayarak adil yargılanma hakkına ve bireyin menfaatine hizmet ettiği açıkça anlaşılan bu sınırlandırmanın hakkın özüne dokunduğu ve hakkı anlamsız kılacak dereceye vardığı söylenemez...”

geçmesiyle dosya tekemmül etmiş sayılır” hükmü de, anayasanın itiraz usulü ile Anayasa Mahkemesi önüne gelmiştir. Bu düzenlemede, savunma süresi üç gün ile sınırlandırılmakta, ikinci cevap hakları kaldırılmaktadır. Yukarıda aktardığımız kararda yer alan, hemen hemen aynı gerekçelerle düzenleme anayasaya uygun bulunmuştur⁴³.

Anayasa Mahkemesinin bu kararlarını, ivedi yargılamaya ilişkin düzenlemelerde yer alan diğer sınırlamalara da teşmil edebiliriz. Sonuç olarak ivedi yargılama (ya da basit yargılama) usulünde, yargılamanın hızlı şekilde sonuçlandırılması için getirilen tedbirler (sınırlamalar) hak arama hürriyetinin ihlali olarak düşünülemez ve anayasaya aykırı değildir.

E. MEVCUT DÜZENLEMELER İVEDİLİĞİ SAĞLAMAYA YETERLİ MİDİR?

Yukarıda işaret edildiği üzere, bazı konular bakımından ivedi yargılama usulünün benimsenmesinin gerekçesi olarak, söz konusu konularda yargılama aşamasının süratle tamamlanmasında hem kamu hizmetinin aksamadan yürütülmesi hem de kişilerin menfaatlerinin hakkıyla korunması belirtilmektedir. Kısaca kamu hizmet ve kişilerin menfaatlerinin korunması amacıyla kanunda belirtilen konular bakımından yargılamanın hızlandırılması (çabuklaştırılması) hedeflenmiştir. Burada şu soruyu sormak ihtiyacı doğmaktadır. İvedi yargılamaya ilişkin kanundaki düzenlemeler, hedeflenen hızı (yargılamadaki çabukluğu) sağlayacak nitelikte midir? Bu soruya gönül rahatlığı ile evet demek pek mümkün gözükmemektedir. Bu yargının sebebini açıklamaya çalışalım.

1. Sürelere Uyulmaması Hususunda Düzenleme Bulunmamaktadır

İvedi yargılama usulünün getiriliş amacı, yukarıda da ifade edildiği üzere, belli konulardaki yargılamanın hızlı bir şekilde sonuçlandırılmasıdır. Bunun içinde yargı yerlerinin kararlarını belli süre içinde yapmaları öngörülmektedir. Mesela İYUK 20/A-2,c maddesinde ilk incelemenin vedi gün içinde yapılması ve dava dilekçesi ile ekleri tebliğe çıkarılması gerektiği ifade edilmektedir. 20/A-2,f maddesi “ivedi yargılama usulüne tabi konulara ilişkin davalar dosyanın tekemmülünden itibaren en geç bir ay içinde karara bağlanır” amir hükmünü ihtiva etmektedir. Kanunun 20/A-2,h maddesinde “temyiz dilekçeleri üç gün içinde incelenir ve tebliğe çıkarılır” denilirken,

⁴³ Anayasa Mahkemesi, E.2014/189, K.2015/32, T.19.03.2015.

20/A-2,j maddesinde de temyiz isteminin en geç iki ay içinde karara bağlanması ve kararın en geç bir ay içinde tebliğe çıkarılır emredilmektedir.

Benzer düzenlemeler “merkezi ve ortak sınavlara ilişkin yargılama usulüne” ilişkin düzenlemeler içeren İYUK 20/B maddesinde de yer almaktadır. Hatta bu usulde yargılamanın daha da hızlı tamamlanması için yargı yerleri için öngörülen süreler daha da kısa tutulmaktadır. Nitekim kanuna baktığımızda yedi gün içinde ilk incelemenin tamamlanıp dilekçenin davalı tarafa tebliğ edilmesi (m.20/B-1,c); davanın dosyanın tekemmülünden itibaren en geç on beş gün içinde karara bağlanması (m.20/B-1,d); temyiz dilekçelerinin üç gün içinde incelenip tebliğe çıkarılması (m.20/B-1,g); temyiz istemi en geç on beş gün içinde karara bağlanması (m.20/B-1,ı) emredilmektedir.

Yargı yerlerinin kanunda öngörülen bu sürelere uymaması halinde nasıl bir yol takip edileceği konusunda herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Böyle bir düzenlemeye ihtiyaç olup olmadığını Ankara 5. İdare Mahkemesinin 2015 tarihli kararı⁴⁴ üzerinden izah etmeye çalışalım.

Yukarıda işaret edildiği üzere İYUK 20/B maddesinde, “merkezi ve ortak sınavlara ilişkin yargılama usulü” başlığı altında Milli Eğitim Bakanlığının yaptığı merkezi sınavlar için ivedi yargılama usulü getirilmiştir. Bu sınavlardan birisi de “Temel Eğitimden Ortaöğretime Geçiş (TEOG) sınavıdır. Bakanlıkça 27.11.2014 tarihinde yapılan ve 27.11.2014 tarihinde açıklanan sınava karşı **25.12.2014 tarihinde dava açılmıştır**. Kanununun 20/B maddesinde bu tür davaların yaklaşık 40 gün içinde⁴⁵, temyiz aşamasının da yaklaşık 35 gün içinde⁴⁶ tamamlanması öngörülmektedir. **25.12.2014** tarihinde açılan dava, yaklaşık **8 ay sonra 8.7.2015** tarihinde karara bağlanmıştır⁴⁷. Görüldüğü üzere kanunda öngörülen süreler hiç dikkate alınmadan yaklaşık 8 ay sonra iptal kararı verilmektedir. Böyle bir gecikmenin sonucu ne olacaktır sorusu gündeme gelmektedir.

⁴⁴ Ankara 5.İdare Mahkemesi, E.2014/2202, K.2015/1183, T.8.7.2015.

⁴⁵ Dava açma süresi 10 gün + 7 gün ilk inceleme ve tebliğ + savunma süresi 3 gün (+ 3 gün ek süre) + karar süresi 15 gün= 38 gün.

⁴⁶ Temyiz süresi 5 gün + inceleme ve tebliğ 3 gün + cevap süresi 5 gün+ karar 15 gün + tebliğ 7 gün = 35 gün

⁴⁷ Ankara 5.İdare Mahkemesi, E.2014/2202, K.2015/1183, T.8.7.2015.

Kuşkusuz hiçbir mazereti olmaksızın bu sürelere uymayan yargı mensupları hakkında 2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanununun 62 ve devamı maddelerinde düzenlenen disiplin yaptırımları gündeme gelecektir. Ancak disiplin uygulaması, ivedi yargılama usulünün öngördüğü amacı gerçekleştirmek için yeterli olmayacaktır. Bu kadar geç bir sürede verilen iptal kararının uygulanmasının nasıl olacağı konusunda da bir düzenleme yapılması gerekmektedir.

2. Tebliğ Usulü Düzenlenmemiştir

Yukarıda da işaret edildiği üzere kanunun 20/A maddesi uyarınca ivedi yargılama usulüne tabi davaların yaklaşık yaklaşık 100 gün⁴⁸, temyiz aşamasının da yaklaşık 125 gün⁴⁹ içinde; benzer şekilde kanununun 20/B maddesine tabi davaların yaklaşık 40 gün içinde⁵⁰, temyiz aşamasının da yaklaşık 35 gün içinde⁵¹ tamamlanması öngörülmektedir. Kanundaki düzenlemelere bakıldığında tebliğ konusu hiç dikkate alınmadığı anlaşılmaktadır. Yani yukarıdaki yaklaşık süreler, tebliğ aşamasında geçecek süreler dikkate alınmadan öngörülmektedir.

İdarî Yargılama Usulü Kanununun 60. maddesine göre “Danıştay ile bölge idare, idare ve vergi mahkemelerine ait her türlü tebliğ işleri, Tebligat Kanunu hükümlerine göre yapılır”. 7201 sayılı Tebligat Kanununun 1. maddesi uyarınca tebligatlar Posta ve Telgraf Teşkilatı Genel Müdürlüğü (PTT) eliyle yapılmaktadır. Bu usulle yapılan tebligatların da ivedi yargılama usulünün amacını gerçekleştirmekten uzak, uzun sayılabilecek sürelerde yapıldığı bilinmektedir.

Bu bakımdan ivedi yargılama usulünde tebligatlar için özel bir düzenleme yapılması daha isabetli olurdu. Mesela memur eliyle tebligat usulü benimsenebilirdi. Nitekim 7201 sayılı kanunun 2. maddesi,

48 Dava açma süresi 30 gün + ilk inceleme ve tebliğ 7 gün + savunma süresi 15 gün (+15 gün ek süre) + karar süresi 1 ay (30 gün) = 97 gün.

49 Temyiz süresi 15 gün + inceleme ve tebliğ 3 gün + cevap süresi 15 gün + 2 ay (60 gün) karar süresi + 1 ay (30 gün) tebliğ süresi = 123 gün

50 Dava açma süresi 10 gün + 7 gün ilk inceleme ve tebliğ + savunma süresi 3 gün (+ 3 gün ek süre) + karar süresi 15 gün = 38 gün.

51 Temyiz süresi 5 gün + inceleme ve tebliğ 3 gün + cevap süresi 5 gün+ karar 15 gün + tebliğ 7 gün = 35 gün

gerektiğinde memur eliyle tebligat yapılabileceğini düzenlemektedir⁵². Öte yandan yürütmenin durdurulması konusunu düzenleyen İYUK 27/5. maddede de memur eliyle tebligat yapılabileceği öngörülmektedir⁵³. Bunun gibi ivedi yargılama usulünde, zaman kaybı olmaması için memur eliyle tebligat usulünün (veya hızlı olan başka bir tebligat usulünün) zorunlu hale getirilmesi isabetli olacaktır.

3. Delil Araştırmasında Süre Konusu Muğlak Bırakılmıştır

Hem ivedi yargılama usulünü düzenleyen 20/A, hem de merkezi sınavlar yargılama usulünü düzenleyen 20/B maddesinde, dosyanın tekemmülünden itibaren belli sürede karar verilmesi gerektiği ifade edilmektedir. Bu düzenlemelerde delil araştırması ya da duruşmaya ilişkin de düzenleme yer almakta ancak hayli muğlak ifadelerle yer almaktadır. Düzenlemeler şu şekildedir:

-“İvedi yargılama usulüne tabi konulara ilişkin davalar dosyanın tekemmülünden itibaren *en geç bir ay içinde* karara bağlanır. **Ara kararı verilmesi, keşif, bilirkişi incelemesi ya da duruşma yapılması gibi işlemler ivedilikle sonuçlandırılır**” (m. 20/A-2,f).

-“Bu davalar dosyanın tekemmülünden itibaren *en geç on beş gün içinde* karara bağlanır. **Ara kararı verilmesi, keşif, bilirkişi incelemesi ya da duruşma yapılması gibi işlemler ivedilikle sonuçlandırılır**” (m.20/B/1-d).

Görüldüğü üzere önceki düzenlemede dosyanın tekemmülünden itibaren bir ay, ikinci düzenlemede ise on beş gün içinde kararın verileceği belirtilmektedir. Ancak her iki madde de hayli muğlak şekilde “**ara kararı verilmesi, keşif, bilirkişi incelemesi ya da duruşma yapılması gibi işlemler ivedilikle sonuçlandırılır**” hükmü yer almaktadır. Bu ifadeden söz konusu işlemlerin bir önceki cümlede yer alan süre içinde

⁵² Madde 2 – (Değişik birinci fıkrası : 6/6/1985 - 3220/2 md.) Diğer kanunlarda özel hüküm bulunması halinde veya tehirinde zarar umulan işlerde veya aynı yerde bulunan 1 inci maddede yazılı daire ve müesseseler arasında veya bu daire ve müesseselerde bulunan şahıslara yapılacak tebligat, kendi memurları veya mahalli mülkiye amirinin emriyle zabıta vasıtasıyla yaptırılır.

⁵³ İYUK, m.27/5- Yürütmenin durdurulması istemli davalarda 16 ncı maddede yazılı süreler kısaltılabileceği gibi, tebliğin memur eliyle yapılmasına da karar verilebilir.

tamamlanması gerektiği mi, yoksa o süre dışında süratle tamamlanması gerektiği mi anlaşılmalıdır açık değil.

Şayet kararın verilmesi için öngörülen süre (bir ay- onbeş gün) içinde keşif, bilirkişi, duruşma gibi işlemlerin de tamamlanması kastediliyorsa, kanunun lafzından bu pek anlaşılmamaktadır. Keşif, bilirkişi, duruşma gibi işlemlere ilişkin sürelerin, karar verme süresinin dışında olduğu kabul edilecekse, bu durumda ivedi yargılama usulünün bir anlamı kalmayacaktır. Yani ivedi yargılamadan beklenen yargılama hızı sağlanamayacaktır. Örneğin duruşmaya karar verilirse, duruşmanın tebliğden itibaren en az 30 gün sonra yapılması gerekmektedir (İYUK, m.17). Bilirkişi ve keşif işlemleri de hayli zaman alacak yargısal süreçlerdir. Bu nedenle keşif, bilirkişi, duruşma gibi yargısal süreçlerin ivedi yargılama usulünde nasıl gerçekleştirileceğinin de ayrıca düzenlenmesi gerekmektedir.

4. Ek Savunma Süresinin Başlangıç Tarihi Belirsizdir

Hem ivedi yargılama usulünü düzenleyen 20/A, hem de merkezi sınavlar yargılama usulünü düzenleyen 20/B maddesinde, savunma süreleri kısaltılmakta ancak her ikisinde de ek süre verilmesi konusunda mahkemeye takdir yetkisi verilmektedir:

-“Savunma süresi dava dilekçesinin tebliğinden itibaren on beş gün olup, bu süre bir defaya mahsus olmak üzere en fazla on beş gün uzatılabilir” (m. 20/A-2,d).

-“Savunma süresi dava dilekçesinin tebliğinden itibaren üç gün olup, bu süre bir defaya mahsus olmak üzere en fazla üç gün uzatılabilir” (m.20/B-1,ç).

Taraf talepte bulunduğu ve mahkemenin de uygun gördüğü durumda, öngörülen ek savunma süresi hangi tarihten itibaren işlemeye başlayacaktır? İlk savunma süresinin bitmesinden itibaren mi, yoksa mahkemenin ek savunma süresini kabul ettiği kararın ilgiliye tebliğ edildiği tarihten itibaren mi işlemeye başlayacaktır? Bu soruya verilecek cevap, yargılamanın hızını önemli şekilde etkileyecek niteliktedir.

İvedi yargılamanın mantığı içinde ek savunma süresinin, önceki savunma süresinin bitiminden itibaren işlemeye başlamasıdır. Ancak İYUK 8.maddede, “sürelerin tebliğden itibaren” işlemeye başlayacağı düzenlenmektedir. Bu durumda ilgilinin normal savunma süresi bitmeden

talepte bulunması ve mahkemenin de savunma süresi bitmeden karar verip ilgiliye tebliğ etmesi gerekir. Yukarıda değindiğimiz memur eliyle tebliğ (ya da başka usulde tebliğ) meselesi yine gündeme gelecektir. Şayet savunma süresi dolduktan sonra ek savunmaya ilişkin karar verir, bunu normal usulle tebliğ eder ve ek savunma süresi de bu tebliğden itibaren işlemeye başlarsa, ivedi yargılamadan beklenen sürat hayli yavaşlatılmış olacaktır. Bu nedenle ek savunma süresinin, normal savunma süresinin bitiminden itibaren işlemeye başlayacağı yönünde kanuni düzenleme yapılması gerekmektedir.

5. Dilekçe Ret Kararı Konusu Düzenlenmemiştir

Normal yargılama usulü bakımından dava dilekçesine ilişkin kurallar İYUK 3 ve 5. maddelerde düzenlenmiştir. Dava dilekçesinin bu şartları taşımaması halinde, mahkemenin ne yönde karar vereceği konusu da kanunun 15. maddesinde hüküm altına alınmıştır. Kanuna göre (m.15/1-d), dava dilekçesinde eksiklik olması halinde, bu eksikliğin düzeltilmesi için 30 günlük süre verilecektir.

İvedi yargılamaya tabi bir konuya ilişkin dava dilekçesinde böyle bir eksiklik olduğunda, nasıl hareket edileceği konusunda bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu durumda mahkeme, İYUK m.15/1-d uyarınca davacıya, eksikliklerin tamamlanması için 30 günlük süre vermek durumunda kalacaktır. Bu uygulamanın, ivedi yargılama usulünün mantığına tamamen ters olduğu da aşikârdır. Örneğin İYUK 20/B maddesindeki uygulama bakımından dava açma süresi on gün iken, dilekçede eksiklik olması halinde 30 günlük düzeltme süresi verilecek demektir. Bu konunun da kanunda açıkça düzenlenmesi ve ivedi yargılama usulüne uygun bir süre belirlenmesi zarureti bulunmaktadır. Genel dava açma süresi 60 gün, düzeltme süresi bunun yarısı olan 30 gün olarak belirlendiğine göre, ivedi yargılama usulünde de dava açma süresinin yarısı benimsenebilir.

6. Yargılama Harçları Konusu Düzenlenmemiştir

İdarî yargılama usulünde, genel yargılama bakımından İYUK 6/4. maddede harçlarla ilgili bir düzenleme bulunmaktadır. Bu maddeye göre, dava açılırken herhangi bir sebeple harcı veya posta ücreti verilmeden veya eksik harç veya posta ücreti ile dava açılmış olması halinde, mahkemece ilgiliye durum bildirilerek 30 gün içinde eksikliğin giderilmesi istenir. Süresinde kararın gereği yerine getirilmezse tekrar bir 30 günlük süre

verilerek eksikliğin giderilmesi istenir. Eksiklik yine giderilmez ise davanın açılmamış sayılmasına karar verilir.

Yine kanunun 6/5. maddesi uyarınca, dava açıldıktan sonra posta ücretinde tebliğ işlemlerinin yapılmasını engelleyecek şekilde azalma olması halinde, eksikliğin giderilmesi için ilgiliye 30 gün süre verilir; bu süre içinde eksiklik giderilmez ise bir 30 gün daha süre verildiği tebliğ edilir. Kararın gereği yine yerine getirilmez ise *dosyanın işlemde kaldırılmasına karar verilir*. Bu kararın tebliği tarihinden başlayarak üç ay içinde, noksanı tamamlanmak suretiyle yeniden işleme konulması istenmediği takdirde davanın açılmamış sayılmasına karar verilir ve davacıya tebliğ olunur.

Görüldüğü üzere bu iki halde, tebligat süreleri haricinde davanın 60 gün daha uzaması ihtimali bulunmaktadır. İvedi yargılama usulü bakımından bu durum dikkate alınmamıştır. Bir düzenleme bulunmadığına göre, ivedi yargılama usulüne tabi davalarda da İYUK 6. madde hükümleri geçerli olacak demektir. Bu durumun da ivedi yargılama usulünü neredeyse anlamsız kılacak nitelikte olduğu açıktır.

Yukarıdaki sakıncayı gidermek bakımından, İYUK 20/A ve 20/B maddelerinde değişiklik yapılarak ek sürelerin, ivedi yargılama usulüne uygun hale getirilmesi ve bildirim bir kez yapılması konusunda düzenleme getirilmelidir.

7. Taraflarda Değişiklik Konusu Düzenlenmemiştir

İdarî yargılama usulünde, genel yargılama bakımından İYUK 26/1. maddede, dava devam ederken taraflar bakımından ölüm ya da kişiliklerinde değişiklik olması halinde, nasıl bir yol takip edileceği düzenlenmektedir. Maddedeki kurallar şu şekildedir.

-Dava esnasında ölüm veya herhangi bir sebeple tarafların kişilik veya niteliğinde değişiklik olursa, davayı takip hakkı kendisine geçenin başvurmasına kadar dosyanın işlemde kaldırılmasına ilgili mahkemece karar verilir.

-Dava esnasında gerçek kişilerden olan tarafın ölümü halinde, idarenin mirasçılar aleyhine takibi yenilemesine kadar dosyanın işlemde kaldırılmasına ilgili mahkemece karar verilir.

Görüldüğü üzere, yukarıda belirtilen haller de davanın uzamasına sebep olacak niteliktedir. Böyle bir durum ivedi yargılamaya tabi davalarda

meydana geldiğinde nasıl bir yol takip edileceği kanunda ayrıca düzenlenmesi gerekmektedir.

8. Tebligat Yapılamaması Konusu Düzenlenmemiştir

İdarî yargılama usulünde, genel yargılama bakımından İYUK 26/2. maddede, gösterilen adrese tebligat yapılamaması durumunda ne yapılacağı konusu düzenlenmektedir. Maddeye göre, davacının gösterdiği adrese tebligat yapılamaması halinde, yeni adresin bildirilmesine kadar dava dosyası işlemde kaldırıılır. Dosyanın işlemde kaldırıldığı tarihten başlayarak bir yıl içinde yeni adres bildirilmek suretiyle yeniden işleme konulması istenmediği takdirde, davanın açılmamış sayılmasına karar verilir.

Görüldüğü üzere, yukarıda belirtilen durum da yargılamanın önemli derecede uzamasına yol açabilecek niteliktedir. Böyle bir durumun, ivedi yargılama usulüne tabi davalarda da meydana gelebileceği dikkate alınarak kanunda özel bir düzenleme yapılmasına ihtiyaç vardır.

9. İdarî Başvuru Yolu Eksik Düzenlenmiştir

İvedi yargılama usulüne tabi konularda, dava konusu edilecek işlemin kaldırılması ya da değiştirilmesi için idarî başvuru yolunun kapatılmak istendiği anlaşılmaktadır. İYUK 20/A-2,b maddesinde ve 20/B-1,b maddelerinde “*Bu Kanununun 11 inci maddesi hükümleri uygulanmaz*” hükmü yer almaktadır.

Kanununun 11. maddesine⁵⁴ göre, bir işleme karşı dava açılmadan önce, idarî işlemin kaldırılması, geri alınması değiştirilmesi veya yeni bir işlem yapılması üst makamdan, üst makam yoksa işlemi yapmış olan makamdan, dava açma süresi içinde istenirse, bu başvuru işlemeye başlamış olan idari dava açma süresini durdurur. İsteğin reddedilmesi veya reddedilmiş

54 *Üst makamlara başvurma:*

Madde 11 – 1. İlgililer tarafından idari dava açılmadan önce, idari işlemin kaldırılması, geri alınması değiştirilmesi veya yeni bir işlem yapılması üst makamdan, üst makam yoksa işlemi yapmış olan makamdan, idari dava açma süresi içinde istenebilir. Bu başvurma, işlemeye başlamış olan idari dava açma süresini durdurur.

2. Altmış gün içinde bir cevap verilmezse istek reddedilmiş sayılır.

3. İsteğin reddedilmesi veya reddedilmiş sayılması halinde dava açma süresi yeniden işlemeye başlar ve başvurma tarihine kadar geçmiş süre de hesaba katılır.

sayılması halinde dava açma süresi yeniden işlemeye başlar ve başvurma tarihine kadar geçmiş süre de hesaba katılır.

İvedi yargılama usulüne tabi davalarda İYUK 11. Madde kapsamında yapılacak idarî başvuru yolu kapatılmıştır. Böylece bir an önce yargılama aşamasının başlaması amaçlanmıştır.

Buradaki eksiklik, sadece İYUK 11. madde kapsamındaki başvuru yolunun belirtilmiş olmasıdır. Zira başka kanunlarda da idarî başvuru yolu ve bu başvurunun dava açma sürelerini durduracağı yönünde düzenlemeler bulunmaktadır. Örneğin 6328 Kamu Denetçiliği Kanununun 17/4. maddesinde, süresinde Kuruma yapılan başvurunun işlemeye başlayan dava açma süresini durduracağı; yine 4982 sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanununun 13. maddesine göre yapılan başvurunun, dava açma süresini durduracağı ifade edilmektedir.

İvedi yargılama usulüne tabi bir konu hakkında, 6328 Kamu Denetçiliği Kanunu veya 4982 sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanunu uyarınca idarî başvuru yapıldığında, dava açma süresinin duracağı konusunda tereddüt olmayacaktır. Bu durumun ivedi yargılama usulü ile bağdaşmayacağı da açıktır. O halde yapılması gereken, ivedi yargılama usulünde sadece İYUK 11. madde kapsamında değil, bununla beraber dava açma süresini durduran tüm idarî başvuru yollarının kapatılması yönünde kanuni düzenleme yoluna gidilmesidir.

10. Duruşma Konusu Düzenlenmemiştir

İdarî yargılama usulünde, yargılama sürecini uzatan usulî işlemlerden birisi de “duruşma”dır. Zira duruşmanın kendine özgü kuralları ve süreleri bulunmaktadır. İYUK 17. maddede duruşmaya ilişkin kurallar yer almaktadır. İnceleme konumuzu ilgilendiren kuralları özetle şöyle sıralayabiliriz.

-İptal davalarında ve tutarı yirmibeşbin Türk Lirasını aşan tam yargı davaları, talep varsa duruşma yapılmak zorundadır.

- Yargı yeri her zaman kendiliğinden duruşma yapılmasına karar verebilir.

- Duruşma davetiyeleri duruşma gününden **en az otuz gün** önce taraflara gönderilir.

Duruşmaya ilişkin belirttiğimiz bu kurallar, ivedi yargılama usulüne tabi davalar bakımından da geçerlidir. Bu kurallar uygulandığında davanın uzayacağı da ortadadır. Tebligat aşamasında geçen süreler yanında, duruşma için tebligattan itibaren en az 30 günlük süre verilmek zorunluluğu bulunmaktadır. Bu durum, ivedi yargılama usulünde amaçlanan yargılamanın çabuklaştırılmasına ters düşmektedir. İvedi yargılama usulünden beklenen faydanın gerçekleşebilmesi için, kanunda duruşmaya ilişkin kurallara yer verilmelidir. Ya bu davalarda duruşmaya hiç yer verilmemeli ya da süreler ivedi yargılama usulüne uygun olarak belirlenmelidir.

11. Adli Tatil Konusu Düzenlenmemiştir

Yargılama sürecini uzatan konulardan birisi de adli tatil (çalışmaya ara verme) konusudur. İdarî Yargılama usulü Kanununun 61 ve 62. maddelerinde bu konu düzenlenmektedir. Söz konusu maddelerde, inceleme konumuzu ilgilendiren kuralları özetle şu şekilde sıralayabiliriz:

- Bölge idare, idare ve vergi mahkemeleri her yıl bir eylülde başlamak üzere, yirmi temmuzdan otuz bir ağustosa kadar çalışmaya ara verirler.

- Ara verme süresi içinde, üç hâkimden oluşan nöbetçi mahkeme kurulur.

-Nöbetçi mahkeme çalışmaya ara verme süresi içinde a) Yürütmenin durdurulmasına ve delillerin tespitine ait işler, b) Kanunen belli süre içinde karara bağlanması gereken işleri yapar.

İdarî Yargılama Usulü Kanununun 8/3. maddesinde de “*Bu Kanunda yazılı sürelerin bitmesi çalışmaya ara verme zamanına rastlarsa bu süreler, ara vermenin sona erdiği günü izleyen tarihten itibaren yedi gün uzamış sayılır*” hükmü yer almaktadır.

Bu hükümlerden anlaşılacağı gibi, ivedi yargılamaya ilişkin dava adli tatile rastladığında, savunma gelmesine rağmen, esasa ilişkin karar adli tatil sonrasına kalacak demektir. Bu yaklaşımın ivedi yargılama usulünün mantığına aykırı olduğu da aşikârdır.

Şu halde ne yapılmalıdır? Birincisi İYUK 62. maddedeki “*kanunen belli süre içinde karara bağlanması gereken işler*” hükmünü geniş yorumlayarak, ivedi yargılamaya tabi davaların da bu kapsamda olduğu ve nöbetçi mahkemelerce karara bağlanacağı yaklaşımı benimsenebilir. Bu yaklaşımı mahkemelerin benimseyip benimsemeyeceği bilinmemektedir.

İkincisi ve en doğru çözüm, kanuna ekleme yapılarak ivedi yargılamaya tabi davaların adli tatilde nöbetçi mahkemelerce karara bağlanacağını hüküm altına almaktır.

12. İdarî Eylemler Konusu Düzenlenmemiştir

İvedi yargılama usulüne düzenleyen İYUK 20/A maddesinde⁵⁵, sadece “işlemler”e karşı açılacak iptal davaları hakkında kurallar getirilmektedir. Kanunda bu durum “ivedi yargılama usulü aşağıda sayılan **işlemlerden** doğan uyuşmazlıklar hakkında uygulanır” şeklinde ifade edilmektedir.

İvedi yargılamayı düzenleyen maddelerde idarî eylemlerle ilgili herhangi bir hüküm yer almamaktadır. Oysa ivedi şekilde karar verilmemesi halinde önemli mağduriyetlerin söz konusu olabileceği durumlar, idarî eylemlerden de kaynaklanabilir. Özellikle vücut bütünlüğünün ihlaline sebep olan eylemlerden doğan davalarda bu durum kendini gösterebilmektedir. Bu nedenle yasal değişikliklerle, idarî eylemlerden kaynaklanan ve ivedi şekilde karara bağlanması gereken davaların da ivedi yargılama usulü kapsamına alınması isabetli olacaktır.

13. Kanun Yolları Konusundaki Düzenlemeler Yeterli Değildir

İvedi yargılama usulünü düzenleyen 20/A⁵⁶ ve 20/B⁵⁷ maddelerinde, ivedi yargılamaya tabi davalarda verilen ilk derece mahkemesi kararlarına karşı “temyiz yoluna” başvurulabileceği ifade edilmektedir. Bu durum, söz konusu kararlara karşı “istinaf kanun yolu’nun” kapatıldığı anlamına gelmektedir.

Söz konusu maddelerde (m.20/A-2,i ve m.20/B-2,h) temyiz incelemesi sonucunda, ilk inceleme aşamasındaki bozma sebepleri hariç, diğer bozma sebepleri varsa dosya iade edilmeyerek esas hakkında temyiz merciinin karar vereceği belirtilmektedir. Üstelik “*temyiz üzerine verilen kararlar kesindir*” denilmektedir.

55 Benzer düzenleme 20/B maddesinde de yer almaktadır. İYUK m.20/B-1: “Millî Eğitim Bakanlığı ile Ölçme, Seçme ve Yerleştirme Merkezi tarafından yapılan merkezi ve ortak sınavlar, bu sınavlara ilişkin iş ve işlemler”.

56 Madde 20/A-2,g- “Verilen nihai kararlara karşı tebliğ tarihinden itibaren on beş gün içinde temyiz yoluna başvurulabilir”.

57 Madde 20/B-2,f – “Verilen nihai kararlara karşı tebliğ tarihinden itibaren beş gün içinde temyiz yoluna başvurulabilir”.

Bu düzenlemeler, “istinaf kanun yolu”nun getiriliş amacıyla pek uyuşmamaktadır. İstinaf kanun yolunun getiriliş amaçlarından en başta geleni, Danıştay’ı hukukî denetim yaparak tam bir içtihat mahkemesi haline getirmektir. Bu da maddî denetim yaparak esas hakkında karar verme görevinin kaldırılması ile mümkün olabilecektir. Oysa ivedi yargılama usulündeki davalarda Danıştay, esas hakkında üstelik kesin karar verme yetkisi ile donatılarak içtihat mercii olmaktan çıkarılmaktadır.

Hatta bu uygulama Danıştay İdarî Dava Daireleri Kurulunu bile esas hakkında karar verecek merci haline getirebilecek niteliktedir. Örneğin İYUK 20/A-1,f maddesinde Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanun uyarınca alınan Bakanlar Kurulu kararlarına karşı açılacak davalar ivedi yargılama usulü kapsamında sayılmaktadır. Danıştay Kanununun 24. maddesi uyarınca Bakanlar Kurulu kararlarına karşı açılacak davalar Danıştay dairesinde görülecektir. Bu durumda Danıştay ilgili dairesinin söz konusu Bakanlar Kurulu kararı hakkında verdiği karar, temyizden İdarî Dava Daireleri Kurulunu’da görülecek ve gerektiğinde esas hakkında kesin karar verecektir. Bu durum İdarî Dava Daireleri Kurulunu’nun içtihat birliğini sağlama işlevine uygun düşmemektedir.

Bu durumun çözüme kavuşturulması için iki yol takip edilebilir. Birincisi ivedi yargılama usulüne tabi konuları istinaf kanun yoluna tabi tutup bunlardan sınırlı sayıdakileri temyiz denetimine açmaktır. İkincisi ise, doğrudan temyiz yoluna tabi tutmakla beraber, esas hakkında karar vermeden sadece hukukî denetim yapılarak gerektiğinde bozma kararı verilmesi yolunun benimsenmesidir. Ancak bu ikinci yol yargılama sürecini uzatacağından, ivedi yargılama usulünün amacıyla bağdaşmaz.

14. İvedi Yargılamayla Görevli Özel Mahkeme Belirlenmelidir

İvedi yargılama usulünün getiriliş amacı, yargılama aşamasının mümkün olan en yüksek hızda sonuçlandırılarak hem kamu yararının hem de kişisel yararların zedelenmesinin önüne geçmektir. Bu amaç ise en iyi şekilde “ihtisaslaşmış mahkemeler” eliyle sağlanabilir. Bu nedenle ivedi yargılama usulüne tabi davaları görmek üzere özel yetkili mahkemeler oluşturulmalıdır.

Böyle bir uygulama hukukumuzda yabancı da değildir. Nitekim 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanununun 17. maddesi, bu kanunda belirtilen suçların yargılmasını yapmak üzere mahkeme görevlendirileceğini

öngörmektedir⁵⁸. Benzer bir düzenleme idarî yarı için de yapılabilir. Örneğin 2576 sayılı veya 2577 sayılı kanunda bir değişiklik yapılarak, ivedi yargılama usulüne tabi davaların HSYK'nın belirleyeceği Ankara İdare Mahkemelerinden birisinde bakılacağı hüküm altına alınabilir. İvedi yargılamaya tabi konulardan çoğunda Ankara idare mahkemelerinin yetkili olması, işlemleri yapan idarelerin genellikle Ankara'da olması bakımından böyle bir düzenleme isabetli olur. Ayrıca ivedi yargılama usulüne bakan mahkemeye başka davalar ya hiç verilmeyerek ya da çok az verilerek yargılamanın süratle yürütülmesi imkânı da elde edilmiş olur.

15. İvedi Yargılamaya Tabi Konuların Sayılmış Olması

İvedi yargılama usulüne tabi olacak konular kanunda sınırlı şekilde sayılmıştır (m.20/A ve m.20/B). Düzenlemelere göre, burada sayılan konuların mutlaka ivedi yargılama usulüne tabi olacaktır. Öte yandan burada sayılmayanlar da ivedi yargılama usulüne tabi olmayacaktır. Ancak hatırlatmak gerekir ki, burada sayılan konuların hepsinin ivedilik taşıması kesin olmadığı gibi, burada sayılmayan kimi konularda da ivedilikle karar verilmesi zorunluluğu doğabilir. Mesela sınır dışı edilme kararları, vatandaşlıktan çıkarma işlemleri ivedilikle karara bağlanması gereken konulardır. Yine idarî sözleşmelerdeki kimi işlemlerin de ivedilikle karara bağlanması zarureti bulunabilir. Oysa bu konular kanunda sayılmamaktadır.

Bu nedenle ivedi yargılama usulüne tabi konular sayılmakla birlikte, niteliği gereği ivedi yargılama yapılması gereken bir konunun, mahkemece bu usule tabi tutulması konusunda bir takdir yetkisi verilebilir. Bu takdir yetkisi kanunla çerçevesi çizilerek de verilebilir.

SONUÇ

Buraya kadarki açıklamalardan da anlaşılacağı gibi, Türk idarî yargılama hukukundaki ivedi yargılamaya ilişkin düzenlemeler hem konu bakımından hem de usul bakımından yetersizdir. Yine yukarıda açıklandığı üzere, İYUK'un diğer hükümleri ile bağlantıları dikkate alınmadığından uygulanma

⁵⁸ 5607 SK, m.17: "(2) Bu Kanun kapsamına giren suçlar dolayısıyla açılan davalar, Adalet Bakanlığının teklifi üzerine Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca belirlenen asliye ceza mahkemelerinde görülür. Ancak bu suçlarla bağlantılı olarak resmî belgede sahtecilik suçunun işlenmesi halinde, görevli mahkeme ağır ceza mahkemesidir".

kabiliyeti hayli zayıftır. Bu nedenle konunun yeni baştan ele alınarak bütün detayları ile düzenlenmesi gerekmektedir.

CLIMATE CHANGE AGREEMENTS AND CONFERENCES COMPERATIVE ANALYSIS OF TURKISH POLICIES

*Arş. Gör. Dr. Seda GAYRETLİ**

I. Introduction

The biggest threat to human life is not comprised of wars or earthquakes, cancer or AIDS; since Earth is our only planet, global warming and climate change pose the greatest dangers to it. The International Energy Agency anticipates that greenhouse gas emissions will increase 130 percent and oil demand will climb by 70 percent by 2050.¹ Without the implementation of necessary precautions, the entire ecological system and all living beings will be devastated. Since all countries share only one atmosphere, all the countries should fight for the global warming together. This article focuses on international climate change law and clean energy policies. This work examines international legislations and conferences on climate change. This work also discusses WTO member's policies on climate change but concentrates on the United States, the European Union, China and Turkey.

This article comprises of five parts. Part one introduces the study it sets the agenda, first provides the abstract of the article and subsequently addresses the studies main questions. Finally, it determines the scope, importance and outline of the article. Part two briefly defines the climate change problem, the causes of the problem, current and future impacts of it. Part three focuses on the Climate Change Agreements and Conferences specifically on World Meteorological Organization, Montreal Protocol on Substances that Deplete the Ozone Layer, Intergovernmental Panel on Climate Change and, United Nations Framework Convention on Climate Change. Part four finally comparatively analysis climate change policies of specific WTO members; the United States, the European Union, China and

* Karadeniz Teknik Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı.

¹ See, Elizabeth Burleson, *Energy Policy, Intellectual Property, and Technology Transfer to Address Climate Change*, 18 *Transnat'l L. & Contemp. Probs.* 69, 70 (2009).

Turkey. The last part of the article briefly refers back to the main problem of this study, recommends alternative solutions and describes conclusion reached from prior discussion of the article.

II. Climate Change

Climate change is the biggest environmental threat of our era because of its drastic effects on human health and wealth, along with the sustainability of the earth's environment.² It is estimated that millions of people living in Africa are facing starvation.³ In 2012, Hurricane Sandy caused 147 deaths, damaged hundreds of thousands of houses, and destroyed public transportation systems.⁴ Due to the sea level rising, island states are facing the threat of submersion.⁵ If necessary precautions are not taken before the end of the twenty-first century, wildlife, human civilization and the whole ecosystem may be extinct because of the climate change.⁶

Climate Change does not have a universally accepted definition. UNFCCC defines climate change as “a change of climate which is attributed directly or indirectly to human activity that alters the composition of the global atmosphere and which is in addition to natural climate variability observed over comparable time periods.”⁷

² See, RAFEAL LEAL- ARCAS, CLIMATE CHANGE AND INTERNATIONAL TRAD 27(2013).

³ See, Baskut Tuncak, “The New Formal Climate Change and Intellectual Property”, ENVIRONMENTAL TECHNOLOGIES, INTELLECTUAL PROPERTY AND CLIMATE CHANGE, (edited by Abbe E.L. Brown), 223 (2013.)

⁴ Cyclone Report Hurricane Sandy (AL182012) 22 – 29 October 2012, Eric S. Blake, Todd B. Kimberlain, Robert J. Berg, John P. Cangialosi and John L. Beven II National Hurricane Center, 20(2013). Available at http://www.nhc.noaa.gov/data/tcr/AL182012_Sandy.pdf (Last visited in 3/5/2013).

⁵ Maldives already lost 10 percent of its land in 2004 because of the Indian Ocean Tsunami. Maldives is under threat of submerging to due to sea level rising See, Spencer Weart, New Scientist, April 14 2007 quoted in 2008 Clavin at 128, 129, WILLIAM H. RODGERS, MICHAEL ROBINSON- DORN, JENNIFER K. BARCELOS, ANNA T. MORITZ, CLIMATE CHANGE A READER, 32 (2011).

⁶ See, James Lovelock, The Revenge of GAIA: Earth's Climate Crisis & The Fate of Humanity, 2006, xiv.; WILLIAM H. RODGERS, MICHAEL ROBINSON- DORN, JENNIFER K. BARCELOS, ANNA T. MORITZ, CLIMATE CHANGE A READER, 3 (2011).

⁷ See, WILLIAM H. RODGERS, MICHAEL ROBINSON- DORN, JENNIFER K. BARCELOS, ANNA T. MORITZ CLIMATE CHANGE A READER, 29, (2011).

1. Causes of Climate Change

Humans are most likely responsible for the warming in recent decades,⁸ with corresponding activities that emit greenhouse gases (hereinafter “GHG”) into the atmosphere serving as major triggers for climate change.⁹ Greenhouse gas¹⁰ emissions serve as the single-most contributing factor to climate change.¹¹

GHG emission sources include the global energy supply, industry, land use, land-use change and forestry; others are comprised of agriculture, transportation, commercial and residential buildings, and waste and wastewater.¹²

The world needs energy sources for industrialization, cooling and heating requirements, transportation, and electricity generation. The global energy demand continues to grow rapidly, with projections indicating an insufficient amount of oil and gas to satisfy future needs. Conversely, the cost of electricity from clean energy sources has been decreasing dramatically.¹³ Petroleum, oil and gas are the most significant energy sources worldwide,¹⁴ causing the greatest amounts of GHG emissions that

⁸ The List of Worldwide Organizations that holds the position that climate change has been caused by human action. See, http://opr.ca.gov/s_listoforganizations.php (Last visited on 4/28/2013)

⁹ See, IPCC, IPCC Climate Change 2014 Synthesis Report Summary for Policymakers, 4 (2014). Available at https://www.ipcc.ch/pdf/assessment-report/ar5/syr_/AR5_SYR_FINAL_SPM.pdf (Last visited in 4/20/2015)

¹⁰ United States Environmental Protection Agency, Greenhouse Gases Emission, Available at <http://epa.gov/climatechange/ghgemissions/> (Last visited 10/09/2015).

¹¹ *An increase on the amount of GHs could change this important equilibrium, and cause a rise in surface temperature. Inevitable result is a rise on planets temperature and global warming.* See, LARKSHMAN GURUSWAMY, INTERNATIONAL ENVIRONMENTAL LAW 196,197 (2007).

¹² See, Intergovernmental Panel on Climate Change [Hereinafter IPCC] (2007) *Climate Change 2007: Mitigation of Climate Change* Contribution of Working Group III to the Fourth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change B. Metz, O.R. Davidson, P.R. Bosch, R. Dave, L.A. Meyer (eds). Cambridge University Press, Cambridge, United Kingdom and New York, NY, USA

¹³ See, Alexander Adam, *Technology Transfer to Combat Climate Change: Opportunities and Obligations Under TRIPS and Kyoto*, 9 J. HIGH TECH. L. 1 (2009).

¹⁴ For example, according to the Energy Information Forecast, Annual Energy Outlook 1996, in the United States the share of oil and gas used for transportation in 1994 is %97

contribute to climate change.¹⁵ The average lifetime of the major greenhouse gasses can remain in the atmosphere for tens to hundreds of years.¹⁶ That means even if greenhouse gas emissions ceased immediately, its effects are going to last for at least a decade.¹⁷

2. Current Impacts of Climate Change

2.1. Weather and Climate (Extreme Weather Events)

Global temperature rise, extreme weather events (unusually hot summers, extremely cold winters), drought, tropical storms, and floods¹⁸ are the main weather-related impacts of climate change.¹⁹ Since 1850, the last twelve years have ranked among the twelve warmest years in the records of surface of the Earth's temperature.²⁰ Moreover, the average Arctic temperatures have risen almost twice the worldwide average rate in the past decade.²¹

and it will go to % 94 in 2015. See, MARLA E. MANSFIELD, ENERGY POLICY THE REEL WORLD CADES AND MATERIALS ON RESOURCES, ENERGY AND ENVIRONMENT LAW, 195, (2001)

¹⁵ See, IPCC, 2011: IPCC Special Report on Renewable Energy Sources and Climate Change Mitigation. Prepared by Working Group III of the Intergovernmental Panel on Climate Change [O. Edenhofer, R. Pichs-Madruga, Y. Sokona, K. Seyboth, P. Matschoss, S. Kadner, T. Zwickel, P. Eickemeier, G. Hansen, S. Schlömer, C. von Stechow (eds)]. Cambridge University Press, Cambridge, United Kingdom and New York, NY, USA, 2 (2011).

¹⁶ See, United States Environmental Protection Agency (Hereinafter EPA), Climate Change Indicators in the United States. Available at, <http://www.epa.gov/climatechange/science/indicators/ghg/> (Last visited in 4/22/2013)

¹⁷ *Id.*

¹⁸ See, RICHARD G. HILDRETH, DAVID R. HODAS, NICHOLAS A. ROBINSON, JAMES GUSTAVE SPETH, CLIMATE CHANGE LAW: MITIGATION AND ADAPTATION, 13 (2009).

¹⁹ See, UNITED STATES ENVIRONMENTAL PROTECTION AGENCY, CLIMATE CHANGE INDICATORS IN THE UNITED STATES, 7, (2012) Available at <http://www.epa.gov/climatechange/pdfs/climateindicators-full-2012.pdf> (last visited in 4/22/2015) [Hereinafter EPA -2012]

²⁰ See, Sytensis Report IPCC 2007, 30 (1995-2006). IPCC, 2007: Climate Change 2007: *Synthesis Report*. Contribution of Working Groups I, II and III to the Fourth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change [Core Writing Team, Pachauri, R.K and Reisinger, A. (eds.)]. IPCC, Geneva, Switzerland

²¹ *Id.* 30.

Scientific studies show that extreme weather events such as storms, floods, and hurricanes are likely to become more powerful in the coming years.²² Abnormal increases or decreases in air temperature can cause illness and death, mostly among old, the very young and other weaker groups.²³ Lengthened exposure to excessive heat and cold can also harm crops and injure or kill livestock.²⁴ Water shortages, crop devastation, release of toxic chemicals, soil erosion, and biodiversity loss due to the climate change are causing shortages within global food supply.²⁵

2.2. Oceans (Sea Levels Rise and Coastal Impacts)

Climate Change's main impacts on the oceans include increasing levels of acidity, sea level rise, biodiversity and productivity, heating, sea surface temperature and coastal impacts.²⁶ Oceans store around one third of the carbon dioxide released to the atmosphere, which helps reduce climate change; however, seawater becomes more acidic because of the increasing levels of the dissolved carbon dioxide.²⁷ Sea level rising, erosion, inundation, shoreline change and saltwater intrusion into coastal aquifers due to the climate change pose a big threat to small island states in the Pacific, Indian, and Atlantic Oceans.²⁸

Increased ocean acidity has a dramatic effect on some marine species that build calcium carbonate shells such as oysters, clams, sea urchins, shallow water, and deep sea corals...²⁹ This is a big threat to food chain and marine life.³⁰ Moreover, coral reefs comprise the habitat of one-fourth of the

²² EPA -2012, *Supra* note 19 at 22.

²³ *Id.* at 26, 27.

²⁴ *Id.*

²⁵ Baskut, *Supra* Note 3 at 223.

²⁶ RODGER & ROBINSON & BARCELOS MORITZ, *Supra* note 7 at 298-307.

²⁷ Department of Commerce United States of America, the National Oceanic and Atmospheric Administration (Hereinafter NOAA) Ocean and Great Lakes Acidification Research Plan Highlights, 2010, 4. Available at <http://www.research.noaa.gov/pdfs/noaa-ocean-acidification.pdf> (Last visited on 5/5/2013)

²⁸ Managing the Risks of Extreme Events and Disasters to Advance Climate Change http://www.ipcc.ch/pdf/special-reports/srex/SREX_Full_Report.pdf 18 -53.

²⁹ NOAA, *Supra* Note 28 at 4.

³⁰ When shell organism are at risk, entire marine web is also at risk. *Id.* at 5.

marine species.³¹ Global fishermen are also threatened by changes in reef habitat and nutrient supply.³² Global warming changes sea surface temperature, provides energy for storms and affects weather patterns.³³ Changes in sea temperature also threaten marine species, alter migration and breeding patterns.³⁴

2.3. Snow and ice

Over the last fifty years, the average temperatures in the Arctic have increased five times more than the global average, as much as 7°F.³⁵ In 2007, sea ice comprising an area larger than Texas and Arizona combined, melted away.³⁶ The Greenland ice sheet is melting and dissolving at a record rate.³⁷ The average sea level will rise more than 20 feet if the Greenland ice sheet completely dissolves.³⁸

Since the 1960s, glaciers have usually eroded, and this melting of the glaciers has sped up the last era of the century. The length of the season that lakes stay frozen is shorter, while snow fall form has decreased.³⁹ Mountain glaciers, which are declining worldwide in the Himalayas, Andes, and Rocky Mountains, provide a vital source of fresh water storage.⁴⁰

2.4. Society and Ecosystem (Wildlife and Endangered Species)

According to the IPCC Synthesis Report 2007, global warming has a negative effect on winter tourism, snow transportation, agriculture,

31 HILDRETH & HODAS & ROBINSON & SPETH, *Supra* Note 18 at, 11.

32 *Id.*

33 EPA -2012, *supra* note 19 at 39.

34 *Id.* at 40.

35 HILDRETH & HODAS & ROBINSON & SPETH, *Supra* note 18 at, 10.

36 *Id.*

37 *Id.*

38 *Id.*

39 EPA -2012, *supra* note 19.

40 RODGER & ROBINSON & BARCELOS MORÍZ, *Supra* note 7 at 28.

hydropower energy generation and water resources relying on snowmelt.⁴¹ According to the EPA Climate Change Report, climate change also changes the minimum and maximum flows of streams and leaves, along with bird wintering ranges and bloom dates. It also increases the length of ragweed pollen and growing seasons.⁴²

Climate change also poses challenges for various endangered species and wildlife, especially whale species, coral reefs and fisheries, and penguins.⁴³ The Polar bear populations, iconic symbols of climate change, are expected to decline 30 percent next 35-50 years and to disappear from Alaska. The mountain ecosystems and the Mediterranean climate are also in danger of climate change.⁴⁴

2.5. Human Health

Climate change does not only impact the environment; another major effect from climate change is the harm to human health directly or through environmental effects.⁴⁵ According to the National Institute of Environmental Health Sciences of America, categories of human health consequences of climate change are Asthma, Respiratory Allergies, Airway Diseases, Cancer Cardiovascular Disease, Stroke,⁴⁶ Foodborne Diseases, Nutrition Heat-Related Morbidity, Mortality, Human Developmental Effects,

⁴¹ See, IPCC 2007, Summary for Policymakers, in *Climate Change 2007: Synthesis Report* 53.

⁴² EPA -2012, *supra* note 19.

⁴³ RODGER & ROBINSON & BARCELOS MORITZ, *supra* note 7 at 338-359; 308-311: 316-327.

⁴⁴ HILDRETH & HODAS & ROBINSON & SPETH, *supra* note 18 at 16.

⁴⁵ See, A Human Perspective of Climate Change, Centers for Disease and Control Prevention, The Interagency Working Group on Climate Change and Health Available at http://www.cdc.gov/climateandhealth/pubs/HHCC_Final_508.pdf,3 (Last visited in 4/22/2015)

⁴⁶ ‘Over the past three decades, more than 7,000 Americans were reported to have died as a direct result of heat-related illnesses, such as heat stroke. ‘⁴⁶ EPA -2012, *supra* note 19 at, 9.

Mental Health, Stress-Related Disorders, Neurological Diseases and Disorders, Vector-borne, Zoonotic Diseases, and Waterborne Diseases.⁴⁷

3. Future Impacts of Climate Change

Foreseeable future changes are a warmer atmosphere, a warmer and more acidic ocean, higher sea levels, and bigger changes in precipitation patterns.⁴⁸ Oceans store heat and the climate is going to have negative impacts spanning the next several decades or possibly for hundreds of years.⁴⁹ The International Energy Agency warns about the future effects of climate change: “Global energy-related CO₂ emissions in 2011 increased by 3.2% to reach a record high of 31.2 Gt. In the New Policies Scenario, our central scenario, CO₂ emissions increase to 37 Gt in 2035, corresponding to a 50% probability of limiting the long term average global temperature increase to 3.6 °C relative to pre-industrial levels, and a 6% probability of limiting it to 2 °C.”⁵⁰

Indeed, the result of 3.6 °C degree change is more than we expected. Eighteen thousand years ago during the ice age, average temperatures were about 6 degrees lower than today. As a result, North America was covered with ice sheets including New York, which was under ice that was one mile deep.⁵¹ In a similar scenario, a complete melting of the Greenland ice and West Antarctic ice sheet melt is expected to cause almost a 40 foot rise (12.192 meters) in the average sea level.⁵² If the fact that more than seventy percent of the world’s population lives in coastal areas is considered, billions of people would lose their homes, cities and states.⁵³

⁴⁷ See, Centers for Disease Control and Prevention, Climate and Health, available at http://www.cdc.gov/climateandhealth/pubs/HHCC_Final_508.pdf (last visited in 4/22/2015)

⁴⁸ See, EPA Climate Change Indicators in the United States, Available at <http://www.epa.gov/climatechange/science/future.html> (Last visited on 05.02.2013)

⁴⁹ *Id.*

⁵⁰ See, OECD, INTERNATIONAL ENERGY AGENCY, WORLD ENERGY OUTLOOK, 241 (2012). [hereinafter ENERGY OUTLOOK 2012]

⁵¹ RODGER & ROBINSON & BARCELOS MORÍZ, *supra* note 7 at 108.

⁵² HILDRETH & HODAS & ROBINSON & SPETH, *supra* note 18.

⁵³ *Id.*

The IPCC 2012 Report finds it is either likely (or very likely) that there will be an increase in the length, frequency and/or intensity of heat waves and droughts, average and extreme sea levels, the average maximum wind speed of tropical cyclones, the frequency of heavy precipitation events and the frequency and severity of extreme weather events.⁵⁴ These climate changes will impact our food supply chain, fresh water resources, infrastructure, ecosystems, and even our own health.⁵⁵

III. International Climate Change Agreements and Conferences

Although climate change is the most significant challenge in our era⁵⁶ it is not a new concept.⁵⁷ In 1827, Joseph Fourier was the first scientist who advocated that the earth's atmosphere warms the surface due to greenhouse gasses.⁵⁸ In 1957, 67 scientists worldwide were involved in an international scientific project known as The International Geophysical Year that was devoted to understand universal processes and the respective human effect on them, and founded a system of monitoring stations.⁵⁹ In the 20th century many international conferences and multilateral environmental agreements united towards the climate change threat.

1. World Meteorological Organization WMO

In 1979 as a response to environmental concerns, the World Meteorological Organization⁶⁰ (hereinafter "WMO"), Food and Agriculture

⁵⁴ See, OECD, INTERNATIONAL ENERGY AGENCY, WORLD ENERGY OUTLOOK, 248 (2012). [hereinafter ENERGY OUTLOOK 2012]

⁵⁵ See, EPA Climate Change Indicators in the United States, Available at <http://www.epa.gov/climatechange/science/future.html> (Last visited on 05.02.2013)

⁵⁶ Edited by ROSEMARY RAYFUSE, SHIRLEY SCOT, CLIMATE CHANGE IN THE ERA OF CLIMATE CHANGE, 118 (2012).

⁵⁷ For further reading of climate change history. JAMES RODGER FLEMING, HISTORICAL PERSPECTIVES OF CLIMATE CHANGE, (1998).

⁵⁸ See, MICHEAL GRUBB WITH CHRISTIAN VROLIJK, DUNCAN BRACK, THE KYOTO PROTOCOL, A GUIDE AND ASSESSMENT, 3 (2013).

⁵⁹ *Id.* at 3. See, also NASA History, Available at <http://www.nas.edu/history/igy/>, last visited on 05.02.2013). For further reading J. TUZO WILSON, *IGY, THE YEAR OF THE NEW MOONS* ALFRED A. KNOFF, NEW YORK, (1961).

⁶⁰ See, World Metrological Organization, Available at http://www.wmo.int/pages/index_en.html (Last visited on 8/21/2013)

Organization⁶¹ (hereinafter “FAO”), and World Health Organization⁶² (hereinafter “WHO”) organized the first World Climate Conference.⁶³ The first World Conference led to the establishment of the World Climate Program which studies the predictability of climate, human effect on climate and develops and maintains a global climate observing system.⁶⁴

The First Climate Change Conference did not require any policy actions; however, it arranged a major global forum dedicated solely to climate change and established the foundations of the following series of conferences related to climate change.⁶⁵ The Second Climate Change Conference in 1990, followed by the Third Climate Change Conference in 2009, were both sponsored by WMO.⁶⁶

2. Montreal Protocol on Substances that Deplete the Ozone Layer 1987

In 1987, 24 countries signed the Montreal Protocol on Substances that Deplete the Ozone Layer (hereinafter the “Montreal Protocol”), the first international agreement to challenge the danger of ozone depletion.⁶⁷ Parties to the Montreal Protocol acknowledged that global emission of certain materials can substantially deplete or change the ozone layer, likely resulting in harmful effects on human health and the environment; parties

⁶¹ See, Food and Agriculture Organization of United States, Available at <http://www.fao.org/home/en/> (Last visited on 8/21/2013)

⁶² See, World Health Organization, Available at <http://www.who.int/en/> (Last visited on 8/21/2013)

⁶³ *Supra Note 61.*

⁶⁴ *Id.*

⁶⁵ See, Agrawala, Shardul. "Context and Early Origins of the Intergovernmental Panel on Climate Change." *Climatic Change* Volume 39(4) Springer Journals 607: 605-620, (1998)

⁶⁶ See, World Meteorological Organization, Climate Change Conferences Available at http://www.wmo.int/pages/themes/climate/international_wcc.php#a (Last visited on 8/2013)

⁶⁷ See, H. Christian Sorensen, International Agreements - Montreal Protocol on Substances that Deplete the Ozone Layer, 29 HARV. INT'L LJ. 185, 188-91 (1988).

were required to take applicable measures to protect human health and the environment.⁶⁸

The Montreal Protocol declared that a special provision is obliged to meet the essentials of developing countries.⁶⁹ According to the Montreal Protocol, ozone-depleting substances could only trade between parties of the Protocol. Furthermore, the Montreal Protocol has articles aiming funding and transfer of ozone-friendly technologies between developed and developing countries.⁷⁰

3. Intergovernmental Panel on Climate Change 1988

In 1989, the WMO established the Intergovernmental Panel on Climate Change was established and the United Nations Environment Program⁷¹ (hereinafter “UNEP”) for the need of broad balanced information on climate change.⁷² The First IPCC Assessment Report of 1990 discussed the importance of climate change as a topic deserving a political platform among countries to challenge its results.⁷³ It also played a leading role in the creation of the United Nations Framework Convention on Climate Change (hereinafter “UNFCCC”).⁷⁴

The IPCC has provided the most comprehensive scientific reports worldwide assessment reports on climate change on a regular basis.⁷⁵ The

⁶⁸ See, *Montreal Protocol on Substances that Deplete the Ozone Layer, opened for signature, Sept. 16, 1987, reprinted in 26 I.L.M. 1550(1987).*

⁶⁹ *Id.*

⁷⁰ ARCAS, *Supra* note at 2 at 92, 93.

⁷¹ See, UNEP, Available at <http://www.unep.org/> (Last visited in 9/22/2013).

⁷² See, Intergovernmental Panel on Climate Change, History. Available at http://www.ipcc.ch/organization/organization_history.shtml#Uj88y1vn_IU (Last visited in 9/21/2013).

⁷³ *Id.*

⁷⁴ GRUBB & VROLIJK & BRACK, *SUPRA* note 59 at 4.

⁷⁵ See, Understanding Climate Change 22 Years of IPCC Assessment, IPCC 2010.1. Available at http://www.ipcc.ch/pdf/press/ipcc_leaflets_2010/ipcc-brochure_understanding.pdf (Last visited in 9/21/2013) the Intergovernmental Panel on Climate Change For further reading on IPCC See, Structural and Process History of the Intergovernmental Panel on Climate Change, *Climatic Change* Volume 39(4) Springer Journals, 621-624,(1998).

IPCC second Assessment Report of 1995 provided key input into the way adoption of the Kyoto Protocol in 1997. The third Assessment Report came out in 2001. In 2007, “The Intergovernmental Panel on Climate Change and Albert Arnold (Al) Gore Jr. were awarded the Nobel Peace Prize “for their efforts to build up and disseminate greater knowledge about man-made climate change, and to lay the foundations for the measures that are needed to counteract such change.”⁷⁶

In 2014, IPCC released its fifth Assessment Report evaluating the climate change causes, current and future risks, future adaption and mitigation.⁷⁷ The Report emphasized the human effect on the climate system and the record level of greenhouse gasses emissions.⁷⁸ The Report also highlighted that climate change would increase the threat of violent conflicts such as poverty and economic problems.

The future risk assessed as higher for low income developing countries lacking planned mitigation experience.⁷⁹ The Report stated:

“Effective adaptation and mitigation responses will depend on policies and measures across multiple scales: international, regional, national and sub-national. Policies across all scales supporting technology development, diffusion and transfer, as well as finance for responses to climate change, can complement and enhance the effectiveness of policies that directly promote adaptation and mitigation... Technology policy includes technology-push (e.g., publicly-funded R&D) and demand-pull (e.g., governmental procurement programs... However, the success of technology transfer may involve not only the provision of finance and information, but also strengthening of policy and regulatory environments and capacities to

⁷⁶ See, IPCC History, Available at http://www.ipcc.ch/organization/organization_history.shtml#Uj9XOFvn_IV Last visited in (4/20/2014)

⁷⁷ See, IPCC 2014: Climate Change 2014: Synthesis Report, Contribution of Working Groups I, II, and III. To the Fifth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change [Core Writing team R.K. Pachauri and L.A. Meyer (eds)], IPCC, Geneva, Switzerland 151 pp Available at https://www.ipcc.ch/pdf/assessment-report/ar5/syr/SYR_AR5_FINAL_full.pdf (Last visited in 4/20/2015).

⁷⁸ *Id.*

⁷⁹ *Id.*

absorb, employ and improve technologies appropriate to local circumstances”⁸⁰

Encouraging technological assistance, innovation and investments in climate change friendly technology and its transfer were provided as solutions for climate change. Patent pool and technology transfer law are highlighted as institutional adaptation paths.⁸¹

4. United Nations Framework Convention on Climate Change

The United Nations Framework Convention on Climate Change⁸² (Hereinafter “UNFCCC”) is the key international treaty to reduce global warming and a very significant step in the development of climate change law.⁸³ In 1992, UNFCCC was signed at the United Nations Conference on Environment and Development in Rio de Janeiro.⁸⁴ UNFCCC Article 2 sets the objectives of the convention as follows: “The ultimate objective of this Convention and any related legal instruments that the Conference of the Parties may adopt is to achieve, in accordance with the relevant provisions of the Convention, stabilization of greenhouse gas concentrations in the atmosphere at a level that would prevent dangerous anthropogenic interference with the climate system. Such a level should be achieved within a time frame sufficient to allow ecosystems to adapt naturally to climate change, to ensure that food production is not threatened and to enable economic development to proceed in a sustainable manner.”⁸⁵

⁸⁰ *Id.* at 104.

⁸¹ *Id.*

⁸² See, United Nations Framework Convention on Climate Change, 771 *U.N.T.S.* 107, 165; *S. Treaty Doc No. 102-38 (1992)*; *U.N. Doc. A/AC.237/18 (Part II)/Add.1; 31 I.L.M. 849 (1992)* [hereinafter “UNFCCC”]. For the text of the convention See, <http://unfccc.int/resource/docs/convkp/conveng.pdf>

⁸³ See, INTERNATIONAL LAW IN THE ERA OF CLIMATE CHANGE EDITED BY ROSEMARY RAYFUSE, SHIRLEY V. SCOTT (CLIMATE CHANGE AND INTERNATIONAL LAW) CATHERINE REDGWELL P. 118-119 (2012).

⁸⁴ ARCAS, *supra* note at 2 at 182.

⁸⁵ UNFCCC, *supra* note 83 art. 2.

Currently the UNFCCC has 195⁸⁶ parties and they differ on their potential to accomplish the convention's goals. Parties of the convention have built several means, including financial and technological transfer, by which members could cooperate to achieve these goals. Contrary to the Kyoto Protocol, the UNFCCC did not set any binding GHG emission objectives.⁸⁷ The UNFCCC requested that developed countries limit their emission of greenhouse gasses, with a target of keeping these emissions no higher than their 1990 level in the year of 2000.⁸⁸ Furthermore, the Kyoto Protocol set binding goals to limit their emissions approximately five percent below 1990 levels by the period 2008-2012.⁸⁹ The UNFCCC holds annually meetings with its parties called conference of parties (hereinafter "COP").⁹⁰ However the Kyoto Protocol, the Bali Action Plan, the Cancun Agreements, the Durban Outcomes and the Doha Climate Gateway are recognized as the key conferences.⁹¹

4.1. Kyoto Protocol 1997

In 1997, the Kyoto Protocol was adopted as the first protocol of UNFCCC.⁹² Moreover, the Kyoto Conference is the most significant COP of the UNFCCC, since it is establishing principles and comprehensive plans

86 Status of Ratification of UNFCCC Convention Available at http://unfccc.int/essential_background/convention/status_of_ratification/items/2631.txt.php (Last visited 8/22/2013)

87 See, Alexander Adam, *Technology Transfer to Combat Climate Change: Opportunities and Obligations Under TRIPS and Kyoto*, 4,5 J. HIGH TECH. L. 1 (2009).

88 See, Jonathan B. Wiener, 'Global Environmental Regulation: Instrument Choice in Legal Context' (1999) 108 Yale L. J. 677 at 687, 688.

89 *Id.*

90 ARCAS, *supra* note 2 at 187.

91 See, United Nations Framework Convention on Climate Change Available at <http://unfccc.int/2860.php> (Last visited on 8/22/2013).

92 See, Kyoto Protocol to the United Nations Framework Convention on Climate Change, Dec. 10, 1997, U.N. Doc FCCC/CP/1997/7/Add.1, 37 I.L.M. 22 (1998). [hereinafter "Kyoto Protocol"]

for nations.⁹³ Most importantly, the Kyoto Protocol requires specific binding commitments to reduce GHG emission for industrialized countries.⁹⁴

The Kyoto Protocol presented a three market based mechanism:

1. Emission Trading Carbon Market: Emission trading, defined in Article 17 of the Kyoto Protocol, grants countries with spare emission units the right to sell these excess unused capacities to countries that are above their targets.⁹⁵

2. Clean Development Mechanism : Clean Development, as stated in Article 12 of the Kyoto Protocol, allows countries under the Protocol (Annex B Party) committed to emission-reduction or emission-limitation to implement emission-reduction projects in developing countries. Those projects can earn saleable certified emission reduction credits that count towards Kyoto's targets.⁹⁶

3. Joint Implementation: This mechanism, as defined in Article 6 of the Protocol, allows an Annex B Party country with an emission-reduction or emission-limitation commitment, to earn emission reduction units (ERUs) from an emission-reduction or emission-removal project in another country under the Protocol, which can be counted towards meeting the Kyoto target. Joint implementation is a flexible and cost-effective method that helps parties to reach their Kyoto targets. Furthermore, the host party benefits from foreign investments and technology transfer.⁹⁷

The Kyoto Protocol acknowledged that due to their respective industrialization periods, developed countries are responsible for the current high levels of GHS emission.⁹⁸ Thus, Kyoto Protocol set down stricter

93 GRUBB & VROLIJK & BRACK, *Supra* note 59 at 61.

94 *Id.*

95 Kyoto Protocol, *supra* note at 93 art. 17.

96 *Id.* art. 12.

97 *Id.* art. 6.

98 *See*, PATRÍCIA BIRNIE ET AL., INTERNATIONAL LAW AND THE ENVIRONMENT, 133-34 (2009)

responsibilities for developed countries.⁹⁹ In contrast, there is no commitment for the developing nations.¹⁰⁰

The US signed but did not ratify the Kyoto Protocol, since the Protocol exempts developing countries like China and India and would result serious harm to the US economy.¹⁰¹ On December 15, 2012, Canada withdrew from the Kyoto Protocol.¹⁰² Similar to the US, Canada also claimed that the main polluter countries are not parties to the Protocol which makes it ineffective.¹⁰³

Barrett criticized the Kyoto Protocol because of its generous emission limits and enforcement weakness and noted that: “A climate treaty must achieve three things. It must get countries to participate; it must get participants to comply; and it must do both of these things even as it requires that parties reduce their emissions substantially. The Kyoto Protocol satisfies none of these conditions.”¹⁰⁴

Deepa Badrinarayana noted that even though the most polluter developing countries such as China and India obliged with the Kyoto Protocol, these countries do not have sophisticated legislations and market systems. Developing countries can't execute the emissions trading scheme Scott successfully.¹⁰⁵

4.2. Bali Action Plan 2007

In 2007, the Conference of Parties to the UNFCCC met in Bali to plan for post-Kyoto and to hold discussions on a new international climate

⁹⁹ *Kyoto Protocol opened for signature Mar. 16, 1998, entered into force Feb. 16, 2005.* Kyoto Protocol *Supra* note at 93.

¹⁰⁰ *Id.*

¹⁰¹ *See, John C. Dernbach & Seema Kakade, Climate Change Law: An Introduction, 29 Energy L. J.1, 12, (2008).*

¹⁰² *See, Statues of Ratification of the Kyoto Protocol Available at http://unfccc.int/kyoto_protocol/status_of_ratification/items/2613.php (Last visited on 7/21/2013)*

¹⁰³ *See, Deepa Badrinarayana, The Kyoto Protocol's Emissions Trading Scheme: Realistic or Unjust Solution for Potential Developing Nation Signatories?, 42 Env'tl. L. Rep. News & Analysis 11157, 11158 (2012).*

¹⁰⁴ *See, Scott Barrett, Climate Treaties and the Imperative of Enforcement, 24 Oxford Rev. Econ. Pol'y 239, 258 (2008).*

¹⁰⁵ *Id.*

convention.¹⁰⁶ The Bali Action plan was adopted as a result of the Bali Conference.¹⁰⁷ The Ad Hoc Working Group on Long-term Cooperative Action (hereinafter “AWG-LCA”) was launched to manage a broad process to enable the full, efficient and sustained application of the Convention through long-term joint action, at the moment up to and beyond 2012.¹⁰⁸

The establishment of the Adaptation Fund provided a mechanism to target financing diverse climate change projects. The Bali Conference also supported improving the scope and content of the Article 9 review of the Kyoto Protocol, development on technology transfer, and reducing emissions from the permanent destruction of forests.¹⁰⁹

4.3. Cancun Agreements

In 2010, the Conference of the Parties to the UNFCCC was held in Cancun, Mexico, and resulted in the Cancun Agreements.¹¹⁰ Parties to the Cancun Agreements are obliged to remain under a maximum temperature rise of 2 degrees Celsius above pre-industrial levels and then to strive to lower 1.5 Celsius degrees in the near future.¹¹¹ Moreover, the Cancun Agreements provided opportunities to advance the spread of new climate-friendly technologies; it also established the Green Climate Fund that is designed to provide assistance from developed countries to developing countries.¹¹²

¹⁰⁶ Lin Feng, Jason Buhi, *The Copenhagen Accord and the Silent Incorporation of the Polluter Pays Principle in International Climate Law: An Analysis of Sino-American Diplomacy at Copenhagen and Beyond*, 18 *Buff. Envtl. L.J.* 1, 19-20 (2011).

¹⁰⁷ *See* Conference of the Parties to the Framework Convention on Climate Change, Thirteenth Session, Bali, Dec. 3-15, 2007, *Report of the Conference of the Parties on its Thirteenth Session, Held in Bali From 3 to 15 December 2007*, UN DOC FCCC/CP/2007/6/Add.1 (Mar. 14, 2008)

¹⁰⁸ decision 1/CP.13 *Id.*

¹⁰⁹ Feng & Buhi, *supra* note 107 at 19-20.

¹¹⁰ Cancun Agreements, UN Doc. UNFCCC/CP/2010/7/Add.1, 15 March 2011, at 2 (LCA Decision) and Decision 1/CMP.6

¹¹¹ *See*, Lavanya Rajamani, *The Climate Regime in Evolution: The Disagreements That Survive the Cancun Agreements*, 5 *Carbon & Climate L. Rev.* 136, 138 (2011).

¹¹² ARCAS, *Supra* note 2 at 201-213.

Prior to the Cancun Conference in 2009, the Conference of Parties to UNFCCC held a conference in Copenhagen, which aimed to establish a climate treaty for the post Kyoto period. The outcome of the conference was the Copenhagen Accord did not succeed due to its political commitments rather than legal commitment.¹¹³ No additional change occurred on the Cancun Agreements, as only new objectives were added.¹¹⁴

The lack of the legal form of the future regime after the expiration of the Kyoto Protocol, and the levels of differential treatment between developed and developing nations' problems were left unsolved.¹¹⁵ Mathew Rimmer noted that the only consensus reached under the Copenhagen and the Cancun Agreements was the establishment of a Technology Mechanism, which would require a long time and much effort to make it functional.¹¹⁶

4.4. Durban Platform

In 2011, the Conference of Parties to the UNFCCC met in Durban, South Africa.¹¹⁷ The outcomes of the Durban Conference were surprisingly more than expected. Highlights of the Conference included the parties' decision to extend the Kyoto Protocol for a second commitment period, their discussions regarding a new global mechanism called Durban Platform for Enhanced Action, and the establishment of the institutions defined in the Cancun Agreements.¹¹⁸ The Durban Platform only extended the commitment period and did not adopt formal implementations to the Kyoto Protocol.¹¹⁹ Parties to the Conference agreed to adopt an international climate treaty as soon as possible, but 2015 at the latest.¹²⁰

¹¹³ See, Professor Steven Ferrey, Cubing the Kyoto Protocol: Post-Copenhagen Regulatory Reforms to Reset the Global Thermostat, 28 UCLA J. Envtl. L. & Pol'y 343 (2010).

¹¹⁴ *Id.*

¹¹⁵ Rajamani, *Supra* note 112 at 138.

¹¹⁶ See, MATHEW RIMMER, INTELLECTUAL PROPERTY AND CLIMATE CHANGE INVENTING CLEAN TECHNOLOGIES INTELLECTUAL PROPERTY AND ENVIRONMENT, 82 (2011).

¹¹⁷ See, Durban Platform, UN Doc. No. FCCC/CP/2011/9/Add.1, 15 March 2012, Available at <http://unfccc.int/resource/docs/2011/cop17/eng/09a01.pdf> (Last visited 8/25/2013)

¹¹⁸ ARCAS, *Supra* note 2 at 213.

¹¹⁹ *Id.* at 214

¹²⁰ *Id.* at 215

Arcas notes that there are different views on the Durban Meeting's success; some think that it brings a new hope for a new multinational climate agreement. Others claim that Durban is insufficient as a current, binding and equitable agreement mandatory to prevent the devastating impacts of climate change.¹²¹

4.5. Doha Climate Gateway

In 2012, the Conference of Parties to the UNFCCC held a conference in Doha, Qatar. In Doha, Conference of Parties amended the Kyoto Protocol; thus, these amendments were called the Doha Amendments.¹²² The Doha Amendments extended the Kyoto Protocol for 8 years and started in 2013.¹²³ The Conference Parties decided to establish The Clean Climate Fund in Korea and planned to start working in the second half of 2013. They planned to sign a prospective international climate agreement planned in 2015 and enter into force in 2020.¹²⁴ David Campbell argued that the Doha Agreement is the most embarrassing agreement in the history of the environment, since it does not set any carbon emission limit for developing countries.¹²⁵

4.6. Warsaw Outcomes

In 2013 Conference of Parties agreed that members to prepare an initial draft text for Climate Change Agreement that will enter into force in 2020, by December 2014 and present a formal draft text by May 2015.¹²⁶ Parties also concluded that climate change is real and developed countries should provide developing countries 100 billion annually by 2020 to support

¹²¹ Id at 217,218.

¹²² See, Doha amendment to the Kyoto Protocol, Available at http://unfccc.int/files/kyoto_protocol/application/pdf/kp_doha_amendment_english.pdf (Last Visited on 8/25/2013)

¹²³ *Id.*

¹²⁴ See, UNFCCC, Doha Climate Gateway Available at http://unfccc.int/key_steps/doha_climate_gateway/items/7389.php#Specific_Outcomes (Last Visited on 8/25/2013)

¹²⁵ See, David Campbell, After Doha: what has climate change policy accomplished? *Journal of Environmental Law* (2013) 25 (1): 125-136.

¹²⁶ See, UNFCCC Warsaw Outcomes Available at http://unfccc.int/key_steps/warsaw_outcomes/items/8006.php(Last visited in 4/22/2015).

developing countries in their climate change fight.¹²⁷ Also technical workshops are suggested as the best way of scaling up the finance. Last but not least parties launched Warsaw International Mechanism for Loss and Damage that will work on losses and damages related to long term climate change impacts in developing countries.¹²⁸

4.7. Draft of the Universal Climate Change Treaty

The final draft of the Climate Change treaty supposed to be finalized in December 2015 and, enter into force in 2020.¹²⁹ In May 2015 Conference will be held in Paris and a binding climate change agreement is going to be discussed.¹³⁰ In February 2015 Ad Hoc Working Group on the Durban Platform for Enhanced Action and advanced unedited draft of the treaty is prepared.¹³¹ Draft empathized: finding additional financial sources for the transfer of technology into developing countries, patent pools and Climate Change funds to provide to pay for intellectual property rights of green technology.¹³² Draft does not refer to WTO not TRIPS directly.¹³³⁻

5. CLIMATE CHANGE POLICIES OF WTO MEMBERS

5.1. The United States

The United States is the biggest energy creator and user in the world. However, China has recently exceeded the level of emission of greenhouse gasses of the U.S. Nonetheless, the energy consumption in the U.S. per

¹²⁷ *Id.*

¹²⁸ See, Warsaw International Mechanism for Loss and Damage associated with Climate Change Impacts, Available at http://unfccc.int/adaptation/workstreams/loss_and_damage/items/8134.php (Last visited in 4/22/2015).

¹²⁹ See, Warsaw outcomes, Available at http://unfccc.int/key_steps/warsaw_outcomes/items/8006.php (4/22/2015)

¹³⁰ *Id.*

¹³¹ See, Ad Hoc Working Group on the Durban Platform for Enhanced Action, Work of the Contact Group on Item 3 Negotiating text Advance unedited version 12 February 2015 Available at https://unfccc.int/files/bodies/awg/application/pdf/negotiating_text_12022015@2200.pdf (Last visited in 4/22/2015)

¹³² *Id.*

¹³³ *Id.*

capita is eight times higher than China and twice as high as in Western Europe.¹³⁴

Although US is a party to the UNFCCC and Kyoto Agreement was signed, it has been never ratified.¹³⁵ President George W. Bush (2000-2008) clearly disagreed with the Protocol since it is binding only for developed countries, and, exempting large polluter developing countries such as China and India would cause harm to the U.S. economy. Moreover, Bush did not acknowledge human effect on climate until his second term.¹³⁶

In 2007, the U.S. Supreme Court decided at Massachusetts et al. v. Environmental Protection Agency et al. that requires U.S. Environmental Agency (hereinafter “EPA”) to regulate GHG emissions under the Clean Air Act.¹³⁷ President Obama asked Federal Agencies to make reduction of GHG emissions a priority.¹³⁸ President Obama confirmed the U.S. plan to reduce GHG emissions by 17% lower than 2005 levels until 2020 according to the 2009 Copenhagen Accord.¹³⁹

¹³⁴ See, John C. Dernbach & Seema Kakade Climate Change Law: An Introduction 29 Energy L.J. 1, 2008, at 5, U.S. Dep’t of State, U.S. Climate Action Report- 2002: Third National Communication of the United States of America under the United Nations Framework Convention on Climate Change 14 (2002), Available at [http://yosemite.epa.gov/oar/globalwarming.nsf/UniqueKeyLookup/SHSU5BWHU6/\\$File/uscar.pdf](http://yosemite.epa.gov/oar/globalwarming.nsf/UniqueKeyLookup/SHSU5BWHU6/$File/uscar.pdf) Press Release, Office of the Press Secretary, President Bush Discusses Global Climate Change (June 11, 2001), Available at <http://www.whitehouse.gov/news/releases/2001/06/20010611-2.html>.

¹³⁵ See, Eugene E. Smar, Scott Watson, Chapter 17 United States, INTERNATIONAL ENVIRONMENTAL LAW, THE PRACTITIONERS GUIDE TO THE LAWS OF THE PLANET, 302 (edited by Roger R. Martella, Brett Grosko, 2014).

¹³⁶ See, Lin Feng, Jason Buhi, The Copenhagen Accord and the Silent Incorporation of the Polluter Pays Principle in International Climate Law: An Analysis of Sino-American Diplomacy at Copenhagen and Beyond, 18 Buff. Envtl. L.J. 1, 21-24 (2011).

¹³⁷ See, ERKIKI J. HOLLO & KATI KULOVESI & MICHEAL MEHLING EDITORS, CLIMATE CHANGE AND LAW, Climate Change law in United States Facing Structural and Procedural Limits, Micheal Mechling, David John Frenklil, 473, (2013).

¹³⁸ See, Lori Glover, Encouraging Strategic Policy Making in the Climate Change Context: Agencies Should Bear the Burden of Proving that decisions not to prepare a Programmatic Impact are Reasonable 43 Rutgers L.J. 371, 372 6 Exec. Order No. 13,514, 74 Fed. Reg. 194 (Oct. 5, 2009).

¹³⁹ *Id.* at 474.

5.2. The European Union and Its Emission Trade System

European Union (hereinafter “EU”) is the leader of the GHG emission battle, contrary to other regions and countries; the EU has seen emissions decrease by 15.4% between 1990 -2010.¹⁴⁰ However, this success is not merely because of environmentalism; instead, the desire to lower energy dependency on energy imports and to increase energy security are the EU’s other motivations.¹⁴¹

In 2005, the European Union established Emission Trading System (hereinafter “ETS”) as the first international trade system in the world. The aim of the ETS is to reach the Kyoto Protocol targets.¹⁴² There is a pollutant limit (cap) for entities that cause GHG emissions. Companies have a permit to pollute the environment if the amount is under this settled limit. This permit has exchange; companies can sell and buy from each other.¹⁴³

The number of permits has been reduced over time, and in this manner, the EU aims to reduce GHG emissions. On the other hand, the EU’s ETS does not apply to all energy sectors or all greenhouse gasses.¹⁴⁴ The EU’s ETS applies to carbon dioxide, which constitutes 40% of the EU GHG emissions.¹⁴⁵ The ETS had successful environmental results, since the EU reached its emission reduction targets under the Kyoto Protocol.¹⁴⁶

5.3. China

Until 2004, China’s Government’s priority was the development of the economy and respectively they gave a low priority to climate change. In

¹⁴⁰ See, ERKIKI J. HOLLO & KATI KULOVESI & MICHEAL MEHLING EDITORS, CLIMATE CHANGE AND LAW, CLIMATE LAW AND POLICY IN THE EUROPEAN UNION: ACCIDENTAL SUCCESS OR DELIBERATE LEADERSHIP? 509, 510 (2013).

¹⁴¹ *Id.* 521.

¹⁴² See, John C. Dernbach & Seema Kakade Climate Change Law: An Introduction 29 Energy L.J. 1, 2008, at 12-14, U.S. Dep’t of State, U.S. Climate Action Report- 2002.

¹⁴³ *Id.*

¹⁴⁴ *Id.*

¹⁴⁵ See, Frank Venmans, "A literature-based multi-criteria evaluation of the EU ETS," Renewable and Sustainable Energy Reviews, Elsevier, vol. 16(8),5493-5510.(2012).

¹⁴⁶ *Id.*

2004, President Hu Jintao called for environmental issues and the acknowledged climate change threat.¹⁴⁷

In 2007, China accepted a National Climate Change Program addressing basic principles, policy objectives and active measures to address climate change through 2010. In 2008, the State Environmental Protection Administration was promoted to full ministry status. In 2009, President Hu announced that China would unilaterally reduce its “carbon intensity” - by 40 to 45 percent from 2005 levels by 2020 and that China would invest and develop renewable and nuclear energy.¹⁴⁸

5.4. Turkey

During the last quarter of the twentieth century, Turkish environmental law started to grow.¹⁴⁹ In 1983, its first environmental law entered into force.¹⁵⁰ Although Turkey is still under the average emission per capita as compared to other OECD countries, its greenhouse gases emissions increased from 170 million to 372 million tons from 1990 to 2007.¹⁵¹ During the time period from 1990 to 2008, Turkey created the greatest GHG emissions of any of the Kyoto Protocol’s Annex 1 countries.¹⁵²

In 2006, promotion of clean technologies were incorporated into the principles of environmental law¹⁵³ Article 18 was also modified by the same Amendment Law requiring the establishment of a climate change battle fund.¹⁵⁴ In accordance with these amendments, a number of regulations

¹⁴⁷ See, Lin Feng, Jason Buhi, The Copenhagen Accord and the Silent Incorporation of the Polluter Pays Principle in International Climate Law: An Analysis of Sino-American Diplomacy at Copenhagen and Beyond, 18 *Buff. Envtl. L.J.* 1, 24-28 (2011).

¹⁴⁸ *Id.*

¹⁴⁹ Constitution of 1982 recognized the right to a healthy environment. Turkish Republic Constitution Article 56. See, Nilufer Oral, Basak Basoglu, Chapter 43 Turkey, INTERNATIONAL ENVIRONMENTAL LAW, THE PRACTITIONERS GUIDE TO THE LAWS OF THE PLANET, 850 (edited by Roger R. Martella, Brett Grosko, 2014)

¹⁵⁰ *Id.*

¹⁵¹ *Id.*

¹⁵² ARCAS, *Supra* note 2 at, 255.

¹⁵³ 1983 of Turkish Environmental Law (Amended in 2006) Article 3.

¹⁵⁴ 1983 of Turkish Environmental Law (Amended in 2006) Article 18.

were adopted including the following: Air Pollution from Climate Warning, Control of Motor Vehicles, and Measurements against the emission of gaseous and particulate pollutants from Internal Combustion Engines to be installed in Non Road Machinery.¹⁵⁵

The energy sector still remains responsible for almost 80 percent of the greenhouse gas emissions in Turkey.¹⁵⁶ As a developing nation, Turkey's energy demands are growing rapidly; however, Turkey still exports almost 70 percent of its energy needs.¹⁵⁷ Almost ninety percent of Turkey's energy needs have been satisfied from fossil fuels.¹⁵⁸ However, in 2014, fossil fuels caused the biggest work disaster in Turkey's history; a coal mine collapsed which caused the death of many Turkish miners in Soma.¹⁵⁹

Turkey signed the UNFCCC Convention in 2004.¹⁶⁰ The UNFCCC Doha Conference recognized Turkey's special circumstances and urged parties to: "...assist them in implementing their national climate change strategies and action plans and developing their low-emission development strategies or plans in accordance with decision 1/CP.16; 95. Requests the secretariat to prepare, for consideration by the Subsidiary Body for Implementation at its thirty-eighth session, a technical paper identifying opportunities for Annex I Parties whose special circumstances are recognized by the Conference of the Parties to benefit, at least until 2020, from support from relevant bodies established under the Convention and

¹⁵⁵ See, Nilufer Oral, Basak Basoglu, Chapter 43 Turkey, INTERNATIONAL ENVIRONMENTAL LAW, THE PRACTITIONERS GUIDE TO THE LAWS OF THE PLANET, 851 (edited by Roger R. Martella, Brett Grosko, 2014)

¹⁵⁶ *Id.* at 852.

¹⁵⁷ *Id.* at 852.

¹⁵⁸ "Turkey has pledged to develop 30 percent of its total installed capacity from renewable sources by 2023. The objective is to add 34 GW of hydropower, 20 GW of wind energy, 5 GW of solar energy, 1 GW of geothermal and 1 GW of biomass. The country also aims to have 10 percent of its transportation sector needs met by renewable energy" February 16, 2015. Available at <http://www.hurriyetdailynews.com/turkey-develops-action-plan-for-renewable-energy-with-ebird.aspx?pageID=238&nID=78444&NewsCatID=348> (last visited in 4/22/2015).

¹⁵⁹ See, Turkey ends Soma mine disaster rescue, death toll 301 Available at <http://www.bbc.com/news/world-europe-27455367> (Last visited in 4/22/2015)

¹⁶⁰ *Id.* at 852.

other relevant bodies and institutions to enhance mitigation, adaptation, technology, capacity-building and access to finance..”¹⁶¹

After the Soma disasters, and in accordance with UNFCCC decisions, Turkey developed an action plan for renewable energy with the European Bank for Reconstruction and Development.¹⁶² Although Turkey enjoys a special status under Annex B of the Kyoto Protocol¹⁶³ and has been recognized by the Cancun Agreement,¹⁶⁴ as a European Union candidate it prepared its Turkish National Renewable Action Plan to comply with the European Union’s target level of 27% domestic energy generation from renewable energy sources.

6. Conclusion

Climate change is the most urgent problem of our era. Global energy demand and greenhouse gases emissions increases rapidly. Climate change has negative effects on extreme weather conditions, submerging of island states, mitigation of animals and human, clean water, food, and human health. Although there is no mutual definition for climate change, all scientists agree on the major reason of for the GHG emission is the burn of the fossil fuels. Human demand of energy is growing rapidly. Therefore, promoting climate friendly renewable energies technologies and their transfer is crucial to fight with climate change.

UNFCCC Convention recommends that developed countries promote, facilitate and finance the transfer of technology to other countries, particularly to those that are developing; this helps these nations implement the Convention’s objectives of using climate friendly technology.¹⁶⁵ The role of technology and intellectual property in avoiding climate change has increasingly become the central focus of all these meetings. UNFCCC first

¹⁶¹ See, UNFCCC/CP/2012/8/Add.1 28 February 2013.

¹⁶² See, UNFCCC/CP/2012/8/Add.1 28 February 2013.

¹⁶³ The scope of special circumstance is not determined. Turkey does not have an emission limit or commitment under Kyoto Protocol.

¹⁶⁴ Although Turkey is under Annex 1 of the Cancun Agreement it still has a special membership status.

¹⁶⁵ See, United Nations Framework Convention on Climate Change, art. 4, May. 9, 1992, S. Treaty Doc. No. 102-38, 1771 U.N.T.S. 170.

adopted the Kyoto Protocol; its Article 10 recommends that parties endorse, enable and fund the transfer of environmentally sound technologies targeting emerging countries and requests the establishment of financing for technology transfer.¹⁶⁶ The Kyoto Protocol presented the Clean Development Mechanism (hereinafter “CDM”)¹⁶⁷ to reduce greenhouse gases emissions by encouraging the private sector to invest in developing nations.¹⁶⁸

During the Copenhagen meetings, the convention’s parties could not reach consensus regarding the effects of intellectual property rights on technology transfer, spurring its most significant debate.¹⁶⁹ Developing countries¹⁷⁰ supported the idea that clean technology patents provide a significant barrier to technology transfer.¹⁷¹ In contrast, developed countries adopted a different viewpoint in that intellectual property rights created incentives for the private sector to engage with technology transfer.¹⁷² Additionally, the United States and the European Union proclaimed that intellectual property rights issues should be eliminated from the Copenhagen discussions since TRIPS already deals with these matters.¹⁷³

As a result of the Cancun Agreement, the developed countries agreed to transfer public and private funds gradually rising to USD 100 billion per year by 2020 to promote specific mitigation actions by developing countries.¹⁷⁴ The Cancun Agreement also launched the Cancun Adaption

¹⁶⁶ *Id* at Article 3(15)

¹⁶⁷ *See*, Kyoto Protocol to the United Nations Framework Convention on Climate Change, Dec. 10, 1997, U.N. Doc. FCCC/CP/1997/L.7/Add.1, 37 I.L.M. 22 [hereinafter Kyoto Protocol] Article 12

¹⁶⁸ Rimmer, *Supra* Note 117 at 43.

¹⁶⁹ *Id.*

¹⁷⁰ *See*, Developing countries gathered under the name of Group 77 list of the countries are available at <http://www.g77.org/> (Last visited in 10/23/2012).

¹⁷¹ *Id.*

¹⁷² *Id.*

¹⁷³ Estelle Derclaye, Not Only Innovation but Also Collaboration, Funding, Goodwill and Commitment: Which Role for Patent Laws in Post-Copenhagen Climate Change Action (2010) 9 *J. Marshall Rev. Intell. Prop. L.* 658.

¹⁷⁴ *See*, Joshua D. Sarnoff, The Patent System and Climate Change (2011) 16 *Va. J.L. & Tech.* 301, 303

Framework, Adaptation Committee, Green Climate Fund and a technology mechanism including a Technology Executive Committee and a network of Climate Innovation Centers.¹⁷⁵ Finally, the Durban Negotiations creates a second commitment period under the Kyoto Protocol, implements the Cancun Agreements and requires the launch of a process for an international climate agreement binding for all members by December 2015.¹⁷⁶

UNFCCC presents the Technology Executive Committee, the Climate Technology Centre and Network, Technology Information Clearing House, Climate Change Fund and, forthcoming draft of UNFCCC's global climate change agreement. Prospective international climate change agreement should be binding for all countries including the US and China. The European Union ETS is developed according to the Kyoto goals and indeed it is very successful. A similar mechanism may be developed for the international climate change agreement and it should include more countries. Turkey should adopt and modify its legislation according to these International Agreements and adopt the EU standards. However, as a developing country, Turkey should also take the advantage of these International Organizations and Agreements. Last but not least alternative solutions may be used for climate change battle such as climate change funds, patent pools, climate change licenses, and prize mechanism.

¹⁷⁵ See, *Earth Negotiations Bulletin Vol. 12 No. 594 Published by the International Institute for Sustainable Development (IIS D) Tuesday, 26 November Tuesday, 26 November 2013 Vol. 12 No. 594 Page 2* <http://www.iisd.ca/download/pdf/enb12594e.pdf>

¹⁷⁶ Paris Agreement See, Remi Moncel, Unconstructive Ambiguity in the Durban Climate Deal of Cop 17 / Cmp 7 (2012) 12 Sustainable Dev. L. & Pol'y 6.

BIBLIOGRAPHY

1. Books, Articles, Periodicals and Legislations.

Agrawala Shardul "Context and Early Origins of the Intergovernmental Panel on Climate Change." *Climatic Change* Volume 39(4) Springer Journals(1998)

Alexander Adam "Technology Transfer to Combat Climate Change: Opportunities and Obligations Under TRIPS and Kyoto", *J. HIGH TECH. L.* 1 (2009).

Baskut Tuncak "The New Formal Climate Change and Intellectual Property", *Environmental Technologies, Intellectual Property and Climate Change*, (edited by Abbe E.L. Brown), (2013)

Cancun Agreements, UN Doc. UNFCCC/CP/2010/7/Add.1, 15 March 2011, at 2 (LCA Decision) and Decision 1/CMP.6

Conference of the Parties to the Framework Convention on Climate Change, Thirteenth Session, Bali, Dec. 3-15, 2007, *Report of the Conference of the Parties on its Thirteenth Session, Held in Bali From 3 to 15 December 2007*, UN DOC FCCC/CP/2007/6/Add.1 (Mar. 14, 2008)

David Campbell, After Doha: what has climate change policy accomplished? *Journal of Environmental Law* (2013) 25 (1)

Deepa Badrinarayana, "The Kyoto Protocol's Emissions Trading Scheme: Realistic or Unjust Solution for Potential Developing Nation Signatories?", *42 Env'tl. L. Rep. News & Analysis* (2012).

Earth Negotiations Bulletin Vol. 12 No. 594 Published by the International Institute for Sustainable Development (IIS D) Tuesday, 26 November Tuesday, 26 November 2013 Vol. 12 No. 594 Edited by Rosemary Rayfuse, Shirley Scot, *Climate Change in the Era of Climate Change*, (2012).

Elizabeth Burleson, "Energy Policy, Intellectual Property, and Technology Transfer to Address Climate Change", *Transnat'l L. & Contemp. Probs.* (2009).

Estelle Derclaye, Not Only Innovation but Also Collaboration, Funding, Goodwill and Commitment: Which Role for Patent Laws in Post-

Copenhagen Climate Change Action (2010) 9 J. Marshall Rev. Intell. Prop. L. 658.

Erkiki J. Hollo & Kati Kulovesi & Micheal Mehling Editors, *Climate Change and Law, Climate Law and policy in the European UNION: Accidental success or deliberate leadership?* (2013).

Eugene E. Smar, Scott Watson, Chapter17 United States, *International Environmental Law, The Practitioners Guide to the Laws of the Planet*, 302(edited by Roger R. Martella, Brett Grosko, 2014).

Frank Venmans, "A literature-based multi-criteria evaluation of the EU ETS," *Renewable and Sustainable Energy Reviews*, Elsevier, vol. 16(8),(2012).

H. Christian Sorensen "International Agreements - Montreal Protocol on Substances that Deplete the Ozone Layer", 29 HARV. INT'L LJ. (1988).

Intergovernmental Panel on Climate Change *Mitigation of Climate Change Contribution of Working Group III to the Fourth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change* B. Metz, O.R. Davidson, P.R. Bosch, R. Dave, L.A. Meyer (eds). Cambridge University Press, Cambridge.

International Law in the Era of Climate Change edited by Rosemary Rayfuse, Shirley V.Scott(*Climate Change and International Law*) Catherine Redgwell (2012).

IPCC 2007, Summary for Policymakers, in *Climate Change 2007: Synthesis Report* 53.

A Human Perspective of Climate Change, Centers for Disease and Control Prevention, The Interagency Working Group on Climate Change and Health
IPCC, 2011: IPCC Special Report on Renewable Energy Sources and Climate Change Mitigation.

IPCCC 2014: *Climate Change 2014: Synthesis Report, Contribution of Working Groups I, II, and III. To the Fifth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change* [Core Writing team R.K. Pachauri and L.A. Meyer (eds)], IPCCC, Geneva, Switzerland

James Rodger Fleming, *Historical Perspectives of Climate Change*, (1998).

James Lovelock, *The Revenge of GAIA: Eart's Climate Crisis & The Fate of Humanity*, 2006

John C. Dernbach & Seema Kakade, *Climate Change Law: An Introduction*, 29 *Energy L. J.* 1, 12, (2008).

Jonathan B. Wiener, 'Global Environmental Regulation: Instrument Choice in Legal Context' (1999) 108 *Yale L. J.* 677

Joshua D. Sarnoff, *The Patent System and Climate Change* (2011) 16 *Va. J.L. & Tech.*

J. Tuzo Wilson, *IGY, The Year of the New Moons* Alfred A. Knopf, New York, (1961).

Kyoto Protocol to the United Nations Framework Convention on Climate Change, Dec. 10, 1997, U.N. Doc FCCC/CP/1997/7/Add.1, 37 *I.L.M.* 22 (1998).

LARKSHMAN GURUSWAMY, *INTERNATIONAL ENVIRONMENTAL LAW* (2007).

Lavanya Rajamani, *The Climate Regime in Evolution: The Disagreements That Survive the Cancun Agreements*, 5 *Carbon & Climate L. Rev.* 136, 138 (2011).

Lin Feng, Jason Buhi, *The Copenhagen Accord and the Silent Incorporation of the Polluter Pays Principle in International Climate Law: An Analysis of Sino-American Diplomacy at Copenhagen and Beyond*, 18 *Buff. Envtl. L.J.* 1, (2011).

Lori Glover, *Encouraging Strategic Policy Making in the Climate Change Context: Agencies Should Bear the Burden of Proving that decisions not to prepare a Programmatic Impact are Reasonable* 43 *Rutgers L.J.* 371, 372 6 *Exec. Order No. 13,514*, 74 *Fed. Reg.* 194 (Oct. 5, 2009).

Marla E. Mansfield, *Energy Policy The Reel World Cades and Materials on Resources, Energy and Environment Law*, (2001)

Mathew Rimmer, *Intellectual Property and Climate Change Inventing Clean Technologies Intellectual Property and Environment*, 82 (2011).

Micheal Grubb with Christian Vrolijk Duncan Brack, *The Kyoto Protocol, A Guide and Assessment* (2013)

Montreal Protocol on Substances that Deplete the Ozone Layer, opened for signature, Sept. 16, 1987, reprinted in 26 I.L.M. 1550

- Nilufer Oral, Basak Basoglu, Chapter 43 Turkey, *International Environmental Law, The Practitioners Guide to the Laws of the Planet*, 850 (edited by Roger R. Martella, Brett Grosko, 2014)
- OECD, International Energy Agency, *World Energy Outlook*, (2012)
- Patricia Birnie et al., *International Law and the Environment*, 133-34 (2009)
- Rafeal Leal-Arcas, *Climate Change and International Trade* (2013)
- Remi Moncel, *Unconstructive Ambiguity in the Durban Climate Deal of Cop 17 / Cmp 7* (2012) 12 *Sustainable Dev. L. & Pol'y* 6.
- Richard G. Hildreth, David R. Hodas, Nicholas A. Robinson, James Gustave Speth, *Climate Change Law: Mitigation and Adaptation*, (2009).
- Scott Barrett, *Climate Treaties and the Imperative of Enforcement*, 24 *Oxford Rev. Econ. Pol'y* 239, 258 (2008).
- Steven Ferrey, *Cubing the Kyoto Protocol: Post-Copenhagen Regulatory Reforms to Reset the Global Thermostat*, 28 *UCLA J. Envtl. L. & Pol'y* (2010).
- Structural and Process History of the Intergovernmental Panel on Climate Change*, *Climatic Change Volume 39(4) Springer Journals*, 621-624,(1998).
- Sytensis Report IPCC 2007, 30 (1995-2006). IPCC, 2007: *Climate Change 2007: Synthesis Report*. Contribution of Working Groups I, II and III to the Fourth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change [Core Writing Team, Pachauri, R.K and Reisinger, A. (eds IPCC)
- Turkish Republic Constitution of 1982.
- Turkish Environmental Law of 1983 (Amended in 2006)
- United States Environmental Protection Agency, *Climate Change Indicators in the United States*, (2012)
- United Nations Framework Convention on Climate Change, 771 *U.N.T.S.* 107, 165; *S. Treaty Doc No. 102-38 (1992)*; *U.N. Doc. A/AC.237/18 (Part II)/Add.1; 31 I.L.M. 849 (1992)*
- U.S. Dep't of State, *U.S. Climate Action Report- 2002: Third National Communication of the United States of America under the United Nations Framework Convention on Climate Change* 14 (2002),
- Working Group III of the Intergovernmental Panel on Climate Change [O. Edenhofer, R. Pichs-Madruga, Y. Sokona, K. Seyboth, P. Matschoss, S.

Kadner, T. Zwickel, P. Eickemeier, G. Hansen, S. Schlömer, C. von Stechow (eds)]. Cambridge University Press, Cambridge and New York, NY, USA, 2 (2011).

William H. Rodgers, Michael Robinson- Dorn, Jennifer K. Barcelos, Anna T. Moritz, *Climate Change A Reader* (2011).

2. Online Resources

Centers for Disease Control and Prevention, Climate and Health, available at http://www.cdc.gov/climateandhealth/pubs/HHCC_Final_508.pdf

Department of Commerce United States of America, the National Oceanic and Atmospheric Administration, Ocean and Great Lakes Acidification Research Plan Highlights, 2010. <http://www.research.noaa.gov/pdfs/noaa-ocean-acidification.pdf>

EPA Climate Change Indicators in the United States <http://www.epa.gov/climatechange/science/future.html>

Food and Agriculture Organization of United States, <http://www.fao.org/home/en/>

Intergovernmental Panel on Climate Change, <http://www.ipcc.ch>

The National Aeronautics and Space Administration <http://www.nas.edu/history/igy/>.

United Nations Environment Programme <http://www.unep.org/>

United Nations Framework Convention on Climate Change <http://unfccc.int/2860.php>

World Health Organization, <http://www.who.int/en/>

World Metrological Organization, http://www.wmo.int/pages/index_en.html

TÜRK REKABET KURULU KARARLARI IŞIĞINDA PİŞMANLIK PROGRAMININ UYGULANMASI: BELİRSİZLİKLER VE TUTARSIZLIKLAR

*Yrd. Doç. Dr. Sevda Yaşar COŞKUN**

Abstract: It is an expected result that forming a cartel or monopoly in the market harms consumers. In order to ensure the detection and investigation of cartels, first The Leniency Regulation, then A Guidance which aims the implementation and explanation of the Leniency Regulation came into force. In this study, we focused on the legal infrastructure and enforcement of leniency programme which is relatively a new practice in the Turkish competition law and analyzed its implementation in the light of the Board's decision. It is found that the Turkish Leniency Programme is in line with the EU Leniency Programme, but there are some problems in its enforcement. These are found as inconsistency and uncertainty in evaluating evidence, timing of applications, granting full immunity and/or reduction in fines.

Keywords: Leniency, Competition Law, Cartel, Competition Law Sanctions, Leniency Regulation.

Özet: Bir pazardaki kartel ya da tekelden tüketicilerin zarar görmeleri beklenen bir sonuçtur. Kartellerin ortaya çıkarılması ve soruşturulması bağlamında önce Pişmanlık Yönetmeliği, ardından açıklanma ve uygulamayı gösteren Kılavuz yürürlüğe girmiştir. Bu çalışmada Türk rekabet hukukunda görece yeni bir uygulama olan Pişmanlıkla ilgili yasal altyapı ele alınmış ve bugüne kadarki uygulamalar Kurul kararları ışığında incelenmiştir. Çalışmada Türk Pişmanlık Programının AB Pişmanlık Programı ile uyumlu olduğu, fakat uygulamada zamanlama, deliller ve ceza oranları açısından bir tutarsızlık ve belirsizlik olduğu tespit edilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Pişmanlık, Rekabet Hukuku, Kartel, Rekabet Hukuku Yaptırımları, Pişmanlık Yönetmeliği.

* Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi.

1. Giriş

Serbest piyasa ekonomisinde devletin piyasalara müdahalesi arzulanmayan bir durumdur. Fakat şu gerçek artık herkes tarafından kabul edilmiştir: Serbest piyasalar otomatik bir biçimde rekabetçi bir ortam yaratmamaktadırlar. İşte bu gerçekten yola çıkarak yürürlüğe konulan Rekabet hukukunun uygulayıcısı olan rekabet otoriteleri, aslında serbest piyasa ekonomisinin etkin bir model olarak işleyebilmesini sağlamaya çalışmaktadırlar. Bu bağlamda, rekabet politikaları eksik rekabet ortamında toplumsal refah kayıplarını önlemede ya da azaltmada önemli bir araç olarak ortaya çıkmaktadırlar.

4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanunun¹ amacı, mal ve hizmet piyasalarındaki rekabeti engelleyici, bozucu veya kısıtlayıcı anlaşma, karar ve uygulamaları ve piyasaya hâkim olan teşebbüslerin bu güçlerini kötüye kullanmalarını önlemek, rekabetin yoğunlaşmalar yoluyla sınırlandırılmasını engellemek, bunun için gerekli düzenleme ve denetlemeleri yaparak rekabetin korunmasını sağlamaktır.

Bir piyasada teşebbüslerin aralarında yapacakları anlaşmalar, uyumlu eylemler ve kararlarla piyasadaki rekabeti bozmaları, engellemeleri ve kısıtlamaları mümkündür. Bir başka ifade ile teşebbüsler kartel ya da tekel oluşturabilirler. Bir pazardaki kartel ya da tekelden tüketicilerin zarar görmeleri beklenen bir sonuçtur. Karteller, aşağıda ayrıntılı olarak ele alınacak yollarla iktisadi etkinliği ortadan kaldırarak kaynak dağılımında etkinsizliğe, dolayısıyla toplumsal refah kaybına neden olmaktadır².

Kartellerle mücadele ilkçağlardan beri ülke gündemlerini meşgul etmektedir. İlk çağlardan günümüze kadar çok çeşitli yöntemlerle kartellerle mücadele edilmeye çalışılmıştır. Bu çalışmanın konusunu da bu mücadele yöntemlerinden birisi olan pişmanlık (leniency) programlarının uygulanması oluşturmaktadır. En basit ifadesi ile pişmanlık, kartel üyelerinden birisi veya birden fazlasının kartelin varlığına ilişkin rekabet otoritesini haberdar ederek kartel oluşturma eylemi cezasından bağışıklık veya cezada indirim elde

¹ Bundan böyle RKHK olarak anılacaktır.

² Ancak, bu ifade kartel oluşturan bütün anlaşmaların rekabet kanunlarına aykırı olduğu anlamına gelmemektedir. Bir kartel anlaşması teşebbüsler arasındaki rekabeti sınırlandırmasına rağmen aynı zamanda birtakım toplumsal ekonomik faydalar yaratabilir. Niteliği gereği bu kapsama girmeyen kartel anlaşmaları dışındaki anlaşmalar rekabet kanunlarında düzenlenen muafiyet rejimine tabi olabilmektedir.

etmesidir³. Pişmanlık uygulamalarının önemi, kartellerin gizli oluşumlar olmaları ve rekabet otoriteleri tarafından ortaya çıkarılarak cezalandırılmasının oldukça zor olmasıdır.

Doğası gereği betimleyici bir yöntemle yürütülen çalışmanın bundan sonraki bölümlerinde öncelikle kartel kavramının tanımı yapılarak; kartel oluşturulma nedenleri ve olumsuz etkileri üzerinde durulacaktır. Daha sonra kartellerle mücadele yöntemlerinden pişmanlık programlarının ortaya çıkışı ele alınacaktır. İzleyen bölümde Türk Rekabet Hukukundaki Pişmanlık programının yasal altyapısı üzerinde durulacak ve konu Rekabet Kurulu'nun pişmanlıkla ilgili kararları ışığında tartışılacaktır. Çalışmanın sonuç bölümünde Yönetmeliğin getirdiği düzenlemelerin uygulamadaki görünümü sorunlar üzerinde durulacaktır.

2. Kartel Kavramına Genel Bir Bakış

Kartel kelimesinin anlamı zaman içerisinde bir takım değişikliklere uğramıştır⁴. Unsurlarındaki çeşitlilik dolayısıyla kartelin tanımı da çeşitlenmiştir. Karteller genellikle rakipler arasındaki fiyatları ve karı artırmayı hedefleyen rekabet etmeme veya rekabetin seviyesini azaltmaya dair bir anlaşma olarak tanımlanabilir⁵.

Carlton ve Perlof⁶ karteli “Bir grup teşebbüs tarafından faaliyetlerini açıkça kontrol etmek için kurulan birliktelik” olarak tanımlamışlardır. Aynı kavram Oxford Dictionary⁷ de “fiyatları kontrol etmek için kurulan üretici birliği” olarak tanımlanmaktadır. Akıncı⁸ tarafından kartel, “Birden çok teşebbüsün, piyasayı kontrol etmek ve rekabeti kısıtlamak amacı ile yaptıkları sözleşmelere verilen ad” olarak tanımlanmıştır. Spagnolo⁹, kartellerin yasadışı bir faaliyet biçimi olduğuna dikkat çekmekte ve karteli

³ Kekevi, 2009, s.13.

⁴ Bu konuda ayrıntılı bir çalışma (Lipczynski ve Wilson (2001), tarafından yapılmıştır. Bakınız: Lipczynski J. ve Wilson J. (2001), *Industrial Organisation-An Analysis of Competitive Markets*, Prentice Hall, Singapore.

⁵ Office of Fair Trade, 2005, s8..

⁶ Carlton ve Perlof, 1994, s.175.

⁷ Oxford Dictionary, 1991, s.118.

⁸ Akıncı, 2001,s. 66.

⁹ Spagnolo, 2006, s. 3.

birkaç teşebbüsün fiyat belirleme, pazar paylaşma, giriş engeli oluşturma ve benzeri şekilde rekabeti kısıtlamayı amaçlayan ortak, koordine çabaları olarak tanımlanmaktadır.

OECD¹⁰ ise, kartelleri; “fiyat tespiti, ihalelerde danışıklı hareket, arz miktarının kısıtlanması veya kotalar konması, müşterileri, sağlayıcıları, bölgeleri ya da ticaret kanallarını paylaşmak konusunda rakipler arasında varılan rekabeti sınırlayıcı anlaşma, uyumlu eylem veya düzenlemeler” olarak tanımlamıştır.

Kartellerin Ortaya Çıkarılması Amacıyla Aktif İşbirliği Yapılmasına Dair Yönetmeliğin (Pişmanlık Yönetmeliği) Açıklanmasına İlişkin Kılavuz’da “Karteller; fiyat tespiti, müşterilerin, sağlayıcıların, bölgelerin ya da ticaret kanallarının paylaşılması, arz miktarının kısıtlanması veya kotalar konması, ihalelerde danışıklı hareket konularında, rakipler arasında gerçekleşen, rekabeti sınırlayıcı anlaşma ve/veya uyumlu eylemleri ifade etmektedir” şeklinde tanımlanmıştır. Bu tanım bire bir OECD ’nin yaptığı tanımdır.

Yukarıda ele alınan tanımlarda kartelin üç önemli unsurunun bulunduğu görülmektedir. Bunlardan ilki kartelin bağımsız teşebbüsler arasında kurulmuş olmasıdır. İkincisi, teşebbüslerin amacının aralarında anlaşmak suretiyle serbest piyasa ekonomisinin temelini oluşturan rekabeti sınırlamak veya kısıtlamak olmasıdır. Üçüncü ve son unsur ise, kartelin, belli bir piyasası olan bir ürün veya ürünler için kurulmuş olmasıdır. Bu bağlamda, kartel, belirli bir mal veya hizmet piyasasındaki rekabeti azaltmak veya kısıtlamak amacıyla bu piyasadaki teşebbüsler arasında gerçekleştirilen gizli veya açık anlaşma veya birliktelikleri ifade etmektedir. Bir kartel oluşumu rekabeti kısıtlamak veya azaltmak için şu yöntemleri kullanmaktadır: Üyeler tarafından satışa sunulan ürünlerin fiyatlarının birlikte belirlenmesi, pazarların üyeler arasında paylaşılması, üye teşebbüslerin üretimlerinin sınırlanması, ihalelerde danışıklı teklif verilmesi. Kartellerin günümüzdeki en tipik örneklerinden birisi de centilmenlik anlaşmalarıdır¹¹.

“Teşebbüsler neden kartelleşme yoluna giderler” sorusunun yanıtı birden fazladır, fakat en temel sebep kartelleşmenin, üye teşebbüsler açısından

¹⁰ OECD, 1998, s. 13.

¹¹ 12 Banka Kararı olarak anılan 08.03.2013 Tarih ve 13-13/198-100 sayılı Kurul Kararında bankalar aralarında yaptıkları centilmenlik anlaşmaları yoluyla kartel oluşturmuşlardır.

rakipleriyle rekabet etmekten daha kazançlı olmasıdır. Kartelleşme yoluyla daha fazla karı daha az maliyetle elde edebileceğini hesaplayan teşebbüsleri buna iten bir diğer sebep de, kartelleri gerektiği ölçüde cezalandıran bir otoritenin olmamasıdır.

Bir piyasada kartel kurulmasını etkileyen bir takım faktörler vardır. Bu faktörlere ilişkin ayrıntılar bu çalışmanın amacını aşmakla beraber, konunun anlaşılması açısından bu faktörlere kısaca değinmekte yarar vardır. Kartelleşmeyi etkileyen faktörlerden birisi, piyasadaki talep esnekliğinin düşük olmasıdır. Bunun anlamı kartelin satılacak ürünün fiyatını yükseltme gücünün bulunmasıdır. Ayrıca, bir ürünün fiyatının yükseltilebilmesi için sektöre başka teşebbüslerin girişinin engellenmesi ve/veya ürünün yakın ikamesi olabilecek ürünleri üreten teşebbüslerin de en azından bir kısmının kartele katılması gerekmektedir¹². Ağır bir cezanın verilmeyeceği beklentisi de kartel oluşumunu etkilemektedir. Teşebbüsler kartel kurmadan önce, kartel kurarak elde edecekleri kar ile kartel kurulmaması durumunda elde edecekleri karı tahmin edip birbiriyle kıyaslar. İşlem maliyetleri, kartel kurulmasını etkileyen üçüncü faktördür. Kartelin kurulmasından sonra ortaya çıkacak problemlerin aşılması ve kartel içerisindeki teşebbüslerin kontrol edilmesi maliyetli bir işlemdir. Piyasadaki teşebbüs sayısının azlığı¹³, ürünün homojen olması, güçlü bir teşebbüs birliğinin varlığı, piyasadaki teşebbüslerin sıkı bir ilişki içinde olması, talepte meydana gelen değişimler (kararlı bir talep yapısı), teşebbüslerin pazar paylarının asimetrik olması, teşebbüslerin pazar paylarının asimetrik olması gibi faktörlerin varlığı halinde kartel kurmak daha az maliyetli olacaktır¹⁴.

Kartel oluşumunu etkileyecek bir diğer faktör de dikey entegrasyondur. Dikey entegrasyon hem aşağı hem de yukarı pazarlarda gerçekleşebileceği gibi, teşebbüslerin ürünlerinin satıldığı satış noktalarının etkin bir şekilde denetlenmesiyle de ortaya çıkabilir. Lipczynski ve Wilson¹⁵, dikey entegrasyonun olası bir kartelin kurulmasına yaptığı katkının, kartele üye

¹² Carlton ve Perloff, 1994, s.180.

¹³ Türk Rekabet hukukunda teşebbüs sayısının çokluğu kartel kurulmasına engel olmamaktadır. Örneğin, 22.4.2004 tarih ve 04-16/123-26 sayılı seramik kararında kartele üye teşebbüs sayısı 32; 18.01.2005 tarih ve /05-06/52-21 sayılı Ankara Ekmek kararında kartele üye teşebbüs sayısı 79'dur.

¹⁴ Carlton ve Perloff, 1994, s.. 211.

¹⁵ Lipczynski ve Wilson, 2001, s. 62.

teşebbüslerin rakip teşebbüslerin satış fiyatlarını denetlemesine olanak vermesi olduğunu ifade etmektedir.

Diğer faktörler adı altında ifade edilebilecek faktörler genel ekonomik bunalım ve piyasadaki yüksek maliyetlerdir. Bir sektördeki batık maliyetlerin yüksek olması, sektörün ürünlerine olan talebin azalması halinde, teşebbüslerin sektörden ayrılmasını zorlaştırmakta ve teşebbüslerin zararlarını karşılamak için kartel kurmasına uygun zemin hazırlayabilmektedir.

2.1. Kartelin Ekonomiye Olan Etkisi

Bu çalışmanın odağı kartellerin ekonomiye etkileri olmadığından konuyla ilgili genel bir çerçeve çizilecektir. Kartel üyeleri, fiyat, arz miktarı, pazar payları, müşteri veya bölge paylaşımı, ihalelerde danışıklı hareket, ortak satış kanallarının tesisi, kar paylaşımı gibi konularda anlaşmaya varabilirler¹⁶. Kartellerin yol açtığı fiyat artışı, müşterilerden, kartel üyelerine, “fiyat artışı x satılan miktar” kadarlık bir gelir transferine neden olmaktadır. Fiyat artışı neticesinde, bazı kişilerin ilgili ürünü artık satın alamayarak, bu mal veya hizmetten mahrum kalması, kartellerin yol açtığı diğer bir zarardır. Bu durumda aslında, kartel üyelerine bir kazanç aktarımı olmamakla birlikte, toplumun önemli bir kaybı söz konusudur. Karteller, üyeleri üzerindeki maliyetleri azaltmak ve yenilikler yapmak yönündeki baskıları azaltarak kaynak dağılımında etkisizliğe ve toplumsal refah kaybına yol açmaktadır. Kartel anlaşması teşebbüslerin daha ucuz, daha kaliteli ya da yeni ürünler üretmesi yönündeki baskıyı azaltarak, tüketicileri daha yüksek fiyatlara ve daha kalitesiz ürünlere mahkûm etmektedir. Karteller aynı zamanda enflasyonun düşmesini engelleyerek ekonominin büyümesini sınırlamakta ve gelir dağılımını da bozmaktadır.

Kartellerin, ayrıca uluslararası ekonomi üzerinde de önemli bir etkisi vardır. Uluslararası karteller iki dünya savaşı arası dönemde, 1929-1937 yılları arasında dünyada gerçekleşen ticaretin yaklaşık % 40'ını kontrol etmişlerdir¹⁷.

Karteller ekonomik olduğu kadar sosyal, kültürel ve siyasal sorunlar da yaratmaktadır. Bu bağlamda; enflasyonun artmasından, etkinliğin ortadan

¹⁶ OECD, 1993, s. 18-19.

¹⁷ Levenstein ve Suslow, 2002.

kalkmasından, yalnızca tüketiciler değil, aynı sektörde hukuka uygun biçimde rekabet etmek isteyen, ya da kartel konusu olan ürünün alıcısı konumundaki teşebbüsler de zarara uğramaktadır. Daha kaliteli ürün, daha az fiyatla, daha çok kişi tarafından satın alınamadığı için sosyal sorunlar ortaya çıkmakta, girişimcilik azalmakta ve halkın serbest piyasa ekonomisine olan güveni sarsılmaktadır.

2.2. Kartellerle Mücadele Yöntemleri

Karteller tarihte hemen her zaman yasaklanmış oluşumlardır. Elbette ki kartellerle mücadele yöntemleri zaman içerisinde değişikliğe uğramıştır. Bilinen en eski kartel yasağı milattan önce 483'te, Codex Justinianum ile belirlenen fiyatın altında satış yapılmamasına ilişkin anlaşmaların yasaklanmasıdır. Bu yasağa aykırı hareket edenler 50 altınla, kuralı uygulamayan otoriteler ise 40 altınla cezalandırılmıştır¹⁸. Ortaçağ'a gelindiğinde kartel kuran tüccarların kulaklarının ve diğer organlarının kesilmesi gibi kanlı yaptırımların uygulanması söz konusu olmuştur¹⁹. Yakınçağ İngiltere'sinde kartel üyelerinin, zarar görenlere, zararın üç katı kadar tazminat ödeme²⁰; Fransa'da ise, bir yıla kadar hapis ve para cezası uygulanabilmektedir²¹.

Ekonomiye verdikleri ağır zarar, sosyal ve siyasi hayatta sebep oldukları tahribat nedeniyle karteller, rekabeti sınırlayan diğer eylemlerden farklı olarak değerlendirilmiş, en ağır şekilde cezalandırılmaları konusunda tüm dünyada mutabakata varılmıştır. Kartellerle mücadelede kullanılan en yaygın yaptırım türü para cezalarıdır. Birçok ülke kartel oluşumunu caydırmak için ağır para cezaları uygulamaktadır. Ancak kartellerle mücadele sadece teşebbüslere verilen para cezaları ile sınırlı kalmamış, yöneticilere para cezasının verilmesi, hapis cezası uygulaması, özel hukukta ağır tazminat ödemeleri gibi başka yaptırımlara da ayrıca yer verilmiştir. Örneğin ABD'de para cezası yanında kartel oluşumunun içinde yer alan kişilere 10 yıla kadar

18 OECD, 2004, s. 91.

19 Paulis, 2004, s.1-2.

20 Baker 2001, s.700; Pate, 2003, s.5.

21 Paulis 2004, s.1; Wils, 2005, s. 122.

hapis cezası verilebilmektedir. İrlanda’da kartellere karşı hapis cezasının uygulandığı ülkelerden biridir²².

Kartellerin yapısından ve konusundan kaynaklanan bu belirsizlik ve gizlilik, delillendirme sorunu oluşumların rekabet otoriteleri tarafından ortaya çıkarılmalarını ve soruşturulmalarını iyice güçleştirmektedir²³. Bu yüzden “pişmanlık programları” rekabet otoritelerinin kartellerle mücadelede yararlandığı en etkili yöntemlerden birisi haline gelmiştir. Örneğin, 2002 yılında dört olan pişmanlık programına sahip AB üyesi ülke sayısı 2008’de 25 iken²⁴ ’günümüzde bu sayı 28’e çıkmıştır. Pişmanlık programı sayesinde doğası gereği gizli olarak faaliyet gösteren kartellerin ortaya çıkarılması kolaylaşırken, karteli ifşa eden ilk teşebbüs ve çalışanları da karşılaşılabilecekleri her türlü cezadan kurtulmaktadır.

Pişmanlık programlarının faydalarına kısaca değinecek olursak bunlardan ilki kartellerin ortaya çıkarılması ve soruşturulmasını kolaylaştırmalarıdır. Pişmanlık programları açık farkla bir ülkenin verimlilik artışı üzerindeki etkileri bakımından en önemli rekabet politikası aracıdır²⁵. Pişmanlık programları sayesinde ispat gücü yüksek delillere ulaşma olanağı elde edilmesi yine bu programların yararlarındandır. Pişmanlık programı rekabet otoritelerine delilleri elde etmek için harcanacak zamandan tasarruf edilerek kamu kaynaklarının daha etkin kullanımını sağlamaktadır. Pişmanlık programları hem kartellerin ortaya çıkarılması ve cezalandırılmalarını sağlamakta hem de kaynak kullanımından elde edilen tasarruf ile rekabet otoriteleri görev alanına giren başka konulara eğilme olanağı elde etmektedir.

Ayrıca, Pişmanlık programları rekabet otoritelerine, uluslararası işbirliği sayesinde karteğe ilişkin bilgi ve belgelere, bunların bulunduğu yer fark etmeksizin ulaşabilme imkânı sağlayabilmektedir. Pişmanlık programları kartelin ortaya çıkarıldığı pazarda, tekrar kartel kurulmasını

22 Paulis, 2004, s.3.

23 Whish, 2001, s.102.

24 Bkz. Sakkers, E.C. ve J. Ysewyn, 2008,“ Cartel Enforcement and Leniency”, IBC Advanced EC Competition Law Conference, London http://ec.europa.eu/comm/competition/ecn/leniency_programme_nca.pdf. Erişim tarihi 03.05. 2015.

25 Buccirossi ve diğ. 2013, s. 1325.

zorlaştırmaktadır. Pişmanlık programlarının bir diğer yararı da özel hukuk kapsamında mağdurların zararının tazminini kolaylaştırmasıdır²⁶.

Rekabet hukukunun modern anlamda öncüsü olan ABD’de ilk pişmanlık programı 1978 yılında yürürlüğe girmiştir. Bu programa ortalama olarak yılda bir başvuru yapılması üzerine 1993 yılında üç temel değişiklik ile pişmanlık başvurularında patlama yaşanmıştır²⁷. AB’de biraz geç olsa da 1996 tarihli ilk programı yürürlüğe koymuştur. Bu programın uygulandığı kartellere örnek olarak, Vitamin²⁸, Copper Fittings²⁹ ve Sorbates³⁰ verilebilir. 2002 yılında 1996’daki Programının eksiklikleri, 2006’da ise 2002 tarihli pişmanlık programının eksiklikleri giderilmek istenmiştir.

Ülkemizde de RKHK 1997 yılının sonunda uygulanmaya başlamasına rağmen Pişmanlık Programının yürürlüğe girmesi için 12 yıl beklemek gerekmiştir³¹. Kartellerin Ortaya Çıkarılması Amacıyla Aktif İşbirliği Yapılmasına Dair Pişmanlık Yönetmeliği³² 15 Şubat 2009 tarih ve 27142 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Kartellerin ortaya çıkarılması ve soruşturulması amacıyla Kurum ile aktif işbirliği yapanlara ceza verilmemesinin veya verilecek cezalarda indirim yapılmasının usul ve esaslarını belirleyen Pişmanlık Yönetmeliği’nde, Rekabet Kurulu tarafından Yönetmeliğin uygulanması için görevlendirilecek birimin, Rekabet Kurumu

26 Harrington, 2006, s. 2.

27 Hammond, 2000, s.14.

28 2003 OJ L6/1.

29 Commission Press Release IP/06/1222 of 20 September 2006.

30 Commission Press Release IP/03/1330 of 02 October 2003.

31 Pişmanlık Programı 2009 yılında yürürlüğe girmesine rağmen, bu tarihten önce de Rekabet Kurulu’nun yetkisini kullanarak pişmanlık programını uyguladığı kararlar vardır. Bunlardan Trafik Sinyalizasyon (27.03.2008 tarih ve 08-26/283-91 sayılı) kararı, bunun açık örneğidir. Bu kararda, ihalelerde dâşışıklı hareket eden diğer teşebbüslere %6’ya varan oranlarda para cezası verilirken, ihlalin ortaya çıkarılmasını sağlayan teşebbüse ceza verilmemiştir. Bu konudaki diğer bir örnek, Yonga Levha I (06.09.2002 tarih ve 02-53/685-278 sayılı karar) ve Yonga Levha II (25.02.2003 tarih ve 03-12/135-63 sayılı) kararlarıdır. Bu kararlarda Kurul, kartelev taraf diğer teşebbüslere %1, işbirliği yaparak kartel hakkında bilgi veren teşebbüse ise binde beş oranında para cezası uygulamıştır. Benzer şekilde, Gazbeton (30.05.2006 tarih ve 06-37/477-129 sayılı) kararında, kartelev taraf diğer teşebbüslere %3, anlaşmanın varlığını inkâr etmeyen ve işbirliğinde bulunan teşebbüse %2 oranında para cezası uygulamıştır.

32 Bundan böyle “ Yönetmelik” olarak ifade edilecektir.

internet sayfasında ilan edileceği düzenlenmiştir. Bu birim, Pişmanlık Yönetmeliği'nde belirlenen görevleri yerine getirmesinin yanı sıra, Pişmanlık Yönetmeliği'nden yararlanmak isteyenlerin bilgi taleplerine de cevap vermekle görevlendirilmiştir. Daha sonraki aşamada ise “şeffaflık” ilkesinin bir gereği olarak 17.4.2013 tarihinde Kartellerin Ortaya Çıkarılması Amacıyla Aktif İşbirliği Yapılmasına Dair Yönetmeliğin Açıklanmasına İlişkin Kılavuz³³ (Kılavuz) kabul edilerek yürürlüğe konmuştur.

3. Türk Rekabet Hukukunda Pişmanlık Programının Düzenlenişi

RKHK'un 16/6 maddesinde, Kanuna aykırılığın ortaya çıkarılması amacıyla Rekabet Kurumu ile aktif işbirliği yapanlara, işbirliğinin niteliği, etkinliği ve zamanlaması dikkate alınarak ve gerekçesi açık bir şekilde gösterilmek suretiyle 16/3 ve 16/4 maddesinde belirtilen cezaların verilmeyebileceği veya bu fıkralara göre verilecek cezalarda indirim yapılabileceği düzenlenmiştir. Maddenin son fıkrasında, işbirliği halinde para cezasından bağışıklık veya indirim şartlarının, işbirliğine ilişkin usul ve esasların Rekabet Kurulunun çıkaracağı Yönetmeliklerle belirleneceği hükme bağlanmıştır. Kanununun 27. maddesi ise, Kurula, Kanunun uygulanması ile ilgili olarak tebliğler çıkarmak ve gerekli düzenlemeleri yapmak görev ve yetkisini vermiştir. İşte Yönetmeliğin yasal dayanağını Kanununun bu iki maddesi oluşturmaktadır. 2013'te çıkarılan Kılavuz ile Yönetmeliğin yorum ve uygulanmasında öngörülebilirliği sağlamak, doğabilecek belirsizlikleri asgariye indirmek ve pişmanlık programından daha etkin bir şekilde yararlanmalarını temin için teşebbüslere yol göstermek amaçlanmıştır. Kurum, bağlayıcı nitelikleri gereği RKHK'ı Yönetmelik hükümleri saklı kalmak üzere, pişmanlık programını, her bir somut olayın kendine has özelliğini de dikkate alarak bu Kılavuzda yapılan açıklamalar doğrultusunda uygulayacaktır. Kartellerin ortaya çıkarılması ve soruşturulması için “şeffaflık” ve “başvuranlar/aktif işbirliği yapanlar lehine yorum” ilkeleri çerçevesinde uygulanacaktır. Kılavuz'un açıklamaları ışığında Yönetmeliğin getirdiği yasal düzenlemeyi ayrıntılı ve sistematik olarak ele alırsak;

³³ Karar Sayısı: 13-23/325-RM (2).

3.1. Para Cezası Verilmemesi veya Verilecek Cezalarda İndirim Yapılması

Para cezası verilmemesine ilişkin düzenlemeler, 4. ile 7. maddeler arasında yer almaktadır. Ceza verilmemesine ilişkin olarak, birinin gerçekleşmesi halinde diğerlerinin gerçekleşme olasılığı kalmayan alternatif durumlar ortaya çıkmaktadır. Bu alternatifler şunlardır:

A- Ön araştırma Kararından Önceki Başvurularda Para Cezası Verilmemesi

Kurulun ön araştırma yapmaya karar vermesinden önce, kartele taraf olan teşebbüsler ile bu teşebbüslerin yöneticileri ve çalışanlarından bağımsız bir şekilde, bilgi ve belgeleri sunan (.6-9. maddeler) ve koşulları yerine getiren ilk teşebbüse (ve bu teşebbüsün yönetici ve çalışanlarına) ya da teşebbüsten bağımsız başvuruda bulunan ilk yönetici veya çalışana para cezası verilmeyecektir: Tam bağışıklık. Esas itibariyle ön araştırma başlamadan ilk başvuruyu yapana, koşulları yerine getirmesi halinde para cezası uygulanmayacaktır.

Kurul, RKHK'nun 4. maddesinin ihlal edildiği sonucuna ulaşmaya yetecek deliller³⁴ bulursa bile, “ön araştırma” yapılmasına karar verilmeden önce başvuru yapan ilk teşebbüs, yönetici veya çalışana ceza vermeyecektir.

B- Ön araştırma Kararından Sonraki Başvurularda Para Cezası Verilmemesi

Kurulun ön araştırma yapmaya karar vermesinden sonra yapılacak başvurular açısından da para cezasından bağışıklık sağlanmıştır (md.4/2 md.7/2). Fakat daha önce bir başvuru yapılmamış olmalıdır. Şayet böyle bir başvuru varsa, bağışıklıktan yalnızca o başvurunun sahibi yararlanabilecektir.

İkinci bir alternatif olarak, “ön araştırma kararından soruşturma raporunun tebliğine kadar”, başvuruda bulunan teşebbüse, yönetici veya çalışana para cezası verilmeyecektir. Yani ikinci ve sonraki başvuranlar bağışıklıktan yararlanamayacaktır.

³⁴ Yönetmeliğin 6. veya 9. maddesinde belirlenen bilgi ve belgeler; başvuru konusu kartelin etkilediği ürünler, kartelin süresi, kartele taraf olan teşebbüslerin isimleri, kartelle ilişkili görüşmelerin tarihleri, yerleri, katılımcıları ve kartelle ilgili sahip olunan bilgi ve belgelerdir.

Üçüncü olarak, başvurunun kabulü, Kurumun elinde Kanunun 4. maddesinin ihlal edildiği sonucuna ulaştıracak deliller bulunmamasına bağlıdır. Burada, ön araştırma yapmaya karar verilmesinden önce yapılan başvurulardan farklı olarak bir takdir yetkisi söz konusudur.

C- Para Cezalarında İndirim

Kurulun ön araştırma yapmaya karar vermesinden soruşturma raporunun tebliğine kadar, kartele taraf olan diğer teşebbüs, yönetici ve çalışanlardan koşulları yerine getiren, ancak bağışıklıktan yararlanamayanlara verilecek para cezaları indirilecektir. Bu maddelerde esas itibarıyla iki grup düzenlenmektedir. Birinci grubu, bir kartele ilişkin olarak Yönetmelik çerçevesinde başvuruyu, ön araştırma kararından sonra ilk sırada yapan ama Kurumun elinde Kanunun 4. maddesinin ihlal edildiği sonucuna ulaştıracak deliller bulunduğu için bağışıklıktan yararlanamayanlar oluşturmaktadır. Kurul, öncelikle bağışıklık değerlendirmesi yapacak; Kanunun 4. maddesinin ihlal edildiği sonucuna ulaştıracak deliller bulunduğu gerekçesiyle bağışıklık sağlanamayacağı sonucuna ulaşırsa, yapılan başvuruyu cezada indirim talebi olarak ele alacaktır. Eğer, başvuruda bulunan bağışıklıktan yararlanmadığı takdirde ceza indiriminden yararlanmak istemediğini açıkça belirtmezse Kurul, kartel nedeniyle ceza verecek, fakat pişmanlık programı çerçevesinde ceza indirimi uygulayacaktır.

İkinci grupta ise, bir kartele ilişkin olarak ilk başvuru yapıldıktan sonra başvuru yapanlar, başvuru sıralarına göre para cezasından indirim hakkı kazanacaktır. Pişmanlık başvurusunun kabulü için Kurumun elindeki “mevcut delillere önemli ölçüde katma değer katacak delil sunmak” şeklinde bir yükümlülük getirilmemiştir. Dolayısıyla Yönetmeliğin 6. veya 9. maddesindeki bilgi ve belgelerin sunulduğu her durumda para cezalarında indirim yapılacaktır. Teşebbüslere verilecek para cezaları, ilk teşebbüs bakımından üçte bir ile yarısı arasında, ikinci teşebbüs bakımından dörtte bir ile üçte bir arasında, üçüncü ve sonraki teşebbüsler bakımından ise altıda bir ile dörtte bir arasında indirilecektir. Teşebbüslerin ihlali kabul eden ve aktif işbirliğinde bulunan yöneticileri ve çalışanları bakımından da ilk teşebbüsün yöneticileri ve çalışanlarına üçte birden, ikinci teşebbüsün yöneticileri ve çalışanlarına dörtte birden, üçüncü ve devamındaki teşebbüslerinkilere ise altıda birden az olmamak kaydıyla indirim yapılabilecek veya ceza

verilmeyebilecektir. Ayrıca, eski yönetici ve çalışanların da, teşebbüslerin yaptıkları başvurulardan yararlanmalarının önünde bir engel mevcut değildir.

3.2. Para Cezası Verilmemesi veya Verilecek Cezalarda İndirim Yapılmasının Koşulları

Pişmanlık Yönetmeliği 6.ve 9. maddelerde düzenlenmiştir ve “başvuranlar lehine yorum” ilkesinin esas alınacağı ifade edilmiştir. Bağımsızlık veya ceza indirimine ilişkin koşullar büyük ölçüde paralellik arz etmektedir. Bu koşulları ele alacak olursak;

A- Kartele Taraf Diğer Teşebbüs, Yönetici ve Çalışanlardan Bağımsız Başvuru

Kartel üyelerinin birlikte başvuru yaparak Pişmanlık Yönetmeliğinden yararlanabilmeleri mümkün değildir. Aksi takdirde kartel üyeleri, kartelin dağılacağını anladıkları zaman pişmanlık programına topluca başvuruda bulunabilecek, kartelden istedikleri faydayı sağlayacak, buna karşılık ceza almayacak veya çok az ceza alacaklardır.

B- Bilgi ve Belge Sunulması

Pişmanlık Yönetmeliğinden yararlanmak üzere başvuranlar, kartelle ilgili sahip olunan tüm bilgi ve belgeleri sunmalıdır³⁵. Sunulabilecek belgelere örnek olarak, kartelle ilişkili görüşmelerin ispatında kullanılacak faturalar, notlar, ajandalar, toplantı tutanakları, iç-dış yazışmalar, kartelin etkilediği ürünler, kartelin süresi, kartele taraf olan teşebbüslerin isimleri, kartelle ilişkili görüşmelerin tarihleri, yerleri, katılımcıları gibi kartelle ilgili vakıf oldukları tüm bilgileri, yazılı veya şifahi olarak sunmalıdır. Nihai karara kadar herhangi bir şekilde yeni bilgi veya belgelere ulaşırsa bunları da sunmakla yükümlüdür.

C- Bilgi ve Belgelerin Gizlenmemesi veya Ortadan Kaldırılmaması

Başvuru konusu kartelle ilgili bilgi ve belgelerin gizlenmemesi veya ortadan kaldırılmaması koşulu getirilmiştir. Kurul, eylemi gerçekleştiren üst düzey yönetici ise, eylem üst düzey bir yöneticinin iradesiyle

³⁵ Kartelle ilgili sahip olunan tüm bilgi ve belgeleri içeren bir başvuru doğrudan yapılabileceği gibi, Pişmanlık Yönetmeliğinin 6. ve 9. maddelerinin ikinci fıkrası uyarınca verilen süre içerisinde bilgi ve belgeleri tamamlamak üzere başvuru sırası da alınabilir.

gerçekleştirilmişse, teşebbüs eylemi engellemek için gerekli tedbirleri almamışsa, eylem öğrenildikten sonra Kuruma ivedilikle bilgi verilmemişse, bilgi ve belgelerin gizlenmemesi veya ortadan kaldırılmaması koşulunun ihlal edildiği sonucuna ulaşabilecektir.

D- Kartele Taraf Olunmaya Son Verilmesi

Görevli birim tarafından kartelin ortaya çıkarılmasını zorlaştıracığı gerekçesiyle aksi belirtilmedikçe, başvuru konusu kartele taraf olunmaya son verilmesi gerekmektedir.

E- Başvurunun Gizli Tutulması

Görevli birim tarafından aksi belirtilmedikçe, başvurunun soruşturma raporunun tebliğine kadar gizli tutulması gerekmektedir. Bu istisnaların örnekleri, pişmanlık başvurusu hakkında, soruşturmanın güvenliğini tehlikeye düşürmeyecek şekilde, diğer rekabet otoritelerine ve yasal olarak bu bilgiyi sağlamakla yükümlü oldukları kurum, kuruluş ve denetçilere bilgi verilmesidir. Kurum, pişmanlık başvurusunda bulunanların kimliklerini soruşturma raporunun tebliğine kadar gizli tutabilir.

F- İşbirliğinin Sürdürülmesi

Kurulun soruşturmanın tamamlanmasından sonra vereceği nihai karara kadar aktif işbirliğinin sürdürülmesi yükümlülüğü vardır. Ancak savunmada başvuru sırasında sunulan bilgi ve belgelerle çelişen açıklamalardan kaçınılması gereklidir.

G- Diğer Teşebbüslerin İhlale Zorlanması Halinde Bağışlıktan Yararlanılmaması

Başvuruda bulunan, kartele taraf olan diğer teşebbüsleri ihlale zorlamış ise bağışlıktan yararlanmayıp, para cezaları indiriminden yararlanabilecektir

3.3. Bağışlık veya Para Cezası İndiriminde Uygulanacak Usul

Bu usul kuralları beş başlık altında ele alınabilir.

A- Kartel ve Yerinde İnceleme Destek Birimi, Anonim Bilgi Talepleri, Resmi ve Farazi Başvuru

Yönetmeliğin uygulanması için Kurul tarafından görevlendirilen birim Kartel ve Yerinde İnceleme Destek Birimidir³⁶. Pişmanlık Yönetmeliğinden yararlanmak isteyenler kimliklerini gizleyerek Birimi arayabilirler. Birim, Kurulun takdir hakkının saklı olduğunu belirterek muhataplarına, başvuruda bulunması halinde bağışıklıktan veya indirimden yararlanıp yararlanamayacaklarına ilişkin bilgi verir. Pişmanlık Yönetmeliğinden yararlanmak için yapılan başvurular, ilgili veya temsilcisi tarafından yazılı olarak yapılır.

B- Başvuruda Bulunacaklara Süre Verilmesi

Başvuruda bulunacaklara, sunmaları istenen bilgi ve belgeleri tamamlayabilmeleri için süre verme imkânı tanınmıştır. Bu uygulama sıra sistemi olarak da adlandırılmaktadır. Dolayısıyla Pişmanlık Yönetmeliğinden yararlanmak isteyenler gerekli tüm bilgi ve belgeleri içeren bir başvuruyu doğrudan yapabilecekleri gibi verilen süre içerisinde bilgi ve belgeleri tamamlamak üzere başvuru sırası da alabilirler. Süre verilmesi yalnızca bağışıklık için yapılan başvurularla sınırlı değildir. Para cezası indirimi için yapılan başvuruları da kapsamaktadır. Talepte bulunan herkese süre tanınması esastır. Ancak soruşturmanın çok geç bir aşamasında başvurunun tamamlanabilmesi için süre istenmesi gibi durumlarda zaman kısıtından dolayı süre verilmeyebilir veya çok kısa bir süre verilebilir. Verilecek süre, her dosyanın özelliğine göre, olay bazında takdir edilecektir. Ancak bir aydan daha fazla süre verilmemesi esastır³⁷.

C- Bilgilerin Şifahi Olarak Sunulması

Kartelle ilgili sahip olunan bilgiler şifahi olarak sunulabilir. Bu bilgiler görevli meslek personeli tarafından yazılı hale getirildikten sonra ilgili veya temsilcisine teyit ettirilir. Söz konusu teyit işlemi, ilgili veya temsilcisinin, görevli meslek personeli tarafından hazırlanan tutanağı imzalamaları veya tutanağı okuyup kabul ettiklerinin elektronik araçlarla kayıt alınmasına imkân vermeleri suretiyle yapılır. Kartelle ilgili sahip olunan bilgilerin şifahi olarak sunulabilmesi hem bağışıklık hem de ceza indirimi için yapılan

³⁶ Bundan böyle Birim olarak anılacaktır.

³⁷ Kılavuz, paragraf 58, s.16.

başvurularda şifahi sunumun gerekçesinin gösterilme zorunluluğu olmaksızın mümkündür³⁸.

D- Başvuru Sonucunun Kısa Süre İçinde Öğrenilmesi

Başvurunun tamamlanmasını müteakip, ilgililere, ceza verilmemesi veya cezalarda indirim yapılması hususu Kurul tarafından karara bağlanarak başvuruda bulunana tebliğ edilecektir. Bu düzenlemeyle, başvuruda bulunanlar hukuki durumlarını önceden öğrenebilmekte, böylece güvence sağlanıp belirsizlik azaltılmaktadır³⁹.

E- Soruşturmanın Tamamlanmasının Ardından Nihai Kararın Verilmesi

Kurul, Kanunun ilgili hükümleri uyarınca soruşturmanın ve savunmaların tamamlanmasının ardından vereceği nihai kararda bir kartel saptarsa, Yönetmeliğin 4. veya 7. maddesi kapsamındakilere ceza uygulamayacaktır. 5. veya 8. maddesi kapsamındakilerin cezalarını ise, başvurunun tamamlanmasını müteakip başvuruda bulunanlara tebliğ edilen indirim aralığındaki asgari orandan az, azami orandan fazla olmayacak şekilde indirecektir. Pişmanlık başvurusuna ilişkin Kurul, vereceği nihai kararda, soruşturma konusu davranışların kartel niteliği taşımadığını tespit eder, ancak Kanunun 4. maddesini ihlal ettiği ve bu nedenle para cezası verilmesi gerektiği sonucuna ulaşabilir. Böyle bir durumda Kurul artık Yönetmelik hükümlerini değil, Kanunun 16. maddesini uygulayacaktır.

3.4. İlave İndirim

İlave indirim bir pazara yönelik soruşturmada bağışıklıktan yararlanması mümkün olmayanların, başka bir pazardaki kartele ilişkin olarak ilk sırada başvuruda bulunmaları halinde, hem ikinci pazardaki kartelden dolayı bağışıklıktan yararlanması hem de ilk pazardaki kartelden kaynaklanan cezalarında ilave indirim yapılmasına verilen addır.

4. Pişmanlık Yönetmeliğinin Uygulandığı Rekabet Kurulu Kararları

Pişmanlık programının Kurul tarafından nasıl uygulandığı teşebbüsler açısından hayati önem arz etmektedir. Uygulamalarıyla Kurul, ya

³⁸ Kılavuz, paragraf 64, s.17.

³⁹ Kılavuz, paragraf 68, s.18.

teşebbüslerin pişmanlık başvurusu yapmasını teşvik edecek ve çok sayıda kartelin ortaya çıkarılması ve sona erdirilmesi amacına hizmet edecek ya da ta teşebbüsler pişmanlık başvurusunda bulunmanın kendileri açısından avantajlı ve güvenli olmadığı düşüncesine kapılarak başvuru yapmaktan kaçınacaklardır.

Kurul'a Pişmanlık Yönetmeliği kapsamında başvuru yapılan Buzdolabı kompresörleri olayında⁴⁰ tam bağışıklık talep edilmiştir. Kurul, fiyat belirleme kartelini kanıtlayan hiçbir delil bulamamış ve soruşturma açılmasına gerek olmadığı sonucuna varmıştır. Aynı olay AB Komisyonunun önüne gitmiş ve karteli ihbar edip pişmanlık başvurusunda bulunan teşebbüse tam bağışıklık sağlanırken, kartelin diğer üyelerinin para cezalarında indirimine gidilmiş ve toplamda 161 milyon dolar cezaya hükmedilmiştir.

Uluslararası bir kartel olan TV tüpleri (CPT) kararında⁴¹ televizyon setleri için kullanılan renkli resim tüpleri pazarında faaliyet gösteren teşebbüslerin rakipleri ile bilgi alışverişinde bulunduğu ve pazar üzerinde birtakım anlaşmalar yaptığı, bu teşebbüslerden Samsung SDI ve Thomson'un Türkiye pazarına ilişkin toplantılara katılarak Kanun'u ihlal ettikleri iddia edilmiş ve pişmanlık başvurusunda bulunulmuştur. Ön araştırma kararını takiben yapılan şifahi görüşmelerde kartel oluşumuna taraf olduğu iddia edilen teşebbüslerin Türkiye'deki birimlerinin yetkililerine ilişkin bilgi ve belgeler talep edilmiştir. Ancak gönderilen dokümanlarda, yerinde incelemede kullanılma amacına hizmet edebilecek niteliği haiz bilgilere yer verilememiştir. Dolayısıyla dosya konusu iddialara ilişkin olarak soruşturma açılmasına gerek olmadığına karar verilmiş ve pişmanlık başvurusu ayrıca değerlendirilmemiştir. Aynı pişmanlık başvurusu, renkli ekran tüpleri (CDT) ve katot ışın tüpleri (CRT) sektörleri için Avrupa Komisyonu'na da yapılmış; pişmanlık başvurusunda bulunan Chunghwa tam bağışıklık elde etmiştir. Kartele ortak diğer teşebbüslerin para cezalarında indirim yapılarak toplam 1.47 milyar dolar para cezası verilmiştir⁴².

40 Karar Sayısı: 09-31/668-156, Karar Tarihi: 1.7.2009.

41 Karar Sayısı: 09-56/1339-342, Karar Tarihi: 18.11.2009.

42 www.europa.eu/rapid/press_release_IP_12-1317_en.htm. Erişim tarihi. 23.06.2015

Pişmanlık Yönetmeliği'nin yürürlüğe girmesinden sonra bir dönüm noktası olan Gaz Karteli kararında⁴³ elli beş teşebbüs hakkında medikal gaz piyasasında soruşturma açılmasına karar verilmiştir. Ön araştırma sürecinde Berk Gaz, pişmanlık başvurusu yapmıştır. Kurul, yerinde inceleme esnasında soruşturmaya ışık tutacak açık deliller elde etmesine rağmen, bağışıklık için başvuran ilk teşebbüs olan Berk Gaz, Pişmanlık Yönetmeliğinde belirtilen diğer şartları yerine getirirken, yeterli belge ve bilgileri sağladığı konusunda Kurulu ikna etmiş ve tam bağışıklıktan yararlanmıştır. Fakat Kurul, kamu ihalesine fesat karıştırdıkları gerekçesiyle diğer kartel üyeleri ile birlikte pişmanlık başvurusu yapan teşebbüste dahil olmak üzere suç duyurusunda bulunmuş ve elindeki bulguları Cumhuriyet Savcısına iletmiştir. Tam bağışıklık elde etmesine rağmen pişmanlık başvurusunda bulunan teşebbüsün yöneticileri, ihaleye fesat karıştırmaya suçundan hapis cezasına çarptırılmıştır.

Condor kararında⁴⁴ Kurul'a SunExpress ile Condor arasında Almanya-Türkiye arasındaki uçuşlarda bilet fiyatlarının belirlenmesinde işbirliği içerisinde hareket edildiği bilgisiyile başvuru yapılmıştır. Bu karar, Kurul'un teşebbüslerin eylemlerini bir kartel olarak tanımlamaktan kaçındığı⁴⁵ fakat iddia edilen ihlalleri gerçekleştiren taraflardan birinin yaptığı pişmanlık başvurusunu kabul ederek tam bağışıklık tanıdığı ilginç bir karardır. Kurul çeşitli anlaşmalarla Almanya ve Türkiye arasındaki uçuşlar ile ilgili olarak rekabeti sınırladıkları gerekçesiyle SunEkspres Havacılık ve Condor Flugdienst hakkında soruşturma başlatmıştır. Kurul, iki teşebbüsün yaptıkları dağıtım anlaşmaları çerçevesinde fiyat belirleme yoluyla RKHK'nun 4. maddesini ihlal ettiğine karar vermiştir. Soruşturma sonunda Sun Ekspres'e yaptığı pişmanlık başvurusu kabul edilerek herhangi bir para cezası verilmemiştir. Kartelin diğer üyesi olan Condor da Yönetmeliğin 5. maddesinden yararlanmak üzere başvuruda bulunmuştur. Kurul, SunExpress tarafından daha önce pişmanlık başvurusunda bulunmuş olması sebebiyle

⁴³ Karar Sayısı: 10-72 / 1503-572, Karar Tarihi: 11 Kasım 2010.

⁴⁴ Karar Sayısı: 11-54/1431-507, Karar Tarihi: 27.10.2011.

⁴⁵ 12 Türk bankasının konu olduğu karar, belki de Kurul tarihindeki en dikkat çekici kararlardan birisidir. Kurul, 9 bankanın eylemi kartel tanımıyla birebir örtüşmesine rağmen kartel tanımlamasından kaçınmış ve teşebbüslere kartel oluşturmaktan değil, mevduat, kredi kartları ve kredi hizmetleri pazarlarında 4. madde kapsamında bir anlaşma ve/veya uyumlu eylem yoluyla rekabet ihlali gerçekleştirdikleri gerekçesiyle toplam 1,1 milyar TL idari para cezası vermiştir.

Condor'un bağışıklıktan yararlanamayacağına hükmetmiştir. Bununla birlikte henüz soruşturma raporunun taraflara tebliğ edilmemesi ve daha önce yapılmış bir başvurunun bulunmamasını dikkate alarak Condor'un cezasında indirim yapılmıştır. Pişmanlık başvuruları sadece kartel vakaları için mümkün olmasına rağmen Kurul, bu kararda ihlali kartel olarak tanımlamaksızın Pişmanlık Yönetmeliği hükümlerini uygulamıştır. İlgili karar metnine göre Kurul Condor'un sunduğu bilgi ve belgelere dayanarak otomatik olarak para cezasından indirim yapmıştır. İki teşebbüsten oluşan kartelde ikinci teşebbüsün pişmanlık programından yararlanması için devam eden soruşturmaya değer katacak önemli ve yeterli bir kanıt sunması gereklidir. Bu kararda Kurul'un pişmanlık başvurularını teşvik etmek amacıyla oldukça cömert davrandığı düşünülmektedir.

Kurul'un Otuzbir Kimya kararında⁴⁶, sodyum sülfat üreticileri olan Otuzbir Kimya ve Sanayi Türk Ltd. Şti. ve Sodaş Sodyum Sanayi A.Ş.'nin aralarında anlaşarak toz sodyum sülfat, kristal sodyum sülfat ve ham tuz pazarlarında fiyat belirleme ve müşteri paylaşma yoluyla kartel oluşturdukları iddiası ile soruşturma başlatılmıştır. Sodaş, sodyum sülfat pazarlarındaki kartel için ön araştırma kararından sonra pişmanlık başvurusunda bulunmuş, ancak tam bağışıklık alamamış, para cezasında indirime gidilmiştir. Bu kararda Kurul, hem karteğe taraf olan teşebbüsleri hem de "ihlalde belirleyici etkisi olan kişilere" ceza vermiş, fakat pişmanlık başvurusunda bulunan Sodaş Sodyum ve genel müdürün cezasında indirime gitmiştir. Otuzbir Kimya kararı, ihlalde belirleyici etkisi olan kişilere ceza verilmesi açısından ilk karardır.

Çelik çember kararı olan bilinen kararda⁴⁷ Kurul, MPS Metal Plastik Sanayi Çember ve Paketleme Sistemleri İmalat ve Tic. A.Ş. ile Bekap Metal İnşaat San. ve Tic. A.Ş.'nin ortak üretim ve satış konusu olan çelik ambalaj çemberinde uygulanacak satış fiyatlarına ilişkin aralarında anlaşma yaptıkları iddiası üzerine soruşturma başlatmıştır. Söz konusu kararda, MPS Metal, ön araştırma yapılmasına karar verilmesinden soruşturma raporunun tebliğine kadar geçen sürede pişmanlık başvurusu yapmış ve para cezasından tam bağışıklık sağlanmasını talep etmiştir. Kurul, MPS Metal'in pişmanlık başvurusuna istinaden; toplamda karara konu edinilen 28 evrakın 22

⁴⁶ Karar Sayısı: 12-24/711-199, Karar Tarihi: 03.05.2012.

⁴⁷ Karar Sayısı: 12-52/1479-508, Karar Tarihi: 30.10.2012.

tanenin zaten yerinde incelemede elde edildiği ve ilave sunulan 6 adet dokümanın karteli tamamen ortaya koyar nitelikte olmadığından MPS Metal'e para cezasından tam bağışıklık sağlanamayacağına karar vermiştir. Oysa Yönetmelikte yeterli, "mevcut delillere önemli ölçüde katma değer katacak delil sunmak" şeklinde bir yükümlülük getirilmemiştir. Çelik Çember kararında ise, tutarsız bir tavır sergileyerek pişmanlık programı bağlamında bir işbirliği için neredeyse imkânsız bir standart öngörmüştür. Kurul, teşebbüslerin yönetici ve çalışanlarına ihlalde belirleyici etkileri olmadığı gerekçesiyle idari para cezası vermemiştir.

Pişmanlık başvurusunun şifahi yapıldığı 3M kararında⁴⁸ 3M Sanayi ve Ticaret A.Ş. tarafından yapılan başvuruda trafik işaretleme sektöründe faaliyet gösteren bazı teşebbüslerin Kanun'u ihlal eden eylemlerde buldukları iddiasında bulunmuş ve pişmanlık başvurusu yapılmıştır. Kararda, pişmanlık başvurusunda bulunan 3M tamamen işbirliği yapmamış, üstelik binalarına şafak-baskınları yapılmış, soruşturmayı yürüten ekip Kurul'a bir şafak baskınında elde edilmesi mümkün olan tüm belgeleri vermediği gerekçesiyle pişmanlık başvurusunda bulunan 3M'e tam bağışıklık verilmemesi önerisinde bulunmuş olmasına rağmen söz konusu teşebbüse tam bağışıklık verilmiştir. Kararda Kurul RKHK'nun 4 üncü maddesinin ihlalini kanıtlayacak yeterli delil olmadığına karar vermiş ve söz konusu teşebbüslere para cezası vermemiştir. Bu kararla, teşebbüslere pişmanlık programlarının amacının aksine, pişmanlık programlarından herhangi bir fayda sağlamayacakları yönünde olumsuz bir örtük mesaj verilmiştir.

Pişmanlık başvurusu ile tam bağışıklık verilen, emsal teşkil edecek nitelikteki karar örmeği Maya karteli⁴⁹dir. Çünkü söz konusu karar, ön araştırma başlatılıp şafak baskınlarından sonra yapılan bir pişmanlık başvurusuna tam bağışıklık verilmiş olan ilk Kurul kararıdır. Aynı zamanda Kurul tarihinin en yüksek oranlı para cezası (Mauri Maya cirosunun % 4,5 oranında) olarak da dikkat çekicidir. Kurul, dört yaş maya üreticisine karşı taze ekmek mayası fiyatını belirlemek için gizli anlaşma yoluyla RKHK'nun 4. maddesini ihlal edip etmediklerini belirlemek üzere bir soruşturma başlatmıştır. Soruşturma sonucunda Kurul üç teşebbüse söz konusu ihlalden

⁴⁸ Karar Sayısı: 12-46/1409-461, Karar Tarihi: 27.09.2012.

⁴⁹ Karar sayısı: 14-42 / 783-346, Karar Tarihi: 22. 10. 2014.

dolayı yaklaşık 14 milyon TL idari para cezası vermiş, diğer teşebbüs Mauri Maya ise tam bağışıklık elde etmiştir.

Kurul kararını tartışılır hale getiren Mauri Maya'nın tam bağışıklık sağlayan pişmanlık başvurusunun ön araştırma başladıktan ve teşebbüslere şafak baskınları gerçekleştirildikten sonra yapılmış olmasıdır. Tam bağışıklığın gerekçesi olarak soruşturma boyunca Mauri Maya'nın aktif işbirliğinin kalite, etkinlik ve zamanlama açısından kartelin varlığına dair inandırıcı delil sağlaması olarak ifade edilmiştir. Tam bağışıklığı düzenleyen Yönetmelik md. 4'e göre tam bir bağışıklık iki halde söz konusu olabilir. Birincisi, ön araştırma kararı verilmeden önce yönetmelik çevresinde başvuruda bulunulmasıdır. İkincisi ise, Kurulun ön araştırma yapmaya karar vermesinden soruşturma raporunun tebliğine kadar geçen sürede yapılan başvuru şeklindedir. İlk durumda usulüne uygun yapılan başvuru başka bir şart aranmaksızın tam bağışıklığı sağlamaktadır. Ön araştırma kararından sonra yapılacak başvurularda ise, RKHK'nun 4. maddesinin ihlal edildiği sonucuna ulaştıracak *delillerin elde edilememesi* tam bağışıklığı sağlama şartıdır. Oysa Maya davasında Mauri Maya, Kurulca verilen ön araştırma kararı ve bu karara dayanılarak yapılan yerinde incelemelerden sonra başvuruda bulunmuştur. Dolayısıyla söz konusu teşebbüsün başvurusu ancak Yönetmeliğin 4/2 fıkrası kapsamında değerlendirilebilecektir. Eğer ön araştırma sonucunda elde edilen deliller bir kartel anlaşmasını ortaya koyacak niteliği haiz değilse başvuru teşebbüse tam bağışıklık sağlayacaktır. Oysaki Kurul'un gerekçeli kararı incelendiğinde ön araştırma kararından sonra pişmanlık başvurusu öncesi yapılan şafak baskınları ile soruşturma yapılan teşebbüslerde ve pişmanlık başvurusunda bulunan teşebbüste Kurulu ihlal sonucuna ulaştıracak çok sayıda somut belge elde edildiği ortadadır. Dolayısıyla bu soruşturmada ihlali ortaya çıkaran pişmanlık başvurusu değil, şafak baskınlarında elde edilen kanıtlardır. Kurul, ceza indirimine gitmesi gerekirken, tam bağışıklık için gerekli koşulları taşımadığı halde Mauri Maya'ya tam bağışıklık tanımıştır. Bu kararla Kurul, başvurunun içeriğini pişmanlık hükümlerinden yararlanabilmek yeterli kabul ettiği durumlarda başvurunun zamanlamasının tam bağışıklık elde etmeyi engellemeyeceği mesajını vermektedir. Teşebbüsleri pişmanlık programından yararlanmaya teşvik mahiyetinde olan bu karar, tespit edilemediği için sonlandırılmayan kartellerin tarafı olanlarca açığa çıkarılmasını sağlamaktadır. Kurul, bu kararlarla kartele taraf olanları ön soruşturma başlatılmış olmasına, hatta delil

elde etmek için şafak baskınları yapılmasına rağmen, pişmanlık başvurusu zımnen yapmaya teşvik etmiştir.

Kahramanmaraş sürücü kursları kararında⁵⁰ Kahramanmaraş'ta faaliyet gösteren yirmi bir sürücü kursu hakkında aralarında anlaşmak suretiyle sürücü kursu ücretlerini belirledikleri iddiasıyla soruşturma açılmasına karar verilmiştir. Soruşturma açıldıktan sonra Gençbilir MTSK tarafından pişmanlık başvurusunda bulunulmuş ve başvuru kabul edilmiştir. Süvari MTSK'nın savunmasında Pişmanlık Yönetmeliği hükümlerinden yararlanma talebi, soruşturma başladıktan sonra yapılması, diğer bir ifadeyle süresi içerisinde yapılmamış olması nedeniyle reddedilmiştir. Kurul, 21 teşebbüse aralarında sürücü kursu ücretlerini belirlemeye yönelik anlaşmayla Kanun'un 4. maddesini ihlal ettikleri gerekçesiyle idari para cezası verilmesine hükmetmiştir. Özel Gençbilir Taşıt Sürücü Kursuna ise pişmanlık başvurusu dikkate alınarak, cezasında ½ oranında indirim yapılmasına karar vermiştir. Bu karar, Kurulun kartel tanımlaması yapmadan pişmanlık başvurusu dolayısıyla kısmi bağışıklık sağladığı bir diğer karar örneğidir.

Didim Fırıncılar kararında⁵¹ Aydın ili Didim ilçesindeki fırıncıların anlaşma yaparak ekmek fiyatlarındaki rekabeti ortadan kaldırdıkları iddiasıyla soruşturma açılmıştır. Soruşturma açıldıktan sonra pişmanlık başvurusu yapılmış ve başvuruda bulunan teşebbüsler kartelin etkilediği ürünler, kartelin süresi, kartele taraf olan teşebbüslerin isimleri, kartelle ilişkili görüşmelerin tarihleri, yerleri, katılımcıları ve kartelle ilgili sahip olunan bilgi ve belgeler hakkında bilgi vermişlerdir. Buna göre, Didim ilçesinde faaliyet gösteren 14 teşebbüs arasında yapılan anlaşma, ekmek fiyatını belirlemeye yöneliktir. Soruşturma tarafı teşebbüslerin tamamının varlığını kabul ederek pişmanlık başvurusunda bulunduğu bu anlaşma, Yönetmelik'teki "kartel" tanımına uyum göstermektedir. Soruşturma sonucunda, hakkında soruşturma yürütülen 14 teşebbüse 2012 yılına ait gayri safi gelirinin takdiren % 8'i oranında olmak üzere idari para cezası verilmiş, bununla beraber, pişmanlık başvuruları dikkate alınarak, teşebbüslere verilen cezanın anılan Yönetmelik hükmü uyarınca indirilmesi karar altına alınmıştır.

⁵⁰ Karar Sayısı: 14-29/610-264, Karar Tarihi: 20.08.2014.

⁵¹ Karar Sayısı: 14-04/80-33, Karar Tarihi: 22.01.2014.

Aksaray Fırıncılar kararında⁵² Merkez’de faaliyet gösteren fırınların ekmek satış fiyatını birlikte belirlemek suretiyle kartel oluşturdukları iddiası ile 45 teşebbüs hakkında soruşturma başlatılmıştır. Soruşturma başladıktan sonra haklarında soruşturma yürütülen teşebbüslerin tamamı pişmanlık başvurusunda bulunmuştur ve başvurular kabul edilmiştir. Haklarında soruşturma yürütülen teşebbüslerin tamamı pişmanlık başvurusunda söz konusu kartelin varlığını kabul etmiştir. Kurul, teşebbüslere 2013 yılında ekmek satış fiyatını birlikte belirlemek suretiyle Kanun’un 4. maddesini ihlal ettikleri gerekçesiyle 2012 yılına ait gayri safi gelirlerinin takdiren % 2’si oranında idari para cezası verilmesine hükmetmiştir. Teşebbüslerin pişmanlık başvurularını dikkate alan Kurul teşebbüslerin para cezalarında ½ ile ¼ arasında indirim yapmıştır.

5. Sonuç

Karteller, “serbest piyasa ekonomilerinin kanserli unsurları” olarak nitelendirilmekte ve bunların ortadan kaldırılması gerektiği belirtilmektedir⁵³. Buradan hareketle bütün ülkelerin Rekabet Hukuku düzenlemelerinde karteller yasaklanmış ve bu yasağın ihlali cezalandırılmıştır. Fakat kartellere yaptırım uygulanmasının ön şartı kartellerin tespit edilebilmesidir, çünkü kartellerde, eylem ve eylemi gerçekleştirenler gizlidir. Kartellerin tespiti ve cezalandırılması için gereken bilgiler ve belgeler ihlalde bulunanlar tarafından gizlenmektedir. Bu durum da kartelleri ortaya çıkarabilmek ve soruşturabilmek için özel yapıların ve yetkilerin varlığını, özel ispat standartları ve ispat araçlarını zorunlu kılmıştır.

Pişmanlık programları kartelle mücadele etmenin en etkin yollarından birisidir. AB Komisyonuna göre, pişmanlık programı, kartelleri yakalamadaki en etkin araçtır⁵⁴. Aynı zamanda rekabet otoritelerinin kartel delillerini elde etmek için harcayacağı zamandan tasarruf edilmesi nedeniyle kamu kaynaklarının daha etkin kullanımını sağlamaktadır. Pişmanlık programlarında amaç, rakipler arasında güvensizlik yaratmak ve kartelin

⁵² Karar Sayısı: 14-15/287-120, Karar Tarihi: 16.04.2014.

⁵³ Monti, 2001, s.14.

⁵⁴ Bkz. *National Grid Electricity Transmission Plc v. ABB Ltd* (2012) EWCH 869 (ch): Observation of the European Commission pursuant to art. 15(3) of Regulation 1/2003, p. 12.

açığa çıkması korkusunu artırmak suretiyle rekabet kurallarına uyumu artırmaktır⁵⁵. Programın çıkış noktasını, tespit edilemeyen ihlalleri, ihlale katılan teşebbüslerin işbirliği yoluyla ortaya çıkartmak oluşturmaktadır⁵⁶.

Pişmanlık programları, rekabet kurumları açısından kartellerin ortaya çıkarılması ve son verilmesi amacına hizmet ederken, teşebbüsler bakımından da yaptıkları yanlıştan yol yakınken dönme, ya ceza almama ya da cezadan indirim yapılması avantajını sağlamaktadır.

Pişmanlık Programları uluslararası kartellerin ortaya çıkarılmasını kolaylaştırabilmektedir. AT-Türkiye Ortaklık Konseyi 1/95 Kararı madde 43 düzenlemesi gereği eğer Rekabet Kurumu AB'deki bir kartelin Türkiye'de rekabeti olumsuz etkilediğine inanıyorsa, karteli Avrupa Komisyonu'na bildirmek hem de Komisyon'un gerekli önlemleri almasını istemek yetkisine sahiptir. Bu hüküm taraflara (AB ve Türkiye) karşılıklı hak ve yükümlülükler getirmektedir. Avrupa Komisyonu, Rekabet Kurumu'ndan ilgili pazarlarda rekabetin yeniden sağlanması için gerekli tedbirleri uygulamasını istemek yetkisine sahiptir. Ayrıca Türk Rekabet Kurumu ile diğer birçok ülke rekabet kurumları arasında kartel uygulamalarına ilişkin bir dizi ikili işbirliği anlaşmaları vardır.

Bu çalışmada Türk Rekabet Hukukunda Pişmanlık Programının nasıl uygulandığı, konuyla ilgili Kurul kararları ışığında inceleme konusu edilmiştir. Öncelikle şunu belirtmek gerekir ki, Pişmanlık Programının yürürlüğe konması için niçin 12 yıl beklendiği sorusuna net bir yanıt bulmak zordur. Üstelik mehzaz kanun olan AB Rekabet Hukuku mevzuatında bu konudaki ilk düzenleme 1996, ikinci düzenleme 2002'de yapılmış olmasına rağmen Türkiye'de 2009 yılına kadar Pişmanlıkla ilgili bir düzenleme yapılmamıştır. Bu konuda belki Pişmanlık Programı uygulamaya konulmadan önce de yasal düzenlemenin kartellerin ortaya çıkarılmasında aktif işbirliği halinde ceza verilmeyebileceği veya indirim yapılması imkânı verdiği (m.16) savunması yapılabilir. Fakat yukarıda ifade edildiği üzere, bu

⁵⁵ CARUSO, A. (2010), "Leniency Programs and Protection of Confidentiality; The Experience of the European Commission", *Journal of European Competition Law & Practice*, No:1(6), s. 454; CAUFFMAN, C. (2011), "The Interaction of Leniency Programmes and Actions for Damages", *The Competition Law Review*, No:7(2), s. 181.

⁵⁶ Kocaer 2005, s. 9; SPAGNOLO, G. (2003), "Divide et Impera Optimal Deterrence Mechanism Against Cartels and Organized Crime", University of Mannheim, CEPR, <http://repec.org/esNAWM04/up.24618.1049197921.pdf>, Erişim Tarihi: 12.03.2013, s. 5; WILS, W.P.J. (1997), 68.

düzenleme Pişmanlık programının sahip olduğu şeffaflık, bağımsızlık ve başvuran lehine yorum yapılması ilkelerine yer vermemektedir.

Aslında 2009 tarihli Yönetmelik incelendiğinde AB'nin 2006 Pişmanlık programı ve AB üyesi ülkelerin rekabet otoriteleri tarafından bir işbirliği ve eşgüdüm platformu olarak kurulan Avrupa Rekabet Ağı (ECN) bünyesinde, hazırlanıp kabul edilen model pişmanlık programıyla uyumlu olduğu ortaya söylenebilir⁵⁷. Pişmanlık Kılavuzu ise, Pişmanlık Yönetmeliği hükümlerinin uygulanması ve yorumlanmasında belirsizliği azaltmayı, aynı zamanda teşebbüslerin pişmanlık programından daha verimli bir şekilde faydalanmasını sağlamak amacıyla yürürlüğe konmuştur.

Rekabet Kurulu'nun Pişmanlık Yönetmeliği ve hükümlerini uyguladığı kararlar birçok açıdan eleştirilebilir. Yönetmeliğin uygulanmasında ciddi sorunlar yaşanmış ve tutarlılık, şeffaflık ve caydırıcılığı sağlama amacıyla yürürlüğe konan Kılavuz da ne yazık ki bunu sağlayamamıştır. Uygulamada ortaya çıkan sorunlara kararlar ışığında değinecek olursak; ilk tutarsızlık kartel tanımlamasına ilişkindir. Condor kararı, Kurul'un teşebbüslerin eylemlerini bir kartel olarak tanımlamaktan kaçındığı fakat iddia edilen ihlalleri gerçekleştiren taraflardan birinin yaptığı pişmanlık başvurusunu kabul ederek tam bağımsızlık tanıdığı ilginç bir karardır. Soruşturma sonunda Sun Ekspres'e yaptığı pişmanlık başvurusu kabul edilerek herhangi bir para cezası verilmemiştir. Pişmanlık başvuruları sadece kartel vakaları için mümkün olmasına rağmen Kurul, bu kararda ihlali kartel olarak tanımlamaksızın Pişmanlık Yönetmeliği hükümlerini uygulamıştır.

Kartel tanımlaması yapılmadan pişmanlık başvurusunun kabul edildiği ve ceza indirimi uygulandığı bir diğer Kurul kararı Kahramanmaraş sürücü kursları kararıdır. Kahramanmaraş'ta faaliyet gösteren yirmi bir sürücü kursu hakkında aralarında anlaşarak sürücü kursu ücretlerini belirledikleri iddiasıyla soruşturma açılmasına karar verilmiştir. Soruşturma açıldıktan sonra Gençbilir MTSK tarafından pişmanlık başvurusunda bulunmuş ve

⁵⁷ Örneğin, bağımsızlığı düzenleyen 4. maddede Kurulun ön araştırma yapmaya karar vermesinden önce, rakiplerinden bağımsız bir şekilde Yönetmeliğin 6 ncı maddesinde belirlenen bilgi ve belgeleri sunan ve koşulları yerine getiren ilk teşebbüse para cezası verilmeyeceği; Kanunun 4 üncü maddesinin ihlal edildiği sonucuna ulaştıracak deliller bulunmazken, ön araştırmadan soruşturma raporunun tebliğine kadar, kartele ilişkin bilgi ve belgeleri sunan ve koşulları yerine getiren ilk teşebbüse ve bu madde kapsamındaki teşebbüsün yöneticileri ve çalışanlarına da para cezası verilmeyeceği 2006 tarihli programla birebir örtüşmektedir.

başvuru kabul edilmiştir. Kurul, 21 teşebbüse aralarında sürücü kursu ücretlerini belirlemeye yönelik anlaşmayla Kanun'un 4. maddesini ihlal ettikleri gerekçesiyle idari para cezası verilmesine hükmetmiştir. Özel Gençbilir Taşıt Sürücü Kursuna ise, pişmanlık başvurusu dikkate alınarak, cezasında ½ oranında indirim yapılmasına karar vermiştir. Bu karar, Kurulun kartel tanımlaması yapmadan pişmanlık başvurusu dolayısıyla kısmi bağışıklık sağladığı bir diğer karar örneğidir.

Pişmanlık Yönetmeliği uygulamasında Kurul'un tutarsızlık gösterdiği bir diğer alan, başvurunun zamanlamasına ilişkindir. Hangi zaman diliminde yapılacak pişmanlık başvurularını tam bağışıklık, hangilerinin kısmi bağışıklık sağlayacağına dair Kurul kararlarından bir sonuca varmak mümkün gözükmemektedir. Mauri Maya kararında tam bağışıklık sağlayan pişmanlık başvurusu ön araştırma başladıktan ve teşebbüslere şafak baskınları gerçekleştirildikten sonra yapılmıştır. Oysa tam bağışıklığı düzenleyen Yönetmelik md. 4'e göre tam bağışıklık iki halde söz konusu olabilir. Birincisi, ön araştırma kararı verilmeden önce Yönetmelik çerçevesinde başvuruda bulunulmasıdır. İkincisi ise, Kurulun ön araştırma yapmaya karar vermesinden soruşturma raporunun tebliğine kadar geçen sürede yapılan başvuru şeklindedir. İlk durumda usulüne uygun yapılan başvuru başka bir şart aranmaksızın tam bağışıklığı sağlamaktadır. Ön araştırma kararından sonra yapılacak başvurularda ise, RKHK'nun 4. maddesinin ihlal edildiği sonucuna ulaştıracak *delillerin elde edilememesi* tam bağışıklığı sağlama şartıdır. Oysa Maya davasında Mauri Maya Kurulca verilen ön araştırma kararı ve bu karara dayanılarak yapılan yerinde incelemelerden sonra başvuruda bulunmuştur. Kurul, söz konusu başvuruyu Yönetmeliğin 5. maddesi kapsamında ele alıp ceza indirimine gitmesi gerekirken, tam bağışıklık için gerekli koşulları taşımadığı halde Mauri Maya'ya tam bağışıklık tanımıştır.

Pişmanlık Yönetmeliğinin uygulanması bağlamında delillerin değerlendirilmesi bir diğer tutarsızlık içeren konudur. Kurul'a Pişmanlık Yönetmeliği kapsamında başvuru yapılan Buzdolabı kompresörleri olayında tam bağışıklık talep edilmiştir. Kurul, fiyat belirleme kartelini kanıtlayan hiçbir delil bulamamış ve soruşturma açılmasına gerek olmadığı sonucuna varmıştır. Aynı olay AB Komisyonunun önüne gitmiş ve karteli ihbar edip pişmanlık başvurusunda bulunan teşebbüse tam bağışıklık sağlanırken kartelin diğer üyelerinin para cezalarında indirime gidilmiş ve toplamda 161 milyon dolar cezaya hükmedilmiştir. Condor kararında ise, Kurul ikinci

başvuruda bulunan Condor'un pişmanlık başvurusu kapsamında sunduğu bilgi ve belgeler Yönetmelikte belirtilen koşulları sağlayıp sağlamadığı yönüyle incelemiştir. Condor'a Kurul'un elindeki mevcut delillere önemli ölçüde katma değer katacak belge sunulması şeklinde bir yükümlülük yüklenmiş ve otomatik olarak para cezasından indirim yapmıştır. İki teşebbüsten oluşan kartelde ikinci teşebbüsün pişmanlık programından yararlanması için devam eden soruşturmaya "değer katacak önemli ve yeterli bir kanıt" sunması gereklidir. Bu kararda Kurul'un pişmanlık başvurularını teşvik etmek amacıyla oldukça cömert davrandığı düşünülmektedir.

Çelik çember kararında, MPS Metal, ön araştırma yapılmasına karar verilmesinden soruşturma raporunun tebliğine kadar geçen sürede pişmanlık başvurusu yapmış ve para cezasından tam bağışıklık sağlanmasını talep etmiştir. Kurul, MPS Metal'in pişmanlık başvurusuna istinaden; toplamda karara konu edinilen 28 evrakın 22 tanesinin zaten yerinde incelemede elde edildiği ve ilave sunulan 6 adet dokümanın karteli tamamen ortaya koyar nitelikte olmadığından MPS Metal'e para cezasından tam bağışıklık sağlanamayacağına karar vermiştir. Oysa Yönetmelikte yeterli, "mevcut delillere önemli ölçüde katma değer katacak delil sunmak" şeklinde bir yükümlülük getirilmemiştir. Condor kararında bu ilkeyi öne çıkaran Kurul, pişmanlık başvurusunda bulunan ikinci teşebbüs olmasına rağmen teşebbüsün para cezasından indirim yapmıştır. Çelik Çember kararında ise ,tutarsız bir tavır sergileyerek pişmanlık programı bağlamında bir işbirliği için neredeyse imkânsız bir standart öngörmüştür.

Delillerin tartışmalı olduğu bir başka karar olan 3M kararında, pişmanlık başvurusunda bulunan 3M tamamen işbirliği yapmamış, üstelik binalarına şafak-baskınları yapılmış, Kurul'a bir şafak baskınında elde edilmesi mümkün olan tüm belgeleri vermemiştir. Buna rağmen söz konusu teşebbüse tam bağışıklık verilmiştir.

Başvuru zamanlaması açısından eleştirdiğimiz Mauri Maya kararı deliller açısından da eleştirilere açık bir Kurul kararıdır. Söz konusu teşebbüs, ön araştırma kararı ve bu karara dayanılarak yapılan yerinde incelemelerden sonra başvuruda bulunmuştur. Eğer ön araştırma sonucunda elde edilen deliller bir kartel anlaşmasını ortaya koyacak niteliğe haiz değilse, başvuru teşebbüse tam bağışıklık sağlayacaktır. Oysaki Kurul'un gerekçeli kararı incelendiğinde başvurudan önce yapılan şafak baskınları ile soruşturma yapılan teşebbüslerde ve pişmanlık başvurusunda bulunan teşebbüste Kurulu ihlal sonucuna ulaştıracak çok sayıda somut belge elde

edildiği aşikârdır. Dolayısıyla ihlali ortaya çıkaran pişmanlık başvurusu değil, şafak baskınlarından elde edilen kanıtlardır. Kurul, ceza indirimine gitmesi gerekirken, tam bağışıklık için gerekli koşulları taşımadığı halde Mauri Maya'ya tam bağışıklık tanımıştır.

Pişmanlıkla ilgili Kurul kararlarına getirilebilecek bir başka eleştiri uygulanan ceza oranlarına ilişkindir. Nerdeyse birebir aynı olan iki kararda Kurul'un farklı oranlarda ceza oranı belirleyebilmesini sadece "takdir" yetkisiyle açıklamak mümkün olmasa gerektir. Didim Fırıncılar kararında, Didim ilçesinde faaliyet gösteren 14 teşebbüs aralarında ekmek fiyatını belirleme anlaşmasıyla "kartel oluşturduklarını kabul ederek" pişmanlık başvurusunda bulunmuştur. Soruşturma sonucunda, hakkında soruşturma yürütülen 14 teşebbüse 2012 yılına ait gayri safi gelirin % 8'i oranında olmak üzere idari para cezası verilmiş, bununla beraber, pişmanlık başvuruları dikkate alınarak, teşebbüslere verilen cezanın anılan Yönetmelik hükmü uyarınca indirilmesi karara bağlanmıştır. Aksaray Fırıncılar kararında ise, ekmek satış fiyatını birlikte belirlemek suretiyle kartel oluşturdukları iddiası ile 45 teşebbüs hakkında soruşturma başlatılmış, teşebbüslerin tamamı kartelin varlığını kabul ederek pişmanlık başvurusunda bulunmuş ve başvurular kabul edilmiştir. Kurul, teşebbüslere 2013 yılında ekmek satış fiyatını birlikte belirlemek suretiyle Kanun'un 4. maddesini ihlal ettikleri gerekçesiyle 2012 yılına ait gayri safi gelirlerinin taktiren % 2'si oranında idari para cezası verilmesine hükmetmiştir.

Ceza oranlarını taktiren belirlerken Kurul'un gerekçelerini açıkça ortaya koyması gereklidir. Aksi takdirde, keyfi bir karardan söz edilebilecektir. Her iki olayda da temel para cezası ne oranda alındı, alınan bu oranda hangi kriterler uygulandı, indirimde hangi oran uygulandı bu belli değildir. Sadece bir dosyada aynı hükümler uygulanıp, % 2 ceza verilmiş, diğerinde aynı hükümler uygulanıp % 8 oranında ceza verilmiştir. Oysa Kurul kararında bunların açıkça yazılması hukukun belirlilik ilkesinin, şeffaf ve hesap verebilir bir idarenin gereği ve sonucudur.

Kurulun, pişmanlık başvurularına ilişkin tutarsız, belirsiz, güven vermeyen bu tutumunu sürdürmesi ilk olarak kartel üyesi teşebbüslerin pişmanlık başvurusunda bulunmada tereddüde düşmelerine ve isteksiz davranmalarına neden olacaktır. Bu da pişmanlık programının amacıyla ters düşen bir durumdur. İctihadi bir hukuk dalı olan rekabet hukuku büyük ölçüde rekabet otoritesinin uygulamaları ışığında gelişmektedir. Dile getirilen bu tutarsız ve belirsiz tutum içtihat oluşumuna engel olacak ve

sonuçta Kurul kararlarına olan güveni sarsacaktır. Rekabet hukuku serbest piyasa hukukunun güvenli limanıdır. Teşebbüslere pişmanlıkla ilgili, şeffaf, tutarlı ve güvenilir bir uygulama garanti edilmelidir ki, pişmanlık programından amaçlanan faydalar elde edilebilsin.

Kaynakça

- AKINCI A. (2001), Mukayeseli Hukuk Açısından Amerikan ve Avrupa Topluluğu Hukukunda Rekabetin Yatay Kısıtlanması, Rekabet Kurumu, Ankara.
- BAKER, D.I. (2001), “The Use of Criminal Law Remedies to Deter and Punish Cartels and Bid-Rigging”, *The George Washington Law Review*, October/December 2001, Volume 69, No:5/6, s. 693-714.
- BUCCIROSSI P, L. CIARI, T. DUSO, G. SPAGNOLO ve C. VITALE (2013), “Competition policy and productivity growth: An empirical assessment”, *Review of Economics and Statistics* 4(95), pp. 1324-1336.
- CARLTON D. W. ve PERLOFF J. M. (1994), *Modern Industrial Organization*, Second Edition, Harper Collins College Publishers, New York.
- HAMMOND, S.D. (2000), “Detecting and Detering Cartel Activity Through An Effective Leniency Program”, (<http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/9928.html>, Erişim Tarihi 18 Mart 2014).
- HARRINGTON, J.E (2006), “Corporate Leniency Programs and the Role of the Antitrust Authority in Detecting Collusion”, *International Symposium on Towards an Effective Implementation of New Competition Policy*, Tokyo, (<http://www.econ.jhu.edu/People/Harrington/Tokyo.pdf>, s. 2. Erişim Tarihi 12 Mart 2014).
- KEKEVİ, G. (2009), Rekabet Hukuku Yaptırım Politikasında Yeni Dönem Ceza ve Pişmanlık Yönetmeliği, s.59, Rekabet Hukuku Yaptırım Politikasında Yeni Dönem Konferansı, XII Levha Yayınları, İstanbul.
- LEVENSTEIN, M.C. ve SUSLOW, V.Y. (2002), “What Determines Cartel Success?”, *University of Michigan Business School Working Paper No. 02–001* (<http://www.ssrn.com/abstract=299415>, Erişim Tarihi 18 Mart 2014).
- LIPCZYNSKI J. ve WILSON J. (2001), *Industrial Organisation-An Analysis of Competitive Markets*, Prentice Hall, Singapore.
- MONTI, M. (2001), “Why Should We Be Concerned with Cartels and Collusive Behaviour?”, *Fighting Cartels—Why and How? İçinde*, Swedish Competition Authority, 2001 Konkurrensverket, Sweden, s.14-22.
- OXFORD (1991), *The Oxford Dictionary*, Oxford University Press, Oxford.

OECD, (1993), “Glossary of Industrial Organisation Economics and Competition Law”, ([http:// www.oecd.org/dataoecd/8/61/2376087.pdf](http://www.oecd.org/dataoecd/8/61/2376087.pdf). Erişim Tarihi 10 Mart 2014).

OECD, (1998), “Recommendation of the Council concerning Effective Action Against Hard Core Cartels C(98)35/FINAL. <http://acts.oecd.org/Instruments/ShowInstrumentView.aspx?InstrumentID=193> Erişim Tarihi 10 Mart 2014).

OFFICE of FAIR TRADE (2005), Predicting Cartels, OFT Report OFT773, London, UK, (http://www.of.gov.uk/shared_of/reports/comp_policy/of773.pdf, Erişim Tarihi 01 Mayıs 2014).

PATE, R.H. (2003), “The DOJ International Antitrust Program—Maintaining Momentum”, Before the American Bar Association Section of Antitrust Law 2003 Forum on International Competition Law, New York City, (<http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/200736.pdf>. (Erişim tarihi 13 Nisan 2014).

PAULIS, E. (2004), “Key Developments in the International Fight Against Cartels: The Perspective of ICN Member Agencies”, ICN Cartel Workshop, Sydney, Australia.

SPAGNOLO, G. (2006), “Leniency and Whistleblowers In Antitrust”, Discussion Paper No. 5794, (http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=936400, Erişim Tarihi 01 Mayıs 2014).

WHISH, R. (2001), “Fighting Cartels: The Legal Meaning of Conspiracy”, Fighting Cartels-Why and How? icinde, Swedish Competition Authority, 2001 Konkurrensverket, Sweden.

WILS, W.P.J. (2005), “Is Criminalization of EU Competition Law the Answer?”, World Competition, No:28(2), s.117-159.

Kartellerin Ortaya Çıkarılması Amacıyla Aktif İşbirliği Yapılmasına Dair Yönetmelik (Pişmanlık Yönetmeliği) www.rekabet.gov.tr. (Erişim tarihi 28 Nisan 2014).

Kartellerin Ortaya Çıkarılması Amacıyla Aktif İşbirliği Yapılmasına Dair Yönetmeliğin (Pişmanlık Yönetmeliği) Açıklanmasına İlişkin Kılavuz www.rekabet.gov.tr (Erişim tarihi 28 Nisan 2014).

İŞVERENİN TACİR OLMASI DURUMUNDA CEZAI ŞARTIN İNDİRİLMESİ

*Yrd. Doç. Dr. Veli KARAGÖZ**

GİRİŞ

İşçinin iş sözleşmesinin zayıf tarafını oluşturması ve işverenin ekonomik ve sosyal olarak işçi karşısında güçlü konumu işçiye, dilediği şartlarla sözleşme hükümlerini kabul ettirme imkanı sağlamaktadır. İş ilişkisinde taraflar arasında sözleşme eşitliğinin bulunmaması, işçinin özel olarak korunması sonucunu doğurmuştur. Bu amaçla, çalışma mevzuatı özel olarak düzenlenmiş ve iş sözleşmesinin içeriğini belirleme özgürlüğü işveren aleyhine sınırlandırılarak, çalışma hayatının asgari standartları tespit edilmiştir. Bu cümleden olarak, Borçlar Kanununun 420. maddesi ile, işçi aleyhine tek taraflı cezai şart öngörülemediği açıkça düzenlenmiştir.

Oysa ceza koşulunun düzenlendiği Borçlar Kanununun 179 vd. maddelerinde sözleşme özgürlüğü ilkesi kapsamında, taraflara cezai şart kararlaştırma, türünü ve miktarını belirleme yetkisi tanınmıştır. Bununla birlikte, cezai şartın özellikle talep edilmesinin zarara uğrama şartından bağımsız olmasının borçlu açısından önemli riskleri de beraberinde getirdiği aşikardır. Bu nedenle, Borçlar Kanunu m.182/son hükmü ile hakime aşırı gördüğü cezai şartı indirim yetkisi (görevi) tanınarak cezai şartın denetlenmesi ve böylelikle taraflar arasındaki menfaat dengesinin sağlanması amaçlanmıştır.

Bununla birlikte, TTK.nın 22. maddesi ile, tacir sayılan kişilerin cezai şartın indirilmesini isteyemeyeceğine, dolayısıyla TBK. nın 182. maddesinin tacirler bakımından uygulanmayacağına ilişkin açık düzenleme yapılmıştır ki, anılan düzenleme de tacir olmaya bağlanan sonuçlar arasında yer almaktadır. Bununla birlikte, uygulamada işveren tacir olsa dahi, istisnai hallerde indirim uygulanmaktadır. Aynı uygulama iş sözleşmesinde işçi lehine cezai şart öngörülmüş olması durumunda da söz konusu olmaktadır.

* Erzurum Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

İşverenin tacir olması durumunda işçi lehine öngörülen cezai şartın indirimine tabi tutulup tutulamayacağı tartışmaya açık bir husus olup, çalışma konumuzu oluşturmaktadır.

İş Kanununda, cezai şartta ilişkin olarak her hangi bir hüküm bulunmamakta olup, bu konuya ilişkin tek hüküm, Borçlar Kanununun işçi aleyhine tek taraflı cezai şart öngörülemezliğine ilişkin m. 420 hükmüdür. Borçlar Kanunu, İş Kanununa göre genel kanun niteliğinde olduğundan iş sözleşmesinde öngörülen cezai şartta ilişkin m. 420 hükmü İş Kanunu kapsamında yer alan iş sözleşmelerinde de uygulama alanı bulacaktır. Aynı ilişki Türk Ticaret Kanunu ile Borçlar Kanununun arasında da bulunmaktadır. Bu nedenle, işverenin tacir olması durumunda TTK. m.22 hükmü dışında kural olarak Borçlar Kanununun hükümlerinin uygulanması gerekecektir.

Sonuç olarak, işverenin tacir olması durumunda, normal şartlarda işçi lehine öngörülen cezai şartın indirilmesini isteyememesi gerekmekte iken Yargıtay uygulamasının aksi yönde olması nedeniyle, konu üzerinde durulması gerekmiştir. Ayrıca anılan uygulamanın İş Hukukunun temel ilkelerinden olan işçinin korunması ve işçi lehine yorum ilkeleri ile ne ölçüde bağdaştığı da tartışmaya açık bir husustur. Çalışmamızda, öncelikle kısaca genel olarak cezai şart ve indirilmesi üzerinde durulmuştur. Bu kısımda cezai şartın miktarı ve indirilmesi konusu üzerinde önemi dolayısıyla biraz daha ayrıntılı durulmuştur. Devamında iş hukukunda cezai şart uygulaması ana hatlarıyla ele alınmış ve son olarak işverenin tacir olması durumunda cezai şartın indirilmesi konusu detaylı olarak incelenmiştir.

I-GENEL OLARAK CEZAI ŞART VE İNDİRİLMESİ

A- Cezai Şart Kavramı

Cezai Şartın düzenlendiği Türk Borçlar Kanunu m.179-182 maddelerinde cezai şart tanımlanmamış olup, sadece hukuki sonuçlarına yer verilmiştir. Kanundaki düzenlemeler dikkate alındığında cezai şartı: Bununla birlikte, cezai şart şu şekilde tanımlanabilir: ““Cezai şart, borçlunun alacaklıya karşı mevcut bir borcu hiç veya gereği gibi ifa etmemesi halinde

ödemeyi vaad ettiği, hukuki işlem ile belirlenmiş ekonomik değeri olan bir edimdir”¹.

Cezai şartın tanımından da anlaşılacağı, üzere sözleşmelerde cezai şarta yer verilmesinin temel nedeni, borçlu üzerinde baskı meydana getirmek suretiyle borcun ifasının garanti altına alınmasıdır². Aynı zamanda, cezai şart ile alacaklının alacağını ve borcun ifa edilmemesi nedeni ile uğraması olası zararını güvence altına almayı da amaçlanmaktadır³. Zira, cezai şart öngörülmemiş olması durumunda, alacaklının zarara uğradığını ve zarar miktarını ispat etmesi gerekmektedir. Alacaklının uğradığı zararı ispatı çok defa güç olduğundan, cezai şart yoluyla ispat külfetinden kurtulduğu gibi, aynı zamanda ifayı da bir ölçüde güvence altına almış olmaktadır.

Cezai şart, asıl borca bağlı fer’i borç niteliğinde olup, varlığı asıl borca bağlıdır⁴. Asıl borç mevcut olmadığı takdirde, cezai şarttan da bahsedilemez. Cezai şart muaccel hale geldikten sonra ise, bağımsız borç niteliği kazanır ve asıl borç ile olan fer’i borç ilişkisi sona erer. Bundan başka, cezai şartın muaccel olması için, asıl borcun da muaccel olması ve borçlu tarafından borcun ifa edilmemiş veya gereği gibi ifa edilmemiş olması gerekir⁵.

Cezai şartın muaccel olması bakımından, kural olarak borçlunun kusuru aranmayacaktır. Zira, Borçlar Kanununun 112. maddesinde, borca aykırı davranan borçlunun kusurlu olduğu karine olarak kabul edilmiştir. Bu nedenle alacaklı sadece borca aykırı davranışı ispat etmek suretiyle cezai şartı talep edebilecektir. Bununla birlikte borçlu, borca aykırı davranışa

1 KARAGÖZ Veli, *İş Sözleşmesinde Cezai Şart*, Ankara 2006, s.4-5; Ayrıca Bkz. TEKİNAY, Selahattin S. /AKMAN, Sermet /BURCUOĞLU, Haluk /ALTOP, Atilla, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 7. Bası, İstanbul 1993, s.341; TUNÇOMAĞ Kenan, *Türk Hukukunda Cezai Şart*, İstanbul 1963 s.6; EREN Fikret *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 7. Bası, İstanbul 2001, s.1133; OĞUZMAN m. Kemal/ÖZ Turgut, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 10. Bası, İstanbul 2013, s. 518; KILIÇOĞLU Ahmet, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 17.Bası, Ankara 2013, s.771.

2 GÜNAY Cevdet İlhan, *Cezai Şart*, Ankara 2002, s.74; REİSOĞLU Safa, *Türk Borçlar Hukuku*, 23. Bası, İstanbul 2012, s.455; KARAGÖZ, s.4; CANSEL Erol/ÖZEL Çağlar, *Türk Borçlar Hukukunda Ceza Koşulu*, Yaşar Üniversitesi Özel Sayı, 8/2013, s.727; DEMİRTAŞ Sebla, *Cezai Şart*, İstanbul Barosu Dergisi, 2010/2, s.850.

3 REİSOĞLU, s.455; KILIÇOĞLU, s.711; CANSEL/ÖZEL, s.711.

4 TEKİNAY/AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s.342; KILIÇOĞLU, s.576; KOCAAĞA Köksal, *Türk Özel Hukukunda Cezai Şart*, Ankara 2003, s.134; KARAGÖZ, s.9.

5 Ayrıntılı bilgi için bkz. KARAGÖZ, s. 19-22.

kendi kusuruyla neden olmadığını ispat etmek suretiyle cezai şartı ödemekten kurtulabilir⁶.

Cezai şartın istenebilmesi, alacaklının zarara uğrayıp uğramamasına veya zararının miktarına bağlı değildir⁷. BK. m.180/1 hükmünde “*Alacaklı hiçbir zarara uğramamış olsa bile, kararlaştırılan cezanın ifası gerekir.*” şeklinde yapılan düzenleme ile bu husus vurgulanmıştır. O halde borcun hiç veya gereği gibi veya öngörülen yerde ve zamanda ifa edilmemesi durumunda, alacaklı zarara uğramamış olsa dahi, cezai şartı isteyebilecektir.

B- Cezai Şartın Miktarı ve İndirilmesi

1- Cezai Şartın Miktarı

Cezai şart tutarının belirlenmesi açısından, Borçlar Kanunu taraflara serbesti tanımıştır. Buna göre: “*Taraflar, cezanın miktarını serbestçe belirleyebilirler*”(m.182/1). Bununla birlikte, cezai şart borçlu açısından risk teşkil ettiğinden, aynı maddenin son fıkrasında “*Hâkim, aşırı gördüğü ceza koşulunu kendiliğinden indirir*”. hükmü ile hakime sözleşmeye müdahale etme imkanı tanınmıştır⁸.

Bununla birlikte, hakime tanınan aşırı cezai şarta müdahale yetkisinin, sözleşme serbestisi ilkesini tamamen ortadan kaldıracak şekilde kullanılmaması gerekir⁹. Son olarak, cezai şart ivaz niteliğinde bir edim olmadığından, aşırı nitelikteki cezai şart Borçlar Kanunu m.28 anlamında aşırı yararlanma oluşturmaz ve bu gerekçe ile cezai şartın iptal edilmesi mümkün değildir¹⁰.

⁶ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.360; OĞUZMAN/ÖZ, s.881; KILIÇOĞLU, s.583; Ayrıntılı bilgi için bkz. KARAGÖZ, s.26 vd.

⁷ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.358; KARAGÖZ, s.28; “Cezai şartın miktarı alacaklının uğradığı zarara göre değil, taraflar arasındaki mukaveleye göre tayin olunur”. von TUHR Andreas, Borçlar Hukuku I-II, (Çev. Cevat EDEGE), 2. Bası, Ankara 1983. s.769.

⁸ TUNÇOMAĞ, Cezai şart, s.129-130; OĞUZMAN/ÖZ, s.883; KOCAAĞA, s.215-216; KARAGÖZ, s.30; ÇINAR Ömer, Türk Borçlar Kanunu ve Alman Medeni Kanununa Göre Cezai Şartın İndirilmesi, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, 2009 Sayı 19, s.93; REİSOĞLU, s. 458; DEMİRTAŞ, s.851.

⁹ TUNÇOMAĞ, Cezai Şart, s.141; KARAGÖZ, s.30.

¹⁰ von TUHR, s.770, dn.55; EREN, s.294,1142; KOCAAĞA, s.265; KARAGÖZ, s.30.

2- Cezai Şartın İndirilmesi

Taraflarca cezai şart miktarının serbestçe belirlenmesi, bazen zor durumda olan ve aşırı cezai şartı kabul etmek durumunda kalan borçlunun aleyhine sonuç doğurabilmektedir. Bunun yanında cezai şart tutarı, kişinin ekonomik açıdan mahvına neden olacak tutarda olmamakla birlikte, özellikle taraflar arasındaki menfaatler dengesi gözetildiğinde adalet ve hakkaniyet esaslarını zedeleyecek miktarlara ulaşabilmektedir. Cezai şartın zarardan bağımsız olduğu düşünüldüğünde, bazen uğranılan zarar ile kararlaştırılan cezai şart tutarı arasında da aşırı dengesizlik bulunabilmektedir. Bunun sonucunda, ekonomik açıdan zayıf olan tarafın hakkaniyete aykırı olarak zarara uğraması ve sömürülmesi de söz konusu olabilmektedir.

Anılan sakıncaları dikkate alan kanun koyucu, hakime aşırı gördüğü cezai şart tutarını indirme yükümlülüğü öngörmüştür (BK.m.182/son). Bu nedenle hakim, borçlunun talebi olmasa dahi aşırı gördüğü cezai şartı re'sen dikkate alarak indirebilir¹¹. Kanunda yer alan “*kendiliğinden indirir*” ifadesi de açıkça bu hususu vurgulamaktadır.

a- İndirim Şartları

Cezai şartın indirime tabi tutulması için şüphesiz aşırı olması gerekmektedir. Aşırılıktan ne anlaşılması gerektiği hususu aşağıdaki başlıkta ayrıca incelenmiştir. Burada, indirime başvurulabilmesi için gerekli olan temel husulardan ana hatlarıyla bahsedilecektir. Öncelikle cezai şarta ilişkin geçerli bir anlaşmanın bulunması gerekmektedir. Zira, cezai şartın bağlı olduğu asıl sözleşme veya bizzat cezai şart geçersiz olduğu taktirde, geçersiz olan cezai şartın indirilmesi de söz konusu olamaz¹².

İkinci olarak, cezai şartın indirilebilmesi için muaccel olması gerekmektedir. Cezai şartın muaccel olduktan sonra bağımsız edim niteliği kazanması nedeni ile henüz bağımsız edim niteliği kazanmamış olan cezai

¹¹ von TUHR, s.770-771; REİSOĞLU, Borçlar, s.391; GÜNAY, s.174, 224; KILIÇOĞLU, s.584; BAŞBUĞ Aydın, Tacir İşveren ve İş Hukukunda Cezai Şarttan İndirim, KAMU-İŞ, 2003, C.7, S.2, Prof. Dr. Kamil TURAN'a Armağan, s.242; KARAGÖZ, s.34. 818 sayılı eski Borçlar Kanunu döneminde de indirimin re'sen yapılması gerektiği Yargıtay tarafından da ifa de edilmiştir. “Borçlar Kanunu'nun 161/3. maddesi uyarınca, hakim fahiş gördüğü cezaları indirmekle yükümlüdür. Bu hüküm, emredici nitelikte olduğundan hakim tarafından re'sen gözetilmelidir; borçlunun bu yolda bir talebinin bulunması aranmaz.” Y. HGK, 2.2.2005 T, E.2004/9-759, K.2005/9, KAZANCI İBB.

¹² KOCAAĞA, s.223,121; KARAGÖZ, s.30-31.

şartın, indirilmesi de mümkün değildir. Ayrıca, henüz muaccel olmayan cezai şartın indirilmesinin istenmesinde borçlunun menfaati olmayıp, borca aykırı davranış ortaya çıkmadan önce cezai şartın aşırı olup olmadığının belirlenmesi de mümkün değildir¹³.

İfa ile borç sona erdiğinden, cezai şartın indirilmesini isteyebilmek için ifa edilmemiş olması gerekir. Bu nedenle borçlu, cezai şartı ifa ettikten sonra indirim talebinde bulunamaz¹⁴. Cezai şart borçlusunun borcunu ifa etmesi, cezai şartın indirilmesi talebinden vazgeçme olarak kabul edilir¹⁵. Bununla birlikte, somut olayın özellikleri dikkate alındığında istisnai hallerde ifadan sonra indirim talebinin dikkate alınabileceğinin kabulünde de yarar vardır¹⁶.

b- Aşırılığın Belirlenmesi

Cezai şartın aşırı olup olmadığını ve aşırı olduğu takdirde ne oranda indirime tabi tutulacağını takdir yetkisi hakime aittir. Hakimin cezai şartın aşırılığını belirlemede ve indirimde başvuracağı kriterlerin önceden kesin olarak öngörülmesi ve belirlenmesi mümkün değildir. Bu nedenle, hakimin takdir yetkisini kullanırken adalet ve hakkaniyet kuralları çerçevesinde hareket etmesi gerekmektedir.¹⁷ Bununla birlikte, hakimin aşağıda belirtilen kriterlerden yararlanabileceği genel olarak kabul görmektedir.

Öncelikle, borca aykırılığın ağırlık derecesi, cezai şartın aşırı olup olmadığının belirlenmesinde yararlanılabilecek önemli bir unsurdur. Borçlunun borca aykırı davranışının ağır olduğu hallerde, cezai şartın aşırı

¹³ TUNÇOMAĞ, s.144; OĞUZMAN/ÖZ, s.884; GÜNAY, s.180; BAŞBUĞ, s.243; KOCAAĞA, s.226; KARAGÖZ, s.31.

¹⁴ “Cezai şart ödenmişse, hakim bunu daha sonra indiremez.” Y. HGK, 2.2.2005 T, E.2004/9-759, K.2005/9, KAZANCI İBB.

¹⁵ von TUHR, s.771; TUNÇOMAĞ, s.154 vd.; OĞUZMAN/ÖZ, s.884; KOCAAĞA, s.227-228, 242.

¹⁶ Nitekim, borçlunun indirim talebine ilişkin hakkını saklı tutarak cezai şartı ödemesi durumunda, ifanın indirim talebini sona erdirmeyeceği kabul edilmektedir. Bkz. KOCAAĞA, s.228, 242.

¹⁷ von TUHR, s.771; TUNÇOMAĞ, s.144; EREN, s.1141; OĞUZMAN/ÖZ, s.885; KOCAAĞA, s.229; KARAGÖZ, s.32; DEMİRTAŞ, s.867. “Cezai şartın aşırı olup olmadığını belirlemede başvurulması gereken kıstaslar her olayda kendine özeldir ve önemlidir. Cezai şartın taraflar arasındaki ilişkiye uygun düşmeyecek ölçüde yüksek tutulması ve açıkça hakkaniyet ve nesafete aykırı bulunması durumunda aşırılığın varlığı kabul edilmelidir” (YHGK. 12.04.200 T, E.2000/13-749, K.2000/758).

olduğunun kabul edilmemesi ve indirim tabi tutulmaması mümkündür. Buna karşın, borca aykırılığın ağır olmadığı hallerde ise, aşırı olduğu takdirde cezai şart indirilebilmelidir¹⁸.

İkinci olarak, hakim alacaklının çıkarlarını gözetmelidir. Alacaklının çıkarları geniş olarak değerlendirilmeli ve uğradığı zararlar birlikte sözleşmenin ifasından beklediği diğer menfaatler de gözetilmelidir¹⁹. Ancak, cezai şart miktarının uğranılan zarardan fazla olması, mutlak bir indirim nedeni olarak değerlendirilmemelidir. Cezai şart kararlaştırılırken, cezai şartın borcun ifasını sağlama amacı dikkate alınarak genellikle alacaklının uğraması muhtemel zarardan daha yüksek bir meblağ belirlendiği hususu hakim tarafından dikkate alınmalı ve sadece zarar miktarına varacak ölçüde indirimde gidilmemelidir²⁰.

Üçüncü olarak indirimde, borçlunun kusuru ve kusurunun derecesi de hakim tarafından dikkate alınmalıdır. Zira, anılan husus hakkaniyet gereğidir. Özellikle borçlunun ağır kusurlu olduğu hallerde, hakim indirim konusunda daha dikkatli davranması gerekir. Ayrıca, alacaklının birlikte kusuru da indirimde dikkate alınmalıdır²¹.

Son olarak, tarafların ekonomik durumu da, cezai şartın indirilmesinde hakim tarafından dikkate alınması gereken hususlardan birisidir. Ekonomik açıdan zor durumda olan borçlunun aşırı cezai şartı kabul etmek zorunda kalma olasılığı her zaman mevcuttur²². Anılan hususun indirimde

18 TUNÇOMAĞ, Cezai Şart, s.147-148; KOCAAĞA, s.234; KARAGÖZ, s.32.

19 TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.355; von TUHR, s.771-772; TUNÇOMAĞ, s.146; OĞUZMAN/ÖZ, s.883;; KOCAAĞA, s.231-232; KARAGÖZ, s.32.

20 OĞUZMAN/ÖZ, s.884; BİLGE Necip, Cezai Şart, Esat ARSEBÜK'e Armağandan Ayrı Bası, Ankara 1957 s.121-122; KOCAAĞA, s.233-234. "Ceza koşulunun ceza ve ödence işlevi (fonksiyonu) olup, ceza koşulunun ceza işlevi hiçe sayılarak yalnızca zarar karşılığı olan miktara kadar indirim yapılması yasaya aykırıdır" Y. 13.HD, 14.11.1977 T, E.1977/4495 K.1977/5010, YKD, Nisan 1978, s.597-598. Aynı yönde, Y. HGK, 2.2.2005 T, E.2004/9-759, K.2005/9, KAZANCI İBB.

21 TUNÇOMAĞ, Cezai şart, s.148-149;; KOCAAĞA, s.236; KARAGÖZ, s.33.

22 TUNÇOMAĞ, Cezai Şart, s.149. Ayrıca bkz. KOCAAĞA, s.216, 236-237.

gözetilmesi, özellikle borçlunun ekonomik durumunun kötü olduğu hallerde, onun sömürülmesini engelleme amacına da hizmet edecektir²³.

Yargıtay da, cezai şartın aşırılığının ve indirim esaslarının belirlenmesinde yukarıda zikredilen temel esasları dikkate almaktadır. Yargıtayın konuya ilişkin görüşünün ifade edildiği örnek kararı zikretmekte yarar görüyoruz: “Ceza koşulunun fahiş olup olmadığı, tarafların iktisadi durumu, özel olarak borçlunun ödeme kabiliyeti ile beraber borcunu yerine getirmemiş olması dolayısıyla sağladığı menfaat, borçlunun kusur derecesi ve borca aykırı davranışın ağırlığı ölçü olarak alınarak tayin edilmeli ve hüküm altına alınacak ceza miktarı hak, adalet ve nesafet kurallarına uygun olarak tespit edilmelidir”²⁴.

Hakim cezai şartın aşırılığını belirlerken yukarıda belirtilen kriterlerden yararlanabileceği gibi, somut olayın özelliklerini dikkate almak suretiyle farklı kriterlerden de yararlanabilir. Örneğin, asıl borcun türü ve süresi, tarafların mesleki tecrübesi gibi hususlardan da yararlanabilecektir²⁵. Ancak, hakim kural olarak kendisine tanınan indirim yetkisine dayanarak, cezai şartı tamamen ortadan kaldıramaz veya kararlaştırılan edim yerine başka bir edim de belirleyemez²⁶.

3- İş Sözleşmelerinde Öngörülen Cezai Şartın İndirilmesi

Cezai şartın indirilebilmesi açısından en önemli husus cezai şartın geçerli olmasıdır. Borçlar Kanununun 420. Maddesinin birinci fıkrasında düzenlenen “*Hizmet sözleşmelerine sadece işçi aleyhine konulan ceza koşulu geçersizdir*”. hükmü ile, tek taraflı olarak işçi aleyhine cezai şart öngörülemeyeceği emredici şekilde düzenlenmiştir. Dolayısıyla sadece işçi aleyhine öngörülen cezai şart geçersiz olduğundan, indirilmesine de gerek bulunmayacaktır. Ancak her iki taraf aleyhine de cezai şart öngörülmüş olması veya Yargıtay tarafından kabul edildiği üzere, işçinin mesleki eğitime

23 “...Cezai şartın borçluyu yoksulluğa düşürecek bir miktar olmadığı anlaşıldığına göre....cezai şarta hükmetmek gerekirken...” Y. 14.HD, 5.5.1999 T, E.1999/2536, K.1999/3371, YKD, Aralık 1999, s.1675-1677.

24 Y. 13.HD, 15.4.2003 T, E.2003/78, K.2003/4622, KAZANCI İBB.

25 SANTORO, s.114-115.

26 OĞUZMAN/ÖZ, s.384; TUNÇOMAĞ, Cezai Şart, s.158. Ayrıca bkz. KOCAAĞA, s.250-251; KARAGÖZ, s.34.

tabi tutulması durumunda cezai şart geçerli olacağından²⁷, cezai şartın aşırı olması durumunda indirilmesi de gerekebilecektir.

İş sözleşmesinde öngörülen ve geçerli olduğu kabul edilen cezai şartın aşırı olduğunun kabul edilerek indirilmesinde, TBK. m.182/son hükmünün esas alınması gerekecektir. Zira, İş Kanununda ve hizmet sözleşmesinin düzenlendiği BK. m.393 vd. hükümlerinde cezai şartın indirilmesine ilişkin her hangi bir hüküm bulunmamaktadır.

Bu durumda, iş sözleşmesinde öngörülen cezai şart bakımından hakim tarafından yukarıda belirtilen esaslar çerçevesinde indirimde gidilmesi gerekmektedir. Bununla birlikte, işçinin iş sözleşmesinin zayıf yanını oluşturması ve ekonomik açıdan zor durumda olması hususları üzerinde özellikle durulması, dolayısıyla iş sözleşmesinin alelade bir sözleşme gibi ele alınmaması gerekir. Bu nedenle aşağıda özellikle işçi aleyhine öngörülen cezai şartın indirilmesinde dikkate alınması gerekli hususlar üzerinde durulmuştur.

Öncelikle, hakim iş sözleşmesinde öngörülen cezai şartın aşırı olup olmadığını tespit ederken, somut olayı ve işçinin özel durumunu esaslı şekilde ele alarak, taraflar arasındaki karşılıklı menfaatleri tartmalıdır. Böylece, cezai şartın özellikle işçi yönünden taşıdığı tehlikelerin ortadan kaldırılması sağlanabilecektir²⁸.

Aşırılığın belirlenmesinde yararlanılabilecek olan kriterlerden uğranılan zararın miktarıdır. Hakim, takdir yetkisi çerçevesinde cezai şart miktarı ile sözleşmeye aykırılığın neden olabileceği zarar miktarını karşılaştıracaktır²⁹. Ancak, işçinin ekonomik durumu dikkate alındığında cezai şartın indirilmesinde sadece uğranılan zararın dikkate alınması, işçi aleyhine olumsuz sonuçlar doğurabilir. Zira, işverence cezai şart tutarında zarara uğranıldığının ispat edilmesi durumunda, indirim yapılmaması gerektiği sonucuna ulaşılması gerekebilecektir. Anlatılan nedenle, işçi lehine

27 “.....İşçiye verilen eğitim karşılığı belli bir süre çalışması koşuluna bağlı olarak kararlaştırılan cezai şartın tek taraflı olarak değerlendirilemez. İşçiye verilen eğitim bedeli kadar cezai şartın karşılığı bulunmakla eğitim karşılığı cezai şart hükmü belirtilen ölçüler içinde geçerlidir.....”, Yarg. 9. HD'nin 13.06.2008 tarih ve 2007/22535 E., 2008/15507 K., Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, S:22, 2009, 831-832

28 KARAGÖZ, s.80.

29 Bkz. OĞUZMAN/ÖZ, s.884; KARAGÖZ, s.80.

öngörülen cezai şartın ölçülü olup olmadığının belirlenmesinde, işverenin uğramış olduğu zarar miktarı, doğrudan uygulanabilecek bir kriter değildir. Anılan kriterden, işçi lehine cezai şart kararlaştırılmış olması durumunda ise yararlanmak mümkündür. Ancak, lehine cezai şart öngörülen işçi veya işverenin hiçbir zarara uğramamış olması, mutlaka indirim yapılmasını gerektirmeyebilir. Somut olayda hakim, diğer kriterlerden de hareket etmek suretiyle indirim kararı verebilir³⁰.

Uğranılan zarar dışında, sözleşmeye aykırı davranışın süresi ve ağırlığı, tarafların ekonomik durumu ve işçinin mesleki gelişiminin engellenmesi aşırılığın belirlenmesinde dikkate alınabilecektir³¹. İşçinin sözleşmeye aykırı davranışında kusurunun ağırlığı da aşırılığın belirlenmesinde ölçü olabilir³². Ayrıca, tarafların ekonomik durumu ve özellikle işçinin gelir seviyesi de dikkate alınmalıdır. Diğer ifade ile, işçinin ücretinin yüksekliği, cezai şartın aşırılığının belirlenmesinde göz ardı edilmemelidir. Sonuç olarak, İşverenin işçi karşısında ekonomik üstünlüğe sahip olması ve işçinin işverene ekonomik bağımlılığı nedeniyle, işçi aleyhine öngörülen cezai şartın aşırı olup olmadığının belirlenmesinde bu kriterden öncelikle yararlanmak mümkündür.

Asıl borcun niteliği ve süresi de, işçi aleyhine öngörülen cezai şartın indirilmesinde yararlanılabilecek olan kriterler arasında sayılabilir. Örneğin, feshe bağlı olarak cezai şart kararlaştırılmış olması durumunda, sözleşmeye aykırı davranışın sözleşmenin hemen başında ortaya çıkması ile sonuna doğru ortaya çıkması arasında fark gözetmek gerekir³³. O halde, kural olarak sözleşmenin ifa edilen süresiyle ifa edilmeyen süresi, indirimde yardımcı bir unsur olarak dikkate alınabilecektir³⁴.

³⁰ KARAGÖZ, s.81.

³¹ SANTORO Dimitri, Die Konventionalstrafe im Arbeitsvertrag, Bern 2001, s.114-115; ENGEL Oliver, Konventionalstrafen im Arbeitsrecht, Bayreuth 1990, s.180; KARAGÖZ, s.81.

³² ENGEL, s.180, KARAGÖZ, s.81.

³³ SANTORO, s.114-115.

³⁴ “Borçlar Kanununun 161/son maddesinde ise, fahiş cezai şartın hâkim tarafından tenkis edilmesi gerektiği hükme bağlanmıştır. İş hukuku uygulamasında işçi aleyhine cezai şart düzenlemeleri bakımından konunun önemi bir kat daha artmaktadır. Şart ve ceza arasındaki ilişki gözetilerek, işçinin iktisadi açıdan mahvına neden olmayacak çözümlere gidilmelidir. İşçinin belli bir süre çalışması şartına bağlanan cezalardan, sözleşme

İşveren aleyhine cezai şart öngörülen hallerde, işverenin işçiye nazaran ekonomik yönden daha iyi durumda olması nedeniyle, hakim cezai şart miktarının aşırı olması durumunda, daha sınırlı oranda indirim başvurulabilir. Ayrıca, feshe bağlı olarak işçi lehine cezai şart öngörülen hallerde, işçinin ihbar ve kıdem tazminatına hak kazanmış olması, cezai şartın işçi tarafından istenmesine engel olmayacağı gibi, indirim nedeni olarak da değerlendirilemez. Aynı esaslar, iş sözleşmesinin feshi sonucunda işçinin, işsizlik sigortası ödeneğine hak kazanmış olması bakımından da geçerlidir³⁵.

Sonuç olarak, iş sözleşmelerinde öngörülen cezai şartın aşırı olup olmadığının belirlenmesinde, genel kurallardan yararlanılabileceği gibi, iş hukukunun kendine özgü yapısı ve işçiyi koruyucu niteliği de dikkate alınmalıdır. Bu cümleden olmak üzere özellikle işçi aleyhine cezai şart söz konusu olan hallerde, işçinin ekonomik durumu, feshe bağlı cezai şart söz konusu olduğu taktirde sözleşmenin ifa edilen süresi ile ifa edilmeyen süresi arasında orantı kurulması hususları üzerinde durulabilecektir. Ancak, tereddüt halinde hakim tarafından işçi lehine yorum yapılarak sonuca ulaşılması gerekmektedir.

II- İŞVERENİN TACİR OLMASI DURUMUNDA CEZAI ŞARTIN İNDİRİLMESİ

A- Ticari Borçlarda Cezai Şartın İndirilmesi

1- Genel olarak

TTK. m.22 hükmünde cezai şart borçlusunun tacir olması bakımından özel bir düzenlemeye yer verilmiştir. Bu hükme göre: “*Tacir sıfatını haiz borçlu, Türk Borçlar Kanununun 121 inci maddesinin ikinci fıkrasıyla 182 nci maddesinin üçüncü fıkrasında ve 525 inci maddesinde yazılı hâllerde,*

kapsamında çalışılan ve çalışması gereken sürelerle göre oran kurularak indirimle gidilmelidir.

Somut olayda, taraflar arasında düzenlenen iki yıl asgari süreli nitelik taşıyan iş sözleşmesinde sözleşmenin kararlaştırılan nedenler dışında sona erdirilmesi halinde ücretin 3 katı tazminatın karşılıklı ödenmesi kararlaştırılmış olup, işçi 2 yıllık asgari sürenin bitiminden önce ancak 1 yıl 6 ay 25 gün çalışarak sözleşmeyi feshettiğine göre cezai şartın çalışılan süreye orantılandırılarak belirlenen tutardan ayrıca indirim hususunun değerlendirilmesi gerekeceğinin gözetilmemesi bozmayı gerektirmiştir” (Y.9.HD, T. 10.09.2014, E. 2012/33025, K. 2014/26136).

³⁵ KARAGÖZ, s.81-82.

aşırı ücret veya ceza kararlaştırılmış olduğu iddiasıyla ücret veya sözleşme cezasının indirilmesini mahkemeden isteyemez". Dolayısıyla anılan hükümle, tacirin cezai şartın indirilmesini isteyemeyeceği açıkça düzenlenmiş ve BK. m.182/3 hükmüne istisna getirilmiştir.

Anılan düzenleme 6762 sayılı eski Türk Ticaret Kanununun 24. maddesinin tekrarı niteliğinde olduğundan³⁶, yeni TTK. dönemi bakımından da eski uygulamalar aynı şekilde devam edecektir.

Tacirin aşırı olduğu iddiası ile cezai şartın indirilmesini isteyememesinin temel nedeni, "basiretli iş adamı gibi hareket etme mecburiyetidir"³⁷. Zira TTK.nın18.maddesinin 2. fıkrasında açıkça "*Her tacirin, ticaretine ait bütün faaliyetlerinde basiretli bir iş adamı gibi hareket etmesi gerekir*". hükmüne yer verilmiştir. Böylelikle tacirin sözleşme ile üstlendiği cezai şartın muaccel olması durumunda karşılaşılabileceği olumsuzlukları önceden öngörmesi gerektiği söylenebilecektir.

Konumuzu işverenin tacir olması durumunda işçi lehine kararlaştırılan cezai şartın indirilmesinin istenip istenemeyeceği olduğundan, öncelikle TTK.m.22 hükmünün uygulanma şartları üzerinde durmakta yarar bulunmaktadır. Aşağıda detaylı olarak üzerinde durulacağı üzere, Yargıtay tarafından anılan durumda, işçi lehine kararlaştırılan cezai şart TTK.m.22 kapsamında değerlendirilmemekte ve cezai şartın indirilebileceğine hükmedilmektedir.

³⁶ Anılan maddenin gerekçesi şu şekildedir: "*Borçlar Kanununun bazı maddelerine göre fahiş bir ücret veya fahiş cezaî şart, yargı tarafı dan indirilebilir. Hâlbuki Ticaret Kanununun (647)nci maddesine göre, cezaî şart fahiş olsa bile indirilemez. Ticaret hukuku ile adi hukuk arasındaki bu farkı olduğu gibi bırakmak doğru addedilmiştir. Çünkü ticaret sahasında merhamet ve insaf ne gösterilir, ne beklenir. Küçük tacir mefhumu kaldırıldıktan sonra; tacir sıfatını haiz olan bir borçluyu, olağan hallerde fahiş addedilebilen bir tellallık ücretinin veya cezaî şartın indirilmesini talebetmek hakkından, şimdiye kadar olduğu gibi ileride de mahrum bırakmak, ticaretin icabındandır*".

³⁷ BAŞBUĞ, s. 14; AYHAN Rıza, Ticari İş Kavramı ve Tacir Sifatına Bağlanan Ücret ve Sözleşme Cezalarının İndirilmesini İsteyememe, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2013 1-2, s.309; ERNAS Bülent / YALÇINTAŞ Simin, Fahiş Cezai Şartın Tacirler Bakımından Uygulanması, AÜHF, Temmuz 2008, s. 709.

2- TTK. m.22 Hükümünün Uygulanma Şartları

a- Borçlunun Tacir Olması

Türk Ticaret Kanununun 22. maddesi önce tacirler hakkında uygulanır. Bir ticari işletmeyi kısmen de olsa kendi adına işletmek, tacir sayılmak bakımından yeterlidir (TTK.m.12/1). Aynı maddede düzenlenmiş olan indirim yasağının uygulanabilmesi için, aleyhine cezai şart öngörülen kişinin, ticari işletmesine ilişkin olarak borç yüklenen tacir veya tacir gibi sorumlu tutulan bir kimse olması gerekir³⁸. Hatta, tacir cezai şart içeren sözleşmeyi imzaladıktan sonra tacir sıfatını kaybetmiş olsa dahi, cezai şartın indirilmesini isteyemez³⁹.

Son olarak, cezai şartın indirilmesini isteyememek bakımından tacirin gerçek veya tüzel kişi olmasının önemi yoktur⁴⁰.

b- Cezai Şartın Ticari İşletmeyle İlgili Borca İlişkin Olması

Tacir kişilerin cezai şartın indirilmesini isteyememesine ilişkin kuralın uygulanması bakımından borçlunun tacir olması yeterli olmayıp, aynı zamanda cezai şartın ticari işletmesi ile ilgili bir borca ilişkin olması da gerekmektedir⁴¹. Bununla birlikte, TTK. m.19/1 hükmü ile tacirin borçlarının ticari borç olduğu karinesi kabul edilmiştir. Aynı fıkranın devamında ise, “Ancak gerçek kişi olan bir tacir, işlemi yaptığı anda bunun ticari işletmesi ile ilgili olmadığını diğer tarafa açıkça bildirdiği veya işin ticari sayılmasına durum elverişli olmadığı takdirde borç adi sayılır” hükmü ile tacir bakımından adi sayılabilecek işler de belirtilmiştir.

38 ÜLGEN Hüseyin / HELVACI Mehmet / KENDİGELEN Abuzer / KAYA Arslan / NOMER ERTAN Füsün, Ticari İşletme Hukuku, İstanbul 2015, s.40, 258 vd.; AYHAN Rıza / ÖZDAMAR Mehmet / ÇAĞLAR Hayrettin, Ticari İşletme Hukuku, 6. Bası, Ankara 2013, s.137; ARKAN, s.113; POROY Reha / YASAMAN Hamdi, Ticari İşletme Hukuku, 14. Bası, İstanbul 2012, s.125-126; KOCAAĞA, s.257.

39 ARKAN, s. 113, ERNAS / YALÇINTAŞ, s. 709, AYHAN / ÖZDAMAR / ÇAĞLAR, s.138; GÜNAY, s.219.

40 AYHAN, s.310.

41 AYHAN, s.310; OĞUZMAN/ÖZ, s.885; ARKAN, s.138-139; POROY/YASAMAN, s.112 vd; ERİŞ, s.741-742. Ayrıca bkz. BATTAL, Ahmet, Tacirin İş Kanunu'na Tabi Bir Sözleşmeden Doğan Cezai Şart Borcuna TK.24 (İndirim Yasağı) Uygulanabilir mi?, BATİDER, 1999, C.XX, S.2, s.20-21; KOCAAĞA, s.257 vd.

Buna göre, aşırı olan cezai şartın indirilmesinin istenemeyeceğine ilişkin TTK.m.22 hükmü uygulanırken, anılan düzenlemenin TTK m. 18/2’de düzenlenen basiretli iş adamı gibi davranma yükümlülüğünün gereği olduğu dikkate alınarak, gerçek kişi tacirin sadece ticarî işletmesiyle ilgili faaliyetleri nedeniyle üstlendiği cezai şart bakımından uygulanması gerekecektir. Ancak, gerçek kişi tacir, işlemi yaptığı sırada bunun ticarî işletmesiyle ilgili olmadığını bildirmez veya işin adı sayılması hal ve şartlardan çıkarılamazsa, işlem ticarî sayılacağından, tacir, üstlendiği cezai şart aşırı dahi olsa dahi indirilmesini isteyemez⁴².

Tacirin tüzel kişi olması durumunda ise, her türlü işlemi ticari sayılacağından ve adi sahaları bulunmadığından tüzel kişi tacir hakkında cezai şartın indirilemeyeceğine ilişkin TTK. m.22 hükmü doğrudan uygulanacaktır⁴³.

b- Tacirin Cezai Şartın İndirilmesini İsteyebileceği Haller

Her ne kadar TTK.m.22 hükmü ile tacirin cezai şartın indirilmesini isteyemeyeceği düzenlenmiş ise de, bu kuralın mutlak olarak uygulanması söz konusu değildir. Öncelikle, TTK.m.19 gereği borç ticari nitelikte değil ise, yani tacir işlemi yaptığı sırada işlemin ticari işletmesi ile ilgili olmadığını karşı tarafa bildirmişse veya işin ticari sayılmasına durum elverişli değil ise borç adi borç sayılacağından tacir cezai şartın indirilmesini isteyebilecektir⁴⁴.

İkinci olarak, tacir aleyhine öngörülen cezai şartın ahlaka ve adaba aykırılık oluşturacak şekilde aşırı olması halinde, BK. m.27 hükmü kapsamında geçersizliğine hükmedilebileceği gibi indirim de uygulanabilecektir⁴⁵.

Özellikle, Yargıtay tarafından da ifade edildiği üzere, cezai şart miktarı borçlunun ekonomik özgürlüğünü kabul edilemez derecede sınırlamakta ve

⁴² AYAN, s.310; BAŞBUĞ, s.14; GÜNAY s.221; ARKAN, s.64; POROY/YASAMAN, s.136 vd.

⁴³ ARKAN, s.143; AYHAN, s.310, BAŞBUĞ, s.14; BİLGİLİ/DEMİRKAPI, s. 65; KOCAAĞA, s.259-260.

⁴⁴ AYHAN, s.311; AYHAN/ÖZDAMAR/ÇAĞLAR, s.154.

⁴⁵ ARKAN, s.143; DOMANIÇ, s.149-150; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.358; OĞUZMAN/ÖZ, s.885; KOCAAĞA, s.264; AYHAN, s.311;

ekonomik varlığının tehlikeye düşmesine veya yok olmasına neden olmakta ise, cezai şart ahlaka ve adaba aykırı sayılır⁴⁶.

Sonuç olarak, tacir aleyhine öngörülen cezai şart, tacirin ekonomik olarak mahvına neden olacak derecede yüksek ise, ticari kişilik haklarına, adalete, hakkaniyete ve hatta ahlaka aykırı sayılarak tamamen veya kısmen geçersizliğine hükmedilebilecektir.

B- İş Sözleşmesinde Öngörülen Cezai Şartın İndirilmesi

1- Genel Olarak

TBK. m.420 gereğince, iş sözleşmesinde sadece işçi aleyhine tek taraflı cezai şart kararlaştırılmayacağı hususu üzerinde yukarıda durulmuş idi. Bunun sonucu olarak sadece işçi lehine veya her iki taraf aleyhine cezai şart kararlaştırılması ise mümkündür. İş sözleşmesinin taraflarından olan işverenin tacir olması durumunda TTK. m.22 hükmünün uygulanıp uygulanamayacağı konusu, diğer ifade ile tacir işverenin indirim isteyip isteyemeyeceği konusu, uygulama ve öğretide çeşitli tartışmaları da beraberinde getirmiştir ki, bu konu üzerinde aşağıda detaylı olarak durulmuştur.

İş hukukunda işveren sayılmak bakımından tacir olup olmamanın önemi bulunmamaktadır. Zira, İş Kanununun 2. maddesinin 1. fıkrasında işveren: *“Bir iş sözleşmesine dayanarak ... işçi çalıştıran gerçek veya tüzel kişiye yahut tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluşlara işveren ... denir”* şeklinde tanımlanmıştır. Bu durumda, işveren gerçek kişi olabileceği gibi, şirket,

⁴⁶ Y. HGK, 20.3.1974 T, E.1970/1053, K.1974/222, YKD, Ocak 1977, s.11-23; Y. HGK, 26.12.2001 T, E.2001/9-1175, K.1116, İBD, 2003/2, s.377-380; Y. 13.HD, 3.10.1988 T, E.1988/2765, K.1988/4383, YKD, Kasım 1989, s.1597 vd.; Y. 15.HD, 10.6.1999 T, E.1999/1658, K.1999/2437, YKD, Mart 2000, s.404-405; Y. 11.HD, 10.3.1997 T, E.1997/1132, K.1997/1439, YKD, Mayıs 1997, s.725-726; “Taraflar arasındaki sözleşmeye göre, işin belirtilen günde bitirilmemesi halinde iş bedelinin iki misli tazminatın ödeneceği hükmü -ifaya ekli ceza- niteliğinde olup, bu ceza hükmü muhtemel zararın çok üstünde onu aşan, etik yönden toplumu rahatsız eden, adeta angaryayı meşru sayan bir hüküm olduğundan, yüklenicinin iktisaden mahvına neden olmasa da Anayasa'nın 18. ve BK. nun 19. ve 20. maddelerine göre batıldır.” Y. 15.HD, 11.5.2000 T, E.1999/4655, K.2000/2324, YKD, Eylül 2000, s.1394-1395. Tacir aleyhine öngörülen cezai şartın indirilmesine ilişkin olarak: “... Ne var ki tarafların bir cezai şart kararlaştırmış bulunmaları karşısında, cezai şartın makul bir düzeyde belirlenmesi de mahkemenin görevi içinde bulunacaktır.” (Yargıtay 13. HD, 03.02.2003, E. 2003/587, K. 2003/1034, Kazancı İBB.)

dernek vakıf, kooperatif, sendika, şirket gibi özel hukuk veya devlet kurumu gibi kamu hukuku tüzel kişisi veya adi ortaklık gibi tüzel kişiliği olmayan kuruluşlar da olabilecektir⁴⁷. O halde İş Kanunu anlamında işveren sayılmak için işçi sayılan kimseleri çalıştırmak yeterli olup, iş kanunu kapsamında bulunmak açısından kural olarak tacir olmanın önemi bulunmamaktadır.

İş Kanunu kapsamında yer alan işçi, işveren veya işyeri söz konusu olduğu taktirde öncelikle 4857 sayılı İş Kanunu hükümlerinin uygulanması gerekecektir. Anılan kanunda düzenleme bulunmayan hallerde Borçlar Kanununun hizmet sözleşmesine ilişkin BK. m.393 vd. hükümleri ile genel hükümlerin düzenlendiği birinci kısmı uygulanacaktır.

İş hukuku uygulamasına bakıldığında, işverenin tacir olması durumunda iş sözleşmesinden doğan uyuşmazlıkların İş Kanununda özel olarak düzenlendiğinden hareketle iş ilişkisinin ticari işletmeyi ilgilendirse dahi ticari iş olarak kabul edilmediği ve TTK. hükümlerinin uygulanmadığı görülmektedir. Bunun sonucu olarak da, yargı kararları ile işçi lehine cezai şart öngörülmesi durumunda, cezai şartın indirilmesi gerektiği sonucuna ulaşılmaktadır.

İnceleme konumuz açısından önem arz etmesi nedeniyle önce kısaca ticari işletme ve ticari iş kavramları üzerinde durularak, iş sözleşmelerinin ticari iş niteliğinde olup olmadığı dolayısıyla cezai şartın indirilip indirilemeyeceği hususu değerlendirilecektir.

2- İş İlişkisinin Ticari İş Kapsamında Değerlendirilip Değerlendirilemeyeceği:

a- Genel Olarak Ticari İş Kavramı

Bir işin ticari iş olup olmadığının belirlenmesi, özellikle TTK. hükümlerinin uygulanma alanı açısından önem taşımaktadır. TTK'nın 3. maddesinde ticari işler: *“Bu Kanunda düzenlenen hususlarla bir ticari işletmeyi ilgilendiren bütün işlem ve fiiller ticari işlerdendir”* şeklinde tanımlanmıştır. Ancak ticari işlerin belirlenmesinde, yukarıda ifade edilen istisnaların sayıldığı TTK. m.19 hükmünün de dikkate alınması gerekir. Anılan TTK m.3 hükmü dikkate alındığında öncelikle, TTK.da düzenlenmiş olan işler, başkaca bir kriter aranmaksızın doğrudan ticari iş olarak kabul

⁴⁷ ÇELİK Nuri / CANIKLIOĞLU Nurşen / CANBOLAT Talat, İş Hukuku Dersleri, 27. Bası, İstanbul 2014, s.45; SÜZEK, Sarper, İş Hukuku, 9. Bası, İstanbul 2013, s.132.

edilecektir. Bundan başka TTK.da düzenlenmemiş olsa dahi, ticari işletmeyi ilgilendiren her türlü işlem ve eylemler ticari işlerden sayılacaktır.

TTK. da düzenlenen işlerin tamamının ticari sayılması gerektiği şüphesizdir. Bu nedenle biz daha çok ticari sayılması gereken işlem ve eylemler üzerinde durmayı faydalı görüyoruz.

Ticari işletmeyi ilgilendiren işlem ile ifade edilmek istenen, ticari işletmeyi ilgilendiren hukuki işlemlerdir⁴⁸. Hukuki işlemler çeşitli ayırımlara tabi tutulmakla birlikte düzenlendikleri hukukî ilişkinin içeriği dikkate alındığında, borçlar hukuku, eşya hukuku, kişiler hukuku, aile hukuku ve miras hukuku işlemleri şeklinde de ayrılmaktadırlar. Borçlar hukuku alanında yer alan işlemler ile bir borç ilişkisi meydana getirilir, değiştirilir veya ortadan kaldırılırlar. Sözleşme niteliği taşıyan borçlar hukuku işlemleri, satış, kira ve hizmet sözleşmesi gibi sözleşmelerdir⁴⁹. İşyerinde işçi çalıştırmaya yönelik tacir işveren ile işçi arasında yapılan iş sözleşmesinin, ticari işletmeyi ilgilendirdiği her halde açıktır.

Ticari işletmeyi ilgilendiren iş ve eylemler ise, girişimcinin gelir ve kar elde etmek amacıyla yapacağı her türlü işlem ve eylemlerdir. İşletmeyi ilgilendiren iş ve eylemler geniş olarak yorumlanmalı, ticarî hayat gereğince ticarî işletmenin faaliyeti ile doğrudan veya dolaylı ilişkisi bulunan her işlem ve eylemin ticarî işletmeyi ilgilendirdiği kabul edilmelidir⁵⁰.

Ticari işletmeyi ilgilendiren fiiller hukuki fiillerdir. Hukuki fiiller, hukuka aykırı fiiller ve hukuka uygun fiiller olarak ikiye ayrılmaktadır⁵¹. Hukuka aykırı fiiller de, haksız fiil ya da sözleşmeye aykırılık şeklinde ikiye ayrılmaktadır. Bir haksız fiil, sözleşmeye aykırılık veya haksız fiil olarak ortaya çıktığı takdirde, bu fiil hukuki işletmeyi ilgilendiriyor ise ticari iş sayılır⁵².

48 AYHAN/ÖZDAMAR/ÇAĞLAR, s.65; AYHAN, s.296; YEŞİLTEPE Önder, İş (Hizmet) Sözleşmelerinin Ticari İş Mahiyeti, Ticari İşlerde Faiz ve İşçi Alacaklarına Uygulanacak Temerrüt Faiz Oranı, Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 2014/2, s.49.

49 AYHAN, s.296-297.

50 ARKAN, s.65; AYHAN, s.295-296.

51 Ayrıntılı bilgi için bkz. EREN, s.59 vd.

52 YEŞİLTEPE, s.50; AYHAN, s.298.

b- İşçi Çalıştırma Ticari İş midir?

Öncelikle ifade etmek gerekirse, TTK. m.22 kapsamında cezai şartın indirilmesini isteyememe, işin ticari nitelikte olup olmamasına değil, tacir olmaya bağlanan bir sonuçtur. Zira anılan düzenlemeye tacir olmanın hükümleri başlığı altında yer verilmiştir⁵³.

Tacir olan kimsenin işyerinde işçi çalıştırması durumunda, işçi ile arasında iş sözleşmesinin veya iş ilişkisinin varlığından söz edilecektir. İş Kanununun 8.maddesinde şu şekilde tanımlanmıştır: “İş sözleşmesi, bir tarafın (işçi) bağımlı olarak iş görmeyi, diğer tarafın (işveren) da ücret ödemeyi üstlenmesinden oluşan sözleşmedir” (f.1). Borçlar Kanununda da benzer bir tanıma yer verilerek hizmet sözleşmesi: “... işçinin işverene bağımlı olarak belirli veya belirli olmayan süreyle işgörmeyi ve işverenin de ona zamana veya yapılan işe göre ücret ödemeyi üstlendiği sözleşmedir” şeklinde tanımlanmıştır (m. 393/1).

Tam iki taraflı sözleşme olan iş sözleşmesinin işçi ve işverenin karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları ile kurulması nedeni ile hukuki işlem olduğu konusunda şüphe bulunmamaktadır⁵⁴. Tacirin tüzel kişi olması durumunda, tüm işlemleri ticari olduğundan, iş sözleşmesinin ticari nitelikte olduğu açıktır. Gerçek kişi tacirin ticari işletmesini ilgilendiren işlemlerin TTK. m.3 gereğince ticari olması asıl olduğundan, işçi işveren ilişkisi kapsamında iş sözleşmesi ile işçi çalıştırılmasının tacir bakımından ticari nitelikte olduğu da tartışmasızdır⁵⁵. Zira, işçi çalıştırılması ticari faaliyet ile amaçlanan kazanç elde etmenin unsur ve araçları arasında yer almaktadır.

c- İş Kanunu ile TTK. Hükümleri Arasındaki İlişki

İş sözleşmesine ilişkin hükümler İş Kanununda düzenlenmiş olmakla birlikte, anılan kanunun Medeni Kanun ve Borçlar Kanunu ile de bağlantısı bulunduğu şüphesizdir. Bu nedenle, iş kanununda düzenlemenin bulunmadığı durumlarda boşlukların genel nitelikteki hukuk kuralları ile doldurulması gerekmektedir⁵⁶.

⁵³ YEŞİLTEPE, s.52.

⁵⁴ AYHAN, s.297; YEŞİLTEPE, s.54.

⁵⁵ BATTAL, s.21 vd.; ARKAN, s.138, dn.1; POROY/YASAMAN, s.113-114; BAŞBUĞ, s.15, KARAGÖZ, s.37.

⁵⁶ ÇELİK, s.16-18.

TTK'nın 1.maddesinde açıkça düzenlendiği üzere, “*Türk Ticaret Kanunu, 22/11/2001 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun ayrılmaz bir parçasıdır*”. Bu nedenle, İş Kanununda boşluk bulunan hallerde, Türk Medeni ve Borçlar Kanunu hükümleri uygulanırken, Türk Ticaret Kanunu hükümlerinin uygulanmayacağı söylenemez. İş Kanununda, iş sözleşmesinin ticari nitelikte olmadığına dair açık bir düzenleme bulunmamasının yanı sıra işverenin cezai şartın indirilmesini isteyebileceğine ilişkin bir düzenleme de bulunmamaktadır.

Anlatılan nedenlerle, tacir niteliğine sahip olan işveren ile işçi arasındaki hukuki ilişkinin, iş kanunundan kaynaklanan iş sözleşmesi olması, iş ilişkinin ticari nitelikte sayılmasını ve iş kanununda özel hüküm bulunmayan hallerde TTK hükümlerinin uygulanmasına engel teşkil etmeyecektir⁵⁷.

Türk Ticaret Kanununda istisnai nitelikte olsa dahi işçi ile ilgili düzenlemelere de yer verildiği görülmektedir. TTK. m.57 (1) de, haksız rekabet fiilinin işçi tarafından işlenmesi durumunda işverene karşı dava açılabileceği, TTK. m.147 (2) de, birleşme raporunda birleşmenin birleşmeye katılan şirketlerin işçileri üzerindeki etkileri ve sosyal plana yer verilmesi, TTK. m.169 (2-g) de bölünme raporunda bölünmenin işçiler üzerindeki etkileri ve içeriği ile sosyal planın içeriğine yer verilmesi, son olarak TTK m.178 de işletmenin tam veya kısmi bölünmesinin iş ilişkilerine etkisi düzenlenmiştir. Anılan düzenlemeler içerisinde, TTK. m.22 nin istisnasını oluşturacak tarzda cezai şartta ilişkin her hangi bir hüküm bulunmamaktadır.

Sonuç olarak, cezai şartın indirilmesine ilişkin genel hüküm niteliğinde olan BK.m.182/3 yerine, anılan hükmün istisnasının oluşturan ve özel hüküm niteliğinde olan TTK. m.22 hükmünün uygulanması gerekecektir. Diğer ifade ile işverenin tacir olması durumunda işçi lehine öngörülen cezai şartın indirilmesini isteyemeyecektir.

d- İndirim Konusunda Yargıtay Uygulaması ve Değerlendirmeler

aa- Yargıtay Uygulaması

Yargıtay son yıllarda verdiği kararlarında işverenin tacir olması durumunda, iş sözleşmesi ile işçi lehine öngörülen cezai şartı, ticari işlem

⁵⁷ YEŞİLTEPE, s.55-56.

olarak kabul etmemekte ve indirim tabii tutulması gerektiğine hükmetmektedir.

Yargıtay eski tarihli bir kararında, davalı işverenin tacir olduğunu belirterek, taraflar arasındaki hizmet sözleşmesinin tacir olan davalı tarafından süresinden önce ve haklı neden olmaksızın bozulmuş olması nedeni ile, sözleşmede yer verilmiş olan beş maaş tutarındaki cezai şartın eski TK m. 24 hükmü gereğince indirilemeyeceğine isabetle karar vermiştir⁵⁸.

Ancak, daha sonraki kararlarında aksi yöndeki görüşünü sürdürmüştür. Yargıtay'a göre: "... Davalı işverenin A.Ş. olması nedeni ile TTK 24. maddesinin olayda uygulama olanağının bulunup bulunmadığının belirlenmesinde toplanmaktadır. Bu bağlamda, davacı işçi ile işveren arasındaki ilişkinin hukuki nitelikleri üzerinde durulmasında yarar vardır. İlk olarak belirtelim ki, işveren ile işçi arasındaki ilişki TTK'nun 3. maddesinde anlamını bulan ticari iş niteliğinde olmayıp, 1475 sayılı İş Yasasından kaynaklanan ve iş yasası hükümlerine bağlı ve bu çerçevede içinde kendine özgü bir hizmet akdidir. Dahası işçi işveren ilişkileri gözetildiğinde kamu düzeni ile de ilgilidir. Esasen iş hukukunun temel ilkelerinden olan tarafların dengeli tutulması kuralı da bu kabulü doğrulamaktadır. O nedenle; işe almama karşılığında bir yaptırım olarak kararlaştırılan ceza koşulunun TTK'nu hükümlerinin öngördüğü anlamda bir ticari ilişkiden kaynaklanmadığı çok açıktır. Hal böyle olunca; davalı işveren A.Ş.'nin, tacir olması taraflar arasındaki anlatılan hukuki ilişkinin kendine, özellikle iş yasasına özgü niteliği karşısında, TTK'nun 24. maddesinin uygulamasını gerektirmez. ⁵⁹"

Yargıtay HGK, sonraki yıllarda vermiş olduğu kararlarında da yukarıda zikredilen Y.HGK. kararına atıfla, tacir olan işverenle işçi arasındaki ilişkiyi ticari iş niteliğinde kabul etmeyerek, cezai şarttan indirim yapılması gerektiğini belirtmek suretiyle aynı yöndeki görüşünü sürdürmüştür⁶⁰.

⁵⁸ Yargıtay 9. HD, T. 16.02.1976 T, E. 1976/4484, K. 1976/5798. YKD, Aralık 1976, s.1671.

⁵⁹ Y. HGK, 15.10.1997 T, E.1997/9-486, K.1997/822, YKD, Mart 1999, s.303 vd. *Aynı yönde*, Y. 9.HD, 19.03.1998 T, E.1998/3108, K.1998/5558, GÜNAY, Şerh I, s.432.

⁶⁰ Y. HGK, 2.2.2005 T, E.2004/9-759, K.2005/9, KAZANCI İBB, *Aynı yönde*, Y. HGK, 02.10.2002 T, E.2002/9-596, K.2002/662 Ankara Barosu Dergisi, 2002/4, 188 vd.; Y.

bb- Yargıtay'ın Görüşünün Değerlendirilmesi

Yargıtayın bu kararı öğretide haklı olarak eleştirilmiştir⁶¹. Yargıtay, öncelikle işçi ile işveren arasındaki ilişkiyi ticari iş niteliğinde kabul etmemektedir. Yukarıda açıklandığı üzere, iş ilişkisi işverenin ticari işletmesine ilişkin bir faaliyet olup ticari iş olarak kabul edilmesi gerekir. Ayrıca, somut olayda işverenin tüzel kişiliğe sahip olması tüm işlemlerinin ticari olması sonucunu doğurur. Bu nedenle anılan gerekçenin hukuki dayanaktan yoksun olduğu kanaatindeyiz.

Yargıtay ikinci olarak, olayın iş hukuku kuralları çerçevesinde çözümlenmesi gerektiği görüşündedir. Oysa iş sözleşmesinin genel olarak düzenlendiği Borçlar Kanunu ve özel olarak düzenlendiği İş Kanununda, işçi-işveren ilişkilerini Ticaret Hukuku yönünden ele alan bir düzenleme bulunmamaktadır. Ayrıca yukarıda ifade edildiği üzere, TTK. da cezai şarta ilişkin m.22 hükmünün iş ilişkilerinde, daha özeldir ifade edilecek olur ise işçi lehine cezai şart öngörülmesi durumunda uygulanmayacağına ilişkin de her hangi bir hükme yer verilmiş değildir. Anlatılan nedenlerle TTK. m.22 hükmünün olayda uygulanmasına engel bir durum bulunmamaktadır.

Son olarak, iş sözleşmelerinin kamu düzeniyle ilişkisi ve tarafların dengeli tutulması ilkesine gerekçeler arasında yer verilmiştir. İş sözleşmelerine kamu düzeni gerekçesiyle emredici hükümler yoluyla müdahale edilmesinin amacı, işçi aleyhine olan sözleşme eşitsizliğinin ortadan kaldırılarak taraflar arasındaki dengesizliğin giderilmesi, diğer ifadeyle işverene nazaran zayıf konumda olan işçinin korunmasıdır. Oysa Yargıtay, işçi aleyhine ve işveren lehine olacak tarzda bir sonuca ulaşmıştır ki, bu yorum tarzının iş hukukunun kendine özgü yapısına dayandırılması mümkün değildir⁶².

Yargıtay tarafından anılan kararda somut olayda talep edilen cezai şartın toplu iş sözleşmesinden kaynaklandığı hususu da göz ardı edilmiş ve toplu iş sözleşmesi ile askerden dönen işçinin işe alınmaması durumunda 3 aylık ücreti tutarında işe almama tazminatı (cezai şart) ödeneceğine ilişkin hüküm

HGK, 26.12.2001 T, E.2001/9-1175, K.2001/1166, İstanbul Barosu Dergisi, 2003/2, s.377-380.

61 BATTAL, s.21 vd.; ARKAN, s.138, dn.1; POROY/YASAMAN, s.113-114; BAŞBUĞ, s.253 vd.; AYHAN, s.297 vd.; YEŞİLTEPE, s.52 vd.

62 BATTAL, s.22-23; BAŞBUĞ, s. 16-17; KARAGÖZ, s.38.

aşırı bulunarak indirilmesi gerektiği ifade edilmiştir⁶³. Dolayısıyla, Yargıtay tarafından cezai şart alacağının toplu iş sözleşmesinden kaynaklandığı hususu da dikkate alınmamış ve değerlendirilmemiştir⁶⁴.

d- Yargıtay'ın İndirimde Esas Aldığı Kıstaslar ve Değerlendirilmesi.

Cezai şartın indirilmesine ilişkin genel prensipler yukarıda ifade edilmişti. Yargıtay tacir işveren aleyhine öngörülen ve iş sözleşmesinden kaynaklanan cezai şartın indirilmesi konusunda da aynı esaslar kapsamında hareket edilmesi gerektiği görüşünden hareket etmektedir. Yargıtay, HGK. 2.2.2005 T, E.2004/9-759, K.2005/9 sayılı kararında, hakimin indirimde: 1- Tarafların ekonomik durumları, özel olarak borçlunun ödeme gücü 2- Alacaklının, asıl borcun ifa edilmesi halinde elde edeceği yarar ile, cezai şartın ödenmesinin sağlayacağı yarar arasındaki makul ve adil ölçü 3- Sözleşmeye aykırı davranılması yüzünden alacaklının uğradığı zarar; borçlunun borcunu yerine getirmemek suretiyle sağladığı yarar 4- Borçlunun kusur derecesi ve borca aykırı davranışının ağırlığı ölçüt alınarak hak, adalet ve nesafet kurallarına uygun bir cezai şart miktarına hükmedilmesi gerektiğini beyan etmiştir.

Karara konu olan olayda, davacı davalı şirkette genel müdür olarak çalışmakta iken iş sözleşmesinin haksız olarak feshedildiğini ileri sürerek sözleşmede öngörülen cezai şartı talep etmiştir. İlk derece Mahkemesi tarafından ilk kararda % 50, bozma üzerine verilen kararda ise % 60 oranında indirim yapmıştır. HGK. ise özel daire kararı doğrultusunda yapılan

⁶³ Toplu iş sözleşmesinde öngörülen cezai şartın indirime tabi tutulması konusunda: “İşverenin toplu iş sözleşmesinde yer alan tazminatlı fesih hakkını hatalı kullanarak sözleşme hükümlerine uymaması disiplin kuruluna götürmemesi anılan sözleşmenin 33/2-b maddesine göre işçinin ücretinin bir yıllık tutarından az olamayacak şekilde, ihbar ve kıdem tazminatının üç katı tutarında cezai şartla sorumlu tutulmasını gerektirir. İş güvencesi getirmek amacıyla düzenlenen ve işverenin yönetim hakkını ortadan kaldırmayan bu cezai şart fahiş görüldüğünden Borçlar Kanununun 161/3 maddesi uyarınca tenkise tabi tutulacağı da doğaldır” Y. 9.HD, 6.7.1998 T, E.1998/9969, K.1998/11770, GÜNAY, TİSGLH, s.161-162. *Aynı yönde* Y. 9.HD. 28.04.2005 T. E.2004/25259, K.2005/14987, Legal İHD, 2005/7, s.1290-1291; Toplu iş sözleşmesinde öngörülen cezai şartın BK. m.161/3 gereğince değerlendirilmesi gerektiği yönünde; Y. 9.HD. 14.10.2002 T. E.2002/3553, K.2002/19194, TÜHİS, Kasım-2002/ Şubat 2003, s.127-128; Y. 9.HD, 24.4.2000 T, E.2000/2120, K.2000/6029, GÜNAY, Cezai Şart, s.94, dn.306.

⁶⁴ Toplu iş sözleşmesinde cezai şart konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. KARAGÖZ, s.133 vd.

indirimi yeterli görmeyerek, daha fazla oranda indirim yapılması gerektiğine hükmetmiştir.

HGK. daha fazla oranda indirim yapılmasını şu gerekçeye dayandırmıştır:” Ülkemizdeki genel çalışma koşulları, benzer nitelikteki görevleri yerine getiren başka kişilere ödenen ücretlerin genel düzeyi, davacının fesihle aynı gün sözleşmeden önceki asıl görevi olan üniversitedeki öğretim üyeliğine dönmüş olması ve somut olayın tüm diğer özellikleri gözetildiğinde; sözleşme uyarınca fesihten sonraki süreye göre hesaplanan ve fahiş olduğu tarafların, yerel mahkeme ile özel dairenin kabulünde bulunan cezai şart miktarında, yerel mahkemece bozmaya uyularak yapılan % 60 oranındaki indirim sonucunda hüküm altına alınan tutar; tahakkuk edecek faiz miktarı ile birlikte değerlendirildiğinde, Borçlar Kanunu’nun 161/3. maddesindeki emredici hükmün amaçladığı, adil ve hakkaniyete uygun sonucu ortaya koymaktan uzak; dolayısıyla yapılan indirim yetersizdir. Böylesi bir sonuca ulaşılabilmesinin, yukarıda açıklanan ilkeler çerçevesinde, daha yüksek oranda bir indirimle mümkün olacağı benimsenmiştir”.

Öncelikle Yargıtay tarafından anılan sözleşmede öngörülen cezai şartın geçerli olduğu, ancak indirime tabi tutulması gerektiği kabul edilmiştir. Anılan hükmün geçerli kabul edilmesi aynı zamanda iş sözleşmesinin işveren tarafından haksız olarak feshedildiğinin, diğer ifade ile iş sözleşmesinin sona ermesinde davacının kusurunun bulunmadığının kabulü anlamına gelmektedir. Bu durumda cezai şartın aşırılığının belirlenmesinde işverenin kusur durumunun dikkate alınmadığı görülmüştür. Aslında sadece işçinin durumu gözetilerek cezai şartın indirilmesi gerektiği üzerinde durulduğunu söylemek mümkündür. Oysa yapılması gereken bizzat Yargıtay tarafından da ifade edilen tüm hususların birlikte değerlendirilerek sonuca ulaşılmasıdır.

İşverenin tacir olması durumunda şayet cezai şart indirilecek ise, iş sözleşmesinin sona ermesinde işverenin kusurlu olup olmadığı, iş sözleşmesinin ifa edilmeyen süresi, işçinin hangi sürede ve hangi ücret düzeyi ile iş bulduğu veya bulabileceği ve özellikle tacir olan işverenin ekonomik durumu ve ödeme gücünün dikkate alınması gerekmektedir. Tacir olan işverenin ekonomik durumunun gözetilmesinin iş hukukunun işçiyi koruyucu niteliğine de uygun düşeceği kanısındayız. Son olarak belirtmek gerekir ki, cezai şartın zarar miktarına kadar indirilmesi, cezai şart

kurumunun niteliği ile bağdaşmayacağından aşırı indirimden kaçınılması da gerekmektedir.

SONUÇ:

İş hukukunun kendine özgü niteliği, iş ilişkisinde işçinin korunması sonucunu doğurmaktadır. İş sözleşmesinin ticari iş kapsamında değerlendirilmesi gerektiği açık olduğundan, Yargıtay'ın yaptığı şekilde, tacir işveren aleyhine cezai şart kararlaştırılması durumunda TTK. m.22 hükmünün uygulanmayacağı sonucuna varılması mümkün değildir. Bu çözümün kabulü halinde işçinin değil, aksine işverenin korunması söz konusu olacaktır ki, bu hususun iş hukukunun kendine özgü yapısıyla bağdaştırılması mümkün değildir.

Dolayısıyla, işverenin tacir olması durumunda cezai şartın indirilememesi gerekmektedir. Bununla birlikte indirim yapılacaksa, cezai şart borçlusunun tacir konumunda olduğu, işçinin ise geçimini sağlamak amacıyla çalıştığı ve ekonomik durumunun işverene nazaran zayıf durumda olduğu gözden uzak tutulmamalıdır.

MEDENİ YARGILAMA HUKUKUNDA OBJEKTİF DAVA BİRLEŞMESİ

*Yrd. Doç. Dr. S.Serhat KIRTILOĞLU**

ÖZET

Davaların yığılması olarak ifade edilen kavram geniş anlamda, bazen birden fazla dava konusunun birleşmesi şeklinde ortaya çıkabileceği gibi bazen de davanın taraflarında birden fazla kişinin bulunması şeklinde ortaya çıkabilir. Davanın tarafları üzerinde ortaya çıkan yığılma dava arkadaşlığını ortaya çıkarırken, davanın konusu üzerinde olan yığılma ise objektif dava birleşmesini ortaya çıkaracaktır.

Objektif dava birleşmesi Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 110'da düzenleme altına alınmıştır. Buna göre davacı, aynı davalıya karşı olan birden fazla aslî talebini, taleplerinin tamamının aynı yargılama çeşidi içinde yer alması ve taleplerin tümü bakımından ortak yetkili mahkemenin olması şartıyla aynı dava dilekçesinde ile ileri sürebilecektir. Bu çalışmada objektif dava birleşmesi kavramı ve hukukî dayanağı temelinde, şartları ve ortaya çıkardığı sonuçlar üzerinde durulacaktır.

Anahtar Kelimeler: Objektif Dava Birleşmesi, Temeli, Şartları, Sonuçları

ABSTRACT

Expressed as "pile of cases", the notion might be about the subject of the case or -sometimes- the parties of the case. Piling on the parties of the case reveals itself as a kind of case friendship whereas piling on the subject of the cases reveals itself as objective case merging.

Objective trial merging is regulated under the Code of Civil Procedure article 110. According to this, the plaintiff shall be able to suggest more than one principal demand against the same defendant in the same bill of claims as long as all the demands are included in the same type of proceeding and

* Mevlâna Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usûl – İcra ve İflas Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

the authorized court is common for all the requests. This study focuses on the emerging results as well as terms on legal grounds and within the framework of objective case merging.

Keywords: Objective Case Merging, Grounds, Terms, Consequences

GİRİŞ

Taleplerin bir arada dava konusu edilmesi, usul ekonomisi ilkesine uygun hareket edilmesi ve farklı talepler hakkında verilecek hükümlerin birbiri ile çelişkili durumlar içermesine engel olunması amacıyla kullanılabilir. Her iki sebep de dikkate alındığında taleplerin bir arada ileri sürülmesine imkân tanımakla yargılamada önemli bir yarar sağlanmış olacaktır.

Birden fazla talebin bir arada ileri sürülmesi durumunda sağlanacak bu yararların yanında birleşen talepler arasındaki ilişkinin niteliği de önem arz eden bir durumdur. Bir arada ileri sürülen talepler birbirinin yerine, yani ikamesini oluşturacak şekilde ileri sürülüyor olabilir. Söz konusu talep karşısında mahkeme, taleplerden birini reddetmeden diğer talebi incelemeyecektir. Terditli dava olarak karşımıza çıkan bu talep birleşmesi de temelde yine usul ekonomisi ilkesine ve içtihatlarda birliğin sağlanmasına hizmet eden bir kurumdur.

Bunun yanında bazen ileri sürülen birden fazla talep seçimlik talepler şeklinde de ortaya çıkabilir. Seçimlik borçlarda seçim hakkının borçluda olduğu ve seçim hakkının kullanılmaması nedeniyle dava konusunun seçimlik şekilde ortaya çıktığı bu durumda, borçlu seçimlik borçlardan birisini yerine getirerek borcundan kurtulabilecek durumdadır.

Taleplerin bir arada ileri sürülmesi durumunun bir diğer görünüm şekli, öğretide ve uygulamada tercih edilen terim itibariyle objektif dava birleşmesidir. İnceleme konumuz objektif dava birleşmesi kurumu, HMK m. 110'da "Davaların Yığılması" madde başlığı ile düzenleme altına alınmıştır. HUMK'un yürürlükte olduğu dönemde de HUMK m.3'ün ilk cümlesinden hareketle kabul edilebilir olduğu sonucuna varılan objektif dava birleşmesi kurumunun da usul ekonomisi ilkesine uygun hareket edilmesi ve mahkemelerin birleşen talepler hakkında çelişkili kararlar vermesinin önüne geçilebilmesine amacına hizmet ettiği söylenebilecektir.

Objektif dava birleşmesi, HUMK m.3 düzenlemesinden hareketle öğretide kabul görmüş ve uygulamada yargı kararlarına konu edilmiştir.

Uygulaması olan ve HMK m. 110'da büyük oranda sınırları belirli hale gelen objektif dava birleşmesi hakkında öncelikle kurumun temeli ve amacı üzerinde durmanın yararlı olacağı kanaatindeyiz. Zira kavram ve hukukî temel ekseninde değerlendirmelerin daha sağlıklı yapılması mümkün olacaktır. Bu temel üzerinden objektif dava birleşmesinin hangi yollarla ortaya çıkacağı, incelenmeye değer bir diğer konudur. Ancak özellikle objektif dava birleşmesinin şartları ve sonuçları, üzerinde daha fazla durulması gereken hususlardır.

Mevcut yasal düzenleme ve uygulama, objektif dava birleşmesinde birleşen taleplerin her birinin bir dava konusu olduğunu ve aslında bağımsız bir dava teşkil eden bu taleplerin bir arada ileri sürüldüğünü kabul etmektedir. Objektif dava birleşmesinde bir arada ileri sürülen talepler arasında aslî – fer'i talep ayrımının olmadığı, bu taleplerinin aynı davacı tarafından aynı davalıya karşı ileri sürüldüğü açık bir durumdur. Ancak objektif dava birleşmesinde “birleşen taleplerin tamamının aynı yargı çeşidi içinde yer alması ve taleplerin tümü bakımından ortak yetkili mahkemenin bulunması” (HMK m. 110) şartı, üzerinde durulması gereken bir husustur. Bunun yanında birleşen talepler arasında hukukî veya ekonomik bir bağın bulunması gerekliliğinin aranıp aranmayacağı, birleşen talepler karşısında kanun yoluna gidebilme şartlarının neye göre değerlendirileceği, kanun yoluna taşınan ve taşınmayan taleplerin durumunun ne olacağı üzerinde durulacak diğer konulardır.

Çalışmamızda objektif dava birleşmesi kavramının hukukî temeli üzerinden tüm bu soruların cevaplarını incelerken öğretide ve uygulamada ortaya konulan görüşlerden hareket edecek ve kanaatlerimizi belirtmeye çalışacağız.

A. Kavram ve Hukukî Temeli

I. Objektif Dava Birleşmesi Kavramı

Objektif dava birleşmesi, birden fazla usûli talebin aynı davacı tarafından aynı davalıya karşı, aynı yargılamada aralarında aslî – ferî ilişkisi olmadan ileri sürülmesi halinde ortaya çıkar¹. Objektif dava birleşmesinin

¹ **Kuru**, Baki, Hukuk Muhakemeleri Usulü, 6. Baskı, C.II – IV, İstanbul, 2001, C.II, s. 1496; **Pekcanitez**, Hakan/**Atalay**, Oğuz/**Özekes**, Muhammet, Medeni Usul Hukuku, 14. Baskı, Ankara, 2013, s. 476; **Üstündağ**, Saim, Medeni Yargılama Hukuku, C. I-II, 7. Baskı, İstanbul, 2000, s. 160 (Üstündağ – Yargılama); **Alangoya**, H. Yavuz/**Yıldırım** M.

karakteristik özelliği; yargılamanın birliği yoluyla birden fazla talebin ortaya konulmasıdır. Çünkü burada karşılık dava ve sübjektif dava birleşmesinde² olduğu gibi birleşen hukukî taleplerin varlığı söz konusudur³. Ancak birleşen taleplerin birbirleri ile olan ilişkisi, objektif dava birleşmesini; kısmi dava, sübjektif dava birleşmesi, seçimlik dava ve terditli davadan ayırmaktadır.

Mevcut yasal düzenlemelerimize göre objektif dava birleşmesinde birleşen talepler bazen aynı olaydan kaynaklanan taleplerken bazen de farklı olaylardan kaynaklanan talepler olabilir. Örneğin aynı haksız fiilden hem maddi tazminat talebi hem de irad talebi ortaya çıkar. Buna karşın bazen haksız fiilden kaynaklanan bir talep ile sebepsiz zenginleşmeden kaynaklanan talep de bir arada ileri sürülebilir⁴. İkinci durumda birleşen talepler farklı dava sebeplerinden doğmaktadır.

Kamil/**Deren Yıldırım**, Nevhis, Medeni, Usul Hukuku Esasları, 6. Baskı, İstanbul, 2006, s. 140; **Ulukapı**, Ömer, Medeni Usul Hukukunda Dava Arkadaşlığı, Konya, 1991, s. 13(Ulukapı – Dava); **Ulukapı**, Ömer Medeni Usul Hukuku, 2. Baskı Konya, 2014, s. 217 (Ulukapı – Usul); **Kuru**, Baki/**Arslan**, Ramazan/**Yılmaz**, Ejder, Medeni Usul Hukuku, 23. Baskı, Ankara, 2012, s. 276; **Karşlı**, Abdurrahim, Medeni Muhakeme Hukuku, 3. Baskı, İstanbul, 2012, s. 383; **Rosenberg**, Leo/**Schwab**, Karl Heinz/**Gottwald**, Peter, Zivilprozessrecht, 17. Auf, 2010, München, s. 533; **Gasser**, Dominik/**Rickli**, Brigitte, Schweizerische Zivilprozessordnung Kurzkomentar, Zürcih/St.Gallen, 2010, Art. 90 Rn. 2; **Özekes**, Muhammet, Medeni Usul Hukuku Bakımından Hizmet Tespiti ve İşçilik Haklarına İlişkin Davaların Birlikte Açılması, (Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, 2004/4, s. 1382 – 1396), s. 1386; **Muşul**, Timuçin, Medeni Usul Hukuku, 3. Baskı, Ankara, 2012, s. 144 – 145 (Muşul – Usul); **Münchener Kommentar** zur ZPO 4. Auf. 2013, § 260 Rn. 1 (MünchKommZPO – Becker-Eberhard); **Musielak**, Hans-Joachim, Kommentar zur Zivilprozessordnung, 11. Auf. 2014, § 260 Rn. 1; **Spühler**, Karl/**Tenchio**, Luca/**Infanger**, Dominik, Schweizerische Zivilprozessordnung, Basler Kurzkomentar, Basel, 2010, Art. 90 Rn. 1.

2 Davanın süjeleri arasındaki yığılma, dava arkadaşlığı olarak da ifade edilebilir. Daha açık bir ifadeyle, bir davanın aynı tarafında birden fazla kişinin bulunması halinde sübjektif dava birleşmesi veya diğer bir ifadeyle dava arkadaşlığı ortaya çıkacaktır. Dava arkadaşlığı davanın bir tarafında ortaya çıkabileceği gibi her iki tarafında da ortaya çıkabilir. Dava arkadaşlığı temel olarak usul ekonomisine uygun hareket edilmesi amacıyla kabul edilmiş bir kurumdur. (**Ulukapı** – Dava, s. 24 – 25).

3 **Merle**, Werner, Zur eventuellen Klagenhäufung, (ZZP 83. Band, Heft 4, 1970, s. 436 – 469), s. 436; **Rosenberg/Schwab/Gottwald**, s. 533 – 534; **Alangoya**, Yavuz, Medeni Usul Hukukunda Dava Ortaklığı, İstanbul, 1999, s. 31; **Muşul**, Timuçin, Medeni Usul Hukukunda Terdit İlişkileri, 2. Baskı, Ankara, 2009, s. 93 (Muşul – Terdit); **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 476; **Gasser/Rickli** – Kurzkomentar, Art. 90 Rn. 2; **Spühler/Tenchio/Infanger**, Art. 90 Rn. 2.

4 **Merle**, s. 436; **Rosenberg/Schwab/Gottwald**, s. 533; **MünchKommZPO** – Becker-Eberhard § 260 Rn. 6, 8.

Objektif dava birleşmesinde birleşen talepler aynı anda ve aralarında aslî – fer’i ilişkisi olmaksızın ileri sürülmektedir⁵. Buna göre birleşen her talep birbirinden bağımsız, eşdeğer öneme sahiptir⁶. Türk Hukukunda⁷ ve Alman Hukukunda⁸ geniş anlamda dava birleşmesi kavramı içerisinde, HMK’da kavram olarak davaların yığılması şeklinde kavram karşılığını bulan objektif dava birleşmesinin yanında, terditli dava ve seçimlik dava kavramlarının da yer aldığı düşünülmektedir. Dar anlamda objektif dava birleşmesiyle ise sadece kümülatif yani davacının aynı davalıya karşı sahip olduğu birden fazla talebini tek dava ile talep ettiği durum ifade edilmektedir⁹. Taleplerin birleşmesi durumu Alman Hukukunda “Klagenhäufung” şeklinde ifade edilmektedir¹⁰. Türkçeye davaların birleşmesi olarak tercüme edilecek bu kavram bir anlamda objektif dava birleşmesini de içine alan üst başlıktır. “Klagenhäufung” ifadesi ile ortaya konulan dava birleşmesi öncelikle üç başlık altında değerlendirilmiştir. Bu başlıklardan birincisi hukukumuzda objektif dava birleşmesinde karşılığını bulabilecek “Kumulative Klagenhäufung”dur. Belirtilen tür, klasik anlamda dava birleşmesinin ilk akla gelen ve sıklıkla kullanılan halidir. Burada davacının aynı anda ve aynı önemde birden fazla ileri sürdüğü talebi vardır¹¹. Mahkeme bütün taleplerle

5 **Muşul** – Terdit, s. 104; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 476; **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s. 276; **Ulukapı** – Usul, s. 217; **Karşı**, s. 383.

6 **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 476 – 477; **Saenger**, Ingo, Zivilprozessordnung, 5. Auf, 2013, § 260 Rn. 7 vd. (**Saenger** – Kommentar).

7 Türk Hukukundaki söz konusu nitelendirme için bkz. **Alangoya/Yıldırım/Deren Yıldırım**, s. 140 dn. 5; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 476; **Ulukapı** – Dava, s. 14, 21vd.; **Muşul** – Terdit, s. 93; **Özekes**, s. 1386 – 1387.

8 **Rosenberg/Schwab/Gottwald**, s. 534 vd.; **Saenger** – Kommentar § 260 Rn. 1 vd.; **MünchKommZPO** – Becker-Eberhard § 260 Rn. 4-5.

9 **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 476. Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 110’da davaların yığılması olarak kavram karşılığını bulan ve bizim burada kümülatif dava yığılması (**Yılmaz**, Ejder, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 2. Baskı Ankara, 2013, s. 772 (Yılmaz – Şerh)) olarak ifade ettiğimiz kavramın yerine öğretilde, objektif dava yığılması (**Alangoya/Yıldırım/Deren Yıldırım**, s. 140) objektif dava birleşmesi (**Üstündağ** – Yargılama, s. 160; **Yılmaz** – Şerh, s. 772; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 476; **Ulukapı** – Usul, s. 217) kavramları da kullanılmaktadır.

10 Öğretildeki bir görüşe göre, burada bir araya gelen davalar değil taleplerdir. Bu sebeple söz konusu kurumun Almanca karşılığı “Anspruchhäufung” olacaktır. (**Merle**, 436)

11 **Merle**, s. 436; **Rosenberg/Schwab/Gottwald**, s. 535.

aynı zamanda ilgilenir ve tüm bu talepler için aynı zamanda karar verir¹². Bu nedenle “Kumulative Klagenhäufung”un hukukî terim itibariyle karşılığı “Eşit Dereceli Objektif Dava Birleşmesi” de olabilir.

Alman Hukukundaki dava birleşmesinin bir diğer türü ise “Eventuelle Klagenhäufung”dur¹³. Bu kavramın hukukî terim karşılığının terditli dava olduğu Türk öğretisinde ileri sürülmüştür¹⁴. Bu tür kendi içinde “uneigentlicher Eventualhäufung” ve “eigentlicher Eventualhäufung” olarak ikiye ayrılır. “Gerçek Olmayan Muhtemel Dava Birleşmesi” olarak Türkçeye tercüme edilebilecek “Uneigentlicher Eventualhäufung” hukukumuzda objektif dava birleşmesinin söz konusu olabileceği bir başka durumu ortaya koymaktadır¹⁵. Bu kavramın hukukî terim karşılığının gerçek olmayan terditli dava olduğu Türk öğretisinde ileri sürülmüştür¹⁶. Ancak biz burada terditli dava birleşmesinin değil objektif dava birleşmesinin bir türünün ortaya çıkacağı kanaatindeyiz. Bu görüşümüzü konu bütünlüğünü sağlama adına aşağıda¹⁷ daha ayrıntılı bir şekilde açıklayacağız. Bu durumda ileri sürülen talepler arasında aslî – ferî ilişki yoktur. Ancak ileri sürülen taleplerden biri, ileri sürülen diğer talebin öncüsüdür. İlk talep, muhtemel diğer talebin şekillenmesine, belirlenmesine belki de elde edilmesine

12 **Üstündağ** – İddia, s. 221 dn.71; **Saenger**, Ingo, Klagenhäufung und alternative Klagebegründung, MDR, 9/1994, s. 860 – 863, s. 861 (Saenger – Alternative); **Saenger** – Kommentar § 260 Rn. 1; **MünchKommZPO** – Becker-Eberhard § 260 Rn. 8-9.

13 Hukukumuzda bu dava birleşmesi durumu için terditli dava terimi kullanılmaktadır (**Üstündağ**, Saim, İddia ve Müdafanın Değiştirilmesi Yasağı, İstanbul, 1967, s. 219 (Üstündağ – İddia); **Üstündağ** – Yargılama, s. 338) . Terdit ifadesi yerine ihtimalli veya kademeli teriminin kullanılabileceği de ileri sürülmüştür. (**Muşul** – Terdit, s. 29).

14 **Üstündağ** – Yargılama, s. 338; **Muşul** – Terdit, s. 93.

15 Öğretideki bir görüşe göre bu durumda ileri sürülen ikinci talebin kabulü birinci talebin kabulü şartına bağlı olduğu için söz konusu halde objektif dava yığılması değil terditli dava yığılması ortaya çıkacaktır. (**Muşul** – Terdit, s. 30). Ancak bu görüşün belirtildiği çalışmanın devam eden bölümlerinde Alman Hukukunda aşamalı objektif dava birleşmesinde (Uneigentlicher Eventualhäufung) objektif dava birleşmesinin de ortaya çıkabileceğinin hâkim görüş tarafından ileri sürüldüğü belirtilmiştir. İlgili tartışmalar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Muşul** – Terdit, s. 122 vd.

16 **Üstündağ** – Yargılama, s. 338; **Muşul** – Terdit, s. 123.

17 **Bkz.** D-III.

yardımcı olur¹⁸. Bu durumun da hukukî terim itibariyle karşılığı “Aşamalı Objektif Dava Birleşmesi” olabilir¹⁹.

“Eventuelle Klagenhäufung”un bir diğer türü ise “eigentlicher Eventualhäufung”dur. Gerçek terditli talep yığılması olarak karşılığını bulan bu türde davacının birleşen talepleri aslî – ferî ilişkisi çerçevesinde ileri sürülmektedir. Daha açık bir ifadeyle birleşen taleplerden birisinin akıbeti, diğerinin reddi veya kabulüne bağlıdır. Bu dava birleşmesi türü ise hukukumuzda terditli dava olarak bilinen kurumu karşılamaktadır²⁰.

Alman Hukukundaki dava birleşmesinin son türü ise “Alternative Klagenhäufung”dur. Bu kurum ise birleşen taleplerin seçimlik olarak birbirinin yerine de ikame edilebileceği durumlarda ortaya çıkabilir. Söz konusu kurum seçimlik borçlarda seçim hakkının borçluda olduğu ve bu hakkı borçlunun kullanmadığı durumda davacı alacaklının seçimlik olarak davasını açabildiği ve hukukumuzda seçimlik dava olarak bilenen kurumun karşılığıdır. Davacının aynı dava dilekçesi ile aynı davalıya karşı seçimlik veya alternatifli bağlantısı olan birden fazla talebi söz konusudur. Davalı borçlu, ileri sürülen seçimlik borçlardan birisini yerine getirdiği durumlarda borcundan kurtulur²¹.

Buraya kadar anlatılanlardan hareketle objektif dava birleşmesinin iki şekilde ortaya çıkabileceğini söyleyebiliriz. Bunlardan birincisi Eşit Dereceli Objektif Dava Birleşmesi (Kumulative Klagenhäufung) şeklinde ortaya çıkabilecektir. İkincisi Aşamalı Objektif Dava Birleşmesinde (Uneigentlicher Eventualhäufung) ise aynı anda ileri sürülen, birbirinin yerine ikame edilmeyecek şekilde birleşen talepler söz konusudur. Aralarındaki fark ise Aşamalı Objektif Dava Birleşmesinde aynı anda ileri sürülen taleplerden birisi diğer talebin şekillenmesine, belirlenmesine belki de elde edilmesine yardımcı olan yardımcı taleptir²².

18 **Merle**, s. 436.

19 Öğretide bu durum için birinci sırada yer alan hususun kabulü şartı ile ikinci sıradaki hususun da dikkate alınmasının istendiği, gerçek olmayan terditli yığılmasının söz konusu olduğu ileri sürülmüştür. (**Muşul** – Terdit, s. 30).

20 **Üstündağ** – Yargılama, s. 338; **Muşul** – Terdit, s. 123.

21 **Rosenberg/Schwab/Gottwald**, s. 536.

22 **Muşul**, objektif dava yığılmasında birleşen her talebin asıl talep olması gerektiğini, birleşen taleplerin asıl ve yardımcı talep şeklinde değerlendirildiği durumlarda ise terditli talep yığılmasının söz konusu olabileceğini kabul etmektedir. (**Muşul** – Terdit, s. 124).

II. Objektif Dava Birleşmesinin Hukukî Temeli

HMK m. 110 gereğince davacının birden fazla talebinin aynı davada ileri sürülebilmesi mümkündür. Bu sonucun ortaya konulmasının en temel dayanakları usul ekonomisi ilkesine uygun hareket edilmesi²³, delillerin bir arada toplanması ve ortak bir karara ulaşılması imkânının sağlanmış olmasıdır²⁴. Daha açık bir ifadeyle davacı ayrı ayrı dava konusu edebileceği taleplerini bir arada ortaya koymak suretiyle tüm ortak işlemler için tek masraf yapacaktır. Bu durum, davanın kaybedilmesi ihtimalinde de davacıyı ilave giderler ödemekten kurtaracaktır²⁵. Böylece taraflar hak arama hürriyeti bakımından fazla masraf riskinden kurtulmak için ortak talepleri hakkında bu yolu kullanacaklardır. Objektif dava birleşmesi aynı zamanda birbiri ile ilgisi olan talepler hakkında çelişkili kararlar verilmesini de önleyebilir²⁶. Ancak objektif dava birleşmesi ile ileri sürülen taleplerin HMK m. 167 uyarınca yargılamanın daha iyi bir şekilde yürütülmesini sağlamak için ayrılmasına da karar verilebilecektir. Bu konuda hâkimin takdir yetkisi bulunmaktadır.

Türk Hukukunda HMK m. 110'daki yasal düzenlemeden hareketle öğretide genel olarak kabul edilen görüşe göre objektif dava birleşmesinde birleşen talepler arasında hukukî veya ekonomik bir bağın bulunması şart değildir²⁷. Davaların yığılması halinde ortak olan husus, delillerin ikamesi

-
- 23 Usul ekonomisi genel olarak, gereksiz yere dava açılması, yargılama esnasında gereksiz işlemlerin yapılmasını ve zor yöntemlerin seçilmesini önlemeye yönelik bir amaca sahiptir. Bununla birlikte usul ekonomisi ilkesi ile yargılamada emekten zamandan ve masraftan mümkün olduğu ölçüde tasarruf edilmesi amaçlanır. (Yılmaz, Ejder, Usul Ekonomisi, AÜHFD Yıl 2008, C.57, S.1, s. 250 vd. (Yılmaz, Ekonomi); Tanrıver, Süha, Medeni Usul Hukukunda Derdestlik İtirazı, Ankara, 2007, s. 20 – 21); Rüzgaresen, Cumhur, Medeni Yargılama Hukukunda Usul Ekonomisi İlkesi, Ankara, 2013, s.40).
- 24 Alangoya, s. 36; MünchKommZPO – Becker-Eberhard § 260 Rn. 2; Saenger – Kommentar § 260 Rn. 1; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 477; Yılmaz – Şerh, s. 773; Ulukapı – Usul, s. 218; Özekes, s. 1390; Musielak, , § 260 Rn. 1.
- 25 Merle, s. 439, Alangoya, s. 36; MünchKommZPO – Becker-Eberhard § 260 Rn. 2.
- 26 Saenger – Alternative, s. 860; Alangoya, s. 36; MünchKommZPO – Becker-Eberhard § 260 Rn. 2.
- 27 Üstündağ – Yargılama, s. 160; Yılmaz – Şerh, s. 773; Ulukapı – Usul, s. 218; Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 276; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 477; Karşlı, s. 383; Ulukapı – Dava, s. 13, 20 – 21; Özekes, s. 1386; Alangoya, s. 33 dn. 34; Alangoya/Yıldırım/Deren Yıldırım, s. 140 dn. 5. Alman Hukukunda aynı görüşte olan bkz. Saenger – Kommentar § 260 Rn. 4; Musielak, , § 260 Rn. 2; Aksoy, Elif, Objektif Dava Birleşmesi, (TBBD, 2015/117, s.201-232), s. 204, 225 vd.

ve tahkikat aşaması olacaktır. Belirtilen bu ortak aşamalar temelde usul ekonomisi ilkesine uygun bir şekilde yargılamanın yerine getirilmesi ve birbiri ile çelişkili olmayan kararların verilmesine yardımcı olmayı amaçlar²⁸. Buna karşın Alman Hukukunda kabul edilen bir görüşe göre²⁹ birden fazla talebin objektif dava birleşmesi yoluyla ileri sürülebilmesi için bu taleplerin yalnızca dava dilekçesinde bir araya getirilmiş olması yeterli değildir. Aynı zamanda bunların dava sebeplerinin de birbirleri ile bağlantılı olması gerekir. Şayet ileri sürülen talepler arasında bir bağlantı yok ise böyle bir durumda objektif dava birleşmesi ile ulaşılmak istenen; delillerin bir arada toplanması, ortak karara ulaşılmaması ve çelişkili kararlar verilmesine engel olunması amacı da ortaya çıkmayacaktır. Aksine birbirleri ile bağlantısı olmayan bu taleplerin bir arada incelenmesi, yargılamanın daha zor yürütülmesine sebep olacak ve sağlıklı olmayan kararların ortaya çıkmasını sağlayabilecektir. Kanaatimizce, bu düşüncenin hukukumuzda da dikkate alınması düşünülmelidir. Her ne kadar HMK m. 110'daki pozitif düzenlemede, objektif dava birleşmesinin ortaya çıkabilmesi için birleşen talepler arasında bağlantı bulunması gerekliliği yer almıyor olsa da önerimiz objektif dava birleşmesinde birleşen talepler arasında bağlantı bulunması şartının aranması yönündedir. Aralarında bağlantı bulunmayan taleplerin bir arada incelenmesinde pratik bir fayda olmayacağı gibi hâkim de muhtemelen yargılamanın daha sağlıklı bir şekilde yürütülmesini sağlama adına bu davaların ayrılmasına karar verecektir³⁰. Örneğin bir kişinin karşı taraftan farklı bir olaydaki haksız fiilden doğan tazminat isteği ile başka bir olaydan doğan sebepsiz zenginleşme talebinin aynı anda ileri sürülmesinde önemli bir faydanın sağlanamayacağı kanaatindeyiz. Farklı hukukî vakıalar olduğu için tahkikat aşaması ortak olmayacaktır. Yalnızca talep sonuçları için mahsuplaşma durumu ortaya çıkabilecektir. Ancak bu durum da farklı

28 **Pekcamtez/Atalay/Özekes**, s. 477; **Yılmaz** – Şerh, s. 773; **Özekes**, s. 1390; **MünchKommZPO** – Becker-Eberhard § 260 Rn. 2; **Saenger** – Kommentar § 260 Rn. 1.

29 **Saenger** – Alternative, s. 860; **Merle**, s. 439 – 440.

30 Bu noktada, öğretilde davaların birleştirilmesi için kullanılan amacın dikkate alınabileceği kanaatindeyiz. Bu görüşe göre davaların birleştirilebilmesi için birleştirilen bu davaların birlikte incelenmelerinde ayrı ayrı incelenmelerine oranla usuli menfaatlerin elde edilebiliyor olması gerekir (**Alangoya/ Yıldırım/Deren Yıldırım**, s. 271). Dolayısıyla objektif dava birleşmesinde birleşen taleplerin bir arada incelenmesinde usuli bir menfaat yok ise objektif dava birleşmesinin bir anlamı olmayacağı kanaatindeyiz. Bu menfaat için temel şartın, birleşen davalar arasında irtibatın olması olacağı kanaatindeyiz.

vakılardan kaynaklanan taleplerin bir arada incelenmesini sağlayacak kadar bir fayda getirmeyecektir. Çünkü birbirleri ile bağlantısı olmayan vakıalara ilişkin tahkikatın ortak yapılması, tahkikatın daha karmaşık ve zor hale gelmesine sebep olacaktır ki muhtemelen böyle bir durumda mahkeme davalar hakkında ayırma kararı verecektir.

B. Objektif Dava Birleşmesinin Orta Çıkış Şekilleri

Objektif dava birleşmesi üç şekilde ortaya çıkabilir. Bunlardan ilki ve belki de en fazla bilineni aynı anda birden fazla talebin bir dava dilekçesinde ileri sürülmesi durumunda ortaya çıkar. Başlangıçta davacının, davalıya karşı birden fazla talebini aynı dava dilekçesinde ileri sürmesinden bahsedilmektedir³¹.

Objektif dava birleşmesinin ortaya çıktığı bir diğer durum, görülmekte olan bir davaya devam edilirken bu davada davacının iddiasını genişletmek suretiyle ilave talepler eklemesi halidir. Burada davacı ıslah yoluyla sonradan ortaya çıkan dava birleşmesiyle ilave taleplerini bir davada toplayacaktır³².

Son olarak objektif dava birleşmesi HMK m. 166 gereğince davaların birleştirilmesi sonucunda da ortaya çıkabilecektir. Öncelikle burada birden fazla talep arasında hukukî bağlantının olması gerekir. Bu şartın yanında

³¹ Rosenberg/Schwab/Gottwald, s. 533.

³² Rosenberg/Schwab/Gottwald, s. 534; Musielak, , § 260 Rn. 6e; Saenger – Kommentar § 260 Rn. 6; Üstündağ – İddia, s. 217; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 620; Aksoy, s. 217. Öğretideki bir görüşe göre ıslah ile eklenen yeni talebin objektif dava birleşmesi sonucuna yol açtığı durumda, dava açılırken ortaya çıkan objektif dava birleşmesinde aranan şartları taşıması gerekir. (Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 623). Nitekim Yargıtay da bu görüştedir. “Davacı vekili 14.03.2012 tarihli dilekçesi ile davayı ıslah ettiklerini bildirerek 27 M 0344 plakalı araç üzerindeki ortaklığın giderilmesi yanında bahse konu araca ait bulunan dolmuş hattının da araç ile birlikte satışına karar verilmesini istemiştir. Islah müessesesi 6100 sayılı HMK’nun 176 ve devamı maddelerinde düzenlenmiş olup usule ilişkin işlemlerin kısmen veya tamamen ıslahı mümkündür. Islah ile dava sebebinin değiştirilmesi veya başlangıçta saklı tutulan kısmın talep sonucuna ilave edilmesi mümkündür. Başka bir ifade ile davacı netice talebini aynı çizgi üzerinde arttırıp genişletebilmesi mümkün ise de dava konusu edilmeyen bir talebin ıslah suretiyle dava kapsamına alınması mümkün değildir.” 6. HD. 29.01.2013 T., 18397/1205 (Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 620 dn. 57). Bahsi geçen Yargıtay kararına göre ıslah yoluyla objektif dava birleşmesinin gerçekleşmesi için birleşen talepler arasında bağlantı olması gerekecektir. Daha açık bir ifadeyle Yargıtay, dava konusuyla ilgili olmayan yeni taleplerin davaya ıslah yoluyla dâhil edilemeyeceği görüşündedir. Bu görüş, objektif dava birleşmesinde birleşen talepler arasında bağlantının aranması gerekliliği şartına yönelik görüşümüzü destekler niteliktedir.

objektif dava birleşmesinin ortaya çıkabilmesi için birleştirme talebinin aynı yargı çevresinde yer alan aynı düzey ve sıfattaki hukuk mahkemelerinde açılmış davalarda mahkeme tarafından kendiliğinden veya talep üzerine, ayrı yargı çevrelerinde yer alan aynı düzey ve sıfattaki hukuk mahkemelerinde açılmış davalarda ise talep üzerine karara bağlanması gerekir³³. Bilindiği üzere HMK m. 166 gereğince davaların birleştirilmesi tarafların isteği ile ortaya çıkabileceği gibi mahkeme tarafından kendiliğinden de yapılabilir. Objektif dava birleşmesini düzenleyen HMK m. 110'un lafzı dikkate alındığında objektif dava birleşmesi, davacının talebi ile ve birden fazla talebin aynı yargılama altında istenebilmesi amacıyla ortaya çıkar. Buna karşın davaların birleştirilmesinin mahkeme tarafından kendiliğinden yapıldığı durumlarda amaç, birleştirilen talepler hakkında tek hüküm vermek suretiyle birden fazla talep hakkında bir sonuca varmak olacaktır³⁴. Ancak her iki bağlantı durumu hakkında da sonradan ayrılma kararı verilebilmesi noktasında fark yoktur. Her durumda birleştirilen davalar hakkında ayrı hükümler verilebilir. Burada ortaya çıkan tek fark, objektif dava birleşmesinde HMK m. 110'da belirtildiği gibi davacının iradesinin önemli olmasıdır. HMK m. 166'ya göre ise davaların birleştirilmesi her iki tarafça istenebileceği gibi mahkeme tarafından kendiliğinden de yapılabilir. Bir anlamda davaların sonradan birleştirilmesi durumunda ortaya çıkan bu objektif dava birleşmesi davacının iradesi dışında da ortaya çıkabilecektir. Ancak davaların birleştirilmesi yoluyla ortaya çıkacak bu objektif dava birleşmesinin gerçekleşebilmesi için HMK m. 166 gereğine birleşen davalar arasında bağlantı bulunması gerekir. Kanaatimizce birleşen davalar arasında bağlantı bulunması şartını arayan HMK m. 166 ve yine davaların ayrılmasını düzenleyen HMK m. 167'nin amacı dikkate alındığında objektif dava birleşmesinin diğer ortaya çıkış durumlarında da birleşen talepler arasında bağlantı bulunması şartı aranmalıdır. Objektif dava birleşmesini düzenleyen HMK m. 110 lafzına bakıldığında böyle bir şartın aranmadığı görülecektir. Ancak bir üst başlıkta da belirttiğimiz gibi objektif dava birleşmesi ile ulaşılmak istenen amaçlar da dikkate alındığında, talepler arasında bağlantı bulunması şartının aranmasının daha yararlı olacağı görüşündeyiz.

33 Rosenberg/Schwab/Gottwald, s. 534.

34 Rosenberg/Schwab/Gottwald, s. 534.

C. Objektif Dava Birleşmesinin Şartları

I. Genel Olarak

Objektif dava birleşmesinin pozitif dayanağı olan HMK m. 110, objektif dava birleşmesinin şartlarını belirleyebilme bakımından dikkate alınması gereken bir düzenlemedir. Söz konusu düzenlemeye göre, objektif dava birleşmesinin ortaya çıkabilmesi için; aynı davacının aynı davalıya karşı birbirinden bağımsız birden fazla aslî talebinin olması, bunların aynı dava dilekçesinde birlikte ileri sürülmesi, söz konusu taleplerin tamamının aynı yargı çeşidi içinde yer alan ve taleplerin tümü bakımından ortak yetkili bir mahkemede ileri sürülmesi gerekir. Söz konusu şartlar daha ayrıntılı olarak bu başlıkta incelenecektir.

1. Davacı Aynı Davalıya Karşı Birden Fazla Talebini Aynı Davada İleri Sürmüş Olmalıdır

Objektif dava birleşmesinin ortaya çıkabilmesi için bulunması gereken ilk şart aynı davacının aynı davalıya karşı birden fazla talebini aynı davada ileri sürmüş olmasıdır³⁵. Buna göre, tarafların farklı olması halinde objektif dava birleşmesi durumu ortaya çıkmayacaktır. Objektif dava birleşmesinde birlikte açılan davaların her biri birbirinden bağımsız olarak dava konusu edilebilecek niteliktedir. Dolayısıyla burada birleşen talep sayısı kadar birleşen talep sonucu ve dava konusu vardır³⁶. Ancak bu taleplerin objektif dava birleşmesine konu edilebilmesi için mutlaka aynı davacı tarafından aynı davalıya karşı yöneltilmiş olması gerekir.

Yine bununla birlikte davacının aynı davalıya karşı birden fazla aslî talebini aynı davada ileri sürmüş olması gerekir. Bir davada birden fazla talebin ileri sürülmesi başlangıçta dava açılırken aynı davalıya karşı birden fazla talebin yöneltilmesi şeklinde olabileceği gibi ıslah suretiyle yeni dava

³⁵ Yılmaz – Şerh, s. 773; Pekcanitez/Atalay/Özkes, s. 477 – 478; Ulukapı – Usul, s. 218; Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 276; Karılı, s. 383; MünchKommZPO – Becker-Eberhard § 260 Rn. 1; Rosenberg/Schwab/Gottwald, s. 534; Ulukapı – Dava, s. 20; Muşul, – Usul, s. 145; Musielak, , § 260 Rn. 1.

³⁶ Kuru, C.II, s. 1497; MünchKommZPO – Becker-Eberhard § 260 Rn. 1; Pekcanitez/Atalay/Özkes, s. 478; Ulukapı – Usul, s. 218; Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 276; Muşul, – Usul, s. 145; Musielak, , § 260 Rn. 2.

konularının eklenmesi veya birden fazla davanın birleştirilmesi suretiyle de olabilir³⁷.

2. Mahkeme Objektif Dava Birleşmesinin Gerçekleştiği Taleplerin Tamamı İçin Yetkili ve Görevli Olmalıdır

a. Genel Olarak

Objektif dava birleşmesinde davacının birden fazla talebi aynı davalıya karşı ileri sürülmektedir. Objektif dava birleşmesinin ortaya çıkabilmesi için birden fazla talebi aynı davada inceleyecek mahkemenin söz konusu taleplerin görülmesinde yetkili olması gerekir. Bu durum, HMK m. 110'da "*dava edilen taleplerin tamamının aynı yargı çeşidi içinde yer alması ve taleplerin tümü bakımından ortak yetkili bir mahkemenin bulunması*" şeklinde şart koşulmuştur³⁸. Belirtilen düzenlemenin hangi ölçüde etkili olacağı hususu, üzerinde durulması gereken bir husustur.

b. Yargı Yolu Bakımından Değerlendirme

Öncelikle öğretide genel olarak objektif dava birleşmesinde birleşen taleplerin tamamının aynı yargılama çeşidi içinde yer alması kavramından bahsedilmektedir³⁹. Dolayısıyla "aynı yargılama çeşidi" kavramını, yargı yolu için düşünerek Medeni Yargılama içerisinde değerlendirilebilecek her davanın objektif dava birleşmesine konu edilebileceği mi yoksa aynı mahkemenin görevli ve yetkili olması şeklinde mi düşünüleceği sorusu akla gelebilir. Öncelikle "aynı yargılama çeşidi" kavramını sadece Medeni Yargılama içerisinde olan talepler şeklinde değerlendirmenin çok geniş bir yorum olacağı kanaatindeyiz⁴⁰. Zaten öğreti ve uygulamada objektif dava

³⁷ Bkz. C-II-2-d.

³⁸ Benzer bir yaklaşım Alman Medeni Usul Kanunu § 260'da da yer almaktadır. ZPO § 260 'da "*für sämtliche Ansprüche das Prozessgericht zuständig und dieselbe Prozessart zulässig ist*" ifadesi ile objektif dava birleşmesinin söz konusu olacağı mahkemenin tüm talepler için yetkili olması ve taleplerin aynı yargılama çeşidine tâbi olması gerektiği belirtilmiştir.

³⁹ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 478; Ulukapı – Usul, s. 218; Üstündağ – Yargılama, s. 160; Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 276; Karşlı, s. 383; Rosenberg/Schwab/Gottwald, s. 534; Muşul, – Usul, s. 145; Spühler/Tenchio/Infanger, Art. 90 Rn. 3.

⁴⁰ Burada aynı yargı çeşidinde olmanın evleviyetle aranacağını, buna karşın aynı yargı çeşidinde olmanın objektif dava birleşmesinin gerçekleşmesi için yeterli olmayacağını ifade ediyoruz. Dolayısıyla taleplerden birinin idari yargı kolu içerisinde bir diğerinin

birleşmesinin Medeni Yargılama içerisinde değerlendirilebilecek her dava için söz konusu olabileceğini savunan bir görüşe de rastlanılmamaktadır. Kanaatimize objektif dava birleşmesinde birleşene taleplerin tamamının aynı yargılama çeşidi içinde yer alması evleviyetle olması gereken bir şarttır. Bu şartın yanında aynı mahkemenin görevli ve yetkili olması şartının aranıp aranmayacağı ise aşağıda değerlendirilecektir⁴¹.

c. Yargılama Usulü Bakımından Değerlendirme

Öğretideki bir başka görüşe göre objektif dava birleşmesi için dava edilen taleplerin aynı yargı çeşidine girmesinin yanında aynı yargılama usulüne de tâbi olması gerekir⁴². Buna göre HMK ile yazılı ve basit yargılama usulünün kabul edildiği düşünülürse ve “yargılama usulü” kavramı ile de bu usüllerin ifade edildiği anlaşılırsa yazılı yargılama usulüne tâbi bir dava ile basit yargılama usulüne tâbi bir dava objektif dava birleşmesi yoluyla bir arada ileri sürülemeyecektir. Biz aynı yargılama usulü kavramı ile yazılı ve basit yargılama usulünün ifade edildiği kanaatindeyiz. Ancak aynı yargılama usulüne tabi olmanın objektif dava birleşmesi için tek başına yeterli olmayacağını düşünmekteyiz. Bununla beraber mahkemenin aynı yargı yolunda yer almasının yanında görevli ve yetkili olması durumlarının da incelenmesi gerekir.

d. Yetki ve Görev Bakımından Değerlendirme

Öğretide ileri sürülen bir görüşe göre, birden fazla davanın bir arada ileri sürülebilmesi için dava yığılmasının gerçekleştiği mahkemenin her iki davanın da görülmesi hususunda selâhiyetli (yetkili) olması gerekir⁴³. Bu görüşte selâhiyetli (yetkili) olma kavramı, birleşen davalar için objektif dava

adli yargı kolu içerisinde yer alması halinde objektif dava birleşmesine gidilemeyeceği açıktır. (Yılmaz – Şerh, s. 773).

41 Bkz. B.

42 Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 276. Objektif dava birleşmesinde birleşen taleplerin temyiz incelemelerinde Yargıtay’ın farklı dairelerinin görevli olması objektif dava birleşmesine engel değildir. (HGK. 15.10.2003 21/571 E., 575 K. (Umar, Bilge, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Ankara, 2011, s. 312; Özkes, 1393 – 1394)).

43 Kuru, C.II, s. 1497 – 1498; Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 276; Karlı, s. 383; Rosenberg/Schwab/Gottwald, s. 534; MünchKommZPO – Becker-Eberhard § 260 Rn. 34; Saenger – Kommentar § 260 Rn. 17; Spühler/Tenchio/Infanger, Art. 90 Rn. 3; Aksoy, s. 214.

birleşmesi sonucunda başvuru mahkemenin yer bakımından yetkili olması gerektiği hususundan daha çok görevli olmaları bakımından değerlendirilmiştir⁴⁴. Ancak bu durumun yetki bakımından değerlendirilmemiş olmasının yetkinin göz ardı edildiği sonucunu doğurmayacağı kanaatindeyiz. Çünkü birleşen talepler için mahkemenin yetkili olması gerektiği, tıpkı yargı yolu bakımından olduğu gibi evleviyetle bulunması gereken bir durumdur. Buna göre birleşen her talep için objektif dava birleşmesinin söz konusu olduğu mahkemenin yetkili olması gerekir. Yetkili olma durumu yetki kuralları sonucunda ortaya çıkabileceği gibi yetki sözleşmesi sonucunda da ortaya çıkabilir⁴⁵.

Yine objektif dava birleşmesinde birleşen talepler bakımından incelenebilecek bir diğer durum, davanın açıldığı mahkemenin birleşen talepler açısından görevli olup olmadığı durumudur. Bu noktada ileri sürülen bir görüşe göre, özel mahkemelerin görev alanına giren davaların genel

44 **Yılmaz** – Şerh, s. 773.

45 Yetki sözleşmesi, HMK m. 17 vd. gereğince açık (sarih) bir şekilde yapılmış olabileceği gibi HMK m. 19/4 gereğince zimnen de yapılmış olabilir. (Yetki sözleşmesi hakkında bkz. **Budak**, Ali Cem, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na Göre Yetki Sözleşmesi, **MİHDER**, 2012/1, s. 1-24; **Aşık**, İbrahim, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na Göre Yetki Sözleşmesi, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, 2011/97, s. 11-48; **Bolayır**, Nur, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na Göre Yetki Sözleşmeleri, **İBD.**, Yıl 2011, Cilt 85, S. 5, s. 131-147). HMK m. 17 gereğince sarih yetki sözleşmesinin geçerli olabilmesi için tarafların tacir veya kamu tüzel kişisi olması gerekir. Öğretide ileri sürülen bir görüşe göre HMK m.19/4 gereğince ortaya çıkan zimni yetki sözleşmesinin geçerli olabilmesi için tarafların tacir veya kamu tüzel kişisi olmaları gerekmektedir. Çünkü hâkim HMK. m.19/1 ve 4 uyarınca kesin yetki halleri dışında mahkemenin yetkili olup olmadığını re'sen araştıramayacaktır. İlk itiraz olarak kanunkoyucu tarafından kabul edilmiş yetki kuralı hakkında davalı tarafından ilk itiraz ortaya konulmamışsa hâkim mahkemenin yetkisizliğini re'sen nazara alamayacaktır. (**Pekcanitez/Atalay/Özkes**, s. 187; **Bolayır**, s. 139). Kanaatimizce sarih yetki sözleşmesinin yapıldığı an ile zimni yetki sözleşmesinin yapıldığı an arasındaki farkı HMK m. 17'nin gerekçesi etrafında değerlendirmek, söz konusu görüşe ilişkin ilave bir gerekçe ortaya koyabilir. HMK m. 17'nin gerekçesinde sarih yetki sözleşmesinin yalnız tacirler veya kamu tüzel kişilerine özgü kılınmasının sebebi, uyumsuzluk konusu sözleşme görüşmelerinde zayıf durumda olanı koruma ihtiyacıdır. Daha açık bir ifadeyle uyumsuzluk konusu sözleşmenin yapıldığı zaman, taraflardan birinin diğerine karşı bir üstünlüğü bulunabilir ve bu üstünlük karşısında diğer tarafın korunması düşünülebilir. Buna karşın zimni yetki sözleşmesinin yapıldığı an davanın açılmasından sonraki bir aşamadır. Söz konusu aşamada ise taraflardan birinin diğeri karşısında üstün olması ve bu taraf karşısında diğer tarafın korunması düşüncesi olmayacaktır. Zira yargılama sırasında taraflar haklarını özgürce kullanabileceklerdir.

mahkemede başka bir dava ile birleştirilmesi mümkün olmayacakken,⁴⁶ özel mahkemenin görev alanına giren dava ile genel mahkemenin görev alanına giren davanın özel mahkemede birlikte açılabilmesi kabul edilmelidir⁴⁷. Bunun yanında HUMK'un yürürlükte olduğu dönemde sulh hukuk mahkemesinin görev alanına giren davaların asliye hukuk mahkemesinin görev alanına giren davalarla asliye hukuk mahkemesinde⁴⁸, asliye ticaret mahkemesinin görev alanına giren bir dava ile asliye hukuk mahkemesinin görev alanına giren bir davanın asliye ticaret mahkemesinde birleştirilebileceği de öğretide kabul edilmekteydi⁴⁹. Bu konuda Yargıtay⁵⁰ verdiği bir kararda, özel görevli mahkemenin görev alanına giren bir dava ile genel görevli mahkemenin görev alanına giren bir davanın özel görevli mahkemede birlikte açılabilmesini kabul etmişti. Buna karşın Yargıtay'ın bir başka dairesi sulh hukuk mahkemesinin görev alanına giren bir dava ile asliye hukuk mahkemesinin görev alanına giren bir davanın objektif dava

46 **Kuru**, s. 1498; **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s. 276.

47 Öğretide, iş mahkemesinin görev alanına giren bir dava ile asliye hukuk mahkemesinin görev alanına giren davanın iş mahkemesinde birlikte açılabilmesine yönelik Yargıtay kararını örnek göstererek özel mahkemede genel mahkemenin görev alanına giren davanın birleştirilebileceğinin kabul edilebileceği ileri sürülmüştür. (**Kuru**, C.II, s. 1498; **Ulukapı – Usul**, s. 218; **Ulukapı – Dava**, s. 21).

48 **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s. 276; **Ulukapı – Usul**, s. 218; **Ulukapı – Dava**, s. 21.

49 **Kuru**, C.II, s. 1499; **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s. 276. **Ulukapı – Usul**, asliye ticaret mahkemesini, 6110 sayılı Kanunun asliye hukuk mahkemesi ile asliye hukuk mahkemesi arasında ilişkinin görev ilişkisi olduğunu kabul ettiğinden hareketle özel görevli bir mahkeme olarak değerlendirmiştir (**Ulukapı – Usul**, s. 50) . Dolayısıyla **Ulukapı**'ya göre asliye hukuk mahkemesinin görev alanına giren bir dava ile asliye ticaret mahkemesinin görev alanına giren dava objektif dava birleşmesi yoluyla birleştirilemeyecektir.

50 "...Davada, ücret alacağı ile traktör ve ekipmanlarının kira bedeli istenmiştir. Ücret alacağı davalı ile davacı arasındaki hizmet ilişkisinden kaynaklanmaktadır. Bu gibi hizmet sözleşmelerinden doğan uyumsuzluklara ilişkin davaların İş Mahkemesinde görülmesi 1475 ve 5521 sayılı Kanunların 1. maddeleri hükümleri gereğidir. Dava dilekçesi ve cevap layihesindeki açıklamalardan ücret alacağı ile traktör ve ekipmanlar kira bedeli arasında irtibat olduğu anlaşılmaktadır. Bu bakımdan ücret alacağı ile birlikte dava konusu yapılan kira alacağının arasındaki irtibat dolayısıyla özel mahkeme durumundaki İş Mahkemesinde görülmesi gerekir. Mahkemece bu yön göz önünde tutularak ayrı bir İş Mahkemesi varsa dava dilekçesinin görev yönünden reddine karar verilmesi, tersi durumunda davaya İş Mahkemesi sıfatıyla bakılması gerekirken bu yönün gözden kaçırılması bozma nedenidir..." 13 HD. 26.11.1987 T., 4992/5805 (**YKD** 1988/10 s. 1405 – 1407).

birleşmesi yoluyla bir arada dava konusu edilemeyeceği sonucuna varmıştı⁵¹.

e. Katıldığımız Görüş ve Buna İlişkin Değerlendirmelerimiz

İsviçre Medeni Usul Kanunu (sZPO) Art. 90 objektif dava birleşmesinde birleşen her talebin aynı yargı çeşidine girmesinin yanında objektif dava birleşmesinin gerçekleşeceği mahkemenin birleşen her talep hakkında yetkili ve görevli olması gerektiği şeklinde anlaşılacak bir düzenlemeyi kabul etmiştir. Bu konuda özellikle birleşen taleplerden birisi hakkında kesin yetki kuralının bulunduğu hallerde mahkemenin bu kesin yetki kuralı gereğince yetkili olması gerekir⁵².

Türk Hukuku için öğretide bizim de katıldığımız bir görüşe göre birleştirilen taleplerde farklı özel mahkemelerin görevli olması halinde objektif dava birleşmesi kabul edilemeyecektir⁵³. Yargıtay da bu görüşü destekler nitelikte verdiği bir kararında farklı iki özel görevli mahkemenin görev alanına giren davaların objektif dava birleşmesine konu olamayacağını kabul etmiştir. Somut olayda 6352 Sayılı Kanununun 39. maddesi ile 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 1. maddesinin son fıkrasına eklenen düzenleme ile birden fazla iş mahkemesi bulunan yerlerde, sosyal güvenlik hukukundan kaynaklanan davalarda özel görevli mahkemelerin görev alanına giren bir dava ile diğer iş mahkemelerinin görev alanına giren davaların objektif dava birleşmesine konu olamayacağı kabul edilmiştir⁵⁴.

51 "...Kat Mülkiyeti Yasasının ek 1.maddesi, bu yasadan doğan her türlü anlaşmazlığın - değerine bakılmaksızın- Sulh Hukuk Mahkemesinde çözümleneceğini öngörmektedir. Kat Mülkiyetinden kaynaklanmayan ve istenen miktar itibarıyla Sulh hukuk mahkemesinin görevi dışında kalan ecrimisil davasına genel hükümler çerçevesinde Asliye hukuk mahkemesinde bakılmak üzere görevsizlik kararı verilmesinde bir isabetsizlik yoktur. Ancak, yukarıda belirtilen yasa maddesinin buyurucu hükmü gereğince, kat mülkiyetinden kaynaklanan ortak yere müdahalenin önlenmesi davasının - değerine bakılmaksızın- Sulh hukuk mahkemesinde görüleceği cihetle, birlikte açılan ecrimisil davasından tefrik edilerek esas hakkında hüküm kurulması gerekirken..." 18. HD. 4.3.2002 T., 2002/754 E. 2002/2038 K. (**Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası**).

52 **Gasser/Rickli** – Kurzkomentar, Art. 90 Rn. 3, 4; **Umar**, s. 52.

53 **Ulukapı** – Usul, s. 218.

54 "...6352 Sayılı Kanununun 39 maddesi ile 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 1 maddesine son fıkra olarak <Birden fazla iş mahkemesi bulunan yerlerde, sosyal güvenlik hukukundan kaynaklanan davaların görüleceği iş mahkemeleri, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu tarafından belirlenebilir.> hükmü eklenmiştir. Bu düzenleme ile yasa koyucu sosyal güvenlik hukukundan kaynaklanan davaların özellikleri nedeni ile bu

Buna göre objektif dava birleşmesi için mahkemenin birleşen bütün talepler hakkında görevli ve yetkili olması gerekir⁵⁵. Objektif dava birleşmesinde birleşen davalar için görevli olma durumunun objektif dava birleşmesini etkileyip etkilemeyeceği hususunda özellikle HMK m. 110'dan hareket edilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Objektif dava birleşmesinden bahsedebilmek için “*birlikte dava edilen taleplerin tamamının aynı yargı çeşidi içinde yer alması ve taleplerin tümü bakımından ortak yetkili bir mahkemenin bulunması şarttır*”. Dolayısıyla öncelikle objektif dava birleşmesinde birleşen davaların tamamının aynı yargı çeşidi içinde yer alması gerekir. Bunun yanında kanun lafzından hareketle objektif dava birleşmesinde birleşen taleplerin tamamı için ortak yetkili bir mahkemenin olması da gerekir. Zira kanun koyucu buna açıkça yer vermiştir. Buna karşın kanun koyucu görev konusunda açık bir ifadeye yer vermemiştir. Ancak görevin kamu düzenine ilişkin olduğu düşünüldüğünde objektif dava birleşmesi için ortak yetkili mahkemeyi dahi arayan kanun koyucunun iradesinin ortak görevli mahkemeyi de kapsayacağı kanaatindeyiz. Ticaret Kanununun 5. maddesinin 3. fıkrasında 26.6.2012 tarih ve 6335 sayılı kanunla yapılan değişiklikle artık asliye ticaret mahkemesi ile asliye hukuk

davaların özel nitelikli ve uzmanlık gerektiren iş mahkemelerinde görülmesini kabul etmiştir. Davaya konu istemlerin yasal dayanaklarının ve buna bağlı olarak yapılacak inceleme ve araştırma yöntemlerinin farklılığı, temel ilişkinin kanıtlanmasında izlenecek usul gibi bir takım farklı olgular nedeniyle, yargılamanın daha iyi ve süratli bir şekilde yürütülebilmesi için hizmet tespiti ve işçilik alacaklarına ilişkin davaların ayrılması daha uygundur. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 07.02.2007 gün ve 2007/21-69 E.-2007/55 K. sayılı kararında da aynı ilkeler benimsenmiştir. Bu konuda, Hukuk Genel Kurulu'nda yapılan görüşmelerde bazı üyelerce; 6100 sayılı Hukuk Mahkemeleri Kanunu'nun 110 maddesinde <(1) Davacı, aynı davalıya karşı olan, birbirinden bağımsız birden fazla asli talebini, aynı dava dilekçesinde ileri sürebilir. Bunun için, birlikte dava edilen taleplerin tamamının aynı yargı çeşidi içinde yer alması ve taleplerin tümü bakımından ortak yetkili bir mahkemenin bulunması şarttır.> hükmü nedeni ile her iki davanın birlikte görülmesinin mümkün olduğu savunulmuşsa da bu görüş kurul çoğunluğunca benimsenmemiştir. Hal böyle olunca mahkemece, davacının hizmet tespiti isteminden, işçilik haklarına dayalı alacak ve tazminat istemleri tefrik edilmeli, daha sonra işin esasına girilerek bir sonuca varılmalıdır...” HGK. 6.2.2013 T., 2012/21-746 E. 2013/215 K. (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).

55 Gasser/Rickli – Kurzkomentar, Art. 90 Rn. 4; Alangoya/Yıldırım/Deren Yıldırım, s. 145 dn. 1; Alangoya, s. 34. Bu görüşe göre objektif dava birleşmesi için birleşen talepler hakkında mahkemenin görevli ve yetkili olmasının yanında aynı yargılama usulüne de tâbi olması gerekir (Alangoya, s. 35). Ancak HMK'da yargılama usullerini basit ve yazılı olarak ikiye indirdiği ve bunların hangi mahkemelerde uygulanacağını belirlemesi sonucu karşısında birleşen taleplerde yetkili ve görevli olma durumunu aynı yargılama usulüne tâbi olacağı kuralını evleviyetle sağlayacağı kanaatindeyiz.

mahkemesi arasındaki ilişkinin görev ilişkisi olduğu kanuni düzenlemeye kavuşmuştur. Bu düzenleme, asliye ticaret mahkemesinin önceki düzenlemeler karşısında özel mahkeme niteliğine sahip olmasını sağlamıştır. Yine bunun yanında HMK'nın 4. maddesinde sulh hukuk mahkemesinin görev alanının sınırlarının net bir şekilde çizildiği bir görev paylaşımında objektif dava birleşmesinin gerçekleştiği mahkemenin her talep için görevli olması şartının da aranması gerektiği kanaatindeyiz. Daha açık bir ifadeyle asliye hukuk mahkemesi ve sulh hukuk mahkemesinin görev alanına giren bir uyuşmazlığın veya bir özel mahkemenin görev alanına giren uyuşmazlığın bir genel mahkemenin görev alanına giren dava ile birleşemeyeceği kanaatindeyiz.

Bu konuda, Anayasa Mahkemesi'nin yakın zamanda HMK'nın 166. maddesinin birinci fıkrasının birinci cümlesinin Anayasaya aykırı olduğu gerekçesiyle yapılan iptal başvurusu hakkında verdiği kararın esas incelemesi hakkında ortaya koyduğu gerekçe, dikkate değer bir gerekçedir. Anayasa Mahkemesi bu kararda, HMK m. 166'da kanun koyucunun davaların birleştirilmesini düzenlerken davaların niteliğini ve buna bağlı olarak görev alanlarını esas aldığına dikkat çekmiştir. Yine bununla ilgili olarak farklı nitelikteki ve dolayısıyla farklı mahkemelerin görev alanına giren davaların birleştirilmesi, bu davalara uygulanacak yargılama usûlünün de bazı hallerde farklı olması nedeniyle ortaya çıkaracağı zorluklar, davaların birleştirilmesiyle takip edilen amaca uygun olmayan sonuçlar ortaya çıkaracaktır⁵⁶. Dolayısıyla farklı mahkemelerin görev alanına giren davaların birleştirilmesinin uygun bulunmadığı bu irade karşısında farklı mahkemelerin görev alanına giren davaların objektif dava birleşmesi yoluyla da birleştirilemeyeceği sonucuna varmak mümkün olacaktır. Özellikle ihtisas mahkemelerine bu denli önem atfedilen bir irade karşısında zaten farklı görevli mahkemelerin görev alanına girdiği için muhtemelen ortak tahkikat imkânı sınırlı olacak davaların birleştirilmesinin faydalı olamayacağı kanaatindeyiz. Sonuç itibarıyla objektif dava birleşmesi için birleşen her dava hakkında aynı mahkemenin görevli olması gerektiği şeklinde bir yorum getirilmelidir.

⁵⁶ RG 12.12.2014 T., S. 29203.

3. Birlikte İleri Sürülen Talepler Arasında Aslî – Ferî Talep İlişkisi Bulunmamalıdır

Birden fazla dava konusunun bir arada ileri sürülmesi halinde ortaya çıkan dava yığılmasında, bir arada bulunan dava konularının aralarındaki ilişki dava yığılması türünü ortaya koymaktadır. Buna göre eğer bir arada bulunan talepler birbirine seçimlik ise seçimlik davadan, birbirine alternatif ise terditli davadan bahsedilecektir.

Şayet bir arada ileri sürülen talepler aynı anda ve birbirinin yerine olmayacak şekilde ileri sürülmüşse objektif dava birleşmesi ortaya çıkacaktır. Daha açık bir ifadeyle objektif dava birleşmesinde bir arada ileri sürülen talepler arasında aslîlik ve ferîlik ilişkisinin bulunmaması gerekir⁵⁷. Her iki talep de aynı anda ileri sürülmüş olmalıdır. Bir arada bulunan talepler bazen eşit derecede ileri sürülürken bazen de bir talep diğer talebin belirlenmesine hizmet edeceği gerekçesiyle diğerine oranla biraz daha ön plana çıkarılmış olabilir. Ancak bu durumun o taleplerin birbirine ikame olacak şekilde ileri sürüldüğü sonucunu çıkarmaması gerekir.

II. Objektif Dava Birleşmesi İçin Aranan Şartlarda Eksiklik Olmasının Sonuçları

Objektif dava birleşmesi yoluyla bir arada birden fazla talebin ileri sürüldüğü durumlarda, bazen objektif dava birleşmesine ilişkin aranan şartlarda eksiklikler olabilir. Bunun yanında bazı durumlarda da objektif dava birleşmesi için aranan şartlar tam olmasına karşın her dava için aranan genel şartlarda eksiklikler ortaya çıkabilir.

Söz konusu ikili ayırım dikkate alınarak, öncelikle objektif dava birleşmesinin şartları ile ilgili olmayan eksiklikler halinde nasıl kararlar verilebileceğinin üzerinde durulabilir. Bu noktada objektif dava birleşmesinde birleşen taleplerin her birinin ayrı talep, ayrı dava olduğunu değerlendirmek gerekecektir. Buna göre birleşen her dava hakkında dava şartlarının ve ilk itirazların ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekir⁵⁸. Dolayısıyla

⁵⁷ Pekcantez/Atalay/Özkes, s. 478; Ulukapı – Usul, s. 218; Karşlı, s. 383.

⁵⁸ Alangoya, s. 29; MünchKommZPO – Becker-Eberhard § 260 Rn. 32; Rosenberg/Schwab/Gottwald, s. 535.”... Genel olarak yapılan bu açıklamadan sonra, objektif dava birleşmesi şeklinde açılan eldeki dava taleplerinin her birinin belirsiz olacak olup olmadığının ayrı ayrı değerlendirilmesi...” 22. HD. 31.12.2012 T., 2012/30463 E. 2012/30091 K (Sinerji İçtihat ve Bilgi Bankası).

dava şartlarında eksiklik olan (veya ilk itirazları yerinde görülen) taleplerin reddi yönünde verilecek karardan sonra dava şartları tam olan (veya varsa ilk itirazları yerinde görülme) talepler hakkında dava esastan incelenmeye devam edilecektir.

Bunun yanında bazen objektif dava birleşmesinin söz konusu olabilmesi için bulunması gereken şartlarda⁵⁹ eksiklikler ortaya çıkabilir. Mahkeme objektif dava birleşmesi yoluyla birlikte ileri sürülen taleplerin bir arada ileri sürülmesi noktasında gereken şartların gerçekleşmediğini tespit ederse böyle bir durumda birlikte açılmış davaları ayırmak zorundadır⁶⁰. Söz konusu duruma ilişkin ilk açıklama objektif dava birleşmesi yoluyla ileri sürülen talepler hakkında mahkemenin yetkili ve görevli olmadığı durumlarda ortaya çıkabilir. Buna göre objektif dava birleşmesinde mahkemenin tüm talepler için yetkili ve görevli olması gerekliliğini incelediğimiz yukarıdaki⁶¹ başlıkta da belirtildiği gibi görev ve yetki nedeniyle objektif dava birleşmesinin kabul edilmediği durumlarda yetkili ve görevli olmadığı dava hakkında yetkisizlik veya görevsizlik kararı vermelidir⁶². Bunun yanında yetkili ve görevli olduğu talepleri ise verdiği ayırma kararından sonra incelemeye devam edecektir.

Yine mahkeme, objektif dava birleşmesi yoluyla ileri sürülen talepler hakkında tahkikatın daha iyi yapılabileceği öngörüsüne sahip olursa davaların ayrılmasına karar verebilir⁶³. Bu noktada objektif dava birleşmesi için HMK m. 110'da aranan şartların sağlanmış olmasına rağmen davaların ayrı incelenmesinin daha sağlıklı olacağını düşünen hâkime, davaların ayrılması noktasında her zaman kullanacağı bir takdir hakkının sağlanmış olduğunu söyleyebiliriz.

Bazen objektif dava birleşmesi yoluyla ileri sürülen talepler aslında aynı davacı tarafından aynı davalıya karşı değil aynı davalı tarafından birden fazla davalıya karşı ileri sürülmüş olabilir. Bu durumda bir tarafta bulunan birden fazla kişiyi ilgilendiren talep vardır. Daha açık bir ifadeyle dava

59 **Bkz. C.**

60 **Kuru**, C.II, s. 1501; **MünchKommZPO** – Becker-Eberhard § 260 Rn. 43; **Saenger** – Kommentar § 260 Rn. 1, 25; **Musielak**, , § 260 Rn. 10.

61 **Bkz. C-I-2.**

62 **Rosenberg/Schwab/Gottwald**, s. 535; **MünchKommZPO** – Becker-Eberhard § 260 Rn. 43.

63 **Kuru**, C.II, s. 1501; **MünchKommZPO** – Becker-Eberhard § 260 Rn. 43 – 47.

yığılması terimi karşılığını davanın konusu (objesi) üzerinde değil davanın tarafları (süjeleri) üzerinde göstermektedir. Dolayısıyla aslında dava arkadaşlığı varken birleşen talepler kanaati ile böyle bir dava açılmış olabilir. Söz konusu durumda davaya dava arkadaşlığının olduğundan hareketle devam edilmesi gerekir⁶⁴. Ancak davaya taraf teşkili noktasında dava arkadaşlığının da dikkate alınarak devam edilebilmesi için mecburi dava arkadaşlığının geçerli olduğu durumlarda tüm dava arkadaşlarının teşkilinin sağlanmış olması gerekir. Söz konusu durumda ortaya çıkan dava arkadaşlığı, duruma göre mecburi veya ihtiyari dava arkadaşlığı şeklinde mevcuttur ve söz konusu kurumların özelliği çerçevesinde incelemeye tâbi olacaktır.

D. Objektif Dava Birleşmesinin Türleri

I. Genel Olarak

Objektif dava birleşmesinde, aynı anda birden fazla talebin, aralarında aslı – fer’i talep ilişkisi olmaksızın, aynı davalıya karşı ileri sürülmesi durumundan bahsedilmektedir. Dolayısıyla aynı davacının aynı davalıya karşı birden fazla talebi ileri sürdüğü her durumda birden fazla talebin olduğu gerekçesiyle objektif dava birleşmesinin ortaya çıkacağı söylenemez. Burada önemli olan söz konusu birden fazla talebin aynı anda aralarında aslı fer’i talep ilişkisi olmadan ileri sürülmesidir. Aynı anda talep edilen bu birden fazla talep, objektif dava birleşmesini ortaya çıkarır. Ancak aynı anda istenme durumu bazı noktalarda farklılık gösterebilir. Daha açık bir ifadeyle aynı anda istenen talepler bazen eşit derecede iken bazen bir talep diğeri ile aynı anda istenmiş olmakla beraber diğer talebin belirlenmesine hizmet ediyor olabilir. Ancak ikinci durumda da birden fazla talebin aynı anda istenmesi durumu söz konusudur. Zira bir diğerinin seçimliği veya reddi halinde yerine geçecek yani ikamesi olabilecek bir talep değildir. Objektif dava birleşmesinin bu türlerini biz Eşit Dereceli Objektif Dava Birleşmesi ve Aşamalı Objektif Dava Birleşmesi olarak ikiye ayırarak incelemeye çalıştık.

II. Eşit Dereceli Objektif Dava Birleşmesi

Alman Hukukunda “Kumulative Klagenhäufung” olarak ifade edilen ve Türk Hukukunda kümülatif dava birleşmesi olarak değerlendirilen bu durum,

⁶⁴ Rosenberg/Schwab/Gottwald, s. 535.

objektif dava birleşmesinin en sık uygulanan ve bilenen türüdür. Davacının aynı anda ileri sürdüğü taleplerinin aynı derecede ileri sürüldüğü durumda birikmiş (kümülatif) dava birleşmesi ortaya çıkar⁶⁵. Taleplerin birikmiş olarak ileri sürülmesinde mahkeme, bütün taleplerle aynı zamanda ilgilenir ve tüm bu talepler için aynı zamanda karar verir. Mahkemenin ortaya konulan taleplerden bir kısmını reddetmek suretiyle kısmi hüküm vermesi de mümkündür⁶⁶.

Birikmiş dava birleşmesinde birleşen dava konularının ayrı ayrı belirtilmesi gerekmektedir. Özellikle ispata muhtaç her bir hukukî durumun tespitinde ve talebin hükmü karşılması noktasında taleplerin ferdileştirilmemesi sorunlar ortaya çıkarabilecektir⁶⁷.

III. Aşamalı Objektif Dava Birleşmesi

Objektif dava birleşmesinin bir diğer türü Alman Hukukunda “Eventuelle Klagenhäufung” olarak adlandırılan dava yığılmasının bir türü olarak (uneigentlicher eventualhäufung) ortaya çıkmaktadır. Türk Hukukunda terditli davanın karşılığı olarak kabul edilen “Eventuelle Klagenhäufung”da aynı anda ileri sürülen talepler vardır. Burada davacı taleplerini bazen öncelik – sonralık ilişkisine göre bir sıraya koymuşken bazen de aslîlik – fer’ilik ilişkisine göre derecelendirmiştir. İlk durumda Almanca terim olarak “Uneigentlicher Eventualhäufung” ortaya çıkarken ikinci durumda “Eigentlicher Eventualhäufung” ortaya çıkmaktadır. Bunlardan “Eigentlicher Eventualhäufung”da ileri sürülen birden fazla dava arasında aslîlik – fer’ilik ilişkisi mevcuttur. “Eigentlicher Eventualhäufung” Türk Hukukunda terditli davaya karşılık gelmekte ve inceleme konumuz dışında kalmaktadır. Buna karşın “Uneigentlicher Eventualhäufung”un objektif dava birleşmesinin bir türü olduğu kanaatindeyiz.

Hukukumuzda hukukî terim bakımından karşılığını aşamalı objektif dava birleşmesi olarak bulabilecek “Uneigentlicher Eventualhäufung”da, davacının ileri sürdüğü taleplerden birisi bir diğeri karşısında daha önce incelenmelidir. Ancak daha önce inceleniyor olması ikinci talebin akıbetinin

⁶⁵ Rosenberg/Schwab/Gottwald, s. 535 – 536; MünchKommZPO – Becker-Eberhard § 260 Rn. 43 – 47; Saenger – Kommentar § 260 Rn. 7; Musielak, § 260 Rn. 2.

⁶⁶ Saenger – Alternative, s. 861.

⁶⁷ Saenger – Alternative, s. 861.

birinci talebe bağlı olduğu sonucunu ortaya koymayacaktır⁶⁸. Bu dava birleşmesinde birincil talep de asıl talep gibi aynı cinsten hukukî veya ekonomik amaca yönelmiştir⁶⁹.

Davacı, önceye aldığı talebiyle, sonradan ileri süreceği talebine zemin hazırlamaktadır. Bu durumda birleşen talepler aynı amaca hizmet ediyordur⁷⁰. Daha açık bir ifadeyle her iki durumda da ileri sürülen talepler aynı anda istenmektedir ve ikincil talebin kabulü birincil talebin reddi şartına bağlı değildir⁷¹. Bu durumda birincil talep ikincil talebin maddi hukuk bakımından gerekçesine zemin hazırlayabilir⁷².

Aşamalı objektif dava birleşmesinde mahkeme ileri sürülen taleplerin öncelik sonralık ilişkisi ile doğal olarak bağlıdır. Zira o taleplerden birini inceleyen mahkeme, diğer talep hakkında daha sağlıklı ve kolay bir şekilde karar verebilecektir. Ancak bu bağlılığın sebebi taleplerin doğasından kaynaklanır. Mahkeme asıl talebe yardımcı talebin asıl talebe ulaşmada bir veri olacağını görebilir ve bu çerçevede tahkikatı daha kolay devam ettirebilir⁷³.

Aşamalı objektif dava birleşmesinin Alman (dZPO § 254) ve İsviçre (sZPO Art. 85) Hukukundaki en önemli örneğini basamaklı dava olarak Türkçeye çevrilebilecek⁷⁴ “Stufenklage” teşkil etmektedir⁷⁵. Bu davada

68 **Saenger** – Alternative, s. 861; **Merle**, s. 436; **Rosenberg/Schwab/Gottwald**, s. 535 – 536.

69 **Rosenberg/Schwab/Gottwald**, s. 535.

70 **Merle**, s. 436.

71 **Saenger** – Alternative, s. 861.

72 **Merle**, s. 437.

73 **Saenger** – Alternative, s. 861.

74 Türk Hukukunda Özkaya – Ferendeci “Stufenklage”nin kelime anlamının basamaklı dava olduğunu belirttikten sonra hukuki açıdan karşılığını kademeli dava olarak değerlendirmiştir. (**Özkaya – Ferendeci**, H. Özden, Alman ve İsviçre Hukukları’ndaki Kademeli Dava (Stufenklage) ile 6100 Sayılı HMK’ya Göre Belirsiz Alacak Davası’nın Karşılaştırılması, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Hukuk Araştırmaları Dergisi, Yıl 2012, Cilt. 18, S. 1, s.353 – 382, s. 359 dn.18).

75 Türk hukuku açısından basamaklı davanın objektif dava birleşmesinin bir türü olduğunu ortaya koyan görüşler için bkz. **Ercan**, İbrahim, Belirsiz Alacak ve Tespit Davası, Konya, 2013, s. 79 – 83; **Özkaya – Ferendeci**, s. 361 – 362, 367, 372; **Simil**, Cemil, Belirsiz Alacak Davası, İstanbul, 2013, s. 157. Öğretide ileri sürülen genel görüşe göre terditli dava yerine basamaklı dava terimi de kullanılabilir (**Postacıoğlu**, İlhan, Medeni Usul Hukuku Dersleri, İstanbul, 1975, s. 269; **Yılmaz** – Şerh, s. 773; **Kuru**, C.II, s.

davacı önce davalının elinde bulunan belgeleri görmeyi talep etmekte, bu belgeleri gördükten sonra talep sonucunu belirleyebilmektedir⁷⁶. Dolayısıyla burada olası bir ikinci talep söz konusudur. Davacı asıl talebine zemin hazırlamak için ilk talepte bulunmuştur. Basamaklı davada davanın açılmasıyla birlikte bütün talepler ve bu arada basamaklardan birisini teşkil eden eda talebinin de derdest olduğu kabul edilmektedir⁷⁷. Daha açık bir ifadeyle davacı her iki talebini de aynı anda ileri sürmüştür ama bir talebini bir adım daha ön plana çıkarmıştır⁷⁸.

Türk Hukukunda, basamaklı davanın yasal düzenlemesi olmasa da kullanımını engelleyen bir düzenlemenin olmadığından hareketle kabul edilebileceği ileri sürülmüştür. Gerçekten de belirsiz alacak davası ile birlikte karşı tarafın vereceği bilgiye göre dava konusunu belirleyebilecek davacının, karşı taraftan bilgi alma hakkı çerçevesinde basamaklı dava açabileceği, hukuken kabul edilmesi gereken bir ihtiyaçtır⁷⁹. Dolayısıyla objektif dava birleşmesi marifetiyle birleşen davalardan birisinin karşı taraftan bilgi alınmasına yönelik talep olması bir diğer talebin ise belirsiz

1495). Buna karşın bir başka görüşe göre basamaklı dava terditli davadan farklıdır. Terditli davada, davacı birden fazla talebini aralarında aslilik –ferilik ilişkisi kurarak davalıya karşı dava dilekçesinde alternatifli olarak ileri sürmektedir. Burada öncelikle aslî talep hakkında, olmazsa ferî talep hakkında karar verilmesi istenmektedir. Ancak basamaklı davada, talepler alternatifli olarak ileri sürülmemekte, taleplerden birisi, diğer talebin yardımcısı olacak şekilde ileri sürülmektedir. Davacı, talep sonucunu kesinleştirebilmek için öncelikle davalıdan bilgi istemekte ve bu bilgilerin yardımıyla olası ikinci talebini belirlemeye çalışmaktadır. (Ercan, s. 79 – 80; Özkaya – Ferendeci, s. 362 – 363).

⁷⁶ Ercan, s. 32. Alman Hukukunda basamaklı dava uygulaması aile hukuku, miras hukuku, ticaret hukuku, iş hukuku, fikri ve sınai mülkiyet hukuku ve iflas hukuku alanlarında ortaya çıkmaktadır. (Özkaya – Ferendeci, s. 361).

⁷⁷ Basamaklı davanın söz konusu olduğu bu durumlarda verilen hükmün öncül talebi ve asıl talebi karşılıyor olması gerekir. Çünkü bu taleplerin her ikisi de aynı anda ve birbirine ikame olmayacak şekilde ileri sürülmüştür. (Rosenberg/Schwab/Gottwald, s. 535 – 536; Gasser/Rieckli – Kurzkomentar, Art. 85 Rn. 5).

⁷⁸ Özkaya – Ferendeci, s. 364. Özellikle işçi alacaklarından doğan davalarda belirsiz alacak davasının açılabilir olup olmadığı konusunda basamaklı dava bir çözüm olabilecektir. İşçinin, dava dilekçesini hazırlarken alacağını tam olarak belirleyemediği durumların temelinde işverenin elindeki kayıtlar önem taşımaktadır. Buna göre işçi basamaklı dava açmak suretiyle netice talebini belirli hale getirebilecek ve ikinci basamakta işverenine karşı taleplerini sıralayacaktır. (Özkaya – Ferendeci, s. 359 – 360).

⁷⁹ Ercan, s. 32.

alacak davası olması mümkündür⁸⁰. Bu noktadan hareketle aşamalı objektif dava birleşmesi hakkında verilebilecek en güzel örnek davacının davalıya karşı ileri sürebileceği mali durumu gösteren kayıtların ibrazını istemesi ve buna ilaveten bu mali kayıtlarla beraber ilave taleplerini ortaya koymasıdır.

Nitekim uygulamada Yargıtay da verdiği kararlarda birbirinin ikamesi olabilecek şekilde ileri sürülmeyen ancak birbirine zemin hazırlayabilecek taleplerin objektif dava birleşmesi şeklinde ileri sürülebileceğini kabul etmiştir. Bu durumun en güzel örneği boşanma davasında boşanma talebinin yanında buna ilaveten tazminat ve nafaka taleplerinin de ileri sürülmesi gösterilebilir. Söz konusu durumda Yargıtay taleplerden bir kısmını aslı bir kısmını fer talep olarak nitelendirmiştir. Ancak söz konusu nitelemeye talepleri aslı ve ferî olarak ortaya koymak biri kabul edilmediği takdirde diğerinin dikkate alınabileceği sonucunu ortaya çıkarmayacaktır. Zira burada ileri sürülen asıl talep boşanma talebinin yanında söz konusu asıl talebin kabul edilmesini takiben tazminat ve nafaka gibi diğer talepler dikkate alınacaktır. Buradan hareketle Yargıtay söz konusu durumda objektif dava birleşmesinin olacağını belirtmiştir⁸¹.

80 Basamaklı dava, belirsiz alacak davasından farklı bir davadır. Basamaklı dava usul ekonomisine uygun bir şekilde davacının kendisinden kaynaklanmayan sebeplerden dolayı netice talebini davanın başında belirleyemediği durumlarda ortaya çıkar. (**Özkaya – Ferendeci**, s. 360, 362). Dolayısıyla basamaklı dava ve belirsiz alacak davası birleşerek objektif dava birleşmesi şeklinde ortaya çıkabilir.

81 “Kuşkusuz talebin birden fazla kalemleri kapsamaması halinde de davacının talep sonucu, asıl talep ve yardımcı (ferî) talepler olmak üzere iki bölümden oluşur. Davacının birden fazla davasını aynı dava dilekçesi ile açması halinde, bu durum "objektif dava birleşmesi" olarak tanımlanır ve davacının, her davaya ait talep sonucunu açıkça ve ayrı ayrı göstermesi gerekir. Davanın esasına ilişkin bu talepleri yanısıra davacı talep sonucu bölümünde mevcutsa ferî (yardımcı) nitelikte taleplerde de bulunabilir. Dava dilekçesinin, talep sonucu açısından özetlenen bu niteliklerine paralel olarak yapılan yargılama sonucu verilen kararda (hüküm fıkrasında) da, davacının talepleri asıl talep (esasa ilişkin talep) ve yardımcı (ferî) talepler olmak üzere iki bölüm halinde değerlendirilir ve bu taleplerin tamamı hakkında ayrı ayrı hüküm kurulması gerekir (HUMK. 388/3-4). Hemen söylemek gerekir ki, boşanma hükmü çoğu kez asıl hükmün (boşanma hükmünün) yanısıra buna bağlı yan hükümcüklerden oluşan adeta bir kombine hüküm mahiyetini haiz bulunur. Gerçekten hükmün, bozucu inşai nitelikte olan ve evlilik birliğini sona erdiren ana bölümüne bağlı ve ondan bağımsız karakteri ve işlevi bulunmayan bu hükümcüklerle, boşanma sonrası bazı ilişkiler düzenlenir. Bu yan hükümlerden bir kısmı, yine sadece ve doğrudan doğruya inşaya yönelik olabileceği gibi bir tesbite ve edime de ilişkin bulunabilir. Örneğin boşanma nedeniyle velayet hakkının taraflar arasında taksim ve tevdiine (M.K. 148/1) ya da, evlenmenin yapıldığı sıralarda dul olan kadının tekrar kendi aile ismini taşımasına müsaade edilmesine ilişkin tali kararlar, yine birer inşai sonuca yönelik olmaları nedeniyle boşanma hükmü

E. Objektif Dava Birleşmesinin Benzer Dava Çeşitleri ile Karşılaştırılması

I. Genel Olarak

Objektif dava birleşmesi ile benzer noktaları olması itibariyle mütelahik dava, terditli dava ve seçimlik dava birbirine karıştırılmaya müsait dava türleridir. Bu başlık altında bu dört dava türünü birbirleri ile karşılaştırarak inceleyeceğiz. Bu davaların tamamında bir dava yığılması (birleşmesi) söz konusudur. Ancak bu yığılmanın nasıl olduğu, farklı dava türlerinin ortaya çıkmasına neden olmaktadır.

II. Objektif Dava Birleşmesi – Terditli Dava

Objektif dava birleşmesi ile karşılaştırılabilecek ilk dava terditli davadır. Terditli dava, yardımcı talebin, asıl talebin kabul edilmeme ihtimali karşısında dikkate alınmasını sağlayacak şekilde yığılması, yani birleşmesi halinde ortaya çıkar⁸². Örneğin satılan bir malın parasının ödenmemesi halinde paranın ödenmesi talebi ile ortaya çıkan asıl talebin reddedilmesi ihtimaline binaen yardımcı talep olarak malın iadesinin ileri sürülmesi halinde terditli dava durumu ortaya çıkacaktır⁸³. Objektif dava birleşmesi ile terditli dava arasındaki en önemli fark objektif dava birleşmesinde birleşen talepler arasında aslî – fer’i talep ayrımı olmamasıdır. Yani birleşen talepler birbirinin ikamesi değildir.

Terditli dava yığılmasında davacı, aynı dava vakıalarında aslî ve fer’i ilişkisi şeklinde bir ayrım yapabileceği gibi farklı vakılarda da aslî ve fer’i ilişkisi kurabilir. Örneğin malın teslimi, bu olmazsa ödenen paranın iadesi aynı vakıada söz konusu iken; yolsuz tescilden dolayı tapu kütüğünün tashihi bu olmazsa önceden yapılmış vefa sözleşmesi gereğince gayrimenkulün geriye devrinde farklı vakıalar söz konusudur⁸⁴.

kompleksinde yer alan küçük ve bağımlı inşai hükümler (fer’i inşai hüküm) olarak değerlendirileceklerdir. (Doç.Dr. Ergün Önen, İnşai Dava-Ankara 1981-S.66-67)” HGK. 23.6.1993 T., 2/133-481 (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).

82 Üstündağ – İddia, s. 219; Kuru, C.II, s. 1515; Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 273; Karlı, s. 383; Pekcanitez/Atalay/Özkes, s. 472.

83 Muşul – Terdit, s.43, 106 – 107.

84 Üstündağ – İddia, s. 219.

Terditli davada ileri sürülen birden fazla talep arasında aslı – fer’i talep ilişkisi bulunmaktadır. Bu taleplerden ikinci sırada ileri sürülenin ele alınabilmesi ilk talebin reddi şartına bağlıdır. Talebi ileri süren taraf bakımından da ikinci talep ilk talebin reddi ihtimaline karşılık ileri sürülmüştür. Yani asıl talebin reddi şartıyla yardımcı talep hakkında karar verilebilecektir⁸⁵. Buna karşın objektif dava birleşmesinde taleplerin birbirinin yanında birleşmesi söz konusu olduğu için mahkeme tarafından birleşen taleplerin hepsi için hüküm verilmesi gerekecektir⁸⁶.

Terditli davanın kabul edilme amaçlarından birincisi, objektif dava birleşmesinde olduğu gibi, terdit ilişkisi içinde ileri sürülecek taleplerin farklı yargılamaya konu olmasını önleyerek zaman ve masraf kaybına engel olmak, yani usul ekonomisi ilkesine uygun hareket edilmesini sağlamaktır. Bunun yanında ikinci olarak; terdit ilişkisi içinde olan bu taleplerin farklı yargılamaya konu edilmesi halinde ortaya çıkması muhtemel çelişkili kararların doğumuna engel olabilmektir⁸⁷.

III. Objektif Dava Birleşmesi – Mütelahik Dava

Objektif dava birleşmesi ile mukayese edilebilecek bir diğer dava türü ise mütelahik davadır. Mütelahik davada davacı, dava konusu bir veya birden fazla talebini haklı gösteremeye yarayacak birden fazla hukukî sebebe dayanmaktadır. Yani mütelahik davanın asıl şartı birden fazla hukukî sebeple talebin haklı kılınmasını sağlamaktır. Yığılma hukukî sebepte olmalıdır⁸⁸. Objektif dava birleşmesinde ise dava konusunda yani talepte yığılma söz konusudur. Örneğin trafik kazasından kaynaklanan maddî ve manevî tazminat taleplerinde aynı dava sebebine dayanan iki talep söz konusu olduğu için objektif dava birleşmesi söz konusudur. Buna karşın davacı tek talebini birden fazla hukukî sebebe dayandırıyor ise örneğin hem

85 Üstündağ – İddia, s. 219.

86 Üstündağ – İddia, s. 217; Pekcanitez/Atalay/Özkes, s. 476.

87 Muşul – Terdit, s. 44.

88 Kuru, C.II, s. 1502; Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 277; Karşlı, s. 387; Pekcanitez/Atalay/Özkes, s. 493. Örneğin zilyetliğin gasbından doğan zararların tazmini için davacı Medeni Kanunun zilyetliğin idesine ilişkin hükümlerine dayanabileceği gibi Borçlar Kanunundaki haksız fiil hükümlerine de dayanabilir. (Postacıoğlu, s. 268).

sözleşme hem de haksız fiil ilişkisine dayandırıyorrsa böyle bir durumda objektif dava birleşmesi değil mütelahik dava ortaya çıkar⁸⁹.

IV. Objektif Dava Birleşmesi – Seçimlik Dava

Objektif dava birleşmesi ile karşılaştırılabilecek son dava türü ise seçimlik davadır. Seçimlik dava durumunda da yığılan veya birleşen talepler vardır. Ancak bu talepler seçimlik borç halindedir. Söz konusu borçlardan birinin ifa edilmesi halinde diğer borç artık ortadan kalkar. Mahkeme dava sonucunda davalı borçluyu seçimlik borçlara mahkûm eder ancak davalı bunlardan birini yerine getirerek borcundan kurtulacaktır. Seçimlik dava seçim hakkının borçluda olduğu durumlarda ortaya çıkabilir. Seçim hakkı alacaklıda ise seçimlik dava ortaya çıkmaz⁹⁰. Seçimlik davada seçimlik iki borç var iken objektif dava birleşmesinde aynı anda istenen iki borç söz konusudur. Yani objektif dava birleşmesinde birinin diğerinin yerine talep konusu edildiği iki dava değil aynı anda talep edilen birden fazla dava konusu vardır.

F. Objektif Dava Birleşmesinin Gerçekleştiği Davalarda Ortaya Çıkan Özel Durumlar

I. Genel Olarak

Objektif dava birleşmesi, özellikle dava konusunun belirlenmesinde ve bunun devamında kararın kesinleşmesinde önemli sonuçlar ortaya koymaktadır. Zira objektif dava birleşmesinde birleşen dava konuları ve bunları karşılayan hüküm, söz konusu kurumun mantığını belirtmiş olacaktır⁹¹.

Objektif dava birleşmesinde her biri tek başına bir dava konusu teşkil edilebilecek talebin olduğu sonucunu kabul etmek, ortaya çıkması muhtemel

⁸⁹ Saenger, s. 860

⁹⁰ Seçim hakkının alacaklıya ait olduğu durumlarda alacaklı seçimlik bu hakkını kullanacak ve ona göre belirlediği bu borç hakkında davasını açacaktır. (Kuru, C.II, s. 1495; Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 275 – 276; Karşlı, s. 386; Pekcanitez/Atalay/Özkes, s. 475). “Somut olayda, sadece ecrimisil isteği yer almamış onun yanında, el atmanın önlenmesi ve yıkım isteğiyle birlikte haksız eylemden kaynaklanan bir tazminat istenmiştir. Hazine seçimlik hakkını kullanarak doğrudan doğruya genel mahkemeye dava açtığından...” HGK. 02.03.2005 T., 1-116/135 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

⁹¹ Saenger – Alternative, s. 860.

soruların cevaplandırılmasını sağlayacaktır. Bu itibarla objektif dava birleşmesinde birlikte ileri sürülen taleplerin tamamı ister eşit dereceli objektif dava birleşmesi olsun isterse aşamalı objektif dava birleşmesi olsun dava konusu edilmekle birlikte derdest durumdadır⁹². Dolayısıyla objektif dava birleşmesinde ortaya çıkacak özel durumlar hakkında değerlendirmeler yapılırken şu hususların göz önünde bulundurulması gerekir: Öncelikle objektif dava birleşmesinde aynı anda derdest ve her biri ayrı bir dava konusu olan talepler bulunmaktadır. Bunun yanında söz konusu talepler usul ekonomisi ilkesi ve bir arada ileri sürülen talepler hakkında çelişkili kararlar verilmesini önleme amacıyla birlikte incelemeye tâbi tutulmaktadır. Bu başlık altında belirtilen iki özellik ekseninde objektif dava birleşmesinde ortaya çıkan özel durumlar hakkında incelemeler yapmaya çalışacağız.

II. Tahkikatın Ortak Olması

Objektif dava birleşmesinde birleşen ama özünde birbirinden bağımsız olan talepler birlikte incelenir⁹³. Objektif dava birleşmesinin temelinde yer alan usul ekonomisine uygun hareket edilmesi prensibi doğrultusunda birlikte ileri sürülen talepler için ortak yargılama yapılması objektif dava birleşmesinin kabulü açısından bir dayanak oluşturmaktadır. Zira tahkikat aşamasının ortak olması bir veya birden fazla vakıa hakkında yeniden emek ve masraf harcamasını engelleyecek ve böylece usul ekonomisine uygun hareket edilmiş olacaktır. Bu noktada ortak olan tahkikat, objektif dava birleşmesine konu olan her talebi ilgilendiren incelemeler hakkında geçerli olacaktır.

III. Taleplerin Ayrı Değerlendirilmesi ve Ayrı Hüküm Verilmesi

Objektif dava birleşmesinde birleşen taleplerin birlikte dava konusu edilmiş olmasının bir sonucu olarak bu taleplerin bir arada görülüp karara bağlanması gerekir⁹⁴. Ancak birleşen tüm bu taleplerin her biri, birbirinden

⁹² Merle, s. 442; Saenger – Kommentar § 260 Rn. 12.

⁹³ Kuru, C.II, s. 1500; Pekcanitez/Atalay/Özkes, s. 478; Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 276; Ulukapı – Usul, s. 218; Karşı, s. 383; Rosenberg/Schwab/Gottwald, s. 534; MünchKommZPO – Becker-Eberhard § 260 Rn. 28; Musielak, , § 260 Rn. 1; Aksoy, s. 210.

⁹⁴ “Davacı, davalının, taşınmazına füzuli işgal sebebiyle el atmanın önlenmesini ve 4800 lira ecrimisilin tahsiline karar verilmesini istemiştir. Ayrı ayrı davalının konusu olabilecek bu tür isteklere objektif dava birleşmesi denilir. Her iki davanın birlikte

ayrı değerlendirilecektir. Yine bu ayrı değerlendirmenin bir sonucu olarak her bağımsız talep hakkında ayrı karar verilebilecektir. Çünkü bu talepler sonuçta tek başına dava konusu edilebilen taleplerdir ve onların ortak tahkikata tâbi olması aynı sonucu paylaşmak zorunda oldukları anlamını ortaya çıkarmaz⁹⁵. Bu düşüncelere paralel olarak davacı söz konusu taleplerden birinden feragat ederken diğer talep hakkında davaya devam edilmesini isteyebilir. Benzer durum kabul beyanı açısından da geçerli olacaktır. Yani davalı, davacının taleplerinden bir kısmının kabulüne kalan kısmı hakkındaki davanın devamına karar verilmesini talep edebilecektir⁹⁶.

Objektif dava birleşmesinde birleşen her bir talep için ayrı karar verilebiliyor olması⁹⁷ birleşen taleplerden yalnız birinin ya da bir kaçının veya taleplerden bir bölümünün konusuz kalması halinde, diğer talepler hakkında yargılamaya devam edilip karar verilmesi sonucunu da sağlayacaktır.⁹⁸ Çünkü birleşen talepler birbirinden bağımsız taleplerdir⁹⁹.

görülmeli gerekir. Bu iki dava da birlikte açıldığına göre yine birlikte görülüp karara bağlanması gerekir.” 8. HD. 13.7.1984 T., 7311/7313 (**Kuru**, C.II, s. 1496 – 1497; **YKD**. 1984/10 s. 1515-1516); Aynı yönde bkz. HGK 23.6.1993 T., 2/133-481 (**Kuru**, C.II, s. 1497).

⁹⁵ **Merle**, s. 447; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 477; **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s. 276; **Alangoya/Yıldırım/Deren Yıldırım**, s. 140; **Alangoya**, s. 31; **Yılmaz – Şerh**, s. 773; **Karlı**, s. 383; **Rosenberg/Schwab/Gottwald**, s. 534 **Özekes**, s. 1389; **Ermeneç**, İbrahim, Medeni Usul Hukukunda Davayı Kabul, Ankara, 2009, s. 70.

⁹⁶ **Kuru**, C.II, s. 1500; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 477; **Ulukapı – Usul**, s. 218; **Rosenberg/Schwab/Gottwald**, s. 534 – 535; **MünchKommZPO – Becker-Eberhard** § 260 Rn. 31; **Saenger – Kommentar** § 260 Rn. 37; **Aksoy**, s. 210 – 211; **Ermeneç**, s. 70.

⁹⁷ “...6100 sayılı Kanunun 110. maddesinde düzenlenen, davacının aynı davalıya karşı birbirinden bağımsız birden fazla asli talebini aynı dava dilekçesinde ileri sürmesi olarak tanımlanan davaların yığılması (objektif dava birleşmesi) halinde, talep sayısı kadar dava bulunduğu kabul edildiğinden ve aynı Kanunun 297/2. maddesi uyarınca da her bir talep bakımından ayrı ayrı hüküm verilmesi gerektiğinden,” 22. HD. 31.12.2012 T., 2012/30463 E. 2012/30091 K. (**Sinerji İçtihat ve Bilgi Bankası**).

⁹⁸ “..Bununla birlikte bir davada davacının talebi asıl talep ve yardımcı talepler olmak üzere iki bölümden oluşur. Bundan başka objektif dava birleşmelerinde, birden fazla asıl talep vardır. Bu taleplerden yalnız birinin ya da bir kaçının veya asıl talebin bir bölümünün konusuz kalması halinde, diğer talepler hakkında yargılamaya devam edilip karar verilmesi gerekir...” HGK. 25.1.2006 T., 2005/10-766 E., 2006/16 K. (**Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası**).

⁹⁹ **Kuru**, C.II, s. 1500; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 477; **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s. 276; **Rosenberg/Schwab/Gottwald**, s. 537; **MünchKommZPO – Becker-Eberhard** § 260 Rn. 31.

Söz konusu durumda birleşen bu talepler için duruma göre kısmi hüküm ve tam hüküm ayırımı ortaya çıkabilecektir. Kısmi hüküm birden fazla talebin aynı davada objektif dava birleşmesi şeklinde ileri sürülmesi halinde ortaya çıkabilir. Kısmi hüküm, içeriğine göre hükmün geri kalan kısmından bağımsız olacaktır¹⁰⁰. Kısmi hükümde, henüz hüküm verilmemiş kısımdan bağımsız olarak, talep sonucu hakkında kısmi hüküm verilebilir¹⁰¹.

IV. Objektif Dava Birleşmesi Sonucunda Verilen Hükme Karşı Kanun Yoluna Gidilmesi

1. Kanun Yoluna Taşınabilme Şartlarının İncelenmesi

Objektif dava birleşmesinde tahkikat aşaması, ortak olan taleplerin her biri ayrı değerlendirmeye tâbidir ve bunun uzantısı olarak her bir talep hakkında ayrı hüküm verilebilir. Söz konusu durum, bu taleplerin hüküm altına alınmasından sonra bir kısmının kanun yoluna taşınması bir kısmının taşınmamasını mümkün kılabildiği gibi kanun yoluna taşınabilirlik noktasından bağlı olacağı ölçütleri de belirleyecektir.

Objektif dava birleşmesinde aslında her biri birbirinden ayrı dava konusu edilebilecek taleplerin tek başına veya bir arada kanun yoluna taşınmasında, kanun yoluna ilişkin parasal sınırın nasıl belirleneceği konusunda iki görüş ileri sürülebilir. Bu konuda ileri sürülen ilk görüş, objektif dava birleşmesinde bir araya gelen taleplerin değerinin toplanması sonucunda kanun yoluna ilişkin parasal sınırın belirlenmesidir. Buna göre objektif dava birleşmesine konu olan bir talep tek başına kanun yoluna ilişkin parasal sınırı aşmamasına rağmen birleşen taleplerin değeri toplandığında bu parasal sınırı aşıyorsa söz konusu talepler birlikte kanun yoluna taşınabilir¹⁰².

Uygulamada Yargıtay Hukuk Genel Kurulu HUMK'un yürürlükte olduğu dönemde verdiği bir kararında objektif dava birleşmesinde kanun yoluna başvuru sınırının birleşen taleplerin toplam değeri üzerinden dikkate alınması gerektiğini kabul etmiştir. Bu görüşüne ise iki gerekçe göstermiştir. Bunlardan ilki HUMK'un yürürlükte olduğu dönemde objektif dava birleşmesinde davada görevli mahkemeyi belirlerken birleşen dava

¹⁰⁰ Pekantez/Atalay/Özkes, s. 477, 805; Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 276; Rosenberg/Schwab/Gottwald, s. 537.

¹⁰¹ Kuru, C.IV, s. 4625; Üstündağ – Yargılama, s. 166 – 167.

¹⁰² Saenger – Alternative, s. 861; MünchKommZPO – Becker-Eberhard § 260 Rn. 56.

konularının toplanmasından hareket edildiğidir. İkincisi ise harca esas değerın yine birleşen taleplerin toplam meblağı üzerinden dikkate alındığı sonucudur¹⁰³

Bu görüş karşısında ileri sürülebilecek ikinci görüş objektif dava birleşmesinde kanun yoluna taşınabilirlik noktasında parasal sınırın her bir dava konusu için ayrı ayrı belirlenmesi gerektiği görüşüdür. Bu görüşü kabul eden bir başka Yargıtay kararında ise objektif dava birleşmesinde her dava bağımsız olduğundan, kesinlik sınırının toplam miktara göre değil, anılan her bir davacı bakımından ayrı ayrı ele alınması gerektiği vurgulanmıştır¹⁰⁴.

Kanaatimizce kanun yoluna taşınabilirlik noktasındaki parasal sınırın birleşen her bir talep için ayrı ayrı dikkate alınması gerekir. Öncelik Yargıtay'ın aksi görüşü kabul ettiği Hukuk Genel Kurulu kararındaki gerekçelerinden ilki objektif dava birleşmesinde görevli mahkemeyi belirleyen HUMK m. 3 hükmü idi. Ancak mevcut yasal düzenlemelerimizde HMK parasal sınır üzerinden görevin belirlenmesi kuralını ortadan kaldırmıştır. Artık görev belirlenirken müddeabihin değeri değil niteliği önem arz etmektedir. Bunun yanında HGK'nun görüşüne kabul ettiği bir diğer dayanak ise objektif dava birleşmesinde harca esas değerın birleşen taleplerin toplam meblağı üzerinden dikkate alınmasıdır. Oysa bu zaten

103 "...Azınlıkta kalan görüş, davacının maddi ve manevi tazminat istemlerinin birlikte dava edilmekle objektif dava birleşmesine konu olsalar bile, her birinin ayrı dava olma özelliğini yitirmediklerini ve temyiz edilebilme sınırının her bir davanın değerine göre belirlenmesi gerektiğini ileri sürmüş ise de bu görüş çoğunluk tarafından benimsenmemiştir. Çoğunluk görüşü, objektif dava birleşmesinin söz konusu olduğu durumda, görev yönünden nasıl toplam dava değeri esas alınıyor ve harç ta bu değer üzerinden tahsil ediliyor ise temyiz edilebilirlik sınırının da toplam değer üzerinden belirlenmesi gerektiği, yönünde oluşmuş; sonuçta davacı tarafından 10.000 TL manevi+760,00 TL maddi tazminat olmak üzere toplam 10.760,00 TL tazminat istenmiş ve bu istemin mahkemece reddedilerek, temyize konu edilmiş olmasına göre, bu miktarın 1.400,00 TL temyiz (kesinlik) sınırının üzerinde olduğu, temyiz incelemesinin maddi tazminat istemini de içermesi gerektiği sonucuna varılarak, ön sorunun reddi ile işin esasının incelenmesine geçilmesine oy çokluğu ile karar verilmiştir..." HGK. 27.1.2010 T. 2010/4-28 E., 2010/8 K. (**Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası**)

104 "...Somut olayda, davacılar arasında ihtiyari dava arkadaşlığı bulunduğu olduğundan ve objektif dava birleşmesinde, her dava bağımsız olup, kesinlik sınırı, toplama göre değil, her dava için ayrı ayrı ele alınması gerekmektedir. Kısmen kabul edilen bu miktarlar, ayrı ayrı nazara alındığında, yukarıda anılan madde hükmüne göre temyiz sınırının altında kaldığı cihetle, davalı vekilinin, anılan davacıların her biri bakımından temyiz isteminin reddine karar verilmesi gerekmiştir..." 11. HD. 9.3.2009 T., 2007/13628 E., 2009/2622 K. (**Kazancı İçtihat Bilgi Bankası**).

birleşen taleplerin ayrı harca tâbi olmasının doğal bir sonucudur. Yani bu talepler için alınan toplam harç nispi harçlarda harca esas değer belirlenir. Bu meblağın her bir dava konusundan ayrı ayrı alınması ile dava konularının toplanması ve bunun üzerinden alınması arasında bir fark yoktur. Her durumda dava konularına belirlenen o oran uygulanır.

Öte yandan objektif dava birleşmesinde her bir talebin ayrı dava konusu edilebiliyor olması, yine her bir talep hakkında ayrı hüküm verilebiliyor olması taleplerin bağımsız değerlendirmeye tâbi olması özelliği, kanun yoluna taşınma aşamasında da geçerli olmalıdır. Buna göre birleşen her bir talep hakkında bağımsız sonuçlar verilebiliyor olması ve bağımsız kanun yoluna taşınmıyor olması karşısında kanun yoluna taşınma açısından parasal sınırın ayrı ayrı dikkate alınmasını gerektirdiği kanaatindeyiz.

2. Kanun Yoluna Taşınmayan ve Taşınan Taleplerin Şekli Anlamda Kesin Hüküm Halini Alması

Objektif dava birleşmesinde birleşen taleplerin bir kısmı hakkında verilen kısmi hükme karşı ayrı kanun yollarına başvurulabilir. Çünkü birleşen her bir talep birbirinden bağımsızdır. Buna paralel olarak kısmi hüküm ayrı icra edilebilir ve daha sonra verilecek hükümden bağımsız olarak kesin hüküm halini alır. Objektif dava birleşmesinde verilen hüküm taleplerinden yalnızca birinin kabul veya reddi tek başına temyiz edilebilir. Öğretide kısmi temyiz olarak da tanımlanan bu durumda, hükmün temyiz edilmeyen kısmi temyiz süresinin geçmesi ile kesin hüküm halini alır¹⁰⁵. Yargıtay, bu durumda tarafların temyizi ile bağlı olacak temyiz edilmeyip kesinleşen kısım hakkında temyiz incelemesi yapamayacaktır¹⁰⁶. Öte

¹⁰⁵ Kuru, C.IV, s. 4625; Üstündağ – Yargılama, s. 166 – 167; MünchKommZPO – Becker-Eberhard § 260 Rn. 52.

¹⁰⁶ "Objektif dava birleşmesi" halinde verilen hüküm taleplerinden yalnızca biri örneğin, manevi tazminatın kabul ya da reddi temyiz edilip boşanmaya ilişkin hükmün esas ile maddi tazminat, yoksulluk nafakası, velayet iştirak nafakası ve fer'i (yardımcı) diğer sonuçlar temyiz edilemiyebilir. Bu hal doktrinde "kısmi temyiz" olarak tanımlanır ve kısmi temyiz (yani hükmün bir kısmının temyiz edilmemiş olması) halinde, hükmün temyiz edilmeyen kısmi temyiz süresinin geçmesi ile kesinleşir. Başka bir ifade ile kesin hüküm oluşur. Hükmün süresinde temyiz edilmeyerek kesinleşen kısım yalnız başına icra edilebilir ve icraya konulabilir. (Prof. Dr. Saim üstündağ-Medeni Yargılama Hukuku Cilt 2. İstanbul 1977 üçüncü bası, S.87). Yargıtay, tarafların temyizi ile bağlıdır. Yani kısmi temyiz halinde Yargıtay hükmün temyiz edilmeyen ve bu nedenle kesinleşen bölümü hakkında temyiz incelemesi yapamaz ve hükmün temyiz edilmeyen bölümünü bozamaz.

yandan hükmün kısmi temyiz nedeniyle temyiz edilmeyen kısmı ile temyiz edilmesine karşın onanan kısmı arasında kesin hükmün bağlayıcılığı ve hükmün infaz edilmesi bakımından hiçbir fark olmayacaktır.

Bu açıklanan nedenlerle kanun yoluna taşınmamış ve bu nedenle kesinleşmiş talepler hakkındaki hükümlerin bundan sonra ilamlı icraya konu olabileceği kanaatindeyiz. Öte yandan kanun yoluna taşınan taleplerin durumu ise kanun yolu incelmelerinin sonucuna tâbi olacaktır. Daha açık bir ifadeyle kanun yoluna taşınmayan taleplerden bağımsız olarak incelenmeye devam edilecektir.

Söz konusu düşüncelerin devamı olarak objektif dava birleşmesi yoluyla ilk derece mahkemesinde incelenen ve ilk derece mahkemesi kararından sonra kanun yoluna taşınan hükmün bir kısmının onanması veya bozulması da mümkündür. Bu durumda da kısmi temyiz için kabul ettiğimiz hususların geçerli olması gerektiği kanaatindeyiz. Dolayısıyla temyiz edilen ve onama suretiyle şekli anlamda kesin hüküm halini alan talepler için kesinleşmeden bahsedilirken diğer kısmın bozmaya uğraması sonucunda yeniden incelenmek üzere ilk derece mahkemesine gönderilecektir.

3. Yargılama Giderleri

Objektif dava birleşmesinde birleşen davalar her biri aslında tek başına dava konusu olabilecek taleplerdir. Bu nedenle objektif dava birleşmesine birleşen davaların her biri için ayrı ayrı olmak şartıyla ve bunların toplamını sağlayacak şekilde yargılama giderinin ortaya çıkması gerekir.

Bilindiği üzere başlıca yargılama giderleri harç ve dava sonunda haklı çıkan taraf lehine hükmolunan vekâlet ücretidir. Bu giderlerden ilki harçlar bakımından birleşen her dava için ayrı ayrı olmak üzere bunların toplamı üzerinden harç alınacaktır¹⁰⁷. Objektif dava birleşmesinde birleşen taleplerin bazısının maktu bazısının ise nispi harca tâbi olması durumunda da her bir

Kısmi temyiz halinde HUMK.nun 439/II. maddesi hükmü, hükmün yalnız temyiz edilen bölümü hakkında uygulanır. Yargıtay hükmün temyiz edilmeyen bölümünü bozamayacağı gibi, mahalli mahkeme de (temyiz edilen bölümün bozulması üzerine yapacağı tahkikat sonunda) hükmün temyiz edilmeyen (ve bu nedenle kesinleşmiş olan) bölümü hakkında yeni bir karar veremez. (Prof. Dr. Baki Kuru-Hukuk Muhakemeleri Usulü Cilt 4 - Dördüncü Baskı 1984-S.3354-3355).” HGK. 23.6. 1993 T., 1993/2-133 E., 1993/481 K. (**Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası**).

¹⁰⁷ **Kuru**, C.II, s. 1500; **MünchKommZPO** – Becker-Eberhard § 260 Rn. 56; **Musielak**, , § 260 Rn. 15; **Aksoy**, s. 220.

talep ayrı ayrı değerlendirilmelidir. Daha açık bir ifadeyle maktu harca tâbi olan talep hakkında maktu harç, parasal değer teşkil eden diğer talep için nispi harç alınacak ve bu her iki harç toplanmak suretiyle objektif dava birleşmesinde baştan talep edilecektir¹⁰⁸.

Benzer bir yaklaşım yargılama gideri olarak kabul edilen vekâlet ücreti için de uygulanacaktır. Buna göre objektif dava birleşmesinde birleştirilen talepler birbirinden bağımsız olduğu için her bir talep için ayrı vekâlet ücreti takdir edileceği öğretide¹⁰⁹ ve uygulamada¹¹⁰ kabul edilmiştir.

SONUÇ

Objektif dava birleşmesi ile aslında her biri tek başına dava konusu edilebilecek taleplerin bir arada ileri sürülmesinin temel amacı, ortak tahkikat yoluyla usul ekonomisine uygun hareket edilmesi ve mahkemelerin birleşen talepler hakkında çelişkili kararlar vermesinin önüne geçilebilmesidir. Ancak bilindiği üzere her iki sonuç da hiçbir şart

¹⁰⁸ “Davacı boşanma davası ile istirdat isteğinde de bulunmuştur. İstirdat isteği boşanma davası ile birlikte ortaya konulduğunda objektif dava birleşmesi söz konusu olup davanın istirdat bölümü ayrıca nispi harca tâbidir.” 2. HD. 16.6.1999 T., 5171/6864 (**Kuru**, C.II, s. 1497); “...Ayrıca, davada objektif dava birleşmesi söz konusu olduğundan mahkemece haksız rekabetin önlenmesi talebi yönünden maktu, tazminat talepleri yönünden nispi harç yatırılması gerekli olup, buna göre eksik harcın Harçlar Kanunu hükümleri uyarınca tamamlattırılmasından sonra haksız rekabetin önlenmesi talebi bakımından maktu, maddi ve manevi tazminat talepleri bakımından ise ayrı ayrı maktudan az olmamak üzere nispi vekalet ücretine hükmedilmesi gerekirken bu husus nazara alınmadan yazılı şekilde vekalet ücretine hükmedilmesi bozmayı gerektirmiştir...” 11. HD. 11.1.2010 T., 2008/8717 E., 2010/149 K., (**Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası**). Aynı yönde bkz. 11. HD. 11.1.2010 T., 2008/8717 E. 2010/149 K. (**Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası**).

¹⁰⁹ **Kuru**, C.II, s. 1500; **MünchKommZPO** – Becker-Eberhard § 260 Rn. 56.

¹¹⁰ “Dava, trafik kazasındaki ölümden kaynaklanan destekten yoksun kalma tazminatı talebine ilişkindir... Kabule göre de, davacıların birlikte dava açmaları objektif dava birleşmesi niteliğinde olup davacılar ihtiyari dava arkadaşı konumundadırlar. Bu halde, mahkemece her bir davacı lehine hükmedilen tazminat miktarı üzerinden karar tarihinde yürürlükte bulunan A.A.Ü.T.'nin 12. maddesi gereğince ayrı ayrı vekalet ücreti takdir edilmesi gerekirken, hükmolunan toplam tazminat miktarı üzerinden vekalet ücretinin hesaplanması doğru olmamıştır.” 17 HD. 7.5.2013 T., 2012/9422 E. 2013/6530 K. (**Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası**); Aynı yönde bkz. 11. HD. 11.1.2010 T., 2008/8717 E. 2010/149 K. (**Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası**); 11. HD. 4.7.2013 T., 2012/14718 E. 2013/14276 K., (**Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası**); 2. HD. 3.7.1975 T., 4873/5979 (**Kuru**, C.II, s. 1500, dn. 195b); CGK 14.4.1980 T., 9/73-152 (**Kuru**, C.II, s. 1501; YKD. 1980/9 s. 1277 – 1279); 7.3.2011 T., 11.HD. 2009/8905 E. 2011/2316 K. (**Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası**)

aranmadan birden fazla davanın objektif dava birleşmesi marifetiyle bir arada ileri sürülmesini sağlamayacaktır.

Bu noktada, objektif dava birleşmesinin şartlarının önem kazandığı bir gerçektir. Söz konusu şartlardan HMK m. 110'a bakıldığında üzerinde en fazla durulabilecek şart, kanun lafzı itibarıyla “*birlikte dava edilen taleplerin tamamının aynı yargı çeşidi içinde yer alması ve taleplerin tümü bakımından ortak yetkili mahkemenin bulunması*” şartıdır. Kanunda belirtilen hükmünün yorumlanması sonucunda, objektif dava birleşmesinin gerçekleştiği mahkemenin birleşen her talep hakkında hem görevli hem de yetkili olması gerektiği sonucuna varmaktayız. Her talep için yetkili olması gerektiği şartı kanunda yer alıyor olsa da burada görevli olması gerektiğinin de aranması gerekecektir. Çünkü mahkemenin yetkisini, yetkinin kesin yetki olup olmadığı ayrımını yapmadan her durumda bir şart olarak gören kanun koyucunun iradesinin, kamu düzenine ilişkin olan görevi de bir şart olarak görmeyi amaçladığı düşünülmelidir. Öte yandan özel mahkemelerin kurulduğu, asliye ticaret mahkemesinin özel görevli mahkeme haline getirildiği, sulh hukuk mahkemesinin görev alanlarının HMK m. 4 ile belirli hale getirildiği bir yargı düzeninde, mahkemelerin uzmanlaşmasına bu kadar önem verilmişken, görevin objektif dava birleşmesi için bir şart olmadığını kabul etmek doğru olmayacaktır.

Öte yandan objektif dava birleşmesine konu olan talepler arasında ekonomik veya hukukî bir bağın olması mevcut öğretiyi ve yargı kararları açısından bir zorunluluk olarak görülmemektedir. Ancak özellikle objektif dava birleşmesinin hukukî temelini de oluşturan usul ekonomisine hizmet etme ve çelişkili kararların verilmesine engel olma amaçları bakımından, ekonomik ve hukukî bağın aranmasının daha yararlı olacağı kanaatindeyiz. Zira birbirleri ile hiç bağlantısı olmayan taleplerin bir arada incelenmesinde ortak tahkikatı gerektiren bir durumun bulunma ihtimali de zayıf olacaktır. Yine bunun yanında, birbirleri ile ilgilisi olmayan taleplerin bir arada görülmesi yargılamayı güçleştirecek ve muhtemelen hâkim, objektif dava birleşmesi ile ileri sürülen taleplerin, HMK m. 167 uyarınca, yargılamanın daha iyi bir şekilde yürütülmesini sağlamak için ayrılmasına karar verecektir. Bu durum ise belki de emek ve masraf kaybına neden olacaktır.

Objektif dava birleşmesi ile ilgili ortaya konulabilecek bir diğer tespit de birleşen taleplerin kanun yoluna taşınabilme şartlarının belirlenmesi ve kanun yoluna taşınma veya taşınmamış olmanın sonuçlarıyla ilgilidir. Öncelikle birleşen her talebin aslında kendi başına bir dava konusu teşkil

ettiği düşünöldüğünde, objektif dava birleşmesi sonucunda verilen hükmün, kısmi hüküm teşkil etmesi mümkün olacaktır. Yine bu düşünce devamında verilen hükmün birden fazla talebi içermesi durumunda, kanun yoluna taşınma şartları bakımından her bir talebin ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekecektir. Aksi düşünce aslında kanun yoluna taşınamayan bir hükmün, sırf objektif dava birleşmesi nedeniyle kanun yoluna taşınmasını sağlar ki bu doğru bir yaklaşım olmayacaktır. Benzer bir yaklaşım da harçlar ve yargılama gideri olarak değerlendirilen vekâlet ücreti bakımından da geçerli olacaktır. Buna göre objektif dava birleşmesine konu edilen her bir talep için harç ve davada lehine karar verilen için takdir edilecek vekâlet ücreti ayrı ayrı değerlendirilmelidir. Zira objektif dava birleşmesinde aslında her biri tek başına dava konusu edilebilecek ama bir arada ileri sürölmüş talepler bulunmaktadır.

KAYNAKÇA

- Aksoy**, Elif, Objektif Dava Birleşmesi, (TBBD, 2015/117), s.201-232.
- Alangoya**, Yavuz, Medeni Usul Hukukunda Dava Ortaklığı, İstanbul, 1999.
- Alangoya**, H. Yavuz/ **Yıldırım M. Kamil/Deren Yıldırım**, Nevhis, Medeni, Usul Hukuku Esasları, 6. Baskı, İstanbul, 2006.
- Aşık**, İbrahim, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na Göre Yetki Sözleşmesi, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2011/97, s. 11-48.
- Bolayır**, Nur, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na Göre Yetki Sözleşmeleri, İBD., Yıl 2011/85, S. 5, s. 131-147.
- Budak**, Ali Cem, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na Göre Yetki Sözleşmesi, MİHDER, 2012/1, s. 1-24.
- Ercan**, İbrahim, Belirsiz Alacak ve Tespit Davası, Konya, 2013
- Ermenek**, İbrahim, Medeni Usul Hukukunda Davayı Kabul, Ankara, 2009.
- Gasser**, Dominik/**Rickli**, Brigitte, Schweizerische Zivilprozessordnung, Kurzkommentar, Zürih/St.Gallen, 2010.
- Karşı**, Abdurrahim, Medeni Muhakeme Hukuku, 3. Baskı, İstanbul, 2012
- Kuru**, Baki, Hukuk Muhakemeleri Usulü, 6. Baskı, C.II – IV, İstanbul, 2001.
- Kuru**, Baki/**Arslan**, Ramazan/**Yılmaz**, Ejder, Medeni Usul Hukuku, 23. Baskı, Ankara, 2012.
- Merle**, Werner, Zur eventuellen Klagenhäufung, ZZP 83. Band, Heft 4, 1970, s. 436 – 469.
- Musielak**, Hans-Joachim, Kommentar zur Zivilprozessordnung, 11. Auf. 2014.
- Muşul**, Timuçin, Medeni Usul Hukuku, 3. Baskı, Ankara, 2012 (Muşul – Usul).
- Muşul**, Timuçin, Medeni Usul Hukukunda Terdit İlişkileri, 2. Baskı, Ankara, 2009 (Muşul – Terdit).
- Münchener Kommentar** zur ZPO 4. Auf. 2013, § 260 Rn. 4-5 (MünchKommZPO – Becker-Eberhard).
- Özekes**, Muhammet, Medeni Usul Hukuku Bakımından Hizmet Tespiti ve İşçilik Haklarına İlişkin Davaların Birlikte Açılması, (Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, 2004/4, s. 1382 – 1396).

Özkaya – Ferendeci, H. Özden, Alman ve İsviçre Hukukları'ndaki Kademeli Dava (Stufenklage) ile 6100 Sayılı HMK'ya Göre Belirsiz Alacak Davası'nın Karşılaştırılması, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Hukuk Araştırmaları Dergisi, Yıl 2012, Cilt. 18, S. 1, s.353 – 382.

Pekcanitez, Hakan/**Atalay**, Oğuz/**Özekes**, Muhammet, Medeni Usul Hukuku, 14. Baskı, Ankara, 2013.

Postacıoğlu, İlhan, Medeni Usul Hukuku Dersleri, İstanbul, 1975.

Rosenberg, Leo/**Schwab**, Karl Heinz/**Gottwald**, Peter, Zivilprozessrecht, 17. Auf, 2010, München.

Rüzgaresen, Cumhuriyet, Medeni Yargılama Hukukunda Usul Ekonomisi İlkesi, Ankara, 2013.

Saenger, İngo, Klagenhäufung und alternative Klagebegründung, (MDR, 9/1994, s. 860 – 863) (Saenger – Alternative).

Saenger, İngo, Zivilprozessordnung, 5. Auf, 2013 (Saenger – Kommentar).

Spühler, Karl/**Tenchio**, Luca/**Infanger**, Dominik, Schweizerische Zivilprozessordnung, Basler Kurzkomentar, Basel, 2010.

Simil, Cemil, Belirsiz Alacak Davası, İstanbul, 2013.

Tanrıver, Süha, Medeni Usul Hukukunda Derdestlik İtirazı, Ankara, 2007.

Ulukapı, Ömer, Medeni Usul Hukuku, 2. Baskı Konya, 2014 (Ulukapı – Usul).

Ulukapı, Ömer, Medeni Usul Hukukunda Dava Arkadaşlığı, Konya, 1991 (Ulukapı – Dava).

Umar, Bilge, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Ankara, 2011.

Üstündağ, Saim, İddia ve Müdafanın Değiştirilmesi Yasağı, İstanbul, 1967 (Üstündağ – İddia).

Üstündağ, Saim, Medeni Yargılama Hukuku, C. I-II, 7. Baskı, İstanbul, 2000 (Üstündağ – Yargılama).

Yılmaz, Ejder, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 2. Baskı Ankara, 2013 (Yılmaz – Şerh).

Yılmaz, Ejder, Usul Ekonomisi, AÜHFD Yıl 2008, C.57, S.1 (Yılmaz, Ekonomi).

6102 SAYILI TÜRK TİCARET KANUNU'NA GÖRE TİCARİ İŞ KAVRAMI

*Dr. Serhan DİNÇ**

ÖZET

Ticari iş kavramı, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 3 ve 19'uncu maddelerinde düzenlenmiştir. Özel hukukun ikiliği ilkesi gereği ticari iş ve adi iş ayrımı yapılmaktadır. Ticari hüküm ile adi hüküm farklılaşması bu ayrımın sonucudur. Ticari işlerin adi işlerden kesin şekilde ayırt edilmesinde zorunluluk vardır. Ticari işlere uygulanacak hükümler, adi işlere uygulanacak hükümlerden farklıdır. Çalışmamızda ticari iş kavramı, ticaret kanununda düzenlenmiş işler, bir ticari işletmeyle ilgili olan işlem ve fiiller, bir taraf için ticari iş niteliğine haiz olan sözleşmeler üzerinde durulacaktır. Daha sonra incelemelerimiz kapsamında varılan neticeler ele alınacaktır. Bu çalışmalar yapılırken Yargıtay kararları ve doktrinde ileri sürülen görüşler ışığında ticari iş kavramının nasıl ele alındığı da incelenecektir.

Anahtar kelimeler

Ticari iş, bir ticari işletmeyi ilgilendiren işler, tacirin borçları, bir taraf için ticari sayılan sözleşmelerin diğer taraf için de ticari olması, ticari iş karinesi.

ABSTRACT

The concept of commercial business, 6102 is regulated in the Turkish Commercial Code numbered 6102 in the Articles of 19th and 3rd. The duality principle of law requiring a distinction between commercial work and ordinary work is done. The differentiation with ordinary commercial terms is the result of this discrimination provisions. Precisely the commercial works are required to distinguish ordinary things. The provisions applicable to ordinary jobs are different from the provisions applicable to commercial businesses. Commercial business concept study, the laws of commerce

* Bozok Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi İşletme Bölümü Ticaret Hukuku Anabilim Dalı.

arranged the transaction and related actions with a commercial operation, having contracts with the commercial nature of their work will be focused on the issues to one side. Later, the scope of our review concluded that results will be discussed. These studies have put forward views while the Supreme Court decisions and doctrine will be examined in the light of how it dealt with the concept of commercial business.

Keywords

Commercial business, a commercial business affairs, merchant loans, for the other side of the trade is considered to be commercial contract for a party, the presumption of commercial business.

I. TİCARİ İŞ KAVRAMI

Özel hukukun ikiliği¹ ilkesi gereği ticari iş ve adi iş ayrımı yapılmaktadır². Ticari hüküm ile adi hüküm farklılaşması bu ayrımın sonucudur³. Ticari işlerin adi işlerden kesin şekilde ayırt edilmesinde zorunluluk vardır⁴. Adi işlere uygulanacak hükümler, ticari işlere uygulanacak hükümlerden farklıdır⁵.

Bir hukuki uyuşmazlığın çözümlenmesinde, ticari hükümlerin ya da genel hukuk hükümlerinin uygulanıp uygulanamayacağı tespit edilmelidir. Bu tespit yapılırken yapılan işlem veya yerine getirilen fiilin ticari iş niteliğinde olup olmamasına bakılır⁶.

Bir işin ticari veya adi iş olduğu tespit edilirken 6102 sayılı Kanun md. 3 ve md. 19 birlikte değerlendirilir. TTK. md. 3'e göre ticari iş olarak kabul edilen işler; TTK.'da düzenlenen işler ve ticari işletme ile ilgili bütün işlem ve fiiller olarak ikiye ayrılır.

1 Özel hukukun ikiliği ilkesinden anlaşılması gereken ticaret hukuku ile medeni hukuk ve borçlar hukuku ayrımıdır (Mimaroğlu, Sait Kemal, Ticaret Hukuku Birinci Cilt: İşletme Hukuku, 3. Baskı, Ankara, 1978, s. 121; Arkan, Sabih, Ticari İşletme Hukuku, 15. Baskı, BTHAE., Ankara, 2011, s. 63).

2 Ayhan, Rıza/Özdamar, Mehmet/Çağlar, Hayrettin, Ticari İşletme Hukuku Genel Esaslar, 7. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014, s. 62.

3 Ayhan, vd., a.g.e., s. 62.

4 Arkan, a.g.e., s. 64.

5 Ayhan, a.g.e., s. 62.

6 Ayhan, a.g.e., s. 62.

Ticari iş, ticari ilişkileri ticari olmayan ilişkilerden ayırt etmek üzere kullanılır. Adi işler, medeni hukuka dair işlerdir. Ticari hükümler sadece ticari ilişkilere uygulanır. TTK. ve diğer özel kanunlarda (örneğin SPK., Bankacılık Kanunu) öngörülen ticari hükümler ticari olmayan ilişkilere tatbik edilmez⁷.

Bir işin ticari iş niteliğinde olup olmadığının belirlenmesi Türk Ticaret Kanunu'nda yer alan hükümlerin uygulanması ile yakından ilgilidir. Bir işin ticari iş niteliğinde olup olmaması Türk Ticaret Kanunu'nda yer alan hükümlerin uygulanmasında “anahtar konu” durumundadır⁸. TTK. sisteminde ticari iş ve ticari hükümlerin tespiti önem arz eder. İlk olarak ticari işleri tespit ve sonra bunlara uygulanacak hükümleri tayin etmek gerekir⁹.

Ticaret hayatının kendisine özgü kuralları vardır. Ticari hükümler, genel nitelikli hükümlerden farklıdır. Ticari iş kavramının açıklanması ve ticari iş sayılmaya ilişkin kriterlerin bilinmesinin niçin önemli olduğu sorusunun da cevaplanması gerekir. Ticari iş kavramı bilinirse; ticaret hukukunun kapsamı belirlenir ve uygulanacak hukuk kuralları bilinir¹⁰.

Bir işin adi veya ticari olmasına göre farklı hükümler uygulanır. Aynı işe uygulanacak zamaşımının, işin ticari veya adi iş olup olmadığına göre değişiklik göstermesi örnek olarak gösterilebilir¹¹.

Türk Ticaret Kanunu esasen ticari işlerle ilgili özel hükümler koyan bir kanundur. Bir işin hukuken önemi, bu iş nedeniyle bir hukuki ihtilafın çıkmış ya da çıkabilecek olmasıdır. İhtilafa sebep olabilecek bir iş, özel

7 Bilgili, Fatih/Demirkapı, Ertan, Ticari İşletme Hukuku, 4. Baskı, Dora Yayıncılık, Bursa, 2013, s. 50.

8 Bozer, Ali/Göle, Celal, Ticari İşletme Hukuku, 2. Baskı, BTHAE., Ankara, 2011, s. 31.

9 Poroy, Reha/Yasaman, Hamdi, Ticari İşletme Hukuku, 11. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2006, s. 67.

10 Deryal, Yahya, Ticaret Hukuku Bilgisi, 2. Baskı, Derya Kitabevi, Trabzon, 2006, s. 20; Kayıhan, Şaban/Yasan, Mustafa, 6335 Sayılı Kanun ile Değişik Yeni Türk Ticaret Kanunu'na Göre Ticari İşletme Hukuku, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2013, s. 71.

11 Berzek, Ayşe Nur, Ticaret Hukukunun Genel İlkeleri, 10. Baskı, Beta, İstanbul, 2013, s. 23.

hukuk alanında bazı sonuçlar doğuruyorsa, bu durumda bir ticari iş ya da adi iş söz konusudur¹².

Kanun koyucu, adi işlere Borçlar Kanunu ve Medeni Kanun hükümlerini, ticari işlere TTK. hükümlerini bağlamıştır. Bu gereğin duyulması, bize göre, bir bakıma birliğin iddia edildiği şekilde gerçekleştirilemediği anlamına gelir¹³.

Türk Ticaret Kanunu ticari işe uygulanacak hükümleri belirtmiştir. 6102 sayılı TTK. md. 1/ f.2'ye göre ticari işe esas itibarıyla ticari hükümler, ticari hüküm yoksa ticari örf ve âdet, ticari örf ve âdet de yoksa genel hükümler uygulanır¹⁴.

Bir işin “ticari” olarak nitelendirilmesi, Ticaret Hukuku'nun uygulama alanının sınırlarını çizme açısından önem taşır¹⁵.

Ticari iş ile ticari olmayan işlerin ayrılması; Ticaret Kanunu'nun uygulanması, faiz ve iflâs bakımından büyük bir önem arz eder¹⁶. Hâkimin uzmanlığına ihtiyaç gösteren ihtilâflar, ticari dava olarak ayrı tutulmuştur. Bu itibarla, ticari dava ile ticari işin karıştırılmaması önem kazanmaktadır¹⁷.

Bir işin ticari iş olarak kabul edilmesi için dört ayrı kritere yer verilmiştir¹⁸. Bu kriterler şunlardır:

¹² Battal, Ahmet, Ticari İşletme Hukuku, 1. Baskı, Gazi Kitabevi, Ankara, 2005, s. 49.

¹³ Aynı görüşte Poroy/Yasaman, a.g.e., s. 63.

¹⁴ Mimaroglu, a.g.e., s. 121; Karayağın, Yaşar, Ticaret Hukuku I. Giriş-Ticari İşletme, Üçüncü Baskı, BTHAE., Ankara, 1968, s. 143, 146.

¹⁵ İmregün, Oğuz, Kara Ticareti Hukuku Dersleri, 11. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1996, s. 17.

¹⁶ Edgü, Ekrem, Ticaret Hukuku, 2. Baskı, Sevinç Matbaası, Ankara, 1967, s. 51.

¹⁷ Edgü, a.g.e., s. 51.

¹⁸ Çeker, Mustafa, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Ticaret Hukuku, 7. Baskı, Karahan Kitabevi, Adana, 2013, s. 44; Kayar, İsmail, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Ticaret Hukuku, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2015, s. 89, (Ticaret Hukuku). Alman Ticaret Kanunu md. 344'e göre tacirin taptığı işler, aksi ispat edilmedikçe ticari iştir. Alman Ticaret Kanunu burada sübjektif sistemi kabul etmiştir. Objektif sistemi uygulayan Fransız Ticaret Kanunu'na göre ise ticari işin tayini farklı kriterlere göre olmaktadır. Buna göre ticari işin belirlenmesi; kanunun 632'nci maddesinde sayılmış konular, kanunun ticarilik niteliğini verdiği işler ve bir tacir tarafından ticari faaliyetini yerine getirirken yapılan işler olarak üçe ayrılmaktadır. Alman Ticaret Kanunu madde 1 ise önce taciri tarif etmiştir. 343'üncü maddede tacirin ticari faaliyetiyle ilgili olarak gördüğü her işin ticari olduğu hükmü getirilmiştir. Alman

1. Ticaret Kanunu'nda düzenlenmiş işler ticaridir.
2. Bir ticari işletmeyi ilgilendiren işlem ve fiiller ticaridir.
3. Tacirin borçları ticaridir.
4. Bir taraf için ticari sayılan sözleşmeler diğer taraf için de ticaridir.

Ticarilik nitelendirmesinde, yukarıda anılan kriterlerin ilk üçü birbirinden bağımsız olup tek başlarına yeterlidir. Dördüncü kriter ise, ancak ilk üç kriterden hareketle belirlenebilecek bir kriter olup; diğer üç kriterden bağımsız değildir¹⁹. Netice itibarıyla dört kriterin ayrı ayrı ve geniş olarak incelenmesi gerektiğini düşünmekteyiz.

II. TİCARET KANUNU'NDA DÜZENLENMİŞ İŞLER

Kanun koyucu, Türk Ticaret Kanunu'nda öngörölmüş işleri, hukuki yapıları itibarıyla ister ticari iş niteliğinde olsun ister olmasın, sadece Türk Ticaret Kanunu'nda düzenlendiği için ticari iş olarak kabul etmiştir²⁰. İşin ticari işletmeyle ilgili olup olmaması yahut ilgililerin tacir sıfatının bulunup bulunmaması önem taşımaz²¹. İş kavramı açıklanırken bu kavramın kapsamına işlem, eylem ve dar anlamda iş girmektedir²². Bu nedenle TTK.'da düzenlenen bir eylem de TTK.'da düzenlenmiş olduğu için ticari iş niteliğindedir. Buna örnek olarak haksız bir fiil olan haksız rekabet gösterilebilir. Haksız rekabet TTK.'da gösterildiği için bir ticari iştir²³.

6102 Sayılı TTK.'da düzenlenen bir konunun ticari iş sayılması için işin mutlaka ticari işletmeyle ilgili olması veya işlemin taraflarının tacir olması

Ticaret Kanunu md. 1/f. 2'de ise nitel ya da nicel olarak ticari şekilde örgütlenmiş ticari işletme yapısı gerektirmeyen ticari işletmelerin faaliyetleri hariç bütün ticari işletmelerin faaliyetleri ticari iş olarak belirlenmiştir. Bu işlerin tacir tarafından icra edildikleri takdirde ticari iş niteliğini kazandıkları hüküm altına alınmıştır.

- 19 Karahan, Sami, Ticari İşletme Hukuku, 22. Baskı, Mimoza Yayıncılık, Konya, 2011, s. 45.
- 20 Ayhan, a.g.e., s. 62.
- 21 Berzek, a.g.e., s. 23; Ülgen, Hüseyin/Teoman, Ömer/Helvacı, Mehmet/Kendigelen, Abuzer/ Kaya, Arslan/ Ertan, Füsün Nomer, Ticari İşletme Hukuku, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2006, s. 59; Kayar, Ticaret Hukuku, s. 89.
- 22 Ülgen, Hüseyin/Helvacı, Mehmet/ Kendigelen, Abuzer/ Kaya, Arslan/ Ertan, Füsün Nomer, Ticari İşletme Hukuku, 4. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015, s. 64, (Ticari İşletme).
- 23 Ülgen, vd., a.g.e., s. 60; Kayar, Ticaret Hukuku, s. 89.

şart değildir. Bir konunun salt olarak TTK.'da düzenlenmiş olması bu işin ticari sayılmasına yeterli olmaktadır²⁴.

Bir işlem veya bir fiil Türk Ticaret Kanunu'nda düzenlenmiş ise, o işlemi ya da fiili yapan kişinin hukuki statüsüne bakılmaksızın o işlem ya da fiil ticari iş niteliğinde sayılır²⁵. Bu tür işlere mutlak ticari iş denilmektedir²⁶. Burada TTK. tamamen nesnel bir ölçüden hareket etmiştir²⁷.

Ticaret Kanunu'nda düzenlenen tüm işler ticaridir²⁸. TTK. md. 3 hükmü aksi iddia ve ispat edilemeyen bir ticari iş kriteri getirmektedir²⁹. Ticari işin tespitinde söz konusu işin hangi kanunda düzenlendiğine bakılmaktadır. Sigorta işleri, taşıma işleri, kambiyo senetleri, pay senetlerine ilişkin işlemler, haksız rekabet, çatma 6102 sayılı TTK.'da düzenlenmiştir. Bu sebeple anılan işler mutlak ticari iş kapsamındadır³⁰. Aslında düşüncemize göre, Ticaret Kanunu'nda düzenlenen işlerin çok büyük çoğunluğu ticari işletme ile ilgili oldukları için yapıları gereği de ticari iş niteliğindedir. Ama yine öyle işler vardır ki, bunlar, sadece, Ticaret Kanunu'nda düzenlendikleri için ve kanun hükmü gereği ticari iş sayılmışlardır. Örneğin cari hesap, ticari senetler ve taşıma sözleşmesi ile ilgili işler aslında ticari işler değildirler. Bu işleri tacir olsun olmasın herkes yapabilir³¹.

24 Bilgili/Demirkapı, a.g.e., s. 52; Aslan, Yılmaz/Şenyüz, Doğan, İşletme Hukuku, 4. Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, 2012, s. 24.

25 Bozer/Göle, a.g.e., s. 31; Domaniç, Hayri, Ticaret Hukukunun Genel Esasları, Dördüncü Baskı, Temel Yayın-Dağıtım, İstanbul, 1988, s. 15.

26 Çelik, Aytekin, Yeni Türk Ticaret Kanunu'na Göre Ticaret Hukuku, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2013, s. 11-12; Ayhan, a.g.e., s. 20.

27 İmregün, a.g.e., s. 18.

28 Y. 11. HD. 03.11.1977, 4109 E., 4809 K. (Berzek, a.g.e., s. 23'ten naklen).

29 Karahan, a.g.e., s. 45.

30 Çeker, a.g.e., s. 44; Kayar, Ticaret Hukuku, s. 89.

31 Mimaroglu, a.g.e., s. 122; "...kambiyo senedi düzenlemenin borcun nedenine ve tarafların sıfatına bakılmaksızın, ticari iş sayılacağına...", [Y. 12. HD. E. 1989/13870, K. 1990/1273 (Ayhan, Rıza, Ticari İşletme Hukuku, 2. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2007, s. 20'den naklen)].

III. BİR TİCARİ İŞLETMEYLE İLGİLİ OLAN İŞLEM VE FİİLLER

TTK.'nın "ticari işletmeyi ilgilendiren işlem" ifadesinden "ticari işletmeyi ilgilendiren hukuki işlem" anlaşılmaktadır. Bir hukuki işlem TTK.'da düzenlenmemekle birlikte, ticari işletme ile ilgili ise ticari iş olarak kabul edilmektedir³². Bu duruma örnek olarak ticari işletmeye ait araçla bir yayaya çarpılması gösterilebilir³³.

Haksız fiil, ticari işletmenin faaliyetinin icrası sırasında ika edilmişse, haksız fiil ticari işletmenin faaliyetinin icrası sırasında ika edildiği için ticari iş olarak kabul edilmektedir³⁴. Ancak tüm haksız fiiller ticari iş olarak kabul edilmez. Esas itibarıyla TTK.'da düzenlenen haksız fiiller ile her iki tarafın ticari işletmesiyle ilgili haksız fiiller ticari iş sayılır³⁵. Haksız fiil, tacir tarafından, ticari işletmesiyle ilgili olarak meydana getirilmiş ise bu eylemden zarar gören, tacir olmasa bile, haksız fiil ika eden tacirin bu fiili ticari iş sayılmaktadır³⁶.

Haksız fiilin tacir tarafından ticari işletmesi ile ilgili olarak işlendiği, ancak bu fiilden zarar gören kişinin tacir olmadığı durumda da, tacirin haksız fiili TTK. md. 3'e göre bir ticari iş sayılmasına rağmen, bu nedenle doğan uyuşmazlık sonucunda açılacak dava ticari bir dava olarak nitelendirilemez³⁷.

Ticari işletmeyi ilgilendiren bir işin ticari iş sayılması için bu işlem veya fiilin TTK.'da veya başka kanunlarda (örneğin Türk Borçlar Kanunu) düzenlenmesi arasında fark yoktur. Somut ilişkide işin ticari işletmeyle ilgili olması yeterlidir. Bir ticari işletmeye ticari temsilci atanması TBK. md. 547'de düzenlendiği hâlde, ticari işletmeyi ilgilendirdiği için ticari iş sayılır³⁸. Yine bu duruma örnek olarak ticari işletme rehni gösterilebilir³⁹.

³² Ayhan, a.g.e., s. 63.

³³ Çeker, a.g.e., s. 45; Kayar, Ticaret Hukuku, s. 90.

³⁴ Kayar, Ticaret Hukuku, s. 90.

³⁵ Ayhan, a.g.e., s. 64.

³⁶ Ayhan, a.g.e., s. 64.

³⁷ Ayhan, a.g.e., s. 64.

³⁸ Berzek, a.g.e., s. 24; ayrıca bkz. Domaniç, a.g.e., s. 17. Domaniç, burada bir ticari işletmeye ticari mümessil veya ticari vekil tayini, azli, yetkilerinin genişletilip daraltılması gibi örnekleri ticari iş olarak vermektedir.

Ticari işletmenin rehni 1447 sayılı Ticari İşletme Rehni Kanunu'nda düzenlenmesine rağmen bir ticari işletmeyi ilgilendirdiği için ticari iş sayılır⁴⁰. Bir ticari işletmeyi ilgilendiren bütün işlem ve fiiller kapsamında ticari işletmenin devri⁴¹, işletmeye araç alımı⁴², işletme için ardiye tutulması, kira sözleşmesi yapılması⁴³, bankaların borç para verme işlemleri ticari iş sayılır⁴⁴.

Bir işlem ya da fiilin ticari iş olarak nitelendirilebilmesi için önce taraflar arasındaki ilişkinin hangi tür borç kaynağına dayandığının saptanması gerekir⁴⁵.

Bir ticari işletmeyi ilgilendiren tüm işlem ve fiiller ticari iştir⁴⁶. Burada tam bir açıklık ve uygulama kolaylığı elde edilmek maksadıyla hareket edilmiştir⁴⁷. “İlgilendiren” kavramını kanaatimizce, geniş anlamda anlamak gerekir⁴⁸. Yani sadece ticari işletmenin faaliyeti ile doğrudan ilgili işleri değil, bunlara hazırlık mahiyetinde olan işleri⁴⁹ ya da icrasını kolaylaştırmak amacıyla yapılan işlemleri⁵⁰ ve ticari teamüle göre dolaylı olarak da olsa ticari işletmeyle ilgili olan işleri de ticari saymak gerekir⁵¹. Ticari işletmenin doğrudan doğruya konusuna girmemekle birlikte dolaylı olarak onunla

39 Bozer/Göle, a.g.e., s. 32.

40 Ayhan, a.g.e., s. 21.

41 Y. 11. HD. 12.09.1988 Gün, 459 E., 4864 K. (İmregün, a.g.e., s. 18'den naklen).

42 Domaniç, a.g.e., s. 16.

43 Çeker, a.g.e., s. 45; İmregün, a.g.e., s. 18; Kayar, Ticaret Hukuku, s. 90.

44 Kayıhan/Yasan, a.g.e., s. 72; İmregün, a.g.e., s. 18.

45 Bozer/Göle, a.g.e., s. 33.

46 Edgü, a.g.e., s. 52.

47 Bu durumu Karayalçın eleştirmektedir. Hükmü açık bulmayan yazar, düzenlemenin uygulamada da çeşitli güçlüklerle yol açabileceğini ileri sürmektedir (Karayalçın, a.g.e., s. 144).

48 Aynı görüşte Arkan, a.g.e., s. 64; İmregün, a.g.e., s. 18; Arslanlı, Halil, Kara Ticareti Hukuku Dersleri Umumi Hükümler, Fakülteler Matbaası, 3. Baskı, İstanbul, 1960, s. 22; Ülgen, a.g.e., s. 60.

49 Edgü, a.g.e., s. 55.

50 Y. 19. HD. 23.09.1993, E. 1992/6322, K. 1993/5769 (Arkan, a.g.e., s. 64'ten naklen).

51 Arkan, a.g.e., s. 65; Edgü, a.g.e., s. 54.

uygun bir illiyet bağlantısı bulunan bütün hususlardan doğan işler de kanaatimizce ticaridir⁵². Ticari işletmeyi ilgilendiren bir uyuşmazlık nedeniyle bir avukata vekâlet verilmesi ticari iş sayılır⁵³. Ticari işlerle adi işler farklıdır. Örneğin ticari işlerde birden çok kişinin birlikte borçlanmaları söz konusu olursa, bunların alacaklıya karşı müteselsil sorumlulukları kuraldır⁵⁴. Adi işlerde ise müteselsil sorumluluk istisnadır. Ticari işlerde faiz, oran bakımından adi işlerdekinden farklıdır. Ticari işlerde daha yüksek oranda temerrüt faizi istenebilir⁵⁵. Para borçlarında temerrüde düşen borçludan talep edilecek faiz, sözleşmede aksine hüküm olmadıkça yıllık yüzde dokuz oranı üzerinden hesaplanır. Ticari işlerde ise temerrüt faizi, bundan daha yüksek olan T.C. Merkez Bankası'nın kısa vadeli avanslar için uyguladığı faiz oranı üzerinden de istenebilir⁵⁶.

Objektif bir görüşle, yani piyasada hâkim olan kanaate göre, işlem, fiil veya işin işletme ile irtibatı mevcut sayılıyorsa bunlar ticari vasıf alırlar⁵⁷.

Yargıtay ticari sayılan işlemler hakkında aşağıda yazılan örnekleri vermektedir:

1. Eczane olarak kullanılmak amacıyla yer kiralanması⁵⁸,
2. Ticari işletmede çalışan işçilerle hizmet sözleşmesi yapılması⁵⁹,
3. Sinemanın badana ettirilmesi⁶⁰.

52 Aynı görüşte Bahtiyar, a.g.e., s. 51-52; Poroy/Yasaman, a.g.e., s. 68; Berzek, a.g.e., s. 24; Arslanlı, a.g.e., s. 22; Ülgen, a.g.e., s. 60.

53 Berzek, a.g.e., s. 24.

54 Ticari alanda, kredi verenin daha fazla korunabilmesi için teselsül karinesi kabul edilmiş olmaktadır. Aynı şekilde ticari borca kefalet durumunda da bu kefaletin kural olarak müteselsil kefalet sayılacağı TTK. md. 7/f. 2'de kabul edilmiştir (Arkan, a.g.e., s. 63); Y. 11. HD. 25.09.1985, E. 83/3529, K. 85/4796 (Poroy/Yasaman, Ticari İşletme, s. 79'dan naklen).

55 Bahtiyar, Mehmet, Ticari İşletme Hukuku, 14. Baskı, Beta, İstanbul, 2013, s. 51.

56 Arkan, a.g.e., s. 63.

57 Arslanlı, a.g.e., s. 22.

58 Y. 13. HD. 27.11.1978, E. 4863, K. 5001 (Arkan, a.g.e., s. 65; ayrıca bkz. Çeker, a.g.e., s. 45'ten naklen); Y. 12. HD. 14.06.2005, E. 10853, K. 15140 (Eriş, Gönen, Açıklamalı İçtihatlı Türk Ticaret Kanunu, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2010, s. 897'den naklen).

59 Y. HGK. 15.10.1997, E. 9-486, K. 822 (Arkan, a.g.e., s. 65'ten naklen).

60 T. D. 08.11.1968, E. 1320, K. 5879 (Arkan, a.g.e., s. 65'ten naklen).

Netice itibariyle sübjektif sistemde, nasıl bir tacirin ticari faaliyetinde icra ettiği işler ticari olarak kabul ediliyorsa, burada da bir ticari işletme çevresi içindeki faaliyetler ticari iş sayılmıştır⁶¹.

IV. TİCARİ İŞ KARİNESİ

TTK. md. 19'a göre iki karine kabul edilmiştir. Buna göre bir tacirin borçlarının ticari olması asıldır (TTK. md. 19/1). Anılan karine tüzel kişiler için mutlak bir karinedir⁶² (TTK. md. 19/1, c. 2). Gerçek kişi tacirin işlemi yaptığı anda bunun ticari işletmesiyle ilgili olmadığını diğer tarafa açıkça bildirmesi durumunda borç adi sayılır. Gerçek kişi tacirin yaptığı işin ticari sayılmasına durum elverişli olmadığı takdirde de borç yine adi sayılır⁶³. Netice itibariyle tacirin yaptığı her türlü işin ticari iş sayılması, "ticaret karinesi" veya "ticari iş karinesi" olarak ifade edilir⁶⁴.

TTK. sübjektif sistemden esinlenerek, bir tacirin borçlarının ticari olduğu esasını da kabul etmiştir⁶⁵. Burada yer alan borcu düşüncemize göre para borcu olarak değil, fakat daha geniş anlamda, edim olarak ele almak gerekir⁶⁶.

Ticari iş karinesine göre tacirin yaptığı tüm işlemlerin ticari işletmesiyle ilgili olduğu varsayımı geçerli olacaktır⁶⁷. Tüzel kişi tacirler bakımından aksi ispatlanamaz bir karine ortaya konulmuştur. Kanun ticaret şirketinin kurulması ile ticari bir işletmenin de doğduğu varsayımından hareket etmiştir. Hukuken ve ekonomik olarak bir ticari işletme mevcut olmasa dahi işletme varsayılır⁶⁸. Nitekim Yargıtay, tüzel kişi tacirlerin tüm işlemlerinin ticari olmasından hareketle, bir limited ortaklığın, kendi işlerinde kullanmak

61 Poroy/Yasaman, a.g.e., s. 67; Arslanlı, a.g.e., s. 25.

62 Karayalçın, a.g.e., s. 145; Kayar, Ticaret Hukuku, s. 91.

63 Ayhan, a.g.e., s. 65; Çeker, a.g.e., s. 46; Ülgen, vd., Ticari İşletme, s. 65.

64 Çeker, a.g.e., s. 45.

65 Bilindiği üzere sübjektif sistemde ticari işler tacirin faaliyeti olarak gözlenmektedir (Ülgen, vd., a.g.e., s. 60).

66 Aynı görüşte Poroy/Yasaman, a.g.e., s. 68.

67 Bilgili/Demirkapı, a.g.e., s. 53.

68 Arslanlı, a.g.e., s. 26.

üzere araç satın almasının tüketici sözleşmesi olarak nitelenemeyeceğine karar vermiştir⁶⁹.

Tüzel kişi tacirlerin aksine gerçek kişi tacirlere ticari olmayan bir alan bırakılmıştır. Dolayısıyla gerçek kişi tacirlere adi saha tanınmıştır⁷⁰. İstisnai nitelik taşıyan bu durumun kanaatimizce dar yorumlanması gerekir⁷¹. Gerçek kişi tacirin özel alanına bırakılan ve ticari iş sayılmayan diğer işlemleri yaparken karşı tarafa işin ticari işletmesiyle ilgili olmadığını bildirmesine dahi gerek yoktur⁷².

Her iki tarafın da tacir olduğu haksız fiillerden dolayı oluşabilecek tazminat taleplerine ilişkin ticari faiz oranları uygulanmalıdır. Yargıtay'ın da bu konuda yerleşmiş içtihatları vardır⁷³. Haksız fiil her iki tarafın da ticari işletmesinden doğmuşsa avans faizi uygulanır⁷⁴. Ancak Yargıtay'ın verdiği üç karar dikkat çekicidir. Yargıtay verdiği üç kararda da bir tarafın tacir olmasıyla yetinmiştir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 03.04.2002 tarih ve 2002/4-174 esas, 2002/259 karar sayılı kararında haksız fiilin ticari işletme ile ilgili olarak meydana gelmesi durumunda, bundan doğan borcun ticari nitelikte olacağını belirtmiş ve haksız fiil tacir tarafından ticari işletmesiyle ilgili olarak meydana getirilmiş ise bu eylemden zarar gören tacir olmasa bile, Ticaret Kanunu madde 3 uyarınca tacirden reeskont/avans oranında

⁶⁹ Tüzel kişi tacirlerin adi sahasının olmadığını dikkate alan Yargıtay, limited ortaklık tarafından ortaklık işlerinde kullanılmak üzere araç satın alınması durumunda, sözleşmenin bir tüketici sözleşmesi olarak nitelendirilemeyeceğini, bir ticari işin söz konusu olduğunu içtihat etmiştir [Y. 20. HD. T. 28.11.2002, E. 2002/8260, K. 2002/9761 (Poroy, Reha/Yasaman, Hamdi, Ticari İşletme Hukuku, 14. Baskı, Vedat Kitabevi, İstanbul, 2012, (Ticari İşletme), s. 76'dan naklen)].

⁷⁰ Arslanlı, a.g.e., s. 25; Ülgen, vd., Ticari İşletme, s. 65.

⁷¹ Aynı görüşte Bilgili/Demirkapı, a.g.e., s. 53; Kayar, İsmail, Ticari İşletme Hukuku, 5. Baskı, Detay Yayıncılık, Ankara, 2006, s. 76.

⁷² Bilgili/Demirkapı, a.g.e., s. 53.

⁷³ Y. 11. HD. T. 01.12.2003, E. 2003/4584, K. 2003/11514; Y. 11.HD. T. 08.11.2004, E. 2004/1846, K. 2004/10985; Y. 11. HD. T. 06.07.2004, E. 2003/13454, K. 2004/7558; Y. 11. HD. T. 27.01.2003, E. 2002/8158, K. 2003/706 (Kayıhan/Yasan, a.g.e., s. 74-75'ten naklen).

⁷⁴ Tüm haksız fiiller ticari iş sayılmaz. Ancak, Türk Ticaret Kanunu'nda düzenlenen haksız fiiller ile her iki tarafın ticari işletmeleriyle ilgili haksız eylemler ticari iş sayılabilir [Y. 11. HD. T. 10.11.1994, E. 994/2242, K. 994/1994; Y. 11. HD. T. 9.5.1994, E. 994/84, K. 994/4050; Y. 3. HD. T. 17.6.1999, E. 99/5578, K. 99/6331 (Poroy/Yasaman, Ticari İşletme, s. 91'den naklen)].

temerrüt faizinin istenebileceğini hükme bağlamıştır⁷⁵. Yargıtay bir kararında, ticari amaçla yolcu taşıyan bir tacire ait otobüsün kaza yapmasından dolayı zarara uğrayan yolcunun ticari işlerde uygulanan temerrüt faizini talep edebileceğine karar vermiştir⁷⁶. Yine Yüce Mahkeme, bir kararında yolcu taşıma sözleşmesinden kaynaklanan bir davada davalı İETT'yi tacir kabul etmiş ve davaya konu alacağı ticari alacak niteliğinde değerlendirmiştir. Sonuç olarak, davacı lehine avans faizine hükmedilmesine karar vermiştir⁷⁷. Biz de Yargıtay'ın üç kararının isabetli olduğunu düşünmekteyiz. Bir tacirin aracının tacir olmayan kişiye ticari faaliyet sırasında çarpması sonucunda ortaya çıkan haksız fiil, bize göre de, ticari iştir. Yargıtay'ın anılan üç olayda ticari işi yayması görüşümüze göre isabetli olmuştur.

Yargıtay, bir tacirin aracının tacir olmayan kişiye ticari faaliyet esnasında değilken çarpması sonucunu ise farklı değerlendirmiştir. Yargıtay; haksız fiilden kaynaklanan ilişkiye 6762 s. TTK. md. 21/f. 2'nin (6102 s. K. md. 19/f. 2) uygulanamayacağına, Ticaret Kanunu'nun bu ticari karinenin genişletici yoruma tâbi tutulmasına özen gösterilmesini istediğine, 6762 sayılı Kanun madde 21/f. 2'nin (6102 s. K. md. 19/f. 2) uygulanabilmesi için aranan ön koşulun taraflar arasındaki ilişkinin bir sözleşmeden kaynaklanması gerektiğine, avans faizi talep edilemeyeceğine, BK. md. 122'de yer alan koşullar gerçekleştiyse munzam zarar istenebileceğine hükmetmiştir⁷⁸.

Yargıtay'a göre tüzel kişi tacirin barınma, ısınma, gıda, giyinme ve aile gibi özel insani ihtiyaçları olmadığı için bunların, gerçek kişiler gibi adi borç ilişkileri alanı olmadığı kabul edilmelidir⁷⁹. Yüce Mahkeme'ye göre manifatura ticareti ile uğraşan kişinin evi için buzdolabı satın alması ticari iş

⁷⁵ Poroy/Yasaman, Ticari İşletme, s. 91'den naklen.

⁷⁶ Y. 11. HD. T. 3.10.2002, E. 2002/5241, K. 2002/8511 (Poroy/Yasaman, Ticari İşletme, s. 91'den naklen).

⁷⁷ Y. 11. HD. T. 11.4.2011, E. 2010/8502, K. 2011/4146 (Poroy/Yasaman, Ticari İşletme, s. 91'den naklen).

⁷⁸ Y. HGK. T. 17.2.1999, E. 99/19-73, K. 99 /106 (Poroy/Yasaman, Ticari İşletme, s. 91'den naklen).

⁷⁹ Y. HGK. T. 11.10.2006, E. 2006/19-684/647 (Karahana, a.g.e., s. 47'den naklen).

niteliğinde değildir⁸⁰. Bir ticaret şirketinin, şirket personeli için lojman olarak kullanılmak üzere taşınmaz kiralaması da ticari iştir⁸¹.

Bir pastane sahibinin un fabrikasından çok miktarda un alması veya bir kasabın işyeri tipi bir buzdolabı alması işin ticari olduğuna işaretler. Buna karşılık, kasabın ayakkabı, ev tipi buzdolabı alması veya evinde kullanacağını belirterek buzdolabı alması durumunda ticari iş karinesi geçerli olmaz⁸².

Bu noktada, doktrinde ileri sürülen eleştirilere de yer verilmesinin gerektiği kanaatindeyiz. Arkan, esas itibarıyla ticari işletme esasına dayanılarak hazırlanan bir kanunda, tacirlerin borçlarında değil, ticari işletmenin borçlarında asli niteliğin ticari olduğundan söz edilmesi görüşünü savunmaktadır. Kayar da taciri esas almak suretiyle ticari işlerin belirlenmesini, eleştirilmesi gereken bir husus olarak görmektedir⁸³. Netice olarak, TTK. md. 19/1’de yer alan “Bir tacirin borçlarının ticari olması asıldır.” hükmünü Arkan, ticari işletme sistemine aykırı ve gereksiz görmektedir⁸⁴. Poroy ve Yasaman da ticari iş karinesi kapsamında “ticari işletme” yerine “tacir” sıfatının bu konuda ele alınmasını eleştirmektedir. Poroy ve Yasaman’a göre ticari işletme işleten kamu tüzel kişilerinin borçlarının ticari olması gerekmektedir⁸⁵. Ülgen ise, farklı bir görüş ileri sürmektedir⁸⁶: “TTK. ticari işletme esasını üzerine kurgulanmış değildir. Ticaret hukukunun temelinde ticari işler/faaliyetler yatmaktadır. TTK.’nın esasını olarak ticari iş kabul edilince, bir grup ticari işin belirlenmesinde ‘tacir’den hareket edilmesi isabetlidir.” Biz de, ticari işlerin belirlenmesinde tacir kavramından hareket edilmesini isabetli bulmaktayız.

Amaçlarına ulaşmak için ticari işletme işleten kamu yararına olmayan derneklerin de hukuki durumuna değinilmesi gerekir. Anılan dernekler tüzel

80 T.D. 24.01.1961, E. 1960/2638, K. 1961/238 (Arkan, a.g.e., s. 66’dan naklen).

81 Arkan, a.g.e., s. 66.

82 Önder, Fahrettin/Topçuoğlu, Metin/Saraç, Tahir, Ticaret Hukuku Bilgisi, Fakülte Kitabevi, Isparta, 2007, s. 14.

83 Kayar, a.g.e., s. 76.

84 Arkan, a.g.e., s. 65.

85 Poroy/Yasaman, a.g.e., s. 69.

86 Ülgen, vd., Ticari İşletme, s. 65.

kişi tacir oldukları hâlde, ticari işletmeleriyle ilgili olarak yaptıkları iş ve işlemler dışında, asıl amaçlarını gerçekleştirmek için ticari nitelikte olmayan birçok iş ve işlem yaparlar. Anılan işlemler ticari değildir⁸⁷.

V. BİR TARAF İÇİN TİCARİ İŞ NİTELİĞİNE HÂİZ OLAN SÖZLEŞMELER

TTK. md. 19/f.2'ye göre, taraflardan sadece biri için ticari iş niteliğinde olan sözleşmeler, Türk Ticaret Kanunu'nda aksine hüküm bulunmadığı sürece, diğer taraf için de ticari iş sayılır⁸⁸. Taraflar arasındaki ilişki sözleşmeden kaynaklanmıyorsa, aksine haksız fiil veya sebepsiz zenginleşmeden kaynaklanıyorsa, TTK. md. 19/2 hükmü uygulanmaz⁸⁹. Yargıtay'ın da görüşü bu yöndedir⁹⁰. TTK. md. 19/f. 2'nin uygulanabilmesi için gereken ön şart, taraflar arasındaki borç ilişkisinin bir sözleşme kaynaklı olması gereğidir⁹¹.

Bir taraf için ticari sayılan bir işlemin diğer taraf için de ticari sayılması, sadece sözleşmeler bakımından geçerlidir. Ayrıca Kanunda aksine hüküm bulunmaması gerekir. Her iki taraf için de ticari iş sayılan bu sözleşmede her iki tarafın da borçları için ticari hükümler uygulama alanı bulacaktır⁹². Burada kanun koyucu, kanunun uygulanmasını kolaylaştırmak için “yapma bir ticari iş” yaratmıştır. Yoksa aslında böyle bir ticari iş yoktur ve böyle bir çözüm tacir olmayan kişiler aleyhine sonuçlar doğurmaktadır⁹³. Arslanlı bu durumu adaletli bulmamaktadır. Yazara göre kanunun ticari bir iş icabı koyduğu hükümler ticari işletmenin birlikte getirdiği muamelelere uygulanmalı, diğer tarafın borcuna teşmil edilmemelidir⁹⁴. Biz de aynı gerekçelerle yazara katılmaktayız.

87 İmregün, a.g.e., s. 19.

88 Alman Ticaret Kanunu md. 345 de aynı hükmü içermektedir.

89 Ayhan, a.g.e., s. 66; Ülgen, vd., Ticari İşletme, s. 66.

90 Y. 11. HD. 07.12.1992, 4793 /11215; Y. 11. HD. 15.02.1991, 838/948; TD. 08.01.1965, 4922/11 (Berzek, a.g.e., s. 25'ten naklen).

91 Kayıhan/Yasan, a.g.e., s. 74.

92 Bilgili/Demirkapı, a.g.e., 54; Karayalçın, a.g.e., s. 145; ayrıca bkz. Arslanlı, a.g.e., s. 25-26.

93 Mimaroglu, a.g.e., s. 123; Ülgen, vd., Ticari İşletme, s. 65.

94 Arslanlı, a.g.e., s. 24.

Bir işlemin taraflarından sadece biri için ticari iş niteliğinde olan sözleşmeler, kanunda aksine hüküm bulunmadıkça, diğer taraf için de ticari iş sayılır (TTK. md. 19/2). Taraflar arasındaki ilişki bir haksız fiilden ya da sebepsiz zenginleşmeden doğuyorsa anılan hükmün uygulanması mümkün değildir⁹⁵. Bu hüküm bir “ticari iş yayma kriteri” getirmektedir. Taraflardan biri için söz konusu olan ticari iş niteliği diğer tarafa da yayılmaktadır. Yaymanın söz konusu olabilmesi için, taraflar arasında mutlaka bir sözleşmenin bulunması⁹⁶ ve aksine de kanun hükmü bulunmaması⁹⁷ ifade edilerek hükmün nispi karakteri ortaya konulmuştur⁹⁸. Bu sözleşmeden doğan davalar kanunda aksine hüküm bulunması nedeniyle ticari dava olarak değerlendirilemeyecektir (TTK. md. 4).

Arkan, TTK. md. 19/2 hükmüne örnek olarak bir tacir ile memur arasında yapılan satış sözleşmesinin memur olan tarafı için de ticari nitelikte olmasını göstermektedir. Yargıtay, ise sebze üreticisi ile sebze komisyoncusu tacir arasındaki sözleşmenin de her iki taraf için ticari nitelik arz ettiğini belirtmektedir⁹⁹. Arkan, TTK. md. 19/2’de yer alan hükmü tacir olmayan kişilerin aleyhine olarak görmektedir. Biz de bu hususta Arkan’a katılmaktayız.

Memur, işçi, öğrenci ve ev hanımı gibi ticaretle uğraşmayan kişilerin yaptıkları sözleşmeler de, karşı tarafın tacir olması koşuluyla ticari hükümlere tâbi olacaktır¹⁰⁰.

Bir sözleşme, bir taraf için ticari iş niteliğindeyse o sözleşmeden diğer taraf için doğan edimlere de ticari hükümler uygulanır¹⁰¹. Sözleşme, TTK.’da düzenlenmiş olmamakla beraber, bir tarafın işletmesi ile ilgili ise ticari iş niteliğini kazanır ve karşı tarafın edimlerine de ticari hükümlerin uygulanması sonucu doğar¹⁰².

95 Ülgen, vd., a.g.e., s. 61.

96 Arkan, a.g.e., s. 67.

97 Çeker, a.g.e., s.46.

98 Karahan, a.g.e., s. 48.

99 Y. 11. HD. 15.02.1991, E. 883, K. 948 (Arkan, a.g.e., s. 66’dan naklen).

100 Çeker, a.g.e., s. 46.

101 Poroy/Yasaman, a.g.e., s. 69.

102 Poroy/Yasaman, a.g.e., s. 69.

VI. SONUÇ

Çalışmamızda aşağıda yer alan sonuçlara ulaşılması mümkündür:

1. Özel hukukun ikiliği ilkesi gereği ticari iş ve adi iş ayrımı yapılmaktadır. Ticari hüküm ile adi hüküm farklılaşması bu ayrımın sonucudur. Ticari işlerin adi işlerden kesin şekilde ayırt edilmesinde kanaatimizce zorunluluk vardır.

2. Bir işin ticari veya adi iş olduğu tespit edilirken 6102 sayılı Kanun md. 3 ve md. 19 birlikte değerlendirilir.

3. Ticari iş kavramı bilinirse; ticaret hukukunun kapsamı belirlenir ve uygulanacak hukuk kuralları bilinir.

4. Ticari iş – adi iş ayrımının doğurduğu sonuç, adi işe uygulanan hükümlerin ticari işe uygulanan hükümlerden farklı olmasında kendisini göstermektedir. Ticari işe esas itibarıyla ticari hükümler, ticari hüküm yoksa ticari örf ve âdet, ticari örf ve âdet de yoksa genel hükümler uygulanır.

5. Bir işin ticari iş olarak kabul edilmesi için dört ayrı kritere yer verilmiştir. Ticaret Kanunu'nda düzenlenmiş işler ticaridir. Bir ticari işletmeyi ilgilendiren işlem ve fiiller ticaridir. Tacirin borçları ticaridir. Bir taraf için ticari sayılan sözleşmeler diğer taraf için de ticaridir.

6. Kanun koyucu, Türk Ticaret Kanunu'nda öngörülmuş işleri, hukuki yapıları itibarıyla ister ticari iş niteliğinde olsun ister olmasın, sadece Türk Ticaret Kanunu'nda düzenlendiği için ticari iş olarak kabul etmiştir. İşin ticari işletmeyle ilgili olup olmaması yahut tacir sıfatının bulunup bulunmaması önem taşımaz. Bu tür işlere mutlak ticari iş denilmektedir.

7. TTK.'nın “ticari işletmeyi ilgilendiren işlem” ifadesinden “ticari işletmeyi ilgilendiren hukuki işlem” anlaşılmaktadır. Bir hukuki işlem TTK.'da düzenlenmemekle birlikte, ticari işletme ile ilgili ise ticari iş olarak kabul edilmektedir.

8. Ticari işletmeyi ilgilendiren bir işin ticari iş sayılması için bu işlem veya fiilin TTK.'da veya başka kanunlarda düzenlenmesi arasında fark yoktur. Somut ilişkide işin ticari işletmeyle ilgili olması yeterlidir.

9. Bir ticari işletmeyi ilgilendiren tüm işlem ve fiiller ticari işlerdir. Burada tam bir açıklık ve uygulama kolaylığı elde edilmek amacıyla hareket edilmiştir. “İlgilendiren” kavramını kanaatimizce, geniş anlamda anlamak gerekir. Yani sadece ticari işletmenin faaliyeti ile doğrudan ilgili işleri değil, bunlara hazırlık mahiyetinde olan işleri ya da icrasını kolaylaştırmak amacıyla yapılan işlemleri ve ticari teamüle göre dolaylı olarak da olsa ticari

işletmeyle ilgili olan işleri de ticari saymak gerekir. Sübjektif sistemde, nasıl bir tacirin ticari faaliyetinde icra ettiği işler ticari olarak kabul ediliyorsa burada da bir ticari işletme çevresi içindeki faaliyetler ticari iş sayılmıştır.

10. TTK. md. 19'a göre iki karine kabul edilmiştir. Buna göre bir tacirin borçlarının ticari olması asıldır (TTK. md. 19/1). Anılan karine tüzel kişiler için mutlak bir karinedir (TTK. md. 19/1, c. 2). Gerçek kişi tacirin işlemi yaptığı anda bunun ticari işletmesiyle ilgili olmadığını diğer tarafa açıkça bildirmesi durumunda borç adi sayılır. Gerçek kişi tacirin yaptığı işin ticari sayılmasına durum elverişli olmadığı takdirde de borç yine adi sayılır. Tüzel kişi tacirlerin aksine gerçek kişi tacirlere ticari olmayan bir alan bırakılmıştır. Dolayısıyla gerçek kişi tacirlere adi saha tanınmıştır.

11. TTK. md. 19/1'de yer alan "Bir tacirin borçlarının ticari olması asıldır." hükmü doktrinde ticari işletme sistemine aykırı ve gereksiz görülmektedir. Yine doktrinde ticari iş karinesi kapsamında "ticari işletme" yerine "tacir" sıfatının bu konuda ele alınması eleştirilmektedir. Biz, anılan eleştirilere katılmamakta ve tacir sıfatının bu konuda ele alınmasını yeterli görmekteyiz.

12. Bir taraf için ticari sayılan bir işlemin diğer taraf için de ticari sayılması, sadece sözleşmeler bakımından geçerlidir. Ayrıca Kanunda aksine hüküm bulunmaması gerekir. Her iki taraf için de ticari iş sayılan bu sözleşmede her iki tarafın da borçları için ticari hükümler uygulama alanı bulacaktır. Burada kanun koyucu, kanunun uygulanmasını kolaylaştırmak için "yapma bir ticari iş" yaratmıştır.

KAYNAKÇA

- Arkan, Sabih, Ticari İşletme Hukuku, 15. Baskı, BTHAE., Ankara, 2011.
- Arsılanlı, Halil, Kara Ticareti Hukuku Dersleri Umumi Hükümler, Fakülteler Matbaası, 3. Baskı, İstanbul, 1960.
- Aslan, Yılmaz/Şenyüz, Doğan, İşletme Hukuku, 4. Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, 2012.
- Ayhan, Rıza/Özdamar, Mehmet/Çağlar, Hayrettin, Ticari İşletme Hukuku Genel Esaslar, 7. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014.
- Ayhan, Rıza, Ticari İşletme Hukuku, 2. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2007.
- Battal, Ahmet, Ticari İşletme Hukuku, 1. Baskı, Gazi Kitabevi, Ankara, 2005.
- Berzek, Ayşe Nur, Ticaret Hukukunun Genel İlkeleri, 10. Baskı, Beta, İstanbul, 2013.
- Bilgili, Fatih/Demirkapı, Ertan, Ticari İşletme Hukuku, 4. Baskı, Dora Yayıncılık, Bursa, 2013.
- Bozer, Ali/Göle, Celal, Ticari İşletme Hukuku, 2. Baskı, BTHAE., Ankara, 2011.
- Çeker, Mustafa, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Ticaret Hukuku, 7. Baskı, Karahan Kitabevi, Adana, 2013.
- Çelik, AYTEKİN, Yeni Türk Ticaret Kanunu'na Göre Ticaret Hukuku, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2013.
- Deryal, Yahya, Ticaret Hukuku Bilgisi, 2. Baskı, Derya Kitabevi, Trabzon, 2006.
- Domaniç, Hayri, Ticaret Hukukunun Genel Esasları, Dördüncü Baskı, Temel Yayın-Dağıtım, İstanbul, 1988.
- Edgü, Ekrem, Ticaret Hukuku, 2. Baskı, Sevinç Matbaası, Ankara, 1967.
- Eriş, Gönen, Açıklamalı İçtihatlı Türk Ticaret Kanunu, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2010.
- İmregün, Oğuz, Kara Ticareti Hukuku Dersleri, 11. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1996.

- Karahan, Sami, Ticari İşletme Hukuku, 22. Baskı, Mimoza Yayıncılık, Konya, 2011.
- Karayağın, Yaşar, Ticaret Hukuku I. Giriş-Ticari İşletme, Üçüncü Baskı, BTHAE., Ankara, 1968.
- Kayar, İsmail, Ticari İşletme Hukuku, 5. Baskı, Detay Yayıncılık, Ankara, 2006.
- Kayar, İsmail, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Ticaret Hukuku, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2015, (Kayar, Ticaret Hukuku).
- Kayıhan, Şaban/Yasan, Mustafa, 6335 Sayılı Kanun ile Değişik Yeni Türk Ticaret Kanunu'na Göre Ticari İşletme Hukuku, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2013.
- Mimaroğlu, Sait Kemal, Ticaret Hukuku Birinci Cilt: İşletme Hukuku, 3. Baskı, Ankara, 1978.
- Önder, Fahrettin/Topçuoğlu, Metin/Saraç, Tahir, Ticaret Hukuku Bilgisi, Fakülte Kitabevi, Isparta, 2007.
- Poroy, Reha/Yasaman, Hamdi, Ticari İşletme Hukuku, 11. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2006.
- Poroy, Reha/Yasaman, Hamdi, Ticari İşletme Hukuku, 14. Baskı, Vedat Kitabevi, İstanbul, 2012, (Poroy/Yasaman, Ticari İşletme).
- Ülgen, Hüseyin/Teoman, Ömer/Helvacı, Mehmet/Kendigelen, Abuzer/Kaya, Arslan/Ertan, Füsün Nomer, Ticari İşletme Hukuku, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2006.
- Ülgen, Hüseyin/Helvacı, Mehmet/ Kendigelen, Abuzer/ Kaya, Arslan/ Ertan, Füsün Nomer, Ticari İşletme Hukuku, 4. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015, (Ülgen, vd., Ticari İşletme).

TMK M. 173/2 VE 3'DE YER ALAN HUSUSLARIN ÇEKİŞMESİZ YARGI İŞİ OLUP OLMADIĞININ DEĞERLENDİRİLMESİ

*Arş. Gör. Önder TOPAL**

ÖZET

Çekişmesiz yargı işleri sistematik bir şekilde Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 382 vd.'da düzenlenmiştir. Hangi işlerin çekişmesiz yargı işi kapsamında değerlendirileceği konusunda HMK bazı düzenlemelere yer vermiştir. Buna göre, tartışmasız çekişmesiz yargı işi olarak kabul edilen haller sayma yöntemi kullanılarak belirtilmiş ve bunların dışında kalan hallerin ise çekişmesiz yargı işi sayılıp sayılmayacağı hususunda bazı kriterler getirilmiştir.

TMK m. 173/2 ve 3'de yer alan hususlar, bir başka deyişle, kadının boşanmış olduğu kocasının soyadını kullanabilmesi için mahkemeden izin istemesi (TMK m. 173/2) ile mahkemece izin verilmesi halinde kocanın, şartların değişmesi halinde bu iznin kaldırılmasını talep etmesi (TMK m. 173/3), HMK m. 382/2'de açıkça çekişmesiz yargı işi olarak sayılmamıştır. Fakat HMK m. 382/1'de yer verilen kriterler (uyuşmazlığın bulunmaması, ileri sürülebilecek herhangi bir hakkın bulunmaması-subjektif hak yokluğu-, hakim in resen harekete geçtiği haller) çerçevesinde TMK m. 173/2 ve 3'ün çekişmesiz yargı işi olarak kabul edilip edilemeyeceğini incelenmesi gerekmektedir.

Bu yüzden çalışmamızda TMK m. 173/2 ve 3'ü sadece HMK m. 382/1'de yer verilen kriterler açısından inceledik. Yargıtay kararlarını da değerlendirerek TMK m. 173/2 ve 3'de çekişmesiz yargı işi olarak kabul ettiğimiz hususlar açısından genel olarak görevli ve yetkili mahkeme/mahkemelerin hangileri olabileceğine, yargılama usulüne (maddi-şekli anlamda ilgili, kanun yolları, deliller, feragat, sulh, kabul, tarafların davet edilmesi ve dinlenmesi) yer verdik.

* Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra-İflas Hukuku Anabilim Dalı.

Anahtar Kelimeler: Çekişmeli yargı, Çekişmesiz yargı, İlgili, İş, Taraf, Dava, TMK m. 173/2, TMK m. 173/3, Soyadı.

ABSTRACT

Non-contentious jurisdiction is arranged systematically Turkish Civil Procedure Code(CPC) art. 382 etc. The subject that controversy are considered scope of non-contentious jurisdiction is given place to some arrangements in CPC. . According to this, situations considered of non-contentious jurisdiction are signed by using counting method and ,except for these situations, some measures are regulated whether they include non-contentious jurisdiction or not.

Turkish Civil Code(TCC) art. 173/2 “... that woman requests permission for owning to husband’s surname ” and TCC art. 173/3 “,in the event that Court gives allow and in case of changing conditions, that man demands to abolishing this permission” are not considered as subject of non-contentious jurisdiction in CPC art382/2. However, within the framework of the criteria in CPC art382/1(non-conflict, absence of any adducible right, absence of subjective right, on the court’s own motion), it need that TCC art.173/2 and 173/3 are searched about whether they include to non-contentious jurisdiction.

Therefore, in this article is examined only in terms of TCC art.173/2, 173/3 and CPC art382/2. By considering Supreme Court’s Decisions and in terms of matters accepting as non-contentious jurisdiction in TCC art.173/2, 173/3, in this article given place to competent and authorized courts and their adjudicatory procedures (concerned, legal remedy, evidence, withdraw, compromise, accept, to invite and hear the parties).

Key Words: Adversarial Proceedings, Non-contentious Jurisdiction, Concerned, İş, Party, Case, TCC art.173/2, TCC art. 173/3, Surname.

GİRİŞ

Çekişmesiz yargı işleri hukukumuzda önemli bir yere sahiptir. Çekişmesiz yargı işleri hakkında yıllardır süren tartışma, çekişmesiz yargı işlerinin ayrı bir kanunla düzenlenip düzenlenmemesiydi. Son yıllarda yapılan kanun değişikliklerinden çekişmesiz yargı işlerini de payını aldı. Fakat söz konusu işlere ayrı bir kanunda değil Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda bir bölüm yer verilmiştir. HMK m. 382 vd. çekişmesiz yargı

işleri düzenlenmiştir. Yapılan düzenlemeye bakıldığında kanun koyucu, çekişmesiz yargı işi olduğu tartışmasız bir şekilde kabul edilen halleri sayarak bunların dışında kalan hususların çekişmesiz yargı işi olup olmadığının tespit edilebilmesi için bazı ölçütler belirlemiştir.

Çalışmamızın konusunu oluşturan TMK m. 173/2 ve 3'ün çekişmesiz yargı işi olup olmadığının tespit edilmesi için çekişmesiz yargıya ilişkin HMK hükümleri çerçevesinde bir değerlendirme yapmaya çalışacağız. TMK m. 173/2 ve 3 aile hukukuna ilişkin hükümlerdir. Aile hukukuna ilişkin çekişmesiz yargı işlerinin sayıldığı HMK m. 382/2-b'ye bakıldığında TMK m. 173/2 ve 3'e yer verilmediği görülmektedir. Ancak söz konusu hükümlerin HMK m. 382/2-b'de yer almaması çekişmesiz yargı işi olarak kabul edilmeyeceği anlamına gelmemektedir. Zira HMK m. 382/2-b'de ifade edilen hususlar tahdidi değil örnek kabilindedir. Bu nedenle TMK m. 173/2 ve 3'ün çekişmesiz yargı işi olarak değerlendirilip değerlendirilmeyeceğini HMK m. 382/1'de yer verilen ölçütler çerçevesinde tespit etmeye çalışacağız. TMK m. 173/2 ve 3 bu ölçütlerden yalnız birine dahil olabileceği gibi bir kaçına da dahil olabilir.

Bu açıklamalar ışığında çalışmamızda öncelikli olarak çekişmesiz yargı işi kavramı ve çekişmesiz yargının çekişmesiz yargıdan farklarına genel olarak yer verilecektir. Daha sonra HMK m. 382/1'de yer verilen ve çekişmesiz yargı işlerinde tespitinde kullanılan ölçütler anlatılacaktır. Bu genel anlatımlardan sonra öncelikli olarak TMK m. 173/2'de kadının boşanmış olduğu kocasının soyadını taşımak istemesi halinde mahkemeye yapacağı başvurunun HMK m. 382/1'de yer verilen ölçütler çerçevesinde çekişmesiz yargı işi olup olmadığı, çekişmesiz yargı işi ise hangi ölçütler açısından çekişmesiz yargı işi olduğu anlatılmaya çalışılacaktır. Ayrıca söz konusu durumda kocanın itirazının çekişmesiz yargı işi olarak kabul edilen hususu çekişmeli hale getirip getirmeyeceği üzerinde durulacaktır. Daha sonra TMK m. 173/3'ün çekişmesiz yargı işi olup olmadığı ayrı bir başlık altında kısaca değerlendirmeye tabi tutulacaktır.

Daha sonra çalışmamızda, TMK m. 173/2 ve 3'de çekişmesiz yargı işi olarak tespit edilen hususlar hakkında görevli ve yetkili mahkeme/mahkemelere ve çekişmesiz yargı işlerine ilişkin yargılama usulüne yer verilecektir.

TMK M. 173/2 ve 3'ÜN 6100 SAYILI HMK ÇERÇEVESİNDE ÇEKİŞMESİZ YARGI İŞİ OLUP OLMADIĞININ DEĞERLENDİRİLMESİ

1. Genel Olarak Çekişmesiz Yargı Kavramı Ve Çekişmeli Yargıdan Farkı

Çekişmesiz yargı, medeni yargılamanın; medeni yargılama da adli yargı içerisinde yer almaktadır. Bir başka deyişle, adli yargı çeşidi içerisinde yer alan medeni yargılama çekişmeli ve çekişmesiz yargı olarak ikiye ayrılmaktadır. Çekişmesiz yargının genel çerçevede tam olarak ortaya konulabilmesi ve sınırların tespit edilebilmesi için öncelikli olarak çekişmeli yargı kavramının net bir şekilde ortaya konulması gerekmektedir.

Çekişmeli yargı ile anlatılmak istenen, aralarında hukuki uyumsuzluk bulunan taraflardan birinin, bir başka deyişle, sübjektif hakkı ihlal edilen veya ihlal edilme tehlikesi bulunan tarafın, bağımsız ve tarafsız mahkemeye başvurması ile birlikte söz konusu uyumsuzluğun, mahkemece yargılama kurallarına uygun olarak ve objektif hukuka göre kesin bir şekilde karara bağlanması faaliyetidir¹. Çekişmeli yargıda daima iki taraf mevcuttur. Bir başka deyişle, çekişmeli yargıda, sübjektif hakkı ihlal edilen veya ihlal edilme tehlikesi bulunan ve mahkemeden hukuki koruma talep eden davacı ve kendisine karşı hukuki koruma talep edilen davalı olmak üzere iki taraf mevcuttur². Söz konusu taraflar arasında bir uyumsuzluk ve menfaat çatışması olduğu için sorun (hukuki uyumsuzluk) mahkeme önüne dava olarak gelir. Dava, davacı ve davalı kavramları sadece çekişmeli yargıya özgü kavramlardır. Çekişmeli yargıda yargılama, davanın açılmasıyla başlar, dilekçeler teatisi, ön inceleme, tahkikat ve sözlü yargılama devam eder, hükümle sona erer. Çekişmeli yargıda davanın taraflarca açılması ve taraflarca takip edilmesi söz konusudur. Çekişmeli yargıya ilişkin kararlar

¹ **Tanrıver**, Süha, Türk Hukuku Bağlamında Çekişmesiz Yargı ve Noterlik, (Prof. Dr. Fırat ÖZTAN'a Armağan, Ankara 2010, s. 2013-2036), Makalelerim II, Ankara 2011, s. 347; **Arslan**, Ramazan/ **Tanrıver**, Süha, Yargı Örgütü Hukuku Ders Kitabı, 2. Baskı, Ankara 2001, s. 54; **Karlı**, Abdurrahim, Medeni Muhakeme Hukuku, 6100 Sayılı HMK Hükümlerine Göre Yargıtay Kararları İşlenmiş ve Gözden Geçirilmiş 3. Baskı, İstanbul 2012, s. 92.

² **Tanrıver**, s. 347; **Karlı**, s. 92.

kural olarak maddi anlamda kesin hüküm teşkil ettiği için bağlayıcıdır ve kural olarak iptal edilemezler, geri alınamazlar, değiştirilemezler³.

Çekişmesiz yargı ise Hukuk Muhakemeleri Kanunu(HMK)'nun 382 vd. maddelerinde düzenlenmektedir. Çekişmesiz yargı kavramı⁴, objektif hukukun, mahkemelerce, kanunda açıkça çekişmesiz yargı içerisinde yer aldığı kabul edilen haller, ilgililer arasında uyuşmazlık bulunmayan haller, ilgililerin ileri sürebileceği herhangi bir hakkının bulunmadığı haller ve hakimin resen harekete geçtiği hallerden birine veya birkaçına göre bu yargıya giren işlere uygulanmasıdır⁵.

Tanımdan da anlaşılacağı üzere çekişmesiz yargıda dava, davacı, davalı kavramları değil; iş, ilgili kavramları esastır. Bir başka deyişle çekişmesiz yargıda hukuki bir uyuşmazlık veya sübjektif hakkı ihlal edilen veya edilme tehlikesi nedeniyle açılmış bir dava söz konusu olmadığı için husumetin yöneltilebileceği bir karşı taraf da bulunmamaktadır. Çekişmesiz yargıda, çekişmeli yargı da olduğu gibi bir dava ve karşı taraf (davacı) söz konusu

3 **Tanrıver**, s. 347.

4 Her ne kadar bu yargı kavramı için “çekişmesiz” ibaresi kullanılsa da tanımdan da anlaşılacağı gibi çekişme (uyuşmazlık/ihtilaf) bulunmaması, söz konusu yargıyı belirleyen ölçütlerden biridir. Bir başka deyişle, çekişmesiz yargı diyerek, hiç bir zaman yargılama da yer alan ilgililer arasında uyuşmazlık olmayacağı, her zaman uyum içinde olduklarına anlamına gelmez (**Pekcanitez**, Hakan/**Atalay**, Oğuz/**Özekes**, Muhammet, Medeni Usul Hukuku, 13. Bası, Ankara 2012, s. 90).

5 Doktrinde bir görüş de çekişmesiz yargıyı şu şekilde tanımlamıştır: Objektif hukukun bağımsız mahkemelerce; ilgililer arasında ihtilaf olmayan haller, ilgililerin, özel kişilere karşı ileri sürebileceği sübjektif haklarının bulunmadığı haller, hakimin resen harekete geçebileceği haller ve özel hukuk ilişkilerinin yeni şekil alması, tesisi, inkişafı, değiştirme ve kaldırılması ve bu hukuki münasebetlerine henüz vaki olmamış ve fakat gelecekte gerçekleşmesi muhtemel olan saldırıların önlenmesinde, ilgililerin mahkemeden koruma talep eden hallerden birine veya birkaçına göre bu yargıya giren işlere uygulanmasıdır (**Kuru**, Baki, Nizasız Kaza, Ankara 1961, s. 39 (**Kuru**-Nizasız Kaza). Doktrinde bir başka görüş ise çekişmesiz yargının dar ve geniş anlamda çekişmesiz yargı olarak ikiye ayrıldığını ileri sürmektedir. Bu görüşe göre dar anlamda çekişmesiz yargı, çekişmeli yargı işleri dışında kalan ve şeklen mahkemelerce görülen, genelde karara bağlanması istenen bir talep, olgu veya durumun tespiti ya da bildirilmesi biçiminde somutlaşan işlerdir. Yine bu görüşe, geniş anlamda çekişmesiz yargı kapsamına, dar anlamda çekişmesiz yargı işlerinin yanı sıra, özel hukuka ilişkin işlemleri bizzat düzenlemek veya onaylamak suretiyle, onlara resmiyet kazandırma işi, terekeye ilişkin işler, nüfus, tapu, gemi ve ticaret sicili gibi resmi sicillerin tutulmasıyla bir takım tescil işlemleri de dahil edildiğini ifade etmektedir. Ancak bu görüş, medeni yargılama ile ilişkilendirilebilecek çekişmesiz yargı kavramının aslında dar anlamda çekişmesiz yargı olduğunu ileri sürmektedir (**Tanrıver**, s. 348-350).

değildir, sadece, sayısı birden fazla olabilse de ilgili bulunmaktadır. İlgili kavramı maddi anlamda ilgili ve şekli anlamda ilgili olmak üzere ikiye ayrılır. Maddi anlamda ilgili, çekişmesiz yargı işi hakkında verilecek karar ile hukuki durumları herhangi bir şekilde etkilenen veya etkilenme ihtimali bulunan bütün herkesi ifade etmektedir⁶. Şekli anlamda ilgili ise, takibi talebe bağlı çekişmesiz yargı işlerinde talepte bulunan kişi; resen takip edilen çekişmesiz yargı işlerinde ise maddi anlamda ilgili olanlar aynı zamanda şekli anlamda ilgilidir ve fakat bazen resen takip edilen işlerde sadece şekli anlamda ilgili kavramı ile yetinildiği için bu durumda şekli anlamda ilgili kamu yararını korumakla yükümlü olan resmi makamlardır (örneğin, Tapu sicil memuru)⁷.

Çekişmesiz yargı ile çekişmeli yargı arasındaki diğer bazı farklar, aşağıda anlatacağımız üzere “uyuşmazlığın bulunmaması”, “ileri sürülebilecek herhangi bir hakkın bulunmaması (sübjektif hak yokluğu)”, “hakimin resen harekete geçtiği haller”dir. Bu üç ölçüt, kanunda düzenlenmiş bulunan çekişmesiz yargı işleri haricinde hangi hususların çekişmesiz yargıya gireceği tespitinde kullanılan ölçütlerdir. Bunlar dışında çekişmesiz yargı ile çekişmeli yargı arasında yargılama faaliyeti sonunda verilen kararlar açısından fark bulunmaktadır. Çekişmesiz yargı işleri hakkında mahkemenin vermiş olduğu kararlar kanunda öngörülen haller dışında kural olarak maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmezler (HMK m. 388). Bu yüzden söz konusu kararlar çekişmeli yargıdaki aksine, ihtiyaç duyulması halinde mahkemelerce, gerekçesi gösterilerek geri alınabilirler, iptal edilebilirler veya değiştirilebilirler⁸.

2. Çekişmesiz Yargı İşlerinin Tespitinde Kullanılabilecek Ölçütler

A. Genel Olarak

Çekişmeli yargı işleri ile çekişmesiz yargı işlerini birbirinden kesin çizgilerle ayırmaya yarayan genel geçerliliğe sahip ilkeler bulunmamaktadır⁹.

⁶ **Kuru-Nizasız Kaza**, s. 141-142; **Budak**, s. 155.

⁷ **Kuru-Nizasız Kaza**, s. 142-144.

⁸ **Tanrıver**, s. 348; **Postacıoğlu**, İlhan E., Medeni Usul Hukuku Dersleri, 6. Bası, s. İstanbul 1975, s. 29.

⁹ **Alagoza**, Yavuz/**Yıldırım**, Kamil/**Deren-Yıldırım**, Nevhis, Medeni Usul Hukuku Esasları, Genişletilmiş Gözden Geçirilmiş 7. Baskı, İstanbul 2009, s. 51; **Üstündağ**,

Ancak HMK ile birlikte, doktrinde ve uygulama da çekişmesiz yargı işi olarak kabul edilen hususlar tahdidi olmayan bir şekilde m. 382/2'de sayılmıştır. Bu sayılanlar dışında kalan hususların çekişmesiz yargı işi olarak kabul edilip edilmeyeceği konusunda da HMK'da bir takım ölçütlere yer verilmiştir. HMK m. 382/1'de “*uyuşmazlığın bulunmaması*”, “*ileri sürülebilecek herhangi bir hakkın bulunmaması (sübjektif hak yokluğu)*”, “*hakimin resen harekete geçtiği haller*”den birine veya bir kaçına giren işlerin çekişmesiz yargı işi olarak kabul edileceği ifade edilmiştir. Bu bölümde ise bu ölçütleri incelemeye çalışacağız.

B. Uyuşmazlığın Bulunmaması

Çekişmeli yargının konusunu, teknik anlamdaki hukuki uyuşmazlıklar oluşturmaktadır. Çekişmeli yargı, taraflar arasında ortaya çıkmış olan uyuşmazlık hakkında karar verilmesi için davacının talebi ile açılan davalarla ilgilendir¹⁰. Bir başka deyişle ile çekişmeli yargıda iki taraf arasında meydana gelen hukuki uyuşmazlıkların dava yoluyla mahkemenin önüne gelmesi söz konusudur. Davada, davacı ve davalı tarafın üzerinde anlaşamadıkları, uyuşmazlık içine düşmüş oldukları husus/hususlar bulunmakta; davacı uyuşmazlık konusu hakkında iddiada, davalı ise savunmada bulunmakta, mahkeme de yargılama kurallarına uygun şekilde yapacağı yargılama neticesinde uyuşmazlığı kesin olarak karara bağlamaktadır. Fakat çekişmesiz yargıda ilgililer arasında teknik anlamda bir uyuşmazlık söz konusu değil ve mahkeme kararını, ilgililer arasında mevcut herhangi bir uyuşmazlık hakkında veremez¹¹.

“Uyuşmazlığı bulunmaması” ölçütü çekişmeli ve çekişmesiz yargı arasındaki farkı tam olarak ortaya koyabilecek nitelikte bulunmamaktadır¹². Ayrıca çekişmesiz yargıda bir takım çekişmeli işler vardır ki uyuşmazlığın

Saim, Medeni Yargılama Hukuku, C. I-II, Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 7. Baskı, İstanbul 2000, s. 32; **Tanrıver**, s. 348; **Budak**, Ali Cem, Türk Hukukunda Çekişmesiz Yargı (Tebliğ), Medeni Usul ve İcra-İflas Hukukçuları Toplantısı IV, Ankara 30 Eylül-1 Ekim 2005, s. 128-187, s. 128.

¹⁰ **Kuru**, Baki/**Arslan**, Ramazan/ **Yılmaz**, Ejder, Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, 24. Baskı, Ankara 2013, s. 67; **Kuru**, Baki, Hukuk Muhakemeleri Usulü, 6. Baskı, C. I, İstanbul 2001, s. 27 (**Kuru-C.I**).

¹¹ **Kuru**-Nizası Kaza, s. 16; **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s. 67; **Kuru-C. I**, s. 27

¹² **Kuru**-Nizası Kaza, s. 18; **Pekcamtez/Atalay/Özekes**, s. 93; **Karlı**, s. 96; **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s. 68; **Postacıoğlu**, s. 27.

bulunmaması ölçütü bunları çekişmesiz yargı işi olarak nitelendirmek için yetersiz kalmaktadır¹³. TMK m. 190, 191, 195, 197 maddesindeki hususlar buna örnek olarak gösterilebilir¹⁴.

Her ne kadar yukarıda ifade etmiş olduğumuz bazı durumlarda uyuşmazlığın bulunmaması ölçütü yetersiz kalsa da çekişmesiz yargı işlerinin tespitinde kullanılan en önemli ölçüttür¹⁵. Uyuşmazlığın bulunmaması ölçütünün yetersiz kaldığı hallerde diğer ölçütlerden yararlanılabilir.

Uyuşmazlığın bulunmaması ölçütüne göre çekişmesiz yargı işi sayılan hususlar da çekişmesiz yargının hukuki niteliği gereği bir karşı taraf söz konusu değildir¹⁶. Çekişmesiz yargıda farklı konumda bulunan ilgililer farklı talepler ileri sürseler de aralarında belli bir husus üzerinde uyuşmazlık bulunduğu anlamına gelmez¹⁷.

C. İleri Sürülebilecek Herhangi Bir Hakkın Bulunmaması (Sübjektif Hak Yokluğu)

Çekişmesiz yargı işlerinin tespitinde ve aynı zamanda çekişmesiz yargıyı çekişmeli yargıdan ayıran bir diğer ölçüt ise ilgilinin ileri sürebilecek herhangi bir hakkının bulunmaması (sübjektif hak yokluğu)dır.

Çekişmeli yargıda mahkemeden hukuki koruma talep eden kimsenin, mevcut bir sübjektif hakkı ihlal edilmekte veya ihlal edilme tehlikesiyle karşı karşıya kalmaktadır. Bir başka deyişle, bir tarafın sübjektif hakkının potansiyel olarak bir karşı tarafça ihlal edilmesi durumu veya tehlikesi bulunmakta; söz konusu hak niteliği gereği karşı tarafa ileri sürülebilmektedir. Çekişmeli yargıda, mahkemece verilen hükümle, davacıya, objektif hukukun kendisine tanıdığı sübjektif hakkını gerçekleştirmedi ve korumada yardım edilmektedir¹⁸. Eda ve tespit davalarında davacının söz konusu sübjektif hakkının mevcut olup olmadığı tespit edilmedi; ayrıca eda davaları bu tespit haricinde emir hükmü (bir

¹³ **Kuru-Nizasız Kaza**, s. 19; **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s. 68; **Kuru-C. I**, s. 28; **Alagoza/Yıldırım/Deren-Yıldırım**, s. 52.

¹⁴ **Pekantez/Atalay/Özkes**, s. 93.

¹⁵ **Kuru-Nizasız Kaza**, s. 19.

¹⁶ **Kuru-Nizasız Kaza**, s. 20-26.

¹⁷ **Karşı**, s. 96.

¹⁸ **Kuru-Nizasız Kaza**, s. 33.

şeyin verilmesi, yapılması, yapılmaması gibi) ihtiva ettiklerinden onunda yerine getirilmesi söz konusu olmaktadır¹⁹. İnşai davalarda ise dava, doğrudan hukukun davacıya tanıdığı hakka (örneğin boşanma davası açma hakkı) dayanmakta, bir başka deyişle davacının karşı taraf karşı ileri sürebileceği sübjektif hakkı davanın esasını teşkil etmektedir²⁰. Özetle, sübjektif hak olarak ifade edilen hakkın, bir karşı tarafça, ihlal edilmesinin veya ihlal edilme tehlikesinin söz konusu olması ve hak sahibinin de bu hakkı karşı tarafa ileri sürebilmesi durumunun mevcut olması gerekir. İşte sübjektif hak olarak nitelendirilen hak dava konusu yapılabilen bir haktır.

Çekişmesiz yargıda ise talepte bulunan açısından yukarıda ifade ettiğimiz tarz da bir sübjektif hak söz konusu değildir. Hem takibi talebe bağlı işlerde hem de resen takip edilen işlerde hukukun ilgiliye tanıdığı bir sübjektif hak söz konusu değildir. Bir başka deyişle çekişmesiz yargıda kural olarak, doğrudan başkası tarafından ihlal edilebilen bir sübjektif hak ve söz konusu hakkın ihlaline karşı bir hukuki koruma talebi bulunmamaktadır²¹. Örneğin, bir kimsenin gaipliğine karar verilmesini isteyen ilgili, bu talebiyle herhangi bir kişiye karşı olan sübjektif hakkını ileri sürmemekte, hakimi bu konuda göreve davet etmektedir²². Bu durumda her hangi bir sübjektif hak bulunmadığı gibi, dolasıyla karşı tarafça bir ihlal edilme veya ihlal edilme tehlikesi de bulunmamaktadır.

Burada üzerinde durulması gereken bir durum ise takibi talebe bağlı çekişmesiz yargı işlerinde bir hususun çekişmesiz yargı işi olup olmadığının tespitinde sübjektif hak yokluğu ölçütünün sadece talepte bulunan açısından ele alınıp alınmayacağıdır. Bir başka deyişle, bir husus hakkında, talepte bulunanın herhangi bir sübjektif hakkın bulunmaması, söz konusu hususun çekişmesiz yargı işi olarak kabul edilmesi açısından yeterli olup olmayacağı önem arz eder. Örneğin, talepte bulunan açısından herhangi bir sübjektif hak söz konusu olmamasına rağmen maddi anlamda ilgili üçüncü kişilerin sübjektif bir hakkının ihlal edilmesi veya ihlal edilme ihtimali söz konusu

19 **Kuru-Nizasız Kaza**, s. 33.

20 **Kuru-Nizasız Kaza**, s. 33.

21 **Pekcanitez/Atalay/Özkes**, s. 94.

22 **Kuru-Nizasız Kaza**, s. 34.

olabilir²³. Bu durumda talepte bulunan haricinde maddi anlamda ilgili olarak bir üçüncü kişinin sübjektif hakkının ihlal edilmesi veya ihlal edilme tehlikesi mevcut olursa söz konusu hususu çekişmesiz yargı işi olarak kabul edebilecek miyiz? Sübjektif hak yokluğunu maddi anlamda ilgili olan diğer üçüncü kişiler açısından da arayacak mıyız? Kanaatimizce sübjektif hak yokluğu kıstası sadece talepte bulunan açısından aranmalıdır. Bir işin çekişmesiz yargı işi olup olmadığının tespitinde kullanılan bir ölçüt olarak sübjektif hak yokluğunun sadece talepte bulunan açısından aranması yargılamanın hızlı bir şekilde yapıp konun karar bağlanması açısından uygundur. Başka türlü düşünecek olursak mahkeme her olay açısından maddi anlamda ilgili olan bütün üçüncü kişilerin sübjektif hakkının bulunup bulunmadığını araştırmak durumunda kalır ve bu durum çekişmesiz yargının mantığı ve amacıyla bağdaşmaz. Fakat böyle bir durumda maddi anlamda ilgili olarak sübjektif hakkı ihlal edilen veya edilme ihtimali bulunan üçüncü kişilerin hakları kanunda ayrıca düzenleme altına alınmamış ise bu kişilere itiraz hakkı tanınmalıdır. Bir başka deyişle sübjektif hakkı ihlal edilen veya ihlal edilme tehlikesiyle karşı karşıya olan maddi anlamda ilgili üçüncü kişilerin itirazı çekişmesiz yargı işi olarak kabul edilen hususu çekişmeli hale dönüştürebilir²⁴. Yani, bu durumu, uyuşmazlığın bulunmaması halinde itiraz üzerine uyuşmazlığın ortaya çıkması çerçevesinde değerlendirmek çekişmesiz yargının mantığı ve amacı açısından isabetli olacaktır.

Ayrıca öyle durumlar vardır ki, uyuşmazlık konusu olsalar bile sübjektif hak yokluğu ölçütüne göre çekişmesiz yargı işi kabul edilmektedirler²⁵. O halde, her uyuşmazlık bulunması halinde sübjektif hak ihlalden veya sübjektif bir haktan söz edilemeyeceğini vurgulamak gerekir. Örneğin, velayetin kaldırılmasında uyuşmazlık söz konusudur. Çocuğun velayeti ana ve baba arasında uyuşmazlık konusudur. Ancak kanun ana ve babaya birbirine karşı ileri sürebilecekleri ve yine ana ve baba tarafından ihlal edilebilecek bir sübjektif hak tanımamıştır. Dolayısıyla kanun koyucu ana ve babaya dava konusu yapılabilecek bir hak “sübjektif hak” tanımamıştır. Fakat

23 Aşağıda yer vereceğimiz kadının boşanmış olduğu kocasının soyadını kullanmak için mahkemede talepte bulunması halinde kadının haysiyetsiz yaşam sürmesi kocanın kişilik hakkını ihlal edebilecek niteliktedir. Ancak kadının TMK m. 173/2 çerçevesinde herhangi bir sübjektif hakkı bulunmamaktadır.

24 Bu konuda bkz. 3- C-III.

25 **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s. 68; **Kuru-C. I**, s. 28.

bu önermenin tersi düşünülebilir. Bir başka deyişle her sübjektif hak ihlalinin ve ihlal edilme tehlikesinin bulunduğu durumda uyuşmazlıkta bulunabilir. Zira uyuşmazlığın ortaya çıkması ve çekişmeli yargıda dava konusu olmasının yegane sebebi tarafların sübjektif haklarının ihlal edilmesi veya ihlal edilme tehlikesinin bulunmasıdır. Tekrar belirtmek gerekirse sübjektif hak dava konusu edilebilen haktır. Eğer ortada dava konusu edilebilen bir hak (sübjektif hak) varsa taraflar arasında uyuşmazlık da vardır. Bu nedenle uyuşmazlığın bulunmaması ve sübjektif hak yokluğu ölçütleri, bazen bir biriyle örtüşse de her zaman aynı anda mevcut olacaklarını söylemek doğru olmaz.

D. Hakimin Resen Harekete Geçtiği Haller

Çekişmesiz yargı işlerinin tespitinden kullanılacak bir diğer ölçüt ise hakimin resen harekete geçtiği hallerdir. Çekişmeli yargı da mahkemenin resen bir davaya bakması söz konusu olamaz (HMK m. 24). Çekişmeli yargıda mahkeme davaya, ancak davacının dava açmasıyla ile bakabilmektedir. Sadece kamu yararının söz konusu olduğu durumlarda cumhuriyet savcılarında dava açma yetkisi tanınmıştır (HMK m. 70).

Bu nedenle ilgililerinin her hangi bir talebi olmaksızın hakimin resen harekete geçtiği hallerde çekişmesiz yargı işi olarak kabul edilmektedir. Ancak burada üzerinde durulması gereken durum hakimin resen harekete geçmesiyle anlatılmak istenen durumun ne olduğudur. Hakimin, bizzat bir savcı gibi durumu öğrenip harekete geçmesinin söz konusu olup olmayacağı açık değildir. Bir başka deyişle hakimin başkaları tarafından harekete geçirilmesi halinde de resen harekete geçirilmeden söz edilip edilmeyeceği önem taşımaktadır.

Genel olarak doktrinde verilen örneklere bakıldığında, doğrudan hakimin harekete geçme imkanı bulunmamaktadır. Hakimin harekete geçebilmesi için durumdan haberdar edilmesi gerekmektedir. Örneğin, TMK m. 346'da yer alan düzenlemenin hakimin resen harekete geçebileceği çekişmesiz yargı işi olduğu ifade edilmektedir²⁶. Hükme göre “*çocuğun menfaati ve gelişmesi tehlikeye düştüğü takdirde, ana ve baba duruma çare bulamaz veya güçleri yetmezse hakim, çocuğun korunması için uygun önlemleri alır*”. Bu halde, hakimin çocuğun durumundan kendiliğinden haberdar olup harekete geçmesi

²⁶ **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s. 68.

çok zor bir ihtimaldir. Bu durumda hakim ancak harekete geçirilebilir. Görüldüğü gibi bu tür haller aslında hakimin doğrudan harekete geçmesi söz konusu olmasa bile resen harekete geçme hali olarak kabul edilip çekişmesiz yargı işi olarak sayılmaktadır. Bir başka deyişle, hakimin doğrudan, bir cumhuriyet savcısı gibi harekete geçmesine ilişkin örnek akla gelmemektedir.

3. TMK m. 173/2 ve 3'ün Çekişmesiz Yargı İşİ Olup Olmadığının Değerlendirilmesi²⁷

A. Kadının Soyadı

Hukukumuzda erkekler, yargı kararı ile soyadını değiştirme ve evlat edinilme gibi durumlar dışında doğumla beraber kazanmış oldukları soyadlarını hayatı boyunca taşıma hakkına sahiptir²⁸. Kadınlarda ise durum farklıdır. Kadının medeni halindeki değişiklik soyadını da etkilemektedir. Bir başka deyişle kadın doğum ile kazanmış olduğu soyadını evlenme ile birlikte terk edip kocasının soyadını almaktadır²⁹. Ayrıca kadının kocasından boşanması halinde de kural olarak soyadında değişiklikler meydana gelecektir. Bir başka deyişle, TMK m. 173/1 gereği boşanmayla kadın evlenmeden önceki soyadını yeniden alır; eğer kadın evlenmeden önce dul ise hakimden bekarlık soyadını taşımasına izin verilmesini isteyebilir. Ancak TMK m. 173/2 gereği kadın boşanmış olduğu eşinin soyadını da kullanabilir. Yani kadın kocasından boşanmış olsa da evlilikle kazanmış olduğu soyadında herhangi bir değişiklik meydana gelmez. Ancak bunun için bazı şartlar aranacaktır. Kanun'a göre kadının, boşandığı kocasının soyadını kullanabilmesi için menfaati bulunduğu ve bu durumun kocaya zarar vermeyeceğinin ispat edilmesi gerekecektir (TMK m. 173/2). Bu iki şart sağlanırsa hakim kadının kocasının soyadını taşımasına izin verebilir.

Çalışmamız açısından önem arz eden husus kadının, boşandığı kocasının soyadını kullanıp kullanamayacağı, kadının bu yöndeki talebinin ve bu talep

²⁷ Çalışmamızın asıl inceleme konusu TMK m. 173/2'dir. Ancak konuyla bağlantılı olması ve önemi nedeniyle TMK m. 173/2'ye de çalışmada ayrıca yer verilecektir.

²⁸ **Moroğlu**, Nazan, Kadının Soyadı, Prof. Dr. Necla Arat'a Armağan, İstanbul 2004, s. 281-307, s. 301 (**Moroğlu-Armağan**).

²⁹ Bkz. TMK m. 187 "*Kadın, evlenmekle kocasının soyadını alır; ancak evlendirme memuruna veya daha sonra nüfus idaresine yapacağı yazılı başvuruya kocasının soyadı önünde önceki soyadını da kullanabilir. Daha önce iki soyadı kullanan kadın, bu haktan sadece bir soyadı için yararlanabilir*".

doğrultusunda mahkemenin vereceği izin çekişmesiz yargı işi olup olmadığının yukarıda³⁰ açıklamış olduğumuz çekişmesiz yargı ölçütleri çerçevesinde değerlendirilmesidir.

B. Kadının Boşandığı Kocasının Soyadını Taşıyıp Taşıyamayacağı (TMK m. 173/2)

Kanun koyucunun, evlilik birliğinin boşanma neticesinde sona ermesi halinde kadının, kural olarak, boşanmış olduğu kocasının soyadını taşımamasını öngörmesinin nedeni kocanın kişilik haklarının korunması esasına dayanmaktadır³¹. Genellikle koca boşanmış olduğu eşinin (kadının) kendi soyadını taşımasını istememekte ve fakat bu kez de kadının evlenirken kocasının soyadını almak zorunda olması nedeniyle söz konusu soyadın kadın için taşıdığı önem göz ardı edilmiş olabilir³². Bir başka deyişle kadının boşanmış olduğu kocasının soyadını taşımakta menfaati olabilir.

Bu durum da kanun koyucu tarafından dikkate alınmış ve TMK m. 173/2'ye bu yönde bir hükme yer verilmiştir. Bu çerçevede boşanan kadın, kural olarak kocasının soyadını kullanamayacaktır. Bir başka deyişle boşanma kararının kesinleşmesiyle kadının, kocasının soyadını taşımak hakkı ve yükümlülüğü sona erer; kadın kanundan dolayı ve herhangi bir talebe gerek olmaksızın evlenmeden önceki soyadını alır³³. Yukarıda da ifade ettiğimiz gibi, TMK m. 173/2 gereği, kadının boşandığı kocanın soyadını taşımakta menfaatinin bulunması ve bu durumun kocaya zarar vermeyeceğinin ispatlanması halinde, istem üzerine kocanın soyadını taşımaya hakim izin verebilir. Hakim, boşanmış olan kadının kocanın soyadını taşımakta menfaati olduğuna inanırsa bu izni verebilir. Yine TMK m. 173/3'e göre bu izin sınırsız değildir. Boşanılan koca şartların değişmesi halinde bu iznin iptalini isteyebilir.

Kadının boşandığı kocasının soyadını taşımakta menfaati şu şekillerde olabilir: Evlilik süresince taşıdığı soyadı ile tanınmış olan kadının bu

³⁰ Bkz. yuk. 2- B, C, D.

³¹ **Moroğlu**, Nazan, Kadının Soyadı, İstanbul 1999, s. 103 (**Moroğlu**-Kitap).

³² **Moroğlu**-Kitap, s. 104.

³³ **Özcan**, Bilge, Aile Hukuku, 4. Bası, Ankara 2004, s. 459.

soyadını taşımak istemesinde menfaati bulunmaktadır³⁴. Bir başka deyişle kadın, iş, bilim veya sanat hayatında (tiyatro sanatçısı, müzisyen, heykeltıraş, iş kadını,(örneğin: Tanınmış bir avukat³⁵) boşanmış olduğu kocasının soyadıyla bir yer edinmiş, isim yapmış, yani tanışmış olabilir³⁶. Örneğin, Ünlü modacı Ivana (Smiljkovic) Sert Türkiye’de kendi kızlık soyadı (Smiljkovic) ile değil evlenip boşanmış olduğu kocasının soyadı (Sert) ile tanınmış bir kimsedir ve kocasının soyadını taşımasında menfaati bulunmaktadır. Bir diğer örnek ise söz konusu evlilikten doğan ve velayeti kendisine bırakılan çocuk/çocukları ile aynı soyadını taşımak isteyen kadının boşandığı kocasının soyadını taşımakta menfaati bulunmaktadır³⁷.

Ancak kadının boşanmış olduğu kocasının soyadını taşıyabilmesi için sadece menfaatinin olması yetmemektedir. Kadın ayrıca boşanmış olduğu kocasının soyadını taşıması halinde bu durumun kocaya zarar vermeyeceğinin de ispatlanması gerekecektir. Eğer ispat edilememiş ise hakim kadının bu yöndeki talebini reddedecektir.

Kadının menfaatinin bulunup bulunmadığının ispatı açısından bir Yargıtay kararında; kadın ile kocanın 26 yıl evli kaldıkları, kadının bu süre içerisinde çeşitli üniversitelerden mezun olduğu ve diplomalarında, yüksek lisans tezinde, katılım belgelerinde, sertifikalarında, bankacılık ve emeklilik işlemlerinde evlilik soyadını kullanmış olması, ayrıca kadının boşanılan kocanın soyadını kullanması kocaya zarar vermeyecekse kadının menfaatinin bulunduğu kanıtlanmış sayılır³⁸. Bunun dışında kadının boşandığı kocasının soyadını taşımasının kocaya zarar verip vermediğinin ispatı hakkında bir Yargıtay kararında; kadının, boşandıktan sonra mesleğinde 3 yıl boyunca boşandığı kocasının soyadını kullanmaya fiilen devam ettiği ve kocanın buna

34 **Abik**, Yıldız, Kadının Soyadı ve Buna Bağlı Olarak Çocuğun Soyadı, Ankara 2005, s. 240; **Moroğlu**-Kitap, s. 101.

35 **Moroğlu**-Kitap, s. 106

36 **Öztaş**, s. 460; **Tutumlu**, Mehmet Akif, Yeni Türk Medeni Kanun Hükümlerine Göre Evliliğin Butlanı, Boşanma, Ayrılık, Sebepleri ve Boşanmanın Hukuki Sonuçları, Ankara 2006, s. 591.

37 **Öztaş**, s. 460; **Moroğlu**-Kitap, s. 101; **Abik**, s. 240; **Akıntürk**, Turgut/ **Karaman**, Derya Ateş, Türk Medeni Hukuku İkinci Cilt Aile Hukuku Yenilenmiş, 6098 sayılı Yeni Borçlar Kanunu’na Uyarlanmış16. Baskı, İstanbul 2014, s. 290-291.

38 Bkz. 2. HD., 19.09.2009, 19005/5094 (**Gençcan**, Ömer Uğur, Aile Hukuku, Ankara 2011, s. 99 (**Gençcan**-Aile, s. 599)). İspat konusunda ayrıca bkz. 2. HD., 27.04.2009, 2180/8029 ve 2. HD. 12.06.2008, 10296/8519 (**Gençcan**-Aile, s. 600).

karşı çıkmadığı ve bu durumun boşanılan kocaya bir zarar vermediği anlaşılmış ve ispatlanmış bulunmaktadır, denilmektedir³⁹.

C. TMK m. 173/2'nin Çekişmesiz Yargı İşİ Açısından Değerlendirilmesi

I. Genel Olarak

Çekişmesiz yargı HMK m. 382 vd. da düzenlenmiştir. Kanun genel olarak herkes tarafından çekişmesiz yargı olarak kabul edilen işleri bir katalog halinde belirtmiş ve fakat bunlar dışında kalan hususlarında çekişmesiz yargı işi sayılıp sayılmayacağı yönünden yukarıda da ifade etmiş olduğumuz üç ölçüt getirmiştir. TMK m. 173/2'de ifade edilen kadının boşandığı kocasının soyadını taşımak istemesi halinde mahkemeye başvurması açıkça çekişmesiz yargı işi olarak düzenlenmemiştir. Bu nedenle söz konusu halin çekişmesiz yargı işi olarak kabul edilip edilmeyeceği HMK m. 382'de ifade edilen ölçütler çerçevesinde değerlendirilecektir. Bu ölçütten birine veya bir kaçına girmesi halinde TMK m. 173/2 çekişmesiz yargı işi kabul edilecektir ve çekişmesiz yargı işlerinin tabi olduğu hükümlere tabi olacaktır. Ayrıca, konuya ilişkin Yargıtay kararları çerçevesinde Yargıtay'ın görüşü değerlendirilecektir.

II. Çekişmesiz Yargı İşİ Ölçütleri Açısından

(1) Genel Olarak

Çekişmesiz yargı işinin tespiti açısından kanunda üç ölçüt kabul edilmiştir ve TMK m. 173/2 bu ölçütler çerçevesinde değerlendirilecek ve çekişmesiz yargı işi olup olmadığı tespit edilecektir. Bir başka deyişle, TMK m. 173/2 hükmü, yukarıda açıklamış olduğumuz, “uyuşmazlığın bulunmaması” ve “ileri sürülebilecek herhangi bir hakkın bulunmaması (sübjektif hak yokluğu)” ve “hakimin resen harekete geçeceği haller” ölçütleri açısından değerlendirmeye tabi tutulacaktır. Bu ölçütten birine veya bir kaçına girmesi halinde TMK m. 173/2 çekişmesiz yargı işi kabul edilecektir ve çekişmesiz yargı işlerinin tabi olduğu hükümlere tabi olacaktır.

³⁹ Bkz. 2. HD., 25.01.2005, 14935/675 (Gençcan-Aile, s. 600).

(2) Uyuşmazlığın Bulunmaması Açısından

Bir işin çekişmesiz yargıya tabi bir iş olup olmadığının tespitinin başvurulacak ölçütlerden biri, yukarıda ifade ettiğimiz gibi⁴⁰, uyuşmazlığın bulunmaması ölçütüdür.

TMK m. 173/2 karşısında, yani kadın boşandığı kocanın soyadını taşımak istemesi halinde kadının, menfaatinin bulunduğu ve bu durumun kocaya zarar vermeyeceğinin ispat edilmesi gerekecek ve hakim söz konusu talep karşısında kadının menfaati olduğuna ve kocanın durumdan zarar görmeyeceğine kanaat getirirse, kadının, boşandığı kocasının soyadını kullanmasına izin verecektir.

Genellikle boşanma davaları sonucunda çiftlerin boşanmalarına karar verilmesi halinde koca kendi soyadının kadının taşımasını istememektedir. Fakat kadının evlenmeyle birlikte kocanın soyadını almak zorunda kalması nedeniyle kocanın soyadı kadının kişiliğinin bir parçası haline gelmiş olabilir (uzun süren evlilikler açısından). Kadın, kanun koyucunun emri ile kocanın soyadı almış, çocukları da o soyadı taşımakta veya kadın o soyadı ile birlikte toplumda tanınmış olabilir⁴¹. Kadın, çeşitlilik gösteren bu gibi menfaat sebepleriyle kocasının soyadını kullanmak isteyebilir. Ancak söz konusu durumların ispat edilmesi gerekecektir. Kadın, boşandığı kocasının soyadını taşımak istemesine ilişkin talebini mahkemeye yöneltmektedir. Mahkeme, TMK m. 173/2 ifade edilen iki hususun ispat edilmesi halinde kadının boşandığı kocasının soyadını kullanmasına izin verebilecektir. Aksi halde, eğer söz konusu durumda kadının menfaati yoksa veya bu durum kocaya zarar verecekse izin talebini reddedecektir.

Görüldüğü gibi Kanun'un lafzına bakıldığında kadının, kocaya karşı, aralarında uyuşmazlık çıkmasına neden olacak bir talebi söz konusu olmamaktadır. Kaldı ki zaten kanun koyucu kocanın menfaatini gözeterek kadının, kocanın soyadını taşımasına izin verilmesini iki şarta bağlamıştır. Kocanın menfaatleri tarafsız, bağımsız ve objektif konumda bulunan mahkeme/hakim tarafından korunmaktadır⁴². Kocanın maddi anlamda ilgili

40 Bkz. yuk. 2-B.

41 **Abik**, s. 241.

42 Ancak koca mahkemenin kadına izi vermesinden sonra şartlarda değişiklik olduğu gerekçesiyle bu duruma itiraz edebilir. Kocanın itirazının çekişmeli yargıya mı yoksa çekişmesiz yargıya mı konu teşkil edeceği aşağıda ayrıca anlatılacaktır. Bkz. aşa. 3- D.

olarak, kadının bu talebine itiraz etmemesi halinde uyuşmazlığın bulunmayacağı kanaatindeyiz. Ancak kocanın itiraz etmesi halinde bir uyuşmazlığın söz konusu olacağı kuvvetle muhtemeldir. Koca tarafından itiraz edilmesi halinde çekişmesiz yargı işi olarak kabul ettiğimiz bu hususun çekişmeli yargı alanına girip girmeyeceği aşağıda incelenecektir⁴³.

(3) İleri Sürülebilecek Herhangi Bir Hakkın Bulunmaması (Sübjektif Hak Yokluğu) Açısından

Yukarıda⁴⁴, sübjektif hak olarak ifade edilen hakkın, bir karşı tarafça, ihlal edilmesinin veya ihlal edilme tehlikesinin söz konusu olması ve hak sahibinin de bu hakkı karşı tarafa ileri sürebilmesi durumunun mevcut olması gerektiğini ifade ettik. TMK m. 173/2 açısından da talepte bulunan kadının böyle bir sübjektif hakkın bulunmadığı kanaatindeyiz.

Kadının, boşandığı kocasının soyadını taşımak istemesi halinde, talep, kadın tarafından mahkemeye karşı yapılmaktadır ve mahkeme zaten gerekli araştırmayı yaparak kadının, kocanın soyadını kullanmasına izin verecek ya da vermeyecektir. Kadının bu talep hakkı maddi hukuktan kaynaklanan bir sübjektif değildir. Bir başka deyişle kadını kocaya karşı ileri sürebileceği ve kocanın ihlal etmesi veya etme ihtimali olan bir sübjektif hakkı bulunmamaktadır. Kadının, sadece Kanun'da belirtilen iki hususun ispat edilmesi halinde boşandığı kocasının soyadını kullanmasına mahkemece izin verilebilir. Mahkemenin vereceği karar da bir davada sübjektif hakkın ihlal edilmesi veya ihlal edilme tehlikesinin bulunması halinde olduğu gibi hakkın korunmasına yönelik veya tehlikenin bertaraf edilmesine yönelik bir karar değildir. Mahkeme sadece mevcut delilleri inceleyerek kadının boşandığı kocanın soyadını kullanmasına izin verebilir veya kadının talebini reddeder.

Bir hususun sübjektif hak yokluğu nedeniyle çekişmesiz yargı işi sayılması için sübjektif hak yokluğu ölçütünün takibi talebe bağlı çekişmesiz yargı işlerinde sadece talepte bulunan açısından aranması gerektiğini; ancak maddi anlamda ilgili olarak üçüncü kişilerinin sübjektif haklarının ihlal edilmesi veya edilme tehlikesi söz konusu olursa bu kişilerin itiraz edebileceklerini yukarıda ifade ettik.

43 Bkz. aş. 3- C- III.

44 Bkz. yuk. 2- C.

(4) Hâkimin Resen Harekete Gececeği Haller Açısından

Hâkimin resen harekete geçeceği hallerin kapsamı sınırlıdır. Ayrıca hakimin resen harekete geçmesinde kasıt hakimin kendiliğinden (veya ihbar üzerine) harekete geçmesidir. TMK m. 173/2 dikkate alındığında mahkeme/hakim kadının talebi ile harekete geçmektedir. Dolayısıyla TMK m. 173/2 bu ölçüt kapsamında değerlendirilemez. Bir başka deyişle, TMK m. 173/2 de takibi talebe bağlı çekişmesiz yargı işidir⁴⁵.

III. TMK m. 173/2'nin Çekişmesiz Yargı İş Olmaktan Çıkıp Çekişmeli Yargı Alanına Girip Girmeyeceği

Maddi anlamda ilgili olarak kocanın, mahkemede *yargılama devam ederken* boşandığı kadının kendi soyadını kullanmak istemesi yönündeki talebine itiraz ederse durumun ne olacağını incelenmesi gerekecektir. Acaba koca boşandığı karısının kendi soyadını kullanmasına itiraz ederse bu husus çekişmeli yargı işi olmaktan çıkıp çekişmeli yargı alanına dâhil olacak mıdır? Çekişmesiz yargı alanına giren bir işin, yargılama devam ederken, hukuki durumu etkilenecek olan (maddi anlamda ilgililerin) üçüncü kişilerin itirazı veya müdahalesi (asli veya ferî müdahale değil) ile çekişmeli yargıya alanına girebilmesi için kural olarak, söz konusu işin münhasıran “uyuşmazlığın bulunmaması” ölçütüne göre çekişmesiz yargı işi sayılması gerekmektedir⁴⁶. Ancak uyuşmazlığın bulunmaması ölçütünün yanında çekişmesiz yargı işi olarak kabul edilen husus aynı zamanda sübjektif hak yokluğu ölçütünü de taşıyorsa, kural olarak maddi anlamda ilgili olan üçüncü kişilerin itirazı tek başına bu hususu çekişmeli hale getirmez⁴⁷.

Ancak, kadının kocasının soyadını taşımak için mahkemeden talepte bulunması halinde, kocanın sübjektif hakkının (kişilik, onur, şeref, haysiyet hakkı gibi) ihlal edilme tehlikesi söz konusu olabileceği için kocanın itirazı ile bu durumun çekişmeli yargı alanına dahil edilmesinin uygun olacağı kanaatindeyiz. Bu halde çekişmesiz yargıya işi olarak kabul edilen bir hususun ilgililerden birinin itirazı üzerine çekişmeli yargı alanına girmesi için söz konusu hususun münhasıran “uyuşmazlığın bulunmaması” ölçütüne göre

⁴⁵ Aynı zamanda TMK m. 173/3 de takibi talebe bağlı çekişmesiz yargı işidir.

⁴⁶ **Kuru**-Nizasız Kaza, s. 40-42.

⁴⁷ **Kuru**-Nizasız Kaza, s. 42.

çekişmesiz yargıya havale edilen işlerden olması gerektiği kuralını bir istisna getirmiş bulunmaktayız⁴⁸.

Kocanın maddi anlamda ilgili olarak kadının talebine yargılama devam ederken karşı çıkması hiç kuşkusuz bir uyuşmazlığın çıkmasına neden olmaktadır. Koca söz konusu duruma kişilik hakkının ihlal edilebileceği gerekçesiyle itiraz edebilir. Kişilik hakkı bir karşı tarafça ihlal edilebilir ve ihlal edilme tehlikesiyle karşı karşıya kalabilir. Koca kişilik hakkına aykırılığı üçüncü kişilere karşı ileri sürebilir. Kişilik hakkı hukuk tarafından tanın bir sübjektif haktır, taraflar arasında uyuşmazlık ve dolayısıyla dava konusu olabilir.

Kadının boşandığı kocanın soyadını taşımak istemesi halinde mevcut şartları (menfaatinin bulunup bulunmadığı ve bu durumun kocaya zarar verip vermeyeceği) taşıyıp taşımadığının mahkeme takdir edecektir. Örneğin, boşanma sebebi kadının haysiyetsiz yaşam sürmesi olduğunda, kadının boşandığı kocasının soyadını taşımak istemesi halinde kocanın kişilik, onur, şeref ve haysiyet hakkı mahkemenin vereceği karara göre ihlal edilme tehlikesi içerisindedir. Bir başka deyişle kadının haysiyetsiz yaşam sürmesi halinde, koca kişilik hakkının ihlal edilebileceği gerekçesiyle itirazda bulunabilir. Çekişmesiz yargı işi olarak değerlendirilen bazı hususlar Kanun'da ifade edilen ölçütlerden birine veya bir kaçına girebilir. TMK m. 173/2 de hem sübjektif hak yokluğu ölçütüne hem de kocanın bir itirazı söz konusu değilse uyuşmazlığın bulunmaması ölçütüne girmektedir. Yukarıda ifade ettiğimiz gibi⁴⁹, bir hususun sübjektif hak yokluğu nedeniyle çekişmesiz yargı işi olarak kabul edilebilmesi için takibi talebe bağlı çekişmesiz yargı işlerinde talepte bulunan açıısından sübjektif hakkın bulunmaması yeterlidir. Ayrıca maddi anlamda ilgili olan bütün üçüncü kişilerin sübjektif hakkının bulunup bulunmadığı araştırılmayacaktır. Ancak ileri sürebilecek bir sübjektif hak bulunuyor ve bu hakkın ihlal edilmesi veya edilme tehlikesi söz konusu ise üçüncü kişiye itiraz hakkı tanınması gerektiğini; çekişmesiz yargı işi sayılan bu hususun da çekişmeli yargı alanına gireceğini ifade ettik. Kocanın itirazı da tek başına, çekişmesiz yargı işi olan bu hususun çekişmeli yargı alanına girmesine yetecektir. Zira, örnekte ifade edildiği gibi kocanın onur, şeref, haysiyet, kişilik, hakkı ihlal

⁴⁸ Diğer istisnalar için bkz. **Kuru**-Nizasız Kaza, s. 42, dph. 12.

⁴⁹ Bkz. yuk. 2- C.

edilme tehlikesi içerisinde ve bu hak korunması gereken üstün bir haktır. Kanun'un, kadının boşandığı kocanın soyadını taşımak istemesine ilişkin talebinin kabul edilmesi için kadının, menfaatinin bulunduğu ve bu durumun kocaya zarar vermeyeceğinin ispat edilmesini araması kocanın itiraz hakkını ortadan kaldırmaz. Yani, mahkemece bu hususların ispat edilip edilmediğinin araştırılıp sonuca göre karar vermesi kocanın sübjektif hakkının ihlal edilme tehlikesi nedeniyle itiraz hakkını ortadan kaldırmaz. Kocanın bu hususa ilişkin itiraz hakkının bulunup bulunmadığı TMK'da açıkça düzenlenmemiştir. Ancak itiraz ile ortaya uyuşmazlık çıkacağı için sorun çekişmeli yargıya taşınacaktır. Örneğin, mahkeme, gerekli incelemeyi yapmadan veya ispatlaması gereken iki husus (menfaati bulunduğunu ve bu durumun kocaya zarar vermeyeceğini) kadın tarafından ispat edilmeden, kadına boşanmış olduğu kocanın soyadını kullanması için izin vermiş olabilir. Bir başka deyişle mahkeme, her ne kadar haysiyetsiz yaşam sürme halinde kadının talebini, kocanın soyadını taşımasının kocaya zarar vereceği gerekçesiyle reddetmek zorunda olsa da bu durumu gözden kaçırabilir ve kadına talebi doğrultusunda izin verebilir. İşte bu durumda kocanın kişilik onur, şeref, haysiyet hakkı ihlal edilmiş olur. Bunun baştan engellenebilmesi için kocaya itiraz hakkı tanınmalı ve başlangıçta çekişmesiz yargı işi olan söz konusu hususun çekişmeli yargıya dahil edilerek dava şeklinde incelenmesi gerekir.

Fakat, maddi anlamda ilgililerin bütün itirazları değil, burada olduğu gibi, herhangi bir sübjektif haklarının ihlal edilmesi veya ihlal edilme tehlikesinin bulunması halinde yapılacak itirazların, çekişmesiz yargı işini çekişmeli yargı alanına dâhil edebileceği kanaatindeyiz. Bir başka deyişle, maddi anlamda ilgililerin itirazının temelinde dava konusu edilebilecek bir sübjektif hakkın bulunması gerektiği kanaatindeyiz. Bu nitelikte olmayan bir itiraz çekişmesiz yargı işini çekişmeli yargıya dâhil etmeye yetecek kuvvette değildir. Bu nitelikte bir itiraz olmamakla beraber maddi anlamda ilgili olan üçüncü kişinin mahkemenin vermiş olduğu kararı kanun yoluna götürmesi de çekişmesiz yargı işini çekişmeli yargı alanına dâhil edemeyecektir⁵⁰. Zira kanun yoluna başvuru ile ilgililer arasında bir uyuşmazlık söz konusu olmayacaktır ve fakat eğer kanun yoluna başvuruda mutlaka bir uyuşmazlık

⁵⁰ Kuru-Nizasız Kaza, s. 41.

niteliği aranmak icap ederse bu uyuşmazlık kanun yoluna başvuran koca ile kararı veren mahkeme arasındadır diyebiliriz⁵¹.

İtiraz ile çekişme ortaya çıktıktan (iş çekişmesiz yargıdan çıkıp çekişmeli yargı alanına girdikten) sonra çekişmesiz yargı işini gören mahkemenin, çekişmeli yargı talebini inceleyebilmesi için itirazda bulunan kocanın mahkemeye dava dilekçesi vererek dava açması gerektiği kanaatindeyiz. Çekişmesiz yargı işine bakan mahkemenin çekişmeli hale gelen hususa ilişkin davaya bakabilmesi için görevli ve yetkili olması gerekir. Doktrinde ileri sürülen bir görüşe usul ekonomisi ilkesini dikkate alarak, mahkemenin çekişmeli yargıya dahil olan hususu inceleyebilmesi için derdest çekişmesiz yargı işinin ıslah⁵² yoluyla dava dönüştürülmesi veya çekişme yaratan kocanın harçları ödeyerek dava dilekçesi vererek dava açması gerektiğini ileri sürmektedir⁵³. İtiraz ile birlikte ortaya çekişme çıkaran koca, (doktrindeki görüşe göre, ıslah yoluna başvurmadıkça veya dava harçlarını yatırmak karşılığında karşı tarafa bir dava dilekçesi tebliğ edilmedikçe) dava açmadıkça, çekişmesiz yargı alanından çıkarılarak çekişmeli yargı alanına giren iş kendiliğinden bir davaya dönüşmez ve bu yol(lar)a başvurmamışsa, mahkemenin çekişmesiz yargı işinin konusuz kalması nedeniyle yargılamaya son vermesi gerekir⁵⁴.

Bu bölümde ifade etmiş olduğumuz hususlarının TMK m. 173/3'de yer alan durum ile karıştırılmaması gerekir. Burada yargılama devam ederken kocanın kişilik hakkının ihlal edileceği gerekçesiyle bir itiraz söz konusu ve bu itiraz neticesinde çekişmesiz yargı işi çekişmeli yargı alanına dâhil edilmektedir. TMK m. 173/3 ise, mahkemece TMK m. 173/2 gereğince yargılama yapılmış ve yargılama neticesinde kadına boşandığı kocasının

51 **Kuru-Nizasız Kaza**, s. 41.

52 İslah HMK m. 176 vd. da düzenlenmiştir. İslah dava sırasında taraflardan her birinin usul işlemlerinin kısmen veya tamamen düzeltilmesidir. Çekişmesiz yargı işlerinde davalı ve davacı taraflar söz konusu değildir. Ayrıca davacı tarafından açılmış bir dava da söz konusu değildir. Ayrıca ıslah "dava" nazariyesini ele alınarak bir düzenlenen bir kurumdur. Dolayısıyla itiraz sonucu çekişmeli hale gelen bir hususun ıslah yoluyla mahkemenin incelenebileceğini söyleyemeyiz. Zira ortada ıslah edilebilecek bir dava ve dava dilekçesi söz konusu değildir. Bir başka deyişle çekişmesiz yargı işinde taraf olmadığı için "taraf"larça yapılmış bir usul işlemi söz konusu değildir.

53 **Budak**, s. 154.

54 **Budak**, s. 154.

soyadını kullanmasına izin verilmiş; daha sonra şartlarda bir değişiklik olması halinde iznin kaldırılmasını kocanın talep edeceği düzenlenmektedir.

IV. Yargıtay Kararlarının Açısından

Yargıtay kararlarına bakıldığında kadının TMK m. 173/2 gereği boşandığı kocanın soyadını kullanmak istemesi halinde mahkemeye başvurusunu bir dava olarak kabul etmektedir. Söz konusu dava da karşı taraf olarak da kocanın gösterilmesi gerektiği ifade edilmektedir. Bir kararında Yargıtay kadının boşandığı kocasının soyadını taşımasına izin verilebilmesi için açılan davada boşandığı kocaya dava yöneltilmeden eksik hasımla hüküm kurulmasının doğru olmadığını ifade ederek yerel mahkeme kararını bozmuştur⁵⁵. Bir başka kararın da Yargıtay kadının boşandığı kocasının soyadını taşımak istemesine yönelik talebinin karşı dava olarak da ileri sürebileceğini ifade etmektedir⁵⁶.

Genel olarak Yargıtay kararlarına bakıldığında Yargıtay söz konusu durumu çekişmesiz yargı işi ölçütleri açısından değerlendirmeden TMK m. 173/2 gereğince kadının boşandığı kocasının soyadını taşımak istemesine ilişkin olarak mahkemeye yönelttiği talebi dava olarak ele almaktadır. Biz aksi görüşteyiz. Kadının boşandığı kocasının soyadını taşımak istemesine yönelik talep ve mahkemenin bu talep üzerine yapacağı inceleme çekişmesiz yargı işinin konusu teşkil etmektedir. Zira bu durumda ne bir dava konusu edilebilecek bir uyuşmazlık söz konusudur ne de kadının kocaya karşı ileri sürebileceği ve koca tarafından ihlal edilen veya ihlal edilme tehlikesiyle karşılaşabilecek maddi hukuktan kaynaklanan bir sübjektif hakkı vardır.

D. TMK m. 173/3'ün Çekişmesiz Yargı İşini Açısından Değerlendirilmesi

TMK m. 173/3 gereğince koca, şartların değişmesi halinde bu iznin kaldırılmasını isteyebilir. Bu durumda mahkeme kadına, boşandığı kocanın

⁵⁵ Bkz. 2. HD., 29.01.2002, 253-784 (Gençcan, Ömer Uğur, 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu, Bilimsel Açıklama-İçtihatlar-İlgili mevzuat, 1. C, Genişletilmiş 2. Baskı, Ankara 2007, s. 1430 (Gençcan-Kanun)). Aynı yönde bkz. 2. HD., 25.01.2001, 15584-1163 (Gençcan-Kanun, s. 1431); 2. HD., 10.05.2004, 5317/5992 (Tutumlu, s. 590); 2. HD., 06.10.2010, 14504/16166 (Gençcan-Aile, s. 597); 2. HD. 13.06.2005, 6949/8977 ve 2. HD., 13.06.2006, 20277/9364 (Gençcan-Aile, s. 599); 2. HD., 29.01.2002, 253/784 (Gençcan-Aile, s. 602).

⁵⁶ Bkz. 2. HD., 16.03.2009, 2598/4611 (Gençcan-Aile, s. 597).

soyadını taşımasına yönelik izin vermiştir. Koca ise sonradan şartların değişmesi halinde iznin kaldırılmasını talep edebilecektir. Kocanın, iznin kaldırılmasına yönelik talebinin çekişmeli yargıya mı yoksa çekişmesiz yargıya mı gireceği ve talebin nasıl ileri sürüleceğinin ayrıca incelenmesi gerekmektedir.

Eğer kadına, gereken hususların ispat edilmesi neticesinde ve kocanın herhangi bir itirazı olmadan izin verilmiş ise ortada çekişmesiz yargı işi söz konusudur ve mahkemenin kararı maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmeyecektir. Bir başka deyişle kanunda aksine hüküm bulunmayan hallerde çekişmesiz yargıya işlerine ilişkin olarak mahkemelerin vermiş oldukları kararlar maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmemekte (HMK m. 388) ve bu kararlar sonradan değiştirilebilmek, geri alınlabilmekte, iptal edilebilmektedir⁵⁷. Bu nedenle sonradan şartlarda değişme olmuşsa koca iznin kaldırılmasını talep edebilir. İzin kararının kaldırılmasının çekişmesiz yargı işi olup olmadığı belirlenmesinde değişen şartların niteliği önem arz eder. Örneğin, kadına boşandığı kocasının soyadını taşımasına yönelik iznin verilmesinden sonra kadının haysiyetsiz bir yaşam sürmesi (veya kocanın soyadını kullanarak dolandırıcılık yapması)⁵⁸ nedeniyle kocanın iznin kaldırılmasını talep etmesi halinde, bir sübjektif hak (kişilik hakkı) ihlal edildiği için uyuşmazlık söz konusu olacaktır. Bu durumda kocanın iznin kaldırılmasına yönelik talebi çekişmesiz yargı işi olarak değerlendirilemez. Kocanın iznin kaldırılması için dava açması söz konusudur. Bir başka örnek, kadın evlendikten sonra kocasının soyadını aldığı için toplumda bu soyadı ile tanınmış bir iş kadını olması hasebiyle mahkeme kadının talebi doğrultusunda boşandıktan sonra kocasının soyadını taşımasını şartlar çerçevesinde izin vermiş olabilir. İzin verilmesinden sonra şartlarda değişiklik olursa, yani kadının boşandığı kocasının ismini taşımasını gerektirecek bir durumun mevcut olmaması halinde (örneğin kadının kocasının soyadı ile tanınmış olduğu işle uğraşmayı bırakmış ise) koca iznin kaldırılmasını talep edebilir. Görünüşte uyuşmazlık yokluğu nedeniyle çekişmesiz yargı işi olduğu kanaati uyanmaktadır. Ancak kadının bu iznin iptaline itiraz etmesi halinde (örneğin hala boşanmış olduğu kocasının soyadı ile tanındığını iddia etmesi halinde) taraflar arasında uyuşmazlık çıkacağı için çekişmesiz yargı işi çekilmeli yargı alanına dahil olabilir. Bu ikinci örnekte

⁵⁷ Tanrıver, s. 348; Postacıoğlu, 29.

⁵⁸ Öztan, s. 460.

aslında kocanın ihlal edilebilecek veya ihlal edilme tehlikesi olabilecek bir sübjektif hakkı da bulunmamaktadır. Ancak kocanın talebi karşısında kadının korunmaya değer bir sübjektif hakkı olabilir ve bu nedenle kadın, kocanın talebine itiraz ederse söz konusu durum çekişmesiz yargı işi olmaktan çıkar ve çekişmeli yargıya dahil olabilir⁵⁹. Özetle, kocanın değişen şartlar nedeniyle iznin kaldırılması talebinde bulunması halinde bu durumun çekişmesiz yargı işi mi yoksa çekişmeli yargı işimi olduğu hem değişen şartların niteliğine hem de kadının kocanın talebine karşı tutumuna göre değişmektedir.

Koca, TMK m. 173/2 gereği kadının talebine, sübjektif hakkının ihlal edilebileceği gerekçesiyle itiraz ederse durum çekişmeli hale gelecektir ve mahkemenin bu konuda vereceği karar maddi anlamda kesin hüküm teşkil edebilecektir. Bu durumda koca daha sonra şartların değişmesi nedeniyle iznin kaldırılmasını (kesin hüküm söz konusu olacağı için) değişiklik davasıyla talep edebilecektir⁶⁰. Yukarıda ilk örneğe göre kadının yargılama sonucunda boşandığı kocasının soyadını taşımasına izin verilmesinden sonra haysiyetsiz yaşam sürmesi halinde koca çekişmeli yargıya konu olabilecek iznin kaldırılması talebini değişiklik davasıyla ileri sürebilecektir⁶¹.

Ayrıca, Yargıtay şartlarda değişiklik olması halinde kadının da boşandığı kocanın soyadını kullanmasına ilişkin olarak lehine verilen iznin iptalini isteyebileceğini ifade etmektedir⁶². Kanun'da kadına böyle bir imkan tanınmamıştır. Ancak bu hükümden kadının da faydalanabileceğini kabul edersek söz konusu iznin kaldırılmasına yönelik talebin çekişmesiz yargı işi olacağı kanaatindeyiz⁶³.

Bundan sonra yapacağımız açıklamalar TMK m. 173/2 ve 3'de çekişmesiz yargı işi olarak kabul ettiğimiz durumlar içindir. Çekişmesiz yargıya giren durumların sonradan itiraz yolu ile çekişmeli yargı alanına dahil olması haline ayrıca değinilmeyecektir.

59 Yukarıda 3- C- III başlığı altında anlatılanlar burası içinde geçerlidir.

60 **Kırtıoğlu**, Medeni Yargılama Hukukunda Değişiklik Davası, Ankara 2014, s. 175-176.

61 **Kırtıoğlu**, s. 176

62 Bkz. 2. HD., 31.05.2010, 8404/10496 (**Gençcan-Aile**, s. 605).

63 Fakat Yargıtay, söz konusu hususun da çekişmeli yargıya ilişkin olduğunu, yani, kadının da boşanmış olduğu kocası gibi dava açabileceğini ifade etmektedir. Bkz. 2. HD., 05.10.2009, 11096/16625 ve 29.05.2008, 8985/8545 (**Gençcan-Aile**, s. 605-606).

E. TMK m. 173/2 ve 3'deki Durumlarda Görevli ve Yetkili Mahkeme

Çekişmesiz yargı işleri genel olarak HMK m. 382 vd. da düzenlenmiştir. Çekişmesiz yargı işlerinde ilgililerin talepte bulunacağı mahkeme genel olarak HMK m. 383'de düzenlenmiştir. Bu hükme göre çekişmesiz yargı işlerinde görevli mahkeme aksine bir düzenleme bulunmadığı sürece sulh hukuk mahkemesidir. Ancak TMK m. 173/2-3'de yer alan hususlar aile hukukuna ilişkin olduğu için bu konuya ilişkin ayrı bir düzenlemenin bulunup bulunmadığının araştırılması gerekir. Konuya ilişkin olarak Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun m. 4/1-1'e bakıldığında 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun Üçüncü Kısım hariç olmak üzere İkinci Kitabından doğan dava ve işlerde aile mahkemelerinin görevli olacağı ifade edilmiştir. Bu çerçevede yukarıda TMK m. 173/2-3'deki hususlar hakkında ister çekişmeli yargıya ilişkin olsun ister çekişmesiz yargıya ilişkin olsun aile mahkemeleri görevli olacaktır⁶⁴. Aile mahkemesi bulunmayan yerlerde ise bu görev aile mahkemesi yetkisi verilmiş asliye hukuk mahkemesine ait olacaktır.

Çekişmesiz yargı işlerinde yetkili mahkeme ise HMK m. 384 düzenlenmiş ve buna göre; kanunda aksine hüküm bulunmadıkça, çekişmesiz yargı işleri için talepte bulunan kişinin veya ilgililerden birinin *oturduğu* yer mahkemesi yetkilidir. TMK m. 173/2-3'deki çekişmesiz yargıya ilişkin olabilecek durumlar için özel olarak yetkili mahkeme belirtilmediği için talepte bulunan kadının veya kocanın oturduğu yer aile mahkemeleri yetkili olacaktır.

Ancak şu hususa değinmekte fayda vardır: TMK m. 173/2 gereği kadın boşandığı eşinin soyadını taşımak için talebini boşanma davası sırasında ileri sürebilir mi? Bir başka deyişle kadın bu yöndeki talebini bağımsız bir talep olarak boşanma davasında ayrı ileri sürmek zorunda mıdır? Kadının boşandığı kocasının soyadını taşımak istemesi halinde mahkemeye yönelik olan izin talebi boşanma davasından bağımsız bir taleptir. Bir başka deyişle bu talep boşanmanın eki niteliğinde değildir⁶⁵. Usul ekonomisi ilkesi gereği kadına, yetki kuralları çerçevesinde boşanma davası sırasında da bu talebini

⁶⁴ 2. HD., 26.04.2007, 183/6832 (Gençcan-Aile, s. 600).

⁶⁵ 2. HD., 06.07.2010, 11991/13582 (Gençcan-Aile, s. 598).

ileri sürebilme imkânı tanınabilir⁶⁶. Fakat bu durum kadının talebinin mutlaka çekişmeli yargıya ilişkin bir talep olduğu sonucunu doğurmaz. Kadının boşandığı kocasının soyadını taşımak istemesi halinde mahkemeye yönelteceği talep bağımsız bir talep olduğu için boşanma davası sona erdikten sonra ayrıca ileri sürülebilir. Ancak kadının boşanma davasından bağımsız olarak bu talebini hangi süre içerisinde ileri sürmesi gerektiği konusunda açık bir hüküm bulunmamaktadır. Burada TMK m. 178 uygulanabileceği akla gelebilir. TMK m. 178'e göre evliliğin boşanma nedeniyle sona ermesinden doğan dava hakları boşanma hükmünün kesinleşmesinin üzerinden bir yıl geçmekle zaman aşımına uğrar. Söz konusu hüküm dava hakları için uygulanacağı açıktır.

Ancak TMK m. 173/2 ve 3'de çekişmesiz yargı işi olacağını tespit ettiğimiz durumlar açısından bu hükmün uygulama kabiliyeti olup olmayacağını tartışılması gerekmektedir. Örneğin, kadının boşandığı kocasının soyadını herhangi bir talepte bulunmadan bu bir yıl da dahil olmak üzere fiilen 3 yıl kullanmıştır ve kocada bu duruma itiraz etmemiştir. Daha sonra kadın boşandığı kocasının soyadını resmen taşıyabilmek için mahkemeden bu yönde talepte bulunmuştur⁶⁷. Yargıtay kararlarına yansımış olan bu durumda, kocanın soyadının fiilen 3 yıl boyunca kadın tarafından kullanılması ve kocanın bu duruma itiraz etmemiş olması, kocanın zarar görmediğinin ispat edildiği kabul edilmektedir⁶⁸. Bu örnekte boşanma kararının kesinleşmesinden sonra 1 yıl geçmiş olabilir. Ancak, Yargıtay bu halde yerinde olarak kadının talebini onamıştır. Dolayısıyla, kadın, boşandığı kocanın soyadını taşımak ister ve mahkemeden talepte bulunursa talebin yapıldığı zamanki somut durumun şartları mahkemece değerlendirilerek karar verilmesi yerinde olacaktır. Örneğin, kadın boşandıktan on sene sonra mahkemeden talepte bulunması halinde talep mahkemece somut durumun şartları değerlendirilerek reddedilmelidir. Kadının söz konusu talep hakkı

⁶⁶ **Özkan**, Hasan, Açıklamalı- İctihatlı Aile Hukuku Davaları ve Tatbikatı, İstanbul 2005, s. 651; **Moroğlu**-Kitap, s. 106-107.

⁶⁷ Kadının menfaatinin bulunduğu ve durumun kocaya zarar vermeyeceğinin ispatlanması halinde mahkemece kendisine izin verilebilecektir (TMK m. 173/2).

⁶⁸ Bkz. 2. HD., 25.01.2005, 14935/675 (**Gençcan**-Aile, s. 600).

dürüstlük kuralına aykırılık –hakkın kötüye kullanılması niteliği-taşımamalıdır⁶⁹.

F. TMK m. 173/2 ve 3'e İlişkin Yargılama Usulü

TMK m. 173/2'ye göre kadının boşandığı kocasının soyadını kullanabilmesi için bu yönde bir talepte bulunması gerekmektedir. Bir başka deyişle, söz konusu çekişmesiz yargı işi takibi talebe bağlı çekişmesiz yargı işidir. Kadın aile mahkemesinden (aile mahkemesi bulunmayan yerlerde bu sıfatla asliye hukuk mahkemesinden) ilgili sıfatıyla boşandığı kocasının soyadını kullanmak için talepte bulunacaktır. Çekişmesiz yargı işlerinde, davada olduğu gibi taraf kavramı kullanılmaz. Bir başka deyişle çekişmesiz yargı işlerinde, menfaatleri çatışan, zıt olan iki taraf, davacı ve davalı tarafın bulunması mümkün olmadığı için ilgili (maddi ve şekli anlamda) kavramı kullanılmaktadır. Boşandığı kocasının soyadını taşımak isteyen kadın hem talepte bulunan olarak şekli anlamda ilgili hem de mahkemenin talep sonucu vereceği kararla hukuki durumu etkileneceği için maddi anlamda ilgilidir. Boşanılan koca ise mahkemenin yargılama sonucu verilecek kararla hukuki durumunun etkilenecek olması nedeniyle maddi anlamda ilgilidir. TMK m. 173/3'de kocanın, şartların değişmesi halinde verilen iznin kaldırılmasını mahkemede talep etmesi halinde talepte bulunan koca hem şekli hem de maddi anlamda ilgili, kadın ise maddi anlamda ilgilidir.

Boşanılan koca (TMK m. 173/2) veya kadın (T MK m. 173/3) maddi anlamda ilgili sıfatıyla yapılan yargılamaya katılabilir⁷⁰. Ancak bu katılımı ferî müdahale (HMK m. 66 vd.) veya asli müdahale (HMK m. 65) şeklinde bir katılım olarak ifade etmemek gerekir. Zira doğrudan ferî müdahale ve asli müdahale kurumlarının niteliği ve amacı ile genelde çekişmesiz yargı işlerinin, özelde ise TMK m. 173/2 ve 3'deki çekişmesiz yargı işlerinin

⁶⁹ Konuya ilişkin Yargıtay kararı için bkz. 2. HD., 10.05.2004, 5317/5992 (**Tutumlu**, s. 590). Ancak Yargıtay genel olarak TMK m. 173/2 ve 3'deki hususları herhangi bir değerlendirme yapmadan dava konusu olarak kabul etmektedir. Bu kararında da TMK m. 178'in sürenin zamanlaşımı def'i şeklinde dava da ileri sürülebilirse dinlenebileceğini ifade etmektedir. Aksi halde dinlenmeyecektir. Fakat biz TMK m. 173/2 ve 3'ün doğrudan dava konusu olduğunu kabul etmediğimiz için çekişmesiz yargı işi olabilecek bu durumlarda mahkeme somut durumun şartlarını değerlendirerek, dürüstlük kuralına göz önün alarak talep hakkında bir karar verebileceğini ifade etmekteyiz.

⁷⁰ **Kuru-Nizasız Kaza**, s. 147.

niteliği ve amacı örtüşmemektedir⁷¹. Koca haklı nedenlerle boşandığı kadının soyadını taşımasını istemiyorsa bu duruma itiraz edebilir ve bu durumda çekişmesiz yargı işi çekişmeli yargı alanına dâhil olmuş olabilir. Koca, yargılama sırasında itiraz etmemiş/edememiş ise ve verilen karardan memnun değilse kararı kanun yoluna götürebilir. TMK m. 173/2 ve 3'deki durumlar çerçevesinde maddi anlamda ilgili sıfatıyla kocaya ve kadına bu tarz imkânların tanınması Anayasa'da yer alan hak arama hürriyetinin gereğidir (Anayasa m. 36)⁷².

Mahkemenin maddi anlamda ilgilileri resen mahkemeye davet edip edemeyeceği husus üzerinde de durulması gerekir. Kanunlarda mahkemenin çekişmesiz yargı işlerinde maddi anlamda ilgilileri resen yargılamaya davet edebileceğine ilişkin özel düzenlemeler yer almaktadır. Örneğin, doğrudan doğruya iflas talebinin ilan edilmesi İİK m. 177/2 ve 178/2, konkordato mühleti talebinin ve konkordatonun tasdiki ile ilgili duruşmanın ilan edilmesi İİK m. 287/1 ve 296/2⁷³. Bu hususlar özel olarak Kanun'da düzenlenmiştir. Ancak tüm çekişmesiz yargı işlerinde hukuki durumu etkilenecek olan maddi anlamda ilgililerin mahkemece resen davet edilmesini düzenleyen genel bir hüküm bulunmamaktadır. Olması gereken hukuk açısından mahkemenin maddi anlamda üçüncü kişiyi davet usulünün bütün çekişmesiz yargı işlerinde uygulanması uygun olur⁷⁴. Bu davet usulüne mahkeme işin niteliğine göre karar verebilir. Örneğin mahkeme, ilan yoluyla ilgilileri davet etmeye de karar verebilir. Her ne şekilde olursa olsun maddi anlamda ilgililerin yargılamaya katılımlarına olanak tanıyan davetin mutlaka

⁷¹ Çekişmesiz yargıda ferî müdahalenin yeri bulunmamaktadır. Zira hukuki durumları etkilenen kişiler maddi anlamda ilgili olarak şeklen her zaman çekişmesiz yargı işine katılabilme imkanına sahiptirler. Asli müdahale de çekişmesiz yargı da söz konusu olmaz (**Kuru-Nizasız Kaza**, s. 147). Zira asli müdahale de bir davaya başka bir dava açarak müdahale edilmektedir. Fakat çekişmesiz yargıda dava söz konusu olmadığı için asli müdahale söz konusu olamaz. Ancak bir çekişmesiz yargı işine itiraz o işi çekişmeli yargı alanına dahil edeceği için artık bu andan sonra ferî ve asli müdahale söz konusu olabilir (**Kuru-Nizasız Kaza**, s. 147). Doktrinde bir görüş Maddi anlamda ilgililerin çekişmesiz yargı işlerine katılımları konusunda açık hüküm bulunmadığı için ferî müdahaleye ilişkin hükümlerin niteliğine uygun düştüğü ölçüde kıyasen çekişmesiz yargı işlerinde uygulanması ileri sürülmektedir (**Budak**, s. 155).

⁷² **Özekes**, Muhammet, Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı, Ankara 2003, s. 268-273; **Budak**, s. 154.

⁷³ **Budak**, s. 157.

⁷⁴ **Budak**, s. 158.

yapılması gerektiği kanaatindeyiz. Bu yönde genel bir hükmün HMK'ya eklenmesi çekişmesiz yargı işleri açısından yararlı olacaktır. Mahkemece bu şekilde resen davet edilen maddi anlamda ilgililer, konumuz acısında boşanılan koca (TMK m. 173/2) veya kadın (TMK. 173/3), çekişmesiz yargı işi ile ilgili malzemenin toplanmasına yardımcı olmak, hukuki görüş ve itirazlarını bildirme olanağına sahip olacaktır⁷⁵. Boşanılan kocanın (TMK m. 173/2) veya kadının (TMK m. 173/3) mahkemece resen davet edilerek, bir başka deyişle kadının boşandığı kocanın soyadını taşımak istemesine yönelik başvurusunun kocaya veya kocanın şartların değişmesi nedeniyle verilen iznin kaldırılması yönündeki başvurusunun kadına tebliğ edilerek, çekişmesiz yargı işine katılmalarına fırsat verilmesi hem bu kişiler açısından hak arama hürriyetinin korunmasını hem de ileride ortaya çıkabilecek sorunların önlenmesi açısından yararlı olacaktır⁷⁶. Bu hususa ilişkin yeni bir düzenlemeye yapılıncaya kadar basit yargılama usulü çerçevesinde mahkemelerin ilgilileri resen davet edip onlara yargılamaya katılma imkanı tanınması ve kararını ilgilileri dinleyerek vermesi kanaatindeyiz.

Zira, çekişmesiz yargı işlerinde niteliğine uygun düştüğü ölçüde basit yargılama usulü (HMK m. 316 vd.) uygulanır (HMK m. 385). Basit yargılama usulünde mahkeme, mümkün olan hallerde ilgilileri davet etmeden dosya üzerinden karar verebilir. Ancak, inceleme konumuz açısından mahkemenin, örneğin, kadının TMK m. 173/2 çerçevesinde talepte bulunması halinde kocayı, kocanın TMK m. 173/3 çerçevesinde talepte bulunması halinde kadını davet edip dinlemesi verilecek karar neticesinde hukuki durumları etkilenecek olan ilgililer (koca veya kadın) açısından uygun olacaktır. Bir başka deyişle, aile mahkemesi söz konusu durumlarda dosya üzerinden inceleme yapıp karar vermesi ilgililerin menfaatleri açısından uygun değildir. Bu konularda, ilgililer davet edilip onlara itiraz hakkının tanınması hak arama hürriyetinin gerçekleşmesine de hizmet edecektir.

Çekişmesiz yargılama işlerin aksine bir hüküm bulunmadığı sürece de davadaki gibi " taraflarca getirilmesi ilkesi değil" resen araştırma ilkesi geçerlidir (HMK m. 385). TMK m. 173/2'de ispat edilmesi gereken iki husustan (kadının menfaatinin bulunduğu ve bu durumun kocaya zarar vermeyeceği) söz edilmiştir. Ancak bu iki hususun kim tarafından ispat

⁷⁵ Budak, s. 158.

⁷⁶ Budak, s. 159.

edileceği, yani kadın tarafından ispatlanmasının gerekip gerekmediği açıkça ifade edilmemiştir. O halde söz konusu durumda mahkeme resen araştırma yapabilecektir. Zira kanunda resen araştırma ilkesinin uygulanmasını engelleyecek aksine bir hüküm bulunmamaktadır. Aynı hal TMK m. 173/3'de kocanın talepte bulunması açısından geçerlidir. Yani bu halde de resen araştırma ilkesinin uygulanacağı kanaatindeyiz.

Çekişmesiz yargıda deliller konusu çekişmeli yargıdan farklı bir durum arz etmemektedir⁷⁷. Bir başka deyişle, çekişmeli yargıda olduğu gibi çekişmesiz yargıda da hâkime bir vakıanın hakkında kanaat vermeye yarayan her şey delildir⁷⁸. Çekişmesiz yargı işlerinde resen araştırma ilkesi geçerli olduğu için hâkim, inceleme konusu yapmış olduğu işe ilişkin olarak ilgililerin ileri sürmüş olduğu deliller ile yetinmek zorunda değildir⁷⁹. Bir başka deyişle hâkim çekişmesiz yargı işlerinde ilgililerin ileri sürdüğü deliller ile yetinebileceği gibi kendisi resen araştırma yaparak durumu aydınlatabilir. Konuya ilişkin olarak TMK m. 173/2'de iki hususun ispat edilmesi aranmakta ancak ispatın kim tarafından yapılacağı açıkça vurgulanmamaktadır. Kanaatimizce söz konusu hal çekişmesiz yargı işi olarak kabul edildiği için hakim ilgili kadının ileri süreceği delillerle yetinebilir veya yetinmeyerek kendisi resen araştırma yaparak söz konusu hususlara açıklık getirebilir. TMK m. 173/3 için de durum aynıdır.

Çekişmesiz yargıda, çekişmeli yargıda olduğu gibi mutlak anlamda bir feragat, kabul ve sulhten söz edilemez⁸⁰. Ancak takibi talebe bağlı çekişmesiz yargı işlerinde talepte bulunan ilgilinin talep konusu üzerinde tasarruf yetkisi vardır⁸¹. Kadının boşandığı kocasının ismini taşımak istemesi halindeki talebi veya kocanın sonradan şartların değişmesi nedeniyle mahkemece verilen iznin kaldırılması yönündeki talebi söz konusu çekişmesiz yargı işlerinin takibinin talebe bağlı olduğunu göstermektedir. Bu gibi takibi talebe bağlı çekişmesiz yargı işlerinde talepte bulunan ilgili olarak

77 **Kuru-Nizasız Kaza**, s. 167.

78 **Kuru-Nizasız Kaza**, s. 167.

79 **Kuru-Nizasız Kaza**, s. 168.

80 **Kuru-Nizasız Kaza**, s. 171. Zira, hem çekişmeli yargıda anlaşıldığı manada bir neticeci talep hem de husumetin yöneldiği bir karşı taraf söz konusu değildir.

81 Aksi görüş için bkz. **Kuru-Nizasız Kaza**, s. 171.

kadın veya boşanılan koca talebinden feragat ederek yargılamaya sona verilebilir⁸².

Takibi talebe bağlı çekişmesiz yargı işlerinde yargılamanın başlaması için ilgilinin/ilgililerin talepte bulunması gerekir. Çekişmeli yargıda davanın geri alınmasında olduğu gibi (HMK m. 123) çekişmesiz yargıda da ilgililer taleplerini geri alabilirler. Ancak çekişmesiz yargı da bir karşı taraf bulunmadığı için talebin geri alınmasında karşı tarafın rızası da aranmayacaktır. Bir başkadeyişle ilgi/ilgililer herhangi bir rıza söz konusu olmadan taleplerini geri alabilirler. Fakat birden fazla ilgilinin talepte bulunması halinde ilgililerden birinin talebini geri alması diğer ilgililer açısından yargılamanın devamını etkilemez⁸³. Çekişmesiz yargı işlerinde mahkemece verilen kararların şeklen kesinleşmesi söz konusu ise şeklen kesinleşme anına kadar talep geri alınabilir⁸⁴. Ancak kararların şeklen kesinleşmesi söz konusu değilse geri alınma talebinin mahkemece karar verilene kadar ileri sürülebilmesi gerektiği kanaatindeyiz. TMK m. 173/2 ve 3'deki çekişmesiz yargı işleri açısından da kadın veya koca herhangi bir rıza söz konusu olmadan *mahkemece karar verilene kadar* taleplerini geri alabilirler. Talebin ger alınması ile kadın veya kocanın taleple birlikte başlatmış olduğu yargılama sona erer.

Çekişmeli yargıda olduğu gibi çekişmesiz yargı işlerinde de mahkemece verilen kararları nihai kararlar ve ara kararlar olmak üzere ikiye mümkündür⁸⁵. Ancak çekişmesiz yargıda, çekişmeli yargıdaki – davadaki-gibi bir maddi hukuk uyuşmazlığının çözümlenmesi söz konusu olmadığı için davayı esastan karara bağlayan nihai karar anlamında bir “*hükümden*” söz edilemez⁸⁶. Bu yüzden çekişmesiz yargı işlerin de mahkemenin vermiş olduğu “hükümden” değil de “karardan” söz edilmesi uygun olacaktır⁸⁷. Çekişmesiz yargı işlerinde mahkemenin vermiş olduğu karar kanunda aksine düzenleme bulunmayan hallerde maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmez

82 Aksi görüş için bkz. **Kuru-Nizasız Kaza**, s. 173; **Budak**, s. 173.

83 **Kuru-Nizasız Kaza**, s. 172.

84 Aksi görüş için bkz. **Kuru-Nizasız Kaza**, s. 172.

85 **Kuru-Nizasız Kaza**, s. 174.

86 **Budak**, s. 174.

87 **Kuru-Nizasız Kaza**, s. 174; **Budak**, s. 174.

(HMK m. 388). TMK m. 173/2 ve 3 açısından verilen mahkeme kararları da maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmeyecektir.

Çekişmesiz yargı işlerinde verilen kararlara karşı hukuki yararı bulunan ilgililer, özel kanuni düzenlemeler saklı kalmak kaydıyla, *kararın öğrenilmesi anından itibaren* iki hafta içerisinde, HMK hükümleri çerçevesinde istinaf yoluna başvurabilirler (HMK m. 387). Ancak çekişmesiz yargı işlerinde verilen kararlar temyiz edilemez (HMK m. 362/1-ç). Ancak, henüz bölge adliye mahkemeleri faaliyete geçmediği için çekişmesiz yargıda verilen kararlara karşı HUMK hükümleri uyarınca temyiz yoluna gidilebilir.

HMUK m. 427 herhangi bir ayırım yapmadan bütün nihai kararlar için temyiz yoluna başvurulabileceğini ifade etmektedir. Ancak, yargı kararlarında ve doktrinde çekişmesiz yargıya ilişkin mahkeme kararlarına karşı temyiz yoluna gidilip gidilemeyeceği konusunda bir görüş birliği bulunmamaktadır⁸⁸. Kanaatimizce hukuki durumu etkilenen maddi anlamda ilgililer çekişmesiz yargı işini temyiz yoluna götürebilir. TMK m. 173/2 ve 3'de çekişmesiz yargı işi olarak kabul ettiğimiz hususlar açısından da temyiz yoluna gidilebilir⁸⁹. İlgililerin temyiz yoluna gidebilmesinin temel gerekçesi Anayasa m. 36'da düzenlenen hak arama hürriyetidir.

Kanun'da ifade edildiği üzere çekişmesiz yargı kararları aksine hüküm bulunmayan hallerde maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmeyecektir. Fakat, burada önem arz eden hususu çekişmesiz yargı işlerinin şekli anlamda kesin hüküm teşkil edip etmeyeceğidir. Çekişmesiz yargıya ilişkin olarak mahkemece verilmiş olan karar için hukuki yararı bulunan ilgililer –özel düzenlemeler saklı kalmak kaydıyla- *kararın öğrenilmesi anından* itibaren kanun yoluna gidebilecektir. Bazı kararlar verildikleri anda kesindir; bazıları ise kanun yoluna süresi içerisinde gidilerek kanun yolu incelemesi sonucunda veya süresinde kanun yoluna gidilmeyerek kesinleşir⁹⁰. Çekişmesiz yargı işlerinde kanun yoluna gidilmesi için öngörülen sürenin başlangıcının ispatı zordur; yalnızca kanun yoluna başvuracak ilgilinin beyanına göre tespit edilecek bir tarih olarak anlaşılmaktadır. Bu yüzden özel kanun hükümleri

⁸⁸ Budak, s. 175-177.

⁸⁹ Özkes, Muhammet, Çekişmesiz Yargı, <http://www.taa.gov.tr/indir/hmk-sunumlari-cekismesiz-yargiZG9zeWF8b3pla2VzLTYtY2VraXNtZXNpei15YXJnaS5wcHR8OA/>, s. 1-7 (Erişim: 05.04.2015), s. 7.

⁹⁰ Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 654.

saklı kalmak kaydıyla çekişmesiz yargı işlerinin şeklen kesinleşmesi mümkün görünmemektedir. Fakat inceleme konumuzu teşkil eden TMK m. 173/2 ve 3'de olabileceği gibi herhangi bir çekişmesiz yargı işinde mahkeme ilgilileri davet edip dinler ve sonra kararı tefhim veya tebliğ ederse, söz konusu karar için temyiz süresi muğlak bir tarihte değil tebliğ veya tefhim tarihinde de başlar. Zira, kanun yoluna başvuracak olan ilgili, söz konusu kararı başka bir tarihte öğrendiğini iddia ederek o tarihten itibaren temyiz yoluna gidemez. Bu durumda, TMK m. 173/2 ve 3 veya benzer çekişmesiz yargı işlerinde verilen kararlar şeklen kesinleşebilir.

SONUÇ

Çalışmamızın amacı HMK m. 382/2-b'de ifade edilmeyen TMK m. 173/2 ve 3'ün çekişmesiz yargıya ilişkin HMK m. 382/1'de ifade edilen ölçütler çerçevesinde çekişmesiz yargı işi olup olmadığının tespitidir. Çekişmesiz yargı işi olabileceğini tespit ettiğimiz hususlar hakkında genel olarak çekişmesiz yargı işlerinde uygulanan yargılama usulleri (yargılamanın başlaması, yetkili mahkeme/mahkemeler, ilgililerin davet edilmesi, ilgililerin yargılamaya katılıp katılamayacağı, verilen kararların niteliği, kanun yolları gibi) geçerli olacaktır. Bu çerçevede çalışmamız açısından vardığımız sonuçları şöyle sıralayabiliriz:

TMK m. 173/2 kapsamında kadının boşanmış olduğu kocasının soyadını taşımak istemesi halinde bu konuya ilişkin olarak mahkemeden talepte bulunmasının HMK m. 382/1'de ifade edilen çekişmesiz yargı işi ölçütlerinden hem “uyuşmazlığın bulunmaması” ölçütüne hem de “ileri sürülebilecek bir hakkın bulunmaması (sübjektif hak yokluğu)” ölçütüne girdiği kanaatindeyiz.

Her ne kadar doktrinde bir çekişmesiz yargı işinin itiraz sonucu çekişmeli yargı alanına dahil olabilmesi için söz konusu çekişmesiz yargı işinin münhasıran uyuşmazlığın bulunmaması ölçütüne göre çekişmesiz yargı işi olması gerektiği savunulsa da bazı durumlarda iki ölçüt açısından çekişmesiz yargı işi olarak kabul edilen durumlarında istisnai olarak itirazla birlikte çekişmeli yargı alanına gireceğini kanaatindeyiz. Zaten, doktrinde bu görüşü savunan da bazı istisnaların olabileceğini kabul ederek istisnalara örnek vermiştir. Kanaatimizce TMK m. 173/2'de bu istisnalardan birini oluşturmaktadır. Koca, kadının haysiyetsiz yaşam sürdüğü gerekçesiyle kadının talebine itiraz ederse ortaya bir uyuşmazlık çıkacaktır ve çekişmesiz yargı işi olarak kabul ettiğimiz husus çekişmeli yargı alanına dahil olacaktır.

Yargıtay ise kadının boşandığı kocasının soyadını taşımak istemesi yönündeki talebinin dava şeklinde mahkemeden talep edebileceğini kararlarında ifade etmektedir. Yargıtay TMK m. 173/2'deki talebin gerçekten dava konusu edilip edilemeyeceğini incelemeyen çekişmeli yargı alanına dahil bir iş olarak kabul etmektedir.

TMK m. 173/3 gereğince koca şartlarda değişiklik olması nedeniyle verilen iznin kaldırılmasını talep edebilecektir. Ancak kaldırma talebinin çekişmesiz yargı işi mi yoksa çekişmeli yargıya dahil bir iş mi olacağı, hem değişen şartların niteliğine hem de kadının, kocanın talebine karşı tutumuna göre değişecektir. Örneğin, kadın haysiyetsiz yaşam sürmeye başlamış ise kocanın sübjektif hakkı –kişilik hakkı- kadın tarafından ihlal edilmiş olur ve kadın ile koca arasında dava konusu olabilecek bir uyuşmazlık söz konusu olacaktır. Bu durumda kocanın izin kaldırma talebi dolayısıyla çekişmeli yargı alanına girecektir. Ancak koca iznin kaldırılmasını, kadının artık menfaati olmadığı (örneğin, kadının, kocanın soyadı ile tanınmış olduğu işi bıraktığı) gerekçesiyle mahkemeden talep eder ve kadın da bu duruma itiraz etmez ise çekişmesiz yargı işinden söz edilebileceği kanaatindeyiz.

TMK m. 173/2 ve 3'de çekişmesiz yargı işi olarak kabul ettiğimiz hususlar hakkında görevli mahkeme aile mahkemesidir.

KAYNAKÇA

- Abik**, Yıldız, Kadının Soyadı ve Buna Bağlı Olarak Çocuğun Soyadı, Ankara 2005.
- Akıntürk**, Turgut/ **Karaman**, Derya Ateş, Türk Medeni Hukuku İkinci Cilt Aile Hukuku Yenilenmiş, 6098 sayılı Yeni Borçlar Kanunu'na Uyarlanmış 16. Baskı, İstanbul 2014.
- Alagoya**, Yavuz/**Yıldırım**, Kamil/**Deren-Yıldırım**, Nevhis, Medeni Usul Hukuku Esasları, Genişletilmiş Gözden Geçirilmiş 7. Baskı, İstanbul 2009.
- Arslan**, Ramazan/ **Tanrıver**, Süha, Yargı Örgütü Hukuku Ders Kitabı, 2. Baskı, Ankara 2001.
- Budak**, Ali Cem, Türk Hukukunda Çekişmesiz Yargı (Tebliğ), Medeni Usul ve İcra-İflas Hukukçuları Toplantısı IV, Ankara 30 Eylül-1 Ekim 2005, s. 128-187.
- Gençcan**, Ömer Uğur, 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu, Bilimsel Açıklama-İçtihatlar-İlgili mevzuat, 1. C, Genişletilmiş 2. Baskı, Ankara 2007, s. 1430 (**Gençcan-Kanun**).
- Gençcan**, Ömer Uğur, Aile Hukuku, Ankara 2011, s. 99 (**Gençcan-Aile**, s. 599).
- Karlı**, Abdurrahim, Medeni Muhakeme Hukuku, 6100 Sayılı HMK Hükümlerine Göre Yargıtay Kararları İşlenmiş ve Gözden Geçirilmiş 3. Baskı, İstanbul 2012.
- Kırtıoğlu**, Medeni Yargılama Hukukunda Değişiklik Davası, Ankara 2014.
- Kuru**, Baki, Hukuk Muhakemeleri Usulü, 6. Baskı, C. I, İstanbul 2001 (**Kuru-C.I**).
- Kuru**, Baki, Nizasız Kaza, Ankara 1961.
- Kuru**, Baki/**Arslan**, Ramazan/ **Yılmaz**, Ejder, Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, 24. Baskı, Ankara 2013.
- Moroğlu**, Nazan, Kadının Soyadı, İstanbul 1999, s. 103 (**Moroğlu-Kitap**).
- Moroğlu**, Nazan, Kadının Soyadı, Prof. Dr. Necla Arat'a Armağan, İstanbul 2004, s. 281-307 (**Moroğlu-Armağan**).
- Özekes**, Muhammet, Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı, Ankara 2003.

Özekes, Muhammet, Çekişmesiz Yargı, <http://www.taa.gov.tr/indir/hmk-sunumlari-cekismesiz-yargi-ZG9zeWF8b3pla2VzLTYtY2VraXNtZXNpei15YXJnaS5wcHR8OA/>, s. 1-7 (Erişim: 05.04.2015).

Öztañ, Bilge, Aile Hukuku, 4. Bası, Ankara 2004.

Pekcanıtez, Hakan/**Atalay**, Oğuz/**Özekes**, Muhammet, Medeni Usul Hukuku, 13. Bası, Ankara 2012.

Postacıoğlu, İlhan E., Medeni Usul Hukuku Dersleri, 6. Bası, s. İstanbul 1975.

Tanrıver, Süha, Türk Hukuku Bağlamında Çekişmesiz Yargı ve Noterlik, (Prof. Dr. Fırat ÖZTAN'a Armağan, Ankara 2010, s. 2013-2036), Makalelerim II, Ankara 2011, s. 347.

Tutumlu, Mehmet Akif, Yeni Türk Medeni Kanun Hükümlerine Göre Evliliğin Butlanı, Boşanma, Ayrılık, Sebepleri ve Boşanmanın Hukuki Sonuçları, Ankara 2006.

Üstündağ, Saim, Medeni Yargılama Hukuku, C. I-II, Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 7. Baskı, İstanbul 2000.