



Cilt: 10 | Sayı: 1
Temmuz 2022



Derginin Sahibi

Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanlığı Adına
Prof. Dr. Şafak NARBAY

Yazı İşleri Müdürü

Dr. Öğr. Üyesi Alper IŞIK

Baş Editör

Dr. Öğr. Üyesi Alper IŞIK

Editör

Arş. Gör. Ramazan YÜCEL

İletişim Adresi

Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi,
Esentepe Kampüsü
54187, Serdivan / SAKARYA
Tel: +90 (264) 295 70 54
Faks: +90 (264) 295 70 53
E-posta: hukukdersisi@sakarya.edu.tr
Elektronik Ağ: www.hf.sakarya.edu.tr

Sayfa / Kapak Tasarımı

Emre KIZMAZ

Yayıncı

Seçkin Yayıncılık A.Ş.
Mustafa Kemal Mah. 2158. Sok. No: 13 Çankaya / ANKARA
Tel: 0312 435 30 30 - Faks: 0312 435 24 72

Basılan Matbaa

Vadi Grafik Ltd. Şti. - Sertifika No: 47479
İvedik Organize Sanayi Bölgesi 1420 Cad. No: 58/1 - Yenimahalle / ANKARA
Tel: 0312 395 85 71

Basım Yeri | Yılı

Ankara | Temmuz 2022

ISSN

2147-768X

*Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,
yılda iki sayı olarak Temmuz ve Aralık aylarında yayımlanan,
ULAKBİM TR Dizin tarafından taranan,
ulusal süreli ve hakemli bir dergidir.
Dergide yayımlanan yazılarda ileri sürülen görüşler yazarlara aittir;
Fakülteyi, dergiyi ve yayınevini bağlamaz.*

DANIŞMA KURULU

- Prof. Dr. Abuzer KENDİGELEN (*İstanbul Üniversitesi*)
Prof. Dr. Arslan KAYA (*İstanbul Üniversitesi*)
Prof. Dr. Ayhan DÖNER (*Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi*)
Prof. Dr. Bihterin DİNÇKOL (*Marmara Üniversitesi*)
Prof. Dr. Cem BAYGIN (*Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi*)
Prof. Dr. Hayrettin ÇAĞLAR (*Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi*)
Prof. Dr. İbrahim AÇIK (*Marmara Üniversitesi*)
Prof. Dr. İbrahim ÖZBAY (*Tokat Gaziosmanpaşa Üniversitesi*)
Prof. Dr. İbrahim SUBAŐI (*İstanbul Medeniyet Üniversitesi*)
Prof. Dr. Mahmut KOCA (*İstanbul Medipol Üniversitesi*)
Prof. Dr. Mehmet ÖZDAMAR (*Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi*)
Prof. Dr. Murat DOĞAN (*Erciyes Üniversitesi*)
Prof. Dr. Nihat BULUT (*İstanbul Medipol Üniversitesi*)
Prof. Dr. Nurşen CANİKLIÖĞLU (*Marmara Üniversitesi*)
Prof. Dr. Ömer ÇINAR (*İbn Haldun Üniversitesi*)
Prof. Dr. Sururi AKTAŞ (*Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi*)

YAYIN KURULU ÜYELERİ

- Dr. ÖĞr. Üyesi Alper IŞIK (*Baş Editör*)
Arş. Gör. Ramazan YÜCEL (*Editör*)
Arş. Gör. Cemre Edip YALÇIN (*Yabancı Dil Editörü*)
Arş. Gör. Ebrar Sena ORUÇHAN
Arş. Gör. Makbule ALTINDAL
Arş. Gör. Rümeysa DEMİR
Arş. Gör. Yunus Emre BOZCU

SAKARYA ÜNİVERSİTESİ

HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

Yayın İlkeleri

1. Sakarya Hukuk Dergisi hakemli bir dergidir. Fakülte Yönetim Kurulu'nun 07.02.2013 tarih ve 23 sayılı kararı ve Üniversite Yönetim Kurulunun 21.02.2013 Tarih ve 494 sayılı onayı gereğince Temmuz ve Aralık aylarında olmak üzere yılda iki kez yayımlanır. Dergi, 2021 yılından itibaren ULAKBİM TR Dizin'de taranmaktadır.
2. Dergide yayımlanmak üzere gönderilen bilimsel nitelikli çalışmalar hukuk alanında, bilimsel içerikte ve daha önce başka bir yerde yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır. Dergide, hakem denetiminden geçen çalışmalar dışında, kitap incelemesi, mevzuat değerlendirmesi, çeviri ve bilgilendirici notlara da yer verilir. Bu nitelikteki yazıların kabulü veya geri çevrilmesi, Yayın Kurulu tarafından yapılır.
3. Derginin yayın dili Türkçe ve İngilizcedir. Farklı dillerdeki çalışmaların yayımlanması, Yayın Kurulu'nun kararına bağlıdır. Yayımlanan makalelerin fikri ve ilmi, çevirilerin ise hukuki sorumluluğu yazarlarına/çevirmenlerine aittir. Çevirilerin yayımlanmış olduğu dildeki asıl nüshası ile birlikte gönderilmesi şarttır.
4. Dergide yayımlanacak çeviri yazılarda çevirmen, iletildiği çalışmayla birlikte eserin yazarından ve/veya yayım hakkına sahip kişi veya kurumdan aldığı yazılı onay belgesini Yayın Kurulu'na iletmek zorundadır.
5. Yayımlanmak üzere gönderilecek yazılar "Microsoft Word" programında kaydedilmiş, ana metin yazı tipi Times New Roman-12 punto, 1.5 satır aralığında ve iki yana yaslı; dipnotlar ise, Times New Roman 10 punto, tek satır aralığında ve iki yana yaslı; normal stil olmak üzere hazırlanmalıdır.
6. Yazarlar, unvanlarını, ORCID numaralarını (Bilimsel Araştırmacı Kimlik Numarası), görev yaptıkları kurumları, haberleşme adreslerini, telefon numaralarını ve e-posta adreslerini bildirmelidir.
7. Yayımlanmak üzere gönderilecek çalışmalar, en az 100 en çok 200 kelimededen oluşacak Türkçe ve İngilizce özet içermelidir. Çalışmalarda ayrıca Türkçe ve İngilizce başlık ve 5 adetten az olmamak üzere anahtar kelimelere yer verilmelidir.
8. Sakarya Hukuk Dergisine gönderilen yazılar, Yayın Kurulu tarafından öncelik sırasına konur ve çalışmalar derginin yayım ilkeleri ve yazım kurallarına uygunluğu bakımından ön değerlendirmeye tabi tutulur. Yayın ilkelerine ve yazım kurallarına uygun biçimde hazırlanmayan makaleler değerlendirmeye alınmaz ve hakeme gönderilmez.
9. Ön değerlendirme sonrasında yazılar, intihal taramasına tabi tutulur. Tarama neticesinde benzerlik oranı %20'nin üzerinde çıkan çalışmalar değerlendirmeye alınmaz ve hakeme gönderilmez.

10. Yazarların dergiye gönderdikleri yazılarının denetimini yapmış oldukları ve bu halıyla basıma verdikleri kabul edilir. Bilimsellik ölçütlerine uyulmadığı ve olağanın üzerinde yazım yanlışlarının tespit edildiği yazılar, Yayın Kurulu tarafından geri çevrilir. Yayın Kurulunca ön değerlendirmesi yapılan ve intihal taramasından geçen yazılar, kör hakemlik sistemi uyarınca yazar adları metinden çıkarılarak iki hakeme incelenmek üzere gönderilir. Yazarlara yazının hangi hakeme gönderildiği ile ilgili bilgi verilmez. Hakem raporunda düzeltme istenmesi durumunda yazar, sadece belirtilen düzeltmeler çerçevesinde değişiklikler yapabilir. Yazar, hakemler tarafından önerilen düzeltmeleri yaptıktan sonra tekrar hakem denetimine başvurur.
11. Bir hakem raporunun olumsuz olması durumunda yazı incelenmek üzere üçüncü bir hakeme gönderilir. En az iki hakem denetiminden geçmeyen yazılar dergiye kabul edilmez. Yayınlanmayan yazılar, yazarına geri gönderilmez.
12. Süresi içerisinde hakem incelemesinden geri gelmeyen çalışmalar, yazarı tarafından aksi yönde bir talep bulunmadıkça derginin bir sonraki sayısında değerlendirilir.
13. Yazılar yayımlanmak üzere kabul edildiği takdirde, elektronik ortamda tam metin olarak yayımlamak da dahil olmak üzere tüm yayın hakları Sakarya Üniversitesine aittir. Yazarlar telif haklarını Üniversiteye devretmiş sayılır, ayrıca telif ücreti ödenmez.
14. Makalenin sonunda, makalede kullanılan kaynakların yazar soyadına göre alfabetik sıraya dizildiği kaynakçaya yer verilmelidir. Kaynakça İSNAD 2. Edisyon'a uygun şekilde oluşturulmalıdır. Kaynakça örnekleri için <https://www.isnadsistemi.org/guide/isnad2/isnad-dipnotlu/> adresinden İSNAD 2. Edisyon - Dipnotlu Online Kılavuz'una bakılmalıdır. (1 Temmuz 2022 tarihinden sonra gönderilen makaleler için geçerlidir.)
15. Yararlanılan kaynaklara ilişkin metin içindeki atıflar, her bir sayfa sonunda dipnot olarak gösterilmelidir. Makalelerde yapılan atıflar İSNAD 2. Edisyon atf sistemine uygun olarak dipnotlu şekilde yapılmalıdır. Atıf örnekleri için <https://www.isnadsistemi.org/guide/isnad2/isnad-dipnotlu/> adresinden İSNAD 2. Edisyon - Dipnotlu Online Kılavuz'una bakılmalıdır. (1 Temmuz 2022 tarihinden sonra gönderilen makaleler için geçerlidir.)

Yazım Kuralları^(*)

I. Makale Gönderim Şekli

1. Yazılar, Sakarya Hukuk Dergisi'nin DergiPark sayfası üzerinden gönderilmelidir. Başka kanallardan yapılan gönderimler kabul edilmeyecektir.

II. Gönderilecek Makalelerde Bulunması Gereken Hususlar

1. Dergiye basılmak üzere gönderilen bilimsel çalışmalar, kamu hukuku, özel hukuk ve mali hukuk alanlarına ilişkin bulunmalı ve daha önce başka bir yerde yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır.
2. Makale başlığı sayfa ortalanmış şekilde, Türkçe ve İngilizce olarak alt alta yazılmalıdır.
3. Dergiye gönderilecek makalelerde, Türkçe ve İngilizce olarak "Öz" ile "Anahtar Kelimeler" yer almalı ve virgül ile birbirlerinden ayrılmalıdır.
4. Metin içerisinde içeri doğru girintili paragraflara yer verilmemeli, tüm paragraflar sola dayalı olarak oluşturulmalıdır.
5. Dergiye gönderilecek makalelerde, ilk sayfada makale başlığının altında yazarın yalnızca ismine ve akademik unvanına yer verilmeli, ismin yanında (*) simgesiyle oluşturulacak dipnotta sırasıyla görevli olunan kurum, fakülte ve bölümü ile yazarın kurumsal e-posta adresi ve ORCID numarasına yer verilmelidir.
6. Yazıların gövde metni Times New Roman karakteri 12 punto; dipnotlar sayfanın altında gösterilecek biçimde, Times New Roman karakteri 10 punto olacak şekilde kaleme alınmalıdır. Yazılarda dilbilgisi kurallarına uyulmalıdır.
7. Yazılarda kullanılacak başlık simgeleri sırasıyla aşağıda gösterilen şekilde oluşturulmalıdır.

I. BİRİNCİ DERECEDE ALT BÖLÜM

A. İKİNCİ DERECEDE ALT BÖLÜM (A, B)

1. Üçüncü Derecede Alt Bölüm (1, 2)

a. Dördüncü Derecede Alt Bölüm (a, b)

aa. Beşinci Derecede Alt Bölüm (aa, bb)

aaa. Altıncı Derecede Alt Bölüm (aaa, bbb)

aaaa. Yedinci Derecede Alt Bölüm (aaaa, bbbb)

8. Dipnotlar, ilgili sayfanın sonuna sıralı numaralar hâlinde eklenmelidir. Dipnotlar 10 punto kullanılarak, 1 satır aralıklı olarak ve iki yana yaslanmış şekilde yazılmalıdır.
9. Makalenin sonunda, makalede kullanılan kaynakların, yazarların soyadlarına göre sıralandığı bir kaynakça bulunmalıdır. Kaynakça İSNAD 2. Edisyon'a uygun şekilde oluşturulmalıdır. Kaynakça örnekleri için <https://www.isnadsistemi.org/guide/isnad2/isnad-dipnotlu/> adresinden İSNAD 2. Edisyon - Dipnotlu Online Kılavuz'unabakılmalıdır. (1 Temmuz 2022 tarihinden sonra gönderilen makaleler için geçerlidir.)

^(*) Dergi "Yazım Kuralları" 2021/2 sayısından itibaren geçerli olacaktır.

III. Hakem İncelemesi ve Makalenin Yayımına İlişkin İlkeler

1. Yayın Komisyonu'nca ilk değerlendirmesi yapılan yazıların, yayın ilkelerine uygun hazırlanmadığının tespit edilmesi halinde, bu yazılar yazarına iade edilir.
2. Yayın Komisyonu'nun ilk değerlendirmesinden geçen yazılar, makalenin konusuna göre alanında uzman iki hakemin değerlendirmesine sunulur ve iki hakemin olumlu görüşleri alınmaksızın ya da hakemler tarafından önerilen düzeltmeler yapılmaksızın yayınlanmaz.
3. Hakemlerden biri olumlu diğeri olumsuz görüş bildirdiğinde, eser kural olarak bir sonraki sayıda yayımlanmak üzere üçüncü bir hakeme gönderilir. Üçüncü hakemin görüşünün olumlu olması halinde eser yayıma kabul edilir.
4. Hakem incelemesine göre yayımlanması uygun bulunmayan yazılar iade edilir. Bu konuda nihai takdir Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Yayın Kurulu'na aittir.

IV. Telif Hakları ve Sorumluluk

1. Dergide yayımlanan yazıların telif hakları yazarı veya yazarları tarafından karşılıksız olarak Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ne devredilir.
2. Dergide yayımlanan yazılardaki görüşlerle, bunlara dair oluşacak sorumluluk yazarına veya yazarlarına aittir.
3. Dergide yayımlanacak çeviri yazılarda çevirmen, hakem atanmasından önce eserin yazarından ve/veya yayım hakkına sahip kişi veya kurumdan yazılı yayım izni almak ve bu izni belgesini yayım kuruluna iletmek zorundadır.
4. Yayımlanması için dergimize gönderilen yazıların yazım bakımından en son denetimlerinin yapılarak ulaştırıldığı ve bu haliyle basılabileceği kabul olunur.

Yayın Politikası

Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi'ne erişim için herhangi bir ücret talep edilmemektedir. Derginin tüm giderleri Sakarya Üniversitesi tarafından karşılanmaktadır. Dergide makale yayımı ve makale süreçlerinin yürütülmesi ücrete tabi değildir. Dergiye gönderilen ya da yayım için kabul edilen makaleler için işleme ücreti ya da gönderim ücreti alınmaz.

Yayın Kurulunca ön değerlendirmesi yapılan ve intihal taramasından geçen yazılar, kör hakemlik sistemi uyarınca yazar adları metinden çıkarılarak iki hakeme incelenmek üzere gönderilir. Yazarlara yazımın hangi hakeme gönderildiği ile ilgili bilgi verilmez. Hakem raporunda düzeltme istenmesi durumunda yazar, sadece belirtilen düzeltmeler çerçevesinde değişiklikler yapabilir. Yazar, hakemler tarafından önerilen düzeltmeleri yaptıktan sonra tekrar hakem denetimine başvurur.

İÇİNDEKİLER

ÖZEL HUKUK

İşverenin Fesih Hakkına İlişkin Toplu İş Sözleşmesinde Düzenlenen Sınırlamalara Uyulmamasının Sonuçları
Consequences of Non-Compliance with the Limitations in the Collective Bargaining Agreement on the Employer's Right to Termination

Dr. Öğr. Üyesi Merve ARBAK - Arş. Gör. Ramazan YÜCEL 13

Tüzel Kişi Yönetim Kurulu Üyesinin Tüzel Kişilik Perdesinin Arkasına Saklanması: İngiliz Yüksek Mahkemesinin 2010 UKSC 51 Sayılı Kararı Çerçevesinde Bir İnceleme

Legal Entity Board Member Hiding Behind the Veil of Incorporation: A Review in the Light of English High Court of Justice Decision, 2010 UKSC 51

Dr. Öğr. Üyesi Emine DEVELİ AYVERDİ - Arş. Gör. Nazlı ALBAYRAK CEYLAN 47

Nişanlılığın Sona Ermesinin Hukuki Sonuçlarından Hediyeğin Geri Verilmesi

Return of Gifts as a Legal Consequence of Breaking Off an Engagement

Dr. Öğr. Üyesi Gözde ZEYTİN ÇAĞRI 81

Due Process Rights in Arbitration in the light of the Austrian Supreme Court's Decision: Remote Hearings During the Pandemic

Avusturya Yüksek Mahkemesi Kararı Işığında Tahkimde Adil Yargılanma Hakkı: Küresel Salgında Online Duruşmalar

Öğr. Gör. Dr. Erman EROĞLU 105

Mazbut Vakıfların Tüzel Kişilikleri, Malları ve Tasfiyesi

Legal Entity, Property and Liquidation of Fused Foundation

Arş. Gör. Merve ARSLAN 123

6361 Sayılı Finansal Kiralama, Faktoring, Finansman ve Tasarruf Finansman Şirketleri Kanunu Değişikliği Kapsamında Tasarruf Finansman Sistemine Gelen Yeniliklerin Hukuki Açıldan İncelenmesi

A Legal Analysis of the Innovations Coming to the Saving Finance System within the Scope of Financial Leasing, Factoring, Finance and Saving Finance Companies Law Amendment No. 6361

Arş. Gör. Muammer Fatih ÖZTÜRK 139

KAMU HUKUKU

Asgari Geçim İndirimi Uygulamasından Vazgeçilmesinin Vergi Teorisi Bakımından Değerlendirilmesi

Evaluation of Abandonment of Minimum Living Allowance Practice in Terms of Tax Theory

Doç. Dr. Baki YEĞEN 173

1925 Tarihli Müzayede, Münakasa ve İhalât Kanununa Göre Kamu İhale Usulü

Public Procurement Procedure According to the Auction, Dutch Auction and Procurement Law of 1925

Dr. Öğr. Üyesi Gülcan AZİMLİ ÇİLİNGİR - Doğan DURNA 195

İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nde Özel Yaşam ve Kavramın Sonraki İnsan Hakları Belgelerine Etkisi <i>Private Life in the Universal Declaration of Human Rights and Its Impact on Subsequent Human Rights Documents</i> Dr. Öğr. Üyesi Sezen KAMA IŞIK.....	217
Anayasayı Değiştirme İktidarının Sınırları ve Meşruluğu Sorunu: Türkiye Özelinde Bir İnceleme <i>The Problem of Limits and Legitimacy of the Power to Amend the Constitution: A Study Specific to Turkey</i> Dr. Öğr. Üyesi Semih Batur KAYA	251
Türk Hukuk Camiasının Duguit'ye Teveccühü: Literatür Merkezli Bir Değerlendirme <i>The Turkish Legal Community's Concern to Duguit: A Literature-Based Assessment</i> Dr. Emre PARTALCI	283
Duguit'nin Egemenlik Kavramı Üzerine Eleştirileri ve Uluslararası Hukuk Bağlamında Egemenlik Kavramı <i>Duguit's Criticism on the Concept of Sovereignty and the Concept of Sovereignty in the Context of International Law</i> Arş. Gör. Görkem KAYACIK	309
Uygulama ve Öğretide İddianamenin İadesi <i>Demurrer of the Indictment in Practice and Teaching</i> İbrahim KESKİN	323

ÖZEL HUKUK



İşverenin Fesih Hakkına İlişkin Toplu İş Sözleşmesinde Düzenlenen Sınırlamalara Uyulmamasının Sonuçları^(*)

Consequences of Non-Compliance with the Limitations in the Collective Bargaining Agreement on the Employer's Right to Termination

Dr. Öğr. Üyesi Merve ARBAK^(**)
Arş. Gör. Ramazan YÜCEL^(***)

Öz

Uygulamada iş ilişkisini sona erdiren temel sebeplerden biri olan işverenin fesih hakkı ve işverenin fesih hakkının toplu iş sözleşmesi özerkliğine dayanılarak sınırlandırılmasında bu sınıra uyulmamasının sonuçlarının neler olacağına incelenmesi büyük önem taşımaktadır. İş sözleşmesinin sona ermesine ilişkin ülkemizde uygulanan yasal düzenlemeler genel olarak nispi emredici niteliktedir. İşverenin fesih hakkının sözleşmelerle sınırlandırılması veya bu hakkın kullanılmasına ilişkin koşulların ağırlaştırılması, feshe ilişkin kuralların nispi emredici nitelik taşıması nedeniyle mümkündür. Uygulamada işverenin fesih hakkının sınırlandırılması daha çok toplu iş sözleşmesiyle olmaktadır. Bu durumun en büyük sebebi ise işveren karşısında güçsüz konumda olan işçilerin bireysel anlamda işveren ile pazarlık gücüne sahip olamaması ve bu konudaki taleplerin ancak toplu iş sözleşmesiyle sağlanabilmesinden kaynaklanmaktadır. Toplu iş sözleşmesinde öngörülen sınırlamalara uyulmaması durumunda ne tür sonuçların ortaya çıkacağı ise söz konusu sınırlamalara uyulmasını sağlamak bakımından önemlidir. Konu farklı ihtimaller değerlendirilerek ele alınmaya çalışılmıştır. Öncelikle sözleşmede herhangi bir yaptırımın öngörülmemesi, daha sonra sözleşmede cezai şartın öngörülmesi ve son olarak da sözleşmede işe iade yaptırımının öngörülmesi İş Hukuku'nun temel ilkeleri ile birlikte incelenmeye çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler

Toplu İş Sözleşmesi, Cezai Şart, Fesih Hakkının Sınırlandırılması.

^(*) Araştırma Makalesi / [Makale Geliş Tarihi](#): 17.01.2021 - [Makale Kabul Tarihi](#): 03.06.2022

^(**) Okan Üniversitesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul - Türkiye
[E-posta](mailto:merve.arbak@okan.edu.tr): merve.arbak@okan.edu.tr
[Orcid No](https://orcid.org/0000-0001-6439-1969): <https://orcid.org/0000-0001-6439-1969>

^(***) Sakarya Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı, Sakarya - Türkiye
[E-posta](mailto:ryucel@sakarya.edu.tr): ryucel@sakarya.edu.tr
[Orcid No](https://orcid.org/0000-0002-7690-2735): <https://orcid.org/0000-0002-7690-2735>

Abstract

The subject of our dissertation is limitation of the employer's right of cancellation by a collective bargaining agreement. It is of great importance investigation of the right of employer's cancellation of the work contact, which is one of the most common reasons of termination of the work contact in practice. The legal arrangements related to the termination of contact for service are relatively imposing in our country. Because of that reason, the legal arrangements can be changed in favor of the employee. The limitation of an employer's right of cancellation could be possible owing to imposing regulations of termination. In practice, the regulation of the employer's right of termination is done by collective bargaining commonly. The reason is that employees are weak against the employer. What kind of consequences will arise if the limitations stipulated in the collective bargaining agreement are not complied with is important in terms of ensuring that the said restriction is complied with. First of all, it has been tried to be examined together with the basic principles of Labor Law that no sanctions are foreseen in the contract, then the penal clause is stipulated in the contract and finally the reinstatement sanction is stipulated in the contract.

Keywords

Limitation of Right of Cancellatio, Punitive Damages, Collective Bargaining Agreement.

I. GİRİŞ

Çalışma hayatında işçiye feshe karşı iş güvencesi sağlamanın en etkili yolu kanunlardır. Bu durum Türk Hukuku'nda eskiden bu yana kabul edilmiş bir yöntemdir. Ancak ülkemizde iş güvencesine ilişkin uygulanan yasal düzenlemeler halen yeterli düzeye ulaşmamış ve önemli eksikler barındırmaktadır. Bu nedenle özellikle toplu iş sözleşmeleriyle işverenin fesih hakkını sınırlandırmaya yönelik bazı hükümler öngörülmektedir. Böylelikle işçilerin de feshe karşı korunması daha etkili olmaktadır.

Toplu iş sözleşmeleriyle düzenlenen söz konusu sınırlamalara işveren tarafından uyulmaması durumunda işverenin bir yaptırımla karşılaşması gerekir. Aksi halde, toplu iş sözleşmesinde düzenlenen sınırların bir anlamı olmaz. Bir diğer deyişle işverenin toplu iş sözleşmesindeki sınırlara uyması ile uymaması arasındaki farkın ortaya konması önemlidir. Çalışmamızda işverenin karşılaşacağı yaptırımlar ele alınacaktır. İlk olarak toplu iş sözleşmelerinde feshe ilişkin sınırlamaların olması ancak bu sınırlara uyulmaması durumunda herhangi bir yaptırımın öngörülmemesi durumunda işçinin tazminat hakkı ve söz konusu feshin akıbeti incelenecektir. Daha sonra sınırlamalara uyulmaması halinde işverenin karşılaşacağı cezai şartın toplu iş sözleşmesinde düzenlenmesi hususu ele alınmıştır. Bu yolla toplu iş sözleşmesinde yer alan hükümlere uyulmadan fesih yapılması halinde, işçinin uğrayacağı zararın tazmininin, kanunun öngördüğünden daha fazla telafi edilme imkânı vardır. Toplu iş sözleşmesi bu özelliği nedeniyle mevzuatın açığını kapatma yönünde olumlu bir katkı sağlamaktadır. Son olarak da toplu iş sözleşmesindeki sınırlamalara uyulmaması halinde işe iade yaptırımının düzenlenmesi konusu İş Hukuku'nun temel ilkeleri, Yargıtay kararları ve öğretici görüşleri ile birlikte ele alınacaktır.

II. SÖZLEŞMEDE YAPTIRIMIN ÖNGÖRÜLMEMİŞ OLMASI

Uygulamada genellikle işverenin fesih hakkının toplu iş sözleşmesiyle sınırlandırılması ve bu sınıra uyulmaması halinde yine toplu iş sözleşmesinde düzenlenen cezai şart adı altında bir yaptırıma rastlanmaktadır. Bunun en önemli sebebi olarak toplu iş sözleşmesinde ayrıca bir yaptırım öngörülmediği durumlarda işverenin fesih hakkını sınırlandıran düzenlemelere uyulsa da uyulmasa da aynı yaptırımlara tabi olacağı gösterilmiştir. Bu nedenle uygulamada iş sözleşmelerinin bildirimli feshine ilişkin sınırlara uyulmaması ihtimali için toplu iş sözleşmesinde parasal yaptırımlar öngörülür. Ancak her zaman sözleşmeyle cezai şart kararlaştırıldığı görülmez. İşverenin fesih hakkının sınırlandırılması durumunda sözleşmeyle ayrıca bir cezai şart öngörülmemişse işçinin ne tür haklar talep edebileceği konusunda bir belirsizlik vardır.

Öğretide toplu iş sözleşmesiyle bir cezai şart belirlenmemiş olsa da işçinin yasal esaslara dayanarak tazminat isteyebileceği belirtilmektedir. İşçi bu yöndeki tazminat hakkını ancak koşulların varlığı ve belirli bazı durumlarda kullanabilir.¹ İş Kanunu'nun 17. maddesine göre işveren fesih bildirim esaslarına uymazsa veya fesih hakkını kötüye kullanırsa işçi ayrıca bir tazminat talep etme hakkına sahiptir. Bu maddede düzenlenen tazminatın kıdem ve ihbar tazminatı dışında bir tazminat olduğu açıktır.² 17. maddede düzenlenen tazminatın tam olarak neyi ifade ettiği kanunda belirtilmemiştir. Ancak kabul edilen görüşe göre bu maddede düzenlenen tazminat hem maddi hem de manevi tazminatı ifade etmektedir.³

Yargıtay İş Kanunu'nun 17. maddesine göre istenebilecek tazminat konusunda sınırlı bir yorum yapmaktadır. Yargıtay'ın eski kanun döneminde verdiği kararlara bakıldığında işçinin, 13. maddede yer alan tazminata (şimdiki 17) hak kazanabilmesi için işverenin fesih yaparken kötüniyetle hareket etmesi veya başkaca gerektirici bir sebebin bulunması gerekirdi. Örnek bir karara göre, "1475 sayılı İş Kanunu'nun 13. maddesine göre, işçinin ayrıca tazminat isteme hakkı vardır. Ancak bunun için işverenin kötüniyetle hareket etmiş olması ya da başkaca gerektirici bir sebebin bulunması gerekir. Davada, olayın oluş tarzına göre, işverenin ihbar ve kıdem tazminatı dışında, fesihten sonra boşta geçen süre için herhangi bir tazminatı ödemesini gerektiren sebepler yoktur. Davacının çalışması

¹ **Çelik**, Nuri, Türkiye'de İşçinin Feshe Karşı Korunması Konusundaki Yasal Düzenlemeler ve Bu Hakkın Sözleşmelerle Sınırlandırılması Konusundaki Uygulamalar, Almanya ve Türkiye'de İşçinin Feshe Karşı Korunması, İstanbul 1997, 61.

² **Çelik**, Feshe Karşı Korunma, 61; **Süzek**, Sarper, İş Akdini Fesih Hakkının Kötüye Kullanılması, Kazancı Yayınları, Ankara 1976, 171; **Esener**, Turhan, İş Hukuku, 3. Bası, Ankara 1978, 236; **Çenberci**, Mustafa, İş Kanunu Şerhi, 5. Bası, Olgaç Yayınları, Ankara 1984, 363.

³ **Tunçomağ**, Kenan/Centel, Tankut, İş Hukukunun Esasları, 9. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 2018, 207; **Süzek**, Fesih Hakkı, 170; **Çenberci**, 363; **Esener**, 236; Yarg. 9. HD., 19.6.1990, E. 1990/4384 K. 1990/7523, İHD, Ocak-Mart 1991, 91.

belirli süreli hizmet akdine de dayanmamaktadır. Süresi belli olmayan sürekli hizmet akdi ile çalışmıştır. Bütün bu durumlar itibariyle boşta geçen süreye ait isteğin reddine karar vermek gerekir”⁴

Yargıtay’ın bu yöndeki kararları öğretide Özdemir tarafından haklı olarak eleştirilmiştir. Özdemir’e göre, işverenin fesih hakkının sınırlandırılmasına ilişkin toplu iş sözleşmesi hükümlerine uyulmaması halinde Yargıtay’ın geliştirdiği ölçütlerin aranması isabetsizdir. Yargıtay’ın belirlediği ölçütlerin aranması, feshe ilişkin sınırlamaların sözleşmelerde yer almadığı durumlarda mümkün olabilir ancak toplu iş sözleşmesinde feshe ilişkin açık bir şekilde sınırlama varsa ve işveren bu sınırlamalara riayet etmezse Yargıtay’ın belirlediği ölçütlerin değerlendirmeye alınmaması gerekir. Çünkü toplu iş sözleşmesinde yer almasına rağmen belirlenen sınırlara uyulmaması sözleşmenin ihlali anlamına gelmektedir. Sözleşmenin ihlali durumu söz konusu olduğunda da artık başkaca bir inceleme yapılması yerinde olmaz. Örneğin fesih hakkının bir yıl süre için kısıtlandığı ve bu kısıtlamaya aykırılık halinde herhangi bir yaptırımın öngörülmediği durumlarda, Yargıtay’ın belirlediği ölçütler kabul edilirse herhangi bir çözüm ortaya konulamaz. Ancak bir yıllık süreye ait ücret kaybının işçinin zararını oluşturduğundan hareket edilirse söz konusu zarar için tazminat belirlenmesi yoluna gidilebilir.⁵

Gerçekten de toplu iş sözleşmesinde fesih hakkının sınırlandırılmamış olduğu durumlarda belirsiz süreli sözleşmelerin taraflarca ihbar öneli tanınmak suretiyle ya da ihbar tazminatı ödenerek her zaman feshi mümkündür. Ancak bu hak da her hak gibi Medeni Kanununun 2. maddesi uyarınca dürüstlük ve objektif iyiniyet kurallarına aykırı kullanılmamalıdır. Aksi halde fesih hakkı kötüye kullanılmış olur ve 17. madde anlamında tazminatın gündeme gelmesi söz konusu olur.⁶ Bu noktada öğretideki eleştirilere katılmaktayız. Zira 17. maddede yer alan kötüniyet tazminatına hükmedilebilmesi için toplu iş sözleşmesinde bir hüküm bulunmaması halinde mahkemece bazı kriterlerin aranması yerindedir. Söz konusu kriterler yukarıda da anıldığı gibi TMK m. 2 anlamında olmalıdır. Ancak toplu iş sözleşmesinde belirlenen bir fesih usulü varsa ve işveren bu usule uymamışsa artık burada TMK m. 2 anlamında mahkemenin ayrıca bazı kriterleri araştırması gerekli değildir. Çünkü kanımızca toplu iş sözleşmesinde yer alan fesih sınırlarına işverenin uymaması zaten dürüstlük kuralına aykırı bir davranış niteliğindedir.

Yukarıda işverenin, toplu iş sözleşmesinde fesih hakkına ilişkin öngörülen sınırlamalara uymaması durumunda karşılaşılabilecek tazminata ilişkin incelemeler yaptık. Ancak söz konusu fesihlerin akıbetinin ne olacağını henüz ele almadık.

⁴ Yarg. 9. HD., 19.6.1990, E. 1990/4384 K. 1990/7523, İHD, Ocak-Mart 1991, 91.

⁵ **Özdemir**, M. Erdem, İşverenin Bildirimli Fesih Hakkının Toplu İş Sözleşmeleriyle Sınırlandırılması, Argumentum, Yıl: 9-11, Sayı: 58, 512.

⁶ Yarg. 22. HD., 11.11.2019, E. 2019/2871 K. 2019/20754 (www.kazanci.com).

Aşağıda konuya ilişkin değerlendirmelerimizi iş güvencesine sahip olan ve iş güvencesine sahip olmayan işçiler olarak ikiye ayırarak inceledik.

İş güvencesi kapsamında olan bir işçi için toplu iş sözleşmesinde yer alan feshe ilişkin bir sınırlamaya uyulmadığı takdirde, fesih işlemi sırf sözleşmede yer alan hükme uyulmadığı gerekçesiyle haksız/geçersiz kabul edilmelidir.⁷ Konuya ilişkin Yargıtay kararları da aynı yönde, işveren tarafından toplu iş sözleşmesinde yer alan sınırlamalara uyulmadan yapılan fesihlerin haksız/geçersiz fesih olacağı yönündedir.⁸ Dolayısıyla toplu iş sözleşmesi hükmüne aykırı fesihle, feshin geçersizliği ve işçinin işe iadesi gündeme gelmelidir.⁹

İş güvencesi kapsamı dışında olan işçiler bakımından öğretilde ağırlıklı olan görüşe göre, toplu iş sözleşmesinde belirlenen sınırlamalara uyulmadan yapılan fesihler, sırf bu sınırlamalara uyulmadığı gerekçesiyle haksız feshin sonuçlarını doğurmalıdır.¹⁰ Örnek vermek gerekirse, toplu iş sözleşmesinde fesihle önce işçinin savunmasının alınmasının gerekli olduğu belirlenmişse ve buna rağmen savunma alınmadan fesih yapılmışsa haksız feshin sonuçları doğmalıdır.¹¹ Dolayısıyla iş güvencesi kapsamı dışında olan işçiler bakımından toplu iş sözleşmesinde yer alan sınırlamalara uyulmadan yapılan haksız fesih iş sözleşmesini sona erdirecek ancak haksız fesih hükümlerine göre tazminat talebi mümkün olacaktır.¹² Bu nedenle de öğretilde ileri sürülen görüşe göre iş güvencesi kapsamı dışında

⁷ **Süzek**, Sarper, İş Hukuku, 19. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul 2020, 709; **Süzek**, Sarper, İş Akdini Fesih Hakkının Sınırlandırılması, Yargıç Dr. Aydın Özkul'a Armağan, Kamu-İş, 2002, S. 4, 85; **Mollamahmutoglu**, Hamdi/Astarlı, Muhittin/Baysal, Ulaş, İş Hukuku Ders Kitabı, 4. Bası, Lykeion Yayınları, Ankara 2020, 315; **Yıldız**, Gaye Burcu, İş Hukukunda Sözleşmesel Kayıtlar, Ankara 2014, 157; **Narmanlioğlu**, Ünal, Toplu İş Sözleşmesi Özerkliği Çerçevesinde İşçinin Feshe Karşı Korunması, İktisadi, Sosyal ve Uluslararası Hukuki Boyutu ile İşçinin Feshe Karşı Korunması, Galatasaray Üniversitesi- İstanbul Barosu, İstanbul 2002, 319; **Senyen Kaplan**, Tuncay, İş Sözleşmesini Fesih Hakkının Sınırlandırılması, Prof. Dr. Turhan Esener'e Armağan, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Özel Sayısı, 201, 15 (1), 338; **Aykaç**, Hande Bahar, İşverenin Fesih Hakkının Sözleşmelerle Sınırlandırılması, 1. Baskı, Oniki Levha Yayınevi, İstanbul 2020, 303.

⁸ "... Toplu iş sözleşmesinin 27. maddesinde toplu işçi çıkarılmasına ilişkin prosedür öngörülmüş, burada önce deneme süresini doldurmamış, sonra emekliliği gelen, daha sonra sicili bozuk ve verimi az olan ve en son kidedi az olan işçilerin öncelikle çıkarılacağı belirtilmiştir. Davacının kidedemli işçi olduğu, emekliliği gelmediği ve veriminin azlığı ile sicili konusunda bir olumsuzluğun bulunmadığı, bu konuda kanıt sunulmadığı anlaşılmaktadır... Davalı işverenin öngörülen kurala uymaması iş sözleşmesinin feshini geçersiz kılar". Yarg. 9. HD., 19.3.2007, E. 2007/6187 K. 2007/7308 (www.kazanci.com); Benzer yönde diğer kararlar için bkz. Yarg. 9. HD., 16.4.2007, E. 2007/921 K. 2007/11001; Yarg. 9. HD., 18.1.2010, E. 2010/49808 K. 2010/264 (www.kazanci.com).

⁹ Yarg. 9. HD., 16.3.2009, E. 2009/21645 K. 2009/6963 (www.kazanci.com).

¹⁰ **Mollamahmutoglu/Asarlı/Baysal**, 314; **Özdemir**, M. Erdem, İşverenin Fesih Hakkının Disiplin Kuruluna Başvurma Zorunluluğu ile Sınırlandırılması, TÜHİS, Ağustos 1998, 17; **Narmanlioğlu**, Feshe Karşı Koruma, 333.

¹¹ **Yıldız**, 163; **Süzek**, Fesih Hakkının Sınırlandırılması, 81; **Özdemir**, Disiplin Kurulu, 11.

¹² **Aykaç**, 307.

kalan işçiler bakımından, işverenin fesih hakkına ilişkin öngörülen sınırlamaya uyulmaması halinde cezai yaptırımın öngörülmemiş olması söz konusu sınırlamanın etkinliğini azaltır.¹³ Bu nedenle de feshin geçerliliği toplu iş sözleşmesiyle sebep ya da usul yönünden bazı koşulların varlığına bağlı tutulup buna aykırılığın yaptırımı belirlenmemişse, işçi yararına yorum ilkesi gereği feshin geçersizliğine ve işçinin işe iadesine karar verilmelidir.¹⁴

Öte yandan toplu iş sözleşmesinde yer alan disiplin kurulu kararına uyulmadan yapılan fesihlerin durumu ise biraz daha farklıdır. Yargıtay iş güvencesi sisteminin ve 4857 sayılı İş Kanunu'nun hukukumuzda girmesinden sonra iş güvencesine sahip işçiler ve iş güvencesine sahip olmayan işçiler açısından bir ayırım yapmıştır. Yargıtay'a göre, iş güvencesine sahip olmayan işçiler açısından disiplin kuruluna gitmemek feshi tek başına haksız hale getirir. Ancak iş güvencesi olan işçiler açısından toplu iş sözleşmesinde disiplin kuruluna başvurma zorunluluğu olmasına rağmen disiplin kuruluna gidilmemesi halinde toplu iş sözleşmesine bakılmaksızın geçerli nedenin var olup olmadığı araştırması yapılır.¹⁵ Bir diğer ifade ile işverenin haklı nedenlerle fesih hakkının bulunduğu durumlarda, toplu iş sözleşmesinde fesih için disiplin kurulu kararının öngörülmesine rağmen, bu karar olmadan fesih hakkının kullanılması halinde, feshin haksız olacağı kabul edilmekle birlikte, bu durumun geçerli feshi ortadan kaldırmadığı yani geçerli fesih nedenlerinin varlığı halinde disiplin kuruluna gidilmemiş olmasının feshi tek başına geçersiz hale getirmediği Yargıtay kararlarında yerini bulmuştur.¹⁶

III. SÖZLEŞMEDE CEZAI ŞARTIN ÖNGÖRÜLMESİ

A. GENEL OLARAK

İşverenin fesih hakkının toplu iş sözleşmesiyle sınırlandırılması durumunda bu sınırlara uyulmamasının yaptırımı işçinin yasal tazminat haklarından (ihbar ve kıdem) farklı parasal bir yaptırım ya da işe iade olmalıdır.¹⁷ Aksi halde bildirimssiz fesih hakkına ilişkin toplu iş sözleşmesindeki sınırlamaya uyulmaması yapılan feshi haksız fesih haline getirir ve buna ilişkin yaptırımlar uygulanır.¹⁸ Toplu iş sözleşmesinde bu türde bir tazminat belirlemesi yapılmadığı durumlarda işçinin isteyebileceği tazminatın belirlenmesi ve hesaplanması oldukça zor olacaktır.

¹³ Çelik, Feshe Karşı Koruma, 61.

¹⁴ Başbuğ, Aydın, Türk İş Hukukunda Disiplin Cezaları, Ankara 1999, 172; Başbuğ, Aydın/Yücel Bodur, Mehtap, İş Hukuku, 5. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul 2018, 222.

¹⁵ Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 573 dn. 1965'te anılan kararlar eleştirilmiştir; Tuncay/Savaş/Kutsal, 203.

¹⁶ Yarg. 9. HD., 12.4.2010, E. 2009/49570 K. 2010/10149; Yarg. 9. HD., 29.6.2009, E. 2008/36286 K. 2009/18338; Yarg. 22. HD., 14.5.2013, E. 2013/7515 K. 2013/10949 (www.kazanci.com).

¹⁷ Özdemir, Fesih Hakkının Sınırlandırılması, 509, dn. 1.

¹⁸ Süzek, Fesih Hakkının Sınırlandırılması, 83.

Toplu iş sözleşmesinde yer alan sınırlamalara uyulmaması durumunda parasal bir yaptırımın öngörülmesi, en etkili çözümdür.¹⁹ Toplu iş sözleşmelerinde yer alan bu tür yaptırımlar, sözleşmeden doğan borca aykırılığın yaptırımı olduğu için Borçlar Kanunu'nda düzenlenen cezai şart olarak kabul edilir.²⁰ Dolayısıyla cezai şartta ilişkin kurallar uygulanır ve sonuçlar ortaya çıkar.²¹

Borçlar Kanunu'nda yer alan cezai şartın genel bir tanımını yapmak gerekirse, borcun hiç ya da gereği gibi yerine getirilmemesi halinde, borçlunun alacaklıya karşı üstlendiği edimdir.²² Borçlunun borcunu ihlal ettiği anda alacaklının ne kadar zarara uğradığına bakılmaksızın önceden belli olan bir tazminatın toplu iş sözleşmesiyle kararlaştırılmış olması halinde, borçlu hiç kuşkusuz daha dikkatli ve özenli olacaktır.²³

Taraflar arasındaki bir borcun cezai şartta bağlanıp bağlanmadığını anlamak için ilgili sözleşme hükmünü cezai şartın koşulları bakımından incelemek gerekir. Yukarıda da ifade ettiğimiz gibi cezai şart, borcun hiç ya da gereği gibi ifa edilmemesi durumunda borçlunun alacaklıya karşı ödemeyi üstlendiği edimdir. Dolayısıyla bir sözleşme hükmüne cezai şart diyebilmemiz için öncelikle o sözleşme hükmünün bir borcun ifasını garanti altına almak için düzenlenmesi gerekir aksi halde TBK anlamında bir cezai şarttan bahsedilemez.

Çalışma konumuz açısından durumu incelemek gerekirse, işverenin fesih hakkını sınırlandıran düzenlemelere uyulmaması halinde uygulanacak olan ve toplu iş sözleşmesi ile düzenlenen yaptırımlar cezai şart niteliğindedir zira bu durumda sözleşmeden doğan bir borcun ihlali söz konusudur.²⁴ Yargıtay kararlarında da toplu iş sözleşmesinde yer alan sıraya uyulmadan iş sözleşmelerinin feshedilmesini yaptırıma bağlayan sözleşme hükümleri cezai şart niteliğinde kabul edilmiştir.²⁵

¹⁹ **Çelik**, Nuri, İşverenin Hizmet Akdini Fesih Hakkının Sözleşmelerle Sınırlandırılması, Prof. Dr. Kemal Oğuzman'a Armağan, Ankara 1997, 224.

²⁰ **Özdemir**, Erdem, İş Hukukunda Cezai Şart, AÜHFD, C. 9, S. 3-4, 406; **Doğan Yenisey**, Kübra, İş Hukukunda Cezai Şart, İş Hukukunda Güncel Sorunlar, 1, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul 2012, 25; **Alpagut**, Gülsevil, Ferdi İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı, Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2001, Ankara 2003, 127.

²¹ **Özdemir**, Fesih Hakkının Sınırlandırılması, 509; **Yayvak Namli**, İrem, İş Hukuku'nda Cezai Şart, 1. Baskı, İstanbul 2019, 387 vd. Cezai şart, TBK m. 179'da ceza koşulu olarak adlandırılmıştır. Bu maddeye göre, "Bir sözleşmenin hiç veya gereği gibi ifa edilememesi durumu için bir ceza kararlaştırılmışsa, aksi sözleşmeden anlaşılmadıkça alacaklı, ya borcunu ya da cezanın ifasını isteyebilir".

²² **Reisoğlu**, Safa, Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 24. Baskı, İstanbul 2013, 362; **Tekinay**, Selahattin Sulhi/**Akman**, Sermet/**Burcuoğlu**, Haluk/**Altop**, Atilla, Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, İstanbul 1993, 341; **Oğuzman**, M. Kemal/**Öz**, Turgut, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Cilt II, 13. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2017, 384.

²³ **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, 342; **Oğuzman/Öz**, 385; **Yayvak Namli**, 383.

²⁴ **Özdemir**, Fesih Hakkının Sınırlandırılması, 509; **Yayvak Namli**, 386.

²⁵ Yarg. 9. HD., 6.11.1991, E. 1991/11567 K. 1991/13949, Türk Kamu Sen, Aralık 1991, 15; Yarg. 9. HD., 25.6.2019, E. 2019/3520 K. 2019/14143 (www.kazanci.com).

Toplu iş sözleşmesi tarafları işverenin toplu iş sözleşmesinde yer alan fesih hakkını sınırlandıran düzenlemelere aykırı davranışının yaptırımını olarak, işveren tarafının cezai şart ödemesini kararlaştırabilirler. Uygulamada toplu iş sözleşmelerinde cezai şartın en çok kararlaştırıldığı durumlardan bir tanesi fesih hakkının sınırlandırılması durumudur.²⁶

Cezai şartın belirlenmesine ilişkin uygulamada görülen örneklerden bir tanesi, toplu iş sözleşmelerinde yer alan ve işçiyi feshe karşı korumak amacıyla işverenin fesih hakkını sınırlandıran hükümlere uyulmaması halinde uygulanacak olan yaptırımın yasal tazminatların ölçü alınması yoluyla belirlenmesi durumudur. Bu gibi toplu iş sözleşmesi hükümleri cezai şartın miktarını yasal tazminatların belli bir miktarda artırılması yoluyla belirlemektedir. Yargıtay cezai şartın rakamsal olarak belirlenebilmesi için kıdem veya ihbar tazminatı miktarını veya katlarını ölçüt olarak almayı kabul etmektedir. Yargıtay bu tür hükümlerin kanunun emredici düzenlemelerini dolanma amacı taşıyan hükümler olmadığı yönünde karar vermektedir.²⁷ Öğretide Yüksek Mahkeme'nin bu yöndeki kararlarını isabetli bulan yazarlar vardır.²⁸

Yargıtay'ın konuya ilişkin vermiş olduğu bir diğer karara göre toplu iş sözleşmesinde yer alan “sendikanın yönetim, denetim ve disiplin kurulu üyeleri, işyeri sendika temsilcileri sırf sendikal faaliyetleri nedeniyle cezalandırılmaz ve hizmet akitleri bu nedenle bozulamaz. Bu maddeye aykırı olarak işten çıkarılanların kıdem tazminatları iki kat fazlasıyla ödenir” hükmü bir cezai şart olarak nitelendirilmiştir.²⁹ Ancak toplu iş sözleşmesinde yer alan ilgili hükmün cezai şart

²⁶ **Löwisch**, Manfred/**Rieble**, Volker, Tarifvertragsgesetz Kommentar, 4. Auflage, Vahlen, München 2017, § 1, Rn. 312; **Şahlanan**, Fevzi, Toplu İş Sözleşmeleri, İstanbul 1992, 19; **Reisoğlu**, Seza, 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu Şerhi, Ankara 1986, 53-54; **Tuncay**, A.Can/**Savaş Kutsal**, Burcu, Toplu İş Hukuku, 7. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul 2019, 202; **Çelik**, Nuri/**Caniklioğlu**, Nurşen/**Canbolat**, Talat, İş Hukuku Dersleri, 33. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 2020, 879; **Süzek**, Fesih Hakkının Sınırlandırılması, 86; **Ekmekçi**, Ömer, Toplu İş Hukuku Dersleri, 2. Baskı, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2019, 183; **Narmanlioğlu**, Feshe Karşı Koruma, 334.

²⁷ Yüksek Mahkemenin konuya ilişkin bir kararında, “...Toplu iş sözleşmesinin 18/2. maddesinde, “işveren zorunlu işçi çıkarma hakkını hatalı kullandığı veya sözleşme hükümlerine uymadığı saptanırsa, işçi açıkta geçen sürelerle ilişkin ücret ve diğer hakları derhal ödemek suretiyle derhal işe başlatılır. Buna uyulmadığı takdirde işçinin ihbar ve kıdem tazminatının 3 katı tutarı tazminat ödenir...” hükmünü, cezai şart tazminatı olarak kabul ettiği görülmektedir. Yarg. 9. HD., 18.3.2010, E. 2008/22467 K. 2010/7212 (www.kazanci.com). Aynı yönde diğer karar örnekleri için bkz. Yarg. 9. HD., 11.06.2007, E. 2006/32032 2007/18506; Yarg. 7. HD., 10.02.2015, E. 2014/21415 K. 2015/1149; Yarg. 9. HD., 12.05.2008, E. 2008/9018 K. 2008/12190; Yarg. 22. HD., 03.06.2013, E. 2012/24169 K. 2013/13461 (www.kazanci.com). Aksi yönde bir Yargıtay kararı için bkz. Yarg. 9. HD., 19.6.1996, E. 1996/1783 K. 1996/14013 (www.kazanci.com).

²⁸ **Narmanlioğlu**, Feshe Karşı Koruma, 334; **Süzek**, Fesih Hakkının Sınırlandırılması, 85-86; **Alpagut**, Değerlendirme 2001, 126; **Karagöz**, Veli, İş Sözleşmesinde Cezai Şart, Ankara 2006, 170-171.

²⁹ Yarg. 9. HD., 17.1.1991, E. 1990/9306 K. 1991/207 (www.kazanci.com).

olarak kabul edilemeyeceğini savunan bir görüşe göre, olayda kıdem tazminatının artırılması amacı vardır ve bu nedenle de Yargıtay'ın kararı isabetsizdir.³⁰

Kanaatimizce tarafların cezai şart belirlemek için yasada öngörülen tazminat çeşitlerini birim olarak kabul etmesi cezai şartın niteliğini etkilememelidir, zira tarafların sözleşme hükmünü güvence altına almak ve işçiyi korumak amacıyla düzenledikleri bir yaptırıma esas olarak kıdem tazminatı miktarını almaları o yaptırımın niteliğini değiştirmez.³¹ Dolayısıyla toplu iş sözleşmesinde yer alan cezai şartın yasal tazminatlar birim alınarak belirlenmesi cezai şartın niteliğini etkilemez. Yukarıda belirttiğimiz Yargıtay kararlarından ilkinde ekli karşı oy yazısında cezai şartın, kıdem tazminatının belli oranda katı olarak kabul edilmesinin kıdem tazminatı tavanına takılacağı ve bu nedenle de toplu iş sözleşmesinde belirlenen cezai şartın yasaya aykırılık teşkil edeceği belirtilmiştir. Karşı oy yazısı için ileri sürülen bir diğer sebep de kıdem tazminatlarının vergiden muaf olması, bu nedenle de kıdem tazminatı esas alınarak belirlenen cezai şartın vergi hukuku boyutunun karışıklık yaratacak olmasıdır. Benzer bir şekilde diğer bir sorun da şudur, kıdem tazminatının hak edilmesi için işçinin bir yıl çalışmış olma koşulu vardır ancak işçi bir yılı doldurmamışken, kıdem tazminatına endeksli cezai şart belirlenmesi bir sorun teşkil eder.³² Yukarıda belirttiğimiz Yargıtay kararlarının ikincisine ekli karşı oy yazısında ise "... Görüldüğü gibi, sözleşmenin bu hükmü ile kıdem tazminatı artırılmak istenmiştir. Bu durumda söz konusu tazminata cezai şart niteliği vermek doğru değildir" yorumu yapılmıştır. Ancak bu olayda amacın kıdem tazminatını artırmak olduğunu düşünmemekteyiz. Burada işverenin uyması gereken bir toplu iş sözleşmesi hükmü vardır ve işveren bu hükme uymaması halinde kıdem tazminatının iki misli tutarında bir yaptırım öngörülmüştür. İşverenin borca aykırı davranışı halinde bu davranışı yaptırıma bağlayan bir düzenleme, sırf kıdem tazminatı esas alınarak belirlendi diye cezai şart olmaktan çıkmaz.³³

Hukukumuz açısından toplu iş sözleşmelerinde yer alan cezai şartlara ilişkin ikili bir ayırım yapmak gerekir. İkili ayırımın sebebi iş güvencesine ilişkin hükümlerin hukukumuzda uygulanmaya başladıktan sonraki dönemin önceki döneme göre farklılıklar içermesidir.

4773 sayılı Kanun ile iş güvencesi hükümleri hukukumuzda girmeden önce taraflar toplu iş sözleşmesi ile iş güvencesine ilişkin hükümler öngörmekteydiler.

³⁰ Yarg. 9. HD., 17.1.1991, E. 1990/9306 K. 1991/207 ve **Akyiğit**'in incelemesi, İHD, Nisan-Haziran 1991, 268-278.

³¹ **Özdemir**, Fesih Hakkının Sınırlandırılması, 510.

³² **Şahlanan**, Fevzi, Toplu İş Sözleşmeleri ve Toplu İş Uyuşmazlıklarına İlişkin Yargıtayın 1991 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Yargıtayın İş Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 1991, İstanbul 1993, 124.

³³ **Özdemir**, Fesih Hakkının Sınırlandırılması, 510.

Önemli olan işverenin fesih hakkını ortadan kaldırmayan ve aşırı derecede sınırlandırmayan hükümlerin toplu iş sözleşmesinde yer almasıydı.³⁴ Yargıtay da bu tür düzenlemeleri geçerli olarak kabul etmekteydi.³⁵ Bu dönemde toplu iş sözleşmesinde yer alan cezai şartlar isim olarak farklı anılmaktaydı. Hatta Yargıtay'ın bazı kararlarında iş güvencesi sistemi henüz yürürlükte olmamasına rağmen iş güvencesi tazminatı adı altında cezai şart hükümlerine dahi rastlanmaktaydı.³⁶ Bu dönemde cezai şartlar kararlaştırılırken kıdem tazminatının ve yasal başka bir tazminatın belli oranda katı şeklinde kararlaştırıldığı görülmektedir. Yargıtay cezai şartın bu şekilde kararlaştırılmasını kıdem tazminatının tavanının dolanılması şeklinde görmemekteydi.³⁷

İş güvencesi hükümlerinin hukukumuzda yer almasından sonraki dönem için olan incelemelerimiz aşağıda ayrı ayrı yapılmıştır. Bu dönem için iş güvencesine tabi olan ve olmayan iş ilişkileri bakımından ayırım yapmak gerekmektedir.

B. İŞ GÜVENCESİNE HÜKÜMLERİNE TABİ OLAN İŞ İLİŞKİLERİ BAKIMINDAN

İş sözleşmelerinin sona ermesinde, hakkın özüne dokunmayan ve işverenin fesih hakkını çeşitli şekillerde sınırlayan hükümlere toplu iş sözleşmesinde yer verilmesi mümkündür. Ancak bildirimli fesih olduğu gibi, haklı nedenle derhal fesih de işçinin iş güvencesi kapsamında olup olmaması cezai şart bakımından farklılık yaratmaktadır. Çalışmamızın bu bölümünde iş güvencesi olan işçiler açısından durum incelenecektir. İş güvencesi olmayan işçiler bakımından cezai şartın durumu ise daha sonra ele alınacaktır.

İş Kanunu'nun 18 ve devamı maddelerinde iş güvencesi hükümleri yer almaktadır. Belirsiz süreli iş sözleşmelerinin işveren tarafından haklı neden olmaksızın sona erdirilmesi durumunda iş güvencesine sahip olan işçiler tarafından işe iade davası açılabilir ve 21. maddede yer alan tazminat talep edilebilir. Kanundaki iş güvencesine ilişkin hükümler genel olarak nispi emredici niteliktedir ancak bunun bir istisnası vardır. Kanunun 21/son'da yer alan düzenlemesinde açıkça belirtildiği gibi 21. maddenin birinci, ikinci ve üçüncü fıkraları mutlak emredicidir.³⁸ Bu maddenin belirtilen fıkraları sözleşmelerle hiçbir surette değiştirilemez,

³⁴ **Tuncay/Savaş Kutsal**, 202; **Ekmekçi**, *Toplu İş Hukuku*, 184; **Alpagut**, *Değerlendirme 2001*, 120-121.

³⁵ Yargıtayın konuya ilişkin 24.9.2001 tarihli E. 2001/10249 K. 2001/14284 sayılı kararı ve karara yönelik inceleme için bkz. **Alpagut**, *Değerlendirme 2001*, 119 vd.

³⁶ Yarg. 9. HD., 4.10.2007, E. 2007/733 K. 2007/29264; Yarg. 9. HD., 13.10.2003, E. 2003/16770 K. 2003/16857 (www.kazanci.com).

³⁷ **Alpagut**, *Değerlendirme 2011*, 126.

³⁸ Anayasa Mahkemesi tarafından, İş K m. 21/son fıkrasına karşı Anayasa'nın toplu iş sözleşmesi ve sözleşme özgürlüğünün ihlali nedeniyle açılan iptal davası, iptal konusu hüküm ile Anayasa m. 13'de yer alan ölçülülük ilkesine uygun bir denge oluşturulduğu gerekçesiyle reddedilmiştir. Bkz. **AYM**, 19.10.2005, E. 2003/66 K. 2005/72, RG. 24.11.2007, RG. S. 26710.

aksi yöndeki sözleşme hükümleri geçersizdir. Dolayısıyla ilgili fıkralarda düzenlenen iş güvencesi tazminatının ve boşta geçen süre ücreti alacağının toplu iş sözleşmesiyle artırılması veya azaltılması mümkün değildir. İşçi lehine olsa dahi bu anlamda değişiklik yapılamaz.³⁹

İş K. m. 21/son hükmünün mutlak emrediciliği karşısında geçersiz feshe ilişkin toplu iş sözleşmesiyle cezai şart kararlaştırılıp kararlaştırılmayacağı tartışma konusu yapılmıştır.

Öğretideki ağırlıklı görüşe göre İş K. m. 21/son hükmü mutlak emredici bir hüküm olduğundan dolayı iş güvencesi hükümleri kapsamında olan işçilere yönelik toplu iş sözleşmesiyle cezai şart kararlaştırılması mümkün değildir. Söz konusu mutlak emredici düzenlemenin özellikle toplu iş sözleşmeleri ile işçi lehine getirilecek düzenlemeleri sınırlamayı amaçladığı belirtilmektedir.⁴⁰ Bu görüş savunucularına göre aksi halin kabulü iş güvencesine ilişkin m. 21/son hükmünün dolanılması anlamına gelir.⁴¹ Yargıtay da iş güvencesi olan işçiler bakımından öngörülen cezai şartın geçersiz olduğuna hükmetmektedir.⁴² Örnek bir Yargıtay kararına göre,⁴³ “... Dosya içeriğine göre, davacı 4857 sayılı Yasa ile getirilen iş

³⁹ Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 379; Süzek, İş Hukuku, 664; Özdemir, Cezai Şart, 408.

⁴⁰ Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 379; Süzek, İş Hukuku, 743; Yıldız, 157; Mollamahmutoglu/Astarlı/Baysal, 229; Doğan Yenisey, Kübra, İş Hukukunun Emredici Yapısı, 1. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul 2014, 86. Hükmün mutlak emredici niteliği ise öğretide tartışmalıdır. Bkz. Manav, Eda, İş Hukukunda Geçersiz Fesih ve Geçersiz Feshin Hüküm ve Sonuçları, Doktora Tezi, Ankara 2009, 414; Özdemir, M. Erdem, İş Hukukunda Mutlak Emredici Hükümlerin Yeri, AÜHFD, 2005, S. 3, 117.

⁴¹ Şahlanan, Fevzi, İş Güvencesi Tazminatı Öngören Toplu İş Sözleşmesi Hükmünün Yasal İş Güvencesi Sistemi Karşısında Geçersizliği-Eylül 2006, İş Hukuku ile İlgili Yargıtay Kararları: Karar İncelemeleri, İstanbul, Türkiye Tekstil Sanayii İşverenleri Sendikası, 83-85; Sur, Melda, İş Hukuku Toplu İlişkiler, 9. Bası, Turhan Kitabevi Yayınları, Ankara 2020, 255; Doğan Yenisey, Emredici Yapı, 86; Şahlanan, Fevzi, İş İlişkinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı, Yargıtayın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2012, Ankara 2014, 90; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 564; Mollamahmutoglu/Astarlı/Baysal, 229; Manav, 413; Karagöz, Cezai Şart, 216. Ayrıca bkz. Ekmekçi, Ömer, Toplu İş Hukuku Bakımından İş Güvencesi Tasarısının Değerlendirilmesi, Türk İş Hukukunun Güncel Sorunları 2001 Temmuz Toplantısı, İş Güvencesi Yasa Tasarısının Değerlendirilmesi, İstanbul, İstanbul Barosu Yayını 2001, 58-59.

⁴² Yarg. 7. HD., 30.5.2016, E. 2016/7946 K. 2016/11723; Yarg. 22. HD., 30.12.2014, E. 2013/27996 K. 2014/37376; Yarg. 9. HD., 19.3.2012, E. 2009/49293 K. 2012/8897; Yarg. 9. HD., 13.5.2010, E. 2008/26003 K. 2010/13047; Yarg. 9. HD., 18.03.2010, E. 2008/22467 K. 2010/7212 (www.kazanci.com); Yarg. 9. HD., 27.06.2006, E. 2006/13504 K. 2006/18949, Çalışma ve Toplum, 2007/1, 59; Yarg. 9. HD., 21.11.2006, E. 2006/9775 K. 2006/30758; Yarg. 9. HD., 05.07.2006, E. 2006/917 K. 2006/19969 (www.kazanci.com).

⁴³ Yarg. 9. HD., 6.6.2005, E. 2004/29686 K. 2005/20409 (www.kazanci.com). Bu yönde Yüksek Mahkeme'nin diğer kararları için bkz., Yarg. 7. HD., 30.5.2016, E. 2016/7946 K. 2016/11723; Yarg. 22. HD., 30.12.2014, E. 2013/27996 K. 2014/37376; Yarg. 9. HD., 19.3.2012, E. 2009/49293 K. 2012/8897; Yarg. 9. HD., 13.5.2010, E. 2008/26003 K. 2010/13047; Yarg. 9. HD., 21.11.2006, E. 2006/9775 K. 2006/30758; Yarg. 9. HD., 11.4.2006, E. 2006/8251 K. 2006/9411; Yarg. 9. HD., 27.3.2007, E. 2007/661 K. 2007/8598 (www.kazanci.com).

güvencesi kapsamında kalmaktadır. 4857 sayılı Yasanın belirtilen düzenlemesi karşısında, daha önce imzalanan TİS'deki cezai şart niteliğindeki istek konusu tazminatın iş güvencesi kapsamına giren davacı açısından önemi kalmamıştır..." ifadeleri kullanılarak iş güvencesi hükümlerinden faydalanan işçiler hakkında toplu iş sözleşmesinde yer alan cezai şart hükümlerinin uygulanamayacağı belirtilmiştir. Örnek diğer bir Yargıtay kararında da benzer bir hüküm verilmiştir. Karara göre, "Toplu iş sözleşmesi, 4857 sayılı İş Kanunu yürürlüğe girmeden imzalanmış ve feshe karşı bir güvence kapsamında cezai şart tazminatı maddesi düzenlenmiştir. Davacı 4857 sayılı yasa ile getirilen iş güvencesi kapsamında kalmaktadır. Daha önce imzalanan TİS'deki cezai şart niteliğindeki istek konusu tazminatın, iş güvencesi kapsamına giren davacı açısından, önemi kalmamıştır. Feshin geçersizliği ve işe iade istemi süresinde ileri sürülmediği ve istenmediği takdirde, fesih geçerli hale gelecektir. Bu durumda geçersizlik şartlarına bağlı TİS hükmündeki tazminat istenemeyecektir"⁴⁴

Konuya ilişkin diğer bir görüşe göre ise, iş güvencesi kapsamında olan iş ilişkilerinin sona ermesi durumunda toplu iş sözleşmesinde düzenlenen cezai şartı tamamen yok saymaktansa, kanunda yer alan tazminat miktarının üst sınırına kadar indirim yapılması daha yerinde olacaktır.⁴⁵ Dolayısıyla işçi işe başlatılmadığı takdirde sekiz aylık ücreti tutarını aşmayacak şekilde cezai şart isteme hakkına sahip olmalıdır.

Cezai şart konusunda farklı bir değerlendirme yapan diğer bir görüşe göre, cezai şart hükümlerinin, İş Kanunu'nun 21/son maddesinde düzenlenen mutlak emredici hükme aykırı olduğu gerekçesiyle her zaman geçersiz sayılmaması gerektiğini ifade eder.⁴⁶ Bu görüşe göre Kanunda yer alan mutlak emredici düzenlemenin cezai şartı da içine alacak şekilde geniş ve mutlak değerlendirilmemesi gerekir. Ayrıca tarafların iş sözleşmesinin sona ermesine ilişkin hiçbir hüküm getiremeyecekleri kabul edilirse, iş sözleşmesinin sona ermesine ilişkin düzenlemelerin neredeyse hepsinin toplu iş sözleşmesi dışında tutulmasını gerekli kılar. Oysa ki iş güvencesinin sınırları mutlak emredici hükümlerle belirlenmiş olsa da tarafların toplu sözleşme özerklikleri tamamen ortadan kalkmamalıdır.⁴⁷ Örneğin taraflar, iş sözleşmesinin sona ermesinin disiplin kurulu kararı ile olabileceğini kararlaştırdıklarında, bu hükme aykırı olarak yapılan fesihlerde cezai şart yaptırımının uygulanması İş K. m. 21/son hükmünü dolanmayı amaçlamamaktadır.⁴⁸

⁴⁴ Yarg. 9. HD., 6.6.2005, E. 2005/29686, K. 2005/20409 (www.kazanci.com).

⁴⁵ Karagöz, 216.

⁴⁶ Doğan Yenisey, Cezai Şart, 38; Özdemir, Cezai Şart, 408.

⁴⁷ Doğan Yenisey, Cezai Şart, 38; Özdemir, Cezai Şart, 408.

⁴⁸ Doğan Yenisey, Cezai Şart, 38.

Kanaatimizce de İş Kanunu m. 21/son'da düzenlenen mutlak emredici hükümlerin, toplu sözleşme özerkliği karşısında çok katı bir şekilde uygulanması yerinde değildir. Tarafların cezai şartın uygulanması yönündeki isteklerinin her zaman m. 21/son hükmünü dolanmayı amaçladığı söylenemez. Nitekim Yargıtay da 2006 yılında bu yönde bir karar vermiştir.⁴⁹ Karara göre, "... disiplin kurulu kararı alınmaksızın haksız nedenlerle işten çıkartılan her işçiye işveren, toplu sözleşme ve yasalardan kaynaklanan haklardan başka ve ayrıca (24) aylık maaş tutarında iş güvencesi ödeneği ödemeyi kabul eder...".

Öğretideki diğer bir görüşe göre ise, İş K. m. 21/son hükmü geçersiz feshin sonuçlarına ilişkin mutlak emredici hükümleri içerir. Dolayısıyla geçersiz feshin sonuçlarını ortadan kaldırmaya yönelik sözleşme yapma hakkını ortadan kaldırır. Öte yandan iş sözleşmesi tarafları asgari süreli iş sözleşmesi yaparak, iş sözleşmesinin belirli bir süreden önce işveren tarafından bildirimli fesih yoluyla sona erdirilmesi hali için cezai şart ödenmesini kararlaştırabilirler.⁵⁰ Kararlaştırılan süreden önce gerçekleştirilen haksız feshine ilişkin cezai şart İş K. m. 21'de belirtilen tazminatları artırıcı nitelikte değil, tarafların kararlaştırılan yükümlülüklerine aykırı davranmamasını zorlayıcı niteliktedir. Bu hükmün İş K. m. 21/son'da düzenlenen geçersiz feshin sonuçlarıyla ilgisi yoktur. Bu görüşü savunan yazara göre, feshin geçersiz sayılması halinde İş K. m. 21'de yer alan hukuki sonuçların uygulama alanı bulacağı gibi ayrıca sözleşmede düzenlenen cezai şart da talep edilebilir.⁵¹

Öte yandan bu başlık altında incelemek istediğimiz son bir konu, haklı nedenle fesih hakkının kullanımının cezai şart yoluyla sınırlandırılmayacak olmasıdır. İşverenin yasal olarak kendisine tanınan haklı nedenle fesih hakkını kullanımını toplu iş sözleşmesi ile cezai şarta bağlamak fesih hakkını aşırı derecede sınırlandırır ve hakkın özüne dokunur. Bu nedenle de haklı nedenle fesih hakkını cezai şart yoluyla sınırlandıran toplu iş sözleşmesi hükümleri geçersizdir.⁵² Aksi halin kabulü halinde iş ilişkisinin devamı kendisi için çekilmez hale gelen işveren, cezai şart nedeniyle iş sözleşmesine devam etmek zorunda kalacaktır.⁵³

⁴⁹ Yarg. 9. HD., 13.6.2006, E. 2006/37834 K. 2006/17320 (www.kazanci.com).

⁵⁰ Yıldız, 157; **Alpagut**, Gülsevil, İşçinin Ediminin Güvence Altına Alınması Aracı Olarak Asgari Süreli Sözleşme ve Belirsiz Süreli Sözleşmede Cezai Şart, Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 8, 2007, 20.

⁵¹ **Alpagut**, Asgari Süreli Sözleşme, 20. Yazar bu açıklamalarını asgari süreli iş sözleşmeleri için değil, fesih hakkı cezai şart öngörmek suretiyle sınırlandırılmış belirsiz süreli iş sözleşmeleri bakımından yapmaktadır. **Alpagut**, Asgari Süreli Sözleşme, 20.

⁵² **Ekmekçi**, Ömer, Ferdi İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı, Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin 1999 Kararlarının Değerlendirilmesi, İstanbul 2001, 65; **Süzek**, Fesih Hakkının Sınırlandırılması, 92; **Keser**, Hakan, İş Sözleşmesinin Bildirimli Feshinde Geçerli Sebep, 2. Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara 2012, 28.

⁵³ **Yayvak Namlı**, 307.

C. İŞ GÜVENCESİNE HÜKÜMLERİNE TABİ OLMAYAN İŞ İLİŞKİLERİ BAKIMINDAN

Türk Hukuku'nda iş güvencesine tabi olmayan işçiler bakımından belirsiz süreli iş sözleşmesinin süreli feshi için geçerli bir neden bulunması gerekmemektedir. İş güvencesine tabi olmayan işçilerin belirsiz süreli iş sözleşmeleri işveren tarafından herhangi bir neden gösterme zorunluluğu olmaksızın sona erdirilebilir. Ancak işverenin iş sözleşmesini serbestçe feshedebilme hakkı TMK m. 2/1'e uygun olarak kullanılmalıdır.⁵⁴ Dürüstlük kuralına aykırı olarak sözleşmenin feshedilmesi halinde fesih hakkı kötüye kullanılmış olur. Yüksek Mahkeme de dürüstlük kuralına aykırılık halinde fesih hakkının kötüye kullanıldığını ifade etmiştir.⁵⁵

İşverenin iş sözleşmesini süreli fesih hakkını kötüye kullanması durumunda veya kanun ya da sözleşmede belirlenen usule aykırı kullanması halinde işverenin cezai şart ödemesi kararlaştırılabilir. Öğretide söz konusu cezai şartın toplu iş sözleşmesiyle ve iş sözleşmesiyle öngörülebileceği kabul edildiği gibi Yargıtay da bu yönde kararlar vermektedir.⁵⁶ Dolayısıyla sözleşmeye aykırı davranan taraf öngörülen cezai şartı ödemekle yükümlü olur.⁵⁷

Yargıtay'a göre cezai şart sadece iş güvencesi olmayan işçiler açısından söz konusu olabilir çünkü iş güvencesine sahip olan işçilerin iş güvencesi sisteminde yararlanmaları buna engel olur.⁵⁸ İş güvencesi kapsamı dışındaki işçiler açısından geçerli olacak toplu iş sözleşmesindeki bu cezai şartın bir üst sınırı yoktur. Söz konusu cezai şartın yasal bir üst sınırı olmadığı için Yargıtay ve öğretide farklı görüşlerin ortaya çıktığı görülmektedir.

Yargıtay vermiş olduğu kararlarda belirsiz süreli iş sözleşmelerinde cezai şartın kararlaştırılabileceğine hükmetmiştir. Dayanak olarak ise cezai şartın İş Kanunu'nda değil Borçlar Kanunu'nda düzenlendiğini ve TBK hükümleriyle belirsiz süreli iş sözleşmelerinde cezai şartın öngörülemeyeceğine dair bir hükmün

⁵⁴ **Oğuzman**, M. Kemal, Türk Borçlar Kanunu ve Mevzuatına Göre Hizmet (İş) Akdinin Feshi, İsmail Akgün Matbası, İstanbul 1955, 209; **Ekonomi**, Münir, İş Hukuku, Cilt I Ferdi İş Hukuku, 3. Bası, İstanbul 1984, 187; **Esener**, 232; **Süzek**, İş Hukuku, 555-556; **Tunçomağ/Centel**, 208; **Eyrenci**, Öner/Taşkent, Savaş/ULucan, Devrim, Bireysel İş Hukuku, 10. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul 2020, 194; **Çelik/Caniklioğlu/Canbolat**, 462-463; **Senyen Kaplan**, E. Tuncay, İşverenin Fesih Hakkı, Ankara 1987, 100; **Bedük**, Mehmet Nusret, İş Sözleşmesinin Feshinde Kötüniyet Tazminatı, Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan, C. 1, İstanbul 2011, 92; **Yayvak Namlı**, 294.

⁵⁵ Yarg. 9. HD., 28.5.2009, E. 2008/169 K. 2009/14745 (www.kazanci.com).

⁵⁶ **Çelik**, Sözleşmelerle Sınırlandırılma, 224 vd.; **Süzek**, İş Hukuku, 716; **Centel**, Tankut, İş Güvencesi, 1. Baskı, Legal Kitabevi, İstanbul 2012, 20; **Doğan Yenisey**, Cezai Şart, 27 vd.; **Narmanlioğlu**, Feshe Karşı Koruma, 333-334. Yarg. 9. HD., 10.11.1992, E. 1992/6312 K. 1992/12426, Türk-İş, Şubat 1995, 18; Yarg. 9. HD., 17.1.1991, E. 1991/9306 K. 1991/207 ve Akyiğit'in incelemesi, İHD, Nisan-Haziran 1991, 268-278.

⁵⁷ **Süzek**, İş Hukuku, 741; **Narmanlioğlu**, 333; **Alpagut**, Asgari Süreli Sözleşmesi, 20; **Doğan Yenisey**, Cezai Şart, 39; **Sur**, Toplu İlişkiler, 255.

⁵⁸ Yarg. 9. HD., 21.1.2013, E. 2013/39366 K. 2013/2074 (www.kazanci.com).

olmamasını göstermiştir. Dolayısıyla da belirsiz süreli iş sözleşmelerinde karşılıklılık⁵⁹ prensibinin bulunması halinde cezai şart hükümlerinin geçerli olması gerektiğine hükmetmiştir.⁶⁰ Yargıtay’a göre toplu iş sözleşmelerine konulan bir kayıtla ihbar ve kıdem tazminatları dışında ayrıca cezai şart öngörülebilir.⁶¹ İş sözleşmelerinde olduğu gibi toplu iş sözleşmelerinde de öngörülen cezai şart tek taraflı olarak işçi aleyhine düzenlenemez ancak işveren aleyhine düzenlenebilir.⁶² Çünkü burada iş sözleşmesi veya toplu iş sözleşmesi ayırt etmeksizin iş hukukunun temel prensiplerinden işçi lehine yorum ilkesi uygulanır.

Yargıtay, haksız ve keyfi işten çıkarmalarda işçinin bir yıllık ücreti tutarında bir cezai şartın toplu iş sözleşmesinde öngörülmesi durumunda, iş güvencesi kapsamında olmayan işçilerin bu hükümden yararlanabileceklerine hükmetmiştir. Ancak bu istemin 4857 sayılı Kanununun 21. maddesindeki tazminata ilişkin ölçütlerin dikkate alınarak değerlendirilmesi gerektiğini⁶³ aksi halde iş güvencesinden yararlanan işçilere göre iş güvencesinden yararlanmayan işçilerin daha üstün bir mali güvenceye sahip olmalarının söz konusu olabileceğine değinmiştir.

⁵⁹ TBK m. 420 uyarınca, “Hizmet sözleşmelerine sadece işçi aleyhine konulan ceza koşulu geçersizdir”. Yüksek Mahkeme vermiş olduğu kararlarda TBK m. 420’ye atıf yaparak, işçi aleyhine konulan cezai şartların geçersiz, işçi lehine konulan cezai şartların ise geçerli olduğuna hükmetmiştir. Yarg. 9. HD., 25.5.2016, E. 2015/1484 K. 2016/12412, Yarg. 9. HD., 7.3.2016, E. 2014/32706 K. 2016/4958, Yarg. 9. HD., 1.10.2014, E. 2012/34369 K. 2014/28821 (www.kazanci.com).

⁶⁰ Yarg. 22. HD., 9.12.2013, E. 2013/30274 K. 2013/28518; Yarg. 9. HD., 6.12.2016, E. 2016/5976 K. 2016/21662; Yarg. 9. HD., 31.10.2017, E. 2017/32554 K. 2017/17091 (www.kazanci.com).

⁶¹ **Doğan Yenisey**, Emredici Yapı, 182; **Demir**, Fevzi, Yargıtay’ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi, 2005, Ankara 2007, 156; **Demir**, Fevzi, Karar İncelemesi: Temsilcinin İş Sözleşmesinin Feshinde İş Güvencesi ve Cezai Şart, Kamu-İş Dergisi, C. 9, S. 1, 2007, 50.

⁶² **Doğan Yenisey**, Emredici Yapı, 182; **Süzek**, Sarper, İş İlişkinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı, Yargıtay’ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 1998, Ankara 2000, 121; **Sur**, Toplu İlişkiler, 2017, 367 ve aynı yer dn. 328’de anılan kararlar; **Güzel**, Ali, Toplu İş İlişkileri, Yargıtay’ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 1996, İstanbul 1998, 197’de anılan kararlar ve bu kararların eleştirisi için bkz. **Ekonomi**, Münir, İş İlişkinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı, Yargıtay’ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 1999, Ankara 2002, 277; **Süzek**, İş Hukuku, 752; **Yayvak Namli**, 285 vd.

⁶³ “Öncelikle davacının akdin feshi tarihinde 4857 sayılı yasanın 18-21 maddelerinde düzenlenen iş güvencesi hükümlerinden... yararlanması mümkün değilse TİS nin 17. maddesine dayalı istemi 4857 sayılı 21. maddesindeki tazminata ilişkin ölçütler de dikkate alınarak hüküm altına alınmalıdır. Aksi halde iş güvencesinden yararlanacak işçilere nazaran yararlanmayanların daha üst bir mali güvenceye sahip olunur ki, bu durum eşitlik ilkesine aykırı olur” Yarg. 9. HD., 21.5.2007, E. 2007/29243 K. 2007/15688, **Uşan**, Fatih, İş Güvencesi Kapsamında Olmayan Bir İşçi İçin Toplu İş Sözleşmesi ile Getirilen İş Güvencesi Tazminatı, İş Kanununda Öngörülen İş Güvencesi Tazminatından Daha Fazla Olabilir mi? Karar İncelemesi, Sicil, 9, Mart 2008, 102-111; Yargıtayın bu yöndeki diğer kararları için bkz. **Centel**, İş Güvencesi, 16 vd. Yarg. 22. HD., 26.2.2018, E. 2017/11184 K. 2018/4781; Yarg. 9. HD., 15.5.2010, E. 2010/26003 K. 2010/13047 (www.kazanci.com); **Doğan Yenisey**, Cezai Şart, 38-39 ve dn. 72; Yarg. 9. HD., 21.3.2013, E. 2013/25818 K. 2013/9484, **Şahlanan**, Fevzi, İş Hukuku İle İlgili Yargıtay Kararları, Karar İncelemeleri, II, Türkiye Tekstil Sanayii İşverenleri Sendikası, İstanbul 2016, 189.

Bu durum Yargıtay'a göre eşitlik ilkesine aykırılık oluşturur.⁶⁴ Yargıtay örnek bir kararında, iş güvencesine tabi olmayan işçiler açısından düzenlenen cezai şartın üst sınırını, iş güvencesinden yararlınsalardı talep edebilecekleri miktar ile sınırlandırmıştır. Yargıtay'ın yerleşmiş içtihadına göre, iş güvencesi kapsamında olmayan işçiler hakkında, iş güvencesi kapsamında olan işçilere göre daha iyi bir güvence sağlanması toplu iş sözleşmesiyle mümkün değildir. Dolayısıyla Yüksek Mahkeme, iş güvencesi dışında kalan işçiler bakımından toplu iş sözleşmesi ile kararlaştırılan cezai şartın, iş güvencesi tazminatı ile sınırlı olarak geçerli olduğunu kabul etmektedir.⁶⁵

Yargıtay'ın başka bir kararına göre haksız fesih halinde iş güvencesinden faydalanamayan işçiler için toplu iş sözleşmesinde yer alan cezai şartlar geçerlidir. Ancak bu gruptaki cezai şartlar adeta iş güvencesi tazminatı olarak kabul edilip üst sınır olarak İş K. m. 21'de yer alan düzenleme esas alınır. Dolayısıyla iş güvencesi olmayan işçilerin iş sözleşmelerinin haksız feshi halinde uygulanacak olan cezai şart miktarı iş güvencesi tazminatının asgari ve azami sınırları arasında olmak kaydıyla belirlenebilir.⁶⁶ Yargıtay'ın bu kararı öğretilde Şahlanan tarafından eleştirilmektedir. Kararı eleştiren yazara göre, Yargıtay'ın, iş güvencesinden yararlanamayanlar hakkında toplu iş sözleşmesi ile kararlaştırılan ödemeyi cezai şart olarak değerlendirmesi yerindedir ancak cezai şartın iş güvencesi tazminatı ile sınırlandırılması isabetsizdir.⁶⁷

Yargıtay'ın benzer bir diğer kararına göre, iş güvencesi kapsamında bulunmayan işçinin talep edebileceği cezai şart miktarının üst sınırı iş güvencesi kapsamında olsaydı hüküm altına alınabilecek iş güvencesi tazminatı kadar olmalıdır.⁶⁸

⁶⁴ Yarg. 9. HD., 21.5.2007, E. 2006/29243 K. 2007/15688 (Karar ve eleştirisi için bkz. **Uşan**, Sözleşmeyle Getirilen Tazminat, 102).

⁶⁵ Yarg. 9. HD., 21.1.2010, E. 2009/46225 K. 2010/604, Legal İHSGHD, 2010/25, 314; Yarg. 9. HD., 25.9.2007, E. 2007/20016 K. 2007/28104 ÇT, 2008/1, 232; Yarg. 9. HD., 21.5.2007, E. 2007/29243 K. 2007/15688: **Uşan**, Fatih, Karar İncelemesi, Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan, İstanbul 2000, 105; **Süzek**, İş Hukuku, 745'te anılan kararlar; **Şahlanan**, Karar İncelemeleri II, 189; Yargıtay ile aynı yönde bir görüş için bkz. **Alp**, Mustafa, İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı, Yargıtayın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi, 2013, İstanbul 2015, 244. Ancak öğretilde Yargıtaya katılmayanlar vardır. Bu görüşte olanlara göre iş güvencesine sahip olmayan işçiler açısından mevzuatta böyle bir sınırlama yoktur dolayısıyla da bu işçiler için ödenecek tazminatlarda tavan sınırı uygulanması yerinde olmaz. (**Canbolat**, Talat, Toplu İş İlişkileri, Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2011, Ankara 2013, 309; **Süzek**, İş Hukuku, 745). Bu konuda ileri sürülen bir görüşe göre, eşitlik ilkesi bu olaylara uygulanamaz zira iş güvencesi olmayan işçilerle iş güvencesi olan işçiler karşılaştırılabilir iki grup değildir. Kaldı ki böyle bir uygulama kabul edilse bile toplu iş sözleşmesi ile getirilen iş güvencesinin toplam tazminat üzerinden değerlendirilmesi boşta geçen sürenin öngörülmediği bir toplu iş sözleşmesinde iş güvencesi tazminatının 4 ila 8 aylık ücret tutarını aşabilmesinin tartışılması gerekir. (**Uşan**, Karar İncelemesi, 107).

⁶⁶ Yarg. 9. HD., 21.03.2013, E. 2010/25818 K. 2012/9484 (www.kazanci.com).

⁶⁷ **Şahlanan**, Fevzi, İş Güvencesinin Kapsamı Dışında Olanlar İçin Toplu İş Sözleşmesi İle Getirilen İş Güvencesi Tazminatı, Karar İncelemesi, Tekstil İşv. D. Hukuk Eki, Kasım 2013, 2-4.

⁶⁸ Yarg. 22. HD., 04.06.2013, E. 2013/12748 K. 2013/13561 (www.kazanci.com).

Yargıtay'ın bu kararı da öğretide Alp tarafından iki noktada eleştirilmektedir. Bunlardan birincisi, Yargıtay'ın kullandığı ölçütün iş güvencesine tabi olmayanlara, İş K. m. 21/son'un hukuka aykırı olarak uygulanması sonucunu doğurmasıdır. İkinci eleştiri ise, cezai şartın miktarı konusunda sözleşme özgürlüğüne aşırı bir müdahale olduğu yönündedir.⁶⁹

Yargıtay yukarıda yer alan içtihadı öğretide ağırlıklı görüş tarafından haklı olarak eleştirilmektedir. Öncelikle iş güvencesi olmayan işçiler açısından konuyla ilgili yasal bir sınır yoktur.⁷⁰ Öte yandan Yargıtay içtihadını eşitlik ilkesine dayandırmaktadır ancak eşitlik ilkesinin söz konusu olabilmesi için karşılaştırma yapılacak denk iki durum olması gerekir. Ancak burada eşitlik ilkesinin uygulanabileceği bir durum söz konusu değildir. Zira iş güvencesi hükümlerinin uygulanmadığı bir işyerinde çalışan işçi ile iş güvencesi hükümlerinin uygulandığı bir işyerinde çalışan işçi sahip oldukları haklar bakımından eşit değildir, bu durumda iş güvencesi kapsamı içinde olmayan işçilere, iş güvencesi kapsamı içinde olan işçilere oranla daha fazla tazminat ödenmesinin kararlaştırılması eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmaz.⁷¹ Yargıtay'ın kararlarında belirttiği gibi eşitlik ilkesine aykırılık söz konusu olsa idi bu durumun tam tersi de eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmalıydı. Zira toplu iş sözleşmelerinde iş güvencesine sahip olmayan işçiler için koruyucu bir hüküm olmadığı durumlarda, iş güvencesine sahip olan işçilerin, iş güvencesine sahip olmayan işçilere göre kanunen daha fazla korunduğu açıktır. Ancak kanunun bu koruması eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmamaktadır. Ayrıca işyerinde iş güvencesinden yararlanan işçiler varsa, eşitlik ilkesi düşük koşullarda imkanları eşitlemek için değil, olumlu koşullarda imkanları eşitlemek için kullanılmalıdır.⁷² Gerçekten de iş güvencesi olmayan işçilere karşı bu şekilde yasada öngörülme-yen bir sınırlamanın uygulanması toplu iş sözleşmesine aşırı müdahale niteliği taşır.⁷³

Diğer bir görüşe göre ise Yargıtay'ın vermiş olduğu kararlar yerindedir. Söz konusu görüşe göre iş güvencesi olmayan işçilere yasal iş güvencesi hükümlerinin uygulanması eşitsizliğe yol açmamaktadır.⁷⁴ Yargıtay'ın belirtilen içtihadı iş güvencesi kapsamında olmayan işçilere, iş güvencesi tazminatlarının bütün koşullarıyla uygulanması anlamına gelmemektedir. Sadece fahiş görülen cezai şartın, kıyas yoluyla iş güvencesi tazminatı sınırına kadar indirilmesi anlamında uygulanmalıdır.⁷⁵

⁶⁹ Alp, 244 vd.

⁷⁰ Süzek, İş Hukuku, 745; Yıldız, 160; Uşan, Sözleşmeyle Getirilen Tazminat, 107.

⁷¹ Yıldız, 185, 303; Uşan, Sözleşmeyle Getirilen Tazminat, 107.

⁷² Doğan Yenisey, Cezai Şart, 39; Yıldız, 161; Uşan, Sözleşmeyle Getirilen Tazminat, 107.

⁷³ Doğan Yenisey, Cezai Şart, 39.

⁷⁴ Centel, İş Güvencesi, 17; Alpogut, Sözleşmesel Kayıtlar, 37.

⁷⁵ Alpogut, Sözleşmesel Kayıtlar, 37.

Kanımızca İş Kanunu 21. maddede düzenlenen iş güvencesi tazminatı, iş güvencesinden yararlanmayan işçilerin akdi iş güvencesi bakımından bir üst sınır teşkil etmemelidir. Sözleşme serbestisi ve toplu iş sözleşmesi özerkliği dikkate alındığında iş güvencesi kapsamında olmayan işçilerin, feshe karşı korunması amacıyla, işverenin bildirimli fesih hakkının sınırlandırılması ve buna aykırı davranışın yaptırıma bağlanması mümkündür. İş güvencesine tabi olmayan iş ilişkilerinde İş K. m. 21/son hükmü herhangi bir düzenleme getirmemektedir. Bu nedenle de iş güvencesi kapsamı dışında kalan iş ilişkilerinin haksız feshi halinde toplu iş sözleşmesiyle cezai şart öngörülmesinin önünde bir engel yoktur. Öte yandan Yargıtay kararlarında yer aldığı gibi İş K. m. 21/son hükmü iş güvencesi olmayanlar için mutlak bir üst sınır da oluşturmamalıdır. Bu şekilde toplu iş sözleşmesi özerkliği de korunmuş olur.

Cezai şarta ilişkin değinmek istediğimiz bir diğer konu da şu şekildedir: Belirsiz süreli iş sözleşmelerinde tarafların sözleşmeye sınırsız süreyle bağlı olamayacağını, bu durumun tarafların kişisel özgürlükleriyle bağdaşmadığını ve bu nedenle de süreli fesih sisteminin hukukumuzda yer aldığını ifade etmiştik. Belirsiz süreli iş sözleşmelerinin feshi halinde tarafların cezai şart kararlaştrırmaları mümkündür.⁷⁶ Ancak burada dikkat edilmesi gereken nokta, süreli fesih hakkının özüne dokunmayacak nitelikte bir cezai şartın kararlaştrılmasıdır. Belirsiz süreli iş sözleşmelerinin herhangi bir nedenle feshi halinde cezai şartın uygulanacağını kararlaştrılması, hukukumuzda yer alan süreli fesih sistemini engelleyici bir niteliğe kavuşabilir. Bunu önlemek için sözleşmelerde cezai şartın uygulanacağı belirtilirken hangi durumlarda cezai şartın uygulanacağını belirtmesi de yerinde olacaktır. Örnek vermek gerekirse;⁷⁷ meşru veya makul bir neden olmaksızın süreli fesih hakkının kullanımı halinde cezai şartın uygulanacağını kararlaştrılması mümkündür. Veya-hut da kanunda yer alan ayrımcılık yasağına aykırı şekilde yapılan süreli fesihlerde cezai şartın uygulanması gerektiği toplu iş sözleşmeleriyle düzenlenebilir. Bir diğer örnek olarak toplu iş sözleşmelerinde yer alan sınırlamalara aykırı olarak yapılan fesihlerde cezai şartın uygulanacağını kararlaştrılması verilebilir.

Öte yandan öğretilerde savunulan bir görüşe göre, işverenin sadece haklı bir nedenin varlığı halinde belirsiz süreli iş sözleşmesini bildirimli fesih yoluyla feshedebileceği aksi halde cezai şart ödemesi gerektiği sözleşmelerle öngörülemez. Bu yönde bir toplu iş sözleşmesi hükmünün, belirsiz süreli iş sözleşmelerinin bildirimli fesih yoluyla sona erdirilmesini tümüyle engelleyeceği ifade edilmiştir.⁷⁸ Böyle bir düzenleme bizce de süreli fesih hakkının özüne dokunan bir nitelik taşır ve işverenin süreli fesih hakkını aşırı derecede sınırlandıran bir durum yaratır.

⁷⁶ **Süzek**, İş Hukuku, 727, **Yayvak Namlı**, 297 vd.

⁷⁷ Örnekler için bkz. **Çelik**, Sözleşmelerle Sınırlandırılma, 224; **Süzek**, Fesih Hakkının Sınırlandırılması, 85; **Narmanlıoğlu**, 333; **Doğan Yenisey**, Cezai Şart, 36-38.

⁷⁸ **Süzek**, İş Hukuku, 727.

D. BELİRLİ SÜRELİ İŞ SÖZLEŞMELERİNDE BELİRLENEN CEZAI ŞART

Cezai şart hem belirli süreli iş sözleşmeleri hem de belirsiz süreli iş sözleşmeleri için kararlaştırılabilmektedir. Ancak belirli süreli iş sözleşmeleri için özel bazı durumlar vardır. Bu nedenle ayrı bir başlık altında ele almanın daha yerinde olacağını düşünmekteyiz.

6098 sayılı TBK'nın yürürlüğe girmesiyle birlikte ilk kez, belirli süreli iş sözleşmelerinin süresinden önce feshedilmesi durumu açıkça düzenlenmiştir. TBK m. 438/1 uyarınca, işçi, bakiye süre ücreti tutarında bir tazminat talep edebilecektir. Ayrıca hâkim bütün durum ve şartları dikkate alarak haksız fesih tazminatı ödenmesine de karar verebilecektir.⁷⁹ Söz konusu iki tazminatın toplu iş sözleşmesinde yer alan cezai şart ile ilişkisi incelenmelidir.

Kanunun 438. maddesinde yer alan ilk tazminat bakiye süre ücreti tutarında tazminattır. Buna göre, işveren haklı sebep olmaksızın iş sözleşmesini feshederse, belirli süreli sözleşmelerde süresine uyulmaması halinde, bu sürele uyulmuş olsaydı kazanabileceği miktarı tazminat olarak isteyebileceği düzenlenmiştir.⁸⁰ Kanunda yer alan hukuki sonucun uygulanması tarafların toplu iş sözleşmesi ile cezai şart öngörmesine engel oluşturmamaktadır. Zira cezai şartın zarar ve kusur konularında işçiye sağladığı fayda göz ardı edilemez ayrıca cezai şart borçlu üzerinde borcunu yerine getirme konusunda bir baskı oluşturur.⁸¹

Öte yandan TBK 438/1'in işçi lehine nispi emredici nitelikte olduğu kabul edilmektedir.⁸² Bu nedenle de öğretide bir görüşe göre sözleşmede işveren aleyhine kararlaştırılacak olan cezai şartın TBK m. 438/1'de yer alan tazminattan daha az olmaması gerektiği savunulmuştur.⁸³ 818 sayılı BK döneminde konuya ilişkin ileri sürülen bir görüşe göre ise, cezai şartın miktarı BK'da yer alan tazminattan az olsa da geçerli kabul edilir ve şartları varsa BK m. 159/2 (TBK m. 180/2)⁸⁴ uygulanır.⁸⁵

⁷⁹ **Caniklioğlu**, Nurşen, İş Kanununun 10. Yılında Belirli Süreli İş Sözleşmesi ile Kısmi Süreli İş Sözleşmesi ve Uygulamada Yaşanan Sorunlar, "10. Yılında 4857 Sayılı İş Kanunu Sempozyumu" 26-27 Nisan 2013, Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, Temmuz 2016, 177 vd.

⁸⁰ Senyen Kaplan, belirli süreli sözleşmenin haksız feshi için bu sürele uyulmuş olsaydı kazanabileceği miktar tutarında tazminatı "ücret kaybı tazminatı" olarak adlandırmaktadır. Bkz. **Senyen Kaplan**, E. Tuncay, Bireysel İş Hukuku, 10. Baskı, Gazi Kitabevi, Ankara 2018, 220.

⁸¹ **Yayvak Namli**, 346.

⁸² **Doğan Yenisey**, Cezai Şart, 30; **Gülver**, Ender, Türk Borçlar Kanunu'nda İş Sözleşmesinin Derhal Feshi, Legal İHD, 2011, 1018.

⁸³ **Doğan Yenisey**, Cezai Şart, 30; **Baycık**, Gaye, "İş Hukukunda Cezai Şart", İş Hukukunda Genç Yaklaşımlar III, Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuka Genç Yaklaşımlar Konferans Serisi No: 7 İş Hukuku, İstanbul, On İki Levha, 2018, 16-17; Yarg. 9. HD., 21.01.2010, E. 2009/46225 K. 2010/604, Çalışma ve Toplum, 2010/26, 445 vd.

⁸⁴ TBK m. 180/2 uyarınca, alacaklının zararı sözleşmede belirlenen ceza tutarını aşıyorsa, borçlunun kusurlu bulunduğuun ispatlanması halinde cezayı aşan miktar talep edilebilir.

⁸⁵ **Alpagut**, Gülsevil, Belirli Süreli Hizmet Sözleşmesi, Doktora Tezi, TÜHİS Yayını, Ankara 1998, 197.

Cezai şartla bakiye süre ücretinin birlikte talep edilip edilemeyeceği konusunda Yargıtay kararlarına bakıldığında belli bir istikrar olmadığı görülmektedir. Yüksek Mahkeme bazı kararlarında, belirli süreli iş sözleşmelerinin süresinden önce haksız feshi için işçinin hem 438/1’de yer alan tazminatı hem de cezai şartı talep edebileceği sonucuna, ifaya eklenen cezai şart hükmüne dayanarak varmaktadır. Dolayısıyla Yargıtay’a göre her iki yaptırımın birlikte talep edilebilmesi mümkündür.⁸⁶

Yargıtay’ın vermiş olduğu örnek bir karara göre, taraflar işverence yapılacak olan haksız fesih halinde ödenecek cezai şart miktarını bir sınırlama sözü konusu olmaksızın kararlaştırabilirler. Adı geçen Yargıtay kararında; “Borçlar Kanunu’nun 161. maddesine göre (şimdiki 179) taraflar cezanın miktarını seçmekte serbestirler. Buna göre belirli süreli iş sözleşmesinin kalan süresine ait ücretinin ya da bunun katlarının ödenmesi gerektiği yönünde ceza miktarı belirlenmesi mümkündür”.⁸⁷ Yine aynı kararda, bakiye süre ücretinin yanında ayrıca bir cezai şartın kararlaştırılmasının mümkün olduğuna hükmedilmiştir. Bu durum şu şekilde ifade edilmiştir; “Cezai şart hükmü, Borçlar Kanunu’nun 325. (şimdiki 438)⁸⁸ maddesine göre talep konusu yapılabilecek olan sözleşmenin kalan süresine ait ücret isteğinden farklıdır. Bu durum konuya dair yasal düzenlemenin tekrarı mahiyetinde de değildir ... buna göre koşulların varlığı halinde sözleşmenin kalan süresine ait ücretlerin ayrıca talep edilebileceği belirtilmelidir”.⁸⁹ Dolayısıyla gerek belirli süreli iş sözleşmelerinde gerekse belirsiz süreli iş sözleşmelerinde cezai şart içeren hükümler karşılıklı prensibinin bulunması koşuluyla geçerlidir.⁹⁰

Öte yandan Yargıtay 22. Hukuk Dairesi aksi yönde kararlar vermektedir. Söz konusu kararlara göre aksi sözleşmede öngörülmediyse, işçi ya bakiye süre

⁸⁶ Bu yöndeki kararlar için bkz. Yarg. 9. HD., 07.03.2016, E. 2014/32706 K. 2016/4958 (www.kazanci.com) Kararı cezai şartla ilişkin tespitler yönünden isabetli ancak ifaya eklenen cezai şart yönünden isabetsiz bularak, esasen seçimlik cezai şart olması gerektiği gerekçesiyle eleştiren görüş için bkz. **Şahlanan**, Değerlendirme 2012, 84. Başka bir eleştiri için bkz. **Doğan Yenisey**, Cezai Şart, 30; Yarg. 9. HD., 25.02.2010, E. 2008/18992 K. 2010/ 4977, (www.kazanci.com.tr) kararı cezai şarta ilişkin tespitler yönünden isabetli, fakat ifaya eklenen cezai şart olarak değerlendirilmesi yönünden isabetsiz bulan başka bir inceleme için bkz. **Alpagut, Gülsevil**, “İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi”, Yargıtay’ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2010, Ankara, Kamu İşletmeleri İşverenleri Sendikası Yayını, Başbakanlık Basımevi, 2012, 56-58.

⁸⁷ Yarg. 9. HD., 21.1.2010, E. 2010/46225 K. 2010/604, İHSGHD, 25, 315. Kararı isabetli bulan görüş için bkz. **Bozkurt Gümrükçüoğlu**, Yeliz, Türk İş Hukukunda Belirli Süreli İş Sözleşmeleri, 1. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012, 363.

⁸⁸ İşveren, haklı sebep olmaksızın hizmet sözleşmesini derhâl feshederse işçi, belirsiz süreli sözleşmelerde, fesih bildirim süresine; belirli süreli sözleşmelerde ise, sözleşme süresine uyulmaması durumunda, bu sürele uyulmuş olsaydı kazanabileceği miktarı, tazminat olarak isteyebilir.

⁸⁹ Aksi yönde, **Doğan Yenisey**, Cezai Şart, 30-31.

⁹⁰ Yarg. İBK. 8.3.2019, E. 2017/10 K. 2019/1 (www.kazanci.com).

ücretini ya da cezai şartı talep edebilmelidir.⁹¹ Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin de bu yönde bir kararına⁹² göre, “... iş sözleşmesinin süresinden önce feshine bağlı olarak kalan süreye ait ücret ve diğer hakların yanında, aynı süre hakları ölçüt alınarak belirlenmiş olan cezai şartın hüküm altına alınması mükerrer yararlanma mahiyetindedir...” değerlendirmesi yapılmıştır.

Kanaatimizce amacı ve kanunda düzenleniş şekli bakımından bakiye süre ücreti tutarında olan tazminat, borcun ifası yerine geçen bir edimdir. Bu nedenle de işçi ya cezai şartı ya da bakiye süre ücreti tutarında tazminatı talep etmelidir.⁹³ Öte yandan taraflar bakiye süre ücreti dışında ayrıca bir seçimlik cezai şart kararlaştıracaklarsa (ifa yerine geçen) bu cezai şartın TBK m. 438/1’de belirlenen tazminattan fazla ya da en azından eşit miktarda belirlenmesi gerekir. Ancak cezai şartın daha az kararlaştırılması geçersizliğe neden olmaz, işçi bu durumda cezai şart talep edecekse en az TBK m. 438/1’deki miktar kadar talep edebilir.⁹⁴ Taraflar toplu iş sözleşmesi ile seçimlik cezai şart değil de ifaya eklenen cezai şart kararlaştıracaklarsa bu durumda m. 438’deki miktardan az kararlaştırma yapılması zaten kanunun nispi emredici niteliğine aykırılık oluşturmaz.⁹⁵

Yukarıdaki açıklamalarımız bakiye süre ücreti tutarında tazminat için geçerli idi. Ancak belirli süreli iş sözleşmelerinin süresinden önce feshedilmesi durumunda haksız fesih tazminatı da gündeme gelir. Haksız fesih tazminatı, borcun ifasının yerini alan bir tazminat olmadığından dolayı işçi haksız fesih halinde hem haksız fesih tazminatını hem de bakiye süre ücreti tutarında tazminatı veya bunun yerine cezai şartı talep edebilir.⁹⁶

⁹¹ Konuya ilişkin bir karara göre, “... davacının belirli süreli iş sözleşmesi ile çalıştığı ve iş akdinin davalı işverence sözleşmenin süre bitiminden önce haklı bir sebep bulunmadan 19.05.2012 tarihinde feshedildiği sabit olup davacı dava dilekçesinde cezai şart ile birlikte bakiye süre ücret alacağını da talep etmiş ise de Türk Borçlar Kanununun 179. Maddesine göre her iki talebin birlikte istenmesi mümkün olmadığından ve ayrıca bu durumun aksi de iş sözleşmesinde kararlaştırılmadığından davacı yana iki seçenekten hangisini talep ettiği sorulmalı ve sonuca göre karar verilmesi gerekirken mahkemece davacının her iki talebe de hak kazandığının kabulüyle hesaplamalar yapılarak sonuca gidilmesi hatalı olmuştur” Yarg. 22. HD., 25.3.2019, E. 2019/16377 K. 2019/6511; Aynı yönde diğer bazı kararlar için bkz. Yarg. 22. HD., 11.6.2019, E. 2019/14212 K. 2019/6788; Yarg. 22. HD., 14.5.2019, E. 2019/11090 K. 2019/10624 (www.kazanci.com).

⁹² Yarg. 9. HD., 4.12.2018, E. 2018/15172 K. 2018/22247 (www.kazanci.com).

⁹³ **Süzek**, İş Hukuku, 722; **Şahlanan**, Değerlendirme 2012, 84-85; **Alpagut**, Asgari Süreli Sözleşme, 124-125; **Alpagut**, Gülsevil, Türk Borçlar Kanununun Hizmet Sözleşmesinin Devri, Sona Ermesi, Rekabet Yasağı, Cezai Şart ve İbranameye İlişkin Hükümleri, İHSGHD, 31, 2011, 933; **Doğan Yenisey**, Cezai Şart, 30; **Baycık**, Cezai Şart, 16-17.

⁹⁴ **Yayvak Namlı**, 349.

⁹⁵ **Yayvak Namlı**, 349.

⁹⁶ **Alpagut**, Hizmet Sözleşmesinin Devri, 932; **Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal**, 236; **Senyen Kaplan**, İş Hukuku, 327.

Belirli süreli iş sözleşmelerinin İş K. m. 11'e göre objektif koşul yokluğundan dolayı belirsiz süreli hale dönmesi halinde "süreden önce haksız feshe bağlı cezai şart" hükmünün geçerli olup olmayacağı tartışmalıdır. Yargıtay'ın konuya ilişkin vermiş olduğu kararda, sözleşmenin belirsiz süreli olması öngörülen cezai şartın geçersiz olduğu anlamına gelmez. Aksi halde sözleşmede yer alan tüm düzenlemelerin geçersiz olması gerekir.⁹⁷ Yargıtay kararının öğretideki eleştirilerine bakıldığında konunun tartışmalı olduğu görülmektedir. Birinci görüşe göre,⁹⁸ daha önce de belirtildiği gibi işverenin sözleşme özgürlüğünü sağlayan süreli fesih hakkının özüne dokunmamak koşuluyla sözleşmede cezai şart kararlaştırılabilir. İş sözleşmesi belirsiz süreli kabul edilse bile haklı neden olmaksızın iş sözleşmesini fesheden işverenden, sözleşmede kararlaştırılmış olan cezai şart istenebilir. İkinci görüşe göre⁹⁹ ise, inceleme konusu olan karardaki cezai şart, sözleşmenin belirli süreli olması durumu için düzenlenmiştir. Sözleşme belirsiz süreli hale geldiğinde ise cezai şart geçerliliğini yitirmelidir.

Yukarıda yer alan tartışmalı konuya ilişkin Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı vardır. İBK'ya¹⁰⁰ göre, "Belirli süreli olarak yapılmış ancak objektif şartları taşımadığı için belirsiz süreli olarak kabul edilen iş sözleşmesinde kararlaştırılan "süreden önce haksız feshe bağlı cezai şart" hükmünün belirlenen süre ile sınırlı olmak üzere geçerli olduğuna... karar verilmiştir". Bu karar sonucunda yukarıda belirtilen uygulama farklılığının da çözüme kavuşması beklenir.

Öte yandan Yargıtay'ın yerleşik kararlarına göre objektif sebep yokken yapılan belirli süreli iş sözleşmesinin belirsiz süreli iş sözleşmesine dönüşmesi sonucunda işçi bakiye süreye ait ücreti isteyemez.¹⁰¹

E. CEZAI ŞARTIN İNDİRİMİ

Toplu iş sözleşmesiyle düzenlenen aşırı miktardaki cezai şartın hâkim tarafından indirilip indirilemeyeceği tartışma konusudur. Yargıtay yukarıda söz edilen ölçüte (İş K. m. 21/son) dayanarak, aşırı miktarda bulunan cezai şartta mahke-

⁹⁷ Yarg. 22. HD. 29.11.2016, E. 2015/18939 K. 2016/26066 (www.kazanci.com).

⁹⁸ Detaylı bilgi için bkz. **Süzek**, İş Hukuku, 729-730; **Alpagut**, Gülsevil, İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve Sona Ermesi, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2014, Ankara 2017, 43-48; **Alp**, 178-185; **Baycık**, Gaye, İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve Sona Ermesi, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2016, Ankara 2018, 185-190.

⁹⁹ Detaylı bilgi için bkz. **Ekonomi**, Münir, Belirli Süreli Hizmet Akdinin Susma ile Yenilenmesi, İş Hukuku Dergisi, C.: 3, S.: 3, 565-571; **Bozkurt Gümrükçüoğlu**, 362.

¹⁰⁰ Yarg. İBK. 8.3.2019, E. 2017/10 K. 2019/1 (www.kazanci.com).

¹⁰¹ Yarg. 9. HD., 07.04.2014, E. 2012/7189 K. 2014/11509; Yarg. 22. HD., 05.03.2015, E. 2014/34840 K. 2015/9084, (www.kazanci.com). Yargıtayın bu yöndeki yerleşik içtihadının eleştirisi için bkz. **Doğan Yenisey**, Kübra, İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi, Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2013, İstanbul 2015, 70; **Doğan Yenisey**, Emredici Yapı, 371 vd.; Ayrıca bkz. **Kabakçı**, Mahmut, Belirli Süreli İş Sözleşmesinin Geçersizliğinin İşçi ve İşveren Açısından Farklı Değerlendirilmesi Gereği, İÜHFİM, Prof. Dr. Berin Ergin'e Armağan, C. 72, S. 2, Y. 2014.

menin indirim yapma hakkının var olduğuna hükmetmektedir.¹⁰² Yargıtay'a göre, işverenin fesih hakkının sınırlandırılması amacıyla toplu iş sözleşmesi ile getirilen cezai şart aşırı görülmesi halinde Borçlar Kanunu'nun 161. (şimdiki 182/son) maddesinin son fıkrasına göre tenkise (indirime) tabi tutulabilir.¹⁰³ Hatta toplu iş sözleşmesinde cezai şartın tenkisine engel olacak düzenlemeler olsa bile bunlara geçerlilik tanınmaz.¹⁰⁴ Belirtmek gerekir ki, toplu iş sözleşmelerinde belirlenen, işçinin haksız fesih halinde alması gereken cezai şart, iş güvencesine tabi olsaydı alacağı iş güvencesi tazminatı miktarını aştığı takdirde Yargıtay geçersizlik kararı vermemekte, TBK m. 182 uyarınca indirim yapılması gerektiğini belirtmiştir.¹⁰⁵

Yargıtay'ın yukarıdaki kararlarını eleştiren bir görüşe göre, toplu iş sözleşmesi özerkliğine hiçbir emredici hüküm bulunmadan bu şekilde müdahalede bulunulması yerinde değildir.¹⁰⁶ Ayrıca böyle bir sınırlama Anayasa ile güvence altına alınmış olan toplu iş sözleşmesi özerkliğine ve toplu pazarlık serbestisine aykırılık oluşturur.¹⁰⁷ İş Hukuku'nda genel kural, iş kanunlarında boşluk bulunması halinde Borçlar Kanunu'nun genel hükümlerinin uygulanması yönünde olsa da bu kural ancak iş hukukunun özel niteliğine aykırı düşmediği durumlar için geçerlidir. Bu nedenle iş sözleşmelerinde yer alan cezai şartın hâkim tarafından indirilebileceği kabul edilebilirse de anayasal özerklikten kaynaklanan diğer sözleşme türlerinden farklı olarak özel nitelikler taşıyan ve normatif kurallar içeren toplu iş sözleşmelerine uygulanması, iş hukukunun özel karakterine, toplu iş ilişkilerinin ağır basan toplumsal tarafına uymaz.¹⁰⁸

¹⁰² Yarg. 9. HD., 13.5.2010, E. 2008/26003 K. 2010/13047 (www.kazanci.com). Aksi bir görüşe göre, toplu iş sözleşmesiyle feshe ilişkin bir sınırlama olarak tazminat öngörülmüşse bu tazminat cezai şart olarak değerlendirilemez ve bu nedenle de öngörülen tazminatın tenkisi yoluna gidilemez. **Ekonomi**, Değerlendirme 1999, Genel Görüşme, 277.

¹⁰³ Yarg. 9. HD., 28.5.2002, E. 2002/843 K. 2002/9143, YKD, Kasım 2002, 1659-1660; Yarg. 9. HD., 6.6.2007, E. 2007/30630 K. 2007/18174, ÇT, 15, 217-218; **Günay**, Cevdet İlhan, Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Hukuku, Ankara 1999, 161-162; Yarg. 9. HD., 19.9.2008, E. 2008/26128 K. 2008/24190, **Çil**, Şahin, İş Hukuku Yargıtay İlke Kararları, Ankara 2011, B. 3, 861; Kıdem tazminatı tavanının cezai şart açısından bir gösterge sayıldığı durumlarda, örneğin kıdem tazminatının on katı tutarında öngörülen cezai şartın fahiş görülerek tenkis edildiği yönünde kararlar vardır. **Demir**, Değerlendirme 2005, 218 ve aynı yerde anılan Yarg. 9. HD., 21.4.1998, E. 1998/4497 K. 1998/7571 sayılı karar; Yarg. 9. HD., 19.9.2008, E. 2007/26128 K. 2008/24190 (**Çil**, 861).

¹⁰⁴ **Doğan Yenisey**, Emredici Yapı, 182 ve aynı yer dn. 152/de anılan kararlar. Yarg. 9. HD., 13.5.2010, E. 2008/26003 K. 2010/13047.

¹⁰⁵ Yarg. 22. HD., 04.06.2013, E. 2013/12748 K. 2013/13562 (www.kazanci.com).

¹⁰⁶ **Alpagut**, Gülsevil, İş Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin Sözleşmesel Kayıtlar ve Sözleşmenin Taraf ların Anlaşmasıyla Sona Ermesi (İkale Sözleşmesi), İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku, 11. Toplantı, İstanbul Barosu, Galatasaray Üniversitesi, İstanbul 2008, 37; **Yıldız**, 160; **Sarıbay**, Gizem, Türk İş Hukukunda İş Güvencesi Kapsamında Fesih Usulü, Feshe İtiraz ve Feshe İtirazın Sonuçları, İstanbul 2007, 265; **Uşan**, Sözleşmeyle Getirilen Tazminatlar, 107; **Doğan Yenisey**, Cezai Şart, 38.

¹⁰⁷ **Süzek**, İş Hukuku, 746.

¹⁰⁸ **Süzek**, İş Hukuku, 751; **Süzek**, Fesih Hakkının Sınırlandırılması, 87; **Doğan Yenisey**, Emredici Yapı, 182; **Özdemir**, Cezai Şart, 408; **Özdemir**, Displin Kurulu, 18; **Centel**, Tankut, Toplu İş Sözleşmesi Özerkliğinin Hukuki Sınırları, Sicil İHD, Mart 2010, 218.

İş Hukuku öğretisindeki diğer bir görüşe göre ise, toplu iş sözleşmesi özerkliği ilkesi gereği sözleşmede öngörülen cezai şartın iş sözleşmesiyle getirilen cezai şarttan farklı nitelik taşıdığı kabul edilmekle birlikte bu cezai şartın da hâkim tarafından tenkise tabi tutulmasının önünde bir engel bulunmamaktadır.¹⁰⁹ Ancak bu görüş toplu iş sözleşmesiyle belirlenen cezai şartın, bireysel iş sözleşmesiyle belirlenen cezai şarttan farklı olarak daha sınırlı bir şekilde tenkise tabi tutulması gerektiğini ifade eder.¹¹⁰ Bu görüşe göre her durumda cezai şartın fahiş olduğu kabul edilmemektedir. Somut olayın özelliklerine göre gerekçesi de ortaya konularak sonuca varılmalıdır. Örneğin İş K. m. 21’de iş güvencesine tabi olanlar için öngörülen üst sınır, iş güvencesine sahip olmayan işçiler açısından üst sınır olarak kabul edilmemeli ve bu anlamda cezai şartta indirim yapılmamalıdır.¹¹¹

Kanaatimizce de toplu iş sözleşmesi yapma özerkliği Anayasa metninde de yer alan bir haktır. Anayasal bir hak olan toplu iş sözleşmesi yapma özerkliği gereği taraflar aralarında uyulması gereken bazı kurallar öngörebilir. Feshi sınırlandıran emredici hukuk kurallarına aykırı olan davranışlara karşı taraflar, toplu iş sözleşmesi ile normatif niteliğe kavuşan götürü bir tazminat (cezai şart) kararlaştırabilirler. Toplu iş sözleşmelerinde yer alan normatif hükümlerin objektif nitelikte hukuk kuralı veya maddi anlamda yasa hükmü niteliğinde olduğu kabul edilir, bu nedenle de toplu iş sözleşmeleri klasik bir borçlar hukuku sözleşmesi değildir.¹¹² Toplu iş sözleşmesinde yer alan cezai şart hükümleri bu özelliği nedeniyle hâkimin müdahalesi dışında kalır, dolayısıyla hâkimin tenkis yetkisini kullanmasına engel oluşturmaktadır. Bu durumda hâkimin cezai şartta müdahale etmesi ve tenkis yolunu kullanması, anayasal bir hak olan toplu iş sözleşmesi yapma özerkliğine ve normatif hükümlere müdahale niteliği taşımaktadır.¹¹³

¹⁰⁹ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, 354; Reisoğlu, Borçlar Hukuku, 366.

¹¹⁰ Ekmekçi, Değerlendirme 1999, 69; Aynı yer Genel Görüşme, 175-176; Alpagut, Değerlendirme 2001, 126-127; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 185 vd.; Uşan, Sözleşmeyle Getirilen Tazminat, 105; Karagöz, 175, vd.

¹¹¹ Ekmekçi, Değerlendirme 1999, 69; Alpagut, Değerlendirme 2001, 126.

¹¹² Tunçomağ/Centel, 381; Şahlanan, Toplu İş Sözleşmesi, 23-24; Sur, Melda, Toplu İş Sözleşmesi Özerkliği ve Teşmil, Ankara 1991, 10-16; Tuncay/Savaş Kutsal, Toplu İş Hukuku, 132; Tuğ, Adnan, Toplu İş Sözleşmesi, Orman-İş Yayını, Ankara 1996, 30. Yüksek mahkemeye göre, “...Toplu iş sözleşmesinin normatif hükümleri objektif hukuk kuralları meydana getirirler. Maddi anlamda yasa hükümleri niteliğine olup... yasa hükümleri gibi yorumlanır ve zaman içerisinde uygulanır” (Yarg. HGK. 21.2.1975, E. 9-1040, K. 227, İKİD, Temmuz 1975, 3634). Yarg. 9. HD., 7.12.2006, E. 2006/12851 K. 2006/32166, ÇT, 2007/3, 268; Yarg. 7. HD., 23.5.2013, E. 2013/2279 K. 2013/9629, ÇT, 2013/3, 443; Yarg. 22. HD., 19.1.2015, E. 2015/36478 K. 2015/4 (www.kazanci.com).

¹¹³ Narmanlıoğlu, 333-334; Süzek, Fesih Hakkının Sınırlandırılması, 87-89; Süzek, İş Hukuku, 750; Eknomi, Değerlendirme 1999, Aynı yer Genel Görüşme, 162; Güzel, Genel Görüşme, 166; Doğan Yenisey, Cezai Şart, 42-43; Şen, Murat, İşverenin Fesih Hakkının Toplu İş Sözleşmesi Hükmüyle Sınırlandırılması, Karar İncelemesi, AÜEHFD, 2003, S. 1-2, 561-562; Baycık, Gaye, İş Hukukunda Yenilik Doğuran Haklar, 1. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2011, 456; Tolu, Hazal, İş Sözleşmesinin Haksız Feshi, 1. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul 2017, 205; Aksi görüş için bkz.: Ekmekçi, Değerlendirme 1999, 125, Aynı yer, 158-159; Alpagut, Değerlendirme 2001, 126-127; Alp, 249.

IV. SÖZLEŞMEDE İŞE İADENİN ÖNGÖRÜLMESİ

Toplu iş sözleşmesinde belirlenen feshe ilişkin sınırlara uyulmamasının parasal yaptırımlarını yukarıda inceledik. Çalışmamızın bu bölümünde toplu iş sözleşmesinde düzenlenen feshe ilişkin sınırlara uyulmaması halinde cezai şart dışında işe iade yaptırımının öngörülebileceğine değinilecektir. Toplu iş sözleşmelerinde cezai şart dışında ayrıca feshin geçersizliği ve işçinin işe iadesinin kararlaştırılıp kararlaştırılmayacağı konusunda Yargıtay ve öğreti ortak kanaatte değildir.

Hukukumuzda iş güvencesi hükümlerinin kabulünden önce öğretilerdeki bir görüş, toplu iş sözleşmesi taraflarının, feshe ilişkin sınırlamalar yanında ayrıca toplu iş sözleşmesinde bu sınırlara uyulmaması halinde feshin geçersiz sayılacağı ve işe iadenin mümkün olacağı yönünde düzenlemeler yapabileceklerini kabul etmekteydi. Bu görüş toplu iş sözleşmesi taraflarının toplu iş sözleşmesine, disiplin kurulu kararı olmaksızın sözleşmenin feshi halinde feshin geçersiz sayılacağını ve işçinin işe iadesi konusunda açık hükümler koyabileceklerini kabul eder.¹¹⁴ Yargıtay ise bu konuda verdiği bir kararda toplu iş sözleşmesinde yer alan, “işverenin zorunlu işten çıkartma hakkını hatalı kullandığı veya toplu iş sözleşmesi hükümlerine uymadığı saptanırsa işçi açıkta geçen sürelerle ilişkin ücret ve diğer hakları ödenerek derhal işe başlatılır. Buna uyulmadığı takdirde işçinin ihbar ve kıdem tazminatları üç kat fazlasıyla ödenir. Şu kadar ki bu ödeme işçinin ücretinin bir yıllık tutarından az olamaz” şeklindeki bir düzenlemeyi İş Kanunu’nun emredici düzenlemelerine aykırı bulmuştur. Yargıtay kararına göre toplu iş sözleşmesi hükmü işe iadeyi öngörmektedir ve söz konusu hükmün kabul edilmemesinin nedeni şudur: “Sendika işyeri temsilcisi dışında akdi feshedilen işçinin mahkemece işe iade edileceğine dair yasa da bir hüküm yoktur. Hizmet akdi veya toplu iş sözleşmesi ile de bu yönde bir hüküm getirilemez”. Dolayısıyla Yargıtay hükmün işe iadeyi gerektirecek bir düzenleme olduğu ancak işe iadeye ilişkin toplu iş sözleşmesi hükmünün bağlayıcı olmadığı sonucuna ulaşmıştır.¹¹⁵ Yargıtay’ın görüşü öğretilerde de taraftar bulmuştur. Bu görüşe göre,¹¹⁶ toplu iş sözleşmesiyle belirli nedenler dışında feshin geçersiz sayılacağı ve fesihden önceki sözleşme ilişkisinin devam edeceği hükmüne bağlanamaz. Bu konu ancak yasa ile düzenlenmelidir.

İş güvencesine ilişkin hükümlerin yasa da yer almadığı dönemlerde yukarıda belirttiğimiz tartışmanın yapılması yerinde görülebilirdi. Çünkü o dönemki dü-

¹¹⁴ **Süzek**, İş Hukuku, 744; **Süzek**, Fesih Hakkının Sınırlandırılması, 89; **Başbuğ**, Disiplin Cezaları, 172; **Kaplan**, Fesih Hakkı, 178; **Özdemir**, Fesih Hakkının Sınırlandırılması, 513; **Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal**, 325; **Ekonomi**, İş Hukuku, 225; **Yıldız**, 159.

¹¹⁵ Yarg. 9. HD., 7.6.1988, E. 1988/4491 K. 1988/6347; Yarg. 9. HD., 25.9.1995, E. 1995/8981 K. 1995/28051; Yarg. 9. HD., 25.3.1998, E. 1988/3068 K. 1988/5917 (www.kazanci.com).

¹¹⁶ **Engin**, E. Murat, Toplu İş Sözleşmesi Sistemi, İstanbul 1999, 208-209; **Özdemir**, Disiplin Kurulu, 24; **Doğan Yenisey**, Emredici Yapı, 385.

zenlemelere göre işyeri sendika temsilcileri dışındakiler işe iadeden yararlanamamaktaydı. Günümüzde böyle bir sınırlama olmadığı için söz konusu tartışmanın sebebi ortadan kalkmıştır. Ancak kanımızca o dönemde bile yasaya göre sadece işyeri sendika temsilcilerinin işe iadeden yararlanabiliyor olması, işe iade konusunda tarafların anlaşabilecekleri anlamına gelmektedir. Zira toplu iş sözleşmesi özerkliği gereği taraflar işçi lehine düzenlemeler yapabilir ve yasadaki yer alan hükümleri işçi lehine genişletebilirler. Feshin geçersizliği ve işçinin işe iadesinin sözleşmeyle öngörülmesi hiç şüphesiz işçi lehine bir düzenleme olduğundan bu düzenlemeler geçerli olarak kabul edilmelidir. Nitekim çalışmamızda daha önce atıf yaptığımız THY kararında görüldüğü gibi Yargıtay iş güvencesine ilişkin yapılan kararlaştırmaları geçerli saymaktadır.¹¹⁷

Son olarak belirtmek gerekir ki toplu iş sözleşmesinde işverenin fesih hakkına ilişkin getirilen sınırlamalara uyulmaması halinde feshin geçersiz sayılacağı toplu iş sözleşmesinde yer almasa bile Yargıtay, toplu iş sözleşmesinde yer alan sınırlamalara uyulmadan yapılan fesihleri geçersiz kabul etmektedir. Dolayısıyla toplu iş sözleşmesinde yer alan sınırlama işverenin fesih hakkının özüne dokunmayan ve kanuna uygun bir sınırlama ise ve işveren bu toplu iş sözleşmesi hükmüne aykırı olarak iş sözleşmesini feshederse, Yargıtay tarafından söz konusu fesih geçersiz kabul edilmektedir.¹¹⁸ Yargıtay'ın bu yönde vermiş olduğu bir karara göre; "İşverenin 2005 yılı itibarı ile zarar ettiği, stoklarında artış olduğu, doküman tezgahlarını değiştirdiği... bu şekilde işyerinde %15-16 oranında işçi fazlalığı ortaya çıktığı, toplu işçi çıkarılması için işletmeden kaynaklanan nedenler bulunduğu anlaşılmaktadır. Diğer taraftan toplu işçi çıkarılmasında davalının taraf olduğu sendika ile imzaladığı Toplu İş Sözleşmesinin 27. maddesinde toplu işçi çıkarılması için prosedür öngörülmüş, burada önce deneme süresini doldurmamış, sonra emekliliği gelen, daha sonra sicili bozuk ve verimi az olan ve en son kıdemi az olan işçilerin öncelikle çıkarılacağı belirtilmiştir. Davacının kıdemi işçi olduğu, emekliliği gelmediği ve veriminin azlığı ile sicili konusunda bir olumsuzluğunun bulunmadığı, bu konuda kanıt sunulmadığı anlaşılmaktadır... Davalı işverenin öngörülen kurala uymaması iş sözleşmesinin feshini geçersiz kılar".¹¹⁹ Başka bir kararda Yargıtay, kadro daraltılması nedeniyle ve toplu iş sözleşmesinde belirtilen sıraya uygun bir şekilde yapılan feshi geçerli saymıştır.¹²⁰

¹¹⁷ Yarg. 9. HD., 22.12.2008, E. 2008/40711 K. 2008/34678 (www.kazanci.com).

¹¹⁸ Yarg. 9. HD., 11.9.2006, E. 2006/23233 K. 2006/21877, ÇT, 12, 277-279; Yarg. 9. HD., 16.4.2007, E. 2007/921 K. 2007/11001, ÇT, 15, 269-270; Yarg. 9. HD., 18.1.2010, E. 2010/49808 K. 2010/264, İHSGHD, 25, 322-323; Yarg. 9. HD., 27.4.2009, E. 2009/10026 K. 2009/11699, **Taşkent**, Savaş/**Mutlay**, Faruk Barış/**Sarıbay** Öztürk, Gizem, Son Değişikliklerle Açıklamalı- İçtihatlı 4857 Sayılı İş Kanunu, B. 5, İstanbul 2011, 180; Yarg. 9. HD., 22.11.2010, E. 2008/38504 K. 2010/34056 (www.kazanci.com).

¹¹⁹ Yarg. 9. HD., 19.3.2007, E. 2007/6187 K. 2007/7308, Kamu-İş, 2008, S. 4, 69 vd.

¹²⁰ Yarg. 22. HD., 24.10.2011, E. 2011/1393 K. 2011/3285, **Odaman**, Serkan, İş İlişkinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı, Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2011, Ankara 2013, 232-233.

V. SONUÇ

Uygulamada genellikle işverenin fesih hakkının toplu iş sözleşmesiyle sınırlandırılması ve bu sınıra uyulmaması halinde yine toplu iş sözleşmesinde düzenlenen cezai şart adı altında bir yaptırıma rastlanmaktadır. Ancak her zaman sözleşmeyle cezai şart kararlaştırıldığı görülmez. Bu durumda, İş Kanunu'nun 17. maddesine göre işveren fesih bildirim esaslarına uymazsa veya fesih hakkını kötüye kullanırsa işçi ayrıca bir tazminat talep etme hakkına sahiptir. Söz konusu tazminata hükmedilebilmesi için toplu iş sözleşmesinde belirlenen fesih usulüne uyulmamış olması kanımızca yeterlidir. Ayrıca işverenin kötüniyetli olup olmadığının araştırılmasına gerek yoktur. Zira toplu iş sözleşmesinde yer alan fesih sınırlarına işverenin uymaması zaten dürüstlük kuralına aykırı bir davranış niteliğindedir.

Öte yandan iş güvencesi kapsamında olan bir işçi için toplu iş sözleşmesinde yer alan feshe ilişkin bir sınırlamaya uyulmadığı takdirde, fesih işlemi sırf sözleşmede yer alan hükme uyulmadığı gerekçesiyle haksız/geçersiz kabul edilmelidir ve işçinin işe iadesi gündeme gelmelidir. İş güvencesi kapsamı dışında olan işçiler bakımından ise toplu iş sözleşmesinde belirlenen sınırlamalara uyulmadan yapılan fesihler, sırf bu sınırlamalara uyulmadığı gerekçesiyle haksız feshin sonuçlarını doğurmamalıdır. Dolayısıyla fesih geçerli ancak haksızdır. Bu durum iş güvencesi kapsamı dışında olan işçiler açısından toplu iş sözleşmesinde belirlenen sınırlamanın etkinliğini azaltır. Bu durumda işçi yararına yorum ilkesi gereği feshin geçersizliğine ve işçinin işe iadesine karar verilmelidir.

Toplu iş sözleşmesinde yer alan sınırlamalara uyulmaması durumunda parasal bir yaptırımın öngörülmesi mümkündür. Toplu iş sözleşmelerinde yer alan bu tür yaptırımlar, sözleşmeden doğan borca aykırılığın yaptırımı olduğu için Borçlar Kanunu'nda düzenlenen cezai şart olarak kabul edilir. İş güvencesi hükümlerine tabi olan işçiler için İş K. m. 21/son mutlak emredici hükümler içerdiği için öğretide, iş güvencesi hükümlerine tabi işçiler için cezai şart kararlaştırması yapılamayacağı ileri sürülmüştür. Ancak kanaatimizce İş K. m. 21/son'da düzenlenen hükümler toplu sözleşme özerkliği karşısında çok katı bir şekilde uygulanmamalıdır. Bu konuda yapılan düzenlemelerin tamamı 21/son'daki hükmü dolanmayı amaçlamamaktadır.

İş güvencesi kapsamında olmayan işçiler açısından cezai şart kararlaştırılması Yargıtay ve öğretisi tarafından kabul edilmektedir. Cezai şartın miktarı konusunda Yargıtay, iş güvencesi kapsamında olan işçilerin tabi olduğu 21/son hükmünün esas alınması gerektiğine dair kararlar vermektedir. Bir diğer deyişle iş güvencesi kapsamında olmayan işçiler için kararlaştırılacak olan cezai şart, iş güvencesinden yararlanan işçilere göre daha fazla olamaz. Yargıtay'a göre bu durum eşitlik ilkesine aykırı oluşturur. Kanaatimizce Yargıtay'ın bu yöndeki ka-

rarları isabetsizdir. Cezai şartın miktarı konusunda toplu sözleşme özerkliğine bu denli müdahalede bulunulmamalıdır ayrıca iş güvencesi kapsamında olmayan işçilerin, iş güvencesi kapsamında olana işçilere uygulanan sınırla bağlı tutulması eşitlik ilkesine de dayanmamaktadır. Zira eşitlik ilkesi uygulanacaksa olumlu koşullar için uygulanmalıdır. Cezai şartın sınırlandırılması gibi işçi açısından olumsuz koşullarda olmamalıdır.

Bakiye süre ücreti ile ilgili düzenleme TBK m. 438/1'de, işveren haklı sebep olmaksızın iş sözleşmesini feshederse, belirli süreli sözleşmelerde süresine uyulmaması halinde, bu sürelerle uyulmuş olsaydı kazanabileceği miktarı tazminat olarak isteyebileceği düzenlenmiştir. Ancak bakiye süre ücreti ile cezai şartın birlikte istenip istenemeyeceği konusunda bir açıklık yoktur.

Kanaatimizce amacı ve kanunda düzenleniş şekli bakımından bakiye süre ücreti tutarında olan tazminat, borcun ifası yerine geçen bir edimdir. Bu nedenle de işçi ya cezai şartı ya da bakiye süre ücreti tutarında tazminatı talep etmelidir. Öte yandan belirli süreli iş sözleşmelerinin süresinden önce haksız feshi halinde haksız fesih tazminatı da gündeme gelir. Haksız fesih tazminatı, borcun ifasının yerini alan bir tazminat olmadığından dolayı işçi haksız fesih halinde hem haksız fesih tazminatını hem de bakiye süre ücreti tutarında tazminatı veya bunun yerine cezai şartı talep edebilir.

Toplu iş sözleşmelerinde yer alan normatif hükümlerin objektif nitelikte hukuk kuralı veya maddi anlamda yasa hükmü niteliğinde olduğu kabul edilir, bu nedenle de toplu iş sözleşmeleri klasik bir borçlar hukuku sözleşmesi değildir. Toplu iş sözleşmesinde yer alan cezai şart hükümleri bu özelliği nedeniyle hâkimin müdahalesi dışında kalır, dolayısıyla hâkimin tenkis yetkisini kullanmasına engel oluşturmaktadır. Bu durumda hâkimin cezai şarta müdahale etmesi ve tenkis yolunu kullanması, anayasal bir hak olan toplu iş sözleşmesi yapma özerkliğine ve normatif hükümlere müdahale niteliği taşımaktadır.

Toplu iş sözleşmelerinde belirlenen sınırlamalara uyulmaması halinde sözleşmede işe iade yaptırımın uygulanması gerektiği de belirlenebilir. Toplu iş sözleşmesi özerkliği gereği taraflar işçi lehine düzenlemeler yapabilir ve yasada yer alan hükümleri işçi lehine genişletebilirler. Feshin geçersizliği ve işçinin işe iadesinin sözleşmeyle öngörülmesi hiç şüphesiz işçi lehine bir düzenleme olduğundan bu düzenlemeler geçerli olarak kabul edilmelidir.

KAYNAKÇA

- Alp, Mustafa:** İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı, Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi, 2013, İstanbul 2015, 175-258.
- Alpagut, Gülsevil:** Belirli Süreli Hizmet Sözleşmesi, Doktora Tezi, TÜHİS Yayını, Ankara 1998 (Belirli Süreli Hizmet Sözleşmesi).
- Alpagut, Gülsevil:** Ferdi İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı, Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2001, Ankara 2003, 87-150. (Değerlendirme 2001).
- Alpagut, Gülsevil:** İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi, Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2010, Ankara 2012, Kamu İşletmeleri İşverenleri Sendikası Yayını, Başbakanlık Basımevi, 56-58 (Değerlendirme 2010).
- Alpagut, Gülsevil:** İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve Sona Ermesi, Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2014, Ankara 2017 (Değerlendirme 2014).
- Alpagut, Gülsevil:** İş Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin Sözleşmesel Kayıtlar ve Sözleşmenin Tarafların Anlaşmasıyla Sona Ermesi (İkale Sözleşmesi), İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku, 11. Toplantı, İstanbul Barosu, Galatasaray Üniversitesi, İstanbul 2008, 19-52 (Sözleşmesel Kayıtlar).
- Alpagut, Gülsevil:** İşçinin Ediminin Güvence Altına Alınması Aracı Olarak Asgari Süreli Sözleşme ve Belirsiz Süreli Sözleşmede Cezai Şart, Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 8, 2007, 13-21 (Asgari Süreli Sözleşme).
- Alpagut, Gülsevil:** Türk Borçlar Kanununun Hizmet Sözleşmesinin Devri, Sona Ermesi, Rekabet Yasağı, Cezai Şart ve İbranameye İlişkin Hükümleri, İHSGHD, 31, 2011, 913-956 (Hizmet Sözleşmesinin Devri).
- Aykaç, Hande Bahar:** İşverenin Fesih Hakkının Sözleşmelerle Sınırlandırılması, 1. Baskı, Oniki Levha Yayınevi, İstanbul 2020.
- Başbuğ, Aydın:** Türk İş Hukukunda Disiplin Cezaları, Ankara 1999.
- Başbuğ, Aydın/Yücel Bodur, Mehtap:** İş Hukuku, 5. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul 2018.
- Baycık, Gaye:** "İş Hukukunda Cezai Şart", İş Hukukunda Genç Yaklaşımlar III, Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuka Genç Yaklaşımlar Konferans Serisi No: 7 İş Hukuku, İstanbul, On İki Levha, 2018, 1-22 (Cezai Şart).
- Baycık, Gaye:** İş Hukukunda Yenilik Doğuran Haklar, 1. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2011 (Yenilik Doğuran Haklar).
- Baycık, Gaye:** İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve Sona Ermesi, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2016, Ankara 2018 (Değerlendirme 2016).
- Bedük, Mehmet Nusret:** İş Sözleşmesinin Feshinde Kötüniyet Tazminatı, Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan, C. 1, İstanbul 2011, 921-927.

- Bozkurt Gümrükçüoğlu**, Yeliz: Türk İş Hukukunda Belirli Süreli İş Sözleşmeleri, 1. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012.
- Canbolat**, Talat: Toplu İş İlişkileri, Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2011, Ankara 2013, 253-325.
- Caniklioğlu**, Nurşen: İş Kanununun 10. Yılında Belirli Süreli İş Sözleşmesi ile Kısmi Süreli İş Sözleşmesi ve Uygulamada Yaşanan Sorunlar, "10. Yılında 4857 Sayılı İş Kanunu Sempozyumu" 26-27 Nisan 2013, Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, Temmuz 2016, 159-200.
- Centel**, Tankut: İş Güvencesi, 1. Baskı, Legal Kitabevi, İstanbul 2012 (İş Güvencesi).
- Centel**, Tankut: Toplu İş Sözleşmesi Özerkliğinin Hukuki Sınırları, Sicil İHD, Mart 2010, 211-220 (Özerklik).
- Çelik**, Nuri: İşverenin Hizmet Akdini Fesih Hakkının Sözleşmelerle Sınırlandırılması, Prof. Dr. Kemal Oğuzman'a Armağan, Ankara 1997, 219-230 (Sözleşmelerle Sınırlandırılma).
- Çelik**, Nuri: Türkiye'de İşçinin Feshe Karşı Korunması Konusundaki Yasal Düzenlemeler ve Bu Hakkın Sözleşmelerle Sınırlandırılması Konusundaki Uygulamalar, Almanya ve Türkiye'de İşçinin Feshe Karşı Korunması, İstanbul 1997, 49 vd. (Feshe Karşı Koruma).
- Çelik**, Nuri/**Caniklioğlu**, Nurşen/**Canbolat**, Talat: İş Hukuku Dersleri, 33. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 2020.
- Çenberci**, Mustafa: İş Kanunu Şerhi, 5. Bası, Olgaç Yayınları, Ankara 1984.
- Çil**, Şahin: İş Hukuku Yargıtay İlke Kararları, Ankara 2011, B. 3, 861.
- Demir**, Fevzi: Karar İncelemesi: Temsilcinin İş Sözleşmesinin Feshinde İş Güvencesi ve Cezai Şart, Kamu-İş Dergisi, C. 9, S. 1, 2007 (Karar İncelemesi).
- Demir**, Fevzi: Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi, 2005, Ankara 2007, 123-278 (Değerlendirme 2005).
- Doğan Yenisey**, Kübra: İş Hukukunda Cezai Şart, İş Hukukunda Güncel Sorunlar, 1, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul 2012, 21-56 (Cezai Şart).
- Doğan Yenisey**, Kübra: İş Hukukunun Emredici Yapısı, 1. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul 2014 (Emredici Yapı).
- Doğan Yenisey**, Kübra: İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi, Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2013, İstanbul 2015 (Değerlendirme 2013).
- Ekmekçi**, Ömer: Ferdi İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı, Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin 1999 Kararlarının Değerlendirilmesi, İstanbul 2001, 54-140 (Değerlendirme 1999).
- Ekmekçi**, Ömer: Toplu İş Hukuku Bakımından İş Güvencesi Tasarısının Değerlendirilmesi, Türk İş Hukukunun Güncel Sorunları 2001 Temmuz Toplantısı, İş Güvencesi Yasa Tasarısının Değerlendirilmesi, İstanbul, İstanbul Barosu Yayını 2001, 53-61 (İş Güvencesi Tasarısı).

- Ekmekçi, Ömer:** Toplu İş Hukuku Dersleri, 2. Baskı, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2019 (Toplu İş Hukuku).
- Ekonomi, Münir:** Belirli Süreli Hizmet Akdinin Susma ile Yenilenmesi, İş Hukuku Dergisi, C.: 3, S.: 3, 565-571 (Susma ile Yenilenme).
- Ekonomi, Münir:** İş Hukuku, Cilt I Ferdi İş Hukuku, 3. Bası, İstanbul 1984 (İş Hukuku).
- Ekonomi, Münir:** İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı, Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 1999, Ankara 2002 (Değerlendirme 1999).
- Engin, E. Murat:** Toplu İş Sözleşmesi Sistemi, İstanbul 1999.
- Esener, Turhan:** İş Hukuku, 3. Bası, Ankara 1978.
- Eyrenci, Öner/Taşkent, Savaş/Ulucan, Devrim:** Bireysel İş Hukuku, 10. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul 2020.
- Gülver, Ender:** Türk Borçlar Kanunu'nda İş Sözleşmesinin Derhal Feshi, Legal İHD, 2011, 999-1029.
- Günay, Cevdet İlhan:** Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Hukuku, Ankara 1999.
- Güzel, Ali:** Toplu İş İlişkileri, Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 1996, İstanbul 1998, 151-210.
- Kabakçı, Mahmut:** Belirli Süreli İş Sözleşmesinin Geçersizliğinin İşçi ve İşveren Açısından Farklı Değerlendirilmesi Gereği, İÜHFİM, Prof. Dr. Berin Ergin'e Armağan, C. 72, S. 2, Y. 2014.
- Karagöz, Veli:** İş Sözleşmesinde Cezai Şart, Ankara 2006.
- Keser, Hakan:** İş Sözleşmesinin Bildirimli Feshinde Geçerli Sebep, 2. Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara 2012.
- Löwisch Manfred/Rieble Volker:** Tarifvertragsgesetz Kommentar, 4. Auflage, Vahlen, München 2017 (TVG).
- Manav, Eda:** İş Hukukunda Geçersiz Fesih ve Geçersiz Feshin Hüküm ve Sonuçları, Doktora Tezi, Ankara 2009.
- Mollamahmutoğlu, Hamdi/Astarlı, Muhittin/Baysal, Ulaş:** İş Hukuku Ders Kitabı, 4. Bası, Lykeion Yayınları, Ankara 2020.
- Narmanlıoğlu, Ünal:** Toplu İş Sözleşmesi Özerkliği Çerçevesinde İşçinin Feshe Karşı Korunması, İktisadi, Sosyal ve Uluslararası Hukuki Boyutu ile İşçinin Feshe Karşı Korunması, Galatasaray Üniversitesi- İstanbul Barosu, İstanbul 2002, 311-337.
- Odaman, Serkan:** İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı, Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2011, Ankara 2013, 129-234.
- Oğuzman, M. Kemal:** Türk Borçlar Kanunu ve Mevzuatına Göre Hizmet (İş) Akdinin Feshi, İsmail Akgün Matbası, İstanbul 1955.
- Oğuzman, M. Kemal/Öz, Turgut:** Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Cilt II, 13. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2017.

- Özdemir**, Erdem: İş Hukukunda Cezai Şart, AÜHFD, C. 9, S. 3-4, 403-416 (Cezai Şart).
- Özdemir**, M. Erdem: İş Hukukunda Mutlak Emredici Hükümlerin Yeri, AÜHFD, 2005, S. 3, 95-120, (Emredici Hükümler).
- Özdemir**, M. Erdem: İşverenin Bildirimli Fesih Hakkının Toplu İş Sözleşmeleriyle Sınırlandırılması, Argumentum, Yıl: 9-11, Sayı: 58, 506-515 (Fesih Hakkının Sınırlandırılması).
- Özdemir**, M. Erdem: İşverenin Fesih Hakkının Disiplin Kuruluna Başvurma Zorunluluğu ile Sınırlandırılması, TÜHİS, Ağustos 1998, 8-24 (Disiplin Kurulu).
- Reisoğlu**, Safa: Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 24. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul 2013 (Borçlar Hukuku).
- Reisoğlu**, Seza: 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu Şerhi, Ankara 1986 (Şerh).
- Sarıbay**, Gizem: Türk İş Hukukunda İş Güvencesi Kapsamında Fesih Usulü, Feshe İtiraz ve Feshe İtirazın Sonuçları, İstanbul 2007.
- Senyen Kaplan**, E. Tuncay: Bireysel İş Hukuku, 10. Baskı, Gazi Kitabevi, Ankara 2018 (İş Hukuku).
- Senyen Kaplan**, E. Tuncay: İşverenin Fesih Hakkı, Ankara 1987 (Fesih Hakkı).
- Senyen Kaplan**, Tuncay: İş Sözleşmesini Fesih Hakkının Sınırlandırılması, Prof. Dr. Turhan Esener'e Armağan, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Özel Sayısı, 201, 15 (1), 313-354 (Fesih Hakkının Sınırlandırılması).
- Sur**, Melda: İş Hukuku Toplu İlişkiler, 9. Bası, Turhan Kitabevi Yayınları, Ankara 2020 (Toplu İlişkiler).
- Sur**, Melda: Toplu İş Sözleşmesi Özerkliği ve Teşmil, Ankara 1991 (Özerklik).
- Süzek**, Sarper: İş Akdini Fesih Hakkının Kötüye Kullanılması, Kazancı Yayınları, Ankara 1976 (Fesih Hakkı).
- Süzek**, Sarper: İş Akdini Fesih Hakkının Sınırlandırılması, Yargıç Dr. Aydın Özkul'a Armağan, Kamu-İş, 2002, S. 4, 73-94 (Fesih Hakkının Sınırlandırılması).
- Süzek**, Sarper: İş Hukuku, 19. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul 2020 (İş Hukuku).
- Süzek**, Sarper: İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı, Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 1998, Ankara 2000 (Değerlendirme 1998).
- Şahlanan**, Fevzi: İş Güvencesi Tazminatı Öngören Toplu İş Sözleşmesi Hükmünün Yasal İş Güvencesi Sistemi Karşısında Geçersizliği-Eylül 2006, S. 320, İş Hukuku ile İlgili Yargıtay Kararları: Karar İncelemeleri İstanbul, Türkiye Tekstil Sanayii İşverenleri Sendikası (Karar İncelemeleri Eylül 2006).
- Şahlanan**, Fevzi: İş Güvencesinin Kapsamı Dışında Olanlar İçin Toplu İş Sözleşmesi ile Getirilen İş Güvencesi Tazminatı, Karar İncelemesi, Tekstil İşv. D. Hukuk Eki, Kasım 2013 (İş Güvencesi Tazminatı).

- Şahlanan, Fevzi:** İş Hukuku ile İlgili Yargıtay Kararları, Karar İncelemeleri, II, Türkiye Tekstil Sanayii İşverenleri Sendikası, İstanbul 2016 (Karar İncelemeleri II).
- Şahlanan, Fevzi:** İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı, Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2012, Ankara 2014, 75-142 (Değerlendirme 2012).
- Şahlanan, Fevzi:** Toplu İş Sözleşmeleri ve Toplu İş Uyuşmazlıklarına İlişkin Yargıtay'ın 1991 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Yargıtay'ın İş Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi, 1991, İstanbul 1993 (Değerlendirme 1991).
- Şahlanan, Fevzi:** Toplu İş Sözleşmeleri, İstanbul 1992 (Toplu İş Sözleşmesi).
- Şen, Murat:** İşverenin Fesih Hakkının Toplu İş Sözleşmesi Hükmüyle Sınırlandırılması, Karar İncelemesi, AÜEHFD, 2003, S. 1-2, 541-562.
- Taşkent, Savaş/Mutlay, Faruk Barış/Sarıbay Öztürk, Gizem:** Son Değişikliklerle Açıklamalı- İçtihatlı 4857 Sayılı İş Kanunu, B. 5, İstanbul 2011.
- Tekinay, Selahattin Sulhi/Akman, Sermet/Burcuoğlu, Haluk/Altıp, Atilla:** Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Bası, İstanbul 1993.
- Tolu, Hazal:** İş Sözleşmesinin Haksız Feshi, 1. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul 2017.
- Tuğ, Adnan:** Türk Hukukunda Toplu İş Sözleşmesi, Çankaya Üniversitesi Yayın No. 1, Ankara 1998.
- Tuncay, A. Can/Savaş Kutsal, Burcu:** Toplu İş Hukuku, 7. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul 2019.
- Tunçomağ, Kenan/Centel, Tankut:** İş Hukukunun Esasları, 9. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 2018.
- Uşan, Fatih:** İş Güvencesi Kapsamında Olmayan Bir İşçi İçin Toplu İş Sözleşmesi ile Getirilen İş Güvencesi Tazminatı, İş Kanununda Öngörülen İş Güvencesi Tazminatından Daha Fazla Olabilir mi? Karar İncelemesi, Sicil, 9, Mart 2008, 102-111 (Sözleşmeyle Getirilen Tazminat).
- Uşan, Fatih:** Karar İncelemesi, Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan, İstanbul 2000 (Karar İncelemesi).
- Yayvak Namlı, İrem:** İş Hukuku'nda Cezai Şart, 1. Baskı, İstanbul 2019.
- Yıldız, Gaye Burcu:** İş Hukukunda Sözleşmesel Kayıtlar, Ankara 2014.



Tüzel Kişi Yönetim Kurulu Üyesinin Tüzel Kişilik Perdesinin Arkasına Saklanması: İngiliz Yüksek Mahkemesinin 2010 UKSC 51 Sayılı Kararı Çerçevesinde Bir İnceleme^(*)

*Legal Entity Board Member Hiding Behind the Veil of
Incorporation: A Review in the Light of English High Court
of Justice Decision, 2010 UKSC 51*

Dr. Öğr. Üyesi Emine DEVELİ AYVERDİ^(**)
Arş. Gör. Nazlı ALBAYRAK CEYLAN^(***)

Öz

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu ('TTK') ile anonim şirket yönetim kuruluna ilişkin yapılan değişikliklerden biri 6762 sayılı Türk Ticaret Kanununun ('eTTK') un aksine, tüzel kişilerin yönetim kurulu üyeliğinin kabul edilmiş olmasıdır (TTK 359/II). Bu düzenleme ile tüzel kişilerin, üyesi oldukları anonim şirket yönetim kurullarındaki iş ve işlemlerinden kaynaklanan sorumluluğun kime ait olacağı yönündeki tartışmalar son bulmakla birlikte, yönetim kurulu üyesinin tüzel kişilik perdesinin arkasına saklanarak sorumluluktan kurtulması mümkün hâle gelmiştir. Tüzel kişilik perdesinin doğurabileceği sıkıntılar göz önüne alınarak Almanya ve İsviçre'de tüzel kişinin yönetim kurulu üyeliğine izin verilmemiş, Fransa'da ise ancak kendi adına hareket edecek ve kendisi ile birlikte müteselsilen sorumlu olacak bir gerçek kişinin belirlenmesi şartıyla tüzel kişinin yönetim kuruluna üye olabileceği öngörülmüştür. 1962 tarihli Jenkins Raporu ve 2002 tarihli The Whitepaper on Modernising Company Law çalışmalarını dikkate alarak hazırlanan ve 2006 tarihinde yürürlüğe giren İngiliz Şirketler Kanunu ('İŞK') 155. maddesi uyarınca halka açık şirketlerin asgari iki, halka kapalı şirketlerin ise asgari bir yönetim kurulu üyesi olabilmektedir. Ancak her iki hâlde de yönetim kurulu üyelerinden en az birinin gerçek kişi olması zorunlu tutulmuştur.

^(*) Araştırma Makalesi / Makale Geliş Tarihi: 05.07.2021 - Makale Kabul Tarihi: 28.04.2022

^(**) Sakarya Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, Sakarya - Türkiye
E-posta: edeveli@sakarya.edu.tr
Orcid No: <https://orcid.org/0000-0001-6373-3218>

^(***) Sakarya Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı, Sakarya - Türkiye
E-posta: nceylan@sakarya.edu.tr
Orcid No: <https://orcid.org/0000-0001-8223-9573>

Görüldüğü üzere tüzel kişilerin yönetim kurulu üyeliğine imkân veren hiçbir kanun düzeninde, tek yönetim kurulu üyesinin tüzel kişi olabilmesi mümkün kılınmamıştır. TTK düzenlemesinde ise anonim ve limited şirketlerde yönetim kurulunun bir kişiden oluşabileceği göz önüne alındığında, tüzel kişi tek başına yönetim kurulunu teşkil edebilmektedir. Bu sebepledir ki tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasına ilişkin kıstasların belirlenmesi büyük önem arz etmektedir. 2006 yılında gerçekleştirilen değişiklikten önce yönetim kurulunun tek kişiden oluşabileceği ve bu kişinin tüzel kişi olabileceğini öngören İngiliz Ticaret Kanunu döneminde doğan bir uyumsuzluğa ilişkin İngiliz Yüksek Mahkemesi tarafından verilen 24.11.2010 tarihli *Holland v. The Commissioners for Her Majesty's Revenue and Customs and another* [2010] UKSC 51 ('Holland kararı') bu kapsamda yol gösterici kıstaslar içermektedir. Bu çalışmada bahsi geçen karar yargıçların konuya ilişkin değerlendirmelerine yer verilerek suretiyle incelenerek, bu kıstaslar TTK'nın sorumluluğa ilişkin hükümleri ve Türk hukuk doktrininin görüşleri kapsamında tüzel kişilik perdesinin kaldırılması açısından değerlendirilecektir.

Anahtar Kelimeler

Tüzel Kişi, Yönetim Kurulu, Tüzel Kişilik Perdesi, Hukuki Sorumluluk, Sermaye Şirketleri.

Abstract

One of the many significant reforms regulated in Turkish Commercial Code no. 6102 (TTK) is the board membership of legal entities (TTK 359/II). This regulation has put an end to the discussions regarding the liability of legal entity representatives on the board of directors. However, in the meantime, it enabled the board members to avoid legal responsibilities by hiding behind the veil of a legal entity. While German and Swiss legislators have denied the board membership of legal entities due to this danger, France legislator has foreseen that a legal entity may be a board member provided that a real person is appointed to represent and be held jointly responsible. English Companies Act (CA 2006) Art. 155, which is affected by Jenkins Report (1962) and the Whitepaper on Modernising Company Law (2002) foresees that public companies must have a minimum of two board members while private companies might have one board member. Either way, at least one board member must be a real person.

As one can see, no legislator other than TTK has enabled the sole board member to be a legal entity. Therefore, it is highly significant to set the criteria for lifting the veil of incorporation regarding the possibility of a legal entity becoming the sole board member of a joint-stock company and limited company. The decision *Holland v. The Commissioners for Her Majesty's Revenue and Customs and another* [2010] UKSC 51 given by the English High Court of Justice on 24.11.2010 about a dispute is arising before 2006 alteration when the sole board membership of a legal entity was enabled. The judgment embodies guiding criteria concerning lifting the incorporation veil in legal entity board memberships. In this study, it is aimed to examine the declarations of judges in the abovementioned decision. These declarations will be reviewed within the scope of TTK regulations and Turkish law doctrine concerning the legal responsibility of board members.

Keywords

Legal Entity, Board of Directors, Lifting the Veil of Incorporation, Legal Responsibility, Corporation.

GİRİŞ

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu¹ ile eski düzenlemeden farklı olarak tüzel kişinin yönetim kurulu üyesi olabileceği kabul edilmiştir. Kanun koyucunun bu tercihi hem Kıta Avrupası hem de Anglo Sakson hukuk sistemindeki düzenlemelerden farklılık arz etmektedir. İleride değineceğimiz yabancı ülkelerin mevzuatlarında çoğunlukla tüzel kişinin yönetim kurulu üyesi olamayacağı kabul edilmiş, tüzel kişilerin yönetim kurulu üyeliğine imkân veren ülke düzenlemelerinde ise yönetim kurulunun tek üyeden oluştuğu hâlde, bu üyenin tüzel kişi olmasının önüne geçilmiştir. İngiliz hukukunda tüzel kişilerin yönetim kurulu üyeliği mümkün olmakta ancak bu hâlde tüzel kişiye ilaveten en az bir gerçek kişinin yönetim kurulunda yer alması öngörülmektedir. 2006 yılında yürürlüğe giren İŞK'da düzenleme altına alınan bu kural öncesinde ise yargı kararları aracılığıyla tek yöneticinin bir tüzel kişi olabileceği kabul edilmişti. Bu kabul beraberinde birtakım uyuşmazlıkları gündeme getirmiş; buna ilişkin değerlendirmeler yargı kararlarında yer almıştır. Bu değerlendirmelerin bir kısmında tüzel kişiliğin arkasına saklanarak sorumluluktan kaçınma amacının güdülmesi hâlinde, hakkaniyete aykırı bir sonucun doğmasının önüne geçmek amacıyla tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasından bahsedilmektedir. Lâkin tek yönetici olan tüzel kişinin, yönetim kurulu üyesi sıfatıyla sorumluluğuna gidilebilirken, tüzel kişinin tek ortağının yahut tek yöneticisinin sorumluluğuna da gidilebilmesi her zaman bu teori çerçevesinde mümkün olmamaktadır. Zira kanun koyucunun izin vermiş olduğu bir yapılanmaya gidilmesinin, bu şekilde önlenmiş olacağından çekinilmiştir. Bu sebeple, yargı kararlarında tüzel kişi yöneticinin tek yöneticisinin, hedef şirkette fiili yönetim kurulu üyesi olduğu savunulmuş ve değerlendirilmiştir.

Bahsettiğimiz bu değerlendirme ve açıklamalar tek ortaklı ve tek yöneticili şirket yapılanmasına izin veren TTK'da aynı zamanda tüzel kişinin yönetim kurulu üyesi olabileceğinin de kabul edilmesi nedeniyle büyük önem arz etmektedir. Konunun daha iyi anlaşılabilmesi amacıyla çalışmamızda öncelikle tüzel kişi yönetim kurulu üyeliği, tek adam şirketi, tüzel kişilik perdesinin kaldırılması ve fiili yönetim kurulu üyesi kavramlarına ilişkin açıklamalara yer verilmiştir. Ardından İngiliz Yüksek Mahkemesi tarafından karara bağlanan bir uyuşmazlık özetlenerek bu uyuşmazlığa ilişkin karar metninde yer alan açıklamaların bir kısmını aynen, bir kısmı ise naklen aktarılmıştır. Her ne kadar farklı hukuk sistemlerine tabi olursa da bu kararın Türk hukukunda gündeme gelebilecek sorunlara ışık tutabileceği kanaatindeyiz. Zira karara konu olayın meydana geldiği dönemde geçerli olan mevzuatın şirket yapılanmasına ilişkin sağladığı imkân, TTK kapsamında öngörülen düzenle büyük oranda benzerlik arz etmektedir.

¹ Türk Ticaret Kanunu, Kanun Numarası: 6102, Kabul Tarihi: 3.1.2011, RG 14.2.2011/27846.

I. TÜZEL KİŞİ YÖNETİM KURULU ÜYELİĞİ VE TEK ADAM ŞİRKETİ

A. TÜZEL KİŞİ YÖNETİM KURULU ÜYELİĞİ

1. Türk Hukukunda Tüzel Kişi Yönetim Kurulu Üyeliği

Tüzel kişinin anonim şirket yönetim kurulu üyesi olması TTK m 359/II, limited şirket müdürü olması ise TTK m 623/II düzenlemesiyle mümkün görülmüş ve her iki düzenlemede de yönetim kurulu üyesi olan tüzel kişi adına hareket edecek bir gerçek kişinin tüzel kişi tarafından belirleneceği ifade edilmiştir. Ayrıca anonim şirketlerde tüzel kişi adına hareket edecek gerçek kişinin ticaret siciline tescil ve ilân olunması gerektiği öngörülmüştür. Tüzel kişi adına hareket eden gerçek kişi, tüzel kişinin organı olarak hareket etmekte olup,² görevi esnasında gerçekleştirdiği iş ve işlemlerden ötürü tüzel kişi sorumludur.³

Anonim veya limited şirkette yönetim kurulu üyesi olan tüzel kişinin, bu şirkette tek yönetim kurulu üyesi veya tek müdür olması ise herhangi bir düzenleme ile yasaklanmamıştır. Nitekim hem TTK m 359/I hem de TTK m 623/I şirkette tek bir yönetim kurulu üyesi (limited şirketlerde müdür) olmasını olanaklı kılmaktadır. Bu itibarla, anonim şirket veya limited şirkette sorumluluk mercii teşkil eden yönetim kurulunun tek bir tüzel kişiden oluşması mümkündür.

2. Yabancı Hukuk Sistemlerinde Tüzel Kişi Yönetim Kurulu Üyeliği

Türk hukukunda mevzuat ve mevcut durum yukarıda açıklanan şekildeyken mukayeseli hukukta tüzel kişinin yönetim kurulu üyeliğine sıcak bakılmamaktadır. Nitekim konuya ilişkin İsviçre Hukukunda yer alan OR Art. 707/III'te pay sahibi olan tüzel kişilerin yönetim kuruluna üye olmayacakları ancak onlar yerine temsilcilerinin seçilebileceği düzenlenmiştir. 2008 yılında gerçekleştirilen revizyona ilişkin gerekçede, gerçekleştirilen değişiklikten sonra yönetim kurulu üyelerinin pay sahibi olmalarının aranmayacağı, ancak tüzel kişinin yönetim kurulu üyesi olmayacağına ilişkin yasağın devam ettiği vurgulanmıştır.⁴ Bu yasak, 2013 yılında

² Tüzel kişi ile onun adına hareket eden gerçek kişi arasında organ ilişkisi olduğu yönünde bkz. TEKİNALP, Ünal; *Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku*, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2015, Nr. 12-15a; AKDAĞ-GÜNEY, Necla; *Anonim Şirket Yönetim Kurulu*, Vedat Kitapçılık, 2. Bası, İstanbul 2016, s. 276 vd.; ÇOŞTAN, Hülya; *Özel Hukuk Tüzel Kişilerinin ve Kamu Tüzel Kişilerinin Yönetim Kurulu Üyeliği*, BATİDER, C. 29, S. 1, s. 117- 137, s. 123 vd. Çamoğlu, gerçek kişinin her zaman görevden alınabilmesi, talimatlara göre hareket etmesi ve tüzel kişi tarafından atanmasından dolayı gerçek kişi ile tüzel kişi arasında temsil ilişkisi olduğunu ifade etmektedir. POROY Reha, TEKİNALP, Ünal ve ÇAMOĞLU, Ersin; *Ortaklıklar Hukuku I*, Vedat Kitapçılık, 15. Baskı, İstanbul 2021, Nr. 548g. Tüzel kişi yönetim kurulu üyesi ile onun adına hareket eden gerçek kişi arasındaki ilişkinin hukuki niteliği ise bu çalışmanın kapsamı dışında kalmaktadır.

³ Konu hakkında ayrıntılı değerlendirmeler için bkz. EMİNOĞLU, Cafer ve ÇAKIR, Fatma Betül; *Anonim Ortaklıklarda Tüzel Kişilerin Yönetim Kurulu Üyesi Seçilmesi ve Kamu Tüzel Kişilerinin Yönetim Kuruluna Temsilci Ataması*, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 28, S. 3-4, 2014, s. 277- 297, özellikle s. 286 vd.

⁴ Message Concernant La Révision Du Code Des Obligations; Du 21 Décembre 2007, Art. 707.

yapılan bir değişiklikle İsviçre Anayasası'nın 95/III-b hükmünde de yer almış olup, "bir şirketin idaresinin bir tüzel kişiye bırakılmayacağı"⁵ şeklinde ifade edilmiştir.

İsviçre hukukunda hâkim olan yaklaşım Alman hukuku açısından da geçerlidir. Nitekim Aktiengesetz ('AktG') § 76/III hükmü yalnızca gerçek kişilerin yönetim kurulu üyesi olabileceğini düzenlemiştir. Fransız hukukunda ise yönetim kurulu üyelerinin ve tek yöneticinin gerçek kişi olması gerektiği öngörülmüş (Art. L225-59); birden fazla yönetici olması hâlinde ise tüzel kişinin bu yöneticilerden biri olabileceği düzenlenmiştir (Art. L225-20). Bu hâlde tüzel kişinin kendi adına hareket edecek gerçek kişiyi seçmesi gerektiği; seçilen gerçek kişinin tüzel kişiyle aynı sorumluluk rejimine tabi olduğu öngörülmüştür. Bununla birlikte tüzel kişi, aynı şartlarla gözetim kurulu üyesi de olabilmektedir (Art. L225-76).

İngiliz hukukunda ise tüzel kişinin yönetim kurulu üyeliği sıklıkla tartışılmıştır.⁶ İlk olarak 1907 tarihli *In re Bulawayo Market and Offices Co Ltd*⁷ kararı ile kabul edilen tüzel kişinin yönetim kurulu üyeliği, o dönemde şirketler hukukuna ilişkin mevzuatta açıkça düzenlenmemiştir. Daha sonra, başka bir şirketin hedef şirkette şirket sekreteri olması hâlinde, şirket sekreteri olan şirketin yönetim kurulu üyesi olmayacağı düzenlenmiş olup (İŞK 1985, Art. 283/IV-b); hüküm, bu yasak kapsamı dışında kalan hâllerde tüzel kişinin yönetim kurulu üyesi olabileceği şeklinde yorumlanmıştır.⁸ İŞK ile asgari yönetim kurulu üyesi sayısı

⁵ Düzenlemenin Almancası şu şekildedir: "Die Führung der Gesellschaft kann nicht an eine juristische Person delegiert werden."

⁶ 2002 tarihli the Whitepaper on Modernising Company Law'da tüzel kişi yönetim kurulu üyeliğinin kabul edilmesinin kontrolün kimde olduğunun belirlenmesi ve yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğuna gidilmesi hususlarında zorluk yaşanmasına sebep olacağı ifade edilmiştir, bkz. The Whitepaper on Modernising Company Law (2002) s. 36. Erişim için: <http://www.publications.parliament.uk/pa/cm200203/cmselect/cmtrdind/439/439.pdf> (erişim tarihi: 3.2.2021). 2014 tarihli Transparency and Trust: Enhancing the Transparency of Uk Company Ownership and Increasing Trust in UK Business adlı raporda tüzel kişi yönetim kurulu üyeliğinin şeffaflığın sağlanması ve yöneticilerin sorumluluğuna gidilmesi güçlüklerle yol açması nedeniyle tamamen yasaklanması önerilmiş; rapora hükümet tarafından verilen cevapta ise tüzel kişi yönetim kurulu üyeliğine dair genel bir yasak getirilerek kurumsal yönetim ilkelerinin yüksek standartlarda uygulandığı ve şeffaflığın daha yüksek oranda sağlandığı alanlar ile mali suç işleme ihtimalinin düşük olduğu alanlarda serbest bırakılabileceği, bu sayede borsaya kote şirketler ile grup şirketleri ve hayır kurumlarının yasaklama dışında bırakılarak menfaatler dengesinin sağlanabileceği ifade edilmiştir. Transparency and Trust: Enhancing the Transparency of Uk Company Ownership and Increasing Trust in UK Business, s. 44 vd. Rapor için bkz. https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/304297/bis-14-672-transparency-and-trust-consultation-response.pdf (erişim tarihi: 3.2.2021) Hükümet cevabında özetle tüzel kişi yönetim kurulu üyeliğinin düşük riziko karşılığında yüksek menfaat sağladığı alanlar hariç tutulmak üzere, bir şirketin diğer şirkete yönetim kurulu üyesi olmasını yasaklamayı hedeflediklerini belirtmiştir. Transparency and Trust: Enhancing the Transparency of Uk Company Ownership and Increasing Trust in UK Business, s. 46.

⁷ *In re Bulawayo Market and Offices Co Ltd* [1907] 2 Ch 458.

⁸ Bu yönde açıklamalar için bkz. *Holland v. The Commissioners for Her Majesty's Revenue and Customs and another* [2010] UKSC 51 kararı içindeki değerlendirmeler. Erişim için: <https://www.supremecourt.uk/cases/uksc-2009-0131.html> (erişim tarihi: 05.04.2022).

halka açık şirketler için en az iki, kapalı şirketler için ise en az bir olarak belirlenmiş ve her halükârda yönetim kurulu üyelerinden en az birinin gerçek kişi olması zorunlu kılınmıştır (İŞK 155/I). Bu düzenleme ile tek yönetim kurulu üyesinin tüzel kişi olması önlenmiş bulunmaktadır.⁹

B. TEK ADAM ŞİRKETİ

Anonim ve limited şirketin yönetim ve temsil organının yanı sıra pay sahibinin de tek kişi olması mümkündür. Bu imkân anonim şirketlere ilişkin TTK m 338 ve limited şirketlere ilişkin TTK m 573/I hükmüyle sağlanmıştır. Böylelikle artık anonim şirket ve limited şirketler tek adam şirketi olarak biçimlendirilebilmektedir.

Tek adam şirketi olarak nitelendirilen tek kişilik anonim ve limited şirket yapısı ilk olarak Avrupa Birliği Komisyonu'nun 89/667 sayılı ve 21.12.1989 tarihli 12. Şirketler Hukuku Direktifi'nde ('Twelfth Council Company Law Directive 89/667/EEC of 21 December 1989 on single-member private limited-liability companies')¹⁰ öngörülmüş ve bu Direktif ise 2009/102 sayılı 16.09.2009 tarihli Direktif ile değiştirilmiştir. Düzenlemenin son hâline göre üye devletlerin hukuk düzenlerince ya tek ortaklı sermaye ortaklıklarının kabul edilmesi ya da sorumluluğu ticari işletmeye özgülenmiş malvarlığı ile sınırlı tacire ilişkin düzenlemelere yer verilmesi gerekmektedir (Art. 7). Bununla birlikte Direktif uyarınca tek kişilik ortaklığı kabul eden devletler, tüzel kişinin tek ortak olabilmesi ve bir kişinin birden fazla şirkette tek ortak olabilmesine ilişkin düzenlemeler, yasaklar ve müeyyideler öngörme konusunda serbest bırakılmıştır (Art. 2/II).

Tek kişilik şirketlere imkân veren düzenlemelerin kabul edilmesinin ardında yatan en önemli sebep olarak tüzel kişilik perdesinin kaldırılması doktrini gösterilmektedir.¹¹ Ancak bu durum tek kişi ortaklığın söz konusu olduğu herhâlde tüzel kişilik perdesinin kaldırılarak ortağın sorumluluğuna gidilebileceği anlamında gelmemektedir.¹² Tek kişi ortaklığın söz konusu olduğu hâllerde karşılaşı-

⁹ Bu düzenlemenin, Small Business, Enterprise and Employment Act 2015 ('Küçük İşletme, Girişimci ve İstihdam Kanunu')'nun 87/3 hükmü ile kaldırılması ve 156A 156B ve 156C hükümlerinin eklenmesi beklenmektedir. Yeni düzende, yönetim kurulu üyesinin ancak bir gerçek kişi olabileceği, buna aykırı işlemlerin geçersiz olduğu öngörülmüştür. Hüküm uyarınca bir tüzel kişinin yönetim kurulu üyesi olabilmesi ancak bakanlığın buna izin verilen hâlleri açıkça düzenleyici otoritenin izni ile söz konusu olabilir. Bu ihtimalde dahi yönetim kurulunda mutlaka bir gerçek kişinin üye olarak bulunması zorunludur (İŞK 156B). Hükümde değişiklik yapan Küçük İşletme, Girişimci ve İstihdam Kanunu madde 87 metnine erişim için: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2015/26/section/87> (erişim tarihi: 05.04.2022).

¹⁰ Erişim için: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?uri=CELEX:31989L0667> (erişim tarihi: 05.04.2022).

¹¹ TEKİNALP, Nr. 4-06. Yazara göre bu şekilde tek kişilik ortaklığın kötüye kullanılmasına dair endişelerin hafifletilmiştir.

¹² AYDOĞAN, Fatih; *Tek Kişi Ortaklığı*, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2014, s. 210.

lan en büyük sorun şirket ile ortağın malvarlığının birbirine karışmasıdır.¹³ Türk hukukunda ortak ile şirketin malvarlığının ayrılmasına yönelik olarak tek kişi anonim ortaklıklar bakımından TTK 338/II, 371/VI, 408/III, tek kişi limited şirketler bakımından ise TTK 574/II, 616/III ve 629/II hükümleri öngörülmüştür. Bu hükümlere aykırı hareketler sebebiyle şirket ile ortağın malvarlığının birbirinden ayırt edilemez hâle gelmesinin yaptırımını olarak ise mahkemece tüzel kişilik perdesinin kaldırılması gösterilmektedir.¹⁴ Bu hâlde alacaklılar şirketin tüzel kişiliğinin kaldırılarak ortağın malvarlığına gidilebilmesini talep edebileceklerdir.

Anonim ve limited şirketlerin tek ortaklı olabilmesi ve bu şirketlerin yönetim organlarının tek kişiden oluşabilmesi imkânı, bilhassa ortağın ve yönetim kurulu üyesinin aynı tüzel kişi olması hâlinde alacaklıların başvurabilecekleri bir sorumluluk mercii bulabilmelerini güçleştirebilecektir. Çalışmamızın devamında; öncelikle ticaret şirketlerinde ortakların tabi oldukları sorumluluk sistemleri üzerinde durulacak, ardından ortağın sorumlu tutulabilmesi için sermaye şirketlerinde tüzel kişilik perdesinin kaldırılması ve tüzel kişi yönetim kurulu üyesi adına hareket eden gerçek kişinin yahut yönetim kurulu üyesi olan tüzel kişinin yöneticisinin sorumlu tutulabilmesi için fiili yönetici olarak adlandırılması imkânları Türk hukuku ve karşılaştırmalı hukuktan mahkeme kararları da dikkate alınarak incelenecektir.

II. TİCARET ŞİRKETLERİNDE ORTAKLARIN SORUMLULUK SİSTEMİ

Ticaret şirketleri tüzel kişiliği haiz olmalarının bir sonucu olarak kendisini oluşturan bireylerden ve onların malvarlıklarından ayrı ve bağımsızdır. Tüzel kişiliğin sağladığı bu perde, ortak ile şirketi birbirinden ayırır ve bunları birbirinden bağımsız kılar.¹⁵ Her ne kadar ortaklar şirket malvarlığının ekonomik sahipleri olarak nitelendirilebilse de şirket tüzel kişiliğinin malvarlığı ile ortakların malvarlığı birbirinden bağımsızdır. Bu durum bilhassa şirketin borçları açısından ele alındığında, tüzel kişilik kalkanı, şirketin malvarlığını pay sahiplerinin alacaklılarına karşı korumaktayken, pay sahiplerini de şirketin alacaklılarına karşı korur. Ticaret şirketlerinin bazı türlerinde ortakların sorumluluğu sınırlı ve kural olarak taahhüt ettikleri sermayeyi getirmekten ibarettir. Ancak bu sınırlı sorumluluk tüzel kişilik ile kendiliğinden gelmemekte, kanun koyucu tarafından ayrıca düzenlenmektedir. Bu tüzel kişilere sermaye şirketi niteliğindeki anonim şirket ve limited şirket örnek gösterilebilir. Buna karşın diğer ticaret şirketlerinin ortakları için farklı sorumluluk esasları benimsenmiştir.

¹³ TEKİNALP, Nr. 5-1; AYDOĞAN, s. 210.

¹⁴ TEKİNALP, Nr. 27-13, Nr. 5-12.

¹⁵ TEKİNALP Nr. 2-09.

Kollektif şirketlerde şirket alacaklılarına karşı şirket tüzel kişiliği birinci dereceden sorumludur. Ortakların şirket alacaklılarına karşı sorumluluğu ise ikinci derecedendir (TTK 237).¹⁶ Bu düzenlemenin anlamı, kanun koyucu tarafından öngörülen birtakım şartların (TTK 237/I) gerçekleşmesi hâlinde şirket alacaklılarının ortakların malvarlığına gidebilmesinin mümkün olmasıdır. Bu şartlar gerçekleşmeden şirketin alacaklıları ortakların malvarlığına gidemez. Bu şartlardan ilki şirkete karşı girişilen takibin semeresiz kalması, diğeri ise ortaklığın sona ermesidir (TTK 273/I). Şirket ortakları için birinci dereceden sorumluluğun gerçekleşmesi ile ortakların şirket alacaklılarına karşı sorumluluğu sınırsız ve müteselsil olacaktır. Ortakların birinci dereceden sorumluluğunun doğması ile şirkete karşı alınmış bir ilamın yerine getirilmesi de ortaklardan istenebilir (TTK 238/I). Ortaklar haciz veya ortaklık sıfatlarından dolayı tacir olmamalarına rağmen iflas yolu ile takip edilebilirler.

Komandit şirketlerde de ortaklar şirket alacaklılarına karşı ikinci dereceden sorumludur. Şirket alacaklılarının ortaklara başvurabilmesi için kanunun öngördüğü şartları yerine getirmesi gerekmektedir. Bu şartlar kolektif şirketlerde olduğu gibi şirketin aleyhinde başlatılan icra takibinin semeresiz kalması¹⁷ veya şirketin sona ermesidir. Komandit şirketlerde söz konusu olan komandite ve komanditer ortaklar arasında bu açıdan farklılık yoktur. Bu iki ortak arasında farklılık, kanunda öngörülen şartların gerçekleşmesi sonucu ortağın şirket alacaklısına karşı birinci dereceden sorumlu olduğu hâllerde ortaya çıkmaktadır. Bu hâlde komandite ortakların sorumluluğu kolektif şirket ortaklarınınki ile aynıdır (TTK 317). Komanditer ortakların sorumluluğu ise farklılık arz etmektedir (TTK 319 vd.). Komanditer ortakların sorumluluğunun üst sınırı şirkete koymayı taahhüt ettiği sermaye miktarıdır. Komanditer ortağın bu sorumluluğu sermaye borcunu yerine getirdiği ölçüde azalmaktadır (TTK 322). Bu açıdan ortaklar arasında yapılan anlaşmalar üçüncü kişilere karşı ileri sürülemez, bu anlaşmalar ancak iç ilişkide hüküm ve sonuç doğurur. Yani şirkete taahhüt ettiği sermaye borcunun tamamını ödeyen komanditer ortak, şartları gerçekleşse dahi şirket alacaklılarına

¹⁶ Çalışmanın kapsamı bakımından kolektif ve komandit şirketlerdeki sorumluluk rejimine ilişkin doktrin görüşleri ve yargı kararlarına ayrıntılı olarak değinilmeyecektir. Kolektif şirket ortaklarının sorumluluk rejimlerine ilişkin açıklamalar için bkz. *KENDİGELEN Abuzer ve KIRCA İsmail; Şirketler Hukuku C. I, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2021, nr. 600 vd. AYHAN Rıza, ÇAĞLAR Hayrettin ve ÖZDAMAR Mehmet; Şirketler Hukuku Genel Esaslar, Yetkin Yayınları, 2. Bası, 2020, s. 231 vd.*

¹⁷ Bu ibareden şirketin aczinin sabit olmasını anlamak gerektiği yönünde bkz. *POROY, TEKİNALP ve ÇAMOĞLU, Nr. 284. Kendigelen ise semeresiz kalmadan bahsedilebilmesi için kesin aciz vesikası ve geçici aciz vesikasının yeterli olduğunu; kambiyo senedinin protesto edilmesi, rehin açığı belgesi, konkordato talebi ve borç ödeme muhtırası çıkarılmasının takibin semeresiz kalması şartının sağlanması için yeterli olmadığını ifade etmiştir. KENDİGELEN ve KIRCA, nr. 607. Bu hususta doktrinde ileri sürülen diğer görüşler için bkz. KENDİGELEN ve KIRCA, nr. 607 dn. 195-200. Semeresiz kalma şartının sağlanması için kanun koyucunun aciz vesikası alınması zorunluluğu öngörmediğine dikkat çeken değerlendirme için bkz. AYHAN, ÇAĞLAR ve ÖZDAMAR, s. 233.*

karşı sorumlu tutulamaz. Ancak kanun koyucu bazı hâllerde komanditer ortağın sorumluluğunun da sınırsız hâle geleceğini öngörmüştür. Komanditer ortağın adının şirket unvanında yer alması, ortaklık adına işlemlere girişmesi,¹⁸ şirket yönetimine katılması, şirketin tescilinden önce girilen işlemlerden sorumluluğunun doğması hâlinde komanditer ortak aynı komandite ortaklar gibi sorumlu olacaktır.

Sermaye şirketlerinde ise pay sahiplerinin sınırlı sorumluluğu söz konusudur. Sınırlı sorumluluk alacaklının başvurabileceği malvarlığı açısından değil pay sahibinin şirkete karşı sorumluluğu açısındandır. Alacaklıya karşı şirket tüm malvarlığı ile sınırsız sorumludur.¹⁹ Pay sahibinin tek borcu sermaye taahhüdünü yerine getirmektir. Anonim şirket pay sahiplerinin sorumluluğu yalnızca taahhüt etmiş oldukları sermaye payı ile ve yalnızca şirkete karşıdır (TTK 329). Bu nedenle pay sahibi sermaye borcunun tamamını ifa etmemiş olsa dahi üçüncü kişiler şirket malvarlığından tahsil edemedikleri alacakları için pay sahibine başvuramayacaklardır. Limited şirketlerde de TTK 573/II uyarınca pay sahipleri şirket borçlarından dolayı sorumlu tutulmamışlardır.²⁰

Özetle açıklamaya çalıştığımız bu sorumluluk sistemi, anonim şirket yönetim kurulu üyesinin bir tüzel kişi olması hâlinde, yönetim kurulu üyesi tüzel kişinin türüne göre şirket, pay sahipleri ve alacaklıların başvurabileceği malvarlığının farklılık göstermesine neden olacaktır. Nitekim, yönetim kurulu üyesinin sorumluluğu kapsamında yönetim kurulu üyesi olan tüzel kişinin kollektif veya komandit şirket olması hâlinde bu şirketin ortaklarının malvarlığına başvuru-

¹⁸ Komanditer ortağın ortak sıfatıyla şirketi temsil yetkisi yoktur (TTK. 321/I).

¹⁹ KIRCA İsmail, ŞEHİRALİ ÇELİK, FEYZAN, Hayal ve MANAVGAT, Çağlar; *Anonim Şirketler Hukuku Cilt: 1*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara 2013, s. 104; Aydoğan'a göre sınırlı sorumluluk şirket ortakları açısından bir anlamda hak oluşturmaktadır. bkz. AYDOĞAN, s. 205. TTK 329'da şirketin borçlarından yalnızca malvarlığı ile sorumlu olduğu ifadesi ise yanlış bir kaniya yol açmaktadır. Esasen herkes borçlarından dolayı malvarlığı ile sorumludur. "Yalnız malvarlığı ile" sorumlu olduğunun ifade edilmesi sınırlı sorumluluk ilkesine yapılmış, kanaatimizce yanlış bir vurgudur.

²⁰ Limited şirketlerde ortakların ek ödeme ve yan edim yükümlülükleri düzenlenebilir. Tüzel kişiliği haiz bir sermaye şirketi olması sayesinde şirketin borçlarından sorumlu olmayan ortakların bu dokunulmazlığına, 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun (RG T. 28.7.1953, S. 8469) 35 ile istisna getirilmiş olup, amme alacaklarının şirketten tahsil edilemediği hâllerde ortakların "sermaye hisseleri oranında" doğrudan sorumluluklarına gidilebileceği düzenlenmiştir. Bu husustaki Danıştay İBK'da aynen şu ifadeler yer verilmiştir: "Limited şirket tüzel kişiliğinden tahsil edilemeyen veya edilemeyeceği anlaşılan vergi borcunun takip ve tahsiline ilişkin olarak 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nda ve 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'da, kanuni temsilci ile ortak arasında bir öncelik sıralaması bulunmadığından, limited şirketin vergi borcunun tahsilinde ortağın takibine başlanabilmesi için kanuni temsilcinin takibinin gerekli olmadığı açıktır." İBK, T. 11.12.2018, E. 2013/1 K. 2018/1, Lexpera İçtihat Bankası (erişim tarihi: 19.1.2021). Limited şirket ortaklarının amme borçlarından doğan sorumluluğu hakkındaki düzenlemeye ilişkin olarak bkz. YANLI, Veliye; Limited Şirketlerin Amme Borçlarından Dolayı Ortakların Sorumluluğu, Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu'na 65. Yaş Günü Armağanı, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1999, s. 743-770.

bilecekken, tüzel kişinin anonim şirket yahut limited şirket olması hâlinde başvurulabilecek tek malvarlığı şirket tüzel kişiliğinin malvarlığıdır. Bir sorumluluk mercii olan yönetim kurulunun anonim ve/veya limited şirketten teşekkül etmesi suretiyle sorumluluktan kaçınılmasına ve bu şekilde kanuna karşı hile yoluna gidilmesi ihtimal dahilindedir. Tüzel kişi yönetim kurulu üyeliğinin bu şekilde kötü niyetli kullanılmasının önüne geçilmesi için ise mevcut imkânlardan biri tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasıdır.

III. TÜZEL KİŞİLİK PERDESİNİN KALDIRILMASI

Tüzel kişilik perdesinin kaldırılması, tüzel kişinin haiz olduğu ayrı kişiliğin göz ardı edilerek alacaklıların tüzel kişiyi oluşturan kişilere başvurabilmesini ifade eder.²¹ Tüzel kişinin arkasına saklanarak sorumluluktan kaçınılması hâlinde Anglo-Sakson hukukunda ileri sürülen ve Kıta Avrupası hukukunda da uygulama alanı bulan tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasına²² gidilip gidilemeyeceği tartışılabilir.

Tüzel kişilik perdesinin kaldırılması ise sermaye ortaklıklarında sınırlı sorumluluk ilkesinin²³ bir istisnasını teşkil etmektedir. Bu şekilde şirketin borçlarından dolayı ortakların şahsi malvarlıkları ile sorumlu tutulması söz konusu olmaktadır.²⁴ Bu uygulama ile tüzel kişi ve onu oluşturan gerçek kişiler iki ayrı hukuk süjesi olarak değil, bir bütün olarak ele alınmaktadır.²⁵ Tüzel kişilik perdesinin kaldırılması anonim şirket veya limited şirketin tüzel kişiliğini dikkate almadan, şirketin ortaklarını şirketin borçlarından dolayı sorumlu tutmaktır. Sınırlı sorumlu ticaret şirketlerinde tüzel kişilik perdesinin kaldırılması kişisel sorumluluğun uygulanması anlamına ge-

²¹ KAŞAK, Fahri Erdem; Tüzel Kişilik Kavramı ve Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi C. 26, S. 2, 2020, s. 1241-1263, s. 1251; AKINCI, Şahin; Alacaklılardan Mal Kaçırma İçin Kurulan Yeni Şirkete Müracaat İmkânı Bakımından; Muvazaa, Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması İle Organik Bağ Kavramlarının Elverişliliği ve Yargıtay Uygulamaları, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 27, S. 3, 2019, s. 652-678, s. 660; YANLI, Veliye; *Anonim Ortaklıklarda Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması ve Pay Sahiplerinin Ortaklık Alacaklılarına Karşı Sorumlu Kılınması (Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması)*, Beta Basım Yayım, 1. Basım, İstanbul Mayıs 2000, 16 vd.; KAPLAN, İbrahim; Tüzel Kişiliğe Sahip Ticaret Ortaklıklarında Perdenin Kaldırılması Talepli Hukuki Sorumluluk Davaları, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C. 25, S. 4, 2009, s. 37-46, s. 39.

²² Tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisi sadece şirketler hukuku alanına münhasır bir teori olmayıp özel hukuk ve kamu hukukunun diğer dallarında da uygulanabilmektedir. Bkz. TEKİNALP Gülören ve TEKİNALP, Ünal; Perdeyi Kaldırma Teorisi, Prof. Dr. Reha Poroy'a Armağan, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 1995, s. 387- 404.

²³ Sınırlı sorumluluk ilkesi uyarınca şirket alacaklıları yalnızca şirket tüzel kişiliğinin malvarlığına gidebilir. Şirketin alacaklılarına karşı sorumluluğu tüm malvarlığı ile ve sınırsız olduğundan "sınırlı sorumluluk" yerine "sınırlı sermaye payı yükümlülüğü"nden bahsedilmesi gerekir. Bkz. KERVANKIRAN, Emrullah; Sermaye Ortaklıklarında Sınırlı Sorumluluk İlkesine Karşı Önemli Bir İstisna: Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması, EÜHFD, C.XI, S. 3-4, 2007, s. 453-471, s. 457.

²⁴ KERVANKIRAN, s. 459.

²⁵ SAĞLAM, İpek, Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması Kavramına Genel Bir Bakış, Uluslararası Ticaret Sempozyumu: Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması, 2008, s. 154.

lir.²⁶ Tüzel kişilik perdesinin kaldırılması, tüzel kişi ile onu oluşturan gerçek kişiler arasında olabileceği gibi iki ayrı tüzel kişi arasında da söz konusu olabilir.

Tüzel kişilik perdesinin kaldırılması yoluna istisnai hâllerde gidilmektedir.²⁷ Temel kural şirketin malvarlığı ile ortakların malvarlıklarının ve bunların kişiliklerinin birbirinden bağımsız olduğudur. Bu teori ile tüzel kişinin borçlarından ortakların sorumlu tutulması mümkün olduğu gibi, ortakların borçlarından tüzel kişinin sorumlu tutulması da söz konusu olabilir.²⁸

Tüzel kişilik perdesinin ne zaman kaldırılabilmesi sorusuna ise iki teori etrafında cevap verilmektedir.²⁹ *Serick* tarafından ileri sürülen ve “Subjektif Kötüye Kullanma Teorisi” olarak aktarılan teoriye göre, tüzel kişinin yardımı ile kanunun dolanılması, sözleşmenin dolanılması, sözleşmeye aykırı davranılması ve haksız fiil ile üçüncü kişilere zarar verilmesi hâlinde tüzel kişilik yapısının kötüye kullanıldığı kabul edilmelidir.³⁰ Bu teoriye göre bu hareketlerin tespitinde sadece objektif kriterler değil aynı zamanda hukuka aykırılık niyeti de aranmalıdır.³¹ *Memiş, Serick*’in görüşünü “tüzel kişilik yapısının kullanılmasının hukuk düzenine aykırı düştüğü ve özellikle kötüye kullanıldığı ya da şirketler ile ortaklar arasındaki ayrılığa dayanmanın dürüstlük kuralına aykırı düştüğü” hâllerde tüzel kişilik perdesinin kaldırılabilmesi olarak özetlemektedir.³²

Bu teorinin karşısında yer alan ve *Müller-Freienfels*³³ tarafından ileri sürülen “Normların Amaçları Teorisi”ne göre ise bir normun objektif olarak amacına uygun yorumlanarak uygulanmasını sağlayabilmek için tüzel kişilik perdesini kaldırarak ortaklara başvurmak gerekiyorsa tüzel kişilik perdesi kaldırılabilir. Bu teoriye göre her somut olay kendi şartları çerçevesinde ele alınmalıdır. Perdenin kaldırılıp kaldırılmayacağı sorunu bu görüşler çerçevesinde çözümlenmektedir.

²⁶ TEKİNALP, Nr. 27-08.

²⁷ Tüzel kişilik perdesinin kaldırılması yolunun istisnai bir hâl olduğu; aksi durumda kişilere sınırlı sorumluluk imkânından yararlanma hakkı tanıyan hukuk düzenine güvenin sarsılacağı ve sınırlı sorumluluk ilkesinin anlamsızlaşacağı yönünde bkz. AYDOĞAN, s. 209.

²⁸ ÖZTEK, Selçuk ve MEMİŞ, Tekin; Şirketler Hukuku ve İcra İflas Hukuku İlkeleri Karşısında Borçlu Şirketlerin Alacaklılarının Hakim Ortağa Karşı Korunması, Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi 1.Uluslararası Ticaret Hukuku Sempozyumu, İstanbul 2008, s. 195-207, s. 196.

²⁹ Tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasında geleneksel alt teorilere ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. KÜÇÜK, Damla, Anglo Sakson Hukukunda Şirketler Topluluğunda Tek İşletme Sorumluluğu Teorisi ve Bu Teorinin Türk Hukukundaki Yansımaları, Ankara Barosu Dergisi, 2019/ 1, s. 287- 360, s. 297.

³⁰ Serick’in görüşleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. KERVANKIRAN, s. 459.

³¹ TEKİNALP ve TEKİNALP, s. 387.

³² ÖZTEK ve MEMİŞ, s. 197.

³³ KERVANKIRAN, s. 462’den naklen MÜLLER-FREIENFELS, Wolfram; *Zur Lehre vom sogenannten “Durchgriff” bei juristischen Person im Privatrecht*, AcP 1957, 522 vd. Ayrıca bkz. DURAL, Mustafa, Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması, Sermaye Piyasası Kurulu, 15. Yıl Sempozyumu, Mayıs 1998, Yayın No: 119, s. 99. MULLER-FREIENFELS tüzel kişilik perdesini muvazaa kavramını uygulamak yoluyla kaldırma taraftarıdır.

Anglo Sakson hukukunda bir şirketin taraf olduğu hileli, muvazaalı işlemlerin ya da grup şirketler ve/veya tek bir ekonomik birimin söz konusu olduğu, şirketin pay sahibinin temsilcisi olarak hareket ettiğinin tespit edildiği veya hakkaniyetin gerektirdiği durumlarda, mahkemelerce perdenin kaldırılması yoluna gidilmektedir.³⁴ Doktrinde, mahkemelerin tüzel kişilik perdesini kaldırırken uygulayabilecekleri testler irdelenmiş; şirket ve ortakları arasında çıkar ve mülkiyet birliği olması ve somut olayda ayrı tüzel kişilikten bahsedilmesinin hileyi veya adaletsizliği teşvik edecek olması kriterlerine bu testlerin ilki olarak yer verilmiştir.³⁵

İngiliz Yüksek Mahkemesinin bu husustaki en önemli kararı, şirketin ayrı bir tüzel kişiliği haiz olmasından ötürü ortağın sorumluluğuna gidilemeyeceğine hükmettiği *Salomon v A Salomon & Co Ltd* kararıdır.³⁶ Asgari ortak sayısı olan yediyi tamamlamak için kendisinin yanı sıra eşini ve beş çocuğunu ortak gösteren Salomon, şirketin tek ortağı olarak hareket etmiştir. Şirketin iflası ve alacaklıların şirketten olan alacaklarını Salomon'dan talep etmesi üzerine Salomon'ın açtığı dava sonucunda mahkeme, tek ortak olarak hareket etmiş olsa dahi şirketin ayrı bir kişiliğinin olduğuna ve borçlu olanın şirket olduğuna hükmetmiştir. Tek pay sahipliğinin, tüzel kişilik perdesinin kaldırılması için yeterli gerekçe teşkil etmeyeceği fikri, *Adams v Cape Industries Plc*³⁷ kararında tekrarlanmıştır. Tüzel kişilik perdesinin kaldırılması doktrini açısından güncel ve oldukça önemli bir diğer karar ise *Prest v Petrodel Resources Limited and Others*³⁸ ('Prest kararı')'dır.³⁹ Bu kararda tüzel kişilik perdesinin kaldırılabilmesi hâller oldukça dar yorumlanmış;

³⁴ Bu hukuk sistemine ilişkin ayrıntılı açıklamalar için bkz. BAFRA, Erdem; İngiliz Mahkemelerince Şirket Tüzel Kişiliği Perdesinin Kaldırılması, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 112, 2014, (s. 355-373) s. 360.

³⁵ GELB, Harvey; Limited Liability Policy and Veil Piercing, Wyoming L. Rev., C. 9, S. 2, 2009, s. 551- 573, s. 556. Yazar tarafından belirtilen diğer kriter şudur: Şirket üzerinde tam kontrolün olması ve bu kontrolün hile yahut adil olmayan işlemler için kullanılması ve tam kontrol ile hukuka aykırılık arasında illiyet bağı bulunması. Mahkemelerce aranan illiyet bağına ilişkin ayrıntılı açıklamalar için bkz. GELB, s. 568 vd.

³⁶ *Salomon v A Salomon & Co Ltd* [1897] AC 22 Karar metnine erişim için: https://www.trans-lex.org/310810/_/salomon-v-salomon-co-ltd-%5B1897%5D-ac-22/ (erişim tarihi: 05.04.2022). Karara konu olayın özeti için bkz. BAFRA, s. 356 vd.

³⁷ *Adams v Cape Industries Plc* [1990] Karar metnine erişim için: <https://www.ius.uzh.ch/dam/jcr:bdc11b64-7752-4c14-89d6-fb84f2ede791/Adams%20v%20Cape%20Industries%5B1990%5D.pdf> (erişim tarihi: 05.04.2022).

³⁸ *Prest v Petrodel Resources Limited and Others* [2013] UKSC 34; Karar metnine erişim için: <https://www.supremecourt.uk/cases/docs/uksc-2013-0004-judgment.pdf> (erişim tarihi: 05.04.2022).

³⁹ *Prest* kararının ayrıntılı değerlendirmesi için bkz. SOLAK, Ekrem; İngiliz Şirketler Hukukunda *Prest v Petrodel Resources LTD* [2013] Kararı Sonrası Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması, Tüzel Kişilik Pencerinden Anonim Ortaklık Sempozyumu, Mef Üniversitesi Hukuk Fakültesi 20-22 Temmuz 2020, On İki Levha Yayıncılık, 2021, s. 651-661, s. 655 vd. Tüzel kişilik perdesinin kaldırılması açısından mihenk taşı temsil eden tüm kararların değerlendirilmesi için bkz. HANNIGAN, s. 13 vd. Kararın, tüzel kişilik perdesinin kaldırılması prensibini ortadan kaldırmaya yeltendiği bazı yazarlarca ifade edilmektedir. bkz. SPOTORNO, Agustín Ricardo; Piercing the Corporate Veil in the UK: The Never-Ending Mess, *Business Law Review*, C. 39, S. 4, 2018, s. 102-109, s. 103.

yalnızca kasıtlı bir kaçınmanın varlığında ve alternatif başka bir çözüm yolu olmadığı takdirde bu yola gidilebileceği ifade edilmiştir.⁴⁰ Karara konu olayda, Bayan Prest eşinden boşanmıştır ve Bay Prest'in tek ortağı olduğu şirkete ait olarak görünen aile konutunun tasfiye rejimine dahil edilmesini istemektedir. Bu amaçla dosyada i) şirketin muvazaa sebebiyle kurulduğu ve Bay Prest'in evin gerçek sahibi olduğu, ii) ilgili mevzuata göre şirkete ait evin aslında Bay Prest'e ait olarak değerlendirilmesi gerektiği, iii) şirket ile Bay Prest arasında inanç ilişkisi olduğu ve şirketin aile konutu için Bay Prest'in inanılanı olduğu ileri sürülmüştür. Mahkeme, yalnızca son iddiayı kabul etmiştir.

Türk hukukunda aşağıda irdeleneceği üzere, genel itibariyle Serick tarafından ileri sürülen görüş kabul edilmektedir. Buna göre bir tüzel kişi ortaklığın arkasına gizlenerek kanuna karşı hile yapılmış, sözleşmeden doğan bir yükümlülük ihlal edilmiş ya da üçüncü kişilere haksız fiil nedeniyle zarar verilmiş ise bu davranışın Türk Medeni Kanunu (TMK) 2. maddesine aykırılık teşkil ettiği gerekçesiyle tüzel kişilik perdesinin kaldırılabilmesi kabul edilmiştir.⁴¹

Antalya'ya göre⁴² subjektif teoride aynı zamanda kasıt aranmaktadır ve bu ispat zorluklarına sebep olur. TMK 2 "açıkça" ifadesine yer vermiştir. Yani hukukumuzda objektif kötüye kullanmayı kabul edilmektedir.

⁴⁰ Kararın ayrıntılı değerlendirilmesi için bkz. HANNIGAN, s. 19; MUJH, Edwin; Piercing the Corporate Veil as a Remedy of Last Resort after Prest v Petrodel Resources Ltd: Inching towards Abolition?, Company Lawyer C. 32, S. 2, 2016, s. 39-71; MUJH, Edwin; Piercing the Corporate Veil: Where is the Reverse Gear? Law Quarterly Review, C. 133, 2017, s. 322-337; SCHALL, Alexander; The New Law of Piercing the Corporate Veil in the UK, European Company and Financial Law Review, C. 13, S. 4, 2016, s. 549-574. Bu kararda önemli olan hususlardan biri de hakimlerin perdenin arkasına "saklanma" ('concealment') ile "kaçınma" ('evasion') hâlleri arasında ayırım yapması ve ancak ikinci hâlde perdenin kaldırılabilmesine hükmetmiş olmalarıdır. Schall, Prest kararını, "hile istisnası" olup olmadığını belirlerken uygulanan "düzmececik" ('sham') testini raftan kaldırdığı için takdir etmekte; "kaçınma" teorisinin kabul edilmesi için geçerli bir gerekçe olmaması, keyfilik içermesi ve bu teorisinin tüzel kişilik perdesinin kaldırılması imkânını oldukça azaltması nedeniyle eleştirmektedir. SCHALL, s. 564 vd.; SOLAK, s. 659. Kaçınma teorisine göre tüzel kişilik perdesi şu hâlde kaldırılabilir: Bir şirket üzerinde kontrol sahibi olan kişiye karşı şirketin varlığından bağımsız olarak mevcut olan bir hak vardır ve şirket bu hakkı bertaraf etmek veya uygulanmasına engel olmak için araya konulmuştur. Özetle, tüzel kişilik perdesinin kaldırılması için sorumluluğuna gidilen kişinin önceden var olan ve şirketin kurulmasından bağımsız olarak ortaya çıkan bir yükümlülüğünün söz konusu olması gerekir.

⁴¹ Tüzel kişilik perdesinin kaldırılması çerçevesinde kabul edilen teoriler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. KAŞAK, s. 1254-1257; KUŞ, Ulaş Baran, Sermaye Şirketlerinde Sınırlı Sorumluluk İlkesinin İstisnası Olarak Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020, s. 66-77; VURAL, Sena, Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması (Sermaye Şirketleri Bakımından), Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2019, s. 38-43; BÜYÜKYILMAZ, Uğur, Sermaye Şirketlerinde Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması, Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2015, s. 14.

⁴² ANTALYA, Gökhan, Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması Teorisi, Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi 1. Uluslararası Ticaret Hukuku Sempozyumu, İstanbul 2008, s. 150 vd.

Kervankıran'a göre⁴³ bir hakkın dürüstlük ilkesine aykırı kullanıldığını söyleyebilmek için borçlunun davranışının kusurlu olması şart değildir; hakkın amaç dışı kullanılmış olması yeterlidir.

Sağlam'a⁴⁴ göre gerçek kişiler, kendilerine yönelik olan emredici bir hükümden kaçınmak maksadıyla tüzel kişilik perdesinin arkasına gizleniyorlarsa, bu TMK 2/II'ye aykırı bir davranış teşkil edecektir. Yani böyle bir davranış kanuna karşı hile oluşturacaktır. Ancak kanuna karşı hile olmasa bile TMK 2'ye aykırılığın olması durumunda da tüzel kişi ardına saklanan kişilerin kaçmak istedikleri hükümler onlara yine uygulanacaktır. Yani tüzel kişilik perdesinin kaldırılması hem TMK 2/I uyarınca dürüstlük kuralına aykırılık teşkil eden durumlarda hem de TMK 2/II uyarınca kanuna karşı hile teşkil ettiği durumlarda söz konusu olacaktır. Bir diğer ifadeyle, tüzel kişilik perdesinin kaldırılması için ortakların kasıtlı davranışı aranmayacaktır.⁴⁵

Pulaşlı'ya⁴⁶ göre tüzel kişiliğin tanınmasının nedeni olan asıl amaçtan sapılması hâlinde, yani tüzel kişiliğin amaç dışı ve dürüstlük kuralına aykırı olarak kötüye kullanılması hâlinde, artık tüzel kişiliğin korunması söz konusu olmayacak ve hâkim ortak veya ortakların sorumluluğuna gidilecektir.

Yılmaz'a göre⁴⁷ ise tüzel kişiliğin sorumluluğun sınırlanması amacıyla kullanılması doğal olandır. Tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasına karar vermede önemli olan tüzel kişilik kalkının sorumluluğun sınırlandırılmasında kullanılırken ne kadar ileri gidileceği sorunudur. Yazara göre tüzel kişiliğin sağladığı korumanın kullanılması TMK 2 anlamında açıkça bir kötüye kullanma teşkil ediyor ve adalet duygusu zedeleniyorsa mahkemece tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasına karar verilmelidir.

Kaşak ise,⁴⁸ kastın aranmasının tüzel kişilik perdesinin kaldırılacağı hâlleri sınırlandıracak olmasına karşın kastın varlığının ispatlanmasındaki zorluk nedeniyle objektif teorinin uygulanmasını kabul etmekte; böylelikle standart bir uygulamanın geliştirilebileceğini ifade etmektedir.

Doktrinde tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasına sebep olan hâller örnek kabilinden ifade edilmiştir.⁴⁹ Buna göre tüzel kişi ile ortakların malvarlıklarının

⁴³ KERVANKIRAN, s. 469 vd.

⁴⁴ SAĞLAM, s. 155.

⁴⁵ SAĞLAM, s. 157; aksi yönde bkz. SEROZAN, Rona; Medeni Hukuka Giriş, İstanbul 1997, s. 90 vd.

⁴⁶ PULAŞLI Hasan; *Şirketler Hukuku Şerhi (C. I)*, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2015, §19 Nr. 27.

⁴⁷ YILMAZ, Lerzan; Anonim Şirketlerde Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması Meselesi Hakkında İsviçre Federal Mahkemesi Kararları Işığında Düşünceler, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi 1.Ululararası Ticaret Hukuku Sempozyumu, İstanbul 2008, s. 256.

⁴⁸ KAŞAK, s. 1255.

⁴⁹ Kollektif ve komandit ortaklıklar ile ilgili düzenlemeler perdenin kaldırılmasına örnek teşkil etmez. Aynı yönde KERVANKIRAN s. 471; SAĞLAM, s. 155 vd; DURAL s. 97, s. 102 dn. 15; YANLI, Veliye; *Ano-*

karişması, yetersiz sermaye, kurumsal kötüye kullanma, yabancı yönetim gibi hâllerde tüzel kişilik perdesinin kaldırılması söz konusu olabilecektir.⁵⁰ Malvarlıklarının karişması durumu malların şirkete mi ortağa mı ait olduğunun belirlemediği hâllerde söz konusu olup genellikle tek adam şirketlerinde karişmaya çıkmaktadır.⁵¹ Yabancı yönetim hâlinde ise şirket yönetimi şirketin çıkarları yerine başkaca çıkarları, örneğin hâkim ortağın çıkarlarını korumak suretiyle şirket alacaklılarına, diğerk ortaklara ve şirkete zarar vermektedir.⁵² Yetersiz sermaye ise ortakların yetersizliği bilmeleri hâlinde bunu üçüncü kişilerden gizlemeleri durumunda söz konusu olur.⁵³

Perdenin düz kaldırılması şirket tüzel kişiliğinin aşılarak ortak/ ortaklarının sorumlu tutulmasıdır. Perdenin ters kaldırılması ise ortak/ ortakların borcundan ötürü şirket tüzel kişiliğinin sorumlu tutulmasıdır.⁵⁴ Perdenin çapraz kaldırılmasına gelince burada hâkim şirket ile yavru şirketler arasındaki perde kaldırılmakta; bir şirketin borcundan ötürü başka bir şirket sorumlu tutulmaktadır.⁵⁵

nim Ortaklıklarda Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması ve Pay Sahiplerinin Ortaklık Alacaklılarına Karşı Sorumlu Kılınması (Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması), Beta Basım Yayım, 1.Basım, İstanbul Mayıs 2000, 3 vd.; ÖZTEK ve MEMİŞ, s. 201. Aksi yönde TEKİNALP ve TEKİNALP, s. 387, 394; POROY, TEKİNALP ve ÇAMOĞLU, *Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku*, 8. Basım, İstanbul 2000 Nr. 121; SEVEN, Vural ve GÖKSOY, Can; Ticaret Şirketlerinde Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması (Bir Kararın Değerlendirilmesi), İstanbul Barosu Dergisi, C. 80, S. 6, 2006, (s. 2455- 2470) s. 2460. Kolektif ve komandit şirkete ilişkin düzende kanuni bir düzenleme mevcuttur. Perdenin kaldırılması ise kanunda doğrudan bir düzenleme olmadığı için duyulan ihtiyaçtan ötürü ortaya çıkmıştır. Ayrıca MK. 50/III uyarınca organların kusurlarından dolayı ayrıca kişisel olarak sorumlu oldukları düzenlenmiştir. Bu hüküm uyarınca organların meydana getirdikleri haksız fiilden tüzel kişi sorumlu tutulacaktır ancak koşulları mevcutsa organı meydana getiren kişiler de şahsen sorumlu olacaklardır. Bu hükümler getirilen düzenleme uyarınca tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasına ve bu yolla gerçek kişinin sorumluluğuna gidilmesine gerek yoktur. Şirket tüzel kişilik perdesinin kaldırılarak yönetici, denetçi veya hakim ortaklarının şahsi sorumluluklarına gidilebileceğini düzenleyen bir başka kanun hükmü de BankK. 110 ve 134'tür.

⁵⁰ Kriterler hakkında geniş bilgi için ÖZTEK ve MEMİŞ, s. 204 vd.; YILMAZ, s. 248 vd.

⁵¹ YANLI, s. 237; AKINCI Şahin; Alacaklılardan Mal Kaçırarak İçin Kurulan Yeni Şirkete Müracaat İmkânı Bakımından; Muvazaa, Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması İle Organik Bağ Kavramlarının Elverişliliği ve Yargıtay Uygulamaları, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 27, S. 3, 2019, s. 652-678, s. 662; 11. HD., E. 2016/9387 K. 2018/2071 T. 19.03.2018, <https://karararama.yargitay.gov.tr> (erişim tarihi: 01.06.2019).

⁵² YANLI s. 119; SAĞLAM, s. 157.

⁵³ SEVEN ve GÖKSOY, s. 2466; SAĞLAM, s. 157; ÖZTEK ve MEMİŞ, s. 205 vd.

⁵⁴ Perdenin düz kaldırılması ile ters kaldırılması arasındaki farklar ve İngiliz mahkeme kararlarının bu çerçevede değerlendirilmesi için bkz. MUJIH, s. 325 vd. Yazar, perdenin ters kaldırılması taleplerinin kabul oranının düz kaldırılmasına nispeten oldukça yüksek olduğunu tespit etmektedir. MUJIH, s. 330.

⁵⁵ YANLI, s. 40. Bu hâlde "tek işletme sorumluluğu teorisi" çerçevesinde yatay bir sorumluluk hâlinin söz konusu olduğu ifade edilmektedir. KÜÇÜK s. 314. Perdenin kaldırılması türlerine ilişkin açıklamalar için bkz. KAŞAK, s. 1258-1259; ALKANAT, Saadet Ece, Şirketler Hukukunda Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılmasının Yargıtay Kararları Işığında İncelenmesi, Platon Yayınevi, 2021, s. 45 vd.; VURAL, s. 44 vd.; KAPLAN, s. 40-41.

Tüzel kişilik perdesinin kaldırılması en çok tek ortaklı anonim şirket veya limited şirketin başka bir anonim şirkette yönetim kurulu üyesi olması hâlinde söz konusu olabilecektir. Yönetim kurulu üyeliğinden kaynaklanan zararın tazmini sırasında alacaklı, şirketin malvarlığına başvuracaktır. Şirket borçlarından dolayı malvarlığı ile sınırsız sorumlu olsa da alacaklı uğramış olduğu zararı şirketin malvarlığından elde edemediği hâlde tek ortağın malvarlığına gidemeyecektir.⁵⁶ Bu durum özellikle bir gerçek kişinin sorumluluktan kaçmak için tüzel kişilik perdesinin arkasına saklanarak bir anonim şirketin yönetiminde söz hakkı sahibi olmayı istemesi hâlinde gerçekleşir. Gerçek kişi bizzat kendisi aday olmak yerine tek kişilik bir anonim veya limited şirket kurarak, bu şirket vasıtasıyla şirket yönetimine katılmasına rağmen hukuken sorumlu tutulmaz. Tek ortak olan kişi, tek borç ilkesi gereğince sorumluluğuna gidilememesi sayesinde, aslında şahsi ve sınırsız olan sorumluluğunu bertaraf etmiş ve alacaklıların başvurabileceği malvarlığını kurmuş olduğu tek ortaklı şirketin malvarlığı ile sınırlamış olmaktadır. Bu hâlde çoğunlukla mal varlığının karışması gündeme gelmektedir.⁵⁷ Bunun yanı sıra bilhassa şirketler topluluğunda söz konusu olan perdenin çapraz kaldırılmasından bahsetmenin, ileride inceleyeceğimiz karar açısından fayda bulunmaktadır.⁵⁸

İlk olarak, ifade edilmelidir ki, çapraz kaldırma şirketler topluluğunun mevcudiyeti hâlinde gündeme gelmektedir. Yavru şirketler arasında bu şekilde perdenin kaldırılması için tek bir iktisadi işletmenin yürüttüğü belli bir faaliyet için birden fazla şirket kurulmuş olması şartı aranmaktadır.⁵⁹ Bunun dışında yavru şirketin (yani sorumlu tutulmak istenen şirketin) sermayesine iştirak etmemekle beraber kontrolünün başka kişiler elinde olması hâlinde eğer açıkça hakkın kötüye kullanılması tespit edilebiliyorsa çapraz kaldırma mümkün olmaktadır.⁶⁰

Ortak bir hâkim şirkete bağlı olmayan şirketler arasındaki perdenin kaldırılmasına örnek teşkil edebilecek bazı Yargıtay kararları şu şekildedir:⁶¹

- Ege AŞ ve Ege Ltd. Şti.'nin ortaklarının ve yöneticilerinin aynı olması ayrıca aynı iş kolunda faaliyet göstermeleri sebebiyle ayrı tüzel kişilik savunmasına itibar etmemiş ve tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasına “*her iki davalı farklı tüzel kişilik gibi görünse de bunun biçimsel olarak ele alınamayacağı,*

⁵⁶ Tek kişilik ortaklık ile ortak özdeş değildir; bu nedenle birlikte sorumlu tutulamazlar. Aksi durum tüzel kişiliğin ihlali anlamına gelir. Bkz. TEKİNALP, Nr. 5-13.

⁵⁷ TEKİNALP, Nr. 12-15; Malvarlıklarının ve alanların karışması hâlinde tüzel kişilik perdesinin kaldırılması ile ilgili bkz. YANLI, Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması, s. 237 vd.

⁵⁸ Gerçekten, şirketler topluluğu yapılanmasının daha az vergi vermek amacıyla kullanılmasının mümkün olduğu belirtilmektedir. KÜÇÜK, s. 290. İleride ele alacağımız kararda da bu amaçla oluşturulmuş bir yapılanma mevcuttur, bkz. “V. Holland Kararı” başlığı altında yer verdiğimiz açıklamalar.

⁵⁹ SEVEN ve GÖKSOY, s. 2466; ÖZTEK ve MEMİŞ, s. 208 vd.

⁶⁰ ÖZTEK ve MEMİŞ, s. 199.

⁶¹ Bu husustaki kararların ayrıntılı incelemesi için bkz. ALKANAT, s. 110 vd.

*uyuşmazlığın iktisadi ve ticarî boyutları ile değerlendirilmesi gerektiği, her iki şirket arasındaki **iktisadi özdeşlikten** hareketle, sadece anılan şirketlerin hukukî anlamda farklı tüzel kişiler olmalarına dayanan Ege A.Ş. 'nin savunmalarının geçerli olmayabileceği, söz konusu şirketlerin aynı ve tek kişi olarak kabul edilmelerinin gerekli olduğu”⁶² gerekçeleriyle hükmetmiştir.*

- Yargıtay başka bir kararında, off-shore bankacılığının yapıldığı hâllerde de tüzel kişilik perdesini çapraz olarak kaldırmak suretiyle bir bankanın borcundan dolayı başka bir bankanın sorumlu olduğuna “*Mahkemece yatırılan mevduatın aslında off-shore bankasına fiilen gönderilmediği, **banka ile organik bağı bulunan** çeşitli şirketlere kredi vermek suretiyle tüketildiği, bu hâli ile güven kurumu olan bankanın bu durumu bilerek yönlendirdiği, her iki bankanın sahip, kurucuları ve yöneticilerinin aynı kişilerden oluşması nedeniyle tüzel kişilik perdesinin aralanarak, üzerine düşen bilgilendirme yükümlülüğünü yerine getirmeyen müdiyi yönlendiren Sümerbank A.Ş.'nin sorumlu olduğu, yatırılan mevduatın davacıya faiziyle birlikte ödenmesi gerektiği sonucuna varılarak, davanın kabulü ile 11.565,00 ABD Dolarının ban- kaya yatırıldığı 26.11.1999 tarihinden itibaren 3095 sayılı Yasa 'nın 4/a maddesi gereğince işleyecek faizi ile birlikte davalı ING Bank A.Ş.'den alınarak davacıya ödenmesine dair verilen karar davalı Banka vekili ile fer'i müdahil vekili tarafından temyizi üzerine Dairemizin 02/10/2014 tarihli kararı ile düzeltilerek onanmıştır.”⁶³ demek suretiyle karar vermiştir.*
- Perdenin çapraz kaldırıldığı bir başka kararda, Yargıtay “*Dosya içeriğindeki belgelerden davacı şirket temsilcisi ve borçlu şirket temsilcisinin baba-oğul oldukları aralarında **organik bağ bulunduğu**, davacı üçüncü kişi şirketin borçlu adresinde kurulduğu ve şirket temsilcisi E. B. 'un bu sırada 16 yaşında olduğu, borçluya ait Silivri 'de bulunan işyerinde 18.9.2009 tarihinde yapılan hacizde de üçüncü kişinin istihkak iddiasında bulunduğu davacı tarafından sunulan faturaların borcun doğumundan sonraki tarihleri taşıdıkları” gerekçesiyle üçüncü kişi tarafından açılan istihkak davasında, davacı ile borçlunun farklı tüzel kişilikler olmalarına rağmen, aralarındaki organik bağdan da hareketle, tüzel kişilik perdesini kaldırarak, sanki borçlu ile istihkak iddiasını ileri süren davacı aynı tüzel kişilikmiş gibi karar vermiştir.⁶⁴*

Yargıtay organik bağı ispatlanamadığı hâllerde ise tüzel kişilik perdesinin kaldırılmayacağına hükmetmiştir.⁶⁵ Görüldüğü üzere Yargıtay da perdenin kaldı-

⁶² 19. HD. 12.05.2006 T., 2005/8774 E., 2006/5232 K., Lexpera İçtihat Bankası (erişim tarihi: 19.1.2021).

⁶³ 11. HD. 15.5.2015 T., 2015/1370 E., 2015/6994 K., Lexpera İçtihat Bankası (erişim tarihi: 19.1.2021).

⁶⁴ 7. HD. 11.6.2013 T., 2012/3251 E., 2013/8880 K., Lexpera İçtihat Bankası (erişim tarihi: 19.1.2021).

⁶⁵ Bu yönde bir kararında Yargıtay şu ifadelere yer vermiştir: “*Gerçekten de, dosya kapsamından, asıl borçlu şirket ile ihtiyati hacze itiraz eden şirket ortaklarının farklı olduğu, şirket merkezlerinin ve*

rılması için ya bir iktisadi bütünlük yahut da bir organik bağ aramaktadır. Yarıtmay kararlarında tüzel kişilik perdesinin kaldırılması için aranan organik bağın varlığından söz edildiğinde iki tüzel kişilik arasında iktisadi veya ticari bir bağımlılık, birlikte hareket etme ve aynı kaderi paylaşma söz konusudur. Bu durum şirket tüzel kişiliklerinin yöneticilerinin ve/veya ortaklarının özellikle kurucularının büyük ölçüde veya tamamen aynı oldukları hâlde tespit edilebilir.⁶⁶

Organik bağın mevcudiyetine delalet eden kıstaslar ise doktrinde şu şekilde sayılmaktadır: Borçlu şirkete ait bir kısım belgelerin davalı şirketin işyerinde bulunması, borçlu şirket ile davalı şirket arasında devir ilişkisinin olması, iki şirketin aynı merkezden idare edilmesi, farklı şirketler kurularak, farklı tüzel kişiliklerin çatısı altında dolandırıcılık yapılması (borçlu şirket adına işlemler yapılması ve fakat bu şirketin içi boşaltılarak başka bir şirket adına malvarlığı edinilmesi), iki şirketin faaliyet alanlarının ve müşteri çevrelerinin aynı olması, iki şirketin çalışanlarının önemli ölçüde aynı olması, şirket yöneticilerinin aynı olması, ortaklar arasındaki akrabalık ilişkisi, borçlu şirket temsilcisi ile davalı şirket temsilcisinin baba oğul olması, şirketler arasındaki iktisadi bütünlük, haciz mahalline gidildiğine borçlu şirket temsilcisinin kasada otururken görülmesi, borçlu şirketin levhasının haciz adresinin girişinde bulunması, tüzel kişi ile ortakların alanlarının, organizasyon ve malvarlıkların birbirine karışması, yetersiz sermaye ve özellikle şirket tüzel kişiliğinin bilinçli olarak üçüncü kişileri zarara uğratması, şirketler arasında muvazaalı işlemler yapılması, hatta belirli işlemlerin aynı şekilde ve usûlde yapılması.⁶⁷ Ancak önemle ifade etmeliyiz ki, bu şartlardan yalnızca birinin tespit edilmesi organik bağın varlığından söz edilmesi için yeterli olmayacaktır. Her somut olayda şartlara özgü değerlendirmeyi gerektiren bu husus açısından önemli olan, organik bağın tanışıklık, birlikte iş yapma, vekalet verme, bir şirketin ortaklarından birinin babasının diğer şirkete ortak olması gibi hâllerin organik bağın tespiti için yeterli olmadığıdır.⁶⁸ Ayrıca yalnızca organik bağın tespiti,

adreslerinin aynı olmadığı, asıl borçlu şirketin taşınmazı ile aracının ihale ve icra yoluyla ihtiyati hacze itiraz eden şirket tarafından satın alındığı anlaşılmaktadır. Bu durumda, mahkemece, tarafların iddia ve savunmaları karşısında tüzel kişilik perdesinin kaldırılması noktasında yaklaşık ispatın gerçekleşmediği göz önüne alınarak, sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken, bütün bu hususlar değerlendirilmeden yazılı şekilde ihtiyati hacze itirazın reddine karar verilmesi doğru olmamış, kararın bozulması gerekmiştir” 11. HD., E. 2016/12464 K. 2016/8801 T. 14.11.2016. Aynı yönde bir başka kararında şu ifadelere yer vermiştir: “adres ayniyetlerinin organik bağın varlığı için yeterli olmaya, ..., yukarıda ifade edildiği üzere “Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması Teorisi”nin belirli ve sınırlı durumlarda sakınılarak kullanılması gereken bir yol olduğu ve somut uyumsuzluk bakımından perdenin aralanması koşullarının oluşmadığı nazara alınmadan yazılı şekilde karar verilmesi doğru görülmemiş, bozmayı gerektirmiştir” 11. HD. 4.4.2019 T., 2017/2384 E., 2019/2653 K., Lexpera İçtihat Bankası (erişim tarihi: 19.1.2021).

⁶⁶ ÖZTEK ve MEMİŞ, s. 211.

⁶⁷ AKINCI, s. 671; YAVAŞ, s. 220 vd.

⁶⁸ “Mahkemece bozmaya uyularak yapılan yargılamada, davalının savunmasını ve alacağını ispatla-

yönetimde ve ortaklarda ayniyet ve aynı iş kolunda iştirak etmek dahi perdenin kaldırılması için yeterli görülmemiş aynı zamanda tüzel kişiliğin alacaklılardan mal kaçırmak amacıyla kötü niyetli kullanılması şartı da aranmıştır.⁶⁹

Kanaatimizce, tek ortaklı bir anonim veya limited şirketin başka bir anonim şirkette yönetim kurulu üyesi olduğu hâllerde TMK 2'ye aykırılık bulunup bulunmadığı dikkatlice incelenmelidir. Tek ortaklı bir şirketin yönetim kurulu üyesi olduğu her hâl tüzel kişilik perdesinin kaldırılması sonucuna yol açmamalıdır. Zira kanun koyucu tek ortaklı şirketleri meşru görmüş ve hüküm altına almıştır. Ancak muvazaanın, hakkın kötüye kullanılmasının ve kanuna karşı hilenin tespit edildiği hâllerde alacaklılara ortağa başvurma imkânı verilmelidir. Yönetim kurulu sorumluluk merciidir ve bir hakkın bu şekilde açıkça kötüye kullanılması TMK 2/I ve II'ye aykırılık teşkil eder.

ması gerektiği, ispata yönelik olarak davalı tarafça icra hukuk mahkemesi ilamının sunulduğu, davacı ile dava dışı ... Metal ... Ltd. Şti. arasındaki, ibraz edilen ilamda davacı şirket ile dava dışı ... İş ... Ltd. Şti. arasında organik bağ bulunduğunun tespit edildiği, davacı şirketin zaman içerisinde 4 kez ünvan değişikliği yaptığı, ilk kuruluşundan bu yana ...'in davacı şirketin ortaklarından olduğu ve dava dışı ... İş...Ltd Şti'nin de eski ortağı olup hâlen babası ...'in bu şirkete ortak olduğu, böylece davacı şirket ile ... İş...Ltd. Şti. arasında organik bağ bulunduğu, tüzel kişilik perdesinin aralanması teorisinin somut olaya uygulandığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş, hüküm davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir. Mahkemece bozma ilamına uyulmuş ise de, bozma ilamı doğrultusunda karar verilmemiştir. Dairemizi bozma ilamında açıkça, davacı şirket ile dava dışı ... İş ... Ltd. Şti. arasında organik bağ bulunduğunu ispata yeterli delil olmadığı belirtilmiş olup, ayrıca tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisinin uygulanması koşullarına yönelmeyi sağlayan bir teori kabulü gerekirken reddine karar verilmesi doğru görülmemiştir.” 19. HD. 27.3.2019 T., 2017/3702 E., 2019/2054 K., Lexpera İçtihat Bankası (erişim tarihi: 21.1.2021).

⁶⁹ Buna ilişkin örnek verilebilecek birçok karardan bir tanesinde şu ifadeler yer verilmektedir: “Davacı, davalı şirketlerin ortaklık yapıları ve faaliyet alanlarının, adreslerinin aynı olduğu, davalılar arasında organik ve hukuki bağ bulunduğunu ileri sürerek müşterek borçluluğunun kabulüne karar verilmesini talep etmiş ise de, yukarıda ifade edildiği üzere tüzel kişilik perdesinin aralanması ilkesinin sınırlı sorumluluk ilkesinden kötüniyetle yararlanmak isteyen şirket ortaklarına yönelmeyi sağlayan bir teori olduğu, dosya kapsamından davalıların sınırlı sorumluluk ilkesinden kurtulmak için işlemler yaptığının iddia ve ispat edilemediği, adres ayniyetlerinin faaliyet alanlarının aynı olmasının şirket kurucularının aynı olmasının genel kurullarının aynı yapılmasının tek başına davalıların müteselsil sorumluluğu için yeterli olmayacağı, şirketlerin unvan benzerliği ve ortaklık yapısının doğrudan doğruya perdenin kaldırılması teorisinin uygulanmasını sağlamayacağı, kaldı ki davalı şirketlerin ortaklık yapısı ve yönetim kurulu yapısının kuruluş aşamasında farklı olduğu, davalıların tüzel kişilik perdesinin arkasına sığınarak mal kaçırma ya da alacağın tahsilini imkansız hale getirme yönünde eylemde bulunduğunun iddia ve ispat edilemediği, ortada borçluyu gizleyen bir perde (örtü) bulunmadığı, kötü niyetle ve mal kaçırma gayesi ile mevcudu eksiltmeye yönelik tasarruflarla ilgili olarak yasal şartların varlığı halinde tasarrufun iptali, muvazaa nedeniyle işlemin iptali gibi hukuki sürecin işletilmesinin mümkün olduğu ve yukarıda ifade edildiği üzere “Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılma Teorisi”nin belirli ve sınırlı durumlarda sakınılarak kullanılması gereken bir yol olduğu ve somut uyuşmazlık bakımından perdenin aralanması koşullarının oluşmadığı ve sözü geçen şirketler farklı tüzel kişiliklere sahip oldukları da nazara alınmadan yazılı şekilde karar verilmesi doğru görülmemiş, bozmayı gerektirmiştir.” 3. HD. 3.12.2019 T., 2019/593 E., 2019/9655 K.; aynı yöndeki kararlar için bkz. 11. HD. 10.03.2014 T., 2013/15772 E., 2014/4589 K.; 22. HD. 11.12.2008 T., 2016/1912 E., 2018/26873 K., 11. HD. 19.3.2018 T., 2016/9387 E., 2018/2071 K.; 19. HD. 11.5.2017 T., 2016/17898 E., 2017/3683 K.; 19. HD. 11.5.2017 T., 2016/17898 E., 2017/3683 K.; kötü niyetin tespit edildiği karar için 19. HD. 24.3.2015 T., 2014/7187 E., 2015/4144 K., Lexpera İçtihat Bankası (erişim tarihi: 22.1.2021).

Örneğin, tek ortağı ve tek yönetim kurulu üyesi (A) olan B. A. Ş.'nin C. A. Ş.'ye yönetim kurulu üyesi seçilmesi ve temsilcisi olarak (A)'yı tescil ettirmesi hâlinde; B. A. Ş.'nin yönetim kurulu üyeliğini icra ederken C A.Ş.'ye zarar verdiğini kabul edelim. Bu durumda C. A. Ş. TTK m 553 uyarınca B. A. Ş.'nin sorumluluğuna gidecektir. Zira yönetim kurulu üyesi olan B. A. Ş.'dir. (A)'nın hem tek ortak hem de tek yönetim kurulu üyesi olması ve temsilci olarak da kendisini göstermesi kanun tarafından kendisine verilmiş birer haktır. Kanun koyucunun tanıdığı olduğu hakkı dürüstlük kuralı çerçevesinde kullanması hâlinde C. A. Ş. (A)'nın malvarlığına gidemeyecektir. Ancak (A)'nın TMK 2/I ve II uyarınca dürüstlük kuralına aykırı hareket etmesi veya kendisine tanınan hakkı kötüye kullanması hâlinde C. A. Ş. zararını (A)'nın şahsi malvarlığından tazmin edebilecektir. Bunun yanı sıra verilen örnekte (A) hem yönetim kurulu üyesi olan B. A.Ş.'nin temsilcisi hem de bu temsilciye talimat veren yönetim kurulunun tek üyesidir. Bu sebepten ötürü (A)'nın C. A. Ş.'nin fiili yönetim kurulu üyesi olduğu tespit edilirse⁷⁰ TTK 553 uyarınca sorumluluğuna gidilebilecektir. (A)'nın fiili yönetim kurulu üyesi olarak sorumlu tutulabildiği hâllerde TMK 2 uyarınca tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasına gerek yoktur. Yine aynı örnekte (A)'nın yönetim kurulu üyeliğini icra ederken gerçekleştirdiği bir haksız fiili ile C. A. Ş.'ye zarar vermesi hâlinde B. A. Ş. ile birlikte onun organı olarak TMK 50/III'e göre müteselsil olarak sorumlu tutulabileceğine göre; bu hâlde yine tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasına ihtiyaç kalmayacaktır.

IV. FİİLİ YÖNETİM KURULU ÜYESİ KAVRAMI

Anonim veya limited şirket yönetim organına seçilen tüzel kişi adına hareket eden gerçek kişi, yönetim kurulu üyesi (müdür) sıfatını kazanmaz. Bu sıfat ve ondan doğan sorumluluk tüzel kişiliğe aittir. Bununla birlikte doktrinde, kanun veya şirketin iç yönergesine uygun şekilde seçilmemiş olsa dahi bazı kişilerin şirket yönetimini önemli ölçüde etkiledikleri; bu sebeple fiilen yönetim kurulu üyesi oldukları ifade edilmektedir.⁷¹ Bu nitelendirme sonucunda, her ne kadar fiili yönetim kurulu üyeliğine ilişkin açık bir kanunî düzenleme olmasa da, somut olaydaki verilere göre fiili yönetim kurulu üyesi sayılan kişiler TTK 553 uyarınca sorumlu tutulabilir.⁷² Bununla birlikte kimin fiili yönetim kurulu üyesi olduğu, dolayısıyla TTK 553 hükmü uyarınca sorumluluğunun söz konusu olabileceği hususunda net bir ayırım bulunmamaktadır. Konuya ilişkin olarak Korkut, yönetim kurulunda alınan kararların etkilendiği her durumda etkileyen kişinin fiili

⁷⁰ Tek ortaklı şirketin ortağının fiili yönetici olarak nitelendirilebileceği hâller için bkz. AYDOĞAN, s. 230 vd.

⁷¹ KORKUT, Ömer; *Anonim Şirketlerde İnançlı Yönetim Kurulu Üyeliği*, Adalet Yayınevi, Ankara 2007, s. 204 vd.

⁷² TEKİNALP, Nr. 16-57.

organ olmayacağını, ancak yönetim kurulu üyesi olarak tescil edilmemiş olan kimsenin toplantılara katılmak suretiyle kararın oluşmasına etki etmesi durumunda fiili organ durumundan söz edilebileceğini ifade etmiştir.⁷³ *Akdağ-Güney* ise fiili organı (fonksiyonel organ) yönetim kurulu üyelerinin yanı sıra organa özgü görevleri yerine getiren ve şirket iradesinin oluşmasında etkili olan kimseler olarak tanımlamaktadır.⁷⁴ Yazara göre bir kimsenin fiili organ olarak nitelendirilmesi için görevi bağımsız olarak yerine getirebiliyor olması ve bu görevin şirket için önemli bir görev olması gerekir. Ayrıca yazar, bu görevin uzun süreli ve devamlı olmasının aranmadığını da belirtmektedir.⁷⁵

İsviçre Federal Mahkemesi banka yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğuna ilişkin bir kararında sadece yönetim kurulu üyelerinin değil, organlara has kararları alabilen veya şirketin fiilen yönetimi ile ilgilenen ve bu suretle şirketin iradesinin oluşmasında belirleyici etkisi olan kişilerin de şirketin karar organı olarak nitelendirilmesi gerektiğini ifade etmiştir.⁷⁶ Bu kararda Federal Mahkeme, bir kimsenin şirketin günlük rutin işlerinin ötesinde bankanın konumunu etkileyecek yönetsel işlemler gerçekleştirilmesi ve kararlar alması hâlinde bu kişinin OR Art. 754 anlamında “yönetim ile uğraşan kişi” sıfatını haiz olacağına ve sorumlu tutulacağına hükmetmiştir. Federal Mahkeme aynı yıl vermiş olduğu başka bir kararında ise bir kimsenin fiili yönetim kurulu üyesi olarak sorumlu tutulabilmesi için bu kişinin şirketin üst düzeyde yönetimini, hiyerarşinin en üstünü etkilemesi şartını aramıştır.⁷⁷ Doktrinde de “yönetim organına özgü”⁷⁸ kararlara katılan

⁷³ KORKUT, s. 204 vd. Aydoğan da tek ortaklı şirketin ortağının fiili organ olarak nitelendirilebileceği hâlleri örnek kabilinden saymıştır. Aydoğan, s. 230 vd. Tek ortağın yahut hâkim ortağın fiili yönetim kurulu üyesi olarak hareket ettiği hâllere uygulama sıklıkla rastlandığı yönünde bkz. BÖCKLI, Peter; *Schweizer Aktienrecht, 4. Auflage*, Schulthess Verlag, Zürich 2009, § 13 Nr. 92a. Kortunay fiili yönetim kurulu üyesini, yönetim kuruluna üye olmamakla birlikte yönetim kurulunun iradesinin oluşmasına etki eden ve yönetim kuruluna özgü organsal yetkileri kullanan kişi olarak tanımlamıştır. KORTUNAY, Ayhan; *Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu ve Üyelerinin Bilgi Edinme Hakkı*, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2015, s. 236.

⁷⁴ AKDAĞ-GÜNEY, s. 356 vd.

⁷⁵ AKDAĞ-GÜNEY s. 357 vd.

⁷⁶ BGE 117 II 432, 441 vd. (<https://www.bger.ch>).

⁷⁷ BGE 117 II 573 (<https://www.bger.ch>). Doktrinde bir görüş bu kararda aranan şartı haklı bulmakta ve şirket organizasyonunda hiyerarşinin alt basamaklarında alınan kararlara etki eden kimselerin fiili yönetim kurulu üyesi olarak adlandırılmayacağını ifade etmektedir. FORSTMOSER, Peter, MEIER-HAYOZ, Arthur ve NOBEL, Peter; *Schweizerisches Aktienrecht*, Stämpfli Verlag AG, 1996, § 37 Nr. 6.

⁷⁸ Fiili yönetim kurulu üyesinin organa özgü kararlara ve/veya işlemlere katılması gerekmektedir. Dolayısıyla örneğin şirkete vermiş olduğu kredi nedeniyle şirketin iradesi üzerinde etkide bulunabilen bir banka, bu çerçevede sorumlu tutulamayacaktır. Benzer şekilde, kararın oluşmasına danışmanlık, hesaplama, teknik ve muhasebe anlamında yardım etme fiili yönetim kurulu üyesi sayılmak için yeterli değildir.

MÜLLER, Roland, LIPP, Lorenz ve PLÜSS, Adrian, *Der Verwaltungsrat Ein Handbuch für Theorie und Praxis*, 4. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG, 2014, s. 353.

veya işlemleri bizzat gerçekleştiren ve bu suretle şirketin iradesinin oluşmasına önemli derecede katkıda bulunan kişiler⁷⁹ olarak tanımlanan fiili yönetim kurulu üyesi sıfatını haiz olan kimselerin OR Art. 754 düzenlemesi kapsamında hem gerçekleştirdiği iş ve işlemlerden hem de ihmallerinden ötürü⁸⁰ sorumlu tutulması gerektiği kabul edilmektedir.⁸¹ Tüzel kişinin yönetim kurulu üyesi olarak seçilmesi yasaklanan İsviçre hukukunda, bir tüzel kişiyi temsilen yönetim kurulunda bulunan gerçek kişi yönetim kurulu üyesi sıfatını ve bu sığata bağlanan hak ve yükümlülükleri haizdir.⁸² Bununla birlikte tüzel kişinin, temsilcisi olan gerçek kişiye talimatlar vermek suretiyle şirketin yönetimine katılması hâlinde fiili yönetim kurulu üyesi olarak kabul edilebileceği savunulmaktadır.⁸³

Alman hukukunda fiili yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğuna benzer bir hâl AktG § 117/I' de düzenlenmiştir. Bu hüküm uyarınca şirket üzerindeki etkisini kullanmak suretiyle atanacak yönetim kurulu üyesi, gözetim kurulu üyesi, imza yetkilisi veya temsile yetkili kişinin belirleyen kişi bu işlemde doğan zarardan mesuldür. Mezûr düzenleme doğrudan fiili yönetim kurulu üyeliğini konu almasa da şirketin iradesine dışarıdan yapılacak etkiye bir sorumluluk bağlanması gerektiğini ortaya koymaktadır.

Fiili organ veya fiili yönetici kavramı İngiliz Yüksek Mahkemesi kararlarına da konu olmuş ve bu kararlarda fiili yönetici sayılmanın kriterlerine ilişkin detaylı açıklamalara yer verilmiştir. Bu kararlardan bir kısmı şirketin kararlarına tamamen şirket dışından etki edilmesine dair olup bu çalışmada ayrıntılı yer vereceğimiz kararda olduğu gibi tüzel kişi yönetim kurulu üyesinin tek ortağı/ temsilcisinin fiili yönetici olup olmadığına ilişkin kararlar da mevcuttur. Özellikle tek ortağın tüzel kişilik perdesinin kaldırılması yoluna gidilmeksizin sorumlu tutulmak istendiği bu uyuşmazlıklarda hakimlerin fiili yönetici kimdir sorusuna verdikleri cevaplar birbirinden farklılık arz etmektedir. Bu kapsamda aşağıda,

⁷⁹ Forstmoser/ Meier-Hayoz/ Nobel, § 37 Nr. 4. Doktrinde bir görüş, bu yönde verilmiş bir karara da dayanarak, bu işlemlerin sürekli olması ve bağımsız olarak gerçekleştirilebilmesi kistasını da aramaktadır. MÜLLER, LIPP ve PLÜSS, s. 353; BGE 128 III 29 (<https://www.bger.ch>). Aksi yönde bkz. BÖCKLI, § 13 Nr. 92a.

⁸⁰ FORSTMOSER, MEIER-HAYOZ ve NOBEL, § 37 Nr. 8; MULLER, LIPP ve PLUSS s. 353.

⁸¹ FORSTMOSER, MEIER-HAYOZ ve NOBEL, § 37 Nr. 2; MÜLLER, LIPP ve PLÜSS s. 352. İbra kararının ise fiili yönetim kurulu üyelerini kapsamadığı yönünde bkz. MÜLLER, LIPP ve PLÜSS, s. 353, 354.

⁸² FORSTMOSER, MEIER-HAYOZ ve NOBEL, § 28 Nr. 164.

⁸³ FORSTMOSER, MEIER-HAYOZ ve NOBEL, § 37 Nr. 10. Bir kamu tüzel kişinin yönetim kuruluna temsilci göndermesine ilişkin olarak TTK 334 hükmünün mehzasını teşkil eden OR 762/IV düzenlemesi ise, temsilcinin gerçekleştirdiği işlemlerden ötürü kamu tüzel kişinin şirkete, pay sahiplerine ve alacaklılarına karşı sorumlu olduğunu açıkça hüküm altına almıştır. Her ne kadar aynı düzenlemeye TTK 334/III'te de yer verilmişse de Türk hukukunda tüzel kişinin bizzat kendisinin yönetim kurulu üyesi sıfatını haiz olacağı esası benimsendiğinden, bu hususta açık bir düzenlemeye ihtiyaç bulunmamaktadır.

İngiliz Yüksek Mahkemesinin vermiş olduğu en güncel kararlardan birini teşkil eden Holland Kararı değerlendirilecek, bu kararın incelenmesi esnasında konuyla ilgili diğer kararlarda hakimlerin yapmış oldukları tanımlara yer verilecek ve karar Türk hukuku açısından ele alınacaktır.

V. HOLLAND KARARI

A. KARARA KONU UYUŞMAZLIK VE KARARIN ÖZETİ

Daha önce de ifade ettiğimiz üzere İŞK düzenlemesinden önce şirketin tek yönetim kurulu üyesi bir tüzel kişi olması mümkündür. Bu düzenleme döneminde meydana gelen bir uyuşmazlığa ilişkin olarak İngiliz Yüksek Mahkemesi 24 Kasım 2010'da verdiği Holland kararında, bir şirkette yönetim kurulu üyesi olan kişinin, bu şirketin ikinci bir şirkete tek yönetim kurulu üyesi olması hâlinde, ikinci şirketin fiili yönetim kurulu üyesi sayılıp sayılmayacağını tartışma fırsatı bulmuştur.⁸⁴

Karara konu olay şu şekilde özetlenebilir: 1997 ilâ 2004 yılları arasında Bay ve Bayan Holland, Paycheck Services Limited ("Paycheck Services") aracılığıyla müşterileri olan müteahhitlerin ticari ve vergisel işlerini yönetmişlerdir. 1999 yılının şubat ayında Bay ve Bayan Holland'ın %50'şer paya sahip olduğu şirket altında 2 yavru şirket, Paycheck Directors Limited ("PD Limited") ve Paycheck Secretarial Services Limited ("PS Limited") eklenerek, farklı bir şirket yapılanmasına gidilmiştir. Bu şirketlerin de altında 42 tane daha yavru şirket kurularak PD Limited bu şirketlerin tek yönetim kurulu üyesi, PS Limited ise bu şirketlerin sekreteri olarak atanmıştır. Bu esnada Bay ve Bayan Holland hem ilk şirketin hem de PD Limited ve PS Limited'in yönetim kurulu üyeleri olarak görevlerine devam etmişlerdir. 42 adet yavru şirketin her birinde ise Bay ve Bayan Holland'ın pay sahibi ve yönetim kurulu üyesi olduğu Paycheck Trustee Services Limited ("Trust")'a ait A grubu paylar ve 50 adet oydan yoksun pay mevcut olup oydan yoksun paylar yüklenicilere aitti.

42 adet yavru şirketin her biri vergilendirilme esnasında ayrı birer tüzel kişi olarak ele alınıp ödenmesi gereken vergi buna göre hesaplanmaktaydı. Bununla birlikte İngiliz Vergi Hukuk sisteminde şirketler topluluğuna dahil olan şirketlerin tek bir şirket olarak değerlendirilip vergilendirilmesi gerekliliği sonucu ödenmesi gereken vergi meblağında farklılık meydana gelmiştir. Mahkeme de bu tür bir şirket yapılanmasına gidilmesinin sebebinin 42 tane yavru şirket tek bir şirket olarak faaliyet gösterseydi ödenecek yüksek vergi meblağından kaç-

⁸⁴ Holland v the Commissioners for Her Majesty's Revenue and Customs and another [2010] UKSC 51, Karar metni için bkz. (<https://www.supremecourt.uk/cases/docs/uksc-2009-0131-judgment.pdf>) (erişim tarihi: 2.1.2021).

mak olduğunu tespit etmiştir. Bu tespit üzerine hazine, 42 tane yavru şirketin tek yönetim kurulu üyesi olan PD Limited'in arkasındaki kişinin Bay Holland olduğunu ve vergi borcunun Bay Holland'dan tahsil edilmesi gerektiğini iddia etmiştir. Bir diğer ifadeyle, 42 adet yavru şirketten her birinin tek yönetim kurulu üyesi olan şirketin usulünce seçilen yönetim kurulu üyesi olan Bay Holland'ın, 42 yavru şirketin fiili yönetim kurulu üyesi olarak sayılması gerektiği savunulmuştur. Mahkeme ise Bay Holland'ın sadece PD Limited'in yönetim kurulu üyesi olduğunu ve sadece bu kıstasın Bay Holland'ın fiili yönetim kurulu üyesi sayılmak suretiyle sadakat yükümlülüğünü ihlal ettiği gerekçesiyle sorumluluğuna gidilmesi için yeterli olmadığına hükmetmiştir. Kararda şirket tüzel kişiliğinin, kendini oluşturan ve yönetenlerden ayrı bir kişiliğe haiz olduğuna vurgu yapılmış ve fiili yönetim kurulu üyeliğinden söz edilebilmesi için en azından söz konusu şirketin yönetim kuruluna katılmış olması gerektiği ifade edilmiştir. Üç olumlu oy ile alınan karara karşı oy veren iki üye ise varılan bu sonucun kişilerin sorumluluklarını tüzel kişiliğin arkasına saklanarak engelleyebilecekleri ve bu şekilde alacaklıların zarara uğratacağını; ayrıca Bay Holland'ın sorumlu tutulabilmesi için tüzel kişilik perdesinin aralanması değil, Bay Holland'ın fiili yönetim kurulu üyesi olarak kabul edilmesi ve bu şekilde yönetici olarak değerlendirilip sorumlu tutulması gerektiğini ifade etmişlerdir.⁸⁵

B. KARARDA YER VERİLEN ÖNEMLİ DEĞERLENDİRMELER

Karara ilişkin olarak Lord Hope öncelikle bu şirket yapılanmasına gidilmesinin tek başına kötü niyeti göstermeyeceğini, nitekim bu yapılanmaya kanun koyucu tarafından izin verildiğini ifade etmiştir (para. 25). Ardından Lord Hope fiili yönetim kurulu üyeliğine ilişkin emsal kararlardan alıntılar yapmıştır. Bu kararlardan *Re Hydrodan (Corby) Ltd*⁸⁶ kararında Millet J paragraf 182 ve 183'te şu tespitlerde bulunmuştur: “*Fiili yönetim kurulu üyesi, yönetim kurulu üyesi olarak hareket eden kişidir. Geçerli bir şekilde yönetim kurulu üyesi olarak atanmasına rağmen şirket tarafından yönetici olarak değerlendirilmekte ve kendisi de yönetim kurulu üyesi olduğu iddiasında ve niyetindedir. Bir kişinin fiili yönetim kurulu üyesi olduğunu savını başarıyla ileri sürebilmek için bu kimsenin gerçekleştirdiği iş ve işlemlerin bir yönetici tarafından gerçekleştirilebiliyor olması gereklidir. Bu kişinin gerçekleştirdiği iş ve işlemlerin yönetim kurulundan daha alt seviyedeki bir müdürün de gerçekleştirebileceği iş ve işlemler olması fiili yönetim kurulu üyesi olarak tanımlamak için yeterli değildir. Tekrar ediyorum, fiili yönetim kurulu üyesi, yönetici gibi hareket eden ve bu iddiada olan kişidir*”. Bu ifadelerin ardından Millet J, sonraki kararlarda ve incelememize konu kararda

⁸⁵ Lord Walker para. 114, 115 ve Lord Clarke para. 140.

⁸⁶ *Re Hydrodan (Corby) Ltd* [1994] 2 BCLC 180.

sıklıkla atf yapılan ve çalışmamız için de önem arz eden şu ibareye yer vermiştir: “İflas masası bir şirketin ister fiili ister gölge isterse usulünce seçilmiş olsun yönetim kurulu üyesi olduğu halde, o şirketin yöneticileri kendiliğinden fiili veya gölge yönetici konumunda olduğunu ifade etmiştir. Kanaatimce bu çıkarım yerinde değildir. Diğer üyelerle birlikte kurul toplantılarına katılmak ve oy kullanmak, belirli birtakım şartlarda yöneticinin yönetim kurulu üyesi olan şirkete veya onun alacaklılarına karşı hukuki sorumluluğunu doğurabilir. Ancak bu durum, bunun ötesinde **başkaca bir neden mevcut olmadıkça**, onun şirketin yönetim kurulu üyesi olduğu şirkette fiili yönetim kurulu üyesi olması sonucunu doğurmaz.” Bu kararda geçen “başkaca bir neden mevcut olmadıkça” (“without more”) ibaresi üzerinde sıklıkla durulmuştur. Nitekim bu ibare, yalnızca yönetim kurulu üyesi olan şirkette yönetim kurulu üyesi olunmasının tek başına fiili yönetim kurulu üyeliğini sonucuna varılması için yeterli olmadığını vurgulamaktadır.

*Secretary of State for Trade and Industry v Tjolle and others*⁸⁷ kararında Millet J’in yer verdiği açıklamalara atıfta bulunan Jacob J paragraf 343’te fiili yönetim kurulu üyesi sıfatının belirlenmesi için tek bir belirleyici testin uygulanmasının mümkün olmadığını ifade ettikten sonra, bu kişinin şirket tarafından yönetici olarak görülmesi, yönetim kurulu üyesi unvanının kullanılması, karar verirken şirketin mali kayıtları hakkında bilgi sahibi olması, şirkete ilişkin büyük kararlar alması gibi başka bazı kriterlerin de etkili olduğunu belirtmiştir. Jacob J, fiili yönetim kurulu üyesi sayılmanın bu kişiyi zarardan ötürü sorumlu tutma amacı güttüğü gözden kaçırılmaksızın üzerinde gerçekten etkilerinin olmadığı durumlardan ötürü sorumlu tutulmalarının hakkaniyete aykırı olacağını vurgulamıştır. Robert Walker LJ ise (*Re Kaytech International plc (1999)*) paragraf 423’te önemli olanın bu kişinin yönetim kurulu üyesi sayılabilmesi için kendini bir şirket yöneticisinin konumu ve işlevlerini haiz görerek bir yönetim kurulu üyesiymiş gibi sorumluluk altına sokması olduğunu ifade etmiştir.

*Secretary of State for Trade and Industry v Hall*⁸⁸ kararında, yönetim kurulu üyesi olan şirketin tek pay sahibi ve tek yönetim kurulu üyesi olan kişinin, yalnızca bu sıfatlarından ötürü fiili yönetim kurulu üyesi sayılmayacağı vurgulandıktan sonra bir şirketin fiili yönetim kurulu üyesi olarak nitelendirilebilmesi için 30. paragrafta daha farklı bir kriter öngörülmüştür. Bu karmaşık formüle göre, yönetim kurulu üyesi olan şirketin (A-şirket) yönetim kurulu üyesinin (B- gerçek kişi), şirketin (C- şirket) fiili yönetim kurulu üyesi sayılması için, B’nin A’ya vermiş olduğu talimatlar sonucu A’nın yönetim kurulu üyesi sıfatıyla gerçekleştirdiği

⁸⁷ Secretary of State for Trade and Industry v Tjolle and Others [1998] 1 BCLC 333; Erişim için: <https://vlex.co.uk/vid/secretary-of-state-for-805266985> (erişim tarihi: 05.04.2022).

⁸⁸ Secretary of State for Trade and Industry v Hall [2006] EWHC 1995 (Ch); Erişim için: <https://vlex.co.uk/vid/secretary-of-state-for-793230541> (erişim tarihi: 05.04.2022).

işlemlerin, A'nın usulünce seçilen bir yönetim kurulu üyesi olmasaydı dahi fiili yönetim kurulu üyesi olması sonucunu doğurması gerekmektedir.

Holland davası kararında Lord Hope bu açıklamalara yer verdikten sonra 40. paragrafta karara konu uyuşmazlıkta Bay Holland'ın yalnızca yöneticisi olduğu şirketin idaresine yönelik iş ve işlemleri gerçekleştirdiğini, Bay Holland'ın yönetim kurulu üyesi olan şirkette karar alan ve bu kararları yürüten kişi olmasının fiili yönetim kurulu üyeliği için yeterli bir sebep olarak görülemeyeceğini belirtmiş ve açıklamalarının neticesi olarak 50. paragrafta temyiz talebinin reddedilmesi gerektiği yönündeki kanaatini açıklamıştır.

Lord Collins de Lord Hope ile aynı yöndeki kanaatini oluştururken şu gerekçeden hareket etmiştir: Şayet somut uyuşmazlıkta Bay Holland'ın fiili yönetim kurulu üyesi olduğu kabul edilirse tüzel kişi yönetim kurulu üyesinin tek yönetim kurulu üyesi her zaman fiili yönetim kurulu üyesi sayılabilir. Bu kabul mahkemenin yetki sınırlarını aşarak yasamaya müdahale etmesi anlamına gelir. Kanun koyucu bu uyuşmazlığın meydana gelmesinden sonra İŞK ile en az bir yönetim kurulu üyesinin gerçek kişi olması zorunluluğu getirmiştir; kanun koyucunun tüzel kişi yönetim kurulu üyesinin tek yönetim kurulu üyesini sorumlu tutma amacında olması hâlinde bunu açıkça düzenlemesi yahut yönetim kurulunun yalnızca gerçek kişilerden oluşmasına imkân tanınması gerekirdi (para. 96).

Lord Saville, Bay Holland'ın sorumlu tutulmasının tüzel kişilik perdesinin sağladığı farklı kişiliklerin göz ardı edilmesi sonucunu doğuracağı⁸⁹ ve kanun koyucunun tüzel kişi yönetim kurulu üyesinin arkasındaki karar mekanizmasını bu şekilde sorumlu tutmayı amaçlamadığı gerekçesiyle temyiz talebinin reddedilmesi gerektiği yönündeki kanaatini ifade etmiştir (para. 98, 99).

Holland kararında Bay Holland'ın fiili yönetim kurulu üyesi olarak sorumlu tutulamayacağı, yönetim kurulu üyesi olan şirket tüzel kişiliğinin sorumlu olduğu yönündeki kanaatlerini belirten üç hâkimin açıklamalarının ardından iki hâkim Bay Holland'ın sorumlu tutulması gerektiğini ifade etmiştir.

Lord Walker, Bay Holland'ın sorumlu olduğu yönündeki nihai kanaatine (para. 125) ilişkin gerekçelerini açıklarken paragraf 115 ve 166'da şu ifadeleri kullanmıştır: "Bay Holland (Bay Holland'dan talimat alan ve işlevleri yalnızca tavsiyelerde bulunmak olan profesyonel danışmanlarıyla birlikte) bütün Paycheck imparatorluğunun kurucusu ve yönetici ruhuydu. Karısının (ki tüm görevi sekreteryal faaliyetlerden ibaretti) işbirliği sayesinde Paycheck Directors ve Paycheck Secretarial'ın tek aktif yöneticisiydi; şirketler topluluğunun oy hakkını haiz olan A grubu payların esas sahibiydi ve kendi hazırladığı yapı çerçevesinde

⁸⁹ HANNIGAN, Brenda; Wedded to 'Salomon': Evasion, Concealment and Confusion on Piercing the Veil of the One-Man Company, Irish Jurist (1966-), C. 50, 2013, s. 11-39, s. 26. Makaleye erişim için: <http://www.jstor.org/stable/44026359> (erişim tarihi: 05.04.2022).

A grubu paylara sahip olan şirketin tek aktif yöneticisiydi. Şirketlerin bir üst vergi dilimine göre rezerv ayırmaksızın kâr payı dağıtmalarına ilişkin kararı (18 Ağustos 200 tarihindeki danışma toplantısında baş danışmanın vermiş olduğu tavsiye üzerine) o aldı. Şayet bu durum, mahkemelerce aranan “başkaca bir neden” teşkil etmiyorsa, hangi şartların bu kriteri sağlayacağını tahmin etmek zordur. Bay Holland’ın gerçekleştirdiği tüm faaliyetleri yönetim kurulu üyesi olan şirketin yönetim kurulu üyesi olarak gerçekleştirdiği yönündeki tekrarlanan iddia, elbette ki yanlış değildir ancak kanaatimce yavan bir şekilciliktir. Kanaatimce Bay Holland, hem Paycheck Directors’un yönetim kurulu üyesi hem de şirketler topluluğuna dahil şirketlerin fiili yönetim kurulu üyesi olarak hareket etmiştir.” Azınlıkta yer alan Lord Walker, bireylerin şirket alacaklılarına karşı sorumluluktan kaçınmak amacıyla yapay şirket yapılanmalarının ardına saklanmalarına izin verilmesini eleştirmiştir.⁹⁰

Lord Walker’ın ileri sürmüş olduğu gerekçelere katılan Lord Clarke, bu uyuşmazlıkta çözümü gereken hukuki meselenin bir hukuk prensibi değil Bay Holland’ın nasıl hareket ettiği olduğunu belirtmiştir. Bir diğer ifadeyle Lord Clarke, burada tüzel kişinin kendisini oluşturan kişilerden bağımsızlığının yani tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasının değil, bir takım iş ve işlemleriyle kendini sorumluluk altına sokup sokmadığının tartışılması gerektiğini savunmuştur (özellikle para. 140). “*Bay Holland Paycheck Directors’un yöneticisi olmamasına rağmen Paycheck Directors’un yöneticilerine yavru şirketlerde kâr payı dağıtılması yönünde karar almaları için talimat verseydi, yalnızca bu gerçekleştirmiş olduğu işlemde ötürü yavru şirketlerin fiili yönetim kurulu üyesi olarak değerlendirilirdi. Örneğin karısı Paycheck Directors’un tek yöneticisi olsaydı ve Bay Holland karısına kâr dağıtımına ilişkin talimat vermesi üzerine karısı bu konuyu tek başına değerlendirmeksizin bu doğrultuda hareket etmiş olsaydı, Bay Holland yavru şirketin fiili yönetim kurulu üyesi olarak görülürdü. ... Bay Holland bir yöneticinin işlevlerini yerine getirdi, kâr payı ödemek yöneticilerin görevidir. Yönetim kurulu üyesine verdiği talimatlarla şirket hakkında önemli kararlar alıyordu. Şirketin ilişkileri üzerindeki gerçek etkisi sınırsızdı. Hatta, şirketi yöneten tek kişiydi. Onun talimatları dışında karar alan kimse yoktu. Özetle, profesyonel bir danışmandan farklı olarak şirketin kurumsal yönetimi üzerinde gerçek etki gösterdi.”* Bu ifadeler neticesinde Lord Clarke da Bay Holland hakkındaki temyiz talebinin kabul edilmesi gerektiğini belirtmiştir.

C. DEĞERLENDİRMELERİMİZ

Anglo-Sakson hukuk sistemi bünyesinde alınmış bir karar olan Holland Kararı, Kıta Avrupası hukuk sistemlerinde nadiren kabul edilen tüzel kişi yönetim kurulu üyeliği konu alması nedeniyle Türk hukuku açısından önem arz etmektedir. Bu

⁹⁰ BRENDAN, s. 27.

kararda yer verilen özellikle bazı değerlendirmeler, TTK’da hem anonim hem de limited şirket için cevaz verilen tüzel kişi yönetim kurulu üyesinin sorumluluğuna gidilmesi hâlinde doğabilecek uyumsuzluklara ışık tutması açısından önemlidir.

İlk olarak vurgulamak istediğimiz husus, bu uyumsuzlukta tüzel kişilik perdesinin kaldırılması yoluna gidilmediğidir. Yukarıda ayrıntısıyla incelemiş olduğumuz tüzel kişilik perdesinin kaldırılması,⁹¹ şirketin ortaklarının hukuki sorumluluğuna gidilmek istenmesi hâlinde faydalı bir vasıta teşkil edebilecekken Holland Kararına konu olayda Bay Holland’ın fiili yönetim kurulu olarak nitelendirilmesi talebi söz konusudur. Kararda çoğunluğun, tüzel kişilik perdesinin kaldırılması yoluna gitmeyi tercih etmemesinin bir sebebi olarak, kararın alındığı tarihte İŞK’de tüzel kişi yönetim kurulu üyeliğinin daha yeni kabul edilmiş olması ve mahkemenin bu düzenlemenin âtil kalmamasını amaçlaması gösterilmektedir.⁹² Bu talebin olumlu karşılanması hâlinde Bay Holland, aynı bir yönetim kurulu üyesi gibi sorumlu tutulabilecektir ki, yukarıda ifade ettiğimiz üzere aynı esas Türk hukuk düzeni için de caridir.

Bu olay çerçevesinde vurgulamak istediğimiz ilk nokta, A AŞ’nin tüzel kişi yönetim kurulu üyesi olan ve aynı zamanda B AŞ’nin tek yönetim kurulu üyesi olan gerçek kişinin, yalnızca bu sıfatından ötürü A AŞ’nin fiili yönetim kurulu üyesi olarak sorumlu tutulamayacağıdır. Her ne kadar bu kabul şekilcilik olarak değerlendirilebilse de Holland Kararında da tartışıldığı üzere, kanun koyucu bu düzene izin vermiş ve tüzel kişinin tek yöneticisinin de hukuki sorumluluğuna gidilebileceği yönünde bir düzenleme yapmamıştır. Aksi kabul, mahkemenin yasamanın öngörmediği bir düzeni uygulaması sonucunu doğurur. Bununla birlikte hem olay özetine hem de karardan belli kısımlara yer verdiğimiz Holland Kararına konu uyumsuzlukta olduğu gibi, şirket yapılandırmasının arkasındaki kötü niyetin tespit edilebildiği hâllerde “*yavan bir şekilcilik*”ten kaçınılması gerektiği ve bu hâlde tek yönetim kurulu üyesinin fiili yönetim kurulu üyesi olarak sorumlu tutulup tutulamayacağı detaylı bir şekilde değerlendirilmelidir. Mahkeme, alacaklının alacağını diğer enstrümanları kullanarak teminat altına alması gerektiğinden bahisle kendisini korumadığını düşünerek perdenin kaldırılmamasına karar verme eğilimde olabilir. Ancak doktrinde de belirtildiği üzere, piyasadaki aktörlerin iflas etmesine yol açan işlemlerin temeline inildiğinde alacağın tahsilinde yaşanan sorunlar görülecektir.⁹³ Tüzel kişilik perdesinin arkasına saklanmak suretiyle borcunu ödemekten kaçması söz konusu olan ortakların bu “ayrıcalık”tan yararlanarak kötü niyetle başkalarının iflasına sebep olmalarının önüne geçilmelidir. Prest kararında olduğu üzere tüzel kişilik perdesinin yalnız-

⁹¹ Bkz. “III. Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması” başlığı altındaki açıklamalarımız.

⁹² Brendan, s. 25 dn. 111.

⁹³ Gelb, s. 573.

ca “kaçınma” hâllerinde kaldırılabilirliğinin kabulü, doktrinde de ifade edildiği üzere uygulamada karşılaşılabilecek birçok hâlde tüzel kişilik perdesinin kaldırılması yoluna gidilemeyeceği anlamına gelir.⁹⁴ Kaçınma teorisi, piyasada tanınan dolandırıcıların, kimliklerini saklamak amacıyla bir şirket kurduğunun açık olduğu hâlde dahi tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasına engel olur.⁹⁵

Kanaatimizce, bir şirkete tüzel kişi yönetim kurulu üyesi olarak atanan şirkette yönetim kurulu üyesi olan kişinin, hedef şirkette fiili yönetim kurulu üyesi olup olmadığının tespitinde, yönetim kurulu üyesi olan şirketin paylarının dağılımı, yönetim kurulunun kaç kişiden oluştuğu ve fiili yönetim kurulu üyesi olarak sorumlu tutulmak istenen kişinin karar mekanizmasına ne derece bir etkide bulunduğu, tüzel kişi yönetim kurulu üyesi adına hareket eden gerçek kişinin gerçekleştirdiği iş ve işlemlerde talimat alıp almadığı ve alıyorsa kim yahut kimlerin bu talimatları hangi kapasitede verdiği gibi hususlar büyük önem arz etmektedir. Her ne kadar az önce belirttiğimiz üzere burada tüzel kişilik perdesinin kaldırılması söz konusu değilse de bir başka şirkete tüzel kişi yönetim kurulu üyesi olarak atanan şirketin yönetim kurulu üyesinin sorumlu tutulması, tüzel kişilik perdesinin ötesine geçilmesi anlamını taşır. Bir diğer deyişle, artık yönetim kurulu üyesi sıfatının tüzel kişiliğe ait olduğu inancı terk edilip onun arkasındaki yönlendirici kişinin sorumluluğuna gidilmektedir.

Yukarıda belirtmiş olduğumuz gerekçeler ışığında kanaatimizce, Yargıtay’ın tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasına ilişkin kararlarında ifade edildiği üzere, tüzel kişi yönetim kurulu üyesinin yönetiminde söz sahibi olan kişinin hedef şirkette fiili yönetim kurulu üyesi olup olmadığının belirlenmesinde de kötü niyetin aranması elzemdir.⁹⁶ Nitekim bir kimsenin fiili yönetim kurulu üyesi sayılması onun sorumluluğuna gidilebilmesini amaçlamaktadır. Kanun koyucunun öngördüğü düzen içerisinde ve bu düzene uygun olarak hareket edilmesine kanun koyucunun öngörmediği bir sonucun bağlanması yerinde olmayacağından, yalnızca kötü niyetin varlığı ve kanunun dolanılması neticesinde şirkete, pay sahiplerine ve alacaklılara zarar verilmesi hâlinde fiili yönetim kurulu üyeliği kabul edilmelidir.

⁹⁴ SCHALL, s. 565.

⁹⁵ SCHALL, s. 565. Karar sonucunda artık tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasından değil, buna alternatif diğer hukukî enstrümanların kullanılmasından söz edilebileceği yönünde eleştiri için bkz. SPOTORNO, s. 106. Türk hukukunda tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasına alternatif teşkil eden hukuki düzenlemelerin toplu değerlendirilmesi için bkz. KUŞ, s. 164 vd.; VURAL, s. 110 vd.; BÜYÜKYILMAZ, s. 40 vd.

⁹⁶ Fiili yönetim kurulu üyeliğinin tespitinde aranan kriterler için bkz. AKSOYAK, Mustafa, Anonim Şirketlerde Fiili Yönetim Kurulu Üyeliği, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2016, s. 48 vd. Yazar, TTK 359/V hükmü uyarınca kamu tüzel kişilerine tanınan bir veya birden fazla kişi tarafından yönetim kurulunda temsil edilme hakkının kullanılmasında ilgili kamu tüzel kişisinin fiili yönetim kurulu üyeliği çerçevesinde değerlendirmiştir. Yazara göre, kamu tüzel kişisi şirketin işlerine karışarak iradesinin oluşmasında ve dolayısıyla yönetimine fiili olarak katılıyorsa fiili yönetim kurulu üyesi olur. AKSOYAK, s. 93.

SONUÇ

TTK ile anonim şirket ve limited şirket ortaklarına, şirketin yönetim kurulu üyesi olarak bir tüzel kişiyi seçme imkânı tanınmıştır. Bu olanak sayesinde, şirketin yönetimine katılan tüzel kişinin sorumlu tutulabilmesi amaçlanmıştır. Ancak şirketin tek ortaklı ve tek yöneticili olabilmesi karşısında, bu imkânın kötüye kullanılabilmesi açıktır. Nitekim 2006'da gerçekleştirilen değişiklikten önce aynı olanağın sağlandığı İngiltere'de, İngiliz Yüksek Mahkemesi kararına konu olan bir uyuşmazlık, tam olarak bu ihtimale işaret etmektedir.

Tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasına ilişkin olarak ileri sürülen teoriler ve tüzel kişilik perdesinin kaldırılması usulleri ele alındığında, bu yöntemlerin her zaman tüzel kişi yöneticinin ardındaki kişiye ulaşılmasını mümkün kılmadığı tespit edilmiştir. Tüzel kişilik perdesinin kaldırılması yerine, hedef şirketteki kararların alınmasını etkileyen kişinin (ki bu kişi tüzel kişi yöneticinin tek ortağı/ yöneticisi olabilir) hedef şirketin fiili yönetim kurulu üyesi sayılması mümkündür. Bu sayede, Türk hukuk öğretisinde de kabul edildiği üzere, bu kişinin aynı usulle seçilmiş bir yönetim kurulu üyesi gibi hukukî sorumluluğuna gidilebilmesi mümkün olacaktır. Bu sayede tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasının sağlamakta aciz kaldığı koruma, bu kişinin fiili yönetim kurulu üyesi sayılmasıyla gündeme gelebilecektir.

Kanun koyucunun unsurlarını açıkça ortaya koymadığı fiili yönetim kurulu üyeliğine ilişkin açıklamalar, İngiliz Yüksek Mahkemesi tarafından verilen Holland Kararı'nda yer almaktadır. Kararda yer alan açıklama ve analizler Türk hukukunda gündeme gelebilecek uyuşmazlıklara da ışık tutulabilecektir. Tüzel kişi yöneticinin tek yöneticisinin, hedef şirkette fiili yönetim kurulu üyesi sayılarak sorumlu tutulabilmesi için; yönetim kurulu üyesi olan şirketin paylarının dağılımı, yönetim kurulunun kaç kişiden oluştuğu ve fiili yönetim kurulu üyesi olarak sorumlu tutulmak istenen kişinin karar mekanizmasına ne derecede etkide bulunduğu, tüzel kişi yönetim kurulu üyesi adına hareket eden gerçek kişinin gerçekleştirdiği iş ve işlemlerde talimat alıp almadığı ve alıyorsa kim yahut kimlerin bu talimatları hangi kapasitede verdiği gibi kriterler dikkate alınmalıdır. Bu kriterlerin yanı sıra, aynı tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasında olduğu gibi, bu şirket yapılanmasına gidilmesinde kötü niyetin varlığı da aranmalıdır.

KAYNAKÇA

- AKDAĞ-GÜNEY, Necla; *Anonim Şirket Yönetim Kurulu*, Vedat Kitapçılık, 2. Bası, İstanbul, 2016.
- AKINCI, Şahin; Alacaklılardan Mal Kaçırmak İçin Kurulan Yeni Şirkete Müracaat İmkânı Bakımından; Muvazaa, Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması ile Organik Bağ Kavramlarının Elverişliliği ve Yargıtay Uygulamaları, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 27, S. 3, 2019, s. 652-678.
- AKSOYAK, Mustafa, Anonim Şirketlerde Fiili Yönetim Kurulu Üyeliği, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2016.
- ALKANAT, Saadet Ece, Şirketler Hukukunda Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılmasının Yargıtay Kararları Işığında İncelenmesi, Platon Yayınevi, 2021.
- ANTALYA, Gökhan, Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması Teorisi, Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi 1. Uluslararası Ticaret Hukuku Sempozyumu, İstanbul 2008, s. 143-153.
- AYDOĞAN, Fatih; *Tek Kişi Ortaklığı*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012.
- AYHAN Rıza, ÇAĞLAR Hayrettin ve ÖZDAMAR Mehmet; *Şirketler Hukuku Genel Esaslar*, Yetkin Yayınları, 2. Bası, 2020.
- BAFRA, Erdem; İngiliz Mahkemelerince Şirket Tüzel Kişiliği Perdesinin Kaldırılması, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 112, 2014, s. 355-373.
- BOCKLI, Peter, *Schweizer Aktienrecht, 4. Auflage*, Schulthess Verlag, Zürich, 2009.
- ÇAMOĞLU, Ersin; Ticaret Ortaklıkları Bağlamında Perdenin Kaldırılması Kuramı ve Yargıtay Uygulaması, BATİDER 2016, C. XXXII, S. 2, s. 5- 17.
- ÇOŞTAN, Hülya; Özel Hukuk Tüzel Kişilerinin ve Kamu Tüzel Kişilerinin Yönetim Kurulu Üyeliği, BATİDER, C. 29, S. 1, s. 117- 137.
- DURAL Mustafa; Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması, Sermaye Piyasası Kurulu, 15. Yıl Sempozyumu, Mayıs 1998, Yayın No: 119.
- FORTMOSER, Peter, MEIER-HAYOZ, Arthur ve NOBEL, Peter; *Schweizerisches Aktienrecht*, Stämpfli Verlag AG, 1996.
- GELB, Harvey; Limited Liability Policy and Veil Piercing, Wyoming L. Rev., C. 9, S. 2, 2009, s. 551- 573.
- HANNIGAN, Brenda; Wedded to ‘Salomon’: Evasion, Concealment and Confusion on Piercing the Veil of the One-Man Company, Irish Jurist (1966-), C. 50, 2013, s. 11-39.
- KAPLAN, İbrahim; Tüzel Kişiliğe Sahip Ticaret Ortaklıklarında Perdenin Kaldırılması Talepli Hukuki Sorumluluk Davaları, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C. 25, S. 4, 2009, s. 37-46.
- KAŞAK, Fahri Erdem; Tüzel Kişilik Kavramı ve Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi C. 26, S. 2, 2020, s. 1241-1263.

- KENDİGELEN Abuzer ve KIRCA İsmail, *Şirketler Hukuku C. I, On İki Levha Yayınları*, İstanbul 2021.
- KERVANKIRAN Emrullah; *Sermaye Ortaklıklarında Sınırlı Sorumluluk İlkesine Karşı Önemli Bir İstisna: Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması*, EÜHFD, C. XI, S. 3-4, 2007, s. 453-471.
- KIRCA, İsmail, ŞEHİRALİ, Çelik, FEYZAN Hayal ve MANAVGAT, Çağlar; *Anonim Şirketler Hukuku Cilt: 1*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 2013.
- KORKUT, Ömer; *Anonim Şirketlerde İnançlı Yönetim Kurulu Üyeliği*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2007.
- KORTUNAY, Ayhan; *Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu ve Üyelerinin Bilgi Edinme Hakkı*, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2015.
- KUŞ, Ulaş Baran, *Sermaye Şirketlerinde Sınırlı Sorumluluk İlkesinin İstisnası Olarak Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020.
- KÜÇÜK, Damla; *Anglo Sakson Hukukunda Şirketler Topluluğunda Tek İşletme Sorumluluğu Teorisi ve Bu Teorinin Türk Hukukundaki Yansımaları*, Ankara Barosu Dergisi, 2019/1, s. 287- 360.
- MUJIH, Edwin; *Piercing the Corporate Veil as a Remedy of Last Resort after Prest v Petrodel Resources Ltd: Inching towards Abolition?*, *Company Lawyer* C. 32, S. 2, 2016, s. 39-71.
- MÜLLER-FREIENFELS, Wolfram; *Zur Lehre vom sogenannten "Durchgriff" bei juristischen Person im Privatrecht*, AcP, 1957.
- MÜLLER, Roland, LIPP, Lorenz ve PLÜSS, Adrian; *Der Verwaltungsrat Ein Handbuch für Theorie und Praxis*, 4. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG, 2014.
- ÖZTEK, Selçuk ve MEMİŞ, Tekin; *Şirketler Hukuku ve İcra İflas Hukuku İlkeleri Karşısında Borçlu Şirketlerin Alacaklılarının Hâkim Ortağa Karşı Korunması, Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması*, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi 1. Uluslararası Ticaret Hukuku Sempozyumu, İstanbul 2008, s. 195- 207.
- POROY Reha, TEKİNALP Ünal ve ÇAMOĞLU Ersin, *Ortaklıklar Hukuku I*, Güncellenmiş, Yeniden Yazılmış 15. Bası, Vedat Kitapçılık, 2021.
- POROY, Reha, TEKİNALP, Ünal ve ÇAMOĞLU, Ersin; *Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku*, 8. Basım, İstanbul 2000. (Anılış: Ortaklıklar ve Kooperatifler).
- PULAŞLI, Hasan; *Şirketler Hukuku Şerhi*, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015.
- SAĞLAM, İpek; *Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması Kavramına Genel Bir Bakış*, Uluslararası Ticaret Sempozyumu: Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması, 2008, s. 153-173.
- SCHALL, Alexander; *The New Law of Piercing the Corporate Veil in the UK*, *European Company and Financial Law Review*, C. 13, S. 4, 2016, s. 549-574.
- SEROZAN, Rona; *Medeni Hukuka Giriş*, İstanbul, 1997.

- SEVEN, Vural ve GÖKSOY, Can; Ticaret Şirketlerinde Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması (Bir Kararın Değerlendirilmesi), İstanbul Barosu Dergisi, C. 80, S. 6, 2006, s. 2455- 2470.
- SOLAK, Ekrem; İngiliz Şirketler Hukukunda Prest v Petrodel Resources LTD [2013] Kararı Sonrası Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması, Tüzel Kişilik Penceresinden Anonim Ortaklık Sempozyumu, Mef Üniversitesi Hukuk Fakültesi 20-22 Temmuz 2020, On İki Levha Yayıncılık, 2021, s. 651-661.
- SPOTORNO, Agustin Ricardo; Piercing the Corporate Veil in the UK: The Never-Ending Mess, Business Law Review, C. 39, S. 4, 2018, s. 102-109.
- TEKİNALP, Ünal; *Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2015.
- TEKİNALP, Gülören ve TEKİNALP, Ünal; Perdeyi Kaldırma Teorisi, Prof. Dr. Reha Poroy'a Armağan, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 1995, s. 387- 404.
- VURAL, Sena, Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması (Sermaye Şirketleri Bakımından), Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2019.
- YANLI, Veliye; Limited Şirketlerin Amme Borçlarından Dolayı Ortakların Sorumluluğu, Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu'na 65. Yaş Günü Armağanı, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1999.
- YANLI, Veliye; *Anonim Ortaklıklarda Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması ve Pay Sahiplerinin Ortaklık Alacaklılarına Karşı Sorumlu Kılınması (Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması)*, Beta Basım Yayım, 1. Basım, İstanbul Mayıs 2000.
- YILMAZ, Lerzan; Anonim Şirketlerde Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması Meselesi Hakkında İsviçre Federal Mahkemesi Kararları Işığında Düşünceler, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi 1. Uluslararası Ticaret Hukuku Sempozyumu, İstanbul 2008.
- Lexpera İçtihat Bankası, www.lexpera.com.tr.
- Bundesgericht, <https://www.bger.ch/index.htm>.



Nişanlılığın Sona Ermesinin Hukuki Sonuçlarından Hediyelerin Geri Verilmesi^(*)

Return of Gifts as a Legal Consequence of Breaking Off an Engagement

Dr. Öğr. Üyesi Gözde ZEYTİN ÇAĞRI^(**)

Öz

Birbirleriyle evlenmek isteyen çiftler nişanlanma ile evliliğe ilk adımı atmış olurlar. Nişanlanma sırasında veya nişanlılığın devamında nişanlılar ve nişanlıların yakınları birbirlerine çeşitli hediyeler verirler. Ne var ki nişanlılık ilişkisi her zaman evlenme ile sonuçlanmaz. Nişanlılığın sona ermesiyle birlikte ortaya çıkacak hukuki sonuçlardan biri de nişanlanma dolayısıyla alınmış olan hediyelerin geri verilmesidir.

Türk Medeni Kanununun 122. maddesinde nişanlılığın evlenme dışında bir sebeple sona ermesi durumunda hediyelerin geri verilmesi düzenlenmiştir. Hükme göre sadece nişanlıların birbirlerine değil aynı zamanda ana ve baba ya da onlar gibi davranan kişilerin de diğer nişanlıya vermiş oldukları hediyeler geri istenebilecektir. Bu kapsamda olanlar alışılmışın dışındaki hediyelerdir. Hediyelerin geri verilmesinin istenebilmesi için nişanlılık evlenme dışındaki bir sebeple sona ermelidir. Diğer yandan bir nişanlının üçüncü kişilere verdiği hediyelerle nişanlıların ana ve babasının ya da yakınlarının birbirlerine vermiş oldukları hediyeler TMK m. 122 kapsamı dışında kalır.

İnceleme konumuz nişanlılığın sona ermesinin hukuki sonuçlarından hediyelerin geri verilmesi başlığı altında hediye kavramı, hangi hediyelerin alışılmış hangilerinin alışılmadık dışında olduğu, hediyeleri geri istemenin şartları, geri vermenin kapsamı ve aksi durumda açılacak dava/davalardır.

Anahtar Kelimeler

Nişanlanma, Nişanlılığın Sona Ermesi, Hediye, Hediyelerin Geri Verilmesi, Geri Vermenin Kapsamı.

Abstract

Couples who want to marry each other take the first step into marriage through engagement. At the time of the engagement or during the engagement period, the engaged couple and their relatives give each other various gifts. However, the engagement does not always end with marriage. One of the legal consequences that will arise if the engagement is broken is the claim for return of gifts received by virtue of engagement.

^(*) Araştırma Makalesi / [Makale Geliş Tarihi](#): 14.04.2022 - [Makale Kabul Tarihi](#): 31.05.2022

^(**) İstanbul Arel Üniversitesi, Meslek Yüksekokulu, Adalet Programı, İstanbul - Türkiye
[E-posta](mailto:gozdezeytincagri@arel.edu.tr): gozdezeytincagri@arel.edu.tr
[Orcid No](https://orcid.org/0000-0002-7062-8317): <https://orcid.org/0000-0002-7062-8317>

It is designated in the Article 122 of the Turkish Civil Code that the gifts exchanged because of engagement shall be returned if the engagement ends for a reason other than marriage. According to the provision, it is specified that not only the gifts exchanged by the engaged couple but also the parents or the persons who act like parents of the engaged couple can claim the return of gifts they have given to the other fiancé(e). Those which can be claimed back are the uncustomary gifts. The parties can claim the gifts back only if the engagement has ended for a reason other than marriage. On the other hand, the gifts given by an engaged person to third parties and the gifts exchanged by the engaged person's parents or relatives lie outside the scope of the Article 122.

Within the scope of this study, the concept of gift, which gifts are customary and which are uncustomary, the conditions for claiming the return of gifts, the scope of returning the gifts, and the lawsuits that could otherwise be filed will be covered under the title of the return of gifts as a legal consequence of the breaking off an engagement.

Keywords

Engagement, Breaking Off an Engagement, Gift, Return of Gifts, Scope of Returning Gifts.

GİRİŞ

Kanun koyucu, nişanlanmayı Türk Medeni Kanununun (TMK), Aile Hukuku Kitabının 118 ve 123. maddeleri arasında düzenlemiştir. Nişanlanma, evlenmenin ön evresidir. Nişanlılık ilişkisinin kurulmasıyla birlikte nişanlılar, nişanlı çiftin aileleri ve yakınları bu süreçte nişanlılara ve birbirlerine hediyeler verirler. Nişan dolayısıyla yapılan bu kazandırmalar ileride evlenmenin gerçekleşeceği düşüncesine dayandığı gibi aynı zamanda bu kazandırmaların temelinde tarafların birbirine duyduğu yakınlık, sevgi, saygı ya da örf ve âdet de yer alabilir. Buna karşın hayatta beklenilmeyen durumlar ortaya çıkabilir, nişanlılardan biri ölebilir, nişanlılardan biri haklı sebeple veya hiçbir haklı sebebe dayanmadan nişanlılık ilişkisini sona erdirmek isteyebilir. Nişanlılık ilişkisi evlenme dışındaki bir sebeple sona erdiğinde bu ilişki ile birlikte ortaya çıkan hak ve yükümlülükler de kendiliğinden son bulur. Nişan bozulduktan sonra ise hukuksal sebep ortadan kalkacağı için hediyelerin geri verilmesi gündeme gelir.¹ Kanun koyucu, birbirine hediye veren tarafların malvarlığında nişanın bozulmasından sonra bir artış olmasını istemediği için hediyelerin geri verilmesini hüküm altına almıştır.²

Bu kapsamda TMK m. 122’de düzenlenen hükme göre, “*nişanlılık evlenme dışındaki bir sebeple sona ererse, nişanlıların birbirlerine veya ana ve babanın ya da onlar gibi davrananların, diğer nişanlıya vermiş oldukları alışılmışın dışındaki hediyeler, verenler tarafından geri istenebilir. Hediye aynen veya mislen geri verilemiyorsa, sebepsiz zenginleşme hükümleri uygulanır.*” Hükümde hediyelerin geri verilmesinin istenebilmesi için gerekli şartlar yer almaktadır. Önce-

¹ Bülent Köprülü ve Selim Kaneti, Aile Hukuku, Özdem Kardeşler Matbaası, 1985-1986, s. 63.

² Bilge Öztan, Aile Hukuku, 6. Baskı, Turhan Kitapevi, 2015, s. 89.

likle hediyelerin istenebilmesi için nişanlılık evlenme dışında bir sebeple sona ermelidir. Aynı zamanda hediyelerin alışılmışın dışında olması da gerekmektedir. Nişanlılığın sona ermesi ile birlikte nişanlıların birbirlerine veya ana ve babanın ya da onlar gibi davrananların, diğer nişanlıya vermiş oldukları hediyeler diğer şartlar da sağlandıktan sonra istenebilecektir.

Çalışmamızda, nişanlılığın sona ermesinin hukuki sonuçlarından olan hediyelerin geri verilmesi, nişanlanmadaki hediye kavramı, alışılmış ve alışılmışın dışındaki hediyeler, hediyeleri geri istemenin şartları, geri vermenin kapsamı, dava ve zamanaşımı başlıkları Yargıtay kararları ışığında ele alınmıştır.

I. HEDİYE KAVRAMI

A. GENEL OLARAK

Hediye çeşitli sebeplerle verilebilir. Nişanlılardan biri tarafından diğerini sevindirmek, mutlu etmek ya da nişanlılığı kutlamak için verilebileceği gibi nişanlılığın devamında da çeşitli sebeplerle, örneğin nişanlılardan birinin doğum günü olduğunda verilebilir. TMK m. 122 hükmü “*hediye*” kavramına yer vermiş fakat kavrama dair herhangi bir tanımlama yapmamıştır. Hükümde yer alan “*hediye*” kavramının tanımı doktrin ve uygulama tarafından belirlenmiştir. Buna göre, ekonomik değeri olan her türlü kazandırma ve malvarlığı unsuru hediye olarak kabul edilebilir.³

Nişanlılık dolayısıyla nişanlılardan birinin diğer nişanlıya kazandırdığı her türlü sıra dışı ekonomik değer hediye kavramı içerisinde yer almaktadır.⁴ Nişan yüzükleri, saat, pırlanta, altın, olabileceği gibi elbise, ayakkabı, kravat da hediye olabilir. Hediyeye konu olan mallar genellikle taşınır ve nadiren de olsa taşınmaz olabilir.⁵ Örneğin araba, yat, apartman dairesi ya da yazlık da hediye kapsamı içerisinde yer alabilir.

Doktrinde bir görüşe göre,⁶ hediye deyiminin kapsamına, çiçek, şekerleme, pasta vesaire gibi tüketilmek amacı ile verilen şeyler girmez. Nişan yüzükleri,

³ Selahattin Sulhi Tekinay, Türk Aile Hukuku, 7. Baskı, Filiz Kitabevi, 1990, s. 28; Aydın Zevkliler, M. Beşir Acabey ve K. Emre Gökyayla, Medeni Hukuk, Giriş, Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, Aile Hukuku, 6. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2000, s. 770; Nevzat Koç, Türk-İsviçre Hukukunda Nişanlanma Sözleşmesi, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları, 2002, s. 133; Mustafa Dural, Tufan Ögüz ve Mustafa Alper Gümüş, Türk Özel Hukuku, C. III, Aile Hukuku, 16. Baskı, Filiz Kitabevi, 2021, s. 43; Mehmet Erdem, Aile Hukuku, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2019, s. 44.

⁴ Özlem Tüzüner, Aile Hukuku Pratik Çalışmaları, 4. Baskı, Filiz Kitabevi, 2021, s. 8.

⁵ Nihat Yavuz, “Nişan Hukukunda Hediyeleri Geri İsteme Davası”, 1995, 21(3), Yargıtay Dergisi, s. 271; Murat Doğan, “Nişanlanmanın Sona Ermesi Halinde Hediyelerin Geri Verilmesi” 1998, 1, AÜEHFD, s. 202.

⁶ Köprülü ve Kaneti, s. 63; Serap Helvacı ve Fulya Erlüle, Medeni Hukuk, 7. Baskı, Legal Yayıncılık, 2021, s. 154.

mücevherler, otomobil, bir miktar para ve bunlara benzer eşya hediye olarak nitelendirilmelidir. Bir başka görüşe göre⁷ ise değeri düşük olsa bile tüketilebilen veya tüketilemeyen diğer her türlü eşya hediye kavramı içinde değerlendirilir. Kanımızca hem tüketilen hem de tüketilemeyen şeyler hediye kavramı içinde yer almalıdır. Fakat bunlar arasında niteliklerine göre alışılmış ve alışılmamış dışında ayrımı yapılarak bir sonuca varılmalıdır. Öte yandan nişan için verilen bir yemek ziyafeti, nişanlılardan birinin diğer nişanlının gönlünü almak amacıyla verdiği ufak tefek şeyler ise hediye kavramına girmemektedir.⁸

Ahlaki bir ödevin yerine getirilmesi sebebiyle verilen şeyler hediye kavramına girmedeği için geri verilmesi istenemez.⁹ Velidedeöğlü'na göre,¹⁰

“Ahlaki bir vazifenin ifası için verilmiş olan şey (meselâ nişanlısının anesi hastalanmış, tedavi masrafları onların mali durumunu güçleştirmiş ve diğer nişanlı onlara bir miktar para yardımı yapmışsa), bir hediye değildir, ahlaki bir borçtur ve bu itibarla da tabii (eksik) bir borçtur; ödendikten sonra artık bir dava ile geri istenmemesi lâzımdır.”

Tarafların birbirine verdiği manevi değeri olan hediyelerden mektup ve fotoğrafların hediye sayılıp sayılmadığı ve geri verilmesinin istenip istenemeyeceği hususu da tartışmalıdır. Doktrinde çoğunluğu oluşturan ve bizim de katıldığımız görüş,¹¹ nişanlıların birbirine verdiği maddi değeri olmayan mektup ve fotoğrafların hediye kavramına girmedeği bu yüzden de geri verilmelerinin istenemeyeceğini ileri sürerken bazı görüşler¹² bunların hediye kavramı içerisinde yer alması gerektiğini savunmaktadır. Doktrinde genellikle bu durum kişiliğin korunması kavramına dâhil edilerek TMK m. 23 ve 24 çerçevesinde ele alınmaktadır.¹³ Bununla birlikte mektubun veya fotoğrafın nişanlılardan birinde kalması diğer nişanlının kişilik

⁷ Erdem, s. 44.

⁸ Yavuz, s. 265.

⁹ Hıfzı Veldet Velidedeöğlü, Türk Medeni Hukuku, C. II, Aile Hukuku, 5. Baskı, 1965, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, s. 39; Feyzi Necmettin Feyzioğlu, Aile Hukuku, 3. Baskı, Filiz Kitabevi, 1986, s. 56; Kemal Oğuzman ve Mustafa Dural, Aile Hukuku, 3. Baskı, Filiz Kitabevi, 2001, s. 52; Öztan, s. 80; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 42.

¹⁰ Velidedeöğlü, s. 39.

¹¹ Köprülü ve Kaneti, s. 63-64; Tekinay, s. 28; Feyzioğlu, s. 55; Oğuzman/Dural, s. 52; Koç, s. 158; Turgut Akıntürk ve Derya Ateş, Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku, II. Cilt, 24. Baskı, Beta Basım Yayın, 2022, s. 49; Öztan, s. 96; Ahmet Kılıçoğlu, Aile Hukuku, 6. Baskı, Turhan Kitapevi, 2021, s. 31; Helvacı ve Erlüle, s. 154; Erdem s. 46.

¹² Andreas Bertalan Schwarz, Aile Hukuku Türkçeye Çeviren Bülent Davran, 2. Baskı, İsmail Akgün Matbaası, 1946, s. 52; Velidedeöğlü, s. 42.

¹³ Ferit H. Saymen ve Halid K. Elbir, Türk Medeni Hukuku C. III Aile Hukuku, 2. Baskı, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1960, s. 57; Köprülü ve Kaneti, s. 63; Feyzioğlu, s. 55; Hüseyin Hatemi, Aile Hukuku, 9. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, 2021, s. 24; Akıntürk/Ateş, s. 49; Kılıçoğlu, s. 31; Erdem, s. 46; Doğan, s. 206.

hakkına bir tecavüz teşkil ediyorsa geri verilmesinin gerekeceği, eğer bir saldırı teşkil etmiyorsa geri verilmesinin gerekli olmadığı görüşü de ileri sürülmektedir.¹⁴ Kanımızca, maddi değeri olmayan mektup ve fotoğraflar hediye kavramına girmektedir ve kişilik hakkını koruyan hükümlere dayanılarak geri istenilmelidir.

Nişanlılardan birinin nişanlılık döneminde kendi emeğini diğer nişanlıya özgülemesi de hediye olarak nitelendirilebilir.¹⁵ Nişanlılığın evlenme dışında bir sebeple sona ermesi durumunda ise söz konusu emeğin karşılığı tazminat olarak istenebilir.¹⁶

Diğer yandan TMK m. 122’de yer alan “*hediye*” kavramı, Türk Borçlar Kanunu (TBK) m. 285 anlamında “*bağışlama*” dan farklıdır. Konumuz kapsamında yer alan hediye, nişanlılık ilişkisi sebebiyle verilirken bağışlamanın sebebi farklıdır ve çoğunlukla belirsizdir.¹⁷ Doktrinde bir görüşe göre,¹⁸ TMK m. 122 kapsamında yer alan hediyelerin geri verilmesi, normal bağışlama hükümlerine tabi tutulsa idi, nişan bozulduktan sonra bunların geri alınması için TBK m. 295’de yer alan şartların gerçekleşmesi gerekirdi ve bir hayli güç olurdu.

Tekinay’a göre,¹⁹

“İsviçre-Türk Kanun Koyucusu, nişanın sona ermesine rağmen hediyelerin nişanlılarda kalmasını, sebepsiz zenginleşme kurallarının (TBK m. 77-82), etkili bir şekilde önlenemeyeceğini göz önünde tutarak TMK m. 122’yi kabul etmiştir. Eğer bu hüküm olmasaydı hediyelerin iadesi için, sebepsiz zenginleşme veya bağışın geri alınması hakkındaki (TBK m. 295) kurallara dayanmak her zaman mümkün olamazdı. Bu sebeple TMK m. 122 hükmünü, özel bir sebepsiz zenginleşme kuralı saymak mümkündür.”

Scwarz’a göre,²⁰

“Her nişan bozma hadisesinde, alınan hediyeler bakımından TBK m. 77’nin kastettiği manada sebepsiz zenginleşme söz konusu olamaz. Birçok hallerde nişan münasebeti, nişanlıların birbirlerine hediye vermesinde vesile veya saiktir, fakat yapılan kazandırıcı muamelenin “hukuki sebebi” değildir.”

¹⁴ Tekinay, s. 29; Feyzioğlu, s. 55; Oğuzman/Dural, s. 56; Akıntürk/Ateş, s. 49; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 43.

¹⁵ Koç, s. 133; Öztan, s. 81; aksi görüşte olan Kılıçoğlu’na göre, nişanlıya karşılıksız kullandırmalar veya harcanan emekler hediye kavramına girmez ve TMK m. 122 hükmüne göre geri verilmesi söz konusu olamaz. Bunlar için koşulları varsa sebepsiz zenginleşme gündeme gelebilir, s. 31.

¹⁶ Öztan, s. 81.

¹⁷ Feyzioğlu, s. 50.

¹⁸ Oğuzman/Dural, s. 51; Kılıçoğlu, s. 29.

¹⁹ Tekinay, s. 25; Feyzioğlu, s. 50.

²⁰ Schwarz, s. 51; aynı görüş için bkz. Tekinay, s. 25.

Gerçekten de TMK m. 122 hükmü bağışlama ve sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre daha kolay şartlar içermektedir. Nişan sebebiyle verilen hediyelerin sebepsiz zenginleşme veya bağışlama kapsamında yer almasını ve ilgili şartlara tabi olmasını istemeyen kanun koyucu isabetli olarak ayrı bir hükme yer vermiştir.

Nişanlılardan biri diğerine nişanlılık ilişkisi dışında başka bir sebeple bağışta bulunmuşsa artık nişanın bozulması üzerine istemde bulunamayacaktır.²¹ Nişanlılık ilişkisi dolayısıyla verilen hediyeleri alışılmış ve alışılmışın dışında olmak üzere iki başlıkta inceleyelim.

B. ALIŞILMIŞ HEDİYELER

Mülga Medeni Kanun'da "*mutad*" olarak anılan alışılmış hediyeler,²² nişanlılardan birinin diğerine örf ve âdete veya kendi isteğine göre verdiği, maddi değeri de günün koşullarına göre fahiş sayılmayacak hediyelerdir.²³ Nişanlılardan birinin diğerine makul fiyata aldığı, kullanabileceği ya da tüketebileceği bir eşya alışılmış hediye olarak kabul edilebilir. Örneğin, nişanlılardan birinin nişan sırasında ya da nişanlanmadan sonraki özel bir günde diğer nişanlıya aldığı çiçek, pasta alışılmış hediye olarak kabul edilecektir. Yine nişandan sonra nişanlıya doğum gününde alınmış giysi, ayakkabı, parfüm de alışılmış hediye olarak kabul edilecektir.²⁴

Yargıtay'a göre "*Alışılmış (mutat) hediyelerden kasıt; giymekle, kullanmakla eskiyen ve tüketilen eşyalardır. Kural olarak giymekle, kullanılmakla eskiyen ve tüketilen (elbise, ayakkabı vs. gibi) eşyaların iadesine karar verilemez*".²⁵ Yargıtay'a göre, nişan için yapılan elbise ve ayakkabı gideri dışında kuaför, pasta, meyve suyu, yemek, fotoğraf vs. için yapılan masrafların geri verilmesine de karar verilemez.²⁶ Gelinlik, muhtelif kumaş ve giyim, davetiye de alışılmış hediye olarak kabul edilmektedir.²⁷

Alışılmış hediyeler, tarafların maddi gücünü zorlamayan, günün şartlarına göre fiyatı makul olan hediyelerdir. Bu sebeple söz konusu hediyelere olağan

²¹ Tekinay, s. 29; Yargıtay HGK 03.10.1984 1982/3-308 1984/780 YKD, 1985, (1), s. 24.

²² Hatemi'ye göre, "*Alışılmış*" veya "*mutat*" ölçütü, tereddütleri bertaraf etmeye yeterli değildir. Esasen nişan dolayısı ile "*hediye*" verilmesi geleneği vardır. "*Önemsiz-önemli hediye*" ayırımı yapılması daha doğru görünmektedir, s. 24.

²³ Bilge Öztan, "*Medeni Kanun'un Kabulününün 70'inci Yılında Aile Hukuku*", 1995, 44(1), AÜHFD, s. 99.

²⁴ Yargıtay 3. HD. 03.07.2008 2008/11302 2008/12393, Lexpera, Erişim Tarihi: 15.01.2022.

²⁵ Yargıtay 3. HD. 26.02.2018 2016/11421 2018/1662; 3. HD. 24.04.2019 2018/3648 2019/3681; 3. HD. 30.10.2018 2017/158 2018/10751; 3. HD. 02.10.2018 2016/2168 2018/9357; 3. HD. 20.10.2014 2014/14502 2014/13573, Legalbank, Erişim Tarihi: 15.01.2022.

²⁶ Yargıtay 3. HD. 06.10.2015 2015/8007 2015/15143; 3. HD. 25.10.2018 2018/6306 2018/10612, Legalbank, Erişim Tarihi: 20.01.2022.

²⁷ Yargıtay 3. HD. 27.12.2017 2016/10999 2017/18314, Legalbank, Erişim Tarihi: 20.01.2022.

hediye de denilebilir. Hediyelerin belirlenmesinde hangilerinin alışılmış sayılacağı hususu yöreden yöreye değişebileceği gibi, kişilerin sosyal ve ekonomik seviyelerine göre de farklılık gösterebilir.²⁸ Örneğin çok zengin bir kişinin aldığı hediye ile orta hâlli dediğimiz kişinin aldığı hediye aynı olmayabilir, birinin aldığı alışılmış bir hediye diğeri için alışılmışın dışında kabul edilebilir. Orta halli kişinin mali gücünü aşarak aldığı hediye onun yönünden alışılmışın dışında hediye olarak kabul edilecektir. Böyle bir durumda hediye bedeli yanında tarafların mali durumunun da göz önünde bulundurulması gerekmektedir.

C. ALIŞILMIŞIN DIŞINDAKİ HEDİYELER

Hediyelerin alışılmışın dışı (mutat dışı) olması demek, önemli bir ekonomik değer taşıması demektir.²⁹ Nişanlılardan birinin annesinin ya da babasının nişanlanma sırasında, diğer nişanlıya taktığı altın kolye, bilezikler, pırlanta küpe, değerli bir gerdanlık da alışılmışın dışında hediye kabul edilecektir.

Yargıtay'ın yerleşik uygulamalarına göre, “*nişan yüzüğü dışında kalan tüm altın, takı ve ziynet eşyaları*” alışılmışın dışında hediye olarak kabul edilmektedir.³⁰ Yine altın gibi gümüşü de alışılmışın dışında kabul etmek gerekir.³¹

Bazı yörelerde nişan öncesinde verilen başlık parası,³² kalın³³ ve ağırlık³⁴ gibi paralar da hediye sayıldığı için bunların geri verilmesi istenebilir.³⁵ Bununla birlikte katıldığımız görüşe göre,³⁶ başlık TMK m. 122 anlamında bir hediye değildir; çünkü ilgili madde kapsamında yer alan hediye nişanlıya verilen hediyedir. Oysa başlık parası nişanlı erkek ya da babası tarafından, kadının babasına verilen para veya eşyadır. TMK m. 122 ise sadece nişanlıya verilen hediyeleri kapsamak-

²⁸ Yıldız Abik, “Nişanlanma ve Nişanlılık”, 2005, 54(2), AÜHFD, s. 106; Öztan, s. 83.

²⁹ Hatemi/Serozan, s. 66; Akıntürk/Ateş, s. 48.

³⁰ Yargıtay 3. HD. 13.01.2014 2013/15686 2014/76; 3. HD. 02.10.2018 2016/21682 2018/9357; 3. HD. 30.10.2018 2017/158 2018/10751, Legalbank, Erişim Tarihi: 20.01.2022; aksi yönde katılmadığımız karar için bkz. 3. HD. 28.04.2009 2009/4922 2009/7513, Lexpera, Erişim Tarihi: 29.01.2022.

³¹ Öztan, s. 90.

³² Türk Dil Kurumu'na göre, bazı bölgelerde damadın evlenirken kadının babasına ödemesi gereken para veya mal, başlık, bkz. <https://sozluk.gov.tr/>.

³³ TDK'ye göre, gelin olacak kadına erkek tarafından verilen para veya armağan, ağırlık, bkz. <https://sozluk.gov.tr/>.

³⁴ TDK'ye göre, takı, çeyizini düzene sokmak için damadın geline verdiği para, kalın, bkz. <https://sozluk.gov.tr/>.

³⁵ Feyzioğlu, s. 51; Zevkililer/Acarbey/Gökyayla, s. 772; Hatemi/Serozan, s. 66; Koç, s. 158; Akıntürk/Ateş, s. 48.

³⁶ Öztan, s. 88; Abik, s. 112; Özmen'e göre, “Başlık parasına ilişkin sözleşme hediye niteliğinde kabul edilemez. Ortada, ahlak ve adaba aykırı geçersiz bir sözleşme vardır (BK 19-20). Başlık parası veren tarafın ödeme ile kız tarafının olurluğu sağlama amacı tamamen evlenmeye yönelik olup; ahlaka aykırı amaç güdümü başlık parasını talep eden tarafa aittir.” Etem Saba Özmen, “Nişanın Bozulmasında Cayma Akçası ve Cezai Şart (MK 83 Madde Değişikliği)”, 1995, 4, TBB Dergisi, s. 572 vd.

tadır. Öte yandan söz konusu para ya da eşya nişanlı tarafından diğer nişanlıya ya da onu temsilen nişanlının babasına ya da başka bir kimseye verilmişse TMK m. 122 kapsamında yer alabilecektir.³⁷ Fakat burada başlığın nişanlı kadının temsilcisi olarak babaya veya başka bir kişiye verildiğinin ispat edilmesi de gerekmektedir. Başlık parası nişanlıya çeyiz olarak verilmişse başlığın hediye olarak kabul edilmesi mümkündür.³⁸ Aynı şeyi kalın ve ağırlık için de söyleyebiliriz. Kalın veya ağırlık erkek tarafından kadına verildiğinde bu takdirde geri vermeye ilişkin dava TMK m. 122'ye dayanacaktır.³⁹ Başlık olarak verilen para nişanlı kadının babasına verilmesi yanında kadının çeyizi ve evlilik masrafları için kullanılmış ise TMK m. 122 kapsamına girebilecektir.⁴⁰ Aksi takdirde bunlar ancak sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre istenebilecektir.⁴¹ Konu ile ilgili bir diğer husus, başlık parasının alışılmışın dışında bir hediye olup olmadığıdır. Doktrinde bir görüşe göre,⁴² başlık, veren kişinin hemen her zaman mali durumunu aşırı derecede zorladığından, alışılmışın dışındaki hediye olarak kabul edilmelidir. Kanaatimizce başlık parası hediye olarak kabul edildiğinde, genellikle yüksek miktarda olması nedeniyle alışılmışın dışındaki hediye kapsamında yer alabilir.

II. HEDİYELERİN GERİ VERİLMESİNİ İSTEMENİN ŞARTLARI

A. HEDİYE NİŞANLILIK SEBEBİYLE VERİLMİŞ OLMALIDIR

Hediyenin nişanlanma dolayısıyla verilmiş ve aynı zamanda maddi değerinin olması gerekmektedir. Öncelikle hediyenin geri istenebilmesi için taraflar arasında geçerli bir nişan ilişkisi bulunmalıdır.⁴³ Eğer taraflar arasında nişanlılık ilişkisi mevcut değil, arkadaş veya dost ise verilen hediyeler TMK m. 122 hükmü kapsamında istenemeyecektir.⁴⁴ Yine nişanlılık ilişkisi olmadan taraflar sadece flört ediyorsa, sevgiliyse, aynı evi paylaşıyorsa ya da hayat ortaklığı sür-

³⁷ Oğuzman/Dural, s. 57; Görüşün eleştirisi için bkz. Özmen, s. 571.

³⁸ Koç, s. 161; Öztan, s. 88. Yargıtay vermiş olduğu bir kararda kadının babasının, evlenmeye razı olması için başlık almasını hukuka ve genel ahlak kurallarına aykırı bulmuştur. *“Nişan ya da evliliklerde kayınpederin gelinine takı takması ya da para veya hediye vermesi yerel gelenek ve göreneklere uygun ise de; kızın babasının evlenmeye razı olmasının karşılığı olarak (başlık) adı altında mal veya para alması hukuka ve genel ahlak kurallarına aykırıdır. Dilekçeler ve beyanlarında davaya konu edilen paranın kadının ailesine başlık parası olarak verdiğini ikrar ettiği de dikkate alındığında söz konusu bu miktarın mahkemece “çeyiz parası” olarak değerlendirilerek bu miktarın da hüküm altına alınması doğru görülmemiştir.”* **3. HD. 24.05.2016 2015/13389 2016/7993, Legalbank, Erişim Tarihi: 27.01.2022.**

³⁹ Aksi yönde karar için bkz. Yargıtay 6. HD 01.04.1980 1979/11014 1980/3155 YKD, 1981, (6), s. 695, (Tekinay, s. 33, dn. 26).

⁴⁰ Feyzioğlu, s. 52; Akıntürk/Ateş, s. 48.

⁴¹ Tekinay, s. 33; Özmen, s. 572.

⁴² Öztan, s. 89; aynı görüş için bkz. Abik, s. 113.

⁴³ Tekinay, s. 25; Koç, s. 132.

⁴⁴ Kılıçoğlu, s. 30.

dürüyorsa hediyelerin geri verilmesi hakkında TMK m. 122 hükmü uygulama bulamayacaktır.⁴⁵ Ayrıca hediyein verildiği tarihte, tarafların nişanlı olmaları da gerekmektedir. Nişanlılar birbirlerine hediye verirken her ikisi de geçerli bir nişanlılık ilişkisinin var olmadığını başka bir ifade ile nişanın hükümsüzlüğünü biliyorsa TMK m. 122'ye dayanarak verilen hediyeleri geri isteyemezler.⁴⁶ Her iki tarafın hükümsüzlükten habersiz olması durumunda ise hediyelerin geri verilmesi gerekir. Nişanlanmanın hükümsüzlüğünü taraflardan biri biliyor, diğeri bilmiyorsa sadece iyiniyetli tarafın hediyeleri istemeye hakkı bulunmaktadır.⁴⁷ Hükümsüzlüğü bilmeyen tarafın verdiği hediyelerin geri verilmesine TMK m. 122 örneksene yoluyla uygulanabilir.⁴⁸

İade edilecek şeylerin “*hediye olarak verilmiş olması*” şarttır.⁴⁹ Burada geri vermeye konu olan nişan dolayısıyla, nişanlanma sırasında ya da nişanlılığın devamı esnasında verilen hediyelerdir.⁵⁰ Bunun sonucu olarak nişanın sona ermesinden sonra verilen hediyeler madde kapsamında yer almayacaktır. Yargıtay vermiş olduğu eski tarihli bir kararında, nişanlıların birbirlerine verdikleri hediyelerin ve yaptıkları bağışın nişanlılık sebebi ile yapıldığına karar vermiştir.⁵¹

Başka sebeplerle ya da nişanlanma dönemi öncesinde verilmiş hediyeler, örneğin sevgililik döneminde verilmiş olanlar, TMK m. 122 kapsamında yer almayacaktır. Söz konusu hediyeler genel hükümlere göre istenebilir. Bununla birlikte nişanlanmanın gerçekleşeceği inancı ile nişandan önce verilen hediyeler de nişanlılık içinde verilmiş hediye olarak kabul edilecektir.⁵² Fakat dava konusu şeyin nişan hediyesi olarak verildiğinin ispatı gerekmektedir.

B. NİŞANLILIK EVLENME DIŞINDA BİR SEBEPLE SONA ERMİŞ OLMALIDIR

Türk Medeni Kanunu m. 122'ye göre, hediyelerin geri verilmesinin istenebilmesi için nişanlılığın evlenme dışındaki bir sebeple sona ermesi gerekmektedir. Tarafların birbirleri ile evlenmeleri dışında, nişanlılık çeşitli sebeplerle de sona

⁴⁵ Ömer Uğur Gençcan, Aile Mahkemesi Davaları, 5. Baskı, Yetkin Yayınları, 2022, s. 105 vd.

⁴⁶ “*Davacı ile davalının reşit olmayan kızı Fatma, karı - koca gibi aynı evde bir süre birlikte yaşamışlardır. Birlikte yaşadıkları süre içinde davacı, nikahın yapılması için bir teşebbüste bulunduğu iddia edip kanıtlamamıştır. Bu halde davacının, hediyeleri nikahsız karı - koca gibi yaşamak amacıyla verdiğinin kabulü gerekir. Böyle bir amaçla verilen hediyeler de geri istenemez.*” Yargıtay 3. HD. 13.11.1986 1986/3944 1986/10397, YKD 1987/5, s. 688; benzer yöndeki karar 3. HD. 31.05.1988 1988/3828 1988/5973 YKD 1988/9, s. 1211 (Tekinay, s. 26, dn. 7).

⁴⁷ Tekinay, s. 26; Yargıtay 3. HD. 15.02.1993 1992/10475 1993/2105, Legalbank, Erişim Tarihi: 22.01.2022.

⁴⁸ Dural/Öğüz/Gümüş, s. 43.

⁴⁹ Abik, s. 103.

⁵⁰ Akıntürk/Ateş, s. 47; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 43; Helvacı ve Erlüle, s. 153.

⁵¹ Yargıtay 3. HD. 28.9.1981 3855/4304, YKD. 1985, (1), s. 24, (Koç, s. 150).

⁵² Feyzioğlu, s. 56; Zevkililer/Acabey /Gökayla, s. 698; Koç, s. 155; Gençcan, s. 109.

erebilir. Nişanlılık nişanlıların anlaşması, taraflardan birinin ölümü veya gaipliği, çifte nişanlanma, kesin bir evlenme engelinin ortaya çıkması, bozucu şartın gerçekleşmesi, evlenmenin imkânsızlaşması, tek taraflı dönme (nişanın bozulması) ile ortadan kalkabilir.⁵³ Evlenme dışında nişanlılığı sona erdiren sebepler varsa hediyeler geri istenebilecektir. Hediyelerin geri verilmesi ile tazminat (maddi ve manevi) arasında bu sebeple fark bulunmaktadır. Tazminat istemi, nişanın bozulması durumu ile sınırlıdır ve sayılan diğer sebeplere dayanılarak istemde bulunamayacaktır.⁵⁴ Örneğin, nişanlılardan birinin ölümü durumunda hediyeler geri verilebilecek iken tazminat söz konusu olamayacaktır.⁵⁵

Maddi ve manevi tazminat istemlerinden farklı olarak hediyelerin geri verilmesi nişanlıların kusurlu olmaları şartına bağlı tutulmamıştır.⁵⁶ Nişan, nişanlılardan birinin kusuru sebebiyle sona ermiş olsa bile hem kusurlu hem de kusursuz nişanlı diğer tarafa vermiş olduğu hediye isteme hakkına sahiptir. Dolayısıyla nişanlılardan birinin kusurlu olup olmadığını araştırmaya gerek yoktur.⁵⁷

Nişanlılığın sona erme sebepleri aşağıdaki şekillerde ortaya çıkabilir.

1. Evlenme

Nişanlılığın en doğal sona erme sebebi tarafların birbiriyle evlenmesidir. Evlenme ile nişanlılık da o anda kendiliğinden sona erer. Nişanlılık, nişanlıların birbirleri ile evlenmeleri sebebiyle sona ermişse hediyelerin istenmesi söz konusu olamayacaktır. Dolayısıyla evlilik gerçekleştiği için artık “*nişan hediyesi*” adı altında herhangi bir istemde bulunulamaz.⁵⁸ Nişanlılık, nişanlılardan birinin bir başkası ile evlenmesi durumunda aynı şekilde kendiliğinden sona erer bu durumda ise hediyelerin geri verilmesi gündeme gelir.

2. Ölüm veya Gaiplik

Nişanlılardan birinin ölmesi veya gaipliğine karar verilmiş olması durumunda nişanlılık kendiliğinden sona erer.⁵⁹ Mülga Medeni Kanununun 86. maddesinde

⁵³ Akıntürk/Ateş, s. 42; Hatemi, s. 21; Kılıçoğlu, s. 19; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 43; Erdem, s. 31.

⁵⁴ Akıntürk/Ateş, s. 51; Hatemi, s. 24; Kılıçoğlu, s. 22; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 35; Erdem, s. 34.

⁵⁵ Hatemi, s. 24; Kılıçoğlu, s. 29.

⁵⁶ Tekinay, s. 26; Köprülü/Kaneti, s. 63; Koç, s. 156; Abik, s. 109; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 44; Doğan, s. 228; Mehmet Altunkaya, “*Nişanlanmanın Sona Ermesi Halinde Hediyelerin Geri Verilmesi*”, Sosyal Bilimler Dergisi, 2006, IV(8) s. 230; Helvacı ve Erlüle, s. 154; Erdem, s. 44; Gençcan, s. 107; Tüzüner, s. 8; Kemale Leyla Aslan Bingöl, Medeni Hukuk (Çözümlü) Pratik Çalışmaları ve Ders Notları, 2. Baskı, Aristo Yayınevi, 2022, s. 58; “*Nişanın bozulması nedeniyle mutad dışı hediyelerin geri alınmasına ilişkin davalarda kusur aranmaz.*” Yargıtay 3. HD. 14.05.2015 2015/3347 2015/8639, Legalbank, Erişim Tarihi: 27.01.2022.

⁵⁷ Akıntürk/Ateş, s. 48.

⁵⁸ Koç, s. 74.

⁵⁹ Köprülü/Kaneti’ye göre, taraflardan birinin, TMK m. 32 vd. gereğince gaipliğine karar verilmesi durumunda, nişanlılığın kendiliğinden sona erip ermeyeceği kesin değildir. Burada muhtemel çekişmeyi ortadan kaldırması için nişanlılığı sona erdirecek bir irade açıklaması aranması gerekir, s. 56; aynı

yer alan hüküm nişanlılardan birinin ölüm sebebiyle hediyelerin geri verilmesini kabul etmemektedir. Bu düzenleme, 14.11.1990 tarih ve 3678 sayılı Kanunla değiştirilerek nişanlılardan birinin ölümü veya gaipliğine karar verilmesi durumunda da hediyelerin istenebileceğine karar verilmiştir.⁶⁰ Mülga Medeni Kanununun 86. maddesini karşılayan TMK m. 122’de “*Nişan bozulur veya nişanlılardan biri ölür veya gaipliğine karar verirse*” ifadesinin yerini “*Nişanlılık evlenme dışındaki bir sebeple sona ererse*” ifadesi almıştır.⁶¹ Böylece ölüm ve gaiplik durumunda da hediyelerin geri istenebilmesi mümkün hale gelmiştir.⁶² Öte yandan TMK’nın 122. maddesinin kaynağı olan İsviçre Medeni Kanununun (İMK) 91. maddesi ile aramızda bir farklılık meydana gelmiştir. İMK m. 91/I hükmüne göre, “*Nişanlılık nişanlılardan birinin ölümü ile son bulduğunda, geri verme talep edilemez.*” Söz konusu kaynak kanunda yer alan hükümde bir değişiklik yapılmadığı için ölüm durumunda hediyeler geri istenemeyecektir.

Nişan, nişanlılardan birinin ölümü sebebiyle sona ermişse ölenin mirasçıları hediyelerin geri verilmesini isteyebilir. Nişan bozulduktan sonra ölen eski nişanlının mirasçıları da hediyelerin verilmesini isteyebilir. Hediye geri isteme hakkı diğer malvarlığı hakları gibi başkasına devredilebilir ve miras yoluyla da hak sahibinin mirasçılara geçer.⁶³ Nişanlılığın istem hakkından vazgeçmesi ise mümkündür.

3. Çifte Nişanlanma

Nişanlılardan biri, nişanlılık devam ederken başka bir kişi ile nişanlanırsa önceki nişanlılık kendiliğinden sona ermiş olur. Çifte nişanlanma durumunda yeniden nişanlanan tarafın, örtülü olarak önceki nişanı bozmuş olduğu sonucu çıkarılabilir.⁶⁴

4. Bozucu Şartın Gerçekleşmesi

Nişanlanma bir sözleşme olması sebebiyle şarta bağlı olarak yapılabilir. Nişanlanma bozucu bir şarta bağlı olarak yapılmış ise şart gerçekleştiği anda nişan-

görüştü olan Abik’e göre, “*Gaibin nişanlısının iradesine aykırı davranılamaz, nişanlıya nişanlılığı sona erdirip erdirmeme hakkı tanınmalıdır. Gaiplikte, gaibin nişanlısı haklı nedenle nişanı bozmadıkça nişanlılık kendiliğinden sona ermez. Gaiplik nişanı kendiliğinden sona erdiren bir sebep sayılmamalı, gaibin nişanlısının iradesine önem verilmeli ve ancak o nişanı haklı nedenle sona erdirmek istiyorsa nişan sona ermelidir.*” Yıldız Abik, “*Gaipliğin Nişanlılık Üzerindeki Etkisi*” (Gaiplik), 2005, 54(2), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 171.

⁶⁰ RG. 23.11.1990, S. 20704.

⁶¹ Değişikliğe yönelik eleştiri için bkz. Kılıçoğlu, s. 32.

⁶² Abik’e göre, “*Nasıl evlenme halinde hediyeler iade edilemiyorsa, gaiplikte de nişanlılığın gaibin nişanlısının iradesi olmaksızın kendiliğinden sona ermeyeceği kabul edilmeli ve hediyeler iade edilmemelidir. TMK m. 131’de gaibin evliliğinin feshi için gaibin eşinin mahkemeye başvurması arandığına göre, burada da gaibin nişanlısının nişanı haklı nedenle sona erdirmeye iradesi aranmalıdır.*” Gaiplik, s. 177.

⁶³ Tekinay, s. 30.

⁶⁴ Saymen/Elbir, s. 55; Velidedeoğlu, s. 29.

lilik sona erer.⁶⁵ Örneğin, nişanlılardan biri ileride iş dolayısıyla şehir değiştirmesi gerektiğinde nişanlılık ilişkisinin sona ereceğini şart koşmuş ise belirlenmiş olan bu şartın gerçekleşmesi ile nişanlılık da kendiliğinden sona erer. Bununla birlikte kararlaştırılan şartın ahlaka, adaba ve kişilik haklarına aykırı olmaması da gerekmektedir.

5. Kesin Bir Evlenme Engelinin Ortaya Çıkması

Nişanlanma sözleşmesinden sonra ortaya çıkan kesin bir evlenme engeli nişanlılığı kendiliğinden sona erdirir. Örneğin, nişanlılardan birinin evli olduğunun sonradan anlaşılması veya nişanlanacak tarafların evlenmeye engel olacak derecede yakın kan hısımları olduklarının ortaya çıkması durumunda nişanlılık kendiliğinden sona erer.⁶⁶

6. İmkânsızlık

Nişanlanmadan sonra ortaya çıkan ve nişanlıların evlenmesini imkânsız kılan bir durumun ortaya çıkması ile nişanlılık sona erer. Örneğin, nişanlılardan biri geçirdiği ameliyat sonrasında cinsiyetini değiştirdiğinde diğer nişanlı ile aynı cinsiyete sahip olacağından evlenme imkânsızlaşacaktır.⁶⁷

7. Nişanlıların Anlaşması ile Sona Erme

Nişanlılar aralarında anlaşarak nişanlılık ilişkisini sona erdirebilirler. Nişanlılık ilişkisini sona erdirmeye dair anlaşma herhangi bir şekle bağlı değildir.⁶⁸ Nişanın anlaşma ile sona erdirilmesi durumunda da hediyelerin geri verilmesi istenebilecektir.

8. İrade Bozukluğu Halleri

Nişanlanma sözleşmesi yapılırken nişanlılardan birinin iradesinin yanılma, aldatma veya korkutma sonucu bozulmasına bağlı olarak sakatlanan nişanlılık ilişkisi bu nişanlının diğer nişanlıya yapacağı tek yanlı irade açıklamasıyla ortadan kaldırılabilir.⁶⁹

9. Tek Taraflı Dönme

Nişanlılardan her biri tek taraflı irade açıklaması ile nişanlılığı sona erdirebilir. Buna nişanın bozulması denmektedir.⁷⁰ Nişanlılığı sona erdirmek isteyen tarafın haklı sebep göstermesine gerek yoktur. Haklı bir sebep bulunmasa dahi nişanlılara, nişanı bozma yetkisi tanınmıştır. Nişanı bozma, açık bir irade açık-

⁶⁵ Velidedeoğlu, s. 30; Tekinay, s. 24; Akıntürk/Ateş, s. 43.

⁶⁶ Saymen/Elbir, s. 56; Köprülü/Kaneti, 53; Tekinay, s. 24; Akıntürk/Ateş, s. 44.

⁶⁷ Köprülü/Kaneti, 53; Tekinay, s. 18; Akıntürk/Ateş, s. 44; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 29.

⁶⁸ Saymen/Elbir, s. 25; Koç, s. 76; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 28.

⁶⁹ Tekinay, s. 19; Akıntürk/Ateş, s. 44.

⁷⁰ Akıntürk/Ateş, s. 45; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 30.

laması ile olabileceği gibi örtülü irade açıklamasıyla da olabilir.⁷¹ Nişanlılardan birinin nişanı bozma hakkından önceden vazgeçmesini öngören bir taahhütte bulunması evlenmeyi sağlamak için dava hakkı vermeyen TMK m. 119/1'in açık yasağına aykırılık teşkil edecektir.⁷² Nişan bozulduktan sonra ise bundan dönmek mümkün değildir.

C. ALIŞILMIŞIN DIŞINDA BİR HEDİYE SÖZ KONUSU OLMALIDIR

3678 sayılı Kanun ile Mülga Medeni Kanununun 86. maddesinde meydana gelen bir diğer değişiklik nişanın bozulması durumunda alışılmışın dışındaki hediyelerin geri verilmesinin istenebileceği olmuştur. Hediyein geri verme istemine konu olabilmesi için alışılmışın dışında olması gerekmektedir. Eğer hediye, alışılmış sayılacak bir hediye ise geri istenemeyecektir.⁷³

Daha önce de bahsedildiği üzere Yargıtay yerleşik uygulamalarına göre, altın, takı ve ziynet eşyalarını alışılmışın dışında kabul etmektedir. Bu kapsamda ayrıca,

*“12 adet 22 ayar toplam 240,32 gram ağırlığındaki Adana Burması bilezik ile 1 adet 22 ayar 60,25 gram ağırlığındaki Trabzon Hasuru 7 sıralı gerdanlık mevcutsa aynen, mevcut değilse toplam bedelin iadesine...”*⁷⁴
*“Dinlenen tanık beyanları, bilirkişi incelemesi ve tüm dosya kapsamından, davalıya nişan yüzüğü, beşibiryerde, bilezik ve altın küpe gibi ziynet eşyaları takıldığı anlaşılmaktadır. Mahkemece, nişan yüzüğü dışındaki (niteliği gereği mutut olmayan) davacı istemlerinin kabulüne karar verilmesi gerekirken davanın reddine karar verilmesi doğru görülmemiştir.”*⁷⁵
*“Davacı tarafından davalıya verilen ve alışılmış hediye kapsamında olmayan inci kolyenin de iadesine karar verilmesi gerekirken, bu hediye hakkındaki istemin reddedilmesi usul ve yasaya aykırıdır.”*⁷⁶ *“Dosya kapsamından; dava konusu iki adet cep telefonunun, ilk derece mahkemesince alınan bilirkişi raporu ile ikinci el toplam değerlerinin 2.450 TL olduğu, davalıya nişan hediyesi olarak verildiği ve davalıda bulunduğu, davacıya iade edilmediği sabit olup, dava konusu telefonların nitelikleri itibarıyla mutut olmayıp iadesi gerektiğinden...”*⁷⁷ *“Somut olayda; davacının davalı ile evlendiklerinde oturacakları evde bazı onarım ve değişiklikler*

⁷¹ Akıntürk/Ateş, s. 45; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 30.

⁷² Dural/Öğüz/Gümüş, s. 30.

⁷³ Akıntürk/Ateş, s. 47; Hatemi, s. 24; Kılıçoğlu, s. 30.

⁷⁴ Gaziantep BAM, 2. HD. 02.04.2018 2017/2059 2018/652, Lexpera, Erişim Tarihi: 27.01.2022.

⁷⁵ Yargıtay 3. HD. 28.06.2012 2012/11396 2012/16375, Lexpera, Erişim Tarihi: 20.01.2022.

⁷⁶ Yargıtay 3. HD. 12.11.2012 2012/19085 2012/23239, Lexpera, Erişim Tarihi: 20.01.2022.

⁷⁷ Ankara BAM, 1. HD. 14.04.2017 2017/391 2017/453, Lexpera, Erişim Tarihi: 27.01.2022.

yaptırıldığı, nişan bozulunca bunların bedelini davalıdan talep ettiği, evin davalıya ait olduğunun iddia ve ispat edilmediği, evin kime ait olduğunun ise netleştirilmediği anlaşılmaktadır. Anılan ödemeler evlenme amacı ile yapılan harcamalar sayılamayacağı gibi nişanlıya verilen bir hediye niteliğinde de değildir. Zira, evlilik gerçekleşse idi davacı da davalı ile birlikte onarılan bu evde yaşayacağından evin güzelleşmesinden davacı da davalı kadar yararlanacaktı. Davacının yaptığı onarım masrafları... nişan hediyelerinin iadesi koşullarını taşımamaktadır.”⁷⁸ söz konusu kararları örnek olarak verebiliriz.

Yargıtay vermiş olduğu bazı kararlarında nişan hediyesi olarak alınmış kol saatini alışılmış hediye kabul ederken⁷⁹ bazı kararlarında alışılmışın dışında kabul etmiştir.⁸⁰ Şüphesiz burada alışılmış hediye olarak kabul edilen saatin günün koşullarına göre makul sayılabilecek bir fiyatının olduğunu, mali gücü aşmadığını ve fahiş olmadığını belirtmek gerekir. Başka bir kararda ise altın kaplama saat alışılmışın dışında kabul edilmiştir.⁸¹

Değeri alışılmışın dışında olan hediyelerden, nişanlıya verilen ve onun yönünden haksız kazandırmaya sebep olacak mücevherat, bono, çek gibi kıymetli evrak ve senedin de geri verilmesi TMK m. 122 kapsamında istenebilecektir.⁸²

Yargıtay’a göre,

*“Bir nişan hediyesinin mutat sayılabilmesi; o hediyelerin yöresel örf ve âdete göre verilen türden olması hususu yanında, bu gibi hediyelerin maddi değerinin de günün ekonomik koşulları itibariyle fahiş olmayan miktarda bulunmasına bağlıdır ki, fahişlik olgusu da daha çok tarafların mali ve sosyal durumlarıyla ölçülmek gerekir. Özellikle dava konusu hediyeyi veren nişanlının ekonomik gücünü zorlayarak (örneğin ödemede güçlük çekebileceği bir borç yükü altına girerek) verdiği hediye, onun yönünden mutat sayılması ve fahiş kabul edilmemesi doğru değildir.”*⁸³

⁷⁸ Yargıtay 3. HD. 07.09.2015 2015/7304 2015/13617, Legalbank, Erişim Tarihi: 20.01.2022.

⁷⁹ Yargıtay 3. HD. 27.02.2003 2003/1674 2013/1826; “Davacı-karşı davalının ziynet eşyalarına yönelik davanın kabulüne, kol saati, 2 adet cep telefonu, video kamera, laptop, yemek takımı yönünden davanın reddine...” 3. HD. 17.09.2014 2014/4653 2014/11936, Legalbank, Erişim Tarihi: 20.01.2022.

⁸⁰ Yargıtay 3. HD. 13.02.2007 2007/1431 2007/1841; 3. HD. 19.02.2013 2013/900 2013/2605; 3. HD. 30.05.2016 2015/18260 2016/8471, Legalbank, Erişim Tarihi: 20.01.2022.

⁸¹ “... 22 ayar 11 adet gramise, 19 adet çeyrek altın, 1 adet altın küpe, 1 adet taşlı yüzük, 1 adet altın kaplama saat ve 1 adet 22 ayar orta ağırlıkta bileklik, 1 adet ... marka cep telefonu, 1 adet gümüş paralı çember ve 1 adet kemerin mümkün olduğu takdirde aynen, mümkün olmadığı takdirde bedelinin ödenmesine...” Yargıtay 3. HD. 20.03.2017 2015/16784 2017/3367, Legalbank, Erişim Tarihi: 20.01.2022.

⁸² TBMM Tutanak Dergisi, 1991, Cilt 49, S. 398, s. 2.

⁸³ Yargıtay 3. HD. 13.02.2007 2007/1431 2007/1841, Lexpera, Erişim Tarihi: 27.01.2022.

Özellikle maddi değeri çok yüksek olan, taraflardan birinin hediye alabilmek için yük altına girdiği hediyeleri alışılmışın dışında kabul etmek gerekecektir.⁸⁴ Yine hediye, nişanlının mali gücünü aşarak ya da malvarlığını elden çıkarmak suretiyle alınan bir hediye ise alışılmışın dışında kabul edilmelidir.⁸⁵ Nişan dolayısıyla verilen hediye alışılmışın dışında olup olmadığını her somut olayda hâkim takdir edecektir. Hâkim bu belirlemeyi yaparken tarafların dâhil oldukları çevreyi, mesleklerini, malvarlıklarına ve kazançlarına göre hediyein değeri yanında alışılmış olup olmadığını da göz önünde bulunduracaktır.⁸⁶

D. NİŞANLILAR, ANA VE BABA YA DA ANA BABA GİBİ DAVRANAN KİMSELER HEDİYELERİN GERİ VERİLMESİNİ İSTEME HAKKINA SAHİPTİRLER

Mülga Medeni Kanununun 86. maddesinde sadece nişanlıların birbirlerine verdiği hediyelerin geri verilmesi düzenlenmekteydi. Bu halde nişanlılar dışında kalan kişilerin, ana ve baba ya da onlar gibi davrananların, hediyelerin geri verilmesini isteme hakkı kapsam dışında kalmaktaydı. Sonrasında Mülga Medeni Kanun 86. maddede yer alan bu düzenleme de 3678 sayılı Kanunla değiştirilerek hediyelerin verilmesini isteyebilme hakkı nişanlılar ile birlikte ana ve babaya ayrıca onlar gibi davranan kişilere⁸⁷ de tanınmıştır. Böylece hediyelerin geri verilmesini isteyebilecek kişilerin kapsamı genişletilmiştir.⁸⁸

Nişanlılar birbirlerine, ana ve babaları ile onlar gibi davrananlar ise nişanlılara vermiş oldukları hediyeleri isteyebileceklerdir. Nişanlılık dolayısıyla verilmiş olsa bile nişanlılardan birinin diğer nişanlının ana ve babasına ya da yakınlarına vermiş olduğu hediyeler ise geri istenemeyecektir. Yine bu kapsamda nişanlıların ana ve babası ya da yakınlarının birbirlerine vermiş oldukları hediyeler TMK m. 122 kapsamına girmemektedir.⁸⁹ Örneğin nişanlı kadının annesinin erkeğin annesine nişan sebebiyle vermiş olduğu hediye madde kapsamında geri istenemeyecektir. Başka bir ifade ile iki tarafın yakınlarının birbirlerine vermiş olduğu hediyeler maddenin kapsamı dışında bırakılmıştır. Söz konusu hediyelerin geri istenebilmesi genel hükümlere göre olacaktır. Bizim de katıldığımız bir görüşe

⁸⁴ Yargıtay 3. HD. 13.02.2007 2007/1431 2007/1841; "Nişanlının mali gücüne aşarak verdiği hediyein onun yönünden mutut sayılması ve fahiş olmayacağı kabulü düşünülemez. Aksi halde, hediye verilen nişanlının haksız zenginleşmesine yol açılmış olur." 3. HD. 12.10.2009 2009/12024 2009/15404, Lexpera, Erişim Tarihi: 27.01.2022.

⁸⁵ Öztan, s. 84; Yargıtay 3. HD. 14.12.1992 2583/20629, YKD, 1993, (5), s. 694; 3. HD. 15.02.1993 10457/2105 YKD, 1993, (12), s. 1800-1801; anılan kararların eleştirisi için bkz. Doğan, s. 222.

⁸⁶ Oğuzman/Dural, s. 56.

⁸⁷ Tasarının 122'nci maddesinin birinci fıkrasındaki "onlar gibi hareket edenlerin" ifadesi, 120. maddenin ikinci fıkrasına paralel olarak "onlar gibi davrananların" şeklinde değiştirilmiştir.

⁸⁸ Öztan, 70. Yıl, s. 100; Abik, s. 107.

⁸⁹ Köprülü/Kaneti, s. 63; Oğuzman/Dural, s. 57; Hatemi/Serozan s. 65.

göre,⁹⁰ iki tarafın yakınlarının birbirlerine verdiği hediyelerin geri verilmesi konusunda kanunda bir boşluk bulunmaktadır ve iki tarafın yakınlarının birbirine verdikleri hediyelerin de “*nişan hediyesi*” kapsamına alınması gerekmektedir. Nişanlıların ana ve babaları ile onlar gibi hareket edenlerin dışında kalan üçüncü kişilerin nişanlılara vermiş oldukları hediyeler ise ancak sebepsiz zenginleşme hükümlerine (TBK m. 77 vd.) göre istenebilecektir.⁹¹

Ana ve baba gibi davranan kişiler ile nişanlı arasında mutlaka akrabalık ilişkisinin olması gerekmez.⁹² Söz konusu kişiler nişanlıyı büyüten anneanne, teyze veya amca olabileceği gibi nişanlılardan birini bebekliğinden beri büyüten komşusu da olabilir.⁹³

Nişanlı adına diğer nişanlıya ana ve babası ya da onlar gibi davrananlar da hediye verebilirler. Nişanlının ana ve babası ya da yakınları tarafından gönderilmiş veya verilmiş hediyeler de, nişanlı tarafından verilmiş sayılmaktadır.⁹⁴ Bu kapsamda verilen hediyeler, nişanlının verdiği hediye olarak kabul edilmelidir.⁹⁵ Söz konusu hediyeler de nişanın bozulması durumunda geri istenebilecektir.⁹⁶

⁹⁰ Hatemi, s. 23.

⁹¹ Tekinay, s. 32; Akıntürk/Ateş, s. 47; Öztan, s. 85.

⁹² Yavuz'a göre, “*Müstakbel kayınpeder, kayıncıvalide, kardeş, aile dostu, fakir çocukları evlendirmek amacıyla kurulmuş dernek, vakıf vs. bu kategoriye girebilirler.*” s. 268.

⁹³ “*Nişan hediyelerini bizzat nişanlılar birbirine verebileceği gibi; ana, baba, babaanne, dede, abla, kardeş gibi nişanlının çok yakınları da nişanlı olan çocukları için, onun adına, diğer nişanlıya hediye verebilirler. Bunların verdikleri hediye de nişanlının verdiği hediye olarak kabul edilmektedir. Bunların hediye vermelerinin nedeni nişan olayı olduğu gibi, hediye nişanlı olan çocukları adına verilmiştir. Davacı nişanlı kendi yakınlarının davalı nişanlısına verdiği hediyeleri geri isteyebilir.*” Yargıtay 3. HD. 28.12.1987 1987/6171 1987/12796, Lexpera, Erişim Tarihi: 27.01.2022.

⁹⁴ Yavuz, s. 269.

⁹⁵ “*Nişan hediyelerini bizzat nişanlılar birbirine verebileceği gibi; ana, baba, babaanne, dede, abla, kardeş gibi nişanlının çok yakınları da nişanlı olan çocukları için, onun adına, diğer nişanlıya hediye verebilirler. Bunların verdikleri hediye de nişanlının verdiği hediye olarak kabul edilmektedir. Yargıtay’ın kökleşen içtihatları da bu doğrultudadır. Bunların hediye vermelerinin nedeni nişan olayı olduğu gibi, hediye nişanlı olan çocukları adına verilmiştir. Davacı nişanlı kendi yakınlarının davalı nişanlısına verdiği hediyeleri geri isteyebilir. Mahkemece bu yön dikkate alınmadan altınlarla ilgili nişan hediyelerinin reddi yerinde görülmemiştir.*” Yargıtay 3. HD. 28.12.1987 1987/6171 1987/12796, Legalbank, Erişim Tarihi: 25.01.2022.

⁹⁶ “*Davalı taraf, ziynet eşyalarının davacının bizzat kendisi tarafından alınmadığını savunmuş; mahkemece de; altın ve hediyelerin davacı tarafından davalıya verilmediği, davacının akrabaları tarafından davalıya verildiğinden bahisle davanın reddine karar verilmiştir. Oysa, nişan törenlerinde takılan takıların bizzat davacı nişanlı tarafından takılması zorunluluğu bulunmamaktadır. Ana-babanın ya da onlar gibi davrananların nişanlı adına taktıkları takılar, davacı nişanlı tarafından takılmış sayılır ve nişanın bozulması durumunda da bizzat talep edilebilir. Örf ve âdete göre, nişan törenlerinde, takıların, nişanlıların birbirine bizzat takmalarından çok, genelde bir aile büyüğü veya ana-baba veya kardeşlerden biri tarafından takıldığı bir gerçekliktir. O halde, mahkemece; davacı (nişanlı) veya davacı adına hareket eden ana-baba veya kardeşleri tarafından takılan takıların saptanarak, hüküm altına alınması gerekirken...*” Yargıtay 3. HD. 14.10.2018 2016/21757 2018/9618; 3. HD. 15.10.2019 2019/893 2019/7942; 3. HD. 14.04.2021 2021/1728 2021/4104, Legalbank, Erişim Tarihi: 25.01.2022.

III. GERİ VERMENİN KAPSAMI

Türk Medeni Kanunu m. 122 hükmünün konuluş amacı, nişanlılığın sona ermesinden sonra taraflardan birinin kendisine verilen hediyeleri alıkoymak suretiyle sebepsiz zenginleşmesini önlemektir.⁹⁷

Alışılmışın dışındaki hediyelerin geri verilebilmesi için nişanın bozulmuş olması yanında aynı zamanda istemde bulunmak da gerekmektedir. Sadece nişanın bozulmuş olması hediyelerin geri verilmesini kendiliğinden gerektirmez. Bu hususta taraflar anlaşma yolu ile bir sonuca varamıyorsa, isteğe rağmen hediyeleri vermeye yanaşmıyorlarsa, dava açmak gerekecektir. Kanun koyucu bu hakkı sadece nişanlılara değil aynı zamanda nişanlıların ana ve babası ya da onlar gibi davranan kişilere de tanımıştır. Fakat burada bahsedilen kişiler daha önce de söylediğimiz gibi sadece nişanlılara verdiği hediyeleri geri alabileceklerdir. Taraflar dışında üçüncü kişilere verilen hediyeler için TMK m. 122 uygulama alanı bulamayacaktır. Şüphesiz bu hediyeler alışılmışın dışındakiler olmalıdır.

Hediyeler kural olarak aynen geri verilmelidir. Fakat hediyelerin nişanlı tarafından kullanılmış, başka bir kişiye verilmiş ya da satılmış olması da olasıdır. Böyle bir durumda sorunun nasıl çözüleceği hükümde yer almaktadır. Hükme göre, “*Hediye aynen veya mislen geri verilemiyorsa, sebepsiz zenginleşme hükümleri uygulanır* (TMK m. 122/II).” Bu durumda geri verme zamanında hediyeler mevcut ise hediyelerin aynen verilmeleri gerekecektir.⁹⁸ Hediyeler aynen verilemiyorsa mislen verilmelidir. Eğer hediye misli bir eşya ise temin edilerek geri verilmelidir. Hediyelerin aynen veya mislen verilemediği durumlarda kapsam sebepsiz zenginleşme kurallarına göre belirlenecektir.⁹⁹ Örneğin, nişanlılardan biri kendisine takılan bir bileziği, aynı bilezik kendisinde halen duruyorsa, geri verecektir. Eğer bileziği satmış ya da kaybetmiş ise geri verme zamanında aynı cinsten bir bileziği temin edecek aksi takdirde karşı tarafa bileziğin parasını verecektir. Ancak hediye misli bir eşya değil ise bu durumda sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre değerinin para olarak ödenmesi gerekecektir. Sebepsiz zenginleşme hükümleri, hediye aynen veya mislen ifa edilemediği durumlarda uygulanacaktır. Para alacaklarında ise temerrüt faizi gündeme gelecek ve TBK m. 117/II gereğince sebepsiz zenginleşmede, zenginleşme tarihinden itibaren temerrüt faizi istenebilecektir.¹⁰⁰

⁹⁷ Abik, s. 109.

⁹⁸ Schwarz, s. 52; Koç, 150; Akıntürk/Ateş, s. 49; Kılıçoğlu, s. 32; Erdem, s. 47; Altunkaya, s. 230.

⁹⁹ “*Nişan bozulduğunda nişanlıların birbirlerine vermiş oldukları mutad dışı hediyeler geri istenebilir. Hediye aynen mevcut değil ise karşılığı sebepsiz zenginleşme kurallarına göre iade edilir. Davacının, dava konusu otomobili, davalı nişanlısına hediye olarak aldığı ve otomobilin aynen mevcut olduğu anlaşılmaktadır. Buna göre mahkemece otomobilin aynen iadesine karar verilmesi gerekir.*” YHGK. 29.05.1996 1996/3-279 1996/420, Legalbank, Erişim Tarihi: 27.01.2022.

¹⁰⁰ Kılıçoğlu, s. 33.

Kanun koyucu TBK m. 77 ve devamında düzenlenen sebepsiz zenginleşme hükümlerinin kıyas yoluyla burada uygulanacağını belirtmiştir. Fakat TMK'nın 122. maddesinin, sebepsiz zenginleşmeyi düzenleyen 78. maddesi karşısında özel hüküm olduğu ve hediyelerin geri verilmesini istemenin şartlarının sebepsiz zenginleşmenin şartlarından farklı olduğu unutulmamalıdır.¹⁰¹

Hediyeleri elden çıkaran kişinin iyiniyetli veya kötünietli olmasına göre kapsam belirlenecektir.¹⁰² Eğer kişi iyiniyetli ise hediyeleri elden çıkardığında geri verme yükümlülüğü yoktur. Fakat elden çıkarması karşılığında bir menfaat elde etmiş ise (örneğin hediye satılmışsa) bunu hediye veren nişanlıya geri vermelidir.¹⁰³ Hediye kullanılmış veya bir kısmı elden çıkarılmış ise elinde kalanı vermelidir. Kendisine verilen hediye kötünietli olarak elden çıkaran nişanlı ise o malın değerini ödemekle yükümlü olacaktır (TMK m. 122/II). Taraflardan birinin malvarlığında nişanlanma dolayısıyla meydana gelen bir artış varsa nişanlıların iyi veya kötünietli olmalarına bakılmaksızın hediye dolayısıyla malvarlıklarında meydana gelen artışların verilmesi gerekecektir.¹⁰⁴ Eğer nişanlı kendisine verilen hediyeye masraf yapmış ise yaptığı zorunlu ve faydalı masrafların ödenmesini isteyebilir, masraflar ödeninceye kadar hediye üzerinde hapis hakkını kullanabilir.¹⁰⁵ Hediyeye yapılan masraflar için TBK'nın 80. maddesinin ikinci fıkrası ve üçüncü fıkrasının son cümlesi kıyasen uygulanmaktadır.¹⁰⁶

Nişanlıların ana ve babaları ile onlar gibi hareket edenlerin dışında kalan üçüncü kişilerin ise ancak sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre hediyeleri geri isteyebileceğini belirtmiştik. Fakat üçüncü kişilerin gelecekteki evlenmeyi düşünerek, evlenmeye yönelik, onu gerçekleştirmek veya kolaylaştırmak amacıyla verdiği hediyeler geri istenebilir.¹⁰⁷

Zenginleşmenin kapsamı nişanın sona erdiği tarihe göre belirlenecektir.¹⁰⁸ Hediyelerin değerini tespit için bilirkişi görüşüne başvurulabilir.¹⁰⁹ Hediye alı-

¹⁰¹ Fikret Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 24. Baskı, Yetkin Yayınları, 2021, s. 966; M. Kemal Oğuzman ve M. Turgut Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. II, 16. Baskı, Vedat Kitapçılık, 2021, s. 321; Öztan, s. 82; Osman Gökhan Antalya, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. V/1,2, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2019, s. 682.

¹⁰² Herdem Belen ve Mehmet Köksal, (Medeni) Hukukun Temel Kavramları Şema Kitap, Beta Basım Yayın, 2020, s. 61 vd.

¹⁰³ Eren, s. 1002; Oğuzman/Öz, s. 386; Antalya, m. 717.

¹⁰⁴ Oğuzman/Dural, s. 58; Öztan, s. 91.

¹⁰⁵ Feyzioğlu, s. 59; Eren, s. 1007; Oğuzman/Öz, s. 396; Antalya, s. 719.

¹⁰⁶ Öztan, s. 91.

¹⁰⁷ Saymen/Elbir, s. 58; Velidedeoğlu, s. 43; Tekinay, s. 31; Feyzioğlu, s. 54.

¹⁰⁸ Koç, s. 154.

¹⁰⁹ "TMK'nın 6. maddesine göre, kanun aksini emretmedikçe taraflardan her biri iddiasını ispata mecburdur. Mahkemece iade kapsamına alınması açıklanan nişan hediyeleri yönünden, dava dilekçesinde açıklanan birim fiyatları gözetip, ziyetlerin değeri ihtisas sahibi bilirkişiye belirletip varılacak sonuca

şılmış olup olmadığının belirlenmesinde yöresel örf ve âdet, hediyein maddi değeri, tarafların sosyal ve mali gücü önem taşımaktadır.¹¹⁰ Hâkim kapsamı belirlerken tarafların içinde buldukları sosyal çevreyi, yaşam şartlarını, mesleklerini ve kazançlarını da göz önünde bulunduracaktır.

IV. DAVA VE ZAMANAŞIMI

Hediyelerin geri verilmesi konusunda taraflar anlaşmadıkları takdirde başka bir ifade ile istemde bulunan kişiye hediyeler verilmediğinde hediyelerin geri verilmesine ilişkin dava açmak gerekecektir. Bunun için alacak davası açılmalıdır.¹¹¹ Nişanın bozulması durumunda hediyelerin geri verilmesini isteme hakkı aynı değil şahsi niteliktedir.¹¹² Nişanlıya verilen hediyein mülkiyeti karşı tarafa geçtiği için artık aynı bir istemden bahsedilemeyecektir.¹¹³ Hediye alan kişi bunu üçüncü bir kişiye devretmişse artık hediye geri almak isteyen bu hakkını üçüncü kişiye karşı kullanamayacaktır.

Nişan hediyelerinin geri verilmesine ilişkin davada davacılar, nişanlıya hediyeleri veren kişilerdir. Bunlar diğer nişanlı, nişanlının ana ve babası ya da onlar gibi davranan kişi/kişilerdir. Davalı konumunda, hediyeleri alan nişanlı bulunmaktadır. Nişanlı dışında ana ve babası veya onlar gibi davranan kimselere karşı dava açılmaz. Nişanlı küçük ise velisi veya vasisi tarafından temsil edilmelidir.

Yargıtay'a göre,

“Hediyelerin iadesi yönünde hüküm kurulabilmesi için eşyanın davalıya hediye edildiğinin ve nişanın bozulmasından sonra iade edilmediğinin ispatlanması gerekir. Hediyelerin verildiği ve iade edilmediği hususu her türlü delil ile ispat edilebilir. Nişan sebebiyle kendisine verildiğini kabul ettiği hediyelerin iade edildiğini ileri süren davalı, bunu kanıtlamalıdır. Ancak, davalının verildiğini kabul etmediği hediyelerin verildiğini ispat yükü de kuşkusuz davacıdadır”.¹¹⁴

göre karar verilmesi gerekir. Mahkemenin çözümü özel veya teknik bir bilgiyi gerektiren hallerde bilirkişinin oy ve görüşünün alınmasına karar verebileceği...” Yargıtay 3. HD. 22.04.2003 2003/4772 2003/4849; 3. HD. 22.04.2003 2003/4775 2003/4849, Legalbank, Erişim Tarihi: 26.01.2022.

¹¹⁰ Aslı Makaracı, Seda Öktem Çevik, Gülen Sinem Tek ve Deren Gündüz, Aile Hukuku Pratik Çalışma Kitabı, Vedat Kitapçılık, 2020, s. 26; Yargıtay 3. HD. 27.02.2003 2003/1674 2003/1826; 3. HD. 13.01.2014 2013/15686 2014/76, Legalbank, Erişim Tarihi: 15.01.2022.

¹¹¹ Tekinay, s. 30; Koç, s. 154; Yargıtay 6. HD. 25.12.1964 1964/2271 1964/5771, Legalbank, Erişim Tarihi: 20.01.2022.

¹¹² Tekinay, s. 30; Koç, s. 154; Öztan, s. 93; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 45.

¹¹³ Abdülkerim Yıldırım, Aile Hukuku, 4. Baskı, Monopol Yayınevi, s. 23.

¹¹⁴ Yargıtay 3. HD. 2015/2934 2016/837 27.01.2016, Legalbank, Erişim Tarihi: 28.01.2022.

Hediyelerin verildiği ve geri verilmediği hususu her türlü delil ile ispat edilebilir. Nişan sebebiyle kendisine verilen hediyelerin geri verildiğini ileri süren davalı, bunu ispatlamalıdır.¹¹⁵

Türk Medeni Kanunu m. 123'e göre, "Nişanlılığın sona ermesinden doğan talep hakları, sona ermenin üzerinden bir yıl geçmekle zamanaşımına uğrar." Maddi ve manevi tazminat istemlerinde olduğu gibi hediyelerin geri verilmesinde de hükme göre süre bir yıldır. Söz konusu süre hem nişanlılar hem de onların ana ve babaları ile bu şekilde hareket eden kimselerin istemleri için geçerlidir. Kanun koyucu nişanlılığın sona ermesinden uzun süre sonra tarafların tazminat veya hediyelerin geri verilmesi davası ile karşı karşıya gelmelerini doğru bulmamıştır.¹¹⁶

Sürenin başlangıcı kural olarak nişanlılığın sona ermesi olacaktır. Fakat hükmünde her ne kadar zamanaşımı süresinin başlangıç tarihi olarak nişanın sona ermesi esas alınmışsa da söz konusu sürenin hangi tarihten itibaren işlemeye başlayacağı hususunda doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır. Doktrinde bir görüşe göre,¹¹⁷ nişanın sona erdiği sonradan öğrenilmiş ise bu durumda süre öğrenmeden itibaren işlemeye başlayacaktır. Bir diğer görüşe göre¹¹⁸ taraflardan birinin sona ermeyi sonradan öğrenmesi zamanaşımının başlangıç tarihini değiştirmez. Kanımızca, nişanlılardan birinin nişanın sona erdiğini sonradan öğrenmesi durumunda zamanaşımının öğrenmeden itibaren işlemeye başlaması durumdan habersiz diğer nişanlı açısından hakkaniyete daha uygun olacaktır.

¹¹⁵ Belen/Köksal, s. 277; Yargıtay 3. HD. 14.05.2015 2015/3347 2015/8639; 3. HD. 27.04.2016 2015/11152 2016/6663; Antalya BAM 2. HD. 26.12.2019 2018/2420 2019/2233; 3. HD. 02.10.2018 2016/21682 2018/9357, Legalbank, Erişim Tarihi: 28.01.2022.

¹¹⁶ Kılıçoğlu, s. 33.

¹¹⁷ Tekinay, s. 62; Hatemi/Serozan, s. 69; Öztan, s. 94; Abik'e göre, "Nişanın bozulduğu tarihin zamanaşımının işlemeye başlamasında esas alınması, bazı hallerde adaletle aykırı sonuçlar verebilir. Örneğin, nişanlı erkeğin evlenmesi ve bunu ilk nişanlıdan gizlemesi halinde, sürenin nişanın bozulduğu tarihten başlatılması, iyiniyetli nişanlının aleyhine sonuç yaratacaktır." s. 46; Erdem'e göre, "Nişanın sona erdiğinin sonradan öğrenildiği durumlarda, bu durum haklı nedene dayanıyorsa, süre öğrenmeden itibaren işlemeye başlayacaktır. Örneğin, bir nişanlının ölümü aylar sonra öğrenildiğinde, nişan ölümle sona ermiş olsa da, zamanaşımı ölümün, yani nişanın sona erdiğinin öğrenildiği tarihten itibaren işleyecektir." s, 47.

¹¹⁸ Schwarz, s. 52; Helvacı/Erlüle, s. 154; TMK m. 123'ün gerekçesinde bu husus "Maddede zamanaşımı süresinin işlemeye başlaması, sona erme sebebinin öğrenilmesine tabi olmayıp bu süre sona ermeden işlemeye başlayacaktır. Bu yolla tarafların 'sona ermeyi daha geç öğrenmiş oldukları' iddiasıyla yıllar sonra bu tür davalarla karşı karşıya getirilmesi yerinde görülmemiştir." şeklinde açıklanmıştır. Yıldırım'a göre, "Bu sonuç duruma göre hakkaniyete aykırı olabilir. Örneğin nişanlılardan biri yurt dışında başkasıyla evlenmiş ve bu durumu diğerinden saklayarak bir yıllık sürenin kaçırılmasına sebebiyet vermiş olabilir. Böyle bir durumda bir yıllık sürenin sona ermenin öğrenildiği tarihten itibaren başlaması hakkaniyete uygun olacaktır." s, 25.

SONUÇ

Çalışmamız, nişanlılık ilişkisinin evlenme dışındaki bir sebeple sona erdiğinde nişanlıların birbirlerine veya ana ve baba ya da onlar gibi davrananların, diğer nişanlıya vermiş oldukları hediyelerin geri verilmesini ve kapsamını Yargıtay kararları ışığında incelemiştir. Nişanın sona ermesi durumunda diğer nişanlıya verilmiş hediyelerin istenebilecek olması oldukça isabetlidir. Nişanlılık ilişkisinin ortadan kalkması ile birlikte nişanlılığa bağlı olarak verilmiş hediyelerin diğer tarafta kalmasının bir anlamı bulunmamaktadır.

Geri verme kapsamında yer alacak hediyeler, nişanlanmanın başlangıcından sona ermesine kadarki süreçte verilenlerdir. Hediyelerin geri verilme istemine konu olabilmesi için birtakım şartların gerçekleşmesi zorunludur. Çalışmamızda bahsedilen bu şartlar hediyein nişanlılık sebebi ile verilmesi, nişanlılığın evlenme dışında bir sebeple sona ermesi ve alışılmışın dışında bir hediyein olmasıdır. Bu kapsamda bir diğer şart nişanlıların, ana ve baba ya da onlar gibi davranan kimselerin hediyelerin geri verilmesini isteme hakkına sahip olmasıdır.

Alışılmış hediyeler, maddi değeri yüksek olmayan, çoğu zaman kullanılmakla tüketilebilen ve eskiyen eşyaları ifade etmektedir. Eğer nişanlı mali gücünü aşarak, borç altına girerek hediye almış ise bu durumda hediye alışımlışın dışında saymak gerekecektir. Hediye alışımlışın durumu da hediyein alışılmış olup olmadığının belirlenmesinde önemlidir. Yargıtay yerleşik uygulamalarında nişan yüzüğü dışında kalan tüm altın, takı ve ziynet eşyaları alışılmışın dışında kabul edilmektedir.

Nişanın kusurlu veya kusursuz olarak sona erdirilmiş bulunması hediyelerin geri verilmesinde göz önünde bulundurulmaz. Nişanın bozulmasında kusuru olan taraf da hediyeleri isteyebilir.

Nişanlının üçüncü kişilere verdiği hediyelerle nişanlıların ana ve babasının ya da yakınlarının birbirlerine vermiş oldukları hediyeler TMK m. 122 kapsamı dışında kalmaktadır. Madde kapsamına girmeyen hediyelerin geri verilmesi ise TBK'nın sebepsiz zenginleşmeye (m. 77 vd.) dair hükümlerine tabi olacaktır. Hediyein aynen veya mislen geri verilmesi gerekmektedir. Eğer hediye aynen veya mislen verilemiyorsa bu durumda sebepsiz zenginleşme hükümleri uygulanacaktır. Talebin tabi olduğu zamanaşımı süresi ise TMK m. 123'e göre, nişanın sona ermesinden itibaren bir yıldır.

KAYNAKÇA

- Abik Y, “*Gaibliğin Nişanlılık Üzerindeki Etkisi*”, 2005, 54(2), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 153-181.
- Abik Y, “*Nişanlanma ve Nişanlılık*”, 2005, 54(2), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 2-89.
- Akıntürk T ve Ateş D, Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku C. II, 24. Baskı, Beta Basım Yayın, 2022.
- Altunkaya M, “*Nişanlanmanın Sona Ermesi Halinde Hediyelerin Geri Verilmesi*”, Sosyal Bilimler Dergisi, 2006, IV(8) s. 217-235.
- Antalya O G, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. V/1, 2, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2019.
- Belen H ve Köksal M, (Medeni) Hukukun Temel Kavramları Şema Kitap, Beta Basım Yayın, 2020.
- Bingöl Aslan K L, Medeni Hukuk (Çözümlü) Pratik Çalışmaları ve Ders Notları, 2. Baskı, Aristo Yayınevi, 2022.
- Doğan M, “*Nişanlanmanın Sona Ermesi Halinde Hediyelerin Geri Verilmesi*”, 1998, 1, Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 199-238.
- Dural M, Öğüz T ve Gümüş M A, Türk Özel Hukuku C. III Aile Hukuku, 16. Baskı, Filiz Kitabevi, 2021.
- Dural M ve Oğuzman M K, 3. Baskı, Filiz Kitabevi, 2001.
- Erdem M, Aile Hukuku, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2019.
- Eren F, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 24. Baskı, Yetkin Yayınları, 2021.
- Feyzioğlu F N, Aile Hukuku, 3. Baskı, Filiz Kitabevi, 1986.
- Gençcan Ö U, Aile Mahkemesi Davaları, 5. Baskı, Yetkin Yayınları, 2022.
- Hatemi H, Aile Hukuku, 9. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, 2021.
- Hatemi H ve Serozan R, Aile Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul 1993.
- Helvacı S ve Erlüle F, Medeni Hukuk, 7. Baskı, Legal Yayıncılık, 2021.
- Kılıçoğlu A M, Aile Hukuku, 5. Baskı, Turhan Kitabevi, 2020.
- Koç N, Türk-İsviçre Hukukunda Nişanlanma Sözleşmesi, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, 2002.
- Köprülü B ve Kaneti S, Aile Hukuku, Özdem Kardeşler Matbaası, 1985-1986.
- Makaracı A, Öktem Çevik S, Tek G S ve Gündüz D, Aile Hukuku Pratik Çalışma Kitabı, Vedat Kitapçılık, 2020.
- Oğuzman M K ve Öz M T, Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. II, 16. Baskı, Vedat Kitapçılık, 2021.
- Özmen E S, “*Nişanın Bozulmasında Cayma Akçası ve Cezai Şart (MK 83 Madde Değişikliği)*”, 1995, 4, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, s. 520-577.
- Öztan B, Aile Hukuku, 6. Baskı, Turhan Kitabevi, 2015.

- Öztañ B, “Medeni Kanun’un Kabulünün 70’inci Yılında Aile Hukuku”, 1995, 44(1), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 79-125.
- Saymen F H ve Elbir H K, Türk Medeni Hukuku C. III Aile Hukuku, 2. Baskı, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1960.
- Schwarz A B, Aile Hukuku Türkçeye Çeviren Bülent Davran, 2. Baskı, İsmail Akgün Matbaası, 1946.
- Tekinay S S, Türk Aile Hukuku, 7. Baskı, Filiz Kitabevi, 1990.
- Tüzüner Ö, Aile Hukuk Pratik Çalışmaları, 4. Baskı, Filiz Kitabevi, 2021.
- Velidedeoğlu H V, Türk Medeni Hukuku C. II Aile Hukuku, 5. Baskı, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1965.
- Yavuz N, “Nişan Hukukunda Hediyeleri Geri İsteme Davası”, 1995, 21(3), Yargıtay Dergisi, s. 264-277.
- Yıldırım A, Türk Aile Hukuku, 4. Baskı, Monopol Yayınları, 2021.
- Zevkliler A, Acabey M B ve Gökyayla K E, Medeni Hukuk, Giriş, Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, Aile Hukuku, 6. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2000.

Elektronik Kaynaklar

www.lexpera.com.tr.

www.legalbank.com.tr.

www.resmigazete.gov.tr.



Due Process Rights in Arbitration in the light of the Austrian Supreme Court's Decision: Remote Hearings During the Pandemic^(*)

Avusturya Yüksek Mahkemesi Kararı Işığında Tahkimde Adil Yargılanma Hakkı: Küresel Salgında Online Duruşmalar

Öğr. Gör. Dr. Erman EROĞLU^(**)

Abstract

The limit of the arbitral tribunal's power has been a controversial subject. There is an ambiguity about whether due process rights are violated if the arbitral tribunal conducts a virtual hearing contrary to one of the parties' objectives. In particular, virtual hearings have come to the fore during the Covid-19 pandemic. In this study, by the evaluating the Austrian Supreme Court's groundbreaking decision regarding due process rights during the global pandemic, the framework of due process rights in arbitration and the power of arbitrators in holding remote hearings are examined, and solutions are proposed in light of current developments of international arbitration.

Keywords

Due Process Rights, International Arbitration, Virtual Hearings, The Power of Arbitrators, Impartiality and Independence of Arbitrators.

Öz

Tahkim yargılamasında hakem heyetinin yetkilerinin sınırlarının belirlenmesine ilişkin tartışmalar güncelliğini korumaktadır. Bu bağlamda hakem heyetinin bir tarafın talebinin hilafına online duruşma yapması durumunda ilgili tarafın adil yargılanma hakkının ihlal edilip edilmediğine ilişkin belirsizlik söz konusudur. Özellikle Covid-19 küresel salgını ile birlikte tahkim yargılamasında online duruşmaların etkin kullanılmasıyla bu sorunun daha da belirginleştiği görülmektedir. Bu makalede, Avusturya Yüksek Mahkemesi'nin küresel salgın sırasında yapılan tahkim yargılamasında adil yargılanma hakkına ilişkin vermiş olduğu özgün karar değerlendirilerek, tahkim yargılamasında adil yargılanma hakkının kapsamı bağlamında hakem heyetinin online duruşma belirleme konusundaki yetkilerinin sınırları incelenmekte ve uluslararası ticari tahkimdeki güncel gelişmeler esas alınarak bu belirsizliği gidermek için çözüm önerilerinde bulunmaktadır.

Anahtar Kelimeler

Adil Yargılanma Hakkı, Uluslararası Ticari Tahkim, Online Duruşma, Hakem Heyetinin Yetkileri, Hakemin Tarafsızlığı ve Bağımsızlığı.

^(*) Araştırma Makalesi / [Makale Geliş Tarihi](#): 19.06.2022 - [Makale Kabul Tarihi](#): 06.07.2022

^(**) Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı, Ankara - Türkiye
[E-posta](mailto:erman.eroglu@asbu.edu.tr): erman.eroglu@asbu.edu.tr
[Orcid No](https://orcid.org/0000-0002-1371-3240): <https://orcid.org/0000-0002-1371-3240>

INTRODUCTION

In a society ruled by law, no one should be deprived of her life, liberty or property without due process rights, which is a chance to be heard and to introduce a case as stated in rules set forth by authorities. The concept of due process has been a controversial and a vital subject of procedural law.¹ Because once the award is rendered, a new marathon begins: procedural issues to set aside the award.² In particular, due process in arbitration is a critical subject because of its nature. Arbitration is a gift and a curse³ in terms of due process rights protection. In this framework, the Austrian Supreme Court (*Oberster Gerichtshof, OGH*), recently, held a case⁴ in context of due process in arbitration during the pandemic. The court evaluated the application regarding the violation of due process rights based on a virtual hearing in arbitration proceedings, and delivered a remarkable verdict. Before analysing the OGH's decision, for a better understanding, the underlying justification for the measurement of due process in arbitration and the limits of arbitrators' power are briefly examined in terms of the scope of due process rights and its dimensions. In order to properly understand the question at stake, certain fundamentals should be established from the outset.

This study focuses on due process in arbitration during the pandemic. The remainder of this paper is divided into three sections. The first section presents the concept and effectiveness of due process in arbitration. The second section considers the ground-breaking case of the Austrian Supreme Court's decision on due process during the pandemic. Finally, the third section provides concluding remarks and makes some proposals for future research.

¹ JDM Lew, 'Achieving the Dream: Autonomous Arbitration' (2006) 22 *Arbitration International* 179, 179.

² Gisela Knuts, 'Jura Novit Curia and the Right to be Heard - An Analysis of Recent Case Law' (2012) 28 *Arbitration International* 669, 669; Peter M Hoffman and Lindsee Gendron, 'Judicial Review of Arbitration Awards after Cable Connection: Towards a Due Process Model' (2010) 17 *UCLA Entertainment Law Review* 1-2.

³ Jan Paulsson, *The Idea of Arbitration* (Oxford University Press 2013) 2-7; Charalambos Pamboukis, 'On Arbitrability: The Arbitrator as a Problem Solver' in Loukas A Mistelis and Stavros L Brekoulakis (eds), *Arbitrability: International and Comparative Perspectives* (Kluwer Law International 2009) 123; Emmanuel Gaillard and John Savage, *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration* (Kluwer Law International 1999) 2-21. W Michael Reisman, *Systems of Control in International Adjudication and Arbitration Breakdown and Repair* (Duke University Press Books 1992) 7.; Thomas E Carbonneau, *Cases and Materials on Arbitration Law and Practice* (5th edn, Wolters Kluwer 2009) 11; Ziya Akıncı, *Milletlerarası Tahkim* (4th edn, Vedat 2016) 3.

⁴ OGH Docket No. 18 ONc 3/20s (2021).

I. DUE PROCESS AS A PRINCIPAL OF LAW IN ARBITRATION

A. DUE PROCESS

Due process is a set of criteria that protects people having relations with the State and authorities.⁵ To more specify, due process is such a shield which protects parties against unfairness; therefore, due process rights are protected under constitutions. It is commonly known that it is related to criminal matters; but actually, it is an inseparable part of civil matters. Within civil matters, arbitration in commercial matters must meet the certain requirements of due process rights; *ergo*, it would likely to be considered due process as a principal of law.⁶ Arbitration being an alternative dispute resolution method to court trials is not contrary to *lex proceduralia*,⁷ which covers due process requirements even if arbitration agreement draws the line of accessing to courts. Whilst arbitration is a private dispute resolution method, in which parties are not required to be protected against States, parties' due process rights in arbitration are protected.⁸ The main reason why due process rights are protected in arbitration lies in finality and binding features of arbitration.⁹ In this context, even though arbitration agreement depends on parties' autonomy stemming from the concept of freedom of contract, the result of arbitration, i.e. arbitral award, is directly related to states' powers.¹⁰ Therefore, in arbitration procedure, arbitral tribunal must consider due process rights in accordance with due process standards in courts.¹¹

The key conditions of fair trial and arbitrators' autonomy are equal treatment of parties and providing the opportunity to present parties' cases.¹² The arbitrators must ensure that each party has a sufficient opportunity to present its case.¹³ The Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards of 1958 (New York Convention)¹⁴ sets three essential standards for international arbitration: (1) the arbitration must be in conformity with the arbitration agreement;

⁵ Müge Vatanserver Öztürk, *Adil Yargılama İlkesi* (Seçkin Yayıncılık 2022) 23; Sezin Aktepe Artık, *Medeni Usul Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı* (Seçkin Yayıncılık 2014) 37-40.

⁶ Gary B Born, *International Commercial Arbitration* (Kluwer Law International 2014) 2144.

⁷ Matti Kurkela and Santtu Turunen, *Due Process in International Commercial Arbitration* (Oxford University Press 2010) 201.

⁸ *ibid* 1.

⁹ Lucy Reed, 'Ab (Use) of Due Process: Sword vs Shield' (2017) 33 *Arbitration International* 361, 365.

¹⁰ Charles H Oldfather, 'Compulsory Arbitration and Due Process' (1953) 1 *Kansas Law Review* 281-283.

¹¹ Kurkela and Turunen (n 6) 2.

¹² Lew (n 1) 179-180.

¹³ Pamboukis (n 3) 123.

¹⁴ The Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, available at <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/new-york-convention-e.pdf>.

(2) fair and equal treatment, i.e. international due process, must be applied to all parties; and (3) the international public policy must be respected in the arbitral award.¹⁵ With reference to the enforceability of arbitral awards in light of the New York Convention, arbitral tribunal must meet the stated international quality standards, which concerns procedural rules.¹⁶ That is to say, it is commonly accepted that due process rights are opportunity to be heard, procedural fairness, access to justice, and equal treatment.¹⁷ In universal legal sphere, there are standards of measurement in terms of due process. According to Article 18 of UNCITRAL Model Law,¹⁸ ‘the parties shall be treated with equality and each party shall be given a full opportunity of presenting his case.’ Also, according to ICC Article 22(4),¹⁹ ‘...in all cases, the arbitral tribunal shall act fairly and impartially and ensure that each party has a reasonable opportunity to present its case.’ British perspective on due process is the same as others. According to English Arbitration Act:²⁰

The tribunal shall (a) act fairly and impartially as between the parties, giving each party a reasonable opportunity of putting his case and dealing with that of his opponent, and (b) adopt procedures suitable to the circumstances of the particular case, avoiding unnecessary delay or expense, so as to provide a fair means for the resolution of the matters falling to be determined.

Even if universal codes specify the higher standards of due process requirements, arbitral tribunal would prefer to apply the lower standard of due process than those exercised by judges in litigation because of the parties’ discretion on waiver principles and the party autonomy.²¹ In this regard, due process can be divided into four elements or principles in arbitration, (i) a party shall be notified of the case against it; (ii) in this way the party has a chance to introduce its claims and respond to the claims put against it; (iii) before an unbiased and neutral tribunal; (iv) that behaves all parties with equality.

¹⁵ Lew (n 1) 179-181.

¹⁶ Kurkela and Turunen (n 6) 15.

¹⁷ Gabrielle Kaufmann-Kohler, ‘Globalization of Arbitral Procedure’ (2003) 36 Vanderbilt Journal of Transnational Law 1313, 1313.

¹⁸ UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration, available at https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/19-09955_e_ebook.pdf.

¹⁹ International Chamber of Commerce, Arbitration Rules, available at <https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2020/12/icc-2021-arbitration-rules-2014-mediation-rules-english-version.pdf>.

²⁰ English Arbitration Act of 1996, available at <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1996/23/contents>.

²¹ Julia Hörnle, *Cross-Border Internet Dispute Resolution* (Cambridge University Press 2009) 100-121; Bernardo M Cremades, ‘The Arbitral Award’ in LW Newman and Richard D Hill (eds), *The Leading Arbitrators’ Guide to International Arbitration* (JurisNet 2008) 813.

B. A MUST FOR DUE PROCESS: FAIR ARBITRATION

Natural justice, a time-honored law doctrine which is implemented in all judicial proceedings and having an impact on individuals' rights,²² incorporates two foundational motto ensuring equal treatment: (i) *audi alteram partem* (fair hearing) and (ii) *nemo iudex in sua causa* (independence and impartiality of the adjudicator).²³ Fair trial, an international principle that everyone must comply with during trial, is essential in arbitration.²⁴ According to Carbonneau,²⁵ the fairness question in arbitration arises from the circumstances and content of the arbitration agreement, and the operation and conduct of arbitral proceedings. Within this context, due process requirement is divided into two. The first one is the jurisdiction of the tribunal, arbitration agreement and the guarantee of sufficient access to justice.²⁶ The second is the procedural requirement, i.e. fair arbitration. Put it another way, these are fairness of the procedure itself, equality of arms, reasonable opportunity to present one's case and the principle and the rule of *audiatur altera pars* (let the other side be heard as well).²⁷ As Park states 'due process and efficiency, of course, do not always marry well in practice.'²⁸ This means that not only access to arbitration is enough, but the procedure should also be fair in order to have an enforceable award. Fair arbitration means that parties must be able to functionally participate in the proceedings.²⁹ Arbitrators' discretion regarding due process rights must always be exercised in the shadow of fairness.³⁰ And arbitral awards may be challenged for serious irregularities and set aside if those irregularities results in substantial injustice.³¹ What is meant by justice here is that the parties can access the judgment in an equal way.³² That is to say, equality of arms, reasonable opportunity to present one's case, the principle and rule of *audi alteram partem* are indispensable. Considering a fair proceeding, the arbitrators

²² Paulo Ferreira da Cunha, *Rethinking Natural Law* (Springer 2013); Hörnle (n 20) 97.

²³ Hörnle (n 21) 97.

²⁴ Paulsson (n 3) 2-7; Pamboukis (n 3) 1.

²⁵ Thomas E Carbonneau, 'Defining Arbitral Due Process' (2001) 3 *Journal of Alternative Dispute Resolution* 14, 14.

²⁶ Kurkela and Turunen (n 6) 1-2.

²⁷ Klaus Peter Berger and J Ole Jensen, 'Due Process Paranoia and the Procedural Judgment Rule: A Safe Harbour for Procedural Management Decisions by International Arbitrators' (2016) 32 *Arbitration International* 415, 421.

²⁸ William W Park, 'Two Face of Progress: Fairness and Flexibility in Arbitral Procedure' (2013) 23 *Arbitration International* 499, 499.

²⁹ Kurkela and Turunen (n 6) 3-4.

³⁰ Reed (n 8) 367.

³¹ Park (n 28) 500.

³² Carbonneau (n 25) 14-15.

must be impartial and independent, which are condition *sina qua non* (without which it could not be).³³

1. Impartiality and Independence of Arbitrators as Due Process Requirements

In arbitration, arbitrators' Sword of Damocles³⁴ is that the possibility of rendered award can be set aside or rejected enforcement for the violation of due process rights by state courts.³⁵ Arbitrators are very diligent to consider the requests regarding situations where due process rights might be an issue.³⁶ While conducting arbitral process, arbitral tribunal exercises its power when a due process issue arises.³⁷ While exercising their power in arbitral proceeding, arbitral tribunal finds itself in a 'grey zone' in which parties' true rationale is not effortlessly understandable and the 'right and just' decision is not straightaway obvious.³⁸ Due process is one of the grey zones for arbitral tribunal while exercising their power. In five circumstances where these grey zones regarding due process arise when one of the parties: (1) applies for the extension of a deadline, (2) submits of an unrequested but unavoidable document, (3) presents a document after a drop-dead date, (4) introduces any last-minute new claim, and (5) requests to reschedule the hearing in last minute. While arbitrators exercise their power on these grey zones, the essential inquiry regarding the arbitral tribunal is as to its impartiality.

Arbitrators' impartiality, a significant factor among due process requirements, at every step along the way, plays a vital role to have an enforceable award.³⁹ The impartiality of an arbitrator means both their unbiasedness towards the parties and the lack of prejudice in their approach to the subject-matter of arbitration.⁴⁰ As can be understood from its definition, the impartiality of arbit-

³³ Gary Born, *International Arbitration: Cases & Materials* (Aspen 2010) 1179.

³⁴ Mayer Henry, 'The Developing Law Arbitration and the Judicial Sword of Damocles' (1953) 4 Labor Law Journal 723-724.

³⁵ Berger and Jensen (n 27) 417. Also, this fear is stated in Queen Mary's Survey in 2015 as 'Due process paranoia describes a reluctance by tribunals to act decisively in certain situations for fear of the arbitral award being challenged on the basis of a party not having had the chance to present its case fully.' See Queen Mary University of London, 2015 International Arbitration Survey: Improvements and Innovations in International Arbitration, available at https://arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/2015_International_Arbitration_Survey.pdf (accessed 10 April 2022).

³⁶ Elizabeth A Murphy, 'Standards of Arbitrators Impartiality: How Impartial Must They Be? - Lifecare International, Inc. v. CD Medical, Inc.' [1996] Journal of Dispute Resolution 463, 476; Loretta Malintoppi, 'Remarks on Arbitrators' Independence, Impartiality and Duty to Disclose in Investment Arbitration' (2008) 7 The Law and Practice of International Courts and Tribunals 351, 356.

³⁷ Hoffman and Gendron (n 3) 3-4.

³⁸ Reed (n 8) 361.

³⁹ Erman Eroğlu, 'Enforcement in Turkey of Foreign Arbitral Awards: The Challenge of Business Location' (2022) 1 Law and Justice Review 134.

⁴⁰ Margaret L Moses, *The Principles and Practice of International Commercial Arbitration* (Cambridge University Press 2008); Didem Kayali, 'Milletlerarası Ticari Tahkimde Hakemlerin Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı' (Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi 2015) 22 <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tez-Detay.jsp?id=gmrFkXwjwVWUd3VpYSXXkQ&no=DO_YZcZvjYFxFXQI8rJ0mEg> accessed 5 May 2022.

rator is strictly not based on objective standards. The impartiality of arbitrator somewhat like walking on slippery ground, because unlike the independence of the arbitrators, it is not defined by objective standards.⁴¹ Thus, forming a standard based on objective evaluation of the impartiality of arbitrators is a necessity for fairer proceeding.⁴² In order for such a concept to create, first of all, the definition of arbitrator impartiality needs to be revised and placed on a solid ground. There are some opinions as to what these impartiality standards must be. According to Hascher,⁴³ arbitral tribunal performs an adjudicatory role; thus, arbitrators cannot act as the representative of parties. Even though the arbitrator is appointed by any of parties, he cannot act partially after being selected. In fact, the appointed arbitrator must break of his ties with all parties. In a sense, according to Rau,⁴⁴ since the arbitrator is a “special judge”, they must be as impartial as a judge or jury. After an arbitrator is appointed, he must act as impartially as a juror. The impartiality that is expected from an arbitrator is at a level similar to the way a juror would act and how much connection a juror would have with the parties. According to Cole,⁴⁵ arbitrators must decide in an impartial manner. Nonetheless, the party-appointed arbitrator must be aware of his legal position of the party which selected him and should convey the legal arguments to the other arbitrators. According to Rogers,⁴⁶ arbitrators’ ethical duties are very particular due to their role. Even though this role looks quietly similar to the one of judges’, it is different in a variety of aspects. In this context, it is definitely for the best to base the impartiality term on objective standard based on equality of arms and reasonable opportunity to present one’s case.

2. Equality of Arms and Reasonable Opportunity to Present One’s Case

That the parties should be treated equally during the trial is a universal rule of law. In the provisions of the UNCITRAL Model Law, better-known as ‘Magna Carta of arbitral procedure’, explicitly states ‘the parties shall be treated with equality and each party shall be given a full opportunity of presenting his case.’ The requirement of equality and full participation is the most basic rule of the due process and is directly related to the public order. The European Court of Human Rights has concluded that the right to access of courts and a public trial

⁴¹ Catherine A Rogers, *Ethics in International Arbitration* (Oxford University Press 2014) 91.

⁴² Dominique Hascher, ‘Independence and Impartiality of Arbitrators: 3 Issues’ (2012) 27 *American University International Law Review* 789, 789.

⁴³ *ibid.*

⁴⁴ Alan S Rau, ‘Integrity in Private Judging’ (1997) 38 *Texas Law Review* 485, 529.

⁴⁵ Tony Cole, ‘Authority and Contemporary International Arbitration’ (2010) 70 *Los Angeles Law Review* 801, 854.

⁴⁶ Rogers (n 41); Catherine A Rogers, ‘The Ethics of International Arbitrators’ in Lawrence W Newman and Richard D Hill (eds), *The Leading Arbitrators’ Guide to International Arbitration* (JurisNet 2008) 11.

can be relinquished in favor of arbitration through an agreement.⁴⁷ Notwithstanding, the European Convention on Human Rights (ECHR)⁴⁸ is not out of game in terms of arbitration. As arbitration is an alternative dispute resolution method of litigation,⁴⁹ essential procedural standards need to be protected for loss of access to court. As stated in Article 6(1) of the ECHR:

In the determination of his civil rights and obligations or of any criminal charge against him, everyone is entitled to a fair and public hearing within a reasonable time by an independent and impartial tribunal established by law. Judgment shall be pronounced publicly but the press and public may be excluded from all or part of the trial in the interests of morals, public order or national security in a democratic society, where the interests of juveniles or the protection of the private life of the parties so require, or to the extent strictly necessary in the opinion of the court in special circumstances where publicity would prejudice the interests of justice.

According to Hörnle,⁵⁰ the ECHR Article 6(1) is applicable in arbitration. Because a binding arbitration agreement prevents any party from seeking resolution of the dispute through the conventional, ‘competent’ courts established by law, arbitration has the potential to conflict with the right to a fair hearing in a court of law. This is because arbitration agreements are enforceable (in the sense that the courts impose a stay of legal procedures), and the final award is also enforceable. As a result, an arbitration agreement could theoretically deprive a person of their right to a fair trial in court, and hence of their right to compensation under Article 6(1) of the ECHR. The essential question here is whether the due process rights established in Article 6(1) apply to arbitration because of its binding nature and finality. Because the ECHR’s human rights standards are primarily applicable to state actors, it’s unclear if they can also be applied in private relationships. Surprisingly, there is no consensus on this complicated subject. Essentially, three theories can be distinguished. The first theory contends that Article 6(1)’s provision of a fair trial applies directly to arbitration, the second that it does so indirectly, and the third that it does not apply at all.

⁴⁷ Hörnle (n 21) 100; Kurkela and Turunen (n 6) 2.

⁴⁸ European Convention on Human Rights, available at https://www.echr.coe.int/documents/convention_eng.pdf (accessed 11 April 2022).

⁴⁹ There has been ongoing discussions in the literature regarding whether or not arbitration is a form of alternative dispute resolution. Some scholars claim that arbitration is not a form of ADR because of its nature. See Frank EA Sander, ‘Future of ADR - The Earl F. Nelson Memorial Lecture’ [2000] *Journal of Dispute Resolution* 3, 3; Süha Tanriver, ‘Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk’ [2006] *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 151, 171; Ergin Nomer, *Devletler Hususi Hukuku* (Beta 2017) 555.

⁵⁰ Hörnle (n 21).

The section has recognized the fundamental due process principles and evaluated the degree to which they utilize to arbitration and the way they are applied in the arbitral process. To that end, two definitive examples of due process, independence and impartiality of the arbitrators and the fair hearing principle, have been discussed. All in all, it is observed that standards of due process in arbitration is lower than those in litigation in terms of these two principles.⁵¹ For a better understanding of the situation, in the lights of this information, the Austrian Supreme Court's decision should be analysed.

II. THE OGH'S GROUND-BREAKING DECISION ON DUE PROCESS RIGHTS IN ARBITRAL PROCEEDINGS

A. FACTS IN THE CASE

Pursuant to the arbitration agreement that parties agreed upon, parties submitted their disputes arising from underlying contract to arbitral tribunal in 2017. After arbitral tribunal scrutinized the claims that parties alleged, the arbitral tribunal decided to come together with parties on March 2020 for one day evidentiary hearing. In January 2020, arbitral tribunal decided holding a hearing on 15 April 2020. By mid-March of 2020, parties discussed the advantages and drawbacks of holding conference call for remote arbitral proceedings. With the spread of the pandemic disease globally, when the possibility of travel restriction became a current issue, one of the parties (respondent) argued that the arbitral hearing should be held in person at a later date. On 8 April 2020, the arbitral tribunal decided that the hearing was going to be conducted on 15 April 2020. Also, the tribunal stated that the hearing was going to be held remotely instead of face-to-face because of the global pandemic. That is to say, the hearing was going to be conducted by way of video conference.

The place of arbitration is Vienna, Austria, and parties selected Vienna International Arbitration Centre (VIAC) for arbitral proceeding. The arbitral tribunal decided that the hearing was going to be held at 15:00 local time in Vienna. However, the respondent's counsel and one of witnesses reside in Los Angeles, California, the United States of America. The time difference between Vienna and Los Angeles is nine-hour. To put it in a different way, the hearing time in Los Angeles is 6:00 in the morning. The respondent complained about the early morning hours. In addition, while the respondent asserting his complaint, the appointed arbitrator by the claimant rolled his eyes. The respondent challenged the VIAC Board against the arbitral tribunal. However, VIAC refused. After then, pursuant to Austria Code of Civil Procedure Section 583(3), the respondent applied to the Austrian Supreme Court for the annulment of the arbitral award.⁵²

⁵¹ *ibid.*

⁵² OGH Docket No. 18 ONc 3/20s (n 4) 5-7.

B. CLAIMS ARISEN BY THE RESPONDENT

First, the respondent claimed that the arbitral tribunal did not give appropriate notice of hearing day; therefore, they could not properly prepare for the hearing on 15 April. The decision of arbitral tribunal regarding not to postpone the hearing date was given three-business-day before the virtual hearing.⁵³ Second, the respondent claimed that the decision regarding the time of hearing caused an unequal treatment of the parties. The respondent stated that the hearing started at 15:00 local time in Vienna (where the claimant resides) and at 6:00 local time in Los Angeles (where the respondent's counsel and one of witnesses reside).⁵⁴ Third, the respondent claimed that holding a virtual hearing caused the violation of arbitral tribunal's duty of fairness due to the lack of the tribunal's control to prevent the witness tampering.⁵⁵ Precisely, the respondent asserted that the tribunal could not know whether there would be another person in witnesses' room; or whether witnesses would communicate while being examined. The OGH scrutinized each ground asserted by the respondent taking applicable legal standard for the challenge of arbitrators into account.

C. THE OGH'S DECISION REGARDING GROUNDS RAISED BY THE RESPONDENT

1. Challenges of Arbitrators for Remote Hearings

The OGH stated that the arbitral awards must be set aside according to the provisions in the Austrian Civil Procedure Code (*Zivilprozessordnung*, ZPO).⁵⁶ Pursuant to Section 588(2) ZPO, arbitral awards can be set aside by the Austrian Supreme Court. The way the decision can be annulled within the context of the relevant article of the ZPO is the emergence of doubts about the impartiality and independence of the arbitrators. In the OGH's decision, the court stated that inappropriate conduct of proceedings and procedural errors by arbitrators did not constitute a ground for the annulment of the arbitration decision.⁵⁷ The court argued that a serious violation of fundamental procedural principle was required to annul the decision given as a result of the arbitration. However, according to Section 594(2) of ZPO and Arbitration Rules of Vienna International Arbitral Centre (Vienna Rules)⁵⁸ 28(1), as a result of the actions of the tribunal, one of the parties should be at a disadvantage against the other.

⁵³ *ibid* 6.

⁵⁴ *ibid* 7-8.

⁵⁵ *ibid* 13.

⁵⁶ The Austrian Code of Civil Procedure, Arbitration Section (*Zivilprozessordnung*, *Abschnitt über das Schiedsverfahren*) English version is available at https://www.ris.bka.gv.at/Dokumente/ErV/ERV_2006_1_7/ERV_2006_1_7.html (accessed 11 April 2022).

⁵⁷ OGH Docket No. 18 ONc 3/20s (n 4) 13.

⁵⁸ Rules of Arbitration and Mediation, Vienna International Arbitral Centre, English version is available at https://www.viac.eu/images/documents/vienna_rules/VIAC_schieds_mediationsordnung_2021_e_20211110.pdf (accessed 11 April 2022).

2. The OGH's Decision on Remote Hearings

The principle of treating parties equally is a principle that must be applied by the arbitrators at all stages of the proceedings. The court stated that pursuant to the first sentence of the ZPO Section 594(2), the parties must be treated fairly. This requirement is one of the most prominent procedural principles that must be considered during the whole arbitration process.⁵⁹ To a certain extent, it includes equal treatment of the parties and is part of procedural public policy. The reference to 'fairness' instead of 'equality' in Section 594(2) ZPO clarifies that the focus in the proceedings should not only be on 'formal equality'. Furthermore, fair treatment does not mean that both parties were actually equally involved in the proceedings.⁶⁰ It is crucial that a party has to be given a fair opportunity to participate in the proceedings. Pursuant to the Article 28(1) of Vienna Rules, the arbitral tribunal must conduct the proceedings in accordance with the Vienna Rules and the agreements of the parties, but otherwise at its own discretion. In accordance with Section 594 (2) of the ZPO, Article 28(1) of the Vienna Rules explicitly states that the parties are to be treated fairly and that they must be granted a fair hearing at every stage of the proceedings.⁶¹ The rendered award of the arbitral tribunal resulting from the proceedings conducted without complying with equal treatment principle are annulled by the courts.⁶² Thus, the arbitrators must ensure that the parties participate equally in the proceedings. Even though arbitral tribunal is bound by foundational principle of fair treatment of the parties, it must manage the proceedings in accordance with the authorized scope of its own discretion.

By citing the global pandemic as a reason, the arbitral tribunal rejected the respondent's request for face-to-face trial. The respondent stated that, this violated the principle of equal treatment. The OGH decided on whether the decision of the arbitral tribunal on the request for in-person trial violates the equal treatment principle under global pandemic measures. The Austrian Supreme Court ruled that the refusal decision of the arbitral tribunal on requested in-person trial by the respondent during the Covid-19 global pandemic did not violate the arbitrators' obligation to treat equally.⁶³ The court rejected the respondent's request that the appropriate time was not given, stating that there was no basis. That is to say, the OGH stated that the arbitral tribunal and the parties knew that the next hearing, 15 April, was decided on 15 January. The OGH stated that the parties could be well prepared between 15 January and 15 April.

⁵⁹ OGH Docket No. 18 ONc 3/20s (n 4) 10.

⁶⁰ *ibid* 11.

⁶¹ *ibid* 12.

⁶² *ibid*.

⁶³ *ibid* 13.

The Court stated that it was not appropriate for the respondent to claim that although he knew the date of the hearing for months, he was not prepared sufficiently, and also the starting time of arbitral hearing at 6 a.m. in the morning for the respondent was not against equal treatment principle because the arbitration proceedings are generally conducted out of classical business hours.⁶⁴ In the OGH's opinion, the required fair treatment by the arbitral tribunal was not affected by the starting time of the hearing. The reason behind why the requirement of fair treatment was not affected is that the time difference between Austria and United States of America meant that the entire hearing could not take place during 'classical office hours' for all parties involved, or parts of the hearing for either the participants in Austria or for the party in California.⁶⁵ In addition, the Austrian Supreme Court stated that the parties initially declared that they accepted the problems arising from the geographical difference while making the arbitration agreement. To put it in another way, through the agreement of the Vienna International Arbitration Centre, the parties accepted the disadvantages associated with the geographical distance, i.e. travel and time difference. Compared to the stresses and strains of traveling from Los Angeles to Vienna, the starting time of the hearing means much less interference in the normal daily routine of a person residing in the United States of America, especially since they can also participate in the hearing through the video conference from home, which also saves more time for work because of staying home instead of spending time on travel.⁶⁶

In the Court's opinion, the trial was conducted through video conference did not violate the fundamental principles of procedure. Both the arbitral tribunal and VIAC's Board decided that using of conferencing technology was not resulted in any procedural violation. Also, the respondent did not claim specific procedural violations, but rather complained about a general violation of the principles of fair proceedings and the right to be heard because of the video conference.⁶⁷ In fact, no such thing can be deduced from its general explanations.⁶⁸ The use of video conference technology is widespread and well-known in court proceedings for hearings and taking evidence. This widespread use of video conferencing technology as a recognized standard of procedural management also has an impact on arbitration proceedings.⁶⁹ Hearings and taking of evidence by way of a video conference is considered permissible in any case with the consent of the parties.⁷⁰ During the

⁶⁴ *ibid* 13.

⁶⁵ *ibid* 11-12.

⁶⁶ *ibid* 12.

⁶⁷ *ibid* 15.

⁶⁸ *ibid*.

⁶⁹ *ibid* 16.

⁷⁰ *ibid* 15.

course of the COVID-19 pandemic, video conferences are founded as a means of resuming the procedural operation that is largely come to a standstill.⁷¹ A video conference hearing due to the pandemic is also advocated for the arbitration. The use of video conferencing technology, which is widespread in judicial proceedings and recognized worldwide, does not constitute a violation of Article 6 of the ECHR even if one of the parties does not agree to such process.⁷² It must be kept in mind that Article 6 of the ECHR includes not only the right to be heard, but also the right to justice, which in turn is closely linked to the right to effective legal protection.⁷³ In proceedings on civil rights, it is therefore not only necessary to ensure that the parties are heard. Conducting proceedings through video conferencing can save costs and time and thus promotes legal enforcement while at the same time ensuring the right to be heard.⁷⁴ Specifically, when the goal of delivering justice in time is threatened by the pandemic, video conferencing technology gives opportunity to provide the necessities of the rule of law and the right to be heard. In any case, conducting a hearing by way of a video conference does not constitute a serious procedural violation which may give rise to bias or a violation of the principles of fair proceedings.⁷⁵ The use of video conferencing technology cannot solely therefore provide the ground for annulment either. The Court stated that if both sides agree, a trial can be made through video conference. However, the Court indicated that the situation was different in this case. The Court rested Article 6 of the ECHR. This article provides effective justice. Within this context, in the middle of the global pandemic, the videoconference method provides effective justice and to be heard. According to the Austrian Supreme Court, requesting to be adjudicated in person would be contrary to effective justice and the justice could not be done for an unpredictable period. That is to say, it acknowledges that there may be videoconference for effective justice in terms of the ECHR.⁷⁶

In the OGH's opinion, the respondent could not be surprised by the implementation of the hearing because parties were informed about the hearing date for months as the VIAC also stated in its decision as to the rejection of the respondent's application. They, therefore, had enough time to prepare.⁷⁷ A party representative must always consider that the hearing might take place regardless of his request.

⁷¹ *ibid.*

⁷² *ibid* 16.

⁷³ *ibid.*

⁷⁴ *ibid* 16-17.

⁷⁵ *ibid* 16.

⁷⁶ *ibid.*

⁷⁷ *ibid* 13.

3. The OGH's Decision on the Fear of Witness Tampering

The fundamental harmlessness of the use of video technology, contrary to the view of the respondent, cannot cause any disadvantages associated with the possible misuse of witness evidence. Such abuse, i.e. tampering witnesses, could not be completely eliminated even in the case of a face-to-face hearing. On the other hand, the arguments of the respondent reveal that the hearing of witnesses by means of a video conference certainly offers the arbitral tribunal and the parties to control options against abuse.⁷⁸ These sometimes go beyond those of a conventional hearing because all those involved have the technical possibility of observing the interrogated person from the front and close and also to record their interrogation.⁷⁹ To put it more explicitly, if there is a risk that someone who is interrogated receives text messages on their screen, he can stop to look directly at the camera.⁸⁰ Also, in any case where there is a suspicion of being influenced by a third party, parties could ask the witness to 'swing out' the room with the camera.⁸¹

To conclude, the Court held that the respondent's claim regarding the probable misuse of remote communication technology in examining witnesses could not cause any unsuitable situation.⁸² Also, the intimidation of witness tampering exists in face-to-face hearings. Remote hearings have positive features, which are not possible in a conventional hearing, such as recording of the possible evidence, observing witnesses to be examined by all participants.⁸³

CONCLUDING REMARKS

The arbitral tribunal paved the way for them to use their powers even more independently within the scope of the power of arbitrators. Under common circumstances, once any party objects to remote arbitral hearings, it must be conducted personally. Nonetheless, considering the pandemic conditions, in the case decided by the OGH, the arbitral tribunal decided that the hearing should be remote even though there was an objection by one party. In deciding remote hearings, the arbitral tribunal rested on the power of arbitrators. Neither the VIAC nor OGH gave a positive reaction to the respondent's objection that the decision regarding the remote hearing was not within the power of the arbitral tribunal. This ultimately means the extension of arbitrators' power. The Austrian Supreme

⁷⁸ *ibid* 17.

⁷⁹ *ibid*.

⁸⁰ *ibid*.

⁸¹ *ibid* 18.

⁸² *ibid*.

⁸³ *ibid*.

Court rested on the Article 6 of the ECHR while making decision on whether there is a violation of the right to equal treatment. In its decision, the OGH, taking the pandemic conditions into account, considered effective access to justice as the right to be heard. The Court ruled that remote hearings provide access to justice in case of a pandemic that is not clear when it disappears in the near future.

On conclusion, the Austrian Supreme Court made a precedent decision by not intervening the power of the arbitral tribunal, which is a landmark case for international arbitration proceedings since the core due process rights are not violated even if the hearing is conducted through video conference. Holding a remote hearing does not cause witness tampering by itself. There must be concrete effects affects shown by parties; otherwise, there is no distinction between remote hearings and conventional hearings. Merely the time difference does not affect the fairness of arbitral proceedings while conducting remote hearings since the unfairness must be presented in a concrete way other than blanket claims of practical concerns. With the Austrian Supreme Court's decision, courts will help to eliminate the negative perception against remote hearings.

BIBLIOGRAPHY

- Akıncı Z, *Milletlerarası Tahkim* (4th edn, Vedat 2016).
- Aktepe Artık S, *Medeni Usul Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı* (Seçkin Yayıncılık 2014).
- Berger KP and Jensen JO, 'Due Process Paranoia and the Procedural Judgment Rule: A Safe Harbour for Procedural Management Decisions by International Arbitrators' (2016) 32 *Arbitration International* 415-435.
- Born G, *International Arbitration: Cases & Materials* (Aspen 2010).
- Born GB, *International Commercial Arbitration* (Kluwer Law International 2014).
- Carbonneau TE, 'Defining Arbitral Due Process' (2001) 3 *Journal of Alternative Dispute Resolution* 14-18.
- Carbonneau TE, *Cases and Materials on Arbitration Law and Practice* (5th edn, Wolters Kluwer 2009).
- Cole T, 'Authority and Contemporary International Arbitration' (2010) 70 *Los Angeles Law Review* 801-855.
- Cremades BM, 'The Arbitral Award' in LW Newman and Richard D Hill (eds), *The Leading Arbitrators' Guide to International Arbitration* (JurisNet 2008).
- English Arbitration Act of 1996, available at <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1996/23/contents>.
- Eroğlu E, 'Enforcement in Turkey of Foreign Arbitral Awards: The Challenge of Business Location' (2022) 1 *Law and Justice Review* 133-149.
- European Convention on Human Rights, available at https://www.echr.coe.int/documents/convention_eng.pdf.
- Ferreira da Cunha P, *Rethinking Natural Law* (Springer 2013).
- Gaillard E and Savage J, *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration* (Kluwer Law International 1999).
- Hascher D, 'Independence and Impartiality of Arbitrators: 3 Issues' (2012) 27 *American University International Law Review* 789-806.
- Henry M, 'The Developing Law Arbitration and the Judicial Sword of Damocles' (1953) 4 *Labor Law Journal* 632-636.
- Hoffman PM and Gendron L, 'Judicial Review of Arbitration Awards after Cable Connection: Towards a Due Process Model' (2010) 17 *UCLA Entertainment Law Review* 1-38.
- Hörnle J, *Cross-Border Internet Dispute Resolution* (Cambridge University Press 2009).
- International Chamber of Commerce, Arbitration Rules, available at <https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2020/12/icc-2021-arbitration-rules-2014-mediation-rules-english-version.pdf>.
- Kaufmann-Kohler G, 'Globalization of Arbitral Procedure' (2003) 36 *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 1313-1333.

- Kayalı D, 'Milletlerarası Ticari Tahkimde Hakemlerin Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı' (Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi 2015) available at https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezDetay.jsp?id=gmrXwjjwVWUd3VpYSXXkQ&no=D0_YZcZvjYFvXQI8rJ0mEg.
- Knuts G, 'Jura Novit Curia and the Right to be Heard - An Analysis of Recent Case Law' (2012) 28 *Arbitration International* 669-688.
- Kurkela M and Turunen S, *Due Process in International Commercial Arbitration* (Oxford University Press 2010).
- Lew JDM, 'Achieving the Dream: Autonomous Arbitration' (2006) 22 *Arbitration International* 179-203.
- Malintoppi L, 'Remarks on Arbitrators' Independence, Impartiality and Duty to Disclose in Investment Arbitration' (2008) 7 *The Law and Practice of International Courts and Tribunals* 351-356.
- Moses ML, *The Principles and Practice of International Commercial Arbitration* (Cambridge University Press 2008).
- Murphy EA, 'Standards of Arbitrators Impartiality: How Impartial Must They Be? - Lifecare International, Inc. v. CD Medical, Inc.' [1996] *Journal of Dispute Resolution* 463-476.
- Nomer E, *Devletler Hususi Hukuku* (Beta 2017).
- OGH Docket No. 18 ONc 3/20s (2021), available at https://www.ris.bka.gv.at/Dokumente/Justiz/JJT_20200723_OGH0002_018ONC00003_20S0000_000/JJT_20200723_OGH0002_018ONC00003_20S0000_000.pdf.
- Oldfather CH, 'Compulsory Arbitration and Due Process' (1953) 1 *Kansas Law Review* 281-296.
- Pamboukis C, 'On Arbitrability: The Arbitrator as a Problem Solver' in Loukas a Mistelis and Stavros L Brekoulakis (eds), *Arbitrability: International and Comparative Perspectives* (Kluwer Law International 2009).
- Park WW, 'Two Face of Progress: Fairness and Flexibility in Arbitral Procedure' (2013) 23 *Arbitration International* 499-505.
- Paulsson J, *The Idea of Arbitration* (Oxford University Press 2013).
- Queen Mary University of London, 2015 International Arbitration Survey: Improvements and Innovations in International Arbitration, available at https://arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/2015_International_Arbitration_Survey.pdf.
- Rau AS, 'Integrity in Private Judging' (1997) 38 *Texas Law Review* 485-521.
- Reed L, 'Ab (Use) of Due Process: Sword vs Shield' (2017) 33 *Arbitration International* 361-377.
- Reisman WM, *Systems of Control in International Adjudication and Arbitration Break-down and Repair* (Duke University Press Books 1992).
- Rogers CA, 'The Ethics of International Arbitrators' in Lawrence W Newman and Richard D Hill (eds), *The Leading Arbitrators' Guide to International Arbitration* (Juris-Net 2008).

- Rogers CA, *Ethics in International Arbitration* (Oxford University Press 2014).
- Rules of Arbitration and Mediation, Vienna International Arbitral Centre, English version is available at https://www.viac.eu/images/documents/vienna_rules/VIAC_schieds_mediationsordnung_2021_e_20211110.pdf.
- Şanlı C, *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları* (Beta 2019).
- Tanriver S, 'Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk' [2006] Türkiye Barolar Birliği Dergisi 151-179.
- Vatansever Öztürk M, *Adil Yargılama İlkesi* (Seçkin Yayıncılık 2022).
- The Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, available at <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/new-york-convention-e.pdf>.
- The Austrian Code of Civil Procedure, Arbitration Section (*Zivilprozessordnung, Abschnitt über das Schiedsverfahren*) English version is available at https://www.ris.bka.gv.at/Dokumente/Erv/ERV_2006_1_7/ERV_2006_1_7.html.
- UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration, available at https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/19-09955_e_ebook.pdf.



Mazbut Vakıfların Tüzel Kişilikleri, Malları ve Tasfiyesi^(*)

Legal Entity, Property and Liquidation of Fused Foundation

Arş. Gör. Merve ARSLAN^(**)

Öz

Mevzuatımızda vakıflar konusundaki düzenlemeler eski vakıf ve yeni vakıf sınıflandırması çerçevesinde yapılmıştır. Buna göre, 743 sayılı *Türk Kanun-ı Medenisi*'nden önceki vakıflar eski vakıf, bu kanundan sonra kurulan vakıflar yeni vakıf şeklinde ifade edilmiştir. Eski vakıflar da kendi içlerinde birçok sınıflandırmaya tabi tutulmuştur. Konumuz açısından önem arz eden sınıflandırma idareleri bakımından eski vakıflar sınıflandırmasıdır. İdareleri bakımından eski vakıflar, mazbut vakıflar, mülhak vakıflar, cemaat vakıfları ve esnaf vakıflarıdır. Mazbut vakıflar, Vakıflar Genel Müdürlüğü tüzel kişiliği altında yer alan, kendilerine ait tüzel kişilikleri bulunan ve müdürlükten ayrı mallara sahip olan eski vakıflardır. Mazbut vakıf malları mazbut akar vakıf malları ve mazbut hayrat vakıf malları olmak üzere ikiye ayrılır. Mazbut akar vakıf malları, bir mazbut vakfın malvarlığı değerleri içinde yer alan ve gelir getiren taşınmaz mallardır. Mazbut hayrat vakıf malları ise, bir mazbut vakfın malvarlığı değerleri içinde yer alan ve bir hayır işi için doğrudan kendisi veya getirdiği gelirleri kullanılan mallardır. Mazbut vakıfların mal edinebilmelerinin yanında, ticari işletme veya şirket kurmaları da mümkündür. Ancak kimi nedenlerle eski vakıflar tasfiye edilmektedir. Tasfiye, kimi hallerde taviz bedeli karşılığı olarak, kimi hallerde *Türk Kanun-ı Medenisi* uyarınca taviz bedeline tabi olmaksızın gerçekleştirilmektedir. Amaç ve işlevini kaybeden vakıfların tasfiyesi ve kendiliğinden tasfiye de söz konusu olabilmektedir.

Anahtar Kelimeler

Eski Vakıf, Mazbut Vakıf, Vakıflar Genel Müdürlüğü, Akar Vakıf Malı, Hayrat Vakıf Malı, Taviz Bedeli.

Abstract

Regulations on foundations in our legislation were made within the framework of the old foundation and new foundation classification. Accordingly, foundations before the *Turkish Civil Code* No. 743 were expressed as old foundations, and foundations established after the Code were expressed as new foundations. Old foundations have also been subjected to many classifications. The classification that is important for our subject is the classification of old foundations in terms of administrations. Old foundations in terms of their administration are fused foundations, annexed foundations, community

^(*) Araştırma Makalesi / [Makale Geliş Tarihi](#): 23.03.2022 - [Makale Kabul Tarihi](#): 05.07.2022

^(**) Tokat Gaziosmanpaşa Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı, Tokat - Türkiye
[E-posta](mailto:merve.arslan@gop.edu.tr): merve.arslan@gop.edu.tr
[Orcid No](https://orcid.org/0000-0002-9702-3422): <https://orcid.org/0000-0002-9702-3422>

foundations and artisan foundations. Fused foundations are old foundations that are under the legal personality of the General Directorate of Foundations, have their own legal personality and have separate properties from the directorate. Fused foundation goods are divided into two as fused wet foundation properties and fused charity foundation properties. Fused wet foundation properties are goods that are included in the assets of a fused foundation and generate income. Fused charity foundation properties are goods that are included in the assets of a fused foundation and are used directly for a charity. In addition to acquiring property, it is also possible for fused foundations to establish commercial enterprises or companies. However, for some reasons, old foundations are being liquidated. Liquidation is carried out in some cases against the concession price, in some cases without being subject to the concession price in accordance with the old *Turkish Civil Code*. There may also be liquidation of foundations that have lost their purpose and function or ipso facto liquidation.

Keywords

Old Foundation, Fused Foundation, General Directorate of Foundations, Fused Wet Foundation Properties, Fused Charity Foundation Properties, Concession Price.

GİRİŞ

Vakıflar mal toplulukları niteliğinde olup Roma Hukukunda mal topluluklarının vakıf şeklinde mevcudiyeti söz konusu değildi. Hal böyle olmakla birlikte, İmparatorluk döneminde hayır işlerine özgülenmiş malların kilise tarafından yönetilmesi mümkün hale gelmiştir. Ancak bu duruma rağmen, söz konusu malların oluşturduğu bir tüzel kişilik bulunmadığından vakıf kurumu oluşmamıştır. Bir başka ifadeyle, Roma Hukukunda kişi toplulukları, tüzel kişilik olarak bulunmaktayken; mal toplulukları niteliğindeki vakıflara tüzel kişilik tanınmamıştır. Hukukumuzda (Osmanlı Devleti Hukukunda) ise, Roma Hukukundan farklı olarak, kişi toplulukları tüzel kişiliğe sahip değilken, ilk ve tek tüzel kişilik tanınan topluluk vakıflardır. Hal böyle olmakla birlikte, Osmanlı Devleti zamanında, birçok vakıf türü bulunmaktadır. Ancak, söz konusu vakıfların bir kısmı günümüzde tasfiye edilmişken, bir kısmı varlığını sürdürmektedir. Osmanlı Devleti zamanında mevcut olup günümüze kadar varlığını sürdürmüş vakıflar, ‘eski vakıflar’ şeklinde ifade edilmektedir. Eski vakıfların birçok türü bulunmaktadır. Bunlar, hayri vakıflar, zürri (aile) vakıflar, sahih vakıflar, gayrisahih vakıflar, icare-i vahideli vakıflar, icareteynli (çift icarlı) vakıf, mukataalı vakıflar, mazbut vakıflar, mülhak vakıflar, cemaat vakıfları ve esnaf vakıflardır. Çalışmamızda adı geçen vakıf türleri hakkında kısa açıklamalar yapıldıktan sonra, mazbut vakıflara ilişkin açıklamalarda bulunmaktadır. Bilindiği üzere mazbut vakıf tanımı *Vakıflar Kanunu* m. 3’te yapılmakta ve bu vakıflara ilişkin düzenlemeler başta *Vakıflar Kanunu* olmak üzere *Türk Medeni Kanunu*’nun vakıflara ilişkin hükümlerinde (TMK m. 101-117) yer almaktadır. Çalışma kapsamında, mevzuat düzenlemeleri çerçevesinde, mazbut vakıf kavramı, mazbut vakıflarının tüzel kişilikleri konusundaki doktrin tartışmaları ve bu konuda vardığımız sonuçlar, mazbut vakıfların malları ve mazbut vakıflara ilişkin tasfiye halleri ele alınmaktadır.

I. MAZBUT VAKIF KAVRAMI

Vakıf kavramı, *TMK* m. 101/I’de “Vakıflar, gerçek veya tüzel kişilerin yeterli mal ve hakları belirli ve sürekli bir amaca özgülemeleriyle oluşan tüzel kişiliğe sahip mal topluluklarıdır” şeklinde tanımlanmıştır. Buna göre, bir vakfın varlığından bahsedebilmek için öncelikle gerçek veya tüzel bir kişinin bulunması, bu kişinin mal veya haklarını, vakfı oluşturacak tüzel kişinin bir amaç doğrultusunda kullanması maksadıyla, söz konusu tüzel kişiliğe bırakması gerekmektedir.¹ Vakfa ilişkin düzenlemeler *Türk Medeni Kanunu*² m. 101-117 arasında düzenlenmektedir. *Vakıflar Kanunu*³’muz³ mevcuttur. *Vakıflar Kanunu*’nun uygulama kapsamında, hangi vakıf ve kurumların yer alacağı, kanunun 2. maddesinde “mazbut, mülhak ve yeni vakıflar, cemaat ve esnaf vakıfları ile Vakıflar Genel Müdürlüğü” şeklinde belirtilmiştir. Ayrıca *Vakıflar Kanunu* m. 3’te de vakıf kavramının “Mazbut, mülhak, cemaat ve esnaf vakıfları ile yeni vakıfları”⁴ ifade ettiği kabul edilmiştir.

Osmanlı Devleti döneminin ardından Türkiye’de 17 Şubat 1926’da TBMM’de kabul edilen ve 4 Ekim 1926 tarihinde yürürlüğe konulan 743 sayılı *Türk Kanun-ı Medenisi*’nin getirilmesiyle ile 73. madde ve devamı hükümlerinde yeni bir vakıf hukuku düzenlenmiştir.⁵ Ancak, bu kanundan önce Osmanlı Devleti döneminde kurulan ve hala faaliyet gösteren vakıflar bakımından düzenlemelere ihtiyaç duyulmuştur. Dolayısıyla eski vakıf ve yeni vakıf sınıflandırması yapılmış: 743 sayılı *Türk Kanun-ı Medenisi*’nden önceki vakıflar eski vakıf, bu kanundan sonra kurulan vakıflar yeni vakıf şeklinde ifade edilmiştir.⁶

Yeni vakıf kavramı, *Vakıflar Kanunu* m. 3’te “Mülga 743 sayılı *Türk Kanun-ı Medenisi* ile 4721 sayılı *Türk Medenî Kanunu* hükümlerine göre kurulan vakıflar” şeklinde tanımlanmıştır. *TMK* m. 101/IV gereğince, “Cumhuriyetin Anayasa ile belirlenen niteliklerine ve Anayasanın temel ilkelerine, hukuka, ahlâka, millî birliğe ve millî menfaatlere aykırı veya belli bir ırk ya da cemaat mensuplarını

¹ **Safa Koçoğlu**, Türk Medeni Kanununa Göre Vakıfların Kuruluşu, İşleyişi ve Sona Ermesi, (İstanbul: Beta, 2022), s. 6: “Vakıflar üç unsurdan oluşmaktadır. Bunlar: 1- Yeterli mal ve hakkın özgülenmesi, 2- Amaç, 3- Tüzel kişiliktir.”; **Mustafa Dural ve Tufan Öğüz**, Türk Özel Hukuku Cilt II-Kişiler Hukuku, (İstanbul: Filiz, 2021), s. 340; **Tufan Öğüz**, Türk Hukukunda Vakıf Tüzel Kişiliğinin Hukuki Esasları, (İstanbul: Beşir Kitabevi, 2007), s. 2 vd.: Dural ve Öğüz ise vakfın unsurlarını; “1- Malvarlığı değerinin sürekli amaca özgülenmesi, 2- Örgütlenme unsuru, 3- Vakfın tüzel kişiliğinin hukuk düzenince tanınması” şeklinde sınıflandırmıştır.

² 4721 sayılı, 22/11/2001 kabul tarihli, 8/12/2001 tarih ve 24607 sayılı RG’de yayınlanmış kanun.

³ 5737 sayılı, 20/2/2008 kabul tarihli, 27/2/2008 tarih ve 26800 sayılı RG’de yayınlanmış kanun.

⁴ Yeni vakıf kavramının kullanımına ilişkin eleştiri için bkz. **Dural ve Öğüz**, s. 349, dn. 414.

⁵ **Meryem Solmaz Bilici**, Medeni Hukuk Çerçevesinde Bezmi-âlem Vakıfları Özelinde Mazbut Vakıflar, İbn Haldun Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2019, s. 16.

⁶ **Mehmet Ayan ve Nursen Ayan**, Kişiler Hukuku, (Ankara: Seçkin, 2016), s. 271.

desteklemek” amaçları ile vakıf kurulamaz. Kanunda özellikle düzenlenen aile vakıfları, çalıştırılanlara ve işçilere yardım vakıfları ve kamuya yararlı vakıflar⁷ dışında da birçok vakıf türü kurulabilmektedir.

Eski vakıflar bakımından hangi vakıf türlerinin mevcut olduğuna ilişkin farklı sınıflandırmalar yapılmaktadır.⁸ Buna göre, eski vakıflar amaçları bakımından, mülkiyetleri bakımından, kullanım şekilleri bakımından ve idareleri bakımından vakıflar olmak üzere sınıflandırılmaktadır.⁹ Amaçları bakımından vakıflar, fakir ve muhtaçlar için kurulan, hayır işleme amacı güden “hayri vakıflar”¹⁰ ve belirli kişiler (vakfedenin ailesi, soyu veya belirlediği kişiler) için kurulan “zürri (aile) vakıflar”¹¹ şeklinde ikiye ayrılmaktadır.¹² Mülkiyeti bakımından vakıflar, vakfedenin üzerinde mülkiyet hakkı sahibi olduğu bir taşınmazı çıplak mülkiyeti ve tasarruf hakkıyla beraber vakfetmesiyle meydana gelen vakıflar olarak tanımlanan “sahih vakıflar”¹³ ve vakfedilen taşınmaza ilişkin mülkiyet hakkının devlette olduğu, ancak kamu hizmeti için bir kimseye (genellikle hanedan mensubu kişiler, sadrazam vb.) tahsis edildiği taşınmazın özgülendiği vakıflar “gayrisahih vakıflar”¹⁴ olarak sınıflandırılmaktadır. Kullanım şekilleri bakımından vakıflar ise icare-i vahideli vakıf, icareteynli (çift icarlı) vakıf ve mukataalı vakıf olmak üzere üçe ayrılmaktadır.¹⁵ İcare-i vahideli vakıf, bir vakfa gelir sağlamak maksadıyla, vakfedilen taşınmazın belirli süreler için kiralanması suretiyle kurulan vakıflardır.¹⁶ İcareteynli vakıflar ise *Vakıflar Kanunu* m. 3’te “Değerine yakın peşin ücret ve ayrıca yıllık kira alınmak suretiyle süresiz olarak kiralanmış vakıf” şeklinde tanımlanmakta, çift kiralı vakıf anlamına gelmektedir.¹⁷ Mukataalı vakıflar ise

⁷ Bu vakıflar bakımından ayrıntılı bilgi için bkz. **Solmaz Bilici**, s. 17.

⁸ **Mehmet Akif Aydın**, *Türk Hukuk Tarihi*, (İstanbul: Beta Yayınları, 2019), s. 251.

⁹ **Hamdi Çilingir (Chamntı Tslılgır)**, *Hanefi Vakıf Hukukunda Gaye Unsuru*, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, İstanbul, 2014, s. 15; **Solmaz Bilici**, s. 20; **M. Serhat Yener ve Kazım Uslu**, *Mazbut ve Mühlak Vakıflarda Vakfiyeden Doğan Haklara İlişkin Davalar*, (Ankara: Statü Yayıncılık, 2013), s. 15.

¹⁰ **Çilingir**, s. 16; **Fikret Eren ve Veyssel Başpınar**, *Toprak Hukuku*, (Ankara: Savaş, 2017), s. 49.

¹¹ **Aydın**, s. 252.

¹² **Çilingir**, s. 15.

¹³ **Aydın**, s. 252; **Solmaz Bilici**, s. 21; **Ahmet İşeri**, *Vakıflar (Medenî Kanun’dan Önceki ve Sonraki Vakıf Nev’ileri ve Hukukî Mahiyetleri)*, AÜHFD, C. 21, S. 1, 1964, s. 203.

¹⁴ **Aydın**, s. 252; **Eraslan Özkaya**, *Eski Vakıf Hukuku*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2012), s. 151-152; **Ahmet Akgündüz**, *“İslam Hukukuna Göre Vakıf Mallarının Mülkiyet Meselesi”*, Bakanlarda Osmanlı Vakıfları ve Eserleri Uluslararası Sempozyumu, (Ankara: Vakıflar Genel Müdürlüğü Yayınları, 2012), s. 23; **Ömer Çınar**, *Taviz Bedeli ve İcareteynli Mukataalı Vakıfların Tasfiyesi*, *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 15, S. 1-2, 2011, s. 108; **Coşkun Üçok, Ahmet Mumcu ve Gülnihal Bozkurt**, *Türk Hukuk Tarihi*, (Ankara: Turhan Yayınevi, 2019), s. 141; **İşeri**, s. 205.

¹⁵ **Solmaz Bilici**, s. 23 vd.

¹⁶ **Aydın**, s. 253; **Solmaz Bilici**, s. 21.

¹⁷ **Eren ve Başpınar**, s. 47; **Polat**, s. 13; **Üçok, Mumcu ve Bozkurt**, s. 142.

yangın, sel gibi felaketlerle zarar gören vakıf mallarının eski durumuna getirilmesi amacına hizmet eden vakıflardır.¹⁸

Konumuz bakımından esas önem arz eden sınıflandırma ise idareleri bakımından eski vakıflardır. Bu vakıflar, mazbut vakıflar, mülhak vakıflar, cemaat vakıfları ve esnaf vakıfları olmak üzere dört kategoriye ayrılmaktadır.¹⁹ *Vakıflar Kanunu* m. 3'te mazbut vakıflar, "Bu Kanun uyarınca Genel Müdürlükçe yönetilecek ve temsil edilecek vakıflar ile mülga 743 sayılı *Türk Kanunu Medenisi*'nin yürürlük tarihinden önce kurulmuş ve 2762 sayılı *Vakıflar Kanunu* gereğince Vakıflar Genel Müdürlüğünce yönetilen vakıflar"; mülhak vakıflar "Mülga 743 sayılı *Türk Kanunu Medenisi*'nin yürürlük tarihinden önce kurulmuş ve yönetimi vakfedenlerin soyundan gelenlere şart edilmiş vakıflar"; cemaat vakıfları, "Vakfiyeleri olup olmadığına bakılmaksızın 2762 sayılı *Vakıflar Kanunu* gereğince tüzel kişilik kazanmış, mensupları Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olan Türkiye'deki gayrimüslim cemaatlere ait vakıflar" ve esnaf vakıfları, "2762 sayılı *Vakıflar Kanununun* yürürlüğünden önce kurulmuş ve esnafın seçtiği yönetim kurulu tarafından yönetilen vakıflar" şeklinde tanımlanmıştır.

Çalışmamızın konusunu oluşturan mazbut vakıflar, Osmanlı devleti döneminde de var olup, bu dönemde hanedan üyelerine ait olan ve Evkaf-ı Hümayun²⁰ tarafından yönetilen vakıflar ile idare edecek kimsesi bulunmaması sebebiyle el konulan vakıflardır.²¹ Ancak günümüzde mazbut vakıflar, kısaca Vakıflar Genel Müdürlüğü tüzel kişiliği tarafından yönetilen eski vakıfları ifade etmektedir.²² Zira bu durum *Vakıflar Kanunu* m. 6/I'de "Mazbut vakıflar, Genel Müdürlük tarafından yönetilir ve temsil edilir" denilmek suretiyle ifade edilmiştir. Mazbut vakıfların kendi içinde bir yöneticisi veya yönetim kurulu bulunmamakta, bulunması da mümkün olmamaktadır.²³ Öyle ki, *Vakıflar Kanunu* m. 7/II'de, intifa hakları saklı kalmak üzere (m. 7/III), mazbut vakıflara bir yönetici seçilemez ve atanamaz denilmiştir. Bu sebeple, mazbut vakıflarda hem yönetim hem olası bir uyuşmazlık hâlinde açılan davada temsil, Vakıflar Genel Müdürlüğü tarafından yerine getirilecektir.²⁴

¹⁸ Çınar, Taviz Bedeli, s. 109; Aydın, s. 256; Üçok, Mumcu ve Bozkurt, s. 141.

¹⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. M. Kemal Oğuzman, Özer Seliçi ve Saibe Oktay Özdemir, *Kişiler Hukuku: Gerçek ve Tüzel Kişiler*, (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2019), s. 406 vd; Solmaz Bilici, s. 25.

²⁰ Elif Genca, "Osmanlı Döneminde Vakıfların Denetimi", İÜHF C. 72, S. 1, 2014, s. 531: Evkaf-ı Hümayun, Osmanlı Devleti zamanında vakıfların denetiminden sorumlu nezaretir.

²¹ Solmaz Bilici, s. 42.

²² Ali Himmet Berki, *Vakıflar*, (İstanbul: Cihan Kitaphanesi, 1940), s. 25; Refik Korkusuz ve Ömer Ergün, "Hukuksal Boyutları ile Eski ve Yeni Vakıflar", *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 12, S. 16 - 19, Mayıs 2007, s. 88; Ayan ve Ayan, s. 272; Koçoğlu, s. 8.

²³ Solmaz Bilici, s. 49.

²⁴ Solmaz Bilici, s. 49.

II. MAZBUT VAKIFLARIN TÜZEL KİŞİLİĞİ

Vakıflar Kanunu m. 4 ile vakıfların özel hukuk tüzel kişiliğine sahip olduğunu düzenlenmiştir. Ancak mazbut vakıfların tüzel kişiliği tartışmalıdır. Burada mazbut vakıflar bir bütün olarak Vakıflar Genel Müdürlüğü tüzel kişiliğinin yönetimi altına alındığından (*Vakıflar Kanunu* m. 6), her bir mazbut vakfın kendi tüzel kişiliğinin bulunup bulunamayacağı esasına dayanan bir tartışma söz konusudur.²⁵ Bir görüşe göre, mazbut vakıfların kendi tüzel kişiliklerinin yoktur ve mazbut vakıfları kapsayan tek bir tüzel kişilik (Vakıflar Genel Müdürlüğü) mevcuttur.²⁶ Ancak belirtmek gerekir ki, her ne kadar tek bir tüzel kişilik mevcut olsa da her bir mazbut vakfın ayrı malvarlığına sahip olabileceği kabul edilmektedir.²⁷ Bir başka görüşe göre, *Vakıflar Kanunu* m. 4 hükmü mazbut vakıflar için de geçerli kabul edilmek suretiyle her bir mazbut vakfın kendi tüzel kişiliğinin bulunduğu kabul edilmelidir.²⁸ Zira, Yargıtay da kimi kararlarında bu yönde hüküm kurmuştur.²⁹

Mazbut vakıfların ayrı bir tüzel kişiliğinin bulunduğu kabulü hâlinde, bu tüzel kişiliğin kamu hukuku tüzel kişiliği mi özel hukuk tüzel kişiliği mi olduğu tartışması gündeme gelecektir. Bir görüşe göre, Vakıflar Genel Müdürlüğü mazbut vakıfları temsil ettiğinden, bu vakıfların kamu hukuku tüzel kişiliği olarak kabul edilmesi gerekir.³⁰ Bir diğer görüş ise, *Vakıflar Kanunu* m. 4'te açıkça vakıfların özel hukuk

²⁵ Solmaz Bilici, s. 52.

²⁶ Özkaya, s. 171; Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, s. 406; Kemal Çevik, "Mazbut Vakıfların Tüzel Kişiliği", Vakıf Haftası Dergisi, S. 7, 1990, s. 105; Ögüz, s. 8.

²⁷ Özkaya, s. 172-173; Yener ve Uslu, s. 19.

²⁸ Yener ve Uslu, s. 19; Ömer Çınar, "Mazbut ve Mülhak Vakıflarda Galle (Gelir) Üzerinde Vakıf Evlâtlarının ve Diğer İlgililerin Hak Sahipliği ve İntifa Hakkı Hayrından Fazla Olan Mülhak Vakıfların Aile Vakfına Dönüştürülmesi", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi. C. 22, S. 3, 2016, s. 830.

²⁹ Yargıtay 1. HD, E. 1979/2391, K. 1979/3508, T. 19.03.1979: "Vakif bir özel hukuk kuruluşudur. Vakfedilen şey özel maldır, yani devlet malı kamu malı değildir. Medeni Kanundan önceki vakıflar mazbut ve mülhak olmak üzere iki bölümde toplanmıştır. Mülhak vakıfların her biri ayrı tüzel kişiliğe, sahiptir. Mazbut vakıfların tümü bir tüzel kişilik oluşturmuş, bir şemsiye altında toplanmıştır. Tüzel kişilikleri olan mazbut ve mülhak vakıfları, Vakıflar Genel Müdürlüğü temsil eder. Vakıf mallar, Vakıflar Genel Müdürlüğü'nün, mülhak bütçeli olan bu idarenin, dolayısıyla devletin malı değildir" <https://www.kazanci.com.tr/> (Erişim Tarihi: 02.11.2021); Yargıtay 5. HD, E. 1988/751, K. 1988/20070, T. 11.11.1988: "Dava konusu taşınmaz malın mazbut vakif niteliğinde olduğu açıklanmıştır. Bu nevi vakıflar, müstakil hükmü şahsiyete haiz olup malları da Kamulaştırma Kanununun 30. maddesinde gösterilen kamu tüzel kişilerinin ve kurumlarının sahip olduğu taşınmaz mallardan değildir. Bu yön Yargıtay Büyük Genel Kurulu'nun 6.3.1978 günlü, 2/2 numaralı İçtihadı Birleştirme Kararında etraflıca açıklanmıştır" <https://www.kazanci.com.tr/> (Erişim Tarihi: 02.11.2021); Yargıtay 13. HD, E. 2011/2476, K. 2011/4802, T. 29.03.2011 "Ayrı hükmi şahsiyeti bulunan mazbut vakıfların, bağımsız bir hükmi şahsiyete sahip ve öz mal varlığı ayrı olan Vakıflar Genel Müdürlüğüne tab'an 3533 Sayılı Kanun Hükümlerine tabi olacağı kabul edilemez" <https://www.kazanci.com.tr/> (Erişim Tarihi: 02.11.2021).

³⁰ Hüseyin Hatemi, Medeni Hukuk Tüzel Kişileri, (İstanbul: Sulhi Garan Matbaası, 1979), s. 470; Nazif Öztürk, Menşei ve Tarihi Gelişimi Açısından Vakıflar, (Ankara: Vakıflar Genel Müdürlüğü Yayınları, 1983), s. 101: Yazar, mazbut vakıfların kendine özgü bir durumda bulunduğunu ve özel hukuk tüzel kişiliği olarak kabul edilemeyeceğini ifade etmiştir.

tüzel kişisi olarak düzenlendiğini ve bu hükmün mazbut vakıfları ayrı tutmayıp kapsamına aldığı kabul etmektedir.³¹ Bir diğer görüş ise, mazbut vakıfların, hem kamu hem özel hukuk tüzel kişiliğini içeren karma bir tüzel kişilik olduğu ifade etmektedir.³² Kanundaki açık düzenleme ve Vakıflar Genel Müdürlüğü'nün yönetim ve temsil yetkisi olduğu göz önünde bulundurulduğunda biz de bu görüşe katılmaktayız.

III. MAZBUT VAKIF MALLARI

A. GENEL OLARAK

Mazbut vakıf mallarına ilişkin mevzuatımızda bir tanım bulunmamaktadır. Ancak doktrinde mazbut vakıf malları, “Vakıflar Genel Müdürlüğü’nce idare ve temsil olunan, mazbut vakıflara ait taşınmaz mallar” şeklinde tanımlanmaktadır.³³ Tanımdan da anlaşılacağı üzere malların mülkiyeti mazbut vakıflara aittir.³⁴ Ancak uygulamada bu malların, Vakıflar Genel Müdürlüğü adına tescil edildiği görülmektedir.³⁵ Hal böyle olmakla birlikte, söz konusu malların yine de mazbut vakfa ait olduğu kabul edilmelidir. Zira, Tapu Kadastro Genel Müdürlüğü de bu bağlamda, Tapu Müdürlüklerine, Vakıflar Genel Müdürlüğü’nce çıkarılan genelgeler uyarınca, söz konusu taşınmazların talep hâlinde mazbut vakıf adına tescil edilmesi yönünde talimatlar göndermiştir.³⁶

³¹ **Öğüz**, s. 8: Yazara göre, “mazbut vakıflar, özel hukuk tüzel kişisi olmalarına rağmen, bir kamu hukuk tüzel kişisi olan Vakıflar Genel Müdürlüğü’nün yönetimi altındadır.”; **Ali Akyıldız**, Türk Hukukunda Vakıflar Üzerinde Devlet Denetimi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, İstanbul, 1997, s. 125; **Ömer Ergün**, Medeni Hukuk Tüzel Kişilerinin Ehliyet Durumu, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 2009, s. 91; **AYM**, E. 2013/70, K. 2013/166, T. 26.12.2013: “Mazbut vakıflar ise fiili ve hukuki sebeplerle Devletin el koyduğu, idaresi bir makama ya da vakfedenlerin fer’ilerinden başkalarına bırakıldığı, fiilen hayrî bir hizmeti kalmadığı için Vakıflar Genel Müdürlüğü’nün vesayeti altına alınan, özel hukuk hükümlerine tabi tüzel kişiler olduklarından, bu vakıfların yönetim ve temsil, hukuki statülerinin korunarak yaşatılmaları amacıyla Vakıflar Genel Müdürlüğü’ne bırakılmıştır. Kendine özgü bu vesayet ilişkisi, mazbut vakıfların hukuki statülerinde bir değişikliğe sebebiyet vermediği gibi, vakıf malvarlığının kamu malı hâline dönüşmesi sonucunu da doğurmamaktadır” <https://www.kazanci.com.tr/> (Erişim Tarihi: 02.11.2021).

³² **Mustafa Yılmaz**, Eski Vakıfların ve Taşınmazlarının Günümüzdeki Hukuki Rejimi, (Ankara: Bilge Yayınevi, 2013), s. 146.

³³ **M. Serhat Yener**, Eski-Yeni Vakıflar Kanununa Göre Mazbut Vakıf Taşınmazların Gayrimenkul Hukuku Meseleleri, (Ankara: Bilge Yayınevi, 2015), s. 39.

³⁴ **Yargıtay**, İBK, E. 1978/2, K. 1978/2, T. 06.03.1978: “2762 sayılı Kanunda, mazbut vakıfların Vakıflar Genel Müdürlüğü’nün malvarlığına dahili bulunduğuna ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. İdare bu malları temsilci olarak yönetir. Resmî bir kuruluşla malvarlığı yönünden bir uyumsuzluğa düşen “mülhak bütçeli” bir kuruluşun, uyumsuzluğun ilgili bulunduğu mal kendi öz varlığına dahil bulunmuyorsa, diğer bir deyimle “Devlet Malı” kuruluşun sadece mülhak bütçeli olması 3533 sayılı Kanunun uygulanması için bir neden olamaz. Ayrı hükmî şahsiyeti bulunan, mazbut vakıflar, müstakil bir hükmî şahsiyete sahip ve öz malvarlığı ayrı olan Vakıflar Genel Müdürlüğü’nün 3533 sayılı Kanun hükümlerine tabi olmasını gerektirmez” <https://www.kazanci.com.tr/> (Erişim Tarihi: 02.11.2021).

³⁵ **Yener**, s. 39; **Solmaz Bilici**, s. 59.

³⁶ **Yener**, s. 39.

Yukarıda bahsettiğimiz mazbut vakıfların kamu hukuk tüzel kişiliği mi özel hukuk tüzel kişiliği mi olduğu yönündeki tartışmalar, mazbut vakıf mallarının kamu malı mı özel mal mı olduğunun tespitinde de görüş ayrılıklarına yol açacaktır. Bir görüşe göre, mazbut vakıf malları, kamuya hizmet sunan alanlara (sağlık, eğitim vb.) ilişkin olduğundan ve bu vakıfların Vakıflar Genel Müdürlüğü tarafından yönetildiği ve temsil edildiğinden, kamu malı niteliğinde kabul edilmelidir.³⁷ Bir diğer görüşe göre, mazbut vakıfların *Vakıflar Kanunu* m. 6'da açıkça özel hukuk tüzel kişiliği olarak belirtilmesi sebebiyle, mazbut vakıf malları kamu malı niteliğinde değildir.³⁸ Bizim de katıldığımız diğer bir görüşe göre, mazbut vakıf malları kamu malı niteliği taşımaz, ancak kamu malı imtiyazlarından faydalanması sebebiyle karma nitelikte mallardır.³⁹ Bu imtiyazlara örnek olarak, Gelir Vergisi Kanunu m. 94/I/V-b'de yer alan "Vakıflar (mazbut vakıflar hariç) ve derneklere ait gayrimenkullerin kiralanması karşılığında bunlara yapılan kira ödemelerinden...%25 vergi tevkifatı yapılır" düzenlemesi ile mazbut vakıfların taşınmaz kiralanması karşılığında elde edilen kira ödemelerinde yapılması gereken gelir vergisi tevkifatından muaf tutulmaları ve *Vakıflar Kanunu* m. 77⁴⁰ hükmü verilebilir.

B. MAZBUT VAKIF MALI TÜRLERİ

1. Mazbut Akar Vakıf Malları

Vakıflar Kanunu m. 3'te akar kavramı "Vakıf amaç ve faaliyetlerinin yerine getirilmesi için gelir getirici şekilde değerlendirilmesi zorunlu olan taşınır ve taşınmazlar" şeklinde tanımlanmıştır. Mazbut akar vakıf malları ise, bir mazbut vakfın malvarlığı değerleri içinde yer alan ve gelir getiren taşınmaz mallardır.⁴¹ Söz gelimi, vakfedilen bir okulun masraflarını gidermek amacıyla başka bir taşınmazın vakfedilmesi ve söz konusu taşınmazdan edinilen kiralardan bu amaçla kullanılması taşınmazı akar vakıf malı haline getirir.⁴² Dolayısıyla akar vakıf malları vakfın amacına hizmet eden mallar olup, bunlardan sağlanan gelirler devlet malı olarak kabul edilmezler.⁴³

³⁷ Ahmet Akman, *Eski Vakıflar Hukuku ve İdaresi*, (Ankara: Adalet, 2019), s. 288.

³⁸ Hatemi, s. 710; Akyıldız, s. 125.

³⁹ Solmaz Bilici, s. 60.

⁴⁰ *Vakıflar Kanunu* m. 77: "Genel Müdürlüğe ve mazbut vakıflara ait taşınmazlar Devlet malı imtiyazından yararlanır, haczedilemez, rehnedilemezler. Tüm iş ve işlemleri, her türlü vergi, resim, harç ve katılım payından istisnadır. Genel Müdürlük tarafından açılacak davalarda teminat aranmaz. Genel Müdürlüğün ve mazbut vakıfların tahsil edilemeyen gelirleri, 21/7/1953 tarihli ve 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun hükümlerine göre Genel Müdürlükçe tahsil edilir."

⁴¹ Yener, s. 41; Solmaz Bilici, s. 61.

⁴² Solmaz Bilici, s. 61.

⁴³ Ali Em, *Türk Hukuk Sisteminde Vakıflar*, (Ankara: Turhan Kitabevi, 2011), s. 526.

Mazbut akar vakıf malları, kamu malı niteliğinde değildir.⁴⁴ Bu sebeple, Vakıflar Genel Müdürlüğü, akar vakıf malları üzerinde kimi hukuki işlemleri yapmaya yetkilidir. *Vakıflar Kanunu* m. 12/I’de getirilen “Genel Müdürlüğe ve mazbut vakıflara ait akar mallar ile hakların daha yararlı olanları ile değiştirilmesine, paraya çevrilmesine veya değerlendirilmesine Meclis yetkilidir” hükmü geçince, Vakıflar Meclisinin vakfın menfaati için akar mallar üzerinde söz konusu işlemleri yapabileceği düzenlenmiştir. Ayrıca Vakıflar Genel Müdürlüğü *Vakıflar Kanunu* m. 13 gereğince, mazbut akar vakıf mallarının satış ve taviz bedelleri ile başka taşınmaz satın alabilir, bu başka malları trampaya konu yapabilir veya yeniden yaptırabilir. Söz konusu taşınmazlar da vakıfları adına hisseleri oranında tapuya tescil ettirilerek kayıtlara işlenir. Yine Vakıflar Genel Müdürlüğü, *Vakıflar Kanunu* m. 26 gereğince, mazbut vakfın gelir ve akarları ile bir iktisadî işletme veya şirket kurabilecektir.⁴⁵

Hayrat vakıf mallarının akar vakıf mallarına dönüştürülmesi, devri veya paraya çevrilmesi bazı şartlarda söz konusu olabilmektedir. Öyle ki, *Vakıflar Kanunu* m. 15’e göre, Vakıflar Meclisi kararıyla “tahsis edildikleri amaca göre kullanılmaları kanunlara veya kamu düzenine aykırı yahut tahsis amacına uygunluğunu kaybetmiş, kısmen veya tamamen hayrat olarak kullanılması mümkün olmayan taşınmazlar gayece aynı veya en yakın başka bir hayrata dönüştürülebilir, akara devredilebilir veya paraya çevrilebilir”. Paraya çevrilme hâlinde edinilen paralar, mallarda da olduğu gibi, başka bir hayrata tahsis edilir (*Vakıflar Kanunu* m. 15). Aynı vakıf içerisinde hayrata dönüştürme veya akara devir söz konusu ise, bunun için bir bedel ödenmeyecektir (*Vakıflar Kanunu* m. 15). Sonuç olarak, hayrat vakıf malı özelliğini fayda ve nitelik anlamlarında yitiren bir taşınmaz, Vakıflar Genel Müdürlüğü’nün kararıyla akar vakıf malı hâline getirilebilecektir.⁴⁶

2. Mazbut Hayrat Vakıf Malları

Vakıflar Kanunu m. 3’te hayrat kavramı “Mazbut, mülhak, cemaat ve esnaf vakıfları ile yeni vakıfların, doğrudan toplumun istifadesine bedelsiz olarak sundukları mal veya hizmetler” şeklinde tanımlanmıştır. Mazbut hayrat vakıf malı, bir mazbut vakfın malvarlığı değerleri içinde yer alan ve bir hayır işi için doğ-

⁴⁴ **Em**, s. 526; **Yargıtay**, 1. HD, E. 1979/2391, K. 1979/3508, T. 19.3.1979: “Tüzel kişilikleri olan mazbut ve mülhak vakıfları, Vakıflar Genel Müdürlüğü temsil eder. Vakıf mallar, Vakıflar Genel Müdürlüğü’nün, mülhak bütçeli olan bu idarenin, dolayısıyla devletin malı değildir. Temsil edilenle temsilcinin birbirlerinden ayrılması zorunludur. Temsil edilen özel hukuk alanına giren bir tüzel kişilik olduğuna ve böyle bir tüzel kişinin malları özel mal niteliği taşıdığına göre bu gibi durumlarda 6830 sayılı Yasa’nın 30. Maddesinin (kamulaştırma) uygulanması olanağı yoktur. Vakıf mallar, bir kamu kuruluşunun tasarrufuna ancak kamulaştırma sonunda geçebilir.” <https://www.kazanci.com.tr/> (Erişim Tarihi: 01.11.2021).

⁴⁵ **Solmaz Bilici**, s. 62.

⁴⁶ **Solmaz Bilici**, s. 62.

rudan kendisi veya getirdiği gelirleri kullanılan mallardır.⁴⁷ Mazbut vakıf malları için kanunda özel mülkiyet malı veya kamu malı olduğuna ilişkin hüküm bulunmamaktadır. Ancak bu mallar, bilhassa kamu hizmetine sunulan alanlarda, hayır amacına hizmet etmek üzere mevcut olduğundan, bu malların kamu malı olduğu kabul edilir.⁴⁸ Ayrıca bu vakıf mallarının devlet mallarına tanınan imtiyaz ve korumalardan yararlandırılması söz konusudur.⁴⁹ Öyle ki, *Vakıflar Kanunu* m. 15 gereğince, hayrat mallar için “haczedilemez, rehnedilemez, bu taşınmazlarda mülkiyet ve irtifak hakkı için kazandırıcı zamanaşımı işlemez” denilmiştir.

Yargıtay⁵⁰ ve Danıştay⁵¹ da kimi kararlarında bu malların kamu malı niteliğinde olduğunu belirtmiştir. Söz konusu malların kamu malı niteliğini haiz olması sebebiyle, bu mallar üzerinde Vakıflar Genel Müdürlüğü’nün takdir yetkisi bağlı ve sınırlıdır.⁵²

IV. MAZBUT VAKIFLARIN TASFİYESİ

A. Mukataalı ve İcareteynli Mazbut Vakıfların Taviz Bedeliyle Tasfiyesi

Vakıflar Kanunu m. 3’te “Değerine yakın peşin ücret ve ayrıca yıllık kira alınmak suretiyle süresiz olarak kiralanan vakıf” şeklinde tanımlanan, çift kiralı vakıf olan icareteynli vakıflar⁵³ ile yangın, sel gibi felaketlerle zarar gören vakıf mallarının eski durumuna getirilmesi amacına hizmet eden mukataalı vakıflar⁵⁴ 2762 sayılı *Vakıflar Kanunu*’nda kabul edilmemiştir. Zira, ilgili kanunun 26. maddesinde “Bu kanunun neşrinden sonra vakıf mallar mukataaya ve icareteyne bağlanamaz” denilmek suretiyle, kanunun yayımından sonra vakıf mallarının mukataaya ve icareteyne bağlanamayacağı ortaya konulmuştur. Kanunun yayınlanmasından sonra hal böyle olmakla birlikte, yayınlanmasından önceki icareteynli vakıflar ile mukataalı vakıflar ise tasfiye edilmiştir.⁵⁵ Tasfiyenin nasıl yapılacağı hususu hem 2762 sayılı *Vakıflar*

⁴⁷ Yener, s. 41.

⁴⁸ Hatemi, s. 711: Yazar, söz konusu malların “kamu malı gibi korunduğunu ve özel mülkiyet alanına aktarılmasının önlendiğini” ifade etmiştir; Yener, s. 41, Solmaz Bilici, s. 62.

⁴⁹ Yılmaz, s. 171.

⁵⁰ Yargıtay, HGK, E. 1/124, K. 18, T. 06.02.1963 (Naklen: Yener, s. 41).

⁵¹ Danıştay 10. D, E. 2010/14612, K. 2014/1474, T. 12.03.2014 (Naklen: Solmaz Bilici, s. 62-63, dn. 250).

⁵² Danıştay 10. D, E. 2000/1740, K. 2002/4442, T. 19.11.2002: “Vakıflar Genel Müdürlüğü’nün 4.10.1926 tarihinde yürürlüğe giren Türk Kanunu Medenisinin yürürlük tarihinden önce vücut bulmuş mazbut vakıfları yönetmekle görevlendirildiği ve bu görevini vakfedenin iradesine sadık kalarak vakfın tahsis edildiği gayeye göre yaşatılmasını ve vakfiyede öngörülen hizmetleri en iyi şekilde yerine getirecek tarzda yürütmek zorunda olduğu açıktır. Başka bir anlatımla Vakıflar Genel Müdürlüğü bu görevini yerine getirirken vakfiyeyi esas alarak vakfedeni uyulması imkansız veya hukuka aykırı olmayan arzuna uygun hareket etmek zorundadır” <https://www.kazanci.com.tr/> (Erişim Tarihi: 01.11.2021).

⁵³ Eren/Başpınar, s. 47; Polat, s. 13.

⁵⁴ Çınar, Taviz Bedeli, s. 109; Aydın, s. 256.

⁵⁵ Solmaz Bilici, s. 71.

Kanunu 'nda hem 5737 sayılı *Vakıflar Kanunu* 'nda da düzenlenmiştir. 2762 sayılı *Vakıflar Kanunu* m. 27'de "Vakfın türüne göre ayırım yapılmaksızın üzerinde taviz şerhi bulunan mevcut mukataalı veya icareteynli vakıf taşınmaz malların mülkiyetleri, taşınmazların bulunduğu illerde defterdarlık, ilçelerde mal müdürlüğü bünyesinde yer alan Hazine taşınmaz malının satış ihalesine yetkili olan komisyon tarafından takdir edilecek rayiç bedelinin yüzde yirmi oranında hesap edilecek taviz bedeli karşılığında mutasarrıflarına geçirilir", 5737 sayılı *Vakıflar Kanunu* m. 18'de "Tapu kayıtlarında, icareteyn ve mukataalı vakıf şerhi bulunan gerçek ve tüzel kişilerin mülkiyetinde veya tasarrufundaki taşınmazlar, işlem tarihindeki emlak vergisi değerinin yüzde onu oranında taviz bedeli alınarak serbest tasarrufa terk edilir" denilmek suretiyle her iki kanunda da taviz bedeli karşılığı malların tasfiyesi gerçekleştirilmektedir.

Taviz bedelinin tamamı tek seferde peşin ödenirse vakıf arazisi mutasarrıf adına tescil edilmekte, taksitler hâlinde ödenirse yine mutasarrıf adına tescil yapılmakta ancak taşınmaza vakıf lehine ipotek konulmaktadır (5737 sayılı *Vakıflar Kanunu* m. 19).⁵⁶ Sonuç olarak, kanun hükümlerinden de anlaşıldığı üzere, tasfiye sonucunda, vakıf malları özel mülkiyete geçirilmiş olmaktadır.

5737 sayılı *Vakıflar Kanunu* m. 18 ile taviz bedeli ödemesine gerek olmayan, istisnai taşınmazlar düzenlenmiştir. Buna göre, "miri arazilerden mukataalı hayrata tahsis edilmeyenler ile aşar ve rüsumu vakfedilen taşınmazlar" istisna kapsamındadır. Dolayısıyla, gayrisahih vakıfların taviz bedeli ödemesine gerek olmadığı söylenebilecektir.⁵⁷

B. Gayrisahih Mazbut Vakıfların Tasfiyesi

Osmanlı döneminde kimi mülkiyet hakkı devlette olan (miri) arazilerin öşür ve aşar gelirinin kendilerine tahsis edildiği kimselerin (genellikle hanedan mensuplarına), söz konusu gelirleri bir amaca özgülediği gayrisahih vakıflar söz konusuydu.⁵⁸ Ancak 17 Şubat 1925 tarihli 552 sayılı *Aşar'ın İlgası Yerine İkame Edilecek Mahsulat-ı Araziye Vergisi Hakkında Kanun* ile aşar vergisi kaldırıldı.⁵⁹ Bu durumda da aşar geliri kendisine tahsis edilen vakıflar ortadan kalkmış oldu.

Gayrisahih vakfa özgülenen taşınmazların mülkiyeti ise, 743 sayılı *Türk Kanun-ı Medenisi* gereğince, taviz bedeli ödenmeksizin, taşınmaza mutasarrıf olan kimseye geçirilmiştir.⁶⁰ Bu taşınmazlar bakımından taviz bedeli ödenmeye-

⁵⁶ **Solmaz Bilici**, s. 73; **Özkaya**, s. 133, 135; "Burada sağlanan teminat ne tam bir ipotek ne de taşınmaz yüküdür...ancak taşınmaz yüküne benzeyen nevi şahsına münhasır bir teminatır"; **Çınar**, Taviz Bedeli, s. 114: "Teminatla başka bir hakkın veya alacağın değil bizzat taviz bedelinin yani ivazın teminat altına alındığı kabul edildiğinden, taviz bedelinin taşınmaz yükü niteliğinde olduğunun kabulü gerekir"

⁵⁷ **Çınar**, Taviz Bedeli, s. 115.

⁵⁸ **Solmaz Bilici**, s. 73.

⁵⁹ **Mithat Direk**, Tarım Tarihi ve Deontoloji, (Konya: Eğitim Yayınevi, 2012), s. 84.

⁶⁰ **Çınar**, Taviz Bedeli, s. 115; **Solmaz Bilici**, s. 73.

ceği, *Vakıflar Kanunu* m. 18’de “miri arazilerden mukataalı hayrata tahsis edilmeyenler ile aşar ve rüsumu vakfedilen taşınmazlar tavize tâbi değildir” şeklinde düzenlenmiştir.

C. Mazbut Vakfın Amaç ve İşlevinin Değiştirilememesi Hâlinde Tasfiye

Eski vakıflar, kimi zaman, zamanın geçmesiyle, yeni ihtiyaçların doğmasıyla, yeni hukuki düzenlemelerin yapılmasıyla, kendilerine ihtiyaç duyulmaz hale gelebilirler. Bir başka ifadeyle, eski vakıfların amacını ve gerçekleştirmek istedikleri amaç için gereken işlevi, zaman içinde kaybetmeleri söz konusu olabilir. Söz gelimi, bir tekkeye gelir sağlaması amacıyla kurulmuş bir vakfın gerçekleştirmek istediği amaç tekkelerin kapanmasıyla sona ermiştir.⁶¹ Yine, bir eğitim kurumuna finansman sağlamak için kurulan bir vakıf, söz konusu kurumun yıkılması sonucu amaçsız ve işlevsiz kalmış olacaktır. İşte bu hallerde eski vakıfların tasfiyesi söz konusu olacaktır.

Eski vakıfların amaç ve işlevlerini yerine getirmesinin imkânsızlaşması hususu, *Vakıflar Kanunu* m. 14 ve *Vakıflar Yönetmeliği*⁶² m. 111/I-g’de “Vakıfların, vakfiyelerindeki şartların yerine getirilmesine fiilen veya hukuken imkân kalması hâlinde; vakfedenin iradesine aykırı olmamak kaydıyla mazbut vakıflarda Genel Müdürlüğün; mülhak, cemaat ve esnaf vakıflarında, vakıf yöneticilerinin teklifi üzerine bu şartları değiştirmeye; hayır şartlarındaki parasal değerleri güncel vakıf gelirlerine uyarlamaya Meclis yetkilidir” denilmek suretiyle ortaya konulmuştur. Buna göre, söz konusu vakfın amaç ve işlevinin değiştirilmesi için, Vakıflar Genel Müdürlüğü Vakıflar Meclisine teklif götürebilecek, teklif uygun görülürse, vakfın tasfiyesi yerine amaç ve işlevinin değiştirilmesi kabul edilebilecektir. Burada amacın değiştirilmesinin olanaklı olması gerekir, ancak bu her durumda mümkün olmayabilmektedir.⁶³ Amacın değiştirilmesi mümkün değilse, vakıf kendiliğinden sona erecektir. Bu husus, *TMK* m. 116/I’de “vakfın amacın gerçekleşmesi olanaksız hâle gelmişse” ve “bu amacın değiştirilmesine de olanak bulunmuyorsa” vakıf kendiliğinden sona ereceği ifadeleri kullanılmak suretiyle düzenlenmiştir. Ayrıca, *Vakıflar Yönetmeliği* m. 19’da “Amacının gerçekleşmesi imkânsız hale gelen ve değiştirilmesinde de olanak bulunmadığı takdirde, vakıf kendiliğinden sona erer. Vakfın yönetim organı veya Genel Müdürlük vakfın amacının gerçekleşmesinin imkânsız hale geldiği kanısına varırsa dilekçe ile mahkemeye başvurarak durumun mahkeme siciline tescilini ister. Mahkeme, gereğine göre Genel Müdürlüğün veya vakfın yönetim organının yazılı düşünce-

⁶¹ Hatemi, s. 730; Solmaz Bilici, s. 74.

⁶² 27.09.2008 tarih ve 27010 sayılı Resmî Gazete’de yayınlanan Vakıflar Yönetmeliği.

⁶³ Oğuz Sadık Aydos, “Vakfın Sona Ermesi”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 4, S. 1, 2013, s. 134.

sini alarak vakfın dağılması ve tasfiye kurulu oluşumu istemini karara bağlar ve mahkeme dağılma kararını sicile tescil eder. Sona eren vakfın kişiliği, ehliyeti tasfiye amacıyla sınırlı olmak üzere tasfiye sırasında da devam eder” düzenlemesi yer almaktadır. Bu halde, vakıf mahkeme kararıyla sicilden silinecektir (TMK m. 116 ve *Vakıflar Yönetmeliği* m. 19). Burada, mahkeme kararı vakfın sona ermesi konusunda tespit niteliği taşıırken, vakfın sicilden silinmesi konusunda kurucu niteliktedir.⁶⁴ Sona erme hâlinde, Vakıflar Meclisi, *Vakıflar Yönetmeliği* m. 111/I-c gereğince, söz konusu mazbut vakfı paraya çevirebilecek, amacı aynı veya en yakın bir hayrata dönüştürebilecek, akara devredilmesine karar verebilecektir.⁶⁵ Sonuç olarak, Vakıflar Meclisi yani Vakıflar Genel Müdürlüğü’nün mazbut vakıfları, bahsedilen halde, tasfiye ettirmesi mümkündür.⁶⁶

SONUÇ

Eski vakıflar olarak adlandırılan Osmanlı döneminden günümüze gelmiş vakıf türlerinden olan mazbut vakıflar, Vakıflar Genel Müdürlüğü tüzel kişiliği tarafından yönetilen vakıflardır. Doktrinde mazbut vakıfların tüzel kişiliklerine ilişkin tartışmalar mevcuttur. Bu tartışmalardan birin, mazbut vakıfların ayrı tüzel kişiliklerinin bulunup bulunmadığı hususu oluşturur. Bazı yazarlar, mazbut vakıfların ayrı tüzel kişiliklerinin bulunmadığını, bu tüzel kişilikleri kapsayan tek bir tüzel kişiliğin, yani Vakıflar Genel Müdürlüğü tüzel kişiliğinin bulunduğunu ileri sürmektedir. Bu görüş karşısında yer alan bazı yazarlar tarafından, *Vakıflar Kanunu* m. 4’te vakıfların tüzel kişiliğe sahip olduğuna ilişkin düzenleme bulunduğunu ileri sürülerek, mazbut vakıfların ayrı tüzel kişiliklerinin bulunduğu kabul edilmektedir. Söz konusu tartışmalar karşısında; her ne kadar Vakıflar Genel Müdürlüğü’nün bünyesinde bulunsalar da, mazbut vakıfların bağımsız yönlerini de korumaları sebebiyle, ayrı tüzel kişiliklere sahip oldukları kabul edilmelidir.

Mazbut vakıfların ayrı tüzel kişilikleri olduğunu kabul eden yazarlar arasındaki bir başka tartışma, mazbut vakıfların özel hukuk tüzel kişiliği mi kamu hukuk tüzel kişiliği mi olduğuna ilişkindir. Bazı yazarlar, Vakıflar Genel Müdürlüğü’nün mazbut vakıfları temsil ettiğinden yola çıkarak, bu vakıfların kamu hukuku tüzel kişiliği olduğunu kabul etmektedir. Diğer bazı yazarlar, *Vakıflar Kanunu* m. 4’te açıkça vakıfların özel hukuk tüzel kişisi olduğu düzenlendiğini ve bu

⁶⁴ Aydos, s. 135; Koçoğlu, s. 220.

⁶⁵ *Vakıflar Yönetmeliği* m. 111/I-c: “Genel Müdürlükçe teklif edilen;... Genel Müdürlüğe, mazbut ve mühlak vakıflara ait olup, tahsis edildikleri amaca göre kullanılmaları kanunlara veya kamu düzenine aykırı yahut tahsis amacına uygunluğunu kaybetmiş, kısmen veya tamamen hayrat olarak kullanılması mümkün olmayan taşınmazların mazbut vakıflarda Genel Müdürlüğün, mühlak vakıflarda vakıf yöneticisinin talebi üzerine gayece aynı veya en yakın başka bir hayrata dönüştürülmesini, akara devredilmesini veya paraya çevrilmesini... karara bağlamak.”

⁶⁶ Solmaz Bilici, s. 74.

sebeple mazbut vakıfların da özel hukuk tüzel kişiliği olduğunun kabul edilmesi gerektiğini ileri sürmektedirler. Bir başka düşünceye göre, mazbut vakıflar, hem kamu hem özel hukuk tüzel kişiliğini içeren karma bir tüzel kişilik niteliği taşımaktadırlar. *Vakıflar Kanunu* m. 4'te yer alan açık düzenleme ve Vakıflar Genel Müdürlüğüne tanınan mazbut vakıflar üzerindeki yönetim ve temsil yetkisi göz önünde bulundurulduğunda son görüşün isabetli olduğu açıktır.

Mazbut vakıfların karma nitelikte kabul edilmesiyle, bu vakıflara ait malların niteliği hususu gündeme gelmektedir. Karma nitelikteki tüzel kişilik taşıdığı kabul edilen mazbut vakıfların mallarının da aynı şekilde ne kamu ne özel mal olduğu söylenmemelidir. Bir başka ifadeyle, mazbut vakıf mallarının da karma nitelikte mal niteliğini haiz olduğu kabul edilmelidir.

Mazbut vakıflar, kimi sebeplerle tasfiye sürecine girebilmektedirler. Bu kapsamda, mazbut vakıfların günümüze gelindiğinde amaçlarının sona erdiği, amaçlarının değiştirilmesi de mümkün değilse, tasfiye sürecine sokulduğu görülmektedir. Kimi vakıflar da taviz bedeli karşılığı veya taviz bedeli ödenmeksizin, kanun gereğince, tasfiye edilmektedir. Bu sebeplerle, günümüzde mazbut vakıfların sayıları oldukça azalmıştır. Buna rağmen, hâlihazırda mevcut olan mazbut vakıflar bulunmaktadır. Bu vakıfların tasfiyeleri, yukarıda yaptığımız açıklamalar çerçevesinde, karma tüzel kişiliğe ve karma nitelikte mallara sahip oldukları göz önünde bulundurularak yapılmalıdır.

KAYNAKÇA

- Akgündüz, Ahmet.** “İslam Hukukuna Göre Vakıf Mallarının Mülkiyet Meselesi”. Bakanlarda Osmanlı Vakıfları ve Eserleri Uluslararası Sempozyumu. Ankara; Vakıflar Genel Müdürlüğü Yayınları, 2012, s. 13-29.
- Akman, Ahmet.** Eski Vakıflar Hukuku ve İdaresi. Ankara: Adalet, 2019.
- Akyıldız, Ali.** Türk Hukukunda Vakıflar Üzerinde Devlet Denetimi, İstanbul üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, İstanbul, 1997.
- Ayan, Mehmet ve Nursen Ayan.** Kişiler Hukuku. Ankara: Seçkin, 2016.
- Aydın, Mehmet Akif.** Türk Hukuk Tarihi. İstanbul: Beta Yayınları, 2019.
- Aydos, Oğuz Sadık.** “Vakfın Sona Ermesi”. İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 4, S. 1, 2013, s. 129-153.
- Berki, Ali Himmet.** Vakıflar. İstanbul: Cihan Kitaphanesi, 1940.
- Çevik, Kemal.** “Mazbut Vakıfların Tüzel Kişiliği”. Vakıf Haftası Dergisi, S. 7, 1990, s. 103-115.
- Çınar, Ömer.** “Mazbut ve Mühlhak Vakıflarda Galle (Gelir) Üzerinde Vakıf Evladlarının ve Diğer İlgililerin Hak Sahipliği ve İntifa Hakkı Hayrından Fazla Olan Mühlhak Vakıfların Aile Vakfına Dönüştürülmesi”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi. C. 22, S. 3, 2016, s. 105-117 (Mazbut).
- Çınar, Ömer.** “Taviz Bedeli ve İcareteynli Mukataalı Vakıfların Tasfiyesi”. Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 15, S. 1-2, 2011, s. 827-855 (Taviz Bedeli).
- Çilingir, Hamdi (Chamntı Tsılıgkır).** Hanefi Vakıf Hukukunda Gaye Unsuru, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, İstanbul, 2014.
- Direk, Mithat.** Tarım Tarihi ve Deontoloji. Konya: Eğitim Yayınevi, 2012.
- Dural, Mustafa ve Tufan Öğüz.** Türk Özel Hukuku Cilt II-Kişiler Hukuku. İstanbul: Filiz, 2021.
- Em, Ali.** Türk Hukuk Sisteminde Vakıflar. Ankara: Turhan Kitabevi, 2011.
- Eren, Fikret ve Veysel Başpınar.** Toprak Hukuku. Ankara: Savaş, 2017.
- Ergün, Ömer.** Medeni Hukuk Tüzel Kişilerinin Ehliyet Durumu, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 2009.
- Hatemi, Hüseyin.** Medeni Hukuk Tüzel Kişileri. İstanbul: Sulhi Garan Matbaası, 1979.
- İşeri, Ahmet.** Vakıflar (Medenî Kanun'dan Önceki ve Sonraki Vakıf Nev'ileri ve Hukukî Mahiyetleri), AUHFD, C. 21, S. 1, 1964.
- Koçoğlu, Safa.** Türk Medeni Kanununa Göre Vakıfların Kuruluşu, İşleyişi ve Soan Ermesi. İstanbul: Beta, 2022.
- Korkusuz, Refik ve Ömer Ergün.** “Hukuksal Boyutları ile Eski ve Yeni Vakıflar”. Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 12, S. 16 - 19, 2007, s. 69-138.
- Oğuzman, M. Kemal, Özer Seliçi ve Saibe Oktay Özdemir,** Kişiler Hukuku: Gerçek ve Tüzel Kişiler, (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2019.

- Öğüz, Tufan.** Türk Hukukunda Vakıf Tüzel Kişiliğinin Hukuki Esasları. İstanbul: Beşir Kitabevi, 2007.
- Özkaya, Eraslan.** Eski Vakıf Hukuku. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2012.
- Öztürk, Nazif.** Menşei ve Tarihi Gelişimi Açısından Vakıflar. Ankara: Vakıflar Genel Müdürlüğü Yayınları, 1983.
- Solmaz Bilici, Meryem.** Medeni Hukuk Çerçevesinde Bezm-i Âlem Vakıfları Özelinde Mazbut Vakıflar. İbn Haldun Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2019.
- Üçok, Coşkun, Ahmet Mumcu ve Gülnihal Bozkurt.** Türk Hukuk Tarihi. Ankara: Turhan Yayınevi, 2019.
- Yener, M. Serhat.** Eski-Yeni Vakıflar Kanununa Göre Mazbut Vakıf Taşınmazların Gayrimenkul Hukuku Meseleleri. Ankara: Bilge Yayınevi, 2015.
- Yener, M. Serhat ve Kazım Uslu.** Mazbut ve Mülhak Vakıflarda Vakfiyeden Doğan Haklara İlişkin Davalar. Ankara: Statü Yayıncılık, 2013.
- Yılmaz, Mustafa.** Eski Vakıfların ve Taşınmazlarının Günümüzdeki Hukuki Rejimi. Ankara: Bilge Yayınevi, 2013.



6361 Sayılı Finansal Kiralama, Faktoring, Finansman ve Tasarruf Finansman Şirketleri Kanunu^(*) Değişikliği Kapsamında Tasarruf Finansman Sistemine Gelen Yeniliklerin Hukuki Açından İncelenmesi^(**)

*A Legal Analysis of the Innovations Coming to the Saving
Finance System within the Scope of Financial Leasing,
Factoring, Finance and Saving Finance Companies Law
Amendment No. 6361*

Arş. Gör. Muammer Fatih ÖZTÜRK^(***)

Öz

Ülkemizde son yıllarda sayıları hızla artan, temelde altın günü mantığı ile finansman sağlayan ve yeni kanuni düzenleme ile “Tasarruf Finansman Şirketleri” olarak isimlendirilen firmalar hakkında uzun süredir beklenen yasal düzenleme 04/03/2021 tarihinde Meclis Genel Kurulu tarafından kabul edildi, 07/03/2021 tarihinde de Resmi Gazete’de yayınlanarak yürürlüğe girmiş oldu. Yeni kanuni düzenleme ile 6361 sayılı Kanun kapsamında finansal kiralama şirketleri, faktoring şirketleri ve finansman şirketlerinden sonra dördüncü şirket türü olarak kabul edilen tasarruf finansman şirketleri bu kanuni düzenleme ile yasal bir zemine kavuşmuş oldu. Biz de bu çalışmamızda ilk bölümde tasarruf finansman sistemini ikinci bölümde 6361 sayılı Kanunu üçüncü bölümde ise kanun değişikliği ile tasarruf finansman sistemine gelen yenilikleri hukuki açıdan irdelemeye çalıştık.

Anahtar Kelimeler

Tasarruf Finansman Sistemi, Tasarruf Finansman Sözleşmeleri, Tasarruf Finansman Suçları, İntibak Süreci, Tasarruf Finansman Şirketlerinin Tasfiyesi.

(*) Bu kanunun adı yeni düzenleme öncesinde “6361 Sayılı Finansal Kiralama, Faktoring ve Finansman Şirketleri Kanunu” şeklinde idi.

(**) Araştırma Makalesi / [Makale Geliş Tarihi](#): 15.03.2021 - [Makale Kabul Tarihi](#): 20.05.2022

(***) Sakarya Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İslam Hukuku Anabilim Dalı, Sakarya - Türkiye
[E-posta](mailto:fatihozturk@sakarya.edu.tr): fatihozturk@sakarya.edu.tr
[Orcid No](https://orcid.org/0000-0001-5252-3119): <https://orcid.org/0000-0001-5252-3119>

Abstract

The long-awaited legal regulation on companies, whose number has increased rapidly in recent years in our country, which basically provide financing with the golden day logic and named as "Savings Finance Companies" with the new legal regulation, was accepted by the General Assembly of the Parliament on 04/03/2021. It was published in the official newspaper on 07/03/2021 and entered into force. With the new legal regulation, savings finance companies, which are accepted as the fourth type of company after financial leasing companies, factoring companies and financing companies within the scope of law numbered 6361, gained a legal basis with this legal regulation. In this study, we tried to examine the savings financing system in the first part, the law numbered 6361 in the second part, and the innovations in the savings financing system with the change of law in the third part.

Keywords

Savings Finance System, Savings Financing Agreements, Savings Financing Crimes, Adaptation Process, Liquidation of Savings Finance Company.

GİRİŞ

Tarih boyunca barınma ihtiyacı insanoğlunun en temel ihtiyaçlarından biri olmuştur. Uygun bir meskenin temini, kişinin bugün de hayatta yüz yüze kaldığı meselelerin başında gelmektedir. Hususiyile bu ihtiyaç mamur ve kalabalık şehirlerde kendisini daha derinden hissettirir. Hayatın git gide karmaşık hale gelmesi, nüfusun sürekli artması ve fiyatların da yüksek olması bu durumu netice vermiştir. Kendi imkanlarıyla konut sahibi olabilenlerin sayısı bu imkanı elde edemeyen insanlara göre nispeten daha azdır. Dolayısıyla konut veya taşıt satın almak isteyen kişiler finansmana ihtiyaç duymaktadır.

Bu sebepten ötürüdür ki çoğu ülkede bu konutları satın alma ve inşa etmeyi finanse edecek kurumlar ortaya çıkmıştır. Ancak bunların çoğu faize dayalı bir sistem çerçevesinde iş yapmakta olup müşterilerine faizli krediler sunmaktadır. Dini hassasiyeti olan vatandaşlar ise kesin bir şekilde yasaklanan faiz yasağını ihlal etmeyi istememektedirler.¹ Bundan mütevellit olarak zamanla faiz esasına dayalı olan finansman sistemlerine alternatif olan finansman sistemleri geliştirmek istenmiştir. Bu düşünce ile katılım bankaları kurulmuş ve bu kurumlar murabaha esasına göre (konutu satıcıdan peşin olarak alıp müşterilerine vadeli olarak satma) finansman sağlama yoluna başvurmuşlardır.

Ülkemizde ise otuz yıla yakın bir süredir sektör öncüleri tarafından *elbirliği sistemi* olarak, yapılan akademik çalışmalarda *tasarrufa dayalı faizsiz finansman sistemi* olarak,² şimdi de yeni kanunla *tasarruf finansman sistemi* olarak isimlen-

¹ Muhammad Taqi Usmani, "الطرق المشروعة للتمويل العقاري", *بحوث في قضايا فقهية معاصرة*, ts., 1/233.

² İlker Koç - Ömer Çekin, "Tasarrufa Dayalı Faizsiz Finansman Sistemi: İşleyiş, Değerlendirme ve Tasarım", *Tasarrufa Dayalı Faizsiz Finansman Sistemi* (Ensar Neşriyat, 2017), 9-40; Ali Öztürk, "Tasarrufa Dayalı Faizsiz Finansman Sisteminde Fon Fazlası Varlıkların Değerlendirilmesi", *Tasarrufa Dayalı Faizsiz Finansman Sistemi* (Ensar Neşriyat, 2017), 51-68; Hasan Hacak, "Tasarrufa Dayalı Faizsiz

dirilen altın günü mantığı temelinde kendine özgü bir sistemle özellikle faiz hassasiyeti olan kişilere konut ve araç alımlarında finansman desteği sunulmaktadır. İlk zamanlarda sadece araç finansmanında kullanılan bu finansman yöntemi zamanla konut finansmanında da kullanılmaya başlamıştır. Yirmi beş sene boyunca sektörde sadece iki firma faaliyet gösterirken 2016 tarihi ile 2018 tarihi arasında altı firma daha bu sektöre katılmıştır. Artan talep ve pazar payı ile firma sayısı günümüzde kırkı aşmıştır.

Sektördeki bu büyümeyle hem müşterilerin hak ve menfaatleri korumak hem de firmaların kurumsal yapısını güçlendirmek, öngörülen riskleri minimize etmek için zamanla kanuni düzenlemeye ihtiyaç duyulmuştur. Bu ihtiyaçtan mütevellit olarak da 6361 sayılı Kanun'da değişiklikler ve eklemeler yapılmak suretiyle tasarruf finansman sistemi yasal bir zemine kavuşturulmuştur. İlgili kanuni düzenleme ile asgari sermaye şartı, tasarruf finansman sözleşmeleri, tasarruf finansman faaliyeti, ilgili düzenlemeye intibak süreci, söz konusu şirketlerin tasfiyeleri, ihdas edilen adli/idari para cezaları ve hapis cezaları gibi çeşitli noktalarda düzenlemeler yapılmıştır.

Tasarruf finansman sistemine akademik çalışmalar bakımından ilgi de artmış olup ilgili konuyu, farklı açılardan değerlendirmeye tutan makale ve tezler de yazılmıştır. Yapılan bu çalışmalarda sistemin işleyen ve gelecek vadeden bir sistem olduğu,³ müşterilerin bu sistemi tercihlerinde sistemin faizsiz olması, finansman maliyetinin daha düşük olması, bireysel ve esnek bir ödeme planına sahip olması, kira öder gibi ev sahibi olunması faktörlerinin müşteri tercihlerinde etkili olduğu,⁴ elbirliği sisteminin (tasarruf finansman sisteminin) bazı durumlarda banka konut kredisinden daha avantajlı olduğu,⁵ sistemin çeşitli riskler taşıdığı ve kanuni bir düzenlemenin elzem olduğu,⁶ katılım bankalarının tasarruf finansman

Finansman Sisteminde Yapılan Akitlerin Analizi (Elbirliği Finansman Sistemi Üzerinden)", *Tasarrufa Dayalı Faizsiz Finansman Sistemi* (Ensar Neşriyat, 2017), 85-104; Abdullah Kahraman, "Bir Faizsiz Finansman Yöntemi Olarak Müşareke Akdi ve Tasarrufa Dayalı Faizsiz Sistem (Elbirliği Sistemi Örneği)", *Tasarrufa Dayalı Faizsiz Finansman Sistemi* (Ensar Neşriyat, 2017), 69-84; Mehmet Birsin - Hatice Ötegeçeli, "Tasarrufa Dayalı Faizsiz Finansman Sistemi ve Fıkhî Meşruiyeti Üzerinde Yapılan Değerlendirmeler", *Mesned İlahiyat Araştırmaları Dergisi* 10/1 (30 Haziran 2019), 85-114; Ömer Çekin, *Tasarrufa Dayalı Finansman Sistemi ve İslami Finans İlkeleri Çerçevesinde Değerlendirilmesi* (İstanbul, Yüksek Lisans Tezi, 2018).

³ Süleyman Tekerek, *Konut Finansmanında Banka Kredilerine Alternatif Modellerden "Elbirliği Sistemi" Üzerinde Bir Çalışma* 2013.

⁴ Murat Ergüven - Ferudun Kaya, "Konut Finansmanında Elbirliği Sistemi: Müşterilerin Elbirliği Sistemi Tercih Nedenleri Üzerine Bir Araştırma", *Kastamonu Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi* 13/3 (15 Temmuz 2016), 24-39; Murat Ergüven, *Konut Finansmanında Elbirliği Sistemi: Müşterilerin Elbirliği Sistemi Tercihleri Üzerine Bir Araştırma* 2014.

⁵ Oğuz Mustafa Akpolat, *Konut Satın Alma Maliyet Analizleri: Bankalar-Katılım Bankaları-Elbirliği Sistemi Karşılaştırması* (Tokat, Yüksek Lisans Tezi, 2018).

⁶ Mehmet Yazıcı, "Konutta Alternatif Finans Yöntemi Olarak Tasarrufa Dayalı Faizsiz Finans Sistemi", *Academic Review of Humanities and Social Sciences* 2/3 (29 Aralık 2019), 224-235; Murat Ergüven

yöntemlerinden herhangi biri ile finansman sağlamanın konvansiyonel yöntemlere göre daha avantajlı olduğu,⁷ ilgili yöntemin katılım bankaları tarafından da uygulanması halinde ciddi bir potansiyel barındırdığı, modelin sürdürülebilirliği açısından elde edilen fazla fonların değerlendirilmesi ve fon açığı durumlarında da düşük maliyetli fon sağlanmasının da çok önemli bir husus olduğu⁸ tespitleri yapılmıştır. Bunlara ilaveten sistemin İslam hukuku açısından meşruiyetini inceleyen çalışmalar⁹ da yapılmıştır.

Sonuç olarak bugün kanunda Tasarruf Finansman Sistemi olarak isimlendirilen sistemin şimdiye kadar işleyişi, ekonomik/iktisadi boyutu, fıkhi meşruiyeti konuları üzerinde çeşitli akademik çalışmalar yapılmıştır. Ancak ilgili sistemin hukuki yapısının, sözleşme hükümlerinin incelendiği hiçbir çalışmaya rastlanılmamıştır. Biz de bu çalışmamızda ilgili kanun değişikliği ile gelen yenilikleri hukuki açıdan irdelemeye çalışacağız. Umarım bundan sonra hukuk alanında yapılacak çalışmalara bir nebze de olsa katkımız olur.

ARAŞTIRMANIN KONUSU VE AMACI

Bu çalışma ile son yıllarda sayıları hızla artan Tasarruf Finansman Şirketleri hakkında yürürlüğüne giren kanuni düzenlemeyi hukuki açıdan incelemeyi amaçlamaktayız. Araştırma konumuz ilgili kanuni düzenleme ile gelen yeniliklerin ne olduğu ve hukuki açıdan neye tekabül ettiğini ortaya koymaktır. Ancak kanun değişikliğinin belirli noktalarına odaklanmayıp genel bir değerlendirmesini yapmaya çalışacağız. Tasarruf Finansman Sistemi ve işlemleri hakkında şimdiye kadar konu-

- Ferudun Kaya, "Tasarrufa Dayalı Finans Sisteminin Sürdürülebilirliğinin Sağlanması ve Finansal Ekosistem İçinde Yerini Alması Üzerine Bir Araştırma", *Finans Ekonomi ve Sosyal Araştırmalar Dergisi* 5/4 (31 Aralık 2020), 755-769.

⁷ Mustafa Okur - Gülşah DOĞAN Kurt, "Gayrimenkul Finansmanında Katılım Bankacılığı İçin Alternatif Bir Finansman Modeli: İpoteğe Dayalı Paylaşımlı Faizsiz Finansman Modeli", *Global Journal of Economics and Business Studies* 8/16 (06 Ocak 2020), 207-219.

⁸ Okur - Kurt, "GAYRİMENKUL FİNANSMANINDA KATILIM BANKACILIĞI İÇİN ALTERNATİF BİR FİNANSMAN MODELİ". 217-218.

⁹ Süleyman Kaya, "Faizsiz Finans İlkeleri ve Tasarrufa Dayalı Faizsiz Finansman Sistemine Dair Öneriler", *Tasarrufa Dayalı Faizsiz Finansman Sistemi* (Ensar Neşriyat, 2017), 41-50; Öztürk, "Tasarrufa Dayalı Faizsiz Finansman Sisteminde Fon Fazlası Varlıkların Değerlendirilmesi"; Kahraman, "Bir Faizsiz Finansman Yöntemi Olarak Müşareke Akdi ve Tasarrufa Dayalı Faizsiz Sistem (Elbirliği Sistemi Örneği)"; Hacak, "Tasarrufa Dayalı Faizsiz Finansman Sisteminde Yapılan Akitlerin Analizi (Elbirliği Finansman Sistemi Üzerinden)"; *Güncel Dini Meseleler İstişare Toplantısı- VII*, ts.; Murat Kumbasar, "Ev Sahibi Olmak ve Eminevim Örneği", *Kafkas Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi* 3/5 (01 Ocak 2016), 0; Çekin, *Tasarrufa Dayalı Finansman Sistemi ve İslami Finans İlkeleri Çerçevesinde Değerlendirilmesi*; Sefer Korkmaz, *Hile-i Şer'iyeye Bağlamında Türkiye'deki Faizsiz Konut Finansman Sistemi Üzerine Bir Araştırma* (İstanbul: İstanbul Üniversitesi, Yüksek Lisans Tezi, 2019); Birsin - Ötegeçeli, "Tasarrufa Dayalı Faizsiz Finansman Sistemi ve Fikhî Meşruiyeti Üzerinde Yapılan Değerlendirmeler"; Murat Ergüven, *Tasarrufa Dayalı Finans Sistemi İçin İslâmî Finans İlkelerine Uygun Model Önerisi* (İstanbul, Yüksek Lisans Tezi, 2019).

yu hukuki açıdan irdeleyen bir çalışma yapılamamış olup bu çalışma ileride yapılacak çalışmalara ön ayak teşkil etmesi açısından önemli olduğunu düşünmekteyiz.

I. TASARRUF FİNANSMAN SİSTEMİ

Daha önce elbirliği sistemi, ipoteğe dayalı faizsiz konut finansman sistemi, tasarrufa dayalı faizsiz finansman sistemi, tasarrufa dayalı finans sistemi şeklinde isimlendirilen sistem yeni kanuni düzenleme ile yasal bir isimlendirmeye kavuşmuştur. Bu kanuni düzenleme, ilgili sistemi Tasarruf Finansman Sistemi olarak isimlendirmiştir.

Tasarruf finansman sistemi son yıllarda gerek bilimsel çalışmalar gerek de müşteriler/halk nezdinde büyük ilgi görmektedir. Tespit ettiğimiz üzere belli bir süre birkaç çalışma ile incelenen sistem son zamanlarda farklı açılardan incelemeye tabi tutulmaya başlanmıştır. Bununla birlikte literatürdeki çalışmalar hala yeterli bir seviyeye ulaşmamıştır. Özellikle konunun hukuki yönü hiç irdelenmemiştir. Bununla beraber sistemin hukuki açıdan incelenecek pek çok yönü de bulunmaktadır. Temennimiz ilgili kanuni düzenleme ile hukuk literatüründe de incelemelerin artmasıdır.

Halk nezdinde büyük bir rağbet görmesinin en büyük göstergesi ise son yıllarda tasarruf finansman faaliyetinde bulunan firma sayılarının hızla artmasıdır. 2016 senesine kadar sektörde iki firma varken bu sayı 2018 yılı itibariyle sekize çıkmıştır. Günümüze geldiğimizde ise bu sayı üç senede beş katına çıkarak halihazırda tasarruf finansman faaliyetinde bulunan firma sayısı kırkı aşmıştır. Bu firmalar tarafından yürütülen bu sistemde halihazırda 250 bin üyenin bulunduğu ve şimdiye kadar da 250 binden fazla kişinin bu finansman sistemi vasıtasıyla konut ve araç sahibi olduğu ifade edilmektedir.¹⁰

Tasarruf finansman faaliyetinde bulunan firmalar¹¹ farklı isimlendirmeler altında müşterilerine finansman sunmaktadır. Bu modeller; Peşinatlı Sistem, Vade Ortası Sistem, Kısaltılmış Vadeli Çekilişli Sistem, Kira Destekli Çekilişli Sistem;¹² Vade Ortası Model, Peşinatlı Erken Teslim Modeli, Ara Ödemeli Erken Teslim Modeli, Zaman Tasarruflu Model, Tüfe Endeksli Model;¹³ Serbest Planlı Tasarruf Yöntemi, Sıra Tespitli Tasarruf Yöntemi, Sıra Tespitli Tasarruf Yöntemi V2, Konut Değer Endeksli Tasarruf Yöntemi;¹⁴ Sabit Model, Esnek Model, Ra-

¹⁰ Ergüven - Kaya, "Tasarrufa Dayalı Finans Sisteminin Sürdürülebilirliğinin Sağlanması ve Finansal Ekosistem İçinde Yerini Alması Üzerine Bir Araştırma", 757.

¹¹ Makalenin yazıldığı tarih itibarıyla söz konusu şirketler yeni kanuni şartlarla birlikte ruhsat almadığından ötürü şirketler Tasarruf Finansman Şirketleri yerine Tasarruf Finansman Faaliyetinde Bulunan Şirketler olarak isimlendirilmiştir. Zira halihazırda hiçbir şirket hukuken tasarruf finansman şirketi değildir.

¹² <https://www.eminevim.com/faizsiz-ev-alma-cozumleri>.

¹³ <https://www.fuzulev.com/faizsiz-ev-alma-modelleri>.

¹⁴ <https://www.birevim.com/>

hat Model, Hızlı Model;¹⁵ Vade Ortası Modeli, Çekiliş Modeli¹⁶ şeklinde farklı isimlendirmelere tabi tutulmuştur. Sistemin özünde çekilişsiz/bireysel model ile çekilişli/gruplu model olmak üzere iki model bulunmaktadır.

Çekilişli yöntemlerde 40-60-80-100-120 kişilik gruplar oluşturulur. Müşteriler talep ettikleri finansman tutarı ve aylık ödeyecekleri taksit miktarına göre kendilerine uygun bir grup içine dahil edilirler. Grup oluşturulduktan sonra noter huzurunda kura çekilerek grup üyelerinin finansman tutarını teslim alacakları tarihler belirlenir. Böylelikle her ay havuzda toplanan para sırası gelen müşteriye teslim edilir. Bu yöntemin diğer önemli bir özelliği kendisine sıra gelmeyen grup üyelerine vade ortasında toplu şekilde finansman ödemesi yapılmasıdır. Firmalar çeşitli kampanyalar altında kurada adı çıkmayan üyeler için yapılan toplu ödemeyi vade ortası tarihinden daha önceki bir tarihe de çekebilmektedir. Ayrıca finansmanı alan müşterilerin aylık taksit tutarı artırılarak kalan borcunun daha erken tarihte bitmesi sağlanmaktadır.

Çekilişsiz modelde ise müşteri firma ile sözleşme yaptığı anda tahsisatın ne zaman yapılacağını bilir. Bu modelde kura/çekiliş uygulanmaz. Tahsisat tarihi genel olarak vade ortasında olur. Ancak ödenen peşinat veya ara ödemelerle bu tarih öne çekilebilmektedir. Ayrıca bu model bireysel model olarak da isimlendirilebilir. Zira müşteri ile firma arasında gerçekleşen bir finansman modelidir. Özel gruplar oluşturulmaz. Ancak firmanın genel fon havuzunu düşünecek olursak genel bir gruplaşmanın olduğu da söylenebilir.

Bu iki modele ek olarak endeksli ve kira yardımcı iki model daha bulunmaktadır. Endeksli model de bir çekilişli yöntemdir. Öncelikle istenen finansman miktarı ve aylık ödenecek taksit tutarına göre müşteri bir tasarruf grubuna dahil edilir. Bundan sonra ise aylık olarak ödenecek taksitler, T.C. Merkez Bankası'nın her ay yayınlamış olduğu konut fiyat endeksi verilerine veya Tüketici Fiyat Endeksi verilerine göre düzenlenir. Böylelikle evin değerini korunmuş olur. Teslim tarihinde ev artan değer üzerinden alınır. Bu metot ile evini ilk sıralarda alanlar kiradan kurtulup kendi evine taşınmanın avantajını yaşarken, evini daha sonra alacak olanlar ise teslim tarihinde evini artan değer üzerinden alma fırsatı yakalarlar. Diğer bir model olan kira yardımcı model ise sektörde artık kullanılmamaktadır.

Sistemin müşteriler tarafından bu denli rağbet görmesinin sebeplerinin incelendiği bir çalışmada şu sonuca ulaşılmıştır: “Müşterilerin %80’i (324 kişi) Elbirliği sistemini tercih etmesinin en önemli sebebi olarak (önem derecesine göre birinci sırada) “faizsiz olması” seçeneğini işaretlemişlerdir. Müşterilerin %59,5’i “Konut

¹⁵ <https://www.katilimevim.com.tr/modeller/>

¹⁶ <https://www.financevim.com.tr/tasarruf-modelleri>.

finansman maliyetinin daha düşük olması” seçeneğini 2. sırada tercih etmişlerdir. Müşterilerin %59,8’i ise “Bireysel ve esnek bir ödeme yapısına sahip olması” şeklinde cevap vermiş olup 3. sırada yer almaktadır. Müşterilerin %51,9’u için “Kira öder gibi ev sahibi olma imkânı olması” 4. derecede önem sırasına sahip olduğu görülmektedir. Müşterilerin %68,9’u için ise “Finans işlemlerinin kolay olması ve kısa sürede tamamlanması” beşinci derecede önem arz ettiği anlaşılmaktadır.”¹⁷ Fikrimce, ilgili araştırmanın yapıldığı dönemde sektörde sadece iki firma olması, sistemin geniş halk kesimleri tarafından yeterince bilinmemesi, sisteme rağbetin bu güne kadar olmadığı sebeplerinden ötürü bugün yapılacak bir araştırmada müşterilerin tercih sebepleri ve ilgili oranlar değişiklik gösterebilecektir. Bugün de faiz hassasiyetinden ötürü sisteme dahil olan müşteri sayısı önemli bir yeri teşkil etmekle beraber özellikle 2016 yılından sonra artan enflasyon ve faiz ortamında sistemin banka kredilerine göre iyi bir alternatif olması ve maliyetin görece daha uygun olması sistemin tercih edilme sebeplerinin başında gelmektedir. Ayrıca çeşitli sebeplerde bankalardan kredi alamayan müşteriler çok rahat bir şekilde tasarruf finansman faaliyeti içine dahil olabilmekte ve bankalarca kredilendirilmeyen taşınmaz veya araçlar için de sisteme girebilmektedirler.

Sistemin kolektif olarak ülke ekonomisine de katkısı bulunmaktadır. Malumdur ki devlet çeşitli vasıtalar ile vatandaşlarını tasarruf yapmaya özendirmektedir. Ayrıca dolarizasyonun da önüne geçmek istemektedir. Yüksek enflasyonist ortamda vatandaşlar tasarruflarının değeri korumak için elindeki birikimlerini altın veya döviz olarak değerlendirmeye çalışmaktadır. Bununla beraber dolarizasyon seviyesinin artması ülke ekonomisi açısından zararlara sebebiyet vermektedir. Bu sistem vasıta ile açıklanan sebeplerden ötürü hem tasarruf miktarının artacağı hem de dolarizasyon oranının düşeceği iddia edilebilir. Ayrıca Türkiye İstatistik Kurumu Hane Halkı Bütçe Araştırması’nın 2019 yılı sonuçlarına göre; Türkiye genelinde hane halklarının tüketim amaçlı yaptığı harcamalar içinde en yüksek payı %24,1 ile konut ve kira harcamaları almıştır.¹⁸ Bu veri de konvansiyonel bankalara alternatif olan tasarruf finansman faaliyetinin önemi farklı bir açıdan göstermektedir.

Tüm bunlarla birlikte isteminin bu kadar gelişmesi ile sistem zaman içinde kontrol edilemez bir hale evirildi. Bu noktada şirket veya müşterileri açısından bir arıza çıkabileceği ihtimali de belirdi. Bundan ötürü de sistemin yasal bir zemine oturtulması, şirketlerin denetlenmesi gerekmektedir. İlgili kanuni düzenleme ile de bu riskler bertaraf edilmeye çalışılmıştır.

¹⁷ Ergüven - Kaya, “KONUT FINANSMANINDA ELBİRLİĞİ SİSTEMİ”.

¹⁸ <https://data.tuik.gov.tr/Bulten/Index?p=Hanehalki-Tuketim-Harcamasi-2019-33593>.

II. 6361 SAYILI FİNANSAL KİRALAMA, FAKTÖRİNG, FİNANSMAN VE TASARRUF FİNANSMAN ŞİRKETLERİ KANUNU

6361 sayılı Kanun 21/11/2012 tarihinde kabul edilmiş olup 13/12/2012 tarihinde Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Amaç maddesi olan birinci madde de vurgulandığı üzere faktöring, finansal kiralama, finansman ve tasarruf finansman şirketlerinin kuruluş, çalışma esasları ve müşterileri ile aksettikleri sözleşmelere ilişkin usul ve esasları düzenleme amacıyla bu kanun ihdas edilmiştir. 6361 sayılı Kanun’a 4/3/2021 tarihli ve 7292 sayılı Kanun’un hükümleri ile değişiklikler ve eklemeler yapılmış olup tasarruf finansman şirketleri dördüncü tür şirket olarak Kanun kapsamına alınmıştır. Kanun, ilgili şirketlerin finansal kuruluş olarak faaliyet gösterdiğini de vurgulamaktadır. Mali sistemin mühim bir parçasını teşkil etmekte olan bu şirketlerin kuruluşlarına, faaliyetlerine, sözleşmelerine, müşterinin hak ve menfaatlerine ilişkin kanuni zemin oluşturulmuş ve etkin gözetim ve denetim sistemi getirilmeye çalışılmıştır.

6361 sayılı Kanunla ihdas edilen ve çalışmaya konu yaptığımız kanun değişikliği ile ismi değiştirilen eski ismi “Finansal Kiralama, Faktoring ve Finansman Şirketleri Birliği” yeni ismi olan “Finansal Kurumlar Birliği” de kanunda düzenlenen önemli hususlardan biridir. Bu birlik tüzel kişiliğe sahip olan kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşu niteliğindedir. Kanun kapsamındaki şirketlerin söz konusu Birliğe üye olma ise zorunludur. Birlik sayesinde sektördeki tüm şirketler koordineli biçimde hareket etmekte ve yasal düzenlemelere uygun olarak belli standartlar dahilinde faaliyet göstermektedirler. Finansal Kurumlar Birliği’nin başlıca görev ve yetkileri 6361 sayılı Kanun’un 41. maddesinde ayrıntılı şekilde açıklanmaktadır. Özetle mesleğin gelişmesini sağlamak, meslek ilkelerini tespit etmek, üye şirketlerin dayanışmasını artırmak, eğitim ve araştırma faaliyetlerinde bulunmak, meslek ilke ve standartları belirlemek, üye firmalar arasındaki haksız rekabeti önlemek üzere tedbirler almak ve uygulamak gibi görevleri yerine getirmekle görevli ve tekilidir.

Kanun değişikliği öncesinde birliğe bağlı Finansal Kiralama Şirketleri, Faktoring Şirketleri ve Finansman Şirketleri olmak üzere üç şirket türü bulunmakta iken yeni kanuni düzenleme ile dördüncü şirket türü olarak Tasarruf Finansman Şirketleri de birlik kapsamına alınmıştır.

Değişikliğe tabi tutulan 6361 sayılı Kanun sistematik olarak altı bölümden oluşmaktadır.

Birinci kısımda “Genel Hükümler” başlığı altında kanunun amacı, kapsamı ve kanunun uygulanmasında belli terimlerin hangi anlamı ifade ettiğini belirttiği ifade edilmiştir.

İkinci kısımda “İzne Tabi İşlemler” başlığı altında ilgili şirketlerin kuruluş izni, kuruluş şartları, kurucularda aranan şartlar, faaliyet izni, şubeleşme, şirket-

lerin yapamayacağı iş ve işlemler; ana sözleşmeye ilişkin hükümler; birleşme, devir ve tasfiyeye ilişkin kurallar hüküm altına alınmıştır.

Üçüncü kısımda “Kurumsal Yönetim” başlığı altında yöneticiler ve finansal raporlama konularına ilişkin hükümler bulunmaktadır.

Dördüncü kısımda “Sözleşmeye İlişkin Hükümler” başlığı altında finansal kiralama sözleşmesi, faktoring sözleşmesi, finansman sözleşmesi ve yeni düzenleme ile tasarruf finansman sözleşmesine ilişkin hükümler mevcuttur.

Beşinci kısımda “Birlik” başlığa altında Finansal Kurumlar Birliğinin görev ve yetkilerine; organlar ve statüsüne ilişkin kurallar hüküm altında alınmıştır.

Altıncı kısımda “Cezai Hükümler” başlığı altında idari para cezaları, adli suç ve cezalara ve faaliyet izninin iptaline ilişkin düzenlemeler mevcuttur.

III. KANUNİ DÜZENLEME İLE GELEN YENİLİKLER

A. KANUNİ DÜZENLEMENİN AMACI VE GENEL GEREKÇESİ

İlgili kanun teklifinin genel gerekçesinde istikrarlı ve uzun dönemli bir büyüme performansı için tasarrufların önemli olduğu ancak hane halkı tasarruf oranının nispeten düşük seviyelerde olduğu bundan ötürü de bireyler için tasarrufları artırıcı uygulama ve tedbirlerin daha önemli hale geldiği vurgulanmış bunun için de hane halkı tasarruflarının artırılması için kişilerin kendilerini finansal açıdan güvence altında hissedecekleri uygun tasarruf ürünlerinin bulunması gerektiği ifade edilmiştir.

Bu girişten sonra ülkemizde uzun bir süredir konut ve taşıt edinimleri için finansman hizmeti sunan firmaların faaliyet gösterdiği ve ciddi bir müşteri kitesine ulaştıkları tespiti yapılmıştır.

Bu firmaların esas itibarıyla, bireylerin bireysel olarak veya grup halinde tasarruf edecekleri ve sonunda bir finansman elde edecekleri organizasyon yapıları tesis ettikleri, özünde bir finansal aracılık faaliyeti yürüten söz konusu firmaların uygun şekilde denetim ve gözetime tabi tutulmasıyla bu alanın güvenli ve sürdürülebilirliğinin sağlanarak finansal sektörümüzün büyümesine ve piyasalarımızın derinleşmesine katkı sağlayacağı değerlendirilmesi yapılmıştır. Bu çerçevede de bu sektörün düzenlenmesi ve denetim altına alınması amaçlanmıştır. 6361 sayılı Kanun’da değişiklikler yapan 7292 sayılı kanuni düzenleme ile genelde tasarruf finansman faaliyetlerinin düzenlenmesi ve şirketlerin denetim ve gözetim altına alınması hedeflenmiştir.

Bu açıdan tasarruf finansman faaliyetini finansal aracılık olarak tavsif etmiş bundan ötüre de sisteme kaynak aktaran müşterilerin hak ve menfaatlerinin korunması için ilgili şirketler Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu’nun gözetim ve denetim çatısı altına alınmıştır. Bu çerçevede farklı bir lisans türü çıkartılmasına

ve bu lisansı yani faaliyet iznini alamayan firmaların tasarruf finansman faaliyetinde bulunmamasını ve bu durumun yaptırımlara bağlanması düzenleme ile amaçlanmıştır. Yürürlük tarihinden önceki tarihlerde bu sistemle finansman sağlayan şirketlere kanuni düzenlemeye intibakları için süre verilmiştir. Tasarruf finansman şirketlerin faizsiz finansman esaslarına göre faaliyet göstermesi bunu ilişkin kurumsal uygulamaların tesis edilmesi amaçlanmıştır. Ayrıca müşteri hak ve menfaatlerini daha etkin korumak için fesih ve cayma hakkının kullanılması durumunda müşterilerin birikimlerinin geri verilmesini engelleyen ve zimmet suçu işleyen kişilere yönelik adli ve idari para cezaları öngörülmüştür. Buna ilaveten müşteri hak ve menfaatlerini korumak hedefiyle, iradi tasfiye durumu haricinde BDDK ve TMSF tarafından bildirilecek üyelerden oluşan bir tasfiye kurulunca yapılacak olan özel bir tasfiye şekli de yeni düzenleme ile öngörülmüştür.

B. TANIMLAR MADDESİNE YAPILAN EKLEMLER

İlgili yasal düzenleme ile 6361 sayılı Kanun'un tanım maddesine tasarruf finansman faaliyetine ilişkin yapı ve süreçlerin daha iyi anlaşılabilmesi, anlam bütünlüğünün ve terim birliğinin sağlanması ve ilgili hükümlerin uygulanmasının kolaylaştırılması amacıyla konuya ilişkin temel kavramların tanımları eklenmektedir.

Sektörde katılım/hizmet/organizasyon bedeli gibi çeşitli isimlendirmelere tabi olan ücret kanuni düzenleme ile artık organizasyon ücreti olarak anılacaktır. Organizasyon ücretinin tasarruf finansman organizasyonu ve tasarruf fon havuzu yönetimi karşılığı ödenen bir tutar olduğu kanunda ifade edilmiştir.

Kanuni düzenlemeden önce finansman tutarı için daha çok sektörde teslimat terimi kullanılmakta idi. Kanuni düzenlemeyle birlikte sözleşme kapsamında tahhüt edilen finansman tutarının satıcı konumundaki üçüncü kişilere, müşterinin konut veya taşıt edinmesi amacıyla, hesaben ödenmesine tahsisat denilecektir.

Diğer tanımlanan terimlerden biri de tasarruf finansman faaliyetidir. Tasarruf finansman faaliyetinden ise sözleşme kapsamında önceden belirlenmiş şartların gerçekleşmesi koşuluyla faizsiz finansman esaslarına göre taşıt veya konut alımı için muayyen bir süre tasarruf edilmesi, müşterilere finansman sağlanması ve toplanan tasarrufların yönetimi anlaşılacaktır.

Kanun'un tanımlar maddesine eklenen tasarruf fon havuzu terimiyle de birikmiş tasarruflar ve finansman geri ödemelerinden oluşan tutarlar ile ihtiyat fonu tutarı toplamından, tahsisat olarak verilmiş tutarlar ile tasarruf geri ödemelerinin düşülmesinden sonra kalan tutar ifade edilecektir.

C. ASGARİ SERMAYE ŞARTI

6361 sayılı Kanun'da şirketlerin kuruluş şartlarını düzenleyen 5. maddesinde değişikliğe gidilerek tasarruf finansman şirketlerinin nakden ve her türlü muva-

zaadan ari olarak ödenmiş sermayesinin en az yüz milyon Türk lirası olması şartı getirilmiştir. Bundan ötürü kanun değişikliğinin yürürlüğe girmesinden sonra kurulacak olan tasarruf finansman şirketlerinde nakden ve her türlü muvazaadan ari olarak ödenmiş sermayesinin en az yüz milyon TL olması aranacaktır. Bu düzenleme ile de tasarruf finansman sistemi müşterilerinin hak ve menfaatlerinin daha etkin şekilde korunması hedeflenmektedir. Ayrıca, ilerleyen dönemlerde yeni kurulacak şirketler için enflasyona, ekonomik konjoktüre, sektörün gelişimine ve benzeri sebeplere bağlı olarak artması muhtemel asgari ödenmiş sermaye tutarının yeniden belirlenmesi için Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu'na yetki verilmektedir. Kanun öncesi tasarruf finansman faaliyeti yürüten şirketlerin durumunun ne olacağına ilişkin sorunun cevabını aşağıda intibak süreci başlığı altında irdelemeye çalışacağız.

D. ŞİRKETİN YAPAMAYACAĞI İŞ VE İŞLEMLER

6361 sayılı Kanun'un şirketin yapamayacağı iş ve işlemler başlığını taşıyan 9. maddesine firmaların yurt içinde tescil edilmiş konut veya taşıt edinimi hariçinde finansman sağlayamayacağı, üçüncü şahıslara borç veremeyeceği, ortaklık payı edinemeyeceği, reklamlarında, ilanlarında ve belgelerinde banka izlenimi doğuracak ifade, ibare ve deyimleri kullanamayacağına ilişkin hükümlere havi yeni bentler eklenmiştir. Kanun teklifinin hazırlanması sırasında ilgili firmalar tarafından özellikle komisyonda ileri sürülen tasarruf finansman sisteminin konut ve taşıt dışında alanlarda da geliştirilebileceği önerisi söz konusu düzenlemede kabul edilmemiş olup tasarruf finansman şirketleri yurt içinde tescilli konut ve taşıt edinimi için finansman sağlayabileceklerdir.

E. BİRLEŞME, DEVİR, BÖLÜNME VE TASFİYE

6361 sayılı Kanun'un birleşme, devir, bölünme ve tasfiye başlıklı 12. maddesine aşağıdaki fıkralar eklenerek bu işlemlerin izne tabi olduğu, faaliyetlere son verme veya tasfiye halinde diğer şirketler gibi genel hükümler değil özel bir tasfiye hükümleri uygulanacağı hüküm altına alınmıştır. Buna göre tasarruf finansman şirketleri dışında kanun kapsamındaki diğer şirketlerin birleşmesi, devri, bölünmesi ve faaliyetlerine son vererek tasfiyeleri kuruldan izin almak şartıyla genel hükümlere tabi iken 6361 sayılı Kanun'un 12. maddesine eklenen 3. fıkra ile birleşme, devir, bölünme ve iradi tasfiyeleri BDDK'nın denetimi ve Bankacılık Denetleme ve Düzenleme Kurulu'nun izni ile kendine has usul ve esaslara göre tabi olacaktır. Tasarruf finansman şirketleri ilk önce birleşme, devir, bölünme ve iradi tasfiye izni için BDDK'ya bir dilekçe ile başvurmak zorundadır. Bu dilekçede de mevcut yükümlülüklerinin yerine getirilebileceğine dair bir plan sunulması gerekmektedir. İzin alındıktan sonra şirketin tasfiyesi tüm yükümlülüklerin ifası ve alacakların tahsili bizzat şirket tarafından yapılarak genel hükümlere göre gerçekleştirilecektir. Şirket kuruldan tasfiye

izni aldıktan sonra yeni müşteri edinemeyeceği gibi yükümlülüklerinin ifasını engelleyici yeni taahhütlerinin de altına giremeyecektir. Tasarruf finansman şirketlerine birleşme, devir, bölünme ve iradi tasfiye için verilen izinden sonra, sunulmuş olan plana uyulmadığı ya da söz konusu olan işlemlerin müşteri hak ve menfaatlerini ihlal edebileceği tespit edilirse Bankacılık Denetleme ve Düzenleme Kurulu'nun en az beş üyesinin aynı yöndeki kararıyla verilen izin iptal edilebilir. İradi tasfiye izni iptal edilen tasarruf finansman şirketleri hakkında da 50/A maddesi kapsamında tasfiye kararı verilecektir. Bundan sonra tasfiye şirket tarafından genel hükümlere göre değil de 50/A maddesindeki tasfiye esaslarına göre yapılacaktır.

Tasarruf finansman şirketlerinin birleşme, devir, bölünme ve iradi tasfiyelerinin özel olarak düzenlenmesinin temel amacı, madde gerekçesinde de belirtildiği üzere müşteri hak ve menfaatlerinin korunması ve sisteme olan güvenin sağlanmasıdır. Bu bakımdan, başka bir şirketle birleşecek, birden fazla şirkete bölünecek, başka bir şirkete devredilecek veya iradi olarak faaliyetlerine son verecek bir tasarruf finansman şirketinin müşterilerinin tüm haklarını garanti altına alması gerekmektedir. Tasarruf finansman sistemine dahil olan müşterilerin temelde iki hakları bulunmaktadır. Bunlar da cayma hakkının veya fesih hakkının kullanılması suretiyle yapılan tasarrufların geri alınması ve hak kazanılan finansmanın elde edilmesi şeklindedir. Özellikle bölünme, devir veya tasfiye olacak şirketlerin müşterilere olan birikmiş tasarrufları ödeme yükümlülüğünün yanında, tasarruf dönemi sonrasındaki finansman yükümlülüğünün yerine getirilmesi de önem arz etmektedir. Bu çerçevede, maddede birleşme, devir, bölünme veya iradi tasfiye süreçlerine gidilmesi Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu iznine bağlanmakta ve şirketlerin mevcut yükümlülüklerini nasıl karşılayacaklarına ilişkin bir plan sunması zorunlu kılınmaktadır. Söz konusu plana uyulmaması veya birleşme, devir, bölünme veya iradi tasfiye süreci sırasında müşteri hak ve menfaatlerinin zarara uğratılacağıın tespit edilmesi halinde ise Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu'na ilgili şirketin izninin iptali konusunda yetki verilmektedir. İradi tasfiyenin iptali durumunda, kendi isteğiyle tasfiyeye başlamış ancak bunu sağlıklı bir şekilde yürütememiş bir şirketin tekrar faaliyetlerine dönmesine izin verilemeyeceğinden dolayı, Kurul kararıyla 6361 sayılı Kanun'a eklenen 50/A maddesi uyarınca tasfiyeye gidilmesi ve söz konusu kararın Genel Kurul Kararı hükmünde olduğu hüküm altına alınmaktadır. Kendisine gönderme yapılan 50/A maddesinde öngörülen tasfiye usulüne de "Tasarruf Finansman Şirketinin Faaliyet İzninin Kaldırılması ve Tasfiyesi" başlığı altında değinilmiştir.

F. KORUYUCU DÜZENLEMELERE EKLEMELER

6361 sayılı Kanun'un koruyucu düzenlemeler başlıklı 15. maddesine kanun değişikliği kapsamında değişiklikler ve eklemeler yapılmıştır. Buna göre özetle BDDK'ca yapılan denetimler sonucunda şirketlerin 6361 sayılı Kanun'a ve ilgili düzenlemelere veya Kurul'ca alınan kararlara aykırı nitelikte karar, işlem ve uygu-

lamalarının bulunması hâllerinden birinin mevcudiyeti durumunda BDDK, gerekli gördüğü tedbirlerin uygun göreceği bir süre ve onaylayacağı bir plan dahilinde alınmasını şirketten istemeye, tasarruf finansman şirketleri için tahsisat tarihlerini ötelemeye yetkili hale gelir. BDDK tarafından gerekli görülen tedbirlerin şirketler tarafından alınmaması durumunda uygulanacak yaptırım 6361 sayılı Kanun'a eklenen 50/A maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre de 15. madde kapsamında BDDK'ca alınması istenen tedbirlerin verilen süre içerisinde alınmaması ya da bu tedbirler kısmen veya tamamen alınmış olmasına rağmen malî bünyenin güçlendirilmesine imkân bulunmadığının veya bu tedbirler alınmış olsa dahi malî bünyenin güçlendirilemeyeceğinin tespit edilmesi halinde Kurul söz konusu şirketin faaliyetinin iznini kaldırarak 50/A maddesi kapsamında tasfiyesine karar verebilecektir.

6361 sayılı Kanun'un 15. maddesi eklenen diğer bir yenilik ise firmaların tasfiyeleri halinde müşterilerinden topladıkları tasarrufların geri verilmesini güvence altına almak için faaliyetleri karşılığında elde ettikleri organizasyon ücretlerinin yüzde 0,5'ini düzenli şekilde ayrı bir hesapta tutmak zorunda oldukları hüküm altına alınmıştır. Ayrıca Kurul yüzde 0,5'lik oranı üç katına kadar da artırmaya yetkilidir.

G. TASARRUF FİNANSMAN SÖZLEŞMELERİ

1. Sözleşmelerin Hukuki Niteliği ve Unsurları

Bilindiği üzere Borçlar Kanunu'nun özel hükümlerinde veya özel kanunlarda düzenlenmemiş sözleşmeler de günlük hayatımızda kullanılmaktadır. Bu sözleşmelere isimsiz veya atipik sözleşmeler denilmektedir. Kanun koyucunun bunları hiç düzenlenmemiş olması düzenleme ihtiyacı duymamasından veya bu sözleşmelerin varlığından habersiz olmasından ileri geldiği söylenebilir. Taraflar TBK m. 26'da öngörülen "sözleşme özgürlüğü" özellikle "tip özgürlüğü" ilkesine dayanarak kanunda düzenlenmemiş olan ve ticari hayatın pratik zaruretlerinden kaynaklanan isimsiz sözleşme kurabilirler. Borçlar hukukunda aile, miras ve eşya hukuklarından farklı olarak tarafların yapabilecekleri sözleşmeler kanunen önceden belirlenmiş tiplerle sınırlı (numerus clauses) değildir. Borçlar kanunundaki hükümler büyük çoğunlukla emredici değil yedek hukuk kuralları niteliği taşırlar. İrade özerkliği ilkesinin sonucu olan sözleşme özgürlüğü tarafların hukuki ilişkilerini emredici kurallar çerçevesinde istedikleri gibi düzenlemelerini ifade eder. Bir sözleşmenin kanunda düzenlenmemiş olması uygulamada az tercih edildiği anlamına gelmemektedir. Bazı isimsiz sözleşmeler tipik sözleşmelerden daha fazla kurulmaktadır. Kanun koyucunun uygulamada az kullanılsa dahi bazı sözleşmeleri düzenlemesinin sebebi tarihsel olma yanında belirgin karakterli edimleri içermeleridir.¹⁹

¹⁹ Fahrettin Aral - Hasan Ayrancı, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2015), 53-56; Gökhan ANTALYA, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (İstanbul: Legal, 2016), 1/73-76; Mehmet REMZİ - Sezer AYDIN, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (İkinci Sayfa, 2017), 29-31; Fikret Eren, *Borç-*

Tasarruf finansman faaliyetinde bulunan firmalar ile müşterileri arasındaki sözleşmeler de irade serbestliği içinde kendine özgü unsurları olan kanunda düzenlenmemiş bir isimsiz sözleşme idi. Ancak kanuni düzenleme ile bu sözleşmeler ile tasarruf finansman sözleşmesi olarak isimlendirilerek tipikleştirilmiştir.

İlgili firmaların sözleşme metinleri de incelediğimiz zaman sözleşme unsurlarına ilişkin maddeleri şu şekilde özetleyebiliriz. “*Organizasyon hizmeti ödeme güçlerine göre belli vadeler dahilinde benzer ihtiyaçlar için bir araya gelen üyelerin yaptıkları ödemeler sonucunda oluşan toplam tutarın sözleşmede belirlenen kurallar çerçevesinde kullanılarak konut, araç vb. gibi kıymetlerin alınmasını sağlama hizmetidir. Firma sağladığı bu hizmetin karşılığında katılım bedelini peşin olarak almaya hak kazanır. Üye katılım bedelini, taksitlerini ve parsa peşinatını ödeme planında gösterilen tutar ve tarihlerde öder. Teslim tarihinde firma sözleşme bedelini üyeye teslim eder.*”

Dolayısıyla müşterinin borcu organizasyon ücreti olan parayı ve taksitleri ödeme planına uygun şekilde ödemektir. Firmanın asli borcu ise organizasyon hizmetini vermek ve kararlaştırılan tarihte sözleşme bedelini üyeye teslim etmektir.

Taraflar arasındaki sözleşmenin diğer ayırıcı bir özelliği de müşterinin istediği zaman sözleşmeyi feshedebilme yetkisidir. Müşteri organizasyon ücreti haricindeki ödediği paraları istediği zaman firmadan geri alabilmektedir. Tüm bu ipuçlarından hareketle sözleşmenin hukuki niteliğini tespit etmeye çalışırsak şu sonuçlara ulaşabiliriz:

İlk olarak müşterinin firmaya belirli bir ödeme planı dahilinde ödemesi ve de ödediği bu parayı istediği zaman da geri alabilmesi buna ilaveten sözleşmede belirlenen tarihte sözleşme bedelinin firma tarafından müşteriye teslim edilmesi unsurunu irdeleyelim. Bu noktada akla gelen tipik sözleşmeler tüketim ödücü (karz), usulsüz tevdi ve saklama (vedia) sözleşmeleridir.

Müşteri başka yerde kullanılmaması üzere firmaya taksitler halinde belirli miktar parayı vade tarihlerinde öder. Bu paranın ödenmesi açısından vedia sözleşmesinin unsurları akla gelir. Zira vedia sözleşmesi ile saklayan kişi saklananın kendisine bıraktığı taşınırı saklanın izni olmadıkça kullanılmaz.²⁰ Eğer verilen para firma tarafından kullanıyor ise bu durumda vedia sözleşmesi yerine karz akdi veya usulsüz tevdi gündeme gelebilir. Firmanın teslim tarihinde sözleşme bedelini müşteriye teslim borcu vedia sözleşmesinde öngörülen saklanana iade borcuna karşılık geldiği de ileri sürülebilir.

lar Hukuku Genel Hükümler (Ankara: Yetkin Yayınları, 2015), 18-17; Cevdet YAVUZ, *Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler)* (İstanbul: Beta, 2012), 4-6; Mustafa Alper GÜMÜŞ, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler* (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2013), 1/3-4.

²⁰ GÜMÜŞ, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 1/276-277; YAVUZ, *Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler)*, 652-654.

Burada ilgili kanun teklifinin tasarruf finansman sözleşmelerine ilişkin olan yedinci maddesinin gerekçesinde tespit edilen bir noktayı aktarmak gerekmektedir. Gerekçede özetle grup oluşturma uygulamasının sözleşmenin çerçevesini değiştirmeyeceğini, çünkü grup oluşturma uygulamasının amacının tarafların birbirine finansman temininden daha çok belirli gruptaki müşterilerin finansman temininin tarihini tayin etme olduğu ve uygulamada da farklı gruplardan birbirlerine para/kaynak aktarımının devamlı surette vaki olduğunun bilinen bir gerçek olduğu, bu uygulama olmadan faaliyetin sürdürülmesinin de finansal açıdan mümkün olmadığı hususları vurgulanmıştır.

Burada tespit edilen önemli noktalardan biri tasarruf fon havuzunda toplanan paraların uygulamada sadece ilgili grupta kullanılmadığı farklı gruplardan birbirine kaynak aktarımının sürekli olarak gerçekleştiğidir. Hatta bu usulün takip edilmeden faaliyetin sürdürülmesinin mümkün olmadığı vurgulanmıştır. Diğer bir deyişle grup oluşturulmasının sözleşmenin genel çerçevesini değiştirmeyeceği, bunun müşterilerinin birbirini finanse ettiği anlamına gelmediği, sadece gruptaki müşterilerin finansmanlarını alma zamanlarını tespit için kullandığı tespit edilmiştir.²¹ O zaman müşterinin aydan aya ödediği paranın vedia sözleşmesi kapsamında olduğunu iddia etmek hatalı olacaktır. Firma havuzda toplanan bu parayı olduğu gibi bırakmamakta farklı grupların finansmanında da kullanabilmektedir. Müşterinin firmaya belirli taksitler dahilinde para ödemesini ve ödediği bu parayı dileği zaman geri alabilmesini usulsüz tevdi veya tüketim ödencü (karz) kapsamında değerlendirmek daha doğru olacaktır.

Usulsüz tevdi, saklatanın (mudinin) bir miktar para, misli eşya veya kıymetli evrakı saklayana (müstevdiye) teslim etmeyi ve saklayanın da bunları aynen değil, mislen iade etmeyi taahhüt ettikleri bir sözleşmedir (TBK m. 570). Usulsüz tevdi, tevdi edilen şeyin mülkiyeti sağlayana geçer. Bu husus, “*paranın yararı ve hasarı kendisine (saklayana) ait olur*” (TBK m. 570/1) ifadesinden anlaşılmaktadır. Saklayanın sözleşme konusu şeyi aynen değil mislen iade etmekle yükümlü olması ve saklatanın iade konusunda şahsi bir talep hakkına sahip olması nedeniyle, normal tevdiden farklı olarak, saklayanın kendisine tevdi edilen şeyi muhafaza yükümü ve özen borcu bulunmamakta olup bu yükümlülüklerin yerini mislen iade yükümü almıştır.²²

²¹ Bu tespit sözleşmenin İslam hukuku açısından hukuki niteliğini tespiti noktasında da çok önem taşımaktadır. Giriş kısmında da zikredildiği üzere tasarruf finansman sözleşmelerin İslam hukuku açısından hukuki niteliğinin ne olduğu, bu sözleşmenin caiz olup olmadığı, organizasyon ücreti adı altında alınan paranın faiz mahiyetinde olup olmayacağı tartışılmıştır. Ancak ilgili çalışmalarda sanki grup üyelerinin birbirini finanse ettiği, organizasyon ücretinin de firmanın emeği karşılığı olarak vekalet ücreti olarak caiz olacağı bazı yazarlar tarafından ileri sürülmüştür. Kanun gerekçesinin bu tespitten hareketle sözleşmenin İslam hukuku açısından tam olarak hangi tip sözleşmeye denk düştüğü veya benzediği fikrimce daha ayrıntılı şekilde yeniden değerlendirilmelidir.

²² GÜMÜŞ, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 1/286-288; YAVUZ, *Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler)*, 658; Aral - Ayrancı, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 349-350.

Sözleşme konusu şeyin mülkiyetinin saklayana geçmesi, mislen iade yükümlünün bulunması ve saklayanın şeyi kullanma imkanının bulunması açılarından usulsüz tevdi ile tüketim ödücü arasında benzerlikler bulunmaktadır. Bununla birlikte takas hakkının kullanılabilmesi, borcun ifa yeri gibi belirli noktalarda da bu iki sözleşme tipi arasında farklılıklar bulunmaktadır. Her iki sözleşmenin birbirinden ayırt edilmesinde tarafların iradesini, menfaat durumlarını ve sözleşmenin iktisadi amacını (saklama veya kredi amacını) göz önünde tutmak gerekir.^{23,24}

Bundan ötürü de müşterinin firmaya peşinat ve taksitler halinde para ödemesi hukuki ilişki açısından tüketim ödücü (karz) ve usulsüz tevdi akitlerine benzemektedir. Bununla birlikte sözleşmenin bu unsurunu tam olarak bir akit tipinin sınırları içine sokmak da zor olacaktır. Yukarıda dipnotta zikrettiğimiz gibi mevduat sözleşmesinde olan tartışmalardan da hareketle bu hukuki ilişkinin karz, usulsüz tevdi, (aşağıda irdeleneceği üzere) vekalet akitlerinin unsurlarını içinde barından sui generis bir hukuki ilişki mahiyetinde olduğunu ileri sürmek hatalı olmayacaktır. Bununla birlikte kanunun yürürlüğe girmesi ile tasarruf finansman sözleşmeleri tipiklik kazanarak kanuni bir sözleşme tipi olmuştur.

İkinci olarak firmanın sağladığı organizasyon hizmetinin niteliğini ve bundan kaynaklı aldığı paranın niteliğini irdeleyecek olursak firmanın bir organizasyon kurması, finansman gruplarını oluşturması, teslimat sırası için kura çekmesi ve organizasyona katılan üyelerin her ay ödediği paraların toplamını sırası gelen üyeye teslim etmesi işgörme edimlerini özellikle de vekalet akdini gündeme getirebilir. Bu emeğine karşılık da organizasyon bedelini alır. 39/A maddesinin gerekçesinde organizasyon ücreti hakkında özetle şirketin müşterisinden organizasyon ücreti alma hakkına karşılık olarak müşteriye finansman sağlama, müşteri tasarruflarını yönetme ve bu tasarrufları geri ödeme mükellefiyetlerinin bulunduğu, organizasyon ücreti bedelinin firmaların müşterilerine sunmuş oldukları

²³ Burada antrparantez olarak benzer tartışmalara konu olan mevduat sözleşmesinin hukuki niteliğine temas etmek de fikrimce yararlı olacaktır. Mevduat sözleşmesinin hukuki niteliğinin ne olduğu noktasında bir fikir birliği yoktur. Yüksek mahkeme kararlarında ve doktrin görüşlerinde farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bu görüşler mevduat sözleşmesinin hukuki niteliğinin karz, usulsüz tevdi, karma ve sui generis sözleşme olduğu yönünde ihtilafa uğramıştır. Yüksek mahkemeye göre ise mevduat sözleşmesi kendine özgü sui generis bir sözleşme niteliğindedir. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 2016/2153 Esas ve 2017/4721 Karar sayılı 26.09.2017 tarihli kararı şu şekildedir:

“Bankalar kendilerine yatırılan paraları mudilere istendiğinde veya belli bir vadede aynı veya misli olarak iade etmekle yükümlüdür (4491 Sayılı Kanun ile değişik 4389 Sayılı Bankalar Kanunu 10/4 ve 5411 Sayılı Bankacılık Kanunu'nun 61.maddesi). Bu tanımlamaya göre, mevduat sözleşmesi ödünç ile usulsüz tevdi sözleşmelerinin niteliklerini taşıyan kendine özgü bir sözleşmedir. Yine BK'nın 306 ve 307. maddeler uyarınca ödünç alan, akdin sonunda ödünç verilen parayı eğer kararlaştırılmışsa faiz ile birlikte iadeye mecburdur. Aynı Yasa'nın 472/1. maddesi uyarınca usulsüz tevdide paranın nef'i ve hasarı mutlak şekilde saklayana geçtiği için ayrıca açıklamaya gerek kalmadan saklayan bu parayı kendi yararına kullanabilir...”

²⁴ Aral - Ayrancı, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 349-350; YAVUZ, *Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler)*, 658; GÜMÜŞ, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 1/286-288.

hizmetlerine karşılık olduğu, esasen firmaların sundukları hizmetin de bu sisteme katılmak isteyenleri bulmak, bir araya getirmek, finansman dönemlerini belirlemek gibi organizasyon faaliyetleri ve biriken tasarrufları yönetme faaliyeti olmak üzere iki tane olduğu belirtilerek şirket tarafından bir organizasyon faaliyeti ve biriken tasarrufların yönetimi gibi hizmetlerin sunulduğunu vurgulanmıştır.

Bunlara ilaveten 39/A maddesine ilişkin gerekçede “*Sözleşmede fesih durumunda firma müşterisine organizasyon ücretini iade etmeme hakkına sahiptir ancak müşterinin tüm birikimlerini yani tasarruflarını ve bunların birikmiş nemalarını Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu tarafından tayin edilecek süre içerisinde ödemek zorundadır*” denilmektedir. Yani müşteri ödediği meblağı talep ettiğinde bu ödenmiş meblağ ile birikmiş nemaların da ödenmesi gerekecektir. Tasarruf finansman faaliyetinin düzenlediği ve 6361 sayılı Kanun’a 39/B maddesi olarak eklenecek madde de tasarruf finansman şirketleri faizsiz finansman esaslarına göre faaliyet göstereceği ve tasarruflardan oluşan fonların değerlendirileceği faizsiz yatırım araçlarının belirlenmesi ve faizsiz finansman esaslarına uygun tasarruf ve finansman yöntemleri ile bu maddenin uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar BDDK tarafından belirleneceği hüküm altına alınmıştır. Taraflar arasındaki hukuki ilişkinin “faizsiz finansman araçlarına göre paranın nemalandırılması, oluşan bu nemanın (fazlalığın) firmaya verilmiş para ile iade edileceği” gibi unsurları kanunda düzenlenmiş herhangi bir tipik sözleşmenin unsurlarından değildir.

Bu noktada genel bir değerlendirme yapılacak olursa tasarruf finansman sözleşmesi her ne kadar kanuni düzenleme ile tipiklik kazanmış olsa da bu kanuni düzenlemeyi istisna tutarsak bünyesinde karz, usulsüz tevdi, vekalet unsurlarını barındıran sui generis bir sözleşmedir. Malum olduğu üzere karma sözleşmeler ile sui generis sözleşmelerin farkı şu şekildedir: Karma sözleşmeler kanunun düzenlediği çeşitli sözleşme tiplerine ait unsurların kanunun öngörmediği tarzda bir araya gelmesiyle kurulurken, sui generis sözleşmeler kısmen veya tamamen kanunda düzenlenmiş sözleşme tiplerinde bulunmayan unsurlardan meydana gelir. Bu açıdan da tasarruf fon havuzundaki paranın faizsiz finansman araçları ile nemalandırılması ve paranın bu nema ile geri ödeneceği gibi unsurların varlığından ötürü tasarruf finansman sözleşmesini karma sözleşme yerine sui generis sözleşme olarak nitelemek daha isabetli olacaktır.

2. Sözleşmeye İlişkin Kanuni Düzenleme Hükümleri

Değişikliğe tabi tutulan 6361 sayılı Kanun’un dördüncü kısmında sözleşmelere ilişkin hükümler bulunmaktadır. Sırasıyla finansal kiralama sözleşmesi, faktoring sözleşmesi ve finansman sözleşmesi hükümleri düzenlenmiştir. Yeni yasal düzenleme ile dördüncü şirket türü olarak kabul edilen tasarruf finansman şirketlerinde müşteri ve firma arasındaki sözleşmelere ilişkin hükümler de 39/A maddesi olarak 6361 sayılı Kanun’a eklenmiştir.

6361 sayılı Kanun'a eklenen 39/A maddesinin birinci fıkrasında sözleşme unsurlarını tespitle bir tanım yapılmıştır. Buna göre tasarruf finansman sözleşmesi müşteriye finansman kullanma hakkı verirken şirkete de organizasyon ücreti alma hakkı vermektedir. Bu sözleşmenin bir diğer ayırıcı unsuru da tanımında da geçtiği üzere faizsiz finansman esaslarına göre düzenlenmiş olmasıdır.

İkinci fıkrada sözleşmenin şekil şartı hususu zikredilmiştir. Buna göre sözleşmenin geçerlilik şartı yazılı şekildir. Bunun yanında sözleşme mesafeli olarak uzaktan iletişim araçlarının aracılığı ile de yapılabilir. Ayrıca BDDK tarafından belirlenecek ve bir bilişim ya da e-haberleşme cihazı üzerinden gerçekleştirilebilecek yöntemler vasıtasıyla da sözleşme akdedilebilecektir.

Üçüncü fıkrada cayma hakkı düzenlenmiştir. Cayma hakkına göre müşteri sözleşmenin akdedilmesini takip eden 14 gün içinde sözleşmeden dönebilir. Cayma hakkının kullanılması için herhangi bir gerekçe göstermesine de gerek yoktur. Bu hakkın kullanılması ile şirket organizasyon ücreti de dahil olmak üzere müşterisinden aldığı tüm paranın tamamını 14 gün içinde geri vermekle mükelleftir.

Dördüncü fıkrada da müşterinin fesih hakkı hüküm altına alınmıştır. Müşteri bu hakkı tasarruf dönemi bitinceye yani finansmanı alıncaya kadar kullanabilir. Finansman teslim aldıktan sonra ise fesih hakkını kullanamayacaktır. Müşteri bu hakkını kullanırsa organizasyon ücreti olarak ödediği bedel dışında şirkete ödediği birikimlerini geri alacaktır. İadeye ilişkin süre ise BDDK tarafından belirlenecektir. Bu fıkra ile hüküm altında alınan diğer bir husus ise müşterinin kendisine sunulan finansmanı ileriki bir tarihe erteleme hakkıdır. Erteleme durumunda müşterinin hak ve yükümlülükleri saklı kalmaktadır. Müşterinin fesih hakkına karşılık olarak şirketin herhangi bir fesih hakkı yoktur. Meğerki müşterinin sözleşmeden doğan yükümlülüklerini ifa etmemiş olsun.

Beşinci fıkrada ise sözleşmenin içeriğine ilişkin hükümler belirlenmiştir.

Malum olduğu üzere tasarruf planından erken ayrılma durumunda müşteri açısından belirli kayıplar mevzu bahis olmaktadır. Söz konusu kaybın makul ve adil bir seviyede kalması için üçüncü ve dördüncü fıkralarda müşterilerin sözleşmeden vazgeçme hakları düzenlenmiştir. Bu fıkralara göre iki türlü vazgeçme hakkı düzenlenmiş olup bunlardan biri sözleşmenin imzalanmasından itibaren on dört gün içinde kullanılabilen ve müşterinin organizasyon ücreti dahil ödediği her türlü bedeli cayma kararının şirkete ulaştığı tarihten itibaren en geç on dört gün içinde geri alabildiği cayma hakkıdır. Diğer vazgeçme hakkı ise cayma hakkının süresinin dolmasından itibaren başlayıp finansmanı teslim aldığı ana kadar devam eden fesih hakkıdır.

Burada vurgulanması gereken bir diğer önemli nokta ise idari para cezaları başlığı altında daha detaylı bir şekilde anlattığımız idari para cezalarıdır. 39/A maddesinin hükümlerinin firmalar tarafından ihlal edilmesi durumunda caydırıcı idari para cezalarına hükmedileceği öngörülmüştür. Gerek “şikayetvar” adlı

internet sitesi yorumlarından gerek de ilgili firmaların müşterilerinden elde ettiğimiz bilgilere göre halihazırda sektördeki bazı firmalar kararlaştırılan tarihte finansman tutarını ödemelerini geciktirmektedir. Yine sistemden ayrılan müşterilerin tasarruf miktarlarını iade etmede gecikmeler yaşanmaktadır. Böyle bir durumla karşılaşan müşterinin de firmayı zorlayıcı, etkili bir imkânı bulunmamaktadır. İlgili kanun hükümleri müşterinin aleyhine olan bu durumları da önleyecek niteliktedir. Örneğin cayma ve sözleşmeyi feshetme haklarının ihlal edilmesi durumunda 62.500'den az olmamak üzere aykırılık işlem tutarının beş katına kadar idari para cezası verilebilecektir.

H. TASARRUF FİNANSMAN FAALİYETİ

6361 sayılı Kanun'a 39/B maddesi olarak tasarruf finansman faaliyetine ilişkin olarak hükümler de eklenmiştir. Bu madde ile müşterilerin tasarruflarının toplandığı tasarruf fon havuzu hesaplarının şirketin diğer hesaplarından ayırmak zorunda olduğu, tasarruf fon havuzu varlıklarının tasarruf finansman sözleşmesinden kaynaklanan mükellefiyetlerinin ifası dışında başka amaçlarla kullanılmayacağına hükmedilmiştir. Yine bu varlıkların takasa, alacağın temlik ve devrine, hapis hakkında konu olmayacağı, teminat olarak gösterilemeyeceği, rehnedilemeyeceği, kamu alacaklarının tahsili için bile olsa haczedilemeyeceği,²⁵ ihtiyati tedbire, ihtiyati hacze konu olamayacağı, iflas masasına dahil edilemeyeceği hüküm altına alınmıştır. Ayrıca tasarruf finansman şirketlerinin faaliyetlerini faizsiz finansman esaslarına göre yürüteceği, tasarruflardan müteşekkil fonların BDDK'ca belirlenecek faizsiz yatırım araçları vasıtasıyla değerlendirileceği madde kapsamına fıkra olarak eklenmiştir.

Getirilen bu yeni hükümlerle müşteri hak ve menfaatlerinin etkin bir şekilde korunması hedeflenmiştir. Diğer yandan ilgili hüküm tasarruf finansman sisteminin sadece faizsiz finans ilke ve esasları doğrultusunda yürütüleceğini hüküm altına almıştır.

I. FİNANSAL KURUMLAR BİRLİĞİNE ÜYE OLMA ZORUNLULUĞU

Söz konusu kanun değişikliği ile 6361 sayılı Kanun'un 40. maddesinin başlığı Finansal Kiralama, Faktoring ve Finansman Şirketleri Birliği iken bu başlık "*Finansal Kurumlar Birliği*" olarak değiştirilmiştir.

Ayrıca faaliyet iznin alınmasından sonra şirketlerin bir ay içinde finansal kurumlar birliğine üye olması zorunluluğu getirilmiştir. Yukarıda da anlattığımız üzere bu birlik şirketlerin kendi aralarındaki müşterek ihtiyaçlarının karşılanmasını, mesleğin genel menfaatlere uygun olarak gelişmesinin sağlanmasını, mes-

²⁵ Bu hükme müşterilerin tasarruf finansman sözleşmelerinden kaynaklanan alacakları istisna tutulmuştur. Yani müşteriler sözleşme kaynaklı alacakları için tasarruf fon havuzu varlıklarına haciz koyabileceklerdir.

lek mensuplarının birbirleriyle ve müşterilerle olan ilişkilerinde dürüstlüğün ve güvenin hâkim kılınmasını, meslekî disiplin ile ahlakın korunmasını sağlanması için oluşturulmuş olup tüzel kişiliğe sahiptir ve kamu kurumu niteliğinde bir meslek kuruluşudur.

i. İZİNSİZ TASARRUF FİNANSMAN FAALİYETİNDE BULUNMAK

6361 sayılı Kanun'un izinsiz faaliyetlerde bulunmak başlıklı 46. maddesinde izinsiz tasarruf finansman faaliyetinde bulunan şirketler hakkında öngörülen adli cezalara yer verilmektedir. Bu hükümlere ek olarak izinsiz faaliyette bulunan firmalar hakkında Kanun'un 50/A maddesinin birinci fıkrası kapsamında tasfiye kararı verebileceği hüküm altında alınmıştır. Buna göre kanunun yürürlüğe girmesinden sonra belirlenen bir aylık süre içinde BDDK'ya başvuruda bulunmayan firmalar izinsiz faaliyette bulunmuş olacaklarından ötürü verilecek adli cezaların yanında BDDK tarafından verilecek olan tasfiye kararına da muhatap olacaklardır. 50/A maddesine göre BDDK tarafından atanacak tasfiye komisyonu genel hükümlere göre tasfiye işlemini gerçekleştirecektir. Bununla birlikte 50/A maddesi ile diğer şirketlerden farklı olarak tasarruf finansman şirketlerine münhasır bir tasfiye sürecinin işletilebilmesi amaçlanmaktadır. Çünkü tasarruf finansman şirketleri yeni kanuni düzenleme ile de tespit edildiği üzere finansal kuruluşlardır. Bundan ötürü de mali durumlarının çok yakından takip edilmesi, müşterilerin hak ve menfaatlerinin zarara uğramasını önleyecek tedbirlerin alınmasını gerekmektedir.

Burada önemle vurgulanması gereken bir husus da şudur ki tasarruf finansman şirketlerinin topladıkları fonlar, mevduat sigortası kapsamına girmemekte, şirketler de söz konusu tutarlar için prim ödememektedir. Bu nedenle şirketler nezdinde biriken tasarruflara ilişkin herhangi bir devlet garantisi öngörülmemektedir. Bu durum madde gerekçesinde de vurgulanmıştır. İşte bu noktada ekserisi dar ve orta gelirli olan hane halklarının tasarruflarının bulunduğu söz konusu şirketlerdeki birikimlerin güvence altına alınabilmesi, tasarruf sahibi müşterilerin hak ve menfaatlerinin en üst seviyede korunabilmesi için özel bir tasfiye şekli öngörülmüştür.

J. ADLİ CEZALAR

Yukarıda açıklandığı üzere 6361 sayılı Kanun'un altıncı kısmında cezai hükümler düzenlenmektedir. Birinci bölümde idari para cezalarına yer verilmişken iken ikinci bölümde suçlar düzenlenmiştir. Yeni kanuni düzenleme ile suçlar bölümüne yeni suç ve cezalar eklenmiştir. Buna göre 6361 sayılı Kanun'a 49. maddesinden sonra gelmek üzere 49/A ve 49/B maddeleri eklenmiştir.

Tasarrufların çekilmesini engellemek başlıklı 49/A maddesine göre;
“39/A maddesinin üçüncü veya dördüncü fıkralarına aykırı davrananlar altı aydan iki yıla kadar hapis ve beş yüz güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.”

39/A maddesinde hüküm altına alınan yükümlülükler; müşterinin sözleşmenin akdedilmesinden sonra 14 gün içinde cayma hakkını kullanmak istediğinde şirketin organizasyon ücreti dahil müşteriden aldığı tutarın tamamını cayma hakkının bildirilmesinden itibaren 14 gün içinde iade etme yükümlülüğü ve müşterinin fesih hakkını kullanması halinde organizasyon bedeli dışında kalan toplam birikim tutarının BDDK tarafından belirlenecek süre²⁶ içerisinde müşteriye iade etme yükümlülüğüdür. Ayrıca tasarruf finansman sözleşmeleri müşterinin sözleşme kapsamındaki yükümlülüklerini yerine getirmemesi durumu haricinde, şirket tarafından tek taraflı olarak feshedilemez. Bu kurala aykırılık durumunda da ilgili suçun maddi unsuru gerçekleşmiş olacaktır. Buna göre müşteri tarafından cayma hakkı veya fesih hakkı kullandığı takdirde öngörülen süreler içinde ödenmesi gereken tutarlar müşteriye ödenmediği takdirde bu aykırılıklarda bulunan kişiler altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ve beş yüz güne kadar adli para cezası ile cezalandırılacaktır. Bu ihlaller için ayrıca idari para cezası da öngörülmüştür.

Adli cezanın öngörüldüğü diğer bir madde olan 49/B maddesinde geçtiği üzere ilgili suç zimmet suçu olarak isimlendirilmiştir. Türk Ceza Kanunu'nun 247. maddesinde düzenlenen zimmet suçu özgü suç niteliğinde olup sadece kamu görevlileri tarafından işlenebilir.²⁷ Kamu görevlisi kavramı da TCK'nın tanımlar başlıklı 6. maddesinin 1. fıkrasının c bendinde “kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişi” anlaşılır şekilde tanımlanmıştır. Ticari faaliyet yürüten firma yetkilileri ise kamu görevlisi konumunda değildirler. Ancak mevzuatta birtakım görevleri yerine getiren kişilerin kamu görevlisi gibi sorumlu tutulacakları yolunda düzenlemelerin yer aldığı görülmektedir. Statülerini düzenleyen mevzuata göre, kamu görevlisi gibi sorumlu olacakları belirtilen kişilerin zimmet suçunun faili olabileceği hususu açıktır.²⁸ Bazı kanunlarda ise kişinin kamu görevlisi olup olmadığına bakılmaksızın belirli mal varlığı değerlerini kendisinin veya başkasının zimmetine geçirmesi halinde TCK'daki zimmet suçuna ilişkin hükümlere göre cezalandırılacakları kabul edilmiştir (örneğin Kooperatifler Kanunu m. 62).²⁹ 49/B maddesinde ise TCK'ya gönderme yapmak yerine oradaki

²⁶ BDDK tarafından hazırlanan yönetmelik taslağında bu süre üç ay olarak öngörülmektedir.

²⁷ Mahmut Koca - İlhan Üzülmaz, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2017), 880.

²⁸ İzzet Özgenç, *Zimmet Suçu* (Ankara, 2012), 50.

²⁹ Özgenç, *Zimmet Suçu*, 53-54.

metnin küçük değişikliklerle 6361 sayılı Kanun'da yeniden düzenlenmesi tercih edilmiştir. Zimmet başlık 49/B maddesine baktığımız zaman TCK 247, 248, 249. maddelerinin ufak değişikliklerle kopyalanmış halidir. TCK'da zimmet suçunun faili kamu görevlisi iken 49/B maddesindeki zimmet suçunun faili tasarruf finansman şirketi yönetim kurulu başkan ve üyeleri ile diğer mensupları şeklinde düzenlenmiştir.

Birinci fıkrada suçun temel şekli düzenlenmiş olup ikinci, üçüncü ve altıncı fıkralarında nitelikli halleri düzenlenmiştir. Bu noktada ikinci ve üçüncü fıkralar cezanın artırılması gerektiren nitelikli hali olmuştur. Ancak bu fıkralarda TCK'daki gibi cezanın belirli oranda artırılacağı şeklinde bir ibare yerine verilecek cezanın alt ve üst sınırı belirtilmiştir. Bu noktada da ikinci ve üçüncü fıkraların nitelikli hal yerine cezası daha fazla olan farklı suçlar olduğu da iddia edilebilir. Altıncı fıkra ise cezada indirim yapılmasını gerektiren nitelikli haldir. Dördüncü ve beşinci fıkralarda ise etkin pişmanlık hali düzenlenmiştir.

Bu maddeye göre özetle, görevi sebebiyle zilyetliği kendisine bırakılan veya gözetim ve korumayla mükellef olduğu parayı ya da kanunda sayılan diğer varlıkları kendisinin veya bir başka kişinin zimmetine geçiren kişi bu suçun temel halini işlemiş olacaktır. Bu suç zimmetin ortaya çıkmamasını sağlamaya yönelik hileli davranışlarla işlenirse verilecek ceza miktarı artacaktır. Zimmete konu para veya diğer malların değerinin azlığı halinde ise ceza miktarı azaltılacaktır. Etkin pişmanlık halinde de verilecek cezalarda indirime gidilecektir.

K. İdari Para Cezaları

6361 sayılı Kanun'un 44. maddesinde idari para cezaları başlığı altında madde hükümlerine aykırılık halinde uygulanacak olan para cezaları hüküm altına alınmıştır. Yeni kanuni düzenleme ile de bu maddeye ihlalin niteliğine göre iki farklı tutarın öngörüldüğü idari para cezaları eklenmiştir.

Bu sayede tasarruf finansman faaliyeti ve tasarruf finansman sözleşmesine dair hükümlerin ihlal edilmesi durumunda ilgililere verilecek idari para cezasının tayini hedeflenmiştir.

Maddede gönderme yapılan ilgili aykırılıklar ise şu şekildedir: İlk olarak ihlal edilmesi halinde 62.500'den az olmamak üzere aykırılık işlem tutarının beş katına kadar verilecek idari para cezasına neden olacak ihlaller şu şekildedir:

1. m. 9/5'e aykırılık: İlgili şirketler yurt içinde tescil edilmemiş konut veya taşıt alımını ya da konut veya taşıt ediminden doğmayan borçları finanse ederse, tasarruf finansman sözleşmesi kapsamı dışında finansman sağlarsa, üçüncü kişilere borç verirse, reklam, ilan, belgelerinde banka izlenimi oluşturacak deyim ve sözcükleri kullanırsa idari para cezasına çarptırılabilir.

2. m. 39/A/3'e aykırılık: Tasarruf finansman sözleşmeleri başlığı altında anlatılan cayma hakkının müşteri tarafından kullanılması halinde firma organizasyon ücretiyle beraber müşteriden alınan tüm parayı on dört gün içinde iade etmekle yükümlüdür. Bu yükümlülüğünü ihlal etmesi halinde yine bu kapsamda idari para cezasına çarptırılabilir.
3. m. 39/A/4'e aykırılık: Tasarruf finansman sözleşmeleri başlığı altında anlatılan diğer bir müşteri hakkı olan fesih hakkının kullanılması durumunda firma organizasyon ücreti dışında kalan toplam birikimi Bankacılık Denetleme ve Düzenleme Kurulunca belirlenecek süre³⁰ içerisinde müşteriye geri vermek zorundadır. Firma belirlenen süre içerisinde müşterisinin birikimini iade etmezse veya kendisi sözleşmeyi tek taraflı olarak feshederse ya da müşterinin tahsisatı ileriki bir tarihe erteleme hakkını zedeleyecek bir işlem yaparsa bu kapsamda idari para cezasına çarptırılabilir.

İkinci olarak ihlal edilmesi halinde 25.000-50.000-TL arası idari para cezasına hükmedilmesine sebep olacak ihlaller şu şekildedir:

1. m. 39/A/2'ye aykırılık: Tasarruf finansman sözleşmelerinin şeklinde ilişkin kanunda belirtilen hükümlerin ihlal edilmesi durumunda firma bu kapsamda idari para cezasına çarptırılacaktır.
2. m. 39/A/5'e aykırılık: İlgili firkada belirtilen başlıklara ilişkin hükümlerin sözleşmelerde yer alması yükümlülüğüne ve şirketlerin taahhütlerini yerine getirme, finansman kar payı oranının değiştirmeme yükümlülüğüne aykırılık teşkil edecek işlemler bu kapsamda idari para cezasına neden olabilecektir.
3. m. 39/B/1'e aykırılık: Firmaların her bir müşteri ve müşteri grubu bazında tasarruf ve finansman planı düzenleme ve grup şeklindeki tasarruf uygulamasında müşterilerinin teslimat tarihlerinin grup için öngörülen toplam vadenin esas alınması suretiyle belirlenmesi görevlerine aykırılık teşkil edecek işlemler de bu kapsamda idari para cezasına sebebiyet verebilecektir.
4. m. 39/B/2'ye aykırılık: Şirketlerin tasarruf fon havuzu hesaplarının diğer hesaplarından ayırmaması, tasarruf fon havuzu varlıklarının sözleşmelerden kaynaklanan mükellefiyetlerinin ifası dışında başka bir gaye ile kullanması durumlarında bu kapsamda idari para cezasına çarptırılabilir.
5. m. 39/B/3'e aykırılık: Tasarruf finansman firmaları faizsiz finansman esaslarına uygun şekilde faaliyette bulunma yükümlülüklerini ihlal ederlerse bu fıkra kapsamında idari para cezasına çarptırılabilir.

Fikrimce kanuni düzenleme ile gelen en önemli maddelerin başında yukarıda anlatılan idari para cezaları gelmektedir. Zira halihazırda piyasadaki bazı şirketler çekiliş sonucu belirlenen ödeme tarihinde müşterilerine finansman tutarını ödemedi sürekli

³⁰ BDDK'nın ilgili yönetmelik taslağında süre üç ay olarak öngörülmektedir.

öteleme yapmaya çalışmaktadır. *Hukukihaber.com*'da yayınlanan tasarruf finansman sistemi hakkındaki iki yazım ve avukat/hukukçu kimliğim sebebi ile tarafıma pek çok kişi çeşitli vasıtalarla ulaşmış olup şirketlerin finansman ödemelerini zamanında yapmadıklarını dile getirmişlerdir. Müşterilerin içine düştüğü bu mağduriyet durumunda şirketlerin elinin daha güçlü olduğunu ve icra takibi veya dava yoluyla müşterilerin haklarına kavuşmasının daha da gecikebileceğini gözlemlemiş olmam hasebiyle idari para cezası gibi zorlayıcı ve caydırıcı düzenlemelerin alınması sektör ve müşteri mağduriyetlerinin önlenmesi açısından memnuniyet verici olduğunu düşünmekteyim.

L. TASARRUF FİNANSMAN ŞİRKETİNİN FAALİYET İZİNİNİN KALDIRILMASI VE TASFİYESİ

BDDK tarafından hazırlanan Tasarruf Finansman Şirketlerinin Kuruluş ve Faaliyet Esasları Hakkında Yönetmelik kanuni düzenleme öncesinde faaliyet gösteren şirketlerin iradi tasfiyesine ilişkin Geçici Madde 4'te "*Kanunun yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla tasarruf finansman faaliyeti gösteren şirketlerin iradi tasfiyesi 10'uncu madde hükümlerine tabidir. 10'uncu madde koşullarına uyum sağlamayan şirketlerin tasfiyesi Kanunun 50/A maddesi uyarınca tasfiye komisyonu tarafından gerçekleştirilir.*" diyerek söz konusu şirketler için iradi tasfiye veya 50/A kapsamındaki tasfiye şeklinin işletileceğini hüküm altında almıştır.

Yönetmeliğin 10. maddesinde de iradi tasfiye hükümleri düzenlenmiştir. Buna göre iradi tasfiye izni için BDDK'ya başvuru gerekmektedir. Yapılan başvuruda iradi şekilde tasfiye olacak şirketin zorunlu olarak BDDK'ya sunduğu ve müşterilerine ilişkin yükümlülüklerini yerine getirebileceğine dair tasfiye planı kabul edilirse bu yolla tasfiye yolu işletilebilecektir. Aksi takdirde Kanun'un 50/A maddesi kapsamında tasfiye komisyonu tarafından şirket tasfiyesi yapılacaktır.

"*Tasarruf finansman şirketinin faaliyet izninin kaldırılması ve tasfiyesi*" başlıklı 50/A maddesine gelecek olursak işletilecek tasfiye usulü ilgili maddede özetle şu şekilde anlatılmıştır:

1. Likidite düzeyinin sürdürülememesi
2. Likidite düzeyinin sürdürülemeyeceğinin anlaşılması,
3. Likidite hesaplamasının güvenilir surette gerçekleştirilememesi
4. Likiditenin kasıtlı bir şekilde yanlış hesaplanması
5. On beşinci madde kapsamında Bankacılık Denetleme ve Düzenleme Kurulunca alınması istenen tedbirlerin verilen süre içerisinde alınmaması
6. Alınması istenen tedbirlerin kısmen veya tamamen alınmış olmasına rağmen malî bünyenin sağlamaştırılmasına olanak bulunmadığının tespit edilmesi
7. Alınması istenen tedbirler alınmış olsa dahi malî bünyenin sağlamaştırılmayacağına tespit edilmesi

Durumlarından birinin varlığı halinde BDDK'nın minimum beş üyesinin oyuyla alınacak kararlar firmanın faaliyet iznini kaldırabilir ve tasfiyesine karar verebilir. 50/A maddesi kapsamında tasfiyesine karar verilen şirket müşterilerinin finansman kullanma hakları da uygulanmayacaktır. Resmi Gazete'de yayımlanacak olan tasfiye kararının yayım tarihi tebliğ tarihi olarak sayılacaktır.

Tasfiyeyi gerçekleştirecek kişiler BDDK ve TMSF tarafından ilan edilecek üyelere olacaktır. Oluşturulan bu tasfiye komisyonu tasfiyeyi genel hükümlere göre yapacaktır.

Ayrıca faaliyet izni kaldırılarak tasfiyesine karar verilen şirketler hakkında 5411 sayılı Kanun'un 109, 110, 133, 134, 137, 138, 140, 141 ve 142. madde hükümleri kıyasen uygulanabilecektir.

M. TASARRUF FİNANSMAN FAALİYETİNDE BULUNAN ŞİRKETLERİN³¹ İNTİBAK SÜRECİ

7292 Sayılı Finansal Kiralama, Faktoring ve Finansman Şirketleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihte (07.03.2021) herhangi bir lisansa tabi olmaksızın tasarruf finansman faaliyeti yürüten şirketlerin bir ay içinde BDDK'ya tasarruf finansman faaliyetinde bulduklarını beyan eden ve intibak etmek istediklerini belirten bir dilekçeyle başvuruda bulunmaları, başvuru sırasında da ödenmiş sermayeleri, finansal durumları ve kurumsal yapıları başta olmak üzere, durumlarını mevzuat hükümlerine nasıl uyumlu hale getireceklerini makul ve uygulanabilir bir plan dahilinde açıklamaları gerekmektedir. BDDK bu sürece ilişkin olarak ayrıntılı bir duyuruyu da 12.03.2021 tarihinde sitesinde paylaşmıştır.³²

7292 Sayılı Finansal Kiralama, Faktoring ve Finansman Şirketleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 17. maddesi ile 6361 sayılı Kanun'a intibak sürecine ilişkin Geçici Madde 7 eklenmesi hüküm altına alınmıştır. Geçici Madde 7'de bu maddenin yürürlüğe girmesinden itibaren bir ay içinde tasarruf finansman faaliyeti yürütenlerin kuruma başvuruda bulunmak, başvuru sırasında durumlarını en geç altı ay içinde Kanun hükümlerine uygun hale getireceklerine veya müşteri hak ve menfaatlerini zarara uğratmadan tasfiye olacaklarına dair bir plan sunmak ve planın uygun görülmesi halinde gereken işlemleri planda

³¹ Burada tasarruf finansman şirketi yerine tasarruf finansman faaliyetinde bulunan şirket ibaresi tercih edilmiştir. Zira kanunun yürürlüğe girdiği tarihte faaliyet gösteren firmaları henüz faaliyet izni almadıklarından ötürü tasarruf finansman şirketi olarak isimlendirmek hatalı olacaktır. Bunun yerine tasarruf finansman faaliyetinde bulunan şirketler ifadesinin kullanımı daha doğru olacaktır. İntibak sürecine başvuruda bulunan ve değerlendirme süreci devam eden şirketler için bkz.: <https://www.bddk.org.tr/Kuruluslar-Kategori/Basvuruda-Bulunan-ve-Degerlendirme-Sureci-Devam-Eden-Tasarruf-Finansman-Sirketleri/44>.

³² <https://www.bddk.org.tr/Duyurular/Tasarruf-Finansman-Faaliyetinde-Bulunan-Kisi-ve-Kuruluslar-Hk/900>.

belirlenen süreler içerisinde yerine getirmek zorunda olduğu hüküm altına alınmıştır. Bu altı aylık süre, Kanun hükümlerine uyum sağlanması ilişkin ilave bir plan sunulması ve söz konusu planın Kurulca uygun görülmesi altı ayı geçmemek üzere uzatılabilir. Ayrıca BDDK 5'inci maddenin birinci fıkrasının (e) bendi (Nakden ve her türlü muvazaadan arı olarak ödenmiş sermayesinin en az yüz milyon Türk lirası olması) dışındaki mevzuat hükümlerine uyum için intibak süresini altışar ayı geçmemek üzere iki defa daha uzatmaya yetkilidir. Dolayısıyla ilgili şirketler en geç 6+6 ay içinde ödenmiş sermayelerini yüz milyon TL'ye çıkarmak zorundadırlar.

Bir ay içinde BDDK'ya müracaat etmeksizin tasarruf finansman faaliyetine devam edenler hakkında ise 46. madde hükümleri uygulanacaktır. 6361 sayılı Kanun'un 46. maddesine göre ise alınması gereken izinleri almaksızın ilgili faaliyetlerde bulunan kişiler için adli cezalar öngörülmüştür. Buna ilaveten ilgili tüzel kişi hakkında da tüzel kişilere özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunacaktır. Ayrıca, bu suçun bir iş yeri bünyesinde işlenmesi hâlinde bu iş yerlerinin kapatılmasına da karar verilebilir.

M. 46/2 uyarınca; 6361 Sayılı Kanun'a göre alınması lazım olan izinleri almaksızın ticaret unvanlarında, her türlü belge, ilan ve reklamlarında veya kamuoyuna yaptıkları açıklamalarda şirket gibi faaliyet gösterdikleri izlenimini uyandıracak söz ve deyimleri kullanan kişiler, üç aydan bir yıla kadar hapis ve bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır. Ayrıca, bu iş yerlerinin bir aydan bir yıla kadar, tekerrür hâlinde ise sürekli olarak kapatılmasına karar verilebilir.

Kuruma başvuruda bulunan şirketlerden, bağımsız denetimden geçmiş mali tablolarına göre varlıkları yükümlülüklerini karşılayamayacağı tespit edilenler ile durumlarını öngörülen süre içerisinde bu kanun hükümlerine uygun hale getirmeyenler veya sunduğu plan Kurul tarafından yeterli görülmeyenler hakkında Kurul 50/A maddesinin birinci fıkrası kapsamında tasfiyesine karar verebilir.

Ayrıca kanun değişikliği ile 6361 sayılı Kanun'un 46. maddesine "*izinsiz tasarruf finansman faaliyetinde bulunan şirketler hakkında Kurul, 50/A maddesinin birinci fıkrasına göre tasfiye kararı almaya yetkilidir.*" ifadesi eklenmiştir. Yani bir ay içinde kuruma başvuru yapmayan firmalar hakkında BDDK, 6361 sayılı Kanun'un 50/A maddesi kapsamında tasfiye kararı verecektir.

N. TAPU KANUNU'NA EKLENEN FIKRA

7292 Sayılı Finansal Kiralama, Faktoring ve Finansman Şirketleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile 2644 sayılı Tapu Kanunu'nun 26. maddesine de bir fıkra eklenmiştir. Eklenen bu fıkra hükmüne göre tasarruf finansman firmaları tarafından müşterilerine sağlanan yahut sağlanacak finansmana karşılık teminat olarak gösterilen gayrimenkullerin ipotek işlemleri tarafların istemi halinde akdedilen tasarruf finansman sözleşmesine istinaden tapu

müdürlüklerinde tapuya tescil olunur. Bu sayede firmaların müşterilerine sundukları finansmanlara teminat olan ipotek işlemlerinin tapuya tescil imkanı doğmuştur.

Malum olduğu üzere kamuya açıklık prensibi ipoteğin kurulması için tapu siciline tescili gerekli kılar. Tescilin geçerli olması için de kural olarak, bir geçerli kazanma sebebi ve taşınmaz malikinin yazılı tescil talebi gereklidir. Bununla birlikte medeni kanun kurulmaları bu kurala istisna oluşturan ipotek hakları da öngörmüştür. Bunlardan bazıları tescile gerek olmadan kanun dolayısıyla sicil dışı doğmaktadır (tescile tabi olmayan kanuni ipotek hakları). Bazılarında ise ipotek haklarının kurulması için tescil gerekli olmasına karşın kazanma sebebi olarak doğrudan doğruya bir kanun hükmü mevzu bahis olmaktadır (tescile tabi kanuni ipotek hakları).³³

Kanuni düzenleme öncesinde sağlanan finansmanın teminatında dolambaçlı yollarla ipotek yapmaya çalışan firmalar bu düzenleme ile tescile tabi bir kanuni ipotek hakkı kazanmış olduğunu düşünmekteyiz. Bu durumda firma ile müşteri arasındaki tasarruf finansman sözleşmesi ilgili hüküm gereği geçerli bir kazanma sebebi olarak sayılabilecektir.

Tescile tabi kanuni ipotek haklarında, hakkı kazanan kimsenin tapu memurundan ipoteğin tesisini doğrudan talep edip edemeyeceği tartışmalı bir meseledir. Hak sahibi kişinin ipoteğin tescilini talep etmesi halinde taşınmaz malikinin muvafakat beyanına ihtiyaç duyulup duyulmadığı tartışmanın merkezidir. Öğretide bir görüşe göre tescilin niteliği itibarıyla kanundan kaynaklı yenilik doğrucu bir hak olduğundan taşınmaz malikinin muvafakatine gerek yoktur. Hak sahibi kimse doğrudan doğruya ipoteğin tesisini tapu memurundan isteyebilir.³⁴ Diğer bir görüşe göre ise hakkı kazanan kişi ipoteğin tesisini doğrudan doğruya tescil edemez. Taşınmaz malikinin muvafakati de gerekmektedir.³⁵ 7292 Sayılı Kanun ile Tapu Kanunu'nun 26. maddesine eklenen fıkrada “ tarafların istemi halinde” ibaresiyle kanun koyucu hak sahibinin tek başına ipotek tescilini talep edemeyeceğini işaret etmiştir.

SONUÇ

Tasarruf finansman sistemi hem konvansiyonel finansman yöntemleri açısından hem İslami finansman yöntemleri açısından alternatif bir model olarak karşımıza çıkmaktadır. Otuz senelik geçmiş birikimi ile bugünlere kadar gelen bu model işleyen ve talep karşılayan bir sistem olduğunu ortaya koymuştur. Özellik-

³³ M. Kemal Oğuzman vd., *Eşya Hukuku* (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2016), 975.

³⁴ Oğuzman vd., *Eşya Hukuku*, 982.

³⁵ Haluk Nami NOMER - Mehmet Serkan ERGÜNE, *Eşya Hukuku* (İstanbul: Onikilevha Yayıncılık, 2016), Cilt: 2 Rehin Hukuku/57; Şafak N. EREL, *Eşyaya Bağlı Borç* (Ankara: A.Ü. Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, 1982), 223 vd.

le son yıllardaki artan müşteri ve firma sayısı ile halk nazarında sistemin tevccüh gördüğü ve bu tarz bir finansman modeline de talep olduğu açığa çıkmıştır. Bilhassa faiz oranlarının görece yüksek olduğu zamanlarda iş hacmi büyüyen tasarruf finansman sistemi, dini hassasiyeti olan yahut bankalarca kredilendirilemeyen taşınmaz ve araçları satın almak isteyen ya da bankalarda kredibilitesi olmayan müşteriler için alternatif bir finansman modeli olarak tercih edilmektedir. Faizlerin yüksek olduğu zaman diliminde konvansiyonel bankalara ve katılım bankalarına göre finansman maliyeti de daha düşük seviyede kalmaktadır.

Ancak tasarruf finansman sisteminin kontrolsüz şekilde büyümesi bazı tehlikelerin vaki olması ihtimalini ortaya koydu. Bu noktada da bu sistemin işleyen bir sistem olarak güçlü bir şekilde devam etmesi ve de müşterilerin hak ve menfaatlerinin korunması için kanuni bir düzenleme ihtiyacı hissedildi. Uzun bir süredir beklenen bu kanuni düzenleme de 7292 Sayılı Finansal Kiralama, Faktoring ve Finansman Şirketleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile 07/03/2021 tarihi itibarıyla yürürlüğe girdi. 7292 Sayılı Kanun ile 6361 Sayılı Kanun'da pek çok değişiklik yapılmıştır. Birçok açıdan yenilikler getiren 7292 Sayılı Finansal Kiralama, Faktoring ve Finansman Şirketleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunu ve dolayısıyla son haliyle 6361 Sayılı Finansal Kiralama, Faktoring, Finansman ve Tasarruf Finansman Şirketleri Kanunu biz olumlu bulduk. İşbu yenilikleri de hukuken değerlendirmeye çalıştık.

Öncelikli olarak yüz milyon TL ödenmiş sermaye şartı aranması sektördeki firmaların daha güçlü bir mali yapıya kavuşturarak sektördeki firmalara güveni artırmış olacaktır.

Şirketlerin birleşme, devir, bölünme, tasfiye işlemlerinin de Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu'nun iznine tabi tutulması da bir diğer olumlu gelişmedir. Bu şirketlerin tasfiyesi de özel bir şekilde tabi tutulmuştur.

Kanuni düzenleme ile gelen diğer bir yenilik tasarruf finansman sözleşmeleri olmuştur. Bizim tespitimize göre firma ve müşterisi arasındaki bu sözleşmeler bünyesinde karz, usulsüz tevdi ve vekalet akitlerinin unsurlarını barındıran sui generis bir sözleşme niteliğindedir. Ancak kanuni düzenleme ile bu sözleşme tipikleştirilmiştir.

Bu kanunla tasarruf finansman şirketleri için finansal kurumlar birliğine üye olma zorunluluğu getirilmiş olup bu yenilikle mesleğin genel menfaatlerine uygun şekilde şirketlerin gelişmesine katkıda bulunacaktır.

Kanuni düzenleme ile şimdiye dek bu faaliyetleri yürüten şirketlerin akıbeti-ne ilişkin düzenlemeler de getirilmiştir. Buna göre bir intibak süreci öngörülmüştür. Ayrıca izinsiz tasarruf finansman faaliyetinde bulunanlar hakkında yaptırımlar öngörülmüştür.

Sektörde vuku bulabilecek bazı sakıncaların önüne geçmek için caydırıcı adli cezalar da öngörülmüştür. Buna ilaveten idari para cezaları da ihdas edilmiştir. Bu noktada idari para cezalarının tatbikinin çok önemli olduğunu düşünmekteyiz. Zira sektörde firmaların bazıları tahsisatları geciktirmekte veya müşterinin sistemden çıkması halinde para iadesini makul bir sürede yapmamaktadır. Bu durumlarla karşılaşan müşteriler firmayı zorlayıcı hiçbir imkanı bulamamaktadır. Öngörülen bu idari para cezaları bu tarz istenilmeyen durumların önüne geçilmesi amaçlanmıştır.

Kanuni düzenleme faaliyet izninin kaldırılması ve tasfiyeye ilişkin 50/A maddesi ile yeni bir düzenleme yapmıştır. Buna göre şirketin tasfiyesi BDDK tarafından atanan tasfiye komisyonu tarafından yapılacaktır.

Kanuni düzenleme ile uyum için bazı kanunlarda da değişikliğe gidilmiş bunlar içinde tapu kanuna eklenen madde firmalar açısından da kolaylık sağlayacak bir yenilik getirmiştir. Verilen finansmanın teminatı olarak ipotek kurabilme imkanı kolaylaştırılmıştır.

KAYNAKÇA

- AKPOLAT, Oğuz Mustafa. *Konut Satın Alma Maliyet Analizleri: Bankalar-Katılım Bankaları-Elbirliği Sistemi Karşılaştırması*. Tokat, Yüksek Lisans Tezi, 2018.
- ANTALYA, Gökhan. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. İstanbul: Legal, 2016.
- ARAL, Fahrettin - AYRANCI, Hasan. *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*. Ankara: Yetkin Yayınları, 11. Baskı., 2015.
- BİRSİN, Mehmet - ÖTEGEÇELİ, Hatice. “Tasarrufa Dayalı Faizsiz Finansman Sistemi ve Fikhî Meşruiyeti Üzerinde Yapılan Değerlendirmeler”. *Mesned İlahiyat Araştırmaları Dergisi* 10/1 (30 Haziran 2019), 85-114.
- ÇEKİN, Ömer. *Tasarrufa Dayalı Finansman Sistemi ve İslami Finans İlkeleri Çerçevesinde Değerlendirilmesi*. İstanbul, Yüksek Lisans Tezi, 2018.
- EREL, Şafak N. *Eşyaya Bağlı Borç*. Ankara: A.Ü. Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, 1982.
- EREN, Fikret. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Yetkin Yayınları, 18., 2015.
- ERGÜVEN, Murat. *Konut Finansmanında Elbirliği Sistemi: Müşterilerin Elbirliği Sistemi Tercihleri Üzerine Bir Araştırma*, 2014.
- ERGÜVEN, Murat. *Tasarrufa Dayalı Finans Sistemi İçin İslâmi Finans İlkelerine Uygun Model Önerisi*. İstanbul, Yüksek Lisans Tezi, 2019.
- ERGÜVEN, Murat - KAYA, Ferudun. “Konut Finansmanında Elbirliği Sistemi: Müşterilerin Elbirliği Sistemi Tercih Nedenleri Üzerine Bir Araştırma”. *Kastamonu Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi* 13/3 (15 Temmuz 2016), 24-39.
- ERGÜVEN, Murat - KAYA, Ferudun. “Tasarrufa Dayalı Finans Sisteminin Sürdürülebilirliğinin Sağlanması ve Finansal Ekosistem İçinde Yerini Alması Üzerine Bir Araştırma”. *Finans Ekonomi ve Sosyal Araştırmalar Dergisi* 5/4 (31 Aralık 2020), 755-769. <https://doi.org/10.29106/fesa.803808>.
- GÜMÜŞ, Mustafa Alper. *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 3. Basım, 2013.
- HACAK, Hasan. “Tasarrufa Dayalı Faizsiz Finansman Sisteminde Yapılan Akitlerin Analizi (Elbirliği Finansman Sistemi Üzerinden)”. *Tasarrufa Dayalı Faizsiz Finansman Sistemi*. 85-104. Ensar Neşriyat, 1. Basım, 2017.
- KAHRAMAN, Abdullah. “Bir Faizsiz Finansman Yöntemi Olarak Müşareke Akdi ve Tasarrufa Dayalı Faizsiz Sistem (Elbirliği Sistemi Örneği)”. *Tasarrufa Dayalı Faizsiz Finansman Sistemi*. 69-84. Ensar Neşriyat, 1. Basım, 2017.
- KAYA, Süleyman. “Faizsiz Finans İlkeleri ve Tasarrufa Dayalı Faizsiz Finansman Sistemine Dair Öneriler”. *Tasarrufa Dayalı Faizsiz Finansman Sistemi*. 41-50. Ensar Neşriyat, 1. Basım, 2017.
- KOCA, Mahmut - ÜZÜLMEZ, İlhan. *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*. Ankara: Adalet Yayınevi, 4. Baskı., 2017.
- KOÇ, İlker - ÇEKİN, Ömer. “Tasarrufa Dayalı Faizsiz Finansman Sistemi: İşleyiş, Değerlendirme ve Tasarım”. *Tasarrufa Dayalı Faizsiz Finansman Sistemi*. 9-40. Ensar Neşriyat, 1. Basım, 2017.

- KORKMAZ, Sefer. *Hile-i Şer 'iyye Bağlamında Türkiye'deki Faizsiz Konut Finansman Sistemi Üzerine Bir Araştırma*. İstanbul: İstanbul Üniversitesi, Yüksek Lisans Tezi, 2019.
- KUMBASAR, Murat. "Ev Sahibi Olmak ve Eminevim Örneği". *Kafkas Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi* 3/5 (01 Ocak 2016), 0. <https://doi.org/10.17050/kafid.204069>.
- NOMER, Haluk Nami - ERGÜNE, Mehmet Serkan. *Eşya Hukuku*. İstanbul: Onikilevha Yayıncılık, 1. Basım, 2016.
- OĞUZMAN, M. Kemal vd. *Eşya Hukuku*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 19., 2016.
- OKUR, Mustafa - KURT, Gülşah DOĞAN. "Gayrimenkul Finansmanında Katılım Bankacılığı İçin Alternatif Bir Finansman Modeli: İpoteğe Dayalı Paylaşımlı Faizsiz Finansman Modeli". *Global Journal of Economics and Business Studies* 8/16 (06 Ocak 2020), 207-219.
- ÖZGENÇ, İzzet. *Zimmet Suçu*. Ankara, 2. Bası., 2012.
- ÖZTÜRK, Ali. "Tasarrufa Dayalı Faizsiz Finansman Sisteminde Fon Fazlası Varlıkların Değerlendirilmesi". *Tasarrufa Dayalı Faizsiz Finansman Sistemi*. 51-68. Ensar Neşriyat, 1. Basım, 2017.
- REMZİ, Mehmet - AYDIN, Sezer. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. İkinci Sayfa, 10., 2017.
- TEKEREK, Süleyman. *Konut Finansmanında Banka Kredilerine Alternatif Modellerden "Elbirliği Sistemi" Üzerinde Bir Çalışma*, 2013.
- USMANİ, Muhammad Taqi. «الطرق المشروعة للتمويل العقاري» بحوث في قضايا فقهية معاصرة, ts.
- YAVUZ, Cevdet. *Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler)*. İstanbul: Beta, 10. Basım, 2012.
- YAZICI, Mehmet. "Konutta Alternatif Finans Yöntemi Olarak Tasarrufa Dayalı Faizsiz Finans Sistemi". *Academic Review of Humanities and Social Sciences* 2/3 (29 Aralık 2019), 224-235.

Güncel Dini Meseleler İstişare Toplantısı- VII, ts.

Çevrimiçi Kaynaklar

- <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem27/yil01/ss251.pdf> (*Kanun Teklifi Komisyon Raporu*).
- <https://www.tbmm.gov.tr/kanunlar/k7292.html> (*Finansal Kiralama, Faktoring ve Finansman Şirketleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun*).
- <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.6361.pdf> (*Son Haliyle 6361 Sayılı Kanun*).
- <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2021/03/20210307-10.htm> (*7292 Sayılı Kanun*).
- <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2021/04/20210407-20.htm> (*Tasarruf Finansman Şirketlerinin Kuruluş ve Faaliyet Esasları Hakkında Yönetmelik*).
- <https://www.bddk.org.tr/Anasayfa>.
- <https://www.eminevim.com/>.
- <https://www.fuzulev.com/>.
- <https://www.birevim.com/>.
- <https://www.katilimevim.com.tr>.
- <https://www.financevim.com.tr>.
- <https://www.sikayetvar.com/>.

KAMU HUKUKU



Asgari Geçim İndirimi Uygulamasından Vazgeçilmesinin Vergi Teorisi Bakımından Değerlendirilmesi^(*)

Evaluation of Abandonment of Minimum Living Allowance Practice in Terms of Tax Theory

Doç. Dr. Baki YEĞEN^(**)

Öz

Sosyal devlet olmanın bir gereği olarak vergi yükünün mükellefler arasında adaletli bir şekilde dağıtılmasında ödeme gücü yaklaşımı temel alınmaktadır. Çağdaş vergilendirme anlayışı kaçınılmaz olarak ödeme gücünün tespit edilmesine ihtiyaç duyduğu için ülkelerin vergi sistemlerinde ödeme gücünün tespitinde genel kabul gören vergileme tekniklerinin baz alındıkları indirim uygulamaları ile karşılaşmaktadır. Bu amaçla ülkemizde uygulanan indirimlerden biri olan asgari geçim indirimi, 7349 sayılı kanun aracılığıyla 2022 yılından itibaren uygulamadan kaldırılmış ve aynı yasal düzenlemeyle asgari ücret tutarı kadar ücret geliri vergi dışı bırakılmıştır. 7349 sayılı kanun aracılığıyla ücret gelirlerinin vergilendirilmeleri hususunda yaşanan söz konusu gelişmeler, vergi teorisi bakımından benimsenen anlayışın önemli ölçüde değiştiğini göstermiştir. Bu kapsamda vergileme tekniklerinden en az geçim indiriminin gelir vergisinin subjektiflik özelliğine bağlı olarak nispeten sınırlandırıldığı, buna karşın ayırma kuramına nispeten ağırlık verildiği anlaşılmıştır.

Anahtar Kelimeler

Asgari Geçim İndirimi, Ödeme Gücü, Gelir Vergisi, Ayırma Kuramı, Vergi Teorisi.

Abstract

As a requirement of being a social state, the ability to pay approach is based on the fair distribution of the tax burden among taxpayers. Since the modern understanding of taxation inevitably needs to determine the ability to pay, there are discount applications based on generally accepted taxation techniques in the determination of the ability to pay in the tax systems of the countries. For this purpose, the minimum living allowance, which is one of the allowance applied in our country, has been abolished as of 2022 by the law numbered 7349, and wage income equal to the minimum wage has been excluded from taxation with the same legal regulation. The developments in the subject of taxation of wage incomes through Law No. 7349 have shown that the understanding adopted in terms of tax theory has changed significantly. In this context, it has been understood that the least living allowance among the taxation techniques is relatively limited due to the subjectivity of the income tax, while the discrimination theory is given more weight.

Keywords

Minimum Living Allowance, Ability to Pay, Income Tax, Discrimination Theory, Tax Theory.

^(*) Araştırma Makalesi / [Makale Geliş Tarihi](#): 15.03.2022 - [Makale Kabul Tarihi](#): 27.04.2022

^(**) Niğde Ömer Halisdemir Üniversitesi, İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, Maliye Bölümü, Niğde - Türkiye
[E-posta](mailto:bakiyegen@ohu.edu.tr): bakiyegen@ohu.edu.tr
[Orcid No](https://orcid.org/0000-0003-4118-1445): <https://orcid.org/0000-0003-4118-1445>

GİRİŞ

Günümüz dünyasında genel kabul gören sosyal devlet anlayışı kapsamında devletler, çeşitli iktisadi ve mali enstrümanlar kullanmaktadırlar. Sosyal amaçla kullanılan mali enstrümanlardan en önemli olanı kuşkusuz vergilerdir. Kamu giderlerinin finansmanında ihtiyaç duyulan öncelikli kaynak olan vergiler, aynı zamanda sosyal hayata müdahale edilmesine olanak sağlayan birer araç olmaktadır. Vergiler aracılığıyla sosyal hayatın şekillenmesinde adalet ilkesinin gelir dağılımında, dolayısıyla da vergilendirme alanında hayat bulması gerekmektedir. Vergilendirmede adalet ilkesinin gerçekleşmesinde ise ödeme gücü yaklaşımı belirleyici olmaktadır. Ödeme gücü yaklaşımının benimsendiği modern vergi sistemine sahip ülkeler, ödeme gücünün kavranmasına yardımcı olan bazı teknik ve indirim uygulamalarından faydalanmaktadırlar. Bu anlamda ülkemizde de gelir vergisinin resmen uygulanmaya başlandığı dönemden itibaren birtakım teknik ve uygulamalardan faydalanılmıştır. Ülkemizde bu amaçla faydalanılan uygulamalardan biri de asgari geçim indirimi olup, söz konusu uygulamadan 2022 yılı itibarıyla vazgeçilmiştir. Asgari geçim indirimi uygulamasından vazgeçilmesinin vergi teorisi açısından doğurduğu sonuçlar çalışmanın ana temasını oluşturmaktadır. Bu nedenle çalışma kapsamında öncelikle ödeme gücü ile asgari geçim indirimi ilişkisi ele alınmakta, daha sonra asgari geçim indiriminin tarihsel gelişimi hakkında bilgiler verilmekte ve son olarak da asgari geçim indirimi uygulaması ile ilgili yaşanan güncel gelişmeler vergi teorisi açısından değerlendirilmektedir.

I. ÖDEME GÜCÜ İLE ASGARI GEÇİM İNDİRİMİ İLİŞKİSİ

Klasik İktisat yaklaşımı, devleti tarafsız kabul etmektedir. Klasik İktisat yaklaşımına göre devlet sadece sahip olduğu geleneksel fonksiyonları yerine getirmeli bu kapsamda savunma, adalet ve diplomasi hizmetleri sunmakla yetinmelidir. “Laissez-faire” anlayışı kapsamında devletin görev alanı oldukça sınırlı bir şekilde çizilmektedir. Klasik İktisat yaklaşımının öncüsü olarak kabul edilen Adam Smith “Laissez-faire” anlayışını benimsemekle birlikte ilerleyen yıllarda devletin bayındırlık projelerini üstlenmesi gerektiğini de belirtmiştir. Klasik İktisat yaklaşımı her ne kadar 1929 ekonomik buhranına kadar geçerli olsa da buhranın olumsuz etkileri karşısında çözüm üretmediği için geçerliliğini kaybetmiş ve devletin klasik fonksiyonlarının yanı sıra ekonomik ve sosyal hayata müdahale etmesi gerektiği fikriyle modern iktisadi yaklaşımın temelleri Keynes tarafından atılmıştır.¹ Anlaşıldığı üzere devletin rolü klasik iktisat yaklaşımına göre sınırlı olmasına rağmen, günümüz modern iktisat yaklaşımı devletin ekonomik ve sosyal süreç içerisinde önemli bir aktör olarak yer aldığı sosyal refah devleti anlayışını benimsemekte ve bu duruma ülkelerin anayasalarında yer verilmektedir.²

¹ Orhan Şener, “Teori ve Uygulamada Kamu Ekonomisi”, İstanbul, Beta Basım Yayım Dağıtım, 2001, s. 2-3.

² Aytaç Eker ve Duran Bülbül, “Kamu Maliyesi”, Ankara, Özbaran Ofset Matbaacılık, 2013, s. 45.

Nitekim ülkemiz açısından da bu durum geçerli olup, Cumhuriyetin niteliklerine ilişkin açıklamalara yer verilen Anayasa'nın 2. maddesinde “*Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, milli dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, laik ve sosyal bir hukuk Devletidir.*” hükmüne yer verilmektedir. Hukuk devleti ile devlet bünyesinde faaliyet gösteren bütün organların faaliyetlerinde hukuk kurallarını gözetmelerinin yanı sıra kişilerin temel hak ve özgürlüklerinin güvence altına alınması öngörülmektedir. Anayasa’da Türkiye Cumhuriyeti sadece hukuk devleti şeklinde ifade edilmemekte olup, sosyal hukuk devleti şeklinde ifade edilmek suretiyle sosyal devlet özelliğine de yer verilmektedir. Bu kapsamda devlet, vatandaşlarının refahlarını, kalkınmayı ve gelirin kişiler arasında adil dağılımını sağlamak amacıyla müdahalelerde bulunabilmektedir.³ Müdahaleci ve sosyal devlet anlayışında vergi, devletin amaçlarına ulaşma ve üzerine düşen sorumlulukları yerine getirme noktasında ihtiyaç duyduğu zaruri bir mali araç olarak kabul edilmektedir.⁴

Teorik planda vergi ile ilgili tartışmaların kökeni Roma dönemine kadar gitmekle birlikte tartışmaların odağında önceleri vergi almanın haklı ve meşru bir eylem olup olmadığı hususu yer almıştır. Ancak vergi ile ilgili görüşlerin zamanla değişmesine paralel olarak sonraki tartışmalar vergi ile verginin karşılığı olduğu kabul edilen kamu mal ve hizmetlerinden sağlanan fayda arasındaki ilişki hususunda yaşanmış; vergileme vasıtasıyla kamu harcamalarının mükellefler arasında adaletli bir şekilde paylaşılmasında kamu mal ve hizmetlerinden sağlanan fayda ile mükelleflerin ödeme güçleri arasında hangisinin tercih edilmesi gerektiği tartışma konusu olmuştur.⁵ Bahsi geçen tartışma konusuyla ilgili görüşler ödeme gücü ile fayda teorisi olmak üzere iki farklı yaklaşım çerçevesinde ortaya konulmuştur. Vergilendirme anlayışının altında yatan nedenin fayda teorisi olması durumunda bireylerin kamu hizmetlerinden sağladıkları fayda ile orantılı şekilde vergi ödemeleri gerektiği savunulmuştur. Çünkü fayda teorisi topluma herhangi bir kamu hizmeti sunmamakla birlikte toplumdan yüksek miktarlarda vergi talep eden otoriter rejim anlayışına karşı bireysel hakların gözetilmeleri amacıyla ortaya atılmış ve ödedikleri vergilerin karşılığını kamu hizmetleri olarak almaları gerektiği yönünde vatandaşlarda farkındalık oluşturmayı amaçlamıştır.⁶

Ancak fayda teorisinin uygulanmasındaki iki temel güçlük vergi sistemini şekillendiren bir diğer yaklaşım olarak ödeme gücü yaklaşımının önem kazanmasına

³ Nami Çağan, “Vergilendirme Yetkisi”, İstanbul, Kazancı Hukuk Yayınları, 1982, s. 190.

⁴ Fritz Neumark, “Maliyeye Dair Tetkikler”, İstanbul, İstanbul Üniversitesi İktisat Fakültesi Yayınları, Yayın No: 9, 1948, s. 34-35.

⁵ Halil Nadaroğlu, “Kamu Maliyesi Teorisi”, İstanbul, Okan Dağıtımçılık Yayıncılık Ltd. Şti., 1983, s. 264-265.

⁶ Kenan Bulutoğlu, “Kamu Ekonomisine Giriş”, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1988, s. 417.

ve genel kabul görmesine neden olmuştur. Fayda teorisinin uygulanmasındaki güçlüklerden ilkinde göre özellikle savunma, iç güvenlik, diplomasi vb. tam kamusal mal ve hizmetler açısından mükelleflerin ödedikleri vergilere ilişkin olarak faydalandıkları kamu mal ve hizmetlerinin seviyelerini ölçmek neredeyse imkânsız olmaktadır. İkincisine göre sadece bedelini ödeyenin yarı kamusal mal ve hizmetten faydalanma hakkına sahip olması hizmetin kolektif olarak sunulmasının neden olacağı pozitif dışsallığı engelleyeceği, ilgili hizmetin kolektif olarak sunulmamasının ise negatif dışsallığa neden olacağı öngörüldüğü için yarı kamusal mal ve hizmetler bakımından dışsallık sorunu ortaya çıkmaktadır. Bahsedilen nedenlerden ötürü fayda teorisi yerine ödeme gücü yaklaşımı kapsamında kamusal mal ve hizmetlere ilişkin maliyetlerin ödeme güçleriyle orantılı olacak şekilde mükellefler arasında dağıtılması tercih edilmektedir.⁷ Buna göre ödeme gücü yaklaşımı fayda teorisinin aksine kamu hizmetlerinden sağlanan fayda ile ödenmesi gereken vergiler arasında bir ilişki kurmamakta, esasen ödenmesi gereken vergiler ile ödeme gücü arasında bir ilişki kurulması gerektiği hususu üzerinde durmaktadır.

Ödeme gücü yaklaşımının temeli vergi politikalarının vazgeçilmez ilkelerinden biri olan vergilemede adalet ilkesine⁸ dayanmaktadır. Gerek yatay adaletin gerek dikey adaletin sağlanmasında kişilerin vergilendirme bakımından benzer durumda olup olmadıklarının tespiti önem arz etmektedir.⁹ Bu nedenle 16. yüzyıldan itibaren Guiccardini ve Bodin başta olmak üzere Rousseau, Sismondi, Say, Mill, ve Wagner gibi çeşitli yazarlar ödeme gücü yaklaşımını adalet ilkesinin gereği olarak benimsemişlerdir.¹⁰ Vergilemede adalet ilkesinde vergi yükünün mükellefler arasında adil olarak dağıtılması amaçlanmakla birlikte söz konusu amaca ulaşırken mükelleflerin ödeme güçleri göz önünde bulundurulmaktadır.¹¹ Çünkü ödeme gücü yaklaşımına göre eşit miktarda gelire sahip iki kişi düşünüldüğünde diğer şartlar aynı olmak kaydıyla kişilerin ailevi özelliklerinden dolayı vergi yükleri farklılık göstermektedir.¹² Nitekim bu durum sosyal nitelikli vergi reformlarının ortak noktası olarak da dikkat çekmektedir.¹³ Şöyle ki günümüz sosyal refah

⁷ Abdurrahman Akdoğan, “Kamu Maliyesi”, Ankara, Gazi Kitabevi, 2020, s. 225-226; Salih Turhan, “Vergi Teorisi ve Politikası”, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1998, s. 215.

⁸ Vergilemede adalet ilkesi; vergilendirme yönünden benzer durumda olan kişilerin eşit işlemlere tabi tutulmalarını öngören yatay adalet, farklı durumda olan kişilerin değişik işlemlere tabi tutulmalarını öngören dikey adalet kavramları ile açıklanmaktadır. Bu hususta bkz. Muallâ Öncel, Ahmet Kumrulu, Nami Çağan ve Cenker Göker, “Vergi Hukuku”, Ankara, Turhan Kitabevi, 2019, s. 47.

⁹ Tamer Budak, “Türk Vergi Hukukunda Anayasal Ölçüt: Mali Güç”, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmış Doktora Tezi, İstanbul, 2006, s. 11.

¹⁰ Ningappa Basappa Ghodke, “Encyclopaedic Dictionary of Economics”, Delhi, Mittal Publications, 1985, s. 8.

¹¹ İsmail Türk, “Kamu Maliyesi”, Ankara, Turhan Kitabevi, 1992, s. 159.

¹² Fritz Neumark, “Vergi Politikası” (çev. İ. Cankorel), İstanbul, Filiz Kitabevi, 1975, s. 100.

¹³ Günter Schmolders, “Genel Vergi Teorisi” (çev. S. Turhan), İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1976, s. 52.

devletlerinde kamusal mal ve hizmetlerin finansmanı için ihtiyaç duyulan mali kaynağı sağlamaya yönelik vergileme yapılırken öncelikli olarak mükelleflerin ödeme güçleri dikkate alınmakta, bu kapsamda ödeme gücü nispeten “fazla olan fazla, az olan az” vergi yükü ile karşı karşıya kalmakta, böylece objektif vergi yükü kişiler arasında adaletli ve dengeli bir şekilde paylaştırılmaktadır.

Anayasa ve vergi kanunlarında ödeme gücü ve mali güç kavramlarına ilişkin herhangi bir tanım bulunmamakla birlikte maliye literatüründe iki kavram çoğunlukla aynı anlamda kullanılmaktadır.¹⁴ Ancak söz konusu kavramlar arasında küçük bir nüans bulunmakta olup ödeme gücü kavramında sadece gelir vergilendirmeye esas alınırken, mali güç kavramında gelirin yanı sıra harcama ve servet de esas alınmaktadır. Ödeme gücüne göre nispeten daha geniş vergilendirme alanına sahip olan mali gücün ise sosyal devlet anlayışını daha iyi yansıttığı düşünülmektedir.¹⁵ Mali güç kavramına modern mali anlayışın ve sosyal adalet anlayışının bir gereği olarak ilk defa 1961 Anayasası’nda yer verilmiş olup 1982 Anayasası’nda da söz konusu kavram kullanılmaya devam etmiştir.¹⁶ Nitekim 1982 Anayasası’nda vergi ödevinin düzenlendiği ve aynı zamanda anayasal vergilendirme ilkelerinin işaret edildiği 73. maddede mali güç kavramına yer verilmiş olduğu açıkça görülmektedir. Anayasa’nın 73. maddesinin birinci fıkrasında “Herkes, kamu giderlerini karşılamak üzere, mali gücüne göre, vergi ödemekle yükümlüdür.” hükmüne, devamında ikinci fıkrasında “Vergi yükünün adaletli ve dengeli dağılımı, maliye politikasının sosyal amacıdır.” hükmüne yer verilerek suretiyle sosyal devlet anlayışını yansıtan ve birbirlerini tamamlayan mali güç kavramı ile adalet ilkesinin ön planda tutuldukları anlaşılmaktadır.

Vergileme aracılığıyla adalet ilkesi dâhilinde hedeflenen sosyal amaca ulaşabilmesi için kişilerin sahip oldukları ödeme güçleri göz önünde bulundurularak farklı vergi rejimine tabi tutulmaları gerekmektedir. Kuşkusuz bu durumun gerçekleşmesi mali gücün, dolayısıyla da ödeme gücünün tespit edilmesine bağlı olmaktadır.¹⁷ Ödeme gücünün maliye literatüründe genel kabul gören göstergeleri gelir, harcama ve servettir.¹⁸ Buna göre günümüzde vergiler üçlü bir sınırlandırma dâhilinde gelir, harcama veya servet üzerinden alınmaktadır. Herhangi bir şekilde gerçek veya tüzel kişinin ilgili vergi kanunları uyarınca gelir elde etmesi, harcama yapması ya da servete sahip olması durumunda ödeme gücüne sahip olduğu kabul edilmektedir.

¹⁴ Osman Pehlivan, “Vergi Hukuku Genel Hükümler ve Türk Vergi Sistemi”, Trabzon, Celepler Matbaacılık Yayın ve Dağıtım, 2019, s. 28.

¹⁵ Şerif Emre Gökçay, “Türk Vergi Sisteminde Vergi Ödeme Gücüne Ulaşma Teknikleri”, *Journal of Life Economics*, C. 4, S. 3, 2017, s. 114-115.

¹⁶ Leyla Ateş, “Vergilendirmede Eşitlik”, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmış Doktora Tezi, İstanbul, 2006, s. 82-83.

¹⁷ Doğan Şenyüz, Mehmet Yüce ve Adnan Gerçek, “Vergi Hukuku”, Bursa, Ekin Yayınevi, 2020, s. 29.

¹⁸ Turhan, s. 221-222.

Modern vergileme açısından son derece önem taşıyan ödeme gücü yaklaşımının uygulanmasında artan oranlılık (müterakkiyet), ayırma kuramı ve en az geçim indirimi tekniklerinden faydalanılmaktadır. Artan oranlılık; vergi ödeme gücünün gelire birlikte arttığı fikrinden hareketle gelirin artması halinde vergi matrahına uygulanacak olan oranın da arttığı tekniktir.¹⁹ Ayırma kuramı; emek ve sermaye gelirlerinin aynı şekilde vergilendirilmemeleri, elde edilmesi nispeten basit olan sermayenin emeğe göre daha fazla vergilendirilmesi gerektiği fikrinin benimsendiği tekniktir. Artan oranlılık gelire yalnızca nicel açıdan yaklaşmasına karşın ayırma kuramı gelire nitel açıdan yaklaşmakta olduğu için ayırma kuramının artan oranlılığı tamamlayıcı bir yönü bulunmaktadır.²⁰ En az geçim indirimi; kişinin kendisi ve ailesinin geçimini sağlayacak düzeydeki gelirinden vergi alınmaması anlayışına dayanan tekniktir. Buna göre kişinin yalnızca geçimini sağlayacak düzeyde gelire sahip olması durumunda ödeme gücünün olmadığı, geçimini sağlayacak düzeyin üzerinde gelire sahip olması durumunda geçimini sağlayacak düzeyi aşan kısmın ödeme gücü olarak dikkate alındığı kabul edilmektedir.²¹ Diğer bir ifadeyle en az geçim indirimi, fizyolojik varlığın devam ettirilebilmesi için ihtiyaç duyulan gelirin vergi dışı bırakılması fikrine dayanmaktadır. En az geçim indirimini savunan görüşlere göre fizyolojik varlığını devam ettirilebilecek düzeyde gelir elde edenler hâlihazırda kişiselleştirmeye uygun olmayan dolaylı vergilerin nihai mükellefleri oldukları için gelir düzeyi yüksek olanlarla aynı şekilde vergiye tabi olmaktadır. Yüksek gelir sahiplerinin lehine olan bu durumu telafi etmek için gelir düzeyi düşük olan kimseleri kişiselleştirmeye uygun dolaysız vergilerde en az geçim indirimine yer vermek suretiyle desteklemek gerekmektedir.²²

Ödeme gücünün tespiti vergileme açısından önemli bir mesele olmakla birlikte ödeme gücünün belirlenmesi vergilerin kişiselleştirilebilir niteliğe haiz olmalarına, diğer bir ifadeyle sübjektif olmalarına bağlıdır. Bu nedenle yapısal özellikleri göz önünde bulundurulduğunda vergi sistemi içerisinde yer alan bazı vergi türlerinin ödeme gücüne ulaşılmasında kullanılan tekniklere uygun oldukları, bazılarının ise uygun olmadıkları anlaşılmaktadır.²³

II. ASGARİ GEÇİM İNDİRİMİNİN TARİHSEL GELİŞİMİ

Ülkemizde ödeme gücüne ulaşmada kullanılan tekniklerin gelişimleri dikkate alındığında öncelikle en az geçim indirimi tekniğinin, devamında ayırma

¹⁹ Neumark, 1948, s. 136.

²⁰ Eker ve Bülbül, s. 145; Nadaroğlu, s. 378.

²¹ Nurettin Bilici ve Adem Bilici, "Kamu Maliyesi", Ankara, Savaş Yayınevi, 2015, s. 148.

²² Nadaroğlu, s. 372-373.

²³ Nadaroğlu, s. 366-367.

kuramı tekniğine uygun şekilde özel indirimin, ardından özel indirimle birlikte özel gider indiriminin, daha sonra ücretlilerde vergi indiriminin ve son olarak da asgari geçim indiriminin uygulanmış olduğu anlaşılmaktadır. Çalışmanın ana konusunu asgari geçim indirimi uygulamasında yaşanan gelişmeler ve bu gelişmelerin vergi teorisi açısından ortaya çıkardığı sonuçlar oluşturduğu için çalışmanın devamında asgari geçim indiriminin tarihsel gelişimi hakkında açıklamalarda bulunmaktadır.

A. ASGARİ GEÇİM İNDİRİMİ UYGULAMASINA GEÇİŞ SÜRECİ

Ödeme gücünün tespit edilmesi açısından önemli ve etkili bir teknik olan en az geçim indirimi ülkelerde genellikle kanunlar aracılığıyla düzenlenmektedir.²⁴ Nitekim en az geçim indirimi ülkemizde de ilk kez 1950 yılında yürürlüğe giren 5421 sayılı Gelir Vergisi Kanunu'nun²⁵ "En az geçim için indirim" başlıklı 32. ile 37. maddeleri arasında düzenlenmiştir. Gelir Vergisi Kanunu'nun yeniden düzenlenerek kabul edildiği 1960 yılında ise 193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu'nun²⁶ "En az geçim indirimi" başlıklı 31. ile 36. maddeleri arasında düzenlenmiştir. 1968 yılından itibaren en az geçim indirimi uygulanmasında matrahtan indirim yöntemi yerine vergiden indirim yöntemi benimsenmiştir. Ayrıca 01.01.1968 tarihinden itibaren yürürlüğe giren 980 sayılı "Gelir Vergisi Kanunu'nun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun"²⁷ ile 193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu'nun 31. maddesi değiştirilmek suretiyle en az geçim indirimine²⁸ ek olarak özel indirim²⁹ uygulaması hayata geçirilmiştir.³⁰ Gerçek ücretlerin tespitinde³¹ özel indirim uygulamasıyla ücretlerin diğer gelir unsurlarına kıyasla daha avantajlı bir şekilde vergilendirilmeleri amaçlanarak ayırma kuramı gözetilmiştir. Özel indirim kap-

²⁴ Bulutoğlu, s. 493.

²⁵ RG, 09.06.1949, 7228.

²⁶ RG, 06.01.1961, 10700.

²⁷ RG, 30.12.1967, 12790.

²⁸ 193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu (RG: 06/01/1961, 10700) (md. 31).

Mükelleflerin günde 5, ayda 150, yılda 1.800 lirayı aşmayan gelirleri vergiye tabi tutulmaz.

Mükellef evli ise bu miktara eş için günde 3, ayda 90, yılda 1.080 lira, çocukların her biri için günde 2, ayda 60, yılda 720 lira ilâve edilir.

²⁹ 980 sayılı Gelir Vergisi Kanunu'nun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun (RG: 30/12/1967, 12790) (md. 1).

Gerçek ücretlerin vergilendirilmesinde özel indirim olarak günde 5, ayda 150, yılda 1.800 lira yukarıdaki indirim hadlerine ilâve edilir.

³⁰ Mehmet Pamak, "Sosyal Adalet Açısından Türk Gelir Vergisinde En az Geçim İndirimi, Müterakkilik ve Ayırma Prensibi", *Maliye Çalışmaları Dergisi*, S. 24, 1975, s. 199-201.

³¹ Ücretler gerçek ücretler ve götürü usul olmak üzere iki şekilde tespit edilmektedir. Götürü usulün ismi 22.07.1998 tarih ve 4369 sayılı Kanunun 81. maddesiyle "diğer ücret" olarak değiştirilmiş, söz konusu tespit yöntemi ise 22.12.2021 tarih ve 7349 sayılı "Gelir Vergisi Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun"un 3. maddesiyle uygulamadan kaldırılmıştır.

samında mükellefin yaptığı farz edilen ve indirim konusu olan kanuni tutarlar yıllar itibariyle artırılarak uygulanmıştır.³²

Günümüzde pek çok ülkede farklı şekillerde kabul görmekte olup, ülkemizde 1980 yılına değin “en az geçim indirimi” ismiyle anılan uygulamanın ismi 2361 sayılı “31.12.1960 Gün ve 193 Sayılı Gelir Vergisi Kanunu’nda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun”³³ aracılığıyla 1981 yılından itibaren “genel indirim” olarak değiştirilmiş, indirim hadleri artırılmış ve matrahtan indirim yöntemine geçilmiştir. 1986 yılından itibaren ise söz konusu teknik uygulamadan kaldırılmıştır.³⁴ Buna karşın en az geçim indiriminin, diğer ismiyle genel indirimin uygulamadan kaldırılmasından sonra özel indirim uygulanmaya devam etmiştir.

3946 sayılı Kanunun³⁵ 13. maddesiyle özel gider indirimi uygulaması diğer ismiyle ücretlilerde vergi iadesi 193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu’nun 63. maddesinin birinci fıkrasına 5 numaralı bent olacak şekilde eklenmiştir. Söz konusu düzenlemeyle özel gider indirimine esas harcama türleri tayin edilmiştir. Buna göre ücretlinin kendisi, eşi ve çocukları ile ilgili eğitim, sağlık, gıda, giyim ve ikamet edilen konuta ait kira harcamalarının yıllık toplam tutarının 1/3’nün harcamanın yapıldığı yıla ait ücretin yıllık vergi matrahının %35’ini geçmemek koşuluyla ücretlinin bir sonraki yılda ödeyeceği gelir vergisinden mahsup edileceği veya işverenler aracılığı ile mükellefe nakden iade edileceği ifade edilmiştir.³⁶ Böylece gerçek ücretlerin tespitinde 1968 yılından itibaren uygulanan özel indirimin yanı sıra 1994 yılından itibaren özel gider indirimi de uygulanmaya başlanmıştır. Farklı yıllarda uygulamaya konulmakla birlikte belirli bir dönem birlikte kullanılan söz konusu iki uygulama aynı kanunla farklı zamanlarda uygulamadan kaldırılmıştır. 4842 sayılı “Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun”³⁷ 37. maddesiyle 24 Nisan 2003 tarihinden itibaren özel gider indirimi kaldırılmış, aynı kanunun 3. maddesiyle 1 Ocak 2004 tarihinden itibaren özel indirim kaldırılmış, 15. maddesiyle de özel indirim uygulamasının yerine ücretlilerde vergi indirimi³⁸

³² Ahmet Ulusoy, “Ücretlerin Vergilendirilmesinin Vergi Adaleti Açısından Analizi”, *Erciyes Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, S. 12, 1995, s. 96.

³³ “213 Sayılı Vergi Usul Kanunu, 6183 Sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun, 193 Sayılı Gelir Vergisi Kanunu, 5422 Sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu, 1318 Sayılı Finansman Kanunu, 197 Sayılı Motorlu Taşıtlar Vergisi Kanunu, 3505 Sayılı Kanun ve 2978 Sayılı Vergi İadesi Hakkında Kanun ve 3065 Sayılı Katma Değer Vergisi Kanununda Değişiklikler Yapılması Hakkında Kanun”, RG, 27.12.1980, 17203.

³⁴ Akdoğan, s. 239-240.

³⁵ RG, 30.12.1993, 21804 (Mükerrer).

³⁶ Cemil Doğan, “Özel Gider İndirimi”, *Vergi Raporu*, S. 49, 2000, s. 62-72.

³⁷ RG, 24.04.2003, 25088.

³⁸ 4842 sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun (RG: 24/04/2003, 25088) (md. 15). Gerçek ücretlerin vergilendirilmesinde, mükellefin kendisi, eşi ve çocukları ile ilgili eğitim, sağlık, gıda, giyim ve ikamet edilen konuta ait kira harcamalarının yıllık toplam tutarının;

uygulaması getirilmiştir.³⁹ Ücretlilerde vergi indirimi uygulaması ise dört yıl yürürlükte kaldıktan sonra yerini asgari geçim indirimi uygulamasına bırakmıştır.

B. ASGARİ GEÇİM İNDİRİMİ UYGULAMASI

5615 sayılı “Gelir Vergisi Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun”un⁴⁰ 2. maddesiyle 193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu’nun 32. maddesi asgari geçim indirimi uygulamasını içerecek şekilde düzenlenmiştir. Böylece gerçek ücretlerin vergilendirilmesinde dikkate alınan, ücretlilerde vergi indirimi uygulaması terk edilerek 01.01.2008 tarihinden itibaren asgari geçim indirimi uygulamasına geçilmiştir. Söz konusu değişikliğin yapıldığı 5615 sayılı Kanunun 2. maddesinin gerekçesi⁴¹ incelendiğinde asgari geçim indirimi uygulamasına geçilmesinin altında yatan nedenin en az geçim indirimi tekniğinin altında yatan nedene benzer olduğu anlaşılmaktadır. Şöyle ki bahsi geçen kanun maddesinin gerekçesinde uygulamanın asıl amacının bireylerin temel ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla kullandıkları gelirlerinin bir kısmının vergi dışı bırakılması olduğu ifade edilmek suretiyle bireyin yaşamını idame ettirebilmesi için gereksinim duyduğu gelire isabet eden miktarın vergi dışı bırakılması yönünde bir anlayış benimsenmiştir.

Asgari geçim indirimi, vergiden indirim diğer adıyla “decote” yönteminin tercih edildiği bir uygulamadır. Buna göre gerçek ücretlerin vergilendirilmesinde ücretin safi tutarı⁴² tespit edildikten sonra söz konusu tutara gelir vergisi tarifesi

3 milyar liraya kadar %8’i,

6 milyar liranın 3 milyar lirası için %8’i, aşan kısmı için %6’sı,

6 milyar liradan fazlasının, 6 milyar lirası için %7’si, aşan kısmı için %4’ü,

Ücretlinin ertesi yılda ödeyeceği gelir vergisinden mahsup edilir veya işverenler aracılığı ile kendisine nakden iade edilir.

³⁹ Adnan Gerçek, “Ücretlerinin Vergilendirilmesi ve 6009 Sayılı Kanun’la Bu Konuda Yapılan Düzenlemenin Değerlendirilmesi”, (Çevrimiçi) http://www.muhasabetr.com/yazarlarimiz/adnangercek/002/#_edn4 (Erişim Tarihi: 21.02.2022).

⁴⁰ RG, 04.04.2007, 26483.

⁴¹ Gelir Vergisi Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı ile Plan ve Bütçe Komisyonu Raporu (1/12266), Dönem: 22, Yasama Yılı: 5, Sıra Sayı No: 1346, <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss1346m.htm> (19.04.2022).

⁴² 193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu (RG: 06/01/1961, 10700) (md. 63/1).

“Ücretin gerçek safi değeri iş veren tarafından verilen para ve ayınlarla sağlanan menfaatler toplamından aşağıdaki indirimler yapıldıktan sonra kalan miktardır.

657 sayılı Devlet Memurları Kanunu’nun 190’ncı maddesi uyarınca yapılan kesintilerle, Ordu Yardımlaşma Kurumu ve benzeri kamu kurumları için yapılan kanuni kesintiler,

Kanunla kurulan emekli sandıkları ile 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanununun geçici 20’nci maddesinde belirtilen sandıklara ödenen aidat ve primler;

Sigortanın Türkiye’de kâin ve merkezi Türkiye’de bulunan bir emeklilik veya sigorta şirketi nezdinde akdedilmiş olması şartıyla; ücretlinin şahsına, eşine ve küçük çocuklarına ait hayat sigortası poliçeleri için hizmet erbabı tarafından ödenen primlerin %50’si ile ölüm, kaza, sağlık, hastalık, engellilik, işsizlik, analık, doğum ve tahsil gibi şahıs sigorta poliçeleri için hizmet erbabı tarafından ödenen

uygulanmak suretiyle hesaplanan gelir vergisine, hesaplanan gelir vergisinden ise asgari geçim indirimi tutarının mahsup edilmesiyle ödenecek gelir vergisine ulaşılmaktadır. Anlaşıldığı üzere ücretlilerden stopaj yoluyla yapılan gelir vergisi kesintisi miktarına yani ücretliler açısından ödenecek gelir vergisi miktarına ulaşırken asgari geçim indiriminin hesaplanmasına ihtiyaç duyulmaktadır.⁴³ Asgari geçim indirimi hesaplanırken⁴⁴ asgari ücretin yıllık brüt tutarı ile asgari geçim indirimi oranı ve gelir vergisi tarifesinin ilk diliminde yer alan oran çarpılmaktadır.⁴⁵ Asgari geçim indirimi hesaplanırken kullanılan değişkenlerden asgari ücretin brüt yıllık tutarı ve gelir vergisi tarifesinin ilk dilimi ücret geliri elde eden mükellefler açısından ortak olup temel fark ücretlinin ailevi ve medeni durumuna göre değişiklik gösteren asgari geçim indirimi oranından kaynaklanmaktadır. Çünkü asgari geçim indirimi oranına ücretlinin kendisi için %50, çalışmayan ve geliri olmayan eşi için %10, ilk iki çocuğun her biri için ayrı ayrı olmak üzere %7,5, üçüncü çocuk için %10 ve diğer çocuklar için ayrı ayrı olmak üzere %5 şeklinde belirlenen oranlar⁴⁶ toplanarak ulaşılmaktadır. Bu durumda asgari geçim indirimi; ücretlinin evli olup olmamasına, evli olması halinde eşinin çalışıp çalışmamasına ve sahip olduğu çocuk sayısına göre farklılık gösteren bir uygulama olarak dikkat çekmektedir.

C. ASGARİ GEÇİM İNDİRİMİ UYGULAMASININ KALDIRILMASI

Ülkemizde 01.01.2008 tarihinden itibaren uygulamakta olan asgari geçim indirimi uygulamasına 7349 sayılı “Gelir Vergisi Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun”⁴⁷ 3. maddesiyle 01.01.2022 tarihinden itibaren son verilmiştir. Söz konusu kanunun gerekçesinde gelir vergisi tarifesinde ücretlere yönelik dilim aralığı ayrıştırılması, çeşitli istisnalar ve asgari geçim in-

primler (İndirim konusu yapılacak primler toplamı, ödendiği ayda elde edilen ücretin %15’ini ve yıllık olarak asgari ücretin yıllık tutarını aşamaz. Cumhurbaşkanı bu bentte yer alan oranları yarısına kadar indirmeye, iki katına kadar artırmaya ve belirtilen haddi, asgari ücretin yıllık tutarının iki katını geçmemek üzere yeniden belirlemeye yetkilidir.).

Çalışanlar tarafından ilgili kanunlarına göre, sendikalara ödenen aidatlar (Şu kadar ki, aidatın ödendiğinin tevsik edilmesi şarttır.)”

⁴³ Doğan Şenyüz, Mehmet Yüce ve Adnan Gerçek, “Türk Vergi Sistemi”, Bursa, Ekin Yayınevi, 2021, s. 81-85.

⁴⁴ 265 Seri No.lu Gelir Vergisi Genel Tebliği (RG: 4/12/2007, 26720). “Asgari geçim indirimi, ücretlinin şahsi ve medeni durumu dikkate alınarak hesaplanan indirim oranlarının uygulanması sonucu bulunacak tutarın, Gelir Vergisi Kanunu’nun 103’üncü maddesinde yer alan Gelir Vergisi tarifesinin birinci gelir dilimine uygulanan oranla çarpılması sonucu bulunacak indirim tutarının 1/12’sinin aylık olarak hesaplanan gelir vergisinden mahsup edilmesi suretiyle bulunacaktır.”

⁴⁵ Mehmet Tosuner ve Zeynep Arıkan, “Türk Vergi Sistemi”, İzmir, Kanyılmaz Matbaası, 2013, s. 101.

⁴⁶ 193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu (RG: 06/01/1961, 10700) (md. 32) (Mülga: 22/12/2021-7349/3 md.).

⁴⁷ RG, 25.12.2021, 31700.

dirimi gibi ücretlilere vergisel anlamda sağlanan avantajlardan bahsedilmiş, buna rağmen asgari ücretlilerin yıllık ortalama yüzde 3,25 vergi yüküne maruz kaldıkları ifade edilmiş ve vergilemede adalet ilkesinin dikkate alınarak asgari ücretin istisna kapsamında gelir vergisi ve damga vergisi açısından vergi dışı bırakılması gerektiği belirtilmiştir. İlgili kanun teklifine ilişkin TBMM Plan ve Bütçe Komisyonu raporunda⁴⁸ ise asgari ücretin istisna kapsamında gelir vergisi açısından vergi dışı bırakılması ve asgari ücreti aşan miktarda ücret geliri elde edilmesi durumunda asgari ücrete tekabül eden kısmın vergi dışı bırakılması şeklindeki düzenlemeyle asgari geçim indiriminin uygulama alanı kalmayacağı ifade edilmiştir. Diğer bir ifadeyle asgari ücretin gelir vergisi dışında bırakılmasına bağlı olarak asgari geçim indirimi uygulamasından vazgeçilmiştir.

III. KALDIRILAN UYGULAMANIN VERGİ TEORİSİ AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

Ülkemizde ödeme gücüne ulaşılması amacıyla kullanılan tekniklerden biri olan asgari geçim indirimi on dört yıllık bir süre zarfında uygulanmış ve yakın geçmişte uygulamadan kaldırılmıştır. Ücretlerin vergilendirilmesinde yaşanan gelişmeler dahilinde asgari geçim indiriminin uygulamadan kaldırılması ise vergi teorisi açısından önemli sonuçlar doğurmuştur.

A. AYIRMA KURAMI AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

Modern vergicilik açısından önemli bir sorun olarak kabul edilen ödeme gücünün tespitinde bazı araçlar kullanılmaktadır. Bu amaçla kullanılan araçlardan biri de ayırma kuramıdır. Ayırma kuramı ilk defa 1907 yılında İngiltere’de uygulanmaya başlamış ve zamanla diğer ülkelerin vergi sistemlerinde de uygulama alanı bulmuştur.⁴⁹

Ödeme gücünün doğru bir şekilde tespit edilmesine imkân sağlayan ayırma kuramı, gelir miktarının yanı sıra gelirin yapısal özelliğini dikkate almak suretiyle temelde emek gelirin diğer gelir unsurlarından farklı vergilendirilmesi gerektiği anlayışına dayanmaktadır. Ayırma kuramını savunan görüşlere göre emeğe bağlı olarak elde edilen gelirler sermayeye bağlı olarak elde edilen gelirlere kıyasla devamlılık ve istikrar konularında nispeten zayıf kalmaktadırlar. Örneğin emek geliri elde eden kişi hastalandığı veya yaşlandığı zaman gelirinde eksilme meydana gelebilirken sermaye gelirlerinde bu ihtimal söz konusu olmamaktadır. Ayrıca sermaye gelirlerinin dönemsel değişikliklere daha kolay uyum sağlaması sermaye gelirlerini emek gelirlerinden daha üstün kılmaktadır. Öte yandan

⁴⁸ Gelir Vergisi Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi (2/4031) ile Plan ve Bütçe Komisyonu Raporu, Dönem: 27, Yasama Yılı: 5, Sıra Sayı No: 299, <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem27/yil01/ss299.pdf> (19.04.2022).

⁴⁹ Nihat Edizdoğan, Özhan Çetinkaya ve Erhan Gümüş, “Kamu Maliyesi”, Bursa, Ekin Yayınevi, 2019, s. 250-256.

sermaye gelirleri vergiden kaçınma ve vergi kaçırma olanakları bakımından da kaynakta kesilerek vergilendirilen emek gelirlerine göre avantajlı konumdadır. Bunların yanı sıra emek geliri elde eden kişinin gelirini kendi isteğiyle artırma imkânı sınırlı olmasına rağmen sermaye geliri elde eden kişinin sermaye gelirinin yanında emek geliri elde etmesi daha kolay olmaktadır. İşte bahsi geçen nedenlerden dolayı emek gelirlerinin sermaye gelirleri karşısında vergilendirme vasıtasıyla korunmasına ihtiyaç duyulmaktadır.⁵⁰

Bu kapsamda emek gelirleri diğer gelir unsurlarından elde edilen gelirlere kıyasla imtiyazlı biçimde vergilendirilmek suretiyle korunmaya çalışılırken ücretlilere farklı vergi tarifesi uygulanması, ücretlilerde vergi tevkifatının (kaynakta kesme, stopaj) safi tutar üzerinden yapılması ve asgari geçim indirimi olmak üzere çeşitli uygulamalar dikkate alınmaktadır. Şöyle ki ülkemizde gerçek kişiler tarafından elde edilen gelirin vergilendirilmesinde dikkate alınan artan oranlı gelir vergisi tarifesinde üçüncü ve dördüncü dilimler için geçerli matrah tutarları diğer gelir unsurları için geçerli matrah tutarlarından daha yüksek düzeyde belirlenmek suretiyle ücret gelirlerine avantaj sağlanmaktadır. Nitekim gelir vergisi tarifesinin ilk iki dilimine isabet edecek şekilde ücret geliri elde edenler ile diğer gelir unsurlarını elde edenler açısından eşit vergi yükü söz konusu olmaktadır, üçüncü dilimden itibaren ücret gelir elde edenler diğer gelir unsurlarını elde edenlere kıyasla daha az vergi yükü taşımaktadırlar.⁵¹

Öte yandan vergi sistemimizde vergilendirmenin hızlı yapılmasına ve vergi alacağının güvence altına alması imkân tanınması, vergi kaçırma ve vergi idaresinin masraflarını azaltması bakımından önemli bir yöntem olarak uygulanan stopaj yönteminin en yaygın uygulandığı gelir unsuru ücretlerdir.⁵² Etkin ve modern bir tahsil usulü olarak ücret gelirlerinin kaynağında vergilendirilmesine olanak sağlayan stopaj yöntemi ülkemizde 1940 yılından itibaren uygulanmaktadır.⁵³ Ücretlerden yapılan gelir vergisi kesintisi çoğunlukla nihai vergileme olmaktadır. Bu özelliği ile ücretler kesinti matrahı açısından diğer gelir unsurlarından ayrılmaktadır. Diğer gelir unsurlarında kesinti, gayri safi tutar üzerinden yapılmasına karşın ücretlerde safi tutar üzerinden yapılmaktadır.⁵⁴ Böylece ücretlerde indirimler düşüldükten sonra kesinti ilgili vergilendirme dönemi içerisinde yapılmasına rağmen diğer gelir unsurlarında gider ve indirimler düşülmeden ödeme üzerinden

⁵⁰ Nadaroğlu, s. 378-379.

⁵¹ Fatih Saraçoğlu, "Ücretlerin Vergilendirilmesinde Ayırma İlkesi Uygulamasının Değerlendirilmesi", *İş ve Hayat*, C. 2, S. 3, 2016, s. 49-50.

⁵² Ahmet Bumin Doğrusöz, *Türk Vergi Sisteminde Kaynakta Vergileme "Stopaj"*, İstanbul, İSMMM Yayınları, 1992, s. 27-29.

⁵³ Yılmaz Aliefendioğlu, "Türk Vergi Sisteminde Verginin Kaynakta Kesilmesi (Stopaj)", Ankara, Doğuştan Ltd. Şti. Matbaası, 1975, s. 23.

⁵⁴ Doğrusöz, s. 82-85.

kesinti yapılmakta, gider ve indirimler ancak vergilendirme dönemi sona erdikten sonra beyannamede düşülebilmekte ve akabinde kesinti yoluyla ödenen vergi mahsup edilebilmektedir. Bu durum ücret dışındaki gelir unsurlarının vergilendirilmelerinde gider ve indirimlerin ücretlere göre daha geç dikkate alındıklarını göstermektedir. Bu nedenle ücret dışındaki gelir unsurlarında dönem içinde yapılan kesinti tutarı dönem sonuna müteakip mahsup edilecek esas tutardan daha fazla olabilmektedir. Oysaki ücretlerde kesinti safı tutar üzerinden yapıldığı için böyle bir durumun ortaya çıkma ihtimali bulunmamaktadır.

Gerçek usule tabi ücretlilerin vergi yüklerini azaltmak maksadıyla hayata geçirilen bir uygulama olan asgari geçim indirimi aracılığıyla söz konusu ücretlilere vergilendirilmeleri konusunda avantaj sağlanmakta, dolayısıyla gerçek usulde vergilendirilen ücretliler desteklenmektedir. Asgari geçim indirimi mali güce dolayısıyla da ödeme gücüne ulaşmak için kullanılan önemli bir araç olmakla birlikte aynı zamanda ayırma kuramına uygun bir uygulama idi.⁵⁵ Şöyle ki Türk vergi sisteminde ücretlerin gerçek usulde vergilendirilmesinde 2008 yılından itibaren uygulanmaya başlanan ve 2022 yılından itibaren uygulamadan kaldırılincaya kadar olan sürede asgari geçim indiriminin 193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu'nun 2. maddesinde sayılı yedi gelir unsurundan ücretlere (sadece gerçek ücretler açısından) yönelik bir uygulama olarak yürürlükte kalmış olması söz konusu uygulamanın ayırma kuramına hizmet etmiş olduğuna işaret etmektedir. Anlaşıldığı üzere asgari geçim indirimi ücretler dışındaki gelir unsurlarına uygulanmamış, bu yönüyle ücretin diğer gelir unsurlarına kıyasla daha hafif vergilendirilmesine olanak sağlayan bir uygulama olmuştur.

Asgari geçim indirimi her ne kadar ayırma kuramının gözetildiği bir uygulama olsa da 2022 yılından itibaren uygulamanın yürürlükten kaldırılmış olması ayırma kuramının göz ardı edildiği anlamına gelmemektedir. Asgari geçim indirimi uygulamasının kaldırılmasının yanı sıra asgari ücret tutarının istisna kapsamında vergi dışı bırakılması hususu dikkate alındığında aslında ayırma kuramının daha etkin şekilde sürdürülmesi yönünde bir adım atılmış olduğu anlaşılmaktadır. Çünkü ayırma kuramının uygulanmasında emeği daha az vergilendirmek suretiyle koruyan muafiyet ve istisnalar da önemli bir yere sahip olmaktadır.⁵⁶ Nitekim bu düşünceye örnek olarak 7349 sayılı "Gelir Vergisi Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun"un 3. maddesiyle 01.01.2022 tarihinden itibaren asgari geçim indirimi uygulamasının yürürlükten kaldırılmasını ve ilgili kanunun 2. maddesiyle asgari ücretin istisna kapsamında vergi dışı bırakılmasını verebiliriz.

⁵⁵ Zeynep Arıkan ve Ahmet İnneci, "Türkiye'de Asgari Geçim İndirimi Uygulaması ve Özellik Arz Eden Hususlar", 2018 Sosyoekonomik Boyutlarıyla İnovasyon içinde (ss. 692-698), Manisa, Manisa Celal Bayar Üniversitesi Yayınları, Yayın No: 34, 2018, s. 692-693.

⁵⁶ Metin Erdem, Doğan Şenyüz ve İsmail Tatlıoğlu, "Kamu Maliyesi", Bursa, Ekin Yayınevi, 2017, s. 201.

Asgari geçim indirimi uygulamasının terk edilmesi ayırma kuramına ters düşen bir gelişmeymiş gibi görünse de aynı tarihten itibaren asgari ücretin gelir vergisi kapsamı dışına çıkartılması ayırma kuramına uygun bir gelişme olarak yorumlanabilmektedir. Hatta asgari ücretin vergi dışında tutulmasıyla ayırma kuramı anlayışının önceki dönemlere göre daha baskın bir şekilde benimsenmiş olduğu anlaşılmaktadır. Şöyle ki asgari geçim indirimi uygulamasının yürürlükte olduğu dönemlerde medeni durumuna ve çocuk sayısına bağlı olarak uygulamadan tamamen faydalanamayan ücretliler vergi yüküne maruz kalmışlardır. Nitekim asgari geçim indiriminin hesaplanan gelir vergisini aşamayacağı düşünüldüğünde eşi çalışmayan ve en az üç çocuğu bulunan asgari ücretliler ile eşi çalışan ve en az beş çocuğu bulunan ücretliler indirimden tamamen faydalanabilmiş, ailevi ve medeni durumu bahsedilenlerin dışında kalan ücretliler ise indirimden kısmen faydalanabilmişlerdir. Ancak 7349 sayılı kanunla birlikte getirilen yasal düzenlemelerle medeni duruma ve çocuk sayısına bakılmaksızın asgari ücrete tekabül eden gelir vergisi ile damga vergisinin vergi dışı bırakılması gerek asgari ücretle çalışan gerekse de asgari ücret üzerinde ücretle çalışan ücretlilerin vergi yüklerinde azalmaya neden olmuştur. Böylece ücret gelirinin vergilendirilmesinde yaşanan gelişmeler gelir unsurlarından ücretin diğer gelir unsurlarına kıyasla daha avantajlı bir konuma gelmesini sağlamıştır.

Öte yandan ücretlerde istisna kapsamının yukarıda bahsedilen şekilde genişletilmesinin vergi gelirleri üzerinde şüphesiz mali anlamda olumsuz bir etkisi de olmaktadır. Söz konusu yasal düzenlemeyle devlet potansiyel gelir vergisi gelirinin bir kısmından feragat etmektedir. Bu durum ise toplam vergi gelirlerinde ortaya çıkması muhtemel açığın tüketim vergileriyle giderilmesine, tüketim vergilerinin ise gerileyici (regressif) etkiyle düşük gelir grupları üzerinde daha fazla hissedilmesine neden olabilmektedir.⁵⁷ Çünkü tersine artan oranlı (regressif) bir yapıya sahip olan harcama vergilerinde gelir düzeyi yüksek olan bireyler ile düşük olan bireyler aynı vergi oranına tabi oldukları için gelir düzeyi düşük olan bireyler toplam gelirleri içerisinde vergi yükünü daha ağır hissetmektedirler. Örneğin farklı gelir düzeyine sahip iki kişi ve bu kişilerin aynı üründen satın aldıklarını farz edersek ilgili ürün için her iki kişi de eşit miktarda vergi ödeyecektir. Her ne kadar eşit miktarda vergi ödenmiş olsa da ödenen vergi miktarının gelir içerisindeki payı kişiler açısından farklılık gösterecektir. Bu nedenle ücretler konusunda getirilen istisna uygulamasına bağlı olarak ortaya çıkacak mali külfetin telafisinde harcamalar üzerinden alınan vergi gelirlerini artırmaya yönelik bir düzenleme yapılması durumunda bu durumdan gelir düzeyi nispeten düşük olan kişiler olumsuz anlamda daha fazla etkilenebileceklerdir.

⁵⁷ Turhan, s. 125.

B. SÜBJEKTİFLİK ÖZELLİĞİ KAPSAMINDA EN AZ GEÇİM İNDİRİMİ AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

Vergiler çeşitli ölçülere göre ayırma tabi tutulmakla birlikte bu ölçülerden biri de Romalılar döneminden bu yana mükelleflerin kişisel durumlarının dikkate alınarak yapıldığı objektif ve sübjektif vergi ayırımıdır.⁵⁸ Bu kapsamda objektif vergilerin mükelleflerin kişisel durumları ile ilgilenmedikleri dolayısıyla bütün mükellefler için aynı şekilde uygulandıkları, sübjektif vergilerin ise mükelleflerin kişisel, ailevi, medeni ve diğer durumlarını göz önünde bulundurarak kişiden kişiye farklılık gösterecek şekilde uygulandıkları ifade edilmektedir. Bu özelliğiyle sübjektif vergiler vergi konusu ile mükellef arasında ilişki kurulmayan objektif vergilerin aksine mükelleflerin kişisel durumlarına göre ayarlama yapılmasına olanak sağlamaktadırlar.⁵⁹ Sübjektif vergiler vasıtasıyla kişilerin gelirlerinin bir kısmı vergi dışı bırakılabileceği gibi kişilerin ailevi durumlarına göre indirimler yapılabilen, gelir safi şekilde kavranabilmekte, artan oranlı tarifeler tercih edilebilmekte ve ayırma kuramı dikkate alınabilmektedir.⁶⁰ Bu nedenle vergilendirme bakımından sübjektif vergilerin daha adaletli oldukları ileri sürülmektedir.⁶¹ Nitekim kişiselleştirilmeye daha uygun olan sübjektif vergiler sosyal devlet ve sosyal adalet anlayışının vergileme alanındaki yansıması olmaktadır.⁶² Modern vergi sistemlerinin merkezinde yer alan gelir vergisi açısından elde edilen gelirin adil bir şekilde vergilendirilmesi için öncelikle mükelleflerin iktisadi ve sosyal durumlarındaki farklılıkların göz önünde bulundurulması gerekmektedir.⁶³ Bahsedilen bu husus gelir vergisinin sübjektiflik, diğer ismiyle şahsîlik veya kişisellik özelliğine vurgu yapmaktadır. Gerçekten de sübjektif vergi kavramı düşünüldüğü zaman akla ilk olarak gelir vergisi gelmektedir.

Her ne kadar geçmiş dönemlerde eşit miktarda gelir düzeyine sahip kişilerin eşit vergisel işlemlere tabi tutulmaları gerektiği yönünde bir eşitlik anlayışı hâkim olsa da ödeme gücü yaklaşımının bir sonucu olarak artık bütün ülkelerde gelir vergisi matrahı olabildiğince kişiselleştirilmeye çalışılmaktadır. Bu durumun bir sonucu olarak ülkelerde çocuk sayısı haricinde çocukların yaşları ve eğitim düzeyleri gibi unsurlar ödeme gücü üzerinde belirleyici olmaktadır.⁶⁴ Ödeme gücüne ulaşılmasında kullanılan tekniklerden biri olan en az geçim indiriminde indirim hadleri belirlenirken mükellefin kişisel, medeni ve ailevi durumu dikkate

⁵⁸ Şerafettin Aksoy, "Kamu Maliyesi", İstanbul, Filiz Kitabevi, 2011, s. 307.

⁵⁹ Edizdoğan vd., s. 265.

⁶⁰ Turhan, s. 93.

⁶¹ Osman Pehlivan, "Kamu Maliyesi", Trabzon, Derya Kitabevi, 2008, s. 119.

⁶² Erdem vd., s. 165.

⁶³ Turhan, s. 215-216.

⁶⁴ Neumark, 1975, s. 110.

alınmaktadır. Bu nedenle en az geçim indirimi kişiselleştirilebilen vergi türlerine has bir teknik olduğu için en az geçim indirimin uygulanabileceği yegâne vergi türü gelir vergisi olmaktadır.⁶⁵ Şöyle ki en az geçim indirimi bütün vergi türleri için uygun bir teknik olmayıp yapısal özellikleri dikkate alındığında sadece gelir vergisi için uygun bir teknik olmaktadır.

En az geçim indirimi ülkemizde 1950-1985 döneminde belirli gelir tutarları vergi dışı bırakılırken bu tutarlara ilave olarak mükellefin medeni ve ailevi durumu dikkate alınmak suretiyle vergi dışı bırakılacak ekstra tutarların belirlenmesi suretiyle uygulanmıştır. 1968 yılından itibaren uygulanmaya başlanan özel indirim uygulamasıyla gerçek ücretlilere en az geçim indirimi haricinde indirebilecekleri indirim tutarları tanımlanmak suretiyle ayırma kuramı dikkate alınmaya başlamıştır. 1968 yılıyla birlikte hem ayırma kuramı hem en az geçim indirimi tekniklerine ilişkin indirim uygulamalarına yer verilmiştir. 1986 yılından itibaren en az geçim indirimi uygulamasından vazgeçildiği için sonraki yıllarda ayırma kuramı tekniğini baz alan indirim uygulamalarına yer verilmiştir. Her ne kadar en az geçim indirimi 1986 yılından itibaren uygulamadan kaldırılmış olsa da uygulanmasına bir süre devam edilen özel indirim uygulaması ve ilerleyen yıllarda belirli dönemlerde uygulanmış olan özel gider indirimi ile vergi indirimi uygulamalarında ağırlıklı olarak ayırma kuramı tekniği benimsenmiş olsa da söz konusu uygulamalar kısmen en az geçim indirimi tekniğine de hizmet etmişlerdir.⁶⁶ En az geçim indirimi uygulamadan kaldırıldıktan sonraki indirim uygulamalarında en az geçim indirimi tekniğinin etkileri kısmen görülse de söz konusu tekniğe en yakın indirim uygulaması 2008 yılından itibaren yürürlüğe konulan ve 2022 yılından itibaren yürürlükten kaldırılan asgari geçim indirimi olmuştur.

Anlaşıldığı üzere ülkemizde ücretlerin vergilendirilmelerinde yıllar içerisinde farklı yasal düzenlemelere gidilmiş, bu kapsamda 7349 sayılı kanun aracılığıyla gerçekleştirilen yasal düzenlemeyle 01.01.2022 tarihinden itibaren asgari geçim indirimi uygulaması terk edilmiş ve ücretliler açısından asgari ücret tutarı kadar gelir, vergi dışı bırakılmıştır. Söz konusu düzenleme bir önceki başlık altında bahsedildiği üzere ayırma kuramına uygun bir vergilendirme ortamı oluşmasına yardımcı olmuştur. Bahsi geçen yasal düzenlemenin en az geçim indirimi tekniği açısından etkilerini ise şu şekilde ifade etmek mümkündür: İlgili yasal düzenleme aracılığıyla asgari ücret tutarının gelir vergisi bakımından vergi dışında bırakılması bireylerin yaşamlarını devam ettirmeleri için ihtiyaç duydukları

⁶⁵ Nadaroğlu, s. 375-378.

⁶⁶ En az geçim indirimi tekniğine uygun olacak şekilde özel indirim uygulamasıyla kanunda belirlenen bir miktar gelir vergi dışı bırakılmış, özel gider indirimi ile vergi indirimi uygulamalarında ise gelir doğrudan vergi dışı bırakılmamış ancak ücretlilerin kendisi, eşi ve çocukları ile ilgili eğitim, sağlık, gıda, giyim ve ikamet edilen konuta ait kira harcamaları dikkate alınmak suretiyle yükümlülere vergisel anlamda avantaj sağlayan indirim hakkı tanımıştır.

gelirin vergi dışı bırakılması anlayışının benimsendiği en az geçim indirimi tekniğine uygun görünmektedir. Böylece kişilerin yaşamlarını idame ettirmek amacıyla ihtiyaç duydukları minimum gelir miktarı asgari ücret tutarı ile aynı olacak şekilde belirlenmiştir.

Asgari ücret tutarının vergi dışı bırakılması her ne kadar en az geçim indirimi tekniğine uygun bir gelişme olarak yorumlansa da aynı yasal düzenlemeyle asgari geçim indirimi uygulamasından vazgeçilmesi gelir vergisinin sübjektiflik özelliğini dolayısıyla da en az geçim indirimi tekniğinin etkisini kısıtlamıştır. Çünkü en az geçim indirimi temelde verginin sübjektiflik özelliğine dayanan bir teknik olarak kabul edilmektedir. Diğer bir anlatımla en az geçim indiriminde mükelleflerin yaşamlarını sürdürmeleri için gerekli olan gelir tutarı vergi dışı bırakılmakta ancak vergi dışı bırakılacak tutar üzerinde mükellefin kişisel, ailevi ve medeni durumları belirleyici olmaktadır. Yapılan güncel düzenleme ise ücret geliri elde edenlerin vergilendirilmelerinde ailevi ve medeni durumları bakımından bir fark oluşturmamakta, bu ise en az geçim indiriminin uygulanabildiği tek vergi türü olan gelir vergisinin objektif vergilerden farklı olan yönünü zayıflatmaktadır.

Şöyle ki 7349 sayılı kanun yürürlüğe girmeden önce gelir vergisinin sübjektiflik özelliği asgari geçim indirimi ve engellilik indirimi⁶⁷ aracılığıyla sağlanmaktayken, söz konusu yasal düzenlemeyle birlikte sadece engellilik indirimi aracılığıyla sağlanmaya devam etmiş olup asgari geçim indirimi uygulaması kaldırılmıştır. Asgari geçim indirimi uygulamasında ücretlilerin hesaplanan vergilerinden ücretlilerin ailevi ve medeni durumları dikkate alınarak belirlenen asgari geçim indirimi tutarları mahsup edilmekteyken uygulamanın kaldırılmasıyla birlikte herhangi bir ölçüte tabi olmaksızın; evli/bekâr, evli olması durumunda eşli çalışan/çalışmayan, çocuk sahibi olan/olmayan, çocuk sahibi olması durumunda çocuk sayısı fark etmeksizin ücret karşılığı çalışan herkesin asgari ücret tutarı kadar geliri vergi dışı bırakılmıştır. Bu gelişme ise ücretlilerin vergilendirilirken kendi aralarında sosyal durumlarına bağlı farklılık oluşmasına engel olduğu için gelir vergisinin sübjektiflik özelliğini büyük ölçüde sınırlandırmıştır.

SONUÇ

Egemenlik gücüne dayanarak vergiler aracılığıyla kişilerin mülkiyet haklarına müdahale eden devletler bunu gerçekleştirirken kişilerin ödeme güçleri ile orantılı olarak vergilendirilmelerini öngören ödeme gücü yaklaşımını dikkate almaktadırlar. Gelir başta olmak üzere harcama ve servet ödeme gücünü temsil eden unsurlar olmakla birlikte kişilerin ödeme güçlerini, diğer bir anlatımla vergi ödeyebilme kabiliyetlerini ortaya çıkarmak söz konusu yaklaşımın uygulanması

⁶⁷ Gelir Vergisi Kanunu'nun 31. maddesinde düzenlenmekte olup, ücretlinin çalışma gücündeki kayba orantılı olarak ilgili kanun maddesinde belirlenmiş olan tutarlar dahilinde uygulanmaktadır.

açısından son derece önem arz etmektedir. Ödeme gücünün tespitinde kullanılan artan oranlı tarife, en az geçim indirimi ve ayırma kuramı genel kabul gören teknikler arasında sayılmaktadır. Söz konusu tekniklerin yansımalarına Türk vergi sisteminde belirli dönemlerde yer verilen çeşitli indirim uygulamalarında rastlamak mümkündür. Nitekim ülkemizde en az geçim indiriminin 1950-1985 döneminde, özel indirimin 1968-2003 döneminde, özel gider indiriminin 1994-2003 döneminde, ücretlilerde vergi indiriminin 2004-2007 döneminde, asgari geçim indiriminin 2008-2021 döneminde uygulanmış oldukları bilinmektedir. Anlaşıldığı üzere ülkemizde ödeme gücünün kavranmasına yardımcı olan indirim uygulamalarından sonuncusu asgari geçim indirimi olmuştur.

Asgari geçim indirimi, kişilerin temel ihtiyaçlarını karşılayabilecek kadarlık gelirlerini vergi dışında bırakmak düşüncesiyle hayata geçirilmiş, bu yönüyle en az geçim indirimi tekniğinin amacıyla benzerlik gösteren bir uygulama olmuştur. Öte yandan bütün gelir unsurları açısından uygulanmış olan en az geçim indiriminin aksine asgari geçim indiriminin gelir unsurlarından sadece ücretler (gerçek ücretler) için uygulanmış olması asgari geçim indiriminde ayırma kuramının da dikkate alınmış olduğuna işaret etmiştir. Kısacası asgari geçim indirimi, ödeme gücünün kavranmasında kullanılan tekniklerden hem en az geçim indirimine hem de ayırma kuramı tekniğine hizmet etmiştir. 7349 sayılı kanunla asgari geçim indiriminin uygulamadan kaldırılması ise ödeme gücünün kavranması hususunda kullanılan vergileme teknikleri açısından çeşitli gelişmeleri beraberinde getirmiştir. Şöyle ki asgari geçim indiriminde indirim tutarı ücretlilerin ailevi ve medeni durumlarına göre farklılık göstermiş olduğu için bazı ücretliler üst sınırdan, bazıları ise üst sınırın altında indirim tutarından faydalanmıştır. Ancak 7349 sayılı kanunla birlikte getirilen yasal düzenlemelerle bahsedilen fark ortadan kalkmış ve geçmişte asgari geçim indiriminden kısmen faydalanabilen ücretlilerin asgari ücrete tekabül eden gelirleri vergi dışı bırakılmak suretiyle ücretlilerin vergi yüklerinde azalma olmuş, böylece söz konusu durumda olan ücretlilere vergisel açıdan avantaj sağlanmıştır. Asgari geçim indirimi sadece ücret geliri elde edenlere tanınmış bir uygulama olması nedeniyle ayırma kuramına hizmet etmiş olsa da 7349 sayılı kanunla birlikte getirilen yasal düzenlemelerle asgari geçim indiriminin uygulandığı döneme kıyasla daha fazla sayıdaki ücretliye vergisel avantaj sağlandığı için ayırma kuramı anlayışının daha belirgin bir şekilde benimsenmiş olduğu anlaşılmaktadır.

Ücretlerin vergilendirilmesinde 7349 sayılı kanun kapsamında vergi teorisi açısından önemli sonuç doğuran bir diğer husus ise en az geçim indirimi tekniği ile alakalı olmaktadır. 7349 sayılı kanunla hem asgari ücret tutarı vergi dışı bırakılmış hem de asgari geçim indirimi uygulaması sonlandırılmıştır. Bu gelişmeleri en az geçim indirimi tekniği açısından değerlendirmek gerekirse öncelikle asgari

ücret tutarının vergi dışı bırakılmasının en az geçim indirimi tekniğine kısmen uygun bir gelişme olduğunu söyleyebiliriz. Çünkü ilk bakışta asgari ücretin en az geçim indirimi tekniğine uygun şekilde vergi dışı bırakılmış olduğu düşünülebilir ancak en az geçim indirimi tekniğinden bahsedebilmek için vergi dışı bırakılan tutarın gelir vergisinin subjektiflik özelliğine göre belirlenmesine ihtiyaç duyulmaktadır. Oysa 7349 sayılı Kanun ile birlikte vergi dışı bırakılan tutarın tespitinde asgari ücretin baz alınmış olduğu, buna karşın en az geçim indirimi tekniğince öngörülen gelir vergisinin subjektiflik özelliğinin dikkate alınmadığı anlaşılmaktadır. Mevcut durumda asgari ücretle çalışan iki kişi düşündüğümüzde bu kişilerden birinin bekar diğersinin evli, dört çocuk sahibi olduğunu ve eşinin çalışmadığını farz edersek her iki asgari ücretlinin de elde ettikleri ücretler istisna kapsamında vergi dışı kalacaktır. Buna göre bu iki asgari ücretlinin medeni ve ailevi durumları farklı olmasına rağmen eşit ödeme gücüne sahip oldukları kabul edilmektedir. Gerçekteyse bu kişilerin aynı ödeme gücüne sahip olmaları pek mümkün olmamaktadır.

Buna karşın vergilemede adalet ilkesinin gerçekleştirilmesine yardımcı olan ve aynı zamanda en az geçim indirimi tekniğini tamamlayan gelir vergisinin subjektiflik özelliği, asgari geçim indiriminin uygulandığı dönemde belirgin bir şekilde ön planda tutulmuştur. Çünkü asgari geçim indiriminde kişinin evli olup olmaması, evli ise eşinin çalışıp çalışmaması ve çocuk sahibi olması durumunda sahip olduğu çocuk sayısı kişinin ödenecek vergisinin hesaplanmasında belirleyici olmuştur. Ancak 7349 sayılı kanunla asgari geçim indiriminin uygulamadan kaldırılması gelir vergisinin subjektiflik özelliğine dolayısıyla da en az geçim indirimi tekniğinin muhtemel olumlu etkisine zarar vermiştir. Şöyle ki asgari geçim indiriminin uygulamadan kaldırılmasıyla birlikte kişilerin ailevi ve medeni durumları ödenecek verginin hesaplanmasında dikkate alınmamaya başlanmıştır. Diğer bir ifadeyle sosyal durumları farklı olan ücretlilerin vergilendirilmeleri hususunda vergi yükünün ücretliler lehine farklılaşmasına neden olan bir uygulamadan vazgeçilmiş, bu nedenle gelir vergisinin subjektiflik özelliği kısıtlanmıştır.

Özetle asgari geçim indiriminin kaldırılmasına ve asgari ücret tutarının vergi dışı bırakılmasına yönelik gelişmeler vergi teorisi kapsamında değerlendirildiğinde söz konusu gelişmelerle vergileme anlayışında ayırma kuramı tekniğine önceki dönemlere kıyasla daha fazla önem atfedildiği, buna karşın gelir vergisinin subjektiflik özelliğinin büyük ölçüde sınırlandırılmasına bağlı olarak en az geçim indirimi tekniğine görece daha az önem atfedildiği anlaşılmıştır.

KAYNAKÇA

- Akdoğan, A. (2020). *Kamu Maliyesi*, Ankara: Gazi Kitabevi.
- Aksoy, Ş. (2011). *Kamu Maliyesi*, İstanbul: Filiz Kitabevi.
- Aliefendioğlu, Y. (1975). *Türk Vergi Sisteminde Verginin Kaynakta Kesilmesi (Stopaj)*, Ankara: Doğu Ltd. Şti. Matbaası.
- Arıkan, Z. ve İnneci A. (2018). Türkiye’de Asgari Geçim İndirimi Uygulaması ve Özel-lik Arz Eden Hususlar. *2018 Sosyoekonomik Boyutlarıyla İnovasyon* içinde (ss. 692-698). Manisa: Manisa Celal Bayar Üniversitesi Yayınları, Yayın No: 34.
- Ateş, L. (2006). Vergilendirmede Eşitlik, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmış Doktora Tezi, İstanbul.
- Bilici, N. ve Bilici, A. (2015). *Kamu Maliyesi*, Ankara: Savaş Yayınevi.
- Budak, T. (2006). Türk Vergi Hukukunda Anayasal Ölçüt: Mali Güç, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmış Doktora Tezi, İstanbul.
- Bulutoğlu, K. (1988). *Kamu Ekonomisine Giriş*, İstanbul, Filiz Kitabevi.
- Çağan, N. (1982). *Vergilendirme Yetkisi*, İstanbul: Kazancı Hukuk Yayınları.
- Doğan, C. (2000). Özel Gider İndirimi, *Vergi Raporu*, Sayı 49, 61-72.
- Doğrusöz, A. B. (1992). *Türk Vergi Sisteminde Kaynakta Vergileme “Stopaj”*, Yayın No: 3, İstanbul: İstanbul Serbest Muhasebeci Mali Müşavirler Odası (İSMMMO) Yayınları.
- Edizdoğan, N., Çetinkaya, Ö. ve Gümüş, E. (2019). *Kamu Maliyesi*, Bursa: Ekin Yayınevi.
- Eker, A. ve Bülbül, D (2013). *Kamu Maliyesi*, Ankara: Özbaran Ofset Matbaacılık.
- Erdem, M., Şenyüz, D. ve Tatlıoğlu, İ. (2017). *Kamu Maliyesi*, Bursa: Ekin Yayınevi.
- Gerçek, A. (2011). Ücretlerinin Vergilendirilmesi ve 6009 Sayılı Kanun’la Bu Konuda Yapılan Düzenlemenin Değerlendirilmesi, http://www.muhasabetr.com/yazarlarimiz/adnangercek/002/#_edn4 21.02.2022.
- Ghodke, N. B. (1985). *Encyclopaedic Dictionary of Economics*, Delhi: Mittal Publications.
- Gökçay, Ş. E. (2017). Türk Vergi Sisteminde Vergi Ödeme Gücüne Ulaşma Teknikleri, *Journal of Life Economics*, 4(3), 113-133.
- Nadaroğlu, H. (1983). *Kamu Maliyesi Teorisi*, İstanbul: Okan Dağıtımçılık Yayıncılık Ltd. Şti.
- Neumark, F. (1948). *Maliyeye Dair Tetkikler*, İstanbul, İstanbul Üniversitesi İktisat Fakültesi Yayınları, Yayın No: 9.
- Neumark, F. (1975). *Vergi Politikası* (çev. İ. Cankorel), İstanbul: Filiz Kitabevi.
- Öncel, M., Kumrulu, A., Çağan N. ve Göker, C. (2019). *Vergi Hukuku*, Ankara, Turhan Kitabevi.

- Pamak, M. (1975). Sosyal Adalet Açısından Türk Gelir Vergisinde En az Geçim İndirimi, Müterakilik ve Ayırma Prensibi, *Maliye Çalışmaları Dergisi*, Sayı 24, 187-229.
- Pehlivan, O. (2008), *Kamu Maliyesi*, Trabzon: Derya Kitabevi.
- Pehlivan, O. (2019), *Vergi Hukuku Genel Hükümler ve Türk Vergi Sistemi*, Trabzon: Ceylanlar Matbaacılık Yayın ve Dağıtım.
- Saraçoğlu, F. (2016). Ücretlerin Vergilendirilmesinde Ayırma İlkesi Uygulamasının Değerlendirilmesi. *İş ve Hayat*, 2(3), 41-55.
- Schmölders, G. (1976). *Genel Vergi Teorisi* (çev. S. Turhan), İstanbul: Fakülteler Matbaası.
- Şener, O. (2001). *Teori ve Uygulamada Kamu Ekonomisi*, İstanbul: Beta Basım Yayın Dağıtım A.Ş.
- Şenyüz, D., Yüce, M. ve Gerçek, A. (2020), *Vergi Hukuku*, Bursa: Ekin Yayınevi.
- Şenyüz, D., Yüce, M. ve Gerçek, A. (2021), *Türk Vergi Sistemi*, Bursa: Ekin Yayınevi.
- Tosuner, M. ve Arıkan, Z. (2013), *Türk Vergi Sistemi*, İzmir: Kanyılmaz Matbaası.
- Turhan, S. (1998). *Vergi Teorisi ve Politikası*, İstanbul: Filiz Kitabevi.
- Türk, İ. (1992). *Kamu Maliyesi*, Ankara: Turhan Kitabevi.
- Ulusoy, A. (1995). Ücretlerin Vergilendirilmesinin Vergi Adaleti Açısından Analizi, *Erciyes Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, Sayı 12, 89-101.



1925 Tarihli Müzayede, Münakasa ve İhalât Kanununa Göre Kamu İhale Usulü^(*)

Public Procurement Procedure According to the Auction, Dutch Auction and Procurement Law of 1925

Dr. Öğr. Üyesi Gülcan AZİMLİ ÇİLİNGİR^(**)
Doğan DURNA^(***)

Öz

İdare, kamu hizmetlerinin sunumunu sağlamak için gerek duyduğu mal ve hizmetleri temin etmek için piyasadan kendisi satın alabilmekte ve bu alımları, kamu alımları çerçevesinde tabi olduğu mevzuat çerçevesinde gerçekleştirmektedir. Kamu alımlarında kullanılan kaynağının vergi gelirleri olması nedeniyle kamu alımları gerçekleştirilirken nasıl bir sisteme başvurulacağı; vergi mükelleflerinin parasının nasıl harcanacağını da ifade etmektedir. Öte yandan kamu alımlarına ilişkin düzenlemeler, yayımlandıkları dönemin ekonomi politikalarıyla doğrudan ilişkilidir. Osmanlı İmparatorluğu'ndan Türkiye Cumhuriyeti'ne dönüşümün yaşandığı erken cumhuriyet döneminde kamu alımları ve satımları 1925 tarihli Müzayede, Münakasa ve İhalât Kanunu kapsamında gerçekleştirilmiştir. Çalışma kapsamında, Cumhuriyet Döneminin ilk ihale düzenlemesi olan 1925 tarihli Müzayede, Münakasa ve İhalât Kanununda düzenlenen ihale usulü, 2490 sayılı Artırma, Eksiltme Kanunu, 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu hükümleri esas alınarak karşılaştırılmalı olarak incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler

İdare Hukuku, Kamu İhale Hukuku, Erken Cumhuriyet Dönemi, Kamu Hizmeti, İhale.

Abstract

The administration can buy itself from the market in order to provide the goods and services it needs to ensure the delivery of public services. These purchases of the government are carried out within the framework of the legislation to which it is subject within the framework of public procurement. Since the source used in public procurement is tax revenues, it also expresses how the taxpayer's money will be spent. On the other hand, regulations regarding public procurement are directly related to the economic policies of the period in which they were entry into forced. In the early republican period, when the trans-

^(*) Araştırma Makalesi / [Makale Geliş Tarihi](#): 01.04.2022 - [Makale Kabul Tarihi](#): 26.05.2022

^(**) Van Yüzüncü Yıl Üniversitesi, İİBF Kamu Yönetimi Bölümü, Hukuk Bilimleri Anabilim Dalı, Van - Türkiye
[E-posta](mailto:gulcanazimlicilingir@yyu.edu.tr): gulcanazimlicilingir@yyu.edu.tr
[Orcid No](https://orcid.org/0000-0002-3618-2104): <https://orcid.org/0000-0002-3618-2104>

^(***) AB Uzmanı (Hukukçu), Tarım ve Orman Bakanlığı, Ankara - Türkiye
[E-posta](mailto:ddurna79@gmail.com): ddurna79@gmail.com
[Orcid No](https://orcid.org/0000-0002-1839-0401): <https://orcid.org/0000-0002-1839-0401>

formation from the Ottoman Empire to the Republic of Turkey was experienced, public procurement and sales activities were carried out within the scope of the 1925 Auction, Dutch Auction and Procurement Law. Within the scope of the study, the tender procedure regulated in the Auction, Negotiation and Procurement Law of 1925 has been examined in comparison with the provisions of the Auction and Dutch Auction Law No. 2490, the State Procurement Law No. 2886 and the Public Procurement Law No. 4734.

Keywords

Administrative Law, Public Procurement Law, Early Republican Period, Public Service, Tender.

GİRİŞ

Sosyal devlet anlayışının güçlenip, liberal devlet anlayışının zayıflamasıyla beraber devletin ekonomik ve sosyal hayata müdahalesi de artmıştır. Bunun sonucu olarak kamu hizmetinin alanı genişlemiş ve kamu ihtiyaçlarında artış meydana gelmiştir.¹ Kamu ihtiyaçlarının karşılanması için, “devlet kamu hizmetinin üretimini kendi işgücü eliyle doğrudan yapabileceği gibi, kural olarak kendisiyle hukuki bir bağı olmayan piyasa unsurlarından da satın alabilir. Bu ayırımın kendisi politik bir tercihi ifade etmekle beraber ikinci seçenekte bir kamu alımı söz konusu olmaktadır.”² Bu kapsamda idareler, en uygun kalitedeki mal ve hizmetleri ya da yapım işini sorunsuz ve standartlara uygun bir şekilde teslim alabilmek için ihale süreçlerini işletmektedirler.³ “Kamu kuruluşlarının mal, hizmet ve yapım işleri alımları, hem kamu harcamaları içerisinde hem de ülke ekonomisi içerisinde önemli bir paya sahiptir.”⁴ Kamu ihalelerinin önceden belirlenmiş bir usul ve yöntem çerçevesinde yapılması zorunluluğu idarelerin uymakla yükümlü olduğu kanunilik ve hukuka uygunluk ilkelerinin de bir gereğidir.⁵ Kamu alımları gerçekleştirilirken nasıl bir sisteme başvurulacağı; bir yönüyle vergi mükelleflerinin parasının nasıl harcanacağını da ifade etmektedir.⁶ Kamunun yapacağı alımlarda kullanılan kaynağın vergi ve diğer kamu gelirleri olması nedeniyle kamu ihale mevzuatının, kamu kaynağının en iyi şekilde kullanılmasına yönelik sıkı kurallar içermesi tabii ve beklenen bir durumdur.⁷ Bunun

¹ Yılmaz, Bekir Mustafa, Kamu Alımlarında İdari Denetim, Ankara, 2007, Yetkin Yayınları, s. 235.

² Toprak, Eren, Kamu İhaleleri (Kamu Alımlarının Hukuki, Yönetimsel ve Siyasal Boyutu), Ankara: Turhan Kitabevi, 2016, s. 3.

³ Uz, Abdullah, Kamu İhale Hukuku Kamu Alımlarının Hukuksal Rejimi İhale İşlemlerinden Kaynaklanan Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları (Şikayet-İtirazen Şikayet-Yargısal Denetim), Ankara: Turhan Kitabevi, 2005, s. 26.

⁴ Şanslı, Canan, “Hukukun Ekonomik Analizi Çerçevesinde Kamu İhale Hukuku”, Finans Politik ve Ekonomik Yorumlar, 2019, C. 53, S. 612, s. 52. <https://dergipark.org.tr/tr/pub/fpeyd/issue/48035/607485>, ET. 13.03.2022.

⁵ Günday, Metin, İdare Hukuku, 9.b, Ankara: İmaj Yayınları, 2004, s. 108.

⁶ Şanslı, Canan, s. 52.

⁷ Yıldırım, Hakkı, “Kamu İhale Hukuku’nun 21’inci Maddesinin (b) Bendinde Yapılan Düzenlemenin Değerlendirilmesi”, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Yıl 6, Sayı 12, Aralık 2018, s. 725.

yanı sıra, “ihale mevzuatının günümüzün değişen ihtiyaçlarına cevap verebilmesi, uygulamada karşılaşılan sorunların çözülebilmesi ve çağdaş gelişmelerle paralellik sağlayabilmesi amacıyla kanun ve ikincil mevzuatlarda değişiklikler ve yapılması olağan bir durumdur.”⁸ Ancak bu değişiklikler yapılırken hukuki güvenlik ilkesi göz önünde bulundurulmalıdır. Çünkü hukuki güvenlik ilkesinin bir boyutu da “hukuk kurallarında sık sık değişiklikler yapılarak hukuki istikrarı ve belirliliği yok eden kurallar” ihdas edilmemesidir.⁹ Bu nedenle yapılan değişiklikler ile getirilen hükümler belirsizlik ve tereddütleri gidermelidir. Yapılan bu değişikliklerin, kamu ihalelerine hâkim olan saydamlık, rekabet, eşit muamele, güvenilirlik, gizlilik, kamuoyu denetiminin sağlanması ve kaynakların verimli kullanılması ilkelerine uygun olmasına özen gösterilmelidir.¹⁰ Nitekim tarihsel süreç içerisinde kamu ihale sistemini düzenleyen kanun ve ikincil düzenlemelerin sayısı giderek artmıştır. Örnek vermek gerekirse, çalışmamızın konusunu teşkil eden 22.04.1925 tarihli ve 661 sayılı Hükümet Namına Vukubulacak Müzayede, Münakasa ve İhâlât Kanunu 26 maddeden oluşmaktayken, 02.06.1934 tarihli ve 2490 sayılı Arttırma, Eksiltme ve İhale Kanunu¹¹ 76, 08.09.1983 tarihli ve 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu¹² 96, 04.01.2002 tarihli ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu¹³ 68, 04.01.2002 tarihli ve 4735 sayılı Kamu ihale Sözleşmeleri Kanunu¹⁴ ise 41 maddeden oluşmaktadır. Bunun yanı sıra kamu ihale alanını düzenleyen çok sayıda ikincil mevzuat mevcuttur.¹⁵

I. İHALE KAVRAMI

İhale kelimesi, Arapça “ihwâl” kökünden gelen “döndürme, alacaklıyı başkasına yönlendirme, borcu devretme” anlamına gelen “ihâlâ(t) إِحَالَة” sözcüğünden türemiştir.¹⁶ Ahmed Vefik Paşa’nın, Lehce-ı Osmanisinde ihale, “Havale, sipariş, ısmarlamak. tahvil etmek” şeklinde tanımlanmıştır.¹⁷ Türk Dil Kurumu sözlüğünde ise, “İş, mal vb. birçok istekli arasından en uygun şartlarla kabul edene verme, eksiltme veya arttırma” şeklinde tanımlanmıştır.¹⁸ Bir diğer ifadeyle ihale, “kamu

⁸ Yıldırım, s. 737.

⁹ Altundış, Mehmet, “Hukuki Güvenlik İlkesi”, Yasama Dergisi, 2008, S. 10, s. 61, <https://dergipark.org.tr/tr/pub/yasamadergisi/issue/54538/743278>, ET. 12.03.2022.

¹⁰ Yıldırım, s. 737.

¹¹ 10.06.1934 tarihli ve 2723 sayılı Resmî Gazete.

¹² 10.09.1983 tarihli ve 18161 sayılı Resmî Gazete.

¹³ 22.01.2002 tarihli ve 24648 sayılı Resmî Gazete.

¹⁴ 22.01.2002 tarihli ve 24648 sayılı Resmî Gazete.

¹⁵ <https://www.ihale.gov.tr/Mevzuat.aspx>, ET. 09.03.2022.

¹⁶ Nişanyan Sözlük, ihale maddesi <https://www.nisanyansozluk.com/kelime/ihale>, ET. 02.03.2022.

¹⁷ Age.

¹⁸ TDK, Türkçe Sözlük, Ankara: Türk Dil Kurumu, 2019.

kurumlarının bir takım işlevlerini yerine getirmek amacıyla yaptıracağı işleri, kimin yapacağına karar vermesini sağlayan bir muhatap belirleme türüdür”¹⁹

Cumhuriyetin ilk yıllarında yürürlüğe giren ve çalışmamızın konusunu teşkil eden 661 sayılı Hükümet Namına Vukubulacak Müzayede, Münakasa ve İhâlât Kanunu ve bu kanunu takip eden 2490 sayılı Arttırma, Eksiltme ve İhale Kanununda ihale kavramı tanımlanmamıştır. Mevzuatımızda ihale kavramı ilk olarak 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nun 4'üncü maddesinde, *“Bu Kanunda yazılı usul ve şartlarla, işin istekliler arasından seçilecek birisi üzerine bırakıldığını gösteren ve yetkili mercilerin onayı ile tamamlanan sözleşmeden önceki işlemleri.”* şeklinde tanımlanmıştır.²⁰ Son olarak 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 4'üncü maddesinde, *“Bu Kanunda yazılı usul ve şartlarla mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin istekliler arasından seçilecek birisi üzerine bırakıldığını gösteren ve ihale yetkilisinin onayını müteakip sözleşmenin imzalanması ile tamamlanan işlemleri”* şeklinde bir tanımlama yapılmıştır.²¹

II. KAMU İHALE MEVZUATININ TARİHÇESİ

Osmanlı İmparatorluğu'ndan günümüze kamu ihale sistemi özel kanunlarla düzenlenmiştir. Osmanlı İmparatorluğu'nda,

“genellikle belirli bir mekânla sınırlı kanunî ve/veya şer'î vergi unsurlarından oluşan bir demeti ifade eden mukataa birimlerini vergilendirmeyi rekabete açık, ekseriya müzayede ile tesbit edilen ve bir bölümü peşin ödenmesi istenen belirli bir yıllık bedel karşılığında, sınırlı bir süre (tahvil) için kârı ve zararı kendine ait olmak üzere kabul edecek mültezimlere güvenilir bir kefaletle devrettiği iltizam”²² usulü günümüz anlamında ihalenin ilk örneklerindedir.

Osmanlı İmparatorluğu'nda, Avrupa'da 18. yüzyıl'da başlayan sanayi devrimi neticesinde yaşanan gelişmeleri yakalayabilmek için devlette reform ihtiyacı ortaya çıkmıştır. Bu ihtiyacı gidermek amacıyla Tanzimat Fermanı ilan edilmiş, ekonomik ve sosyal hayata ilişkin pek çok düzenleme yapılmıştır. Bu kapsamda, devletin en önemli gelir kaynaklarından biri olan mukâtaa sistemi, 1857 yılında çıkarılan Nizamname ile yeniden düzenlenmiştir.²³ Bu Nizamname, Osmanlı İmparatorluğu döneminde kamu ihalelerine ilişkin ilk düzenleme olarak kabul

¹⁹ Altıparmak, Çetin, “İhaleye Fesat Karıştırma Suçu “Doğrudan Temin” Alımları İçin Geçerli Olabilir mi?”, 2012, Güncel Mevzuat, C. 80, s. 34.

²⁰ 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu, m. 4, 10.09.1983 tarihli ve 18161 sayılı Resmî Gazete.

²¹ 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu, m. 4, 22.01.2002 tarihli ve 24648 sayılı Resmî Gazete.

²² Genç, Mehmet, “İltizam”, TDV İslâm Ansiklopedisi, <https://islamansiklopedisi.org.tr/iltizam--vergi>, ET. 14.03.2022.

²³ Karakuş, Emrah, Kamu İhalelerinin Denetimi ve Boğaziçi Üniversitesi Örneği, T.C. Kırklareli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü İşletme Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, 2019, s. 15.

edilmektedir.²⁴ Modern anlamda bu alanda ilk düzenleme ise 1877 ve 1880 tarihlerinde yayımlanan “Emlâki Mülkiye ve Vakfiyenin Tamir ve İnşası Nizamnamesi” ile yapılmıştır. İstibdat ile meşrutiyet dönemlerinde, aşar satışlarına ait çeşitli düzenlemeler hariç tutulursa, bu dönemde kamu alım satımlarının düzenlenmesi ve değiştirilmesi yolunda başka bir çalışma yapılmamıştır.²⁵ Daha sonra 10.01.1914 tarihli Nizamname ile çeşitli satın almaların ve bazı yapım işlerinin, Bakanların izniyle ihaleye çıkarılmaksızın yapılması kabul edilmiştir. Bu kapsamda, 04.06.1919 tarihinde yayımlanan ve 1921’de kanun olarak onaylanan bir kararname ile de merkezdeki devlet daireleriyle İstanbul’daki şubelerinin ve askerî kuvvetlerin ihtiyacı olan ve tutarı 500 lirayı geçen levazım ve eşyanın Maliye Bakanlığı’nda kurulmuş Tevhidi Mübayaat Komisyonu (Merkezi Satın Alma Komisyonu) vasıtasıyla temin edilmesi öngörülmüştür.²⁶ Bu şekilde, Osmanlı İmparatorluğu’ndan Türkiye Cumhuriyeti’ne dönüşümün yaşandığı, 1921 yılında büyük alımların, Maliye Bakanlığı’nca Merkezi Satın Alma Komisyonunca temin edilerek merkezileştirilmesi yoluna gidilmiştir.²⁷

Kamu ihalelerine ilişkin Cumhuriyet dönemindeki ilk düzenleme 27.08.1924 tarihinde yayınlanan, 834 sayılı 1340 (1924) Senesi Muvazene-i Umumiye Kanunu’nun 16’ncı Madde Mucibince Devair-i Devletçe Yapılacak Mubayaat ve İhalâtın Suveri Tatbikiyesi Hakkında Talimatname’dir.²⁸ Bahse konu Talimatname, Ahkâmı Umumiye başlıklı giriş kısmından sonra üç bölümden oluşmaktaydı. Birinci bölümde, “Aleni Münakasa Usulü (Açık Eksiltme Usulü)” ve “Kapalı Zarfla Münakasa Usulü (Kapalı Zarfla Eksiltme Usulü)” olmak üzere iki ihale usulü düzenlenmiştir.²⁹ Bu düzenlemeyi takip eden dönemde devlet ihtiyaçlarının karşılanmasıyla ilgili işlemler, 22.04.1925 tarihli ve 661 sayılı “Hükümet Namına Vukubulacak Müzayede, Münakasa ve İhalât Kanunu” hükümleri çerçevesinde yürütülmüş, bu kanun 9 yıl yürürlükte kaldıktan sonra 02.06.1934 tarihli ve 2490 sayılı “Arttırma, Eksiltme ve İhale Kanunu” ile yürürlükten kaldırılmıştır.³⁰

²⁴ Gönen, Dinçer, Işık, Hikmet, Açıklamalı Devlet İhale Kanunu ve Yapım Sözleşmelerinin Uygulanması, Ankara, 1993, 8. Baskı, s. 3.

²⁵ 597 Numaralı Müzayede ve Münakasa Kanunu Lâyihası ve Maliye ve Bütçe Encümenleri Mazbataları, s. 2, <https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d04/c022/tbmm04022051ss0140.pdf>, ET. 08.03.2022.

²⁶ Gönen, Dinçer, Işık, Hikmet, a.g.e., s. 5.

²⁷ Akdoğan, Muzaffer, “Avrupa Birliği Kamu Alımları Direktifleri ve Türkiye Uygulamasına Yansımalarının İlerleme Raporları Işığında Değerlendirilmesi”, İÜHFİM, C. LXXII, S. 2, 2014, s. 690.

²⁸ Sayın, İsmail Hakkı, Açıklamalı Kamu İhale Kanunu ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu, Ankara, Mart 2008. s. 3; 597 Numaralı Müzayede ve Münakasa Kanunu Lâyihası ve Maliye ve Bütçe Encümenleri Mazbataları, ET. 08.03.2022.

²⁹ Sayın, s. 3.

³⁰ Kallek, Cengiz, “Müzayede”, TDV İslâm Ansiklopedisi, <https://islamansiklopedisi.org.tr/muzayede>, ET. 25.02.2022.

661 sayılı İhâlât Kanunu 26 maddeden oluşmaktadır. Zaman içinde ortaya çıkan gelişmeler nedeniyle bu kanuna ilave olarak 05.04.1926 tarihli ve 799 sayılı,³¹ 31.05.1926 tarihli ve 878 sayılı,³² 24.05.1928 tarihli ve 1300 sayılı,³³ 17.12.1929 tarihli ve 1540 sayılı,³⁴ 29.11.1933 tarihli ve 2338 sayılı³⁵ Kanunlar ile getirilen düzenlemelerle kamu ihale sistemi yürütülmeye çalışılmıştır.³⁶ Bu dönemde, 1924 Anayasası'nın 26'ncı maddesi,³⁷ kanun koymak, kanunlarda değişiklik yapmak, kanunları yorumlamak, kanunları kaldırmak, görevlerini Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne verilmiştir. Bu kapsamda, 661 sayılı Kanunun geçici ve kesin teminata ilişkin 8'inci ve 14'üncü maddeleri hakkında, "Müzâyede ve Münâkasa ve İhâlât Kânûnu"nun Sekizinci ve On Dördüncü Maddelerinin Tefsîrine"³⁸ ilişkin meclis kararı yayımlanarak Kanunun uygulanmasına ilişkin tereddütler giderilmeye çalışılmıştır.

III. KANUNUN KAPSAMI

Kanunun kapsamı, birinci maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre; "*Hükümet namına vukubulacak her nevi mübayaat (satın alma), satış, icar (kira), inşaat ve tamirat ve istikşafat (keşif) ve imalât ve işletme ve nakliyat ve mümasili (benzeri) işlerin...*"³⁹ Kanunda öngörülen usullere göre gerçekleştirileceği hüküm altına alınmıştır.

Bununla beraber, özel kanun hükümlerine dayanılarak yapılacak inşaat, idare edilecek girişimler ve bayındırlık müesseseleri Kanunun kapsamı içinde değildir. Bunlar, Bakanlar Kurulunca⁴⁰ düzenlenecek talimatnamelerle yapılır ve idare olunur (m. 23). Bu kapsamda, demiryollarının inşaatı hakkında Devlet Demiryol-

³¹ 10.04.1926 tarihli ve 344 sayılı Resmî Gazete.

³² 27.06.1926 tarihli ve 405 sayılı Resmî Gazete.

³³ 29.05.1928 tarihli ve 901 sayılı Resmî Gazete.

³⁴ 25.12.1929 tarihli ve 1380 sayılı Resmî Gazete.

³⁵ 02.12.1933 tarihli ve 2567 sayılı Resmî Gazete.

³⁶ 2.06.1934 tarihli ve 2490 sayılı Kanun Madde 74.

³⁷ <https://www.anayasa.gov.tr/tr/mevzuat/onceki-anayasalar/1924-anayasasi/>, ET. 12.03.2022.

³⁸ 07.03.1926 tarihli ve 315 sayılı Resmî Gazete.

³⁹ "*BİRİNCİ MADDE - Hükümet namına vukubulacak her nevi mübayaat, satış, icar, inşaat ve tamirat ve istikşafat ve imalât ve işletme ve nakliyat ve mümasili işlerin münakaşa veya müzayedesini kapalı zarf usulü üzere icra olunur. Âtidedeki on sekizinci maddede tadat olunan ahvalde pazarlık ve on altıncı maddede gösterilen işlerde aleni müzayede veya münakaşa caiz olduğu gibi inşaatı nafia ve işletme umuru bir kanunu mahsusa müstenit olmak şartıyla emaneten icra olunabilir.*"

⁴⁰ 04.07.2018 Tarih ve 30468 Sayılı "477 Sayılı Kanun ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname" Yürütme Maddeleri başlıklı: "madde 72 - (1) Yürürlükte bulunan kanun ve kanun hükmünde kararname ile 10/5/2018 tarihli ve 7142 sayılı Kanuna dayanılarak yürürlüğe konulan kanun hükmünde kararnamelerin yürütme maddelerinde Bakanlar Kurulu ve bakanlara yapılmış olan atıflar Cumhurbaşkanına yapılmış sayılır."

ları İnşaatına İlişkin Müzayede, Münakasa ve İhâlât Talimatnamesi 17.06.1933 tarihli ve 14596 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile yürürlüğe konulmuştur.⁴¹

661 sayılı Kanun'un kurumlar itibariyle kapsamı kanun metninde açıkça düzenlenmemiştir. Kanunun T.B.M.M.'deki görüşmeleri esnasında bu husus dile getirilerek, belediyelerce yapılan ihalelerin bu Kanun kapsamında olmadığına daha açık bir şekilde ifade edilmesi gerektiği belirtilmiştir. Bu kapsamda, Muvazene-i Maliye Encümeni (Plan-Bütçe Komisyonu) tarafından Kanundaki "hükümet" ifadesinin değiştirilerek "idarei umumiyei devlet" ifadesinin kullanılması teklif edilmiştir.⁴² Ancak bu teklif kabul edilmemiştir. Bu Kanunu takip eden 2490 sayılı Artırma ve Eksiltme ve İhale Kanunu'nda kapsam maddesi daha açık şekilde düzenlenerek kanun kapsamındaki idareler açıkça belirtilmiştir.⁴³ Artırma ve Eksiltme ve İhale Kanunu'nda genel, katma ve özel bütçeli kamu kurumlarınınca bu idareler adına "*alma, satma, yaptırma, keşif, kiraya verme, kiralama ve bunlara benzer diğer işlerin*" 2490 sayılı Kanun hükümlerine göre gerçekleştirileceği hüküm altına alınmıştır (m. 1).

Cumhuriyet döneminde belediyelerce yapılacak ihalelere ilişkin ilk düzenleme 1926 tarihli Belediyeye İdârelerince Yapılacak Müzâyede, Münâkasât ve İhâlât Hakkında Ta'limâtname'dir.⁴⁴ Daha sonra Bakanlar Kurulunca çıkarılan 22.5.1930 tarihli ve 9445 sayılı Kararname ile 661 sayılı Kanun'un 6'ncı maddesinin belediyelerce yapılacak artırma ve eksiltmelere de uygulanmasına karar verilmiştir.⁴⁵ Böylece belediyelerce yapılan ihalelerde de 661 sayılı Kanun'un teminata ilişkin hükümleri uygulanma alanı bulmuştur. Belediyelerce yapılacak ihaleler daha sonra ayrı bir mevzuatla detaylı olarak düzenlenmiştir.⁴⁶

661 Sayılı İhâlât Kanunu'nda, 4739 sayılı Kamu İhale Kanunu'ndan farklı olarak idarelerin alım ve satım işleri tek kanunda düzenlenmiştir. Bu usul, "2490 sayılı Artırma, Eksiltme ve İhale Kanunu"; "2886 sayılı Devlet İhale Kanunununda" da korunmuştur.

⁴¹ 08.07.1933 tarihli ve 2446 sayılı Resmî Gazete.

⁴² T.B.M.M. Zabıt Ceridesi, Devre: 2, İçtima: 2 Cilt: 18, Birleşim: 109, s. 507. https://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/td_v2.goruntule?sayfa_no_ilk=499&sayfa_no_son=516&sayfa_no=507&v_mecles=1&v_donem=2&v_yasama_yili=&v_cilt=18&v_birlesim=109, ET. 23.05.2022.

⁴³ "*Birinci Madde-Umumi, mülhak ve hususî bütçelerle idare edilen daireler namına alma, satma, yaptırma, keşfettirme, kiraya verme, kiralama ve bunlara benzer diğer işler bu kanunda yazılı hükümlere göre yapılır. Ancak bu daire ve müesseselerin ve bunlara bağlı mütedavil sermayeli teşekküllerin hususî kanunlarındaki hükümlere göre bilanço ile gösterilmesi lâzım olan ticarî mahiyetteki işler ile sermayesinin yarısından fazlası Devlete ait olan müesseselerin inşaat ve esaslı tamirattan başka işlerinde bu kanun hükümlerinin tatbiki mecburî değildir.*"

⁴⁴ 11.05.1926 tarihli ve 369 sayılı Resmî Gazete.

⁴⁵ 06.08.1930 tarihli ve 1564 sayılı Resmî Gazete.

⁴⁶ Belediyelerce Yapılacak Müzayede ve Münakasa ve İhaleler Hakkında Nizamname, 08.12.1930 tarihli ve 1667 sayılı Resmî Gazete.

Kanunda yabancı uyruklu gerçek ve tüzel kişilerin ihalelere katılımına ilişkin engelleyici bir düzenleme bulunmadığı gibi yerli istekliler lehine bir düzenleme de bulunmamaktadır. Bir diğer ifadeyle, Kanunda kamu ihalelerine katılmak için eşik değere göre yabancı isteklilerin katılımını sınırlama, Türk vatandaşı olmak, yerli üretim şartı gibi yabancı isteklilerin teklif vermesini engelleyici bir hüküm bulunmamaktadır. Bu yönüyle kanunun son derece liberal bir düzenleme olduğu söylenebilir. Bu Kanunu takip eden, 2490 sayılı Kanun teminat hükümlerini yumuşatarak yerli isteklilerin ihalelere katılımının kolaylaştırmıştır. Bu husus, 2490 sayılı Kanunun gerekçesinde,

“... büyük işlere yüksek kapitallerden başka ufak sermayeli ciddi teşebbüs erbabının da iştirak edebilmesini temin etmek ve Devlet alış ve satışlar ile taahhütlerini memleket çocuklarına yaptırmak ve binnetice paramızı memleket içinde alıkoymak için teminat hakkında taliplere eski kanuna nisbetle daha müsait, davranmak suretile derç ve teklif edilen esaslar; bu lâyihanın ruhlu hükümlerini teşkil etmektedir”⁴⁷ şeklinde ifade edilmiştir.

IV. İHALE HAZIRLIK SÜRECİ

A. ŞARTNAME

Kanunda şartnamelere ilişkin hükümler 2’nci ve 3’üncü maddelerinde düzenlenmiştir. Buna göre, artırma ve eksiltmesi yapılacak mal ve hizmetlerin her türlü ayrımını düzenleyen şartname ihalenin ilanından önce hazırlanarak özette ilan edilebileceği gibi ihalenin ilk ilanından itibaren şartnamesinin onaylı bir örneği istekli olduğunu bildiren kişilere bekletilmeksizin verilecektir (m. 2).

İhale konusu için kapsamının özel nitelikte olması sebebiyle ihaleye katılacak kişilerin belirli teknik ve mali yeterliliğe sahip güvenilir istekliler arasında yapılması gerekli olan durumlarda bunu temin etmek için şartnameye özel madde ve hükümler konulabilecektir (m. 3).

B. İLAN

İhalelerin ne şekilde duyurulacağı 661 sayılı İhalât Kanunu’nun 4’üncü maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, ihale ilanı, en az yirmi gün önce mutad vasıtalarla eşit aralıklarla dört defa duyurulur. Ancak özel hallerde yabancı ülkelerden getirilmesi gerekli olan mallar için bu süre iki aydan aşağı olamaz. Yaklaşık maliyeti on bin lirayı (güncel tutarı yaklaşık 307.000 TL)⁴⁸ geçen artırma veya

⁴⁷ 597 Numaralı Müzayede ve Münakasa Kanunu Lâyihası ve Maliye ve Bütçe Encümenleri Mazbataları, s. 1.

⁴⁸ Kanunda geçen parasal değerlerin günümüzdeki karşılıkları hesaplanırken 1926 yılı dolar kuru esas alınarak günümüzdeki değeri bulunmaya çalışılmıştır. Bu kapsamda bahse konu tutarın, 1926 yılındaki dolar karşılığı bulunmuş, bulunan tutar 1969 yılı dolar kuru üzerinde Türk Lirasına çevrilmiş, daha sonra Merkez

eksiltmeler (gerekli görülen yerel gazetelerden başka) idare tarafından belirlenen iki gazetede ayrıca yayınlanır. İlanlarda bulunması gereken hususlar 661 sayılı Kanunun 4'üncü maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, şartnamenin onaylı suretlerinin nereden getirileceği, artırma veya eksiltmenin hangi makamda hangi gün ve saatte yapılacağı, artırma veya eksiltmeye katılmak için verilecek teklif makamlarının yazılı örneği ve dağıtılma şekli ve son olarak artırma veya eksiltmeye, katılacakların güçlerinin yeteceği derecelerine güvenilir istekliler arasında gerçekleşmesini sağlamak için isteklilerin bazı belgeler göstermeleri gerekli olduğu takdirde bu belgelerin ne gibi şeyler olacağı hususlarının ilan metninde yer alması zorunludur (m. 4).

V. KANUNDA DÜZENLENEN İHALE USULLERİ

Kanunda temel olarak kabul edilen ihale usulü kapalı zarf açık ihale usulüdür.⁴⁹ Bu usul günümüzde 4739 sayılı Kamu İhale Kanununda düzenlenen açık ihale usulüdür. Bu usulün uygulanmasının mümkün olmadığı hallerde açık eksiltme ve artırma usulünün uygulanacağı, bu usulün de uygulanmasının uygun olmadığı bazı durumlarda ise pazarlık usulünün uygulanacağı belirtilmiştir.⁵⁰ Bu husus kanunun gerekçesinde de, “Müzayede ve münakasalarda esas itibarıyla kapalı zarf usulü müzayede-i aleniyeye (açık artırma) tercih olunmuştur” şeklinde ifade edilmiştir.⁵¹ Gerekçede, açık artırma ve eksiltmenin önemli satın almalar ve satışlarda uygulanmasının mümkün olmadığı çünkü bu usulde gerçek isteklilerin dışında bazı kişilerin⁵² çıkar sağlamak amacıyla istekli gibi davranarak gerçek isteklileri sıkıntıya soktukları belirtilmiştir.⁵³ Bu nedenle pek çok ciddi isteklinin ihalelere katılmaktan vazgeçtikleri belirtilerek rekabetin artırılması ve işlemlerin kolaylaştırılmasına önemli ölçüde katkı sağlayan kapalı zarf usulünün uygulan-

Bankasınca hazırlanan değerlendirme programı üzerinden 1969 yılı baz alınarak günümüzdeki karşılığı tespit edilmeye çalışılmıştır. Şanlı, Bahar, “Türkiye’de Uygulanan Kur Politikaları”, İstanbul Üniversitesi İktisat Fakültesi Mecmuası, 49 / 0 (Ekim 2011, s. 180, <https://teyit.org/1930-yilinda-1-tnin-100-dolar-oldugu-iddiasi>, <https://smartasset.com/investing/inflation-calculator#CpCptS1KZT>, https://www3.tcmb.gov.tr/enflasyoncalc/enflasyon_hesaplayici.html, ET. 10.03.2022.

⁴⁹ 661 sayılı Kanun 1’inci madde gerekçesi, T.B.M.M. Zabıt Ceridesi, Devre: 2, İçtima: 2 Cilt: 18, Birleşim: 109, s. 499. https://www5.tbmm.gov.tr/develop/owa/td_v2.sayfa_getir?sayfa=499:516&v_mecelis=1&v_donem=2&v_yasama_yili=&v_cilt=18&v_birlesim=109, ET. 09.03.2022.

⁵⁰ 661 sayılı Kanun m. 18.

⁵¹ 661 sayılı Kanun 1’inci madde gerekçesi, T.B.M.M. Zabıt Ceridesi, Devre: 2, İçtima: 2, Cilt: 18, Birleşim: 109, s. 499.

⁵² Uygulamada “çantacı” olarak ifade edilen bu kişiler, ihaleyi almayacağı halde teklif veren veya ihale süreçlerini idari başvuru yollarını kötüye kullanarak uzatan, ihaleyi alması muhtemel isteklilerden talebinden vazgeçmesi için para veya başka bir menfaat talep etmektedirler. <https://www.kocaeli-denge.com/haber/6594293/cantacilara-tokat-gibi-karar>, ET. 07.03.2022.

⁵³ 661 sayılı Kanun 1’inci madde gerekçesi, T.B.M.M. Zabıt Ceridesi, Devre: 2, İçtima: 2, Cilt: 18, Birleşim: 109, s. 499.

masının uygun olduğu yerlerde bu usulün uygulanması, bunun mümkün olmadığı hallerde ise açık artırma ve eksiltme usulüne başvurulması gerektiği belirtilmiştir. Bu iki usulün uygulanmasının mümkün olmadığı bazı durumlarda da pazarlık usulünün uygulanacağı hüküm altına alınmıştır.⁵⁴

Kanunda ihaleler için öngörülen temel usul kapalı zarf usulüdür. Ancak 18'inci maddede sayılan hallerde pazarlık usulü ile de alım yapılabilecektir. Bunların yanı sıra 16'ncı maddede sayılan hallerde açık artırma veya eksiltme usulü de uygulanabilecektir. Öte yandan bayındırlık inşaatı ve işletme işleri özel bir kanun hükmüne dayanmak şartıyla emanet usulü ile yapılabilecektir.⁵⁵

Kanuna ek olarak 31.05.1926 tarihli ve 878 sayılı Kanunla getirilen düzenleme ile eksiltme ve pazarlık usulleri ile ihalesi mümkün olmayan askeri inşaatların, Bakanlar Kurulu kararı ile emanet usulü ile yaptırılmasının Milli Savunma Bakanlığının yetkisinde olduğu hükmü getirilerek, temel ihale usulü olan kapalı zarf usulüne bir istisna getirilmiştir.⁵⁶ Daha sonra Kanuna eklenen 24.05.1928 tarihli ve 1300 sayılı düzenleme ile deniz ve karayolu ile posta nakliyatına ilişkin eksiltmelerde ihale süresini üç seneye kadar uzatmaya Posta, Telgraf ve Telefon Genel Müdürlüğünün yetkisinde olduğu belirtilmiştir.

A. KAPALI ZARF USULÜYLE ARTIRMA VE EKİLTME

1. Kapalı Zarf Usulüyle Artırma ve Eksiltme Usulü

Kanunda temel usul olarak öngörülen “kapalı zarf usulü ile artırma ve eksiltme usulü”, Kanunun 10'uncu maddesi ile 15'inci maddesi arasında düzenlenmiştir. Bu usulde, istekliler teklif vermek istedikleri işe ilişkin tekliflerini bir zarf içerisine koyarak, mühürler ve kapatırlar. Bu mühürlü zarf geçici teminata ilişkin makbuz veya banka kefaletnamesi ile gerekli görüldüğünde istenen belirlenmiş diğer evrak ile birlikte başka bir zarf içine konularak mühürlenir. Teklif zarfının üzerine sadece hangi işe ait olduğu yazılır (m. 10). Kanunun 10 ila 15'inci maddeleri arasında düzenlenen bu usul, 2490 sayılı Kanunun 31 ila 40'inci maddeleri arasında “kapalı zarf usulü”, 2886 sayılı Kanunun 37 ila 44'üncü maddeleri arasında “kapalı teklif usulü”, son olarak 4734 sayılı Kanunda “açık ihale usulü” olarak günümüze kadar varlığını devam ettirmiştir.

“Onuncu maddede yazılı olduğu üzere hazırlanan zarflar ilgililer tarafından eksiltme ve artırmanın gün ve saati gelmeden önce sıra numaralı bir makbuz karşılığında artırma veya eksiltmeyi yapmaya görevli

⁵⁴ Age, s. 499.

⁵⁵ “Emanet usulü, iş sahibi kuruluşun işi kendi olanaklarıyla ya da, işleri türü itibariyle kısımlara ayırarak araya bir yüklenici girmeksizin doğrudan taşeronlar eliyle yaptırmasıdır.” <https://kayadelen.gen.tr/index.php/yazlar/ceitli/39yatirimlarda-ihale-yontemleri>, ET. 07.03.2022.

⁵⁶ 27.06.1926 tarihli ve 405 sayılı Resmî Gazete.

komisyon başkanlığına verilecektir. Başkanlık tarafından verilen makbuzun numarası zarf üzerine yazılacaktır. İhale için belirlenen saatin gelmesiyle aşağıdaki fıkrada yazılı tutanağın düzenlenmesinden sonra hiçbir teklif kabul edilemez. Artırma veya eksiltmeyi uygulayan görevli komisyon tekliflerin kabulü için belirlenen ve ilan edilen sürenin sonunda ve zarfları açmadan önce kaç adet teklif mektubu aldıklarını açıklayan bir yazılı tutanak düzenlenecektir. Yazılı tutanağın düzenlenmesinden sonra zarflar açılıp artırma veya eksiltmeye girebilecekler için aranılan şart ve teminatın yerine getirilip getirilmediği incelenir. Bahis olunan şartları yerine getirmeyenlere ait iç zarflar açılmaksızın sahibine iade olunur (m. 11).⁵⁷

12'nci maddenin birinci fıkrasına göre; ilgili maddelerde belirtilen şartları taşıyan zarflar aynı oturumda ilgililerden mevcut olanların hazır olmalarıyla açılır ve açık olarak okunur, içinde bulunanların özeti sıra ile bir yazılı tutanağa geçirilir ve isteklilerden arzu edenler açılan teklif mektuplarını okur ve okuduklarını, teklif mektubunun arkasına kimliklerini belirterek imza koyabilirler. İkinci fıkraya bakıldığında, artırma veya eksiltme tekliflerinin belirtilen ihale gününde incelemesi tamamlanamayacağı anlaşılırsa, iç zarfların açılmasına başlanılmayacağı ve bütün teklifleri içeren mühürlü zarflar ilan edilecek diğer bir açık oturumda açılıp, aynı oturumda tamamen tetkik edilmek üzere artırma veya eksiltme heyeti tarafından büyük bir zarf içine konulacağı ayrıca hep birlikte mühürleneceği düzenlenmektedir.

İlgili maddenin son fıkrasında ise; tekliflerin incelenmesi neticesinde en uygun bedel olarak teklif veren belli olduktan sonra, teklifin gerçek değerine uygun olup olmadığına göre 15'inci madde hükümleri göz önünde bulundurma şartıyla ihalenin yapıldığı veya artırma ve eksiltmenin kapatıldığına tespit edildiğinin ilgililerine bildirilmesi hususu yer almaktadır (m. 12/3).

2. Kapalı Zarf Usulüyle Artırma ve Eksiltme Usulünde “Uygun Bedel”

Kanunda “uygun bedel” kavramına eşdeğer bir kavram olarak “haddi lâyık” ifadesi kullanılmıştır. Ne var ki bu kavram kanunda tanımlanmamıştır. Bu ka-

⁵⁷ “ON BİRİNCİ MADDE -Madde sabıkada muharrer olduğu üzere ihzar edilen zarflar alâkadaran tarafından münakasa veya müzayedenin yevm ve saati icrasından mukaddem müteselsil numaralı bir makbuz mukabilinde müzayede veya münakasayı icraya memur heyetin riyasetine tevdi edilecektir. Riyaset tarafından verilen makbuzun numarası zarf üzerine vazolunacaktır. Muayyen saatin hulûliyle fıkraî âtiyede muharrer zabıt varakasının tanziminden sonra hiç bir teklif kabul olunamaz. Müzavede veya münakasayı icraya memur heyet teklif atın kabulü için tavın ve ilân edilen müddetin hitamında, ve zarfları açmadan mukaddem kaç adet teklifname aldıklarını mübeyyin numaralarının işaretleriyle bir zabıt varakası tanzim edecektir. Zabıt varakasının tanziminden sonra zarflar açılıp müzayede veya münakasaya dahil olabilmek için aranılan şart ve teminatın ifa edilip edilmediği tetkik olunur. Şeraiti mephuseyi ifa etmeyenlere ait iç zarflar kuşat olunmaksızın ashabına iade olunur.”

nunu takip eden 2490 sayılı İhale Kanununun 53'üncü maddesinde, “*Artırma ve eksiltme işlerinde bedeller, tahmin edilen miktarı bulduğu takdirde lâyük had sayılır.*” şeklinde düzenleme yapılmıştır. Arttırma işlerinde, “uygun bedelin” nasıl belirleneceği açıktır. Bu işlerde muhammen bedelden az olmamak üzere, teklif edilen bedellerin en yükseği yani idareye daha çok bedel ödeyecek olana ihale kalacaktır. İhalât Kanununda idarenin yapacağı satın almalarda (eksiltmelerde) temel olarak en düşük bedelin “uygun bedel” olarak kabul edileceğini söylemek mümkündür. 2490 sayılı İhale Kanununun uygulandığı 1934-1983 yılları arasındaki dönemde de “uygun bedel” kavramı tartışılmış ancak buna ilişkin fiyat dışında başka kriterler esas alınarak tanımlama yapılması gerekliliği ancak yargı kararlarıyla oluşturulabilmiştir.⁵⁸ 1979 yılında çıkarılan 01.03.1979 tarihli ve 22 sayılı KHK ile yapılan değişiklikle “uygun bedel” kavramı kanundaki yerini almıştır. Böylece, eksiltmelerde “en düşük bedelin uygun bedel olduğu” düşüncesinden vazgeçilerek, “ihtiyacın en iyi şekilde karşılanmasına imkân veren teklifin en uygun bedel (uygun teklif) olduğu” kabul edilmiştir.⁵⁹ 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu’nda da bu yaklaşım sürdürülmüştür. Devlet İhale Kanunu’nun 28’inci maddesinde,⁶⁰ “*Kapalı teklif usulüyle yapılan ihalelerde; bedel tahmini yapılmışsa uygun bedel, teklif edilen bedellerden tahmin edilen bedeli geçmemek şartıyla tercihe layık görüleni; bedel tahmini yapılmamışsa uygun bedel, teklif edilen bedellerin tercihe layık görülenidir. Tercih gerekçeleri kararlarda belirtilir.*” Bu Kanunla getirilen “tercihe layık bedel” kavramı ile idarelere ihale konularında geniş bir takdir hakkı sağlamıştır. Bu husus Kanunun gerekçesinde;

*“Kamu ihtiyaçlarının karşılanmasında en ucuzunun değil en iyisinin alınması esas tutulmuş ve bunu sağlamak üzere de İdarelerin taahhüt amirlerine (amiri italarına), ihale komisyonlarına ihaleyi yapıp yapmamakta ve en uygun bedeli tespit etmek hususunda tercih ve takdir hakkı tanınmış, İhale Komisyonlarını teşkil için yetki verilmiştir.”*⁶¹ şeklinde ifade edilmiştir.

Kamu İhale Kanunu’nun 40’inci maddesinin ikinci fıkrasına göre, “*ekonomik açıdan en avantajlı teklif(in), sadece fiyat esasına göre veya fiyat ile birlikte işletme ve bakım maliyeti, maliyet etkinliği, verimlilik, kalite ve teknik değer gibi fiyat dışındaki unsurlar da dikkate alınarak*” belirleneceği düzenlenmiştir. Aynı fıkranın devamında “*Ekonomik açıdan en avantajlı teklifin fiyat dışında-*

⁵⁸ İhale Hukuku ve İnşaat İşleri, Yekta Türkoğlu, Turhan Şaki, Ercan Egemen, Olgaç Matbaası, Ankara, 1985, s. 191.

⁵⁹ Age, s. 191.

⁶⁰ 2886 sayılı Kanun m. 28.

⁶¹ Devlet İhale Kanunu Tasarısı Gerekçesi, https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/DM__02/c020/dm__02020135ss0483.pdf, ET. 11.03.2022.

ki unsurlar da dikkate alınarak belirleneceği ihalelerde, ihale dokümanında bu unsurların parasal değerleri veya nispi ağırlıkları belirlenmesi” gerektiği ifade edilerek,⁶² idarenin bu konudaki takdir yetkisinin belirli objektif esaslar çerçevesinde kullanılması öngörülmüştür.

Birden fazla istekliler tarafından aynı fiyat teklif edildiği ve bu fiyat tekliflerinin “en uygun” teklif olarak değerlendirildiği durumda aynı oturumda yalnız anılan istekliler arasında açık artırma veya eksiltme yapılacak ve bu şekilde en müsait uygun fiyatı veren istekliye (gerçek değerine uygun olduğu takdirde) ihale bırakılacaktır. İhale yapıldıktan sonra on gün içinde sözleşme düzenlenir ve notere onaylatılarak imzalanır (m. 13). 2490 sayılı Kanunun 37’nci maddesinde, isteklilerin aynı fiyat teklif ettiği durumlarda bu kimselerden ikinci fiyat teklifleri yazılı olarak alınacağı bu fiyat tekliflerinin de aynı olması halinde kura yolu ile ihalenin sonuçlandırılması düzenlenmiştir.⁶³ 2886 sayılı Devlet İhale Kanununda da benzer şekilde tekliflerin aynı olması halinde hazır bulunan isteklilerden ikinci tekliflerin alınacağı, bu tekliflerinde aynı olması halinde ad çekme suretiyle ihalenin sonuçlandırılacağı hüküm altına alınmıştır.⁶⁴ 4734 sayılı Kanun ile getirilen düzenleme ile ikinci defa teklif alma yöntemi ve kura usulü kaldırılmıştır. Buna göre, en düşük fiyatın ekonomik açıdan en avantajlı teklif olarak kabul edildiği ihalelerde, birden fazla istekli tarafından aynı fiyatın teklif edildiği ve bunların da ekonomik açıdan en avantajlı teklif olduğu tespit edildiği durumda, fiyat dışındaki unsurlar dikkate alınarak ekonomik açıdan en avantajlı teklif belirlenir ve ihale buna göre sonuçlandırılır.⁶⁵

Eksiltme veya artırma komisyonlarının ihale yetkisi olmayan konularda yaptığı ihalelerde bağlı olduğu Bakanlığın onayından sonra ihalenin isteklisine bildirilme süresi, zarfların açıldığı günden itibaren sekiz gündür, istekli bu süre içinde teklifiyle bağlıdır. Bununla beraber bu süre içerisinde ihalenin yapıldığı müteahhide tebliğ edilmediği takdirde isteklilerin tekliflerinden dönme hakkı vardır (m. 15).

B. AÇIK ARTIRMA VE EKSİLTME USULÜ

Açık artırma ve eksiltme usulüyle yapılabilecek işler kanunun 16’ncı maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, artırma ve ihalesi özel hükümlerine uyarak yapılacak olan vergiler, senelik kira bedeli beşbin liraya (Güncel tutarı yaklaşık 153.000 TL) kadar olan idareye ait taşınmaz malların kiralanması, artırma bedeli ve eksiltmesi beşbin lirayı geçmeyen satın almalar, fiyatı kapalı zarf usulünün

⁶² 4734 sayılı Kanun m. 40.

⁶³ 2490 sayılı Kanun m. 37.

⁶⁴ 2886 sayılı Kanun m. 42.

⁶⁵ Sayın, s. 484.

uygulanmasına olanak vermeyen hususlar; açık artırma eksiltmeyi yapan heyet tarafından tahmin olunmuş bir bedel yazılarak artırma veya eksiltme belgelerine konulur ve ihale günü olarak belirlenen gün ve saatte tekliflerin sona ermesinin ardından gerçek değerini bulduğu takdirde ihale yapılır.

Teklif edilen son bedel, muhammen bedele yakın görülmediği takdirde ihale günü bir hafta sonraya ertelenir ve bu durum ilan edilir. Bu ikinci ihale gününde de gerçek değer bulunmadığı takdirde artırma veya eksiltmeden vazgeçilerek pazarlık suretiyle işlemler sonuçlandırılacaktır (m. 17). Kanunun gerekçesinde açık eksiltme ve artırmalarda ilk verilen peylerin muhammen bedele çok yakın olmadığı, cüzi miktarda yapılan artırma ve eksiltmeler ile işin sürüncemede bırakıldığı ifade edilerek, bu sakıncanın giderilmesi için bu gibi hallerde bazı batı ülkelerinde olduğu gibi ihale heyetine ihaleyi pazarlık usulü ile sonlandırma yetkisinin verildiği belirtilmiştir.⁶⁶

C. PAZARLIK USULÜ

Pazarlık usulü ile yapılabilecek işler ve uygulanacak usul, ilgili kanunun 18 ila 20'nci maddeleri arasında düzenlenmiştir. Hangi işlerin pazarlık usulü ile yapılabileceği Kanunun 18'inci maddesinde sayılmıştır. Bu maddeye göre; belirli bir tutarı aşmadığı için ihale yapılması mümkün veya faydalı görülmeyen çeşitli satın almalar ile Bayındırlığa ait sürekli veya acele tamirat; dairelerin ve müesseselerin harcama cinsilerine göre ne miktara kadar pazarlık suretiyle satın almalarında bulunabilecekleri bağlı olduğu Bakanlık ve Maliye Bakanlığı'na müştereken belirlenecektir. Sadece bir kişinin kendi tasarrufunda bulunan eşya ve emlak, eksiltme veya artırmalarda isteklisi çıkmayan veya haklarında kabul edilemeyecek tekliflerde bulunan mallar, eksiltmeden itibaren, Hazine menfaatine uygun olmak şartıyla, bir ay içinde pazarlık usulüyle yapılır. Ayrıca eksiltmede ihale üzerlerine kalmalarına rağmen ihale şartlarını yerine getiremediklerinden dolayı zarar ve hasarı müteahhitlere ait olmak üzere, hükümet tarafından yerine getirilecek nakliyat, inşaat ve satın almalar, belirli tarifeli nakliye vasıtaları ile yapılacak nakliyat, hükümetçe emaneten yapılması uygun görülmeyen keşifler ve işlemleri gizli tutulması gerekli olan izinli eşyadan olması, genel emniyet açısından eksiltme ve artırmaya konması uygun bulunmaması, sınıf ve kullanım özelliğine dayanarak beklenmeyen sebeplerden dolayı acele olup eksiltme veya artırma yapılmasına müsait olmaması nedenleriyle pazarlık suretiyle yapılması Bakanlar Kurulu kararına ihtiyaç duyulan işlemler pazarlık usulüyle yapılabilecektir.

Kanunda düzenlenen pazarlık usulü günümüze kadar önemli ölçüde değişmeden gelmiştir. Kanunun 18'inci maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinde

⁶⁶ 661 sayılı Kanun 17'nci madde gerekçesi, T.B.M.M. Zabıt Ceridesi, Devre: 2, İçtima: 2 Cilt: 18, Birleşim: 109, s. 500.

düzenlenen usul, 4734 sayılı Kanunun 21'inci maddesinin birinci fıkrasının (f) bendinde düzenlenen usulle paralellik arz etmektedir (m. 21/f). Benzer şekilde (b) bendinde düzenlenen hüküm, 4734 sayılı Kanunun 22'nci maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinde düzenlenen hükümle; (g) bendinde düzenlenen hüküm, 4734 sayılı Kanunun 22'nci maddesinin birinci fıkrasının (c) bendinde düzenlenen hükümle paralellik arz etmektedir.

Pazarlık usulü ile yapılacak ihalelerde alınacak teminatlar ilgili kanunun genel hükümlerine tabi olacaktır. Kanunun 18'inci maddenin birinci fıkrasında yer alan cüzi tutardaki satın almalar istisna olmak üzere pazarlık usulüne dayanan her çeşit satın almalar ve ihalelerin taahhütleri de bu usul üzerine onaylı bir sözleşmeye bağlanır. Bunun yanı sıra 19'uncu maddeye göre; bir defada yapılacak satın almalarda, ticari usul ve işlemlere uyularak karşılıklı verilen haberler, sözleşme yerine geçebilir. Ayrıca, 20'nci madde kapsamında ise, pazarlık suretiyle yapılacak ihalelerin 18'inci maddede belirtilen usullerden hangisine uyularak yapılmış olduğu işlemlere ait asıl evraklarda belirtilip, açıklanacağı düzenlenmiştir.

VI. TEMİNATA İLİŞKİN HÜKÜMLER

661 Sayılı Kanun kapsamında yapılacak ihalelerde alınacak teminatlara ilişkin hükümler Kanunun 6 ila 9'uncu maddeleri arasında düzenlenmiştir. Teminat olarak kabul edilebilecek değerler Kanunun 7'nci maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, geçici ve kesin teminat için nakit para, idare tarafından kabul edilen banka kefaleti, kıymeti üzerinde yazılı iç borçlanma senetleri veya borsa fiyatından %10 eksik noksanıyla diğer millî hisseler ve tahviller kabul edilebilecektir. Maddenin gerekçesinde teminat olarak nakit yerine milli hisselerin kabul edilebileceği ancak devlet hazinesini zarardan korumak için bazı kısıtlamalar getirildiği ifade edilmiştir.⁶⁷ 2490 sayılı Kanunun 16'nci maddesinde hisse senetlerinin teminat olarak kabulüne devam edilmekle beraber borsa fiyatından %15 eksilterek belirlenecek tutar esas alınarak kabul edilebileceği düzenlenmiştir.⁶⁸ Böylelikle hisse senetlerinin fiyatlarındaki muhtemel dalgalanmalar nedeniyle oluşabilecek zararların önüne geçilmeye çalışılmıştır. 2886 Sayılı Kanun ve 4734 sayılı Kanunda hisse senetlerinin teminat olarak kabul edilmesi usulünden vazgeçilmiştir.⁶⁹ Benzer şekilde, *“gayrimenkullerin borç mukabilinde teminat gösterilmesi hakkındaki kanun hükümlerine uyularak ve birinci derecede olmak şartıyla teminat olarak gösterilecek taşınmaz malların ancak kesin teminat olarak kabulü mümkündür (m. 7)”*. 2490 sayılı Kanunda taşınmazların kesin teminat olarak

⁶⁷ 661 sayılı Kanun 7'nci madde gerekçesi, T.B.M.M. Zabıt Ceridesi, Devre: 2, İçtima: 2 Cilt: 18, Birleşim: 109, s. 500.

⁶⁸ 2490 sayılı Kanun m. 17.

⁶⁹ 2886 sayılı Kanun m. 26, 4734 sayılı Kanun m. 34.

kabul edilmesi uygulamasına devam edilmiştir. Ancak teminat olarak gösterilecek gayrimenkullerin ipotek değeri bina ve arazi vergisi kanunlarında öngörülen kıymetin %20 eksiği olarak tespit edilmiştir. Yapılan değişiklikte teminat olarak gösterilen gayrimenkulün değerinin, teminat tutarını aştığı durumlarda aşan kısmında başka ihalelerde teminat olarak gösterilebileceği hüküm altına alınmıştır.⁷⁰ Taşınmazların teminat olarak kabul edilmesi uygulaması, “*ipotek işlemlerinin uzun formalitelere ihtiyaç duyması ve taşınmazların başkası lehine ipotek edilmesinin idarenin zararına neden olduğu*”⁷¹ gerekçesiyle 2886 sayılı Kanun ile kaldırılmıştır. Bu uygulama 4734 sayılı Kanun ile sürdürülmüştür.⁷²

Açık eksiltme ve artırmaya katılacak isteklilerden, söz konusu işin muhadden bedelinin %7.5’u oranında geçici teminat alınır. Kanunun gerekçesinde, kanun öncesindeki dönemde %10 olarak belirlenen geçici teminat tutarının isteklileri sınırladığından bahsedilerek bu tutarın kesin teminat tutarının yarısına indirilerek kamu ihalelerinde rekabetin artırılmasının amaçlandığı ifade edilmiştir.⁷³ Alınan geçici teminat ihalenin gerçekleştirilmesinin ardından takip eden 10 gün içinde kesin teminat miktarlarına ilave edilir. Kesin teminat bedeli ihale ve sözleşmenin %15’inden ibarettir. Ancak inşaat ve onarım işlerinde geçici teminat miktarı, müteahhidin hak edişleri karşılığı yapılacak ödemelerden %5 oranında kesinti yapılmak suretiyle kesin teminat miktarına kısım kısım eklenir (m. 6). Kanunun bu maddesinde 1929 yılında yapılan değişiklik ile %5 oranı %7.5’e çıkarılmıştır.⁷⁴ Daha sonra çıkarılan 2490 sayılı Kanunun gerekçesinde, 661 sayılı Kanunun teminat hükümlerinin özellikle büyük işlere yüksek sermayeli kuruluşlardan başka ufak sermayeli ciddi teşebbüs erbabının da iştirak edebilmesini sağlayabilmek için teminat hakkında isteklilere, eski kanuna oranla daha müsait davranıldığı ifade edilmiştir.⁷⁵ Nitekim 2490 sayılı Kanunun teminatları düzenleyen 16’ncı maddesinde azalan oranlı bir teminat oranı benimsenmiştir.⁷⁶

⁷⁰ 2490 sayılı Kanun m. 23.

⁷¹ Devlet İhale Kanunu Gerekçesi.

⁷² 4734 sayılı Kanun m. 34.

⁷³ 661 sayılı Kanunun 6’ncı madde Gerekçesi, T.B.M.M. Zabıt Ceridesi, Devre: 2, İçtima: 2 Cilt: 18, Birleşim: 109, s. 500.

⁷⁴ 25.12.1929 tarihli ve 380 sayılı Resmî Gazete.

⁷⁵ 597 Numaralı Müzayede ve Münakasa Kanunu Lâyhası ve Maliye ve Bütçe Encümenleri Mazbataları, s. 1.

⁷⁶ “ON ALTINCI MADDE -- İnşa, tamir, imal, nakil ve kira işleriyle alış ve satışlara gireceklerden tahmin ve keşfedilen bedel üzerinden aşağıdaki nisbetlere göre muvakkat teminat alınır:
Tahmin veya keşif bedeli:

A - Elli bin liraya kadar olan işler için %7,5; B - Elli bin liradan iki yüz elli bin liraya kadar olan işlerin elli bin lirası için %7,5 ve üst tarafı için yüzde beş; C - İki yüz elli bin liradan bir milyon liraya kadar olan işlerin iki yüz elli bin lirası için (B) fıkrasına göre, üst tarafı için yüzde dört; D - Bir milyon liradan fazla işlerin bir milyon liraya kadar olan parası için (C) fıkrasına göre ve üst tarafı için yüzde üç.”

Bu şekilde yüksek miktarlı işlere teklif verilebilecek istekli sayısı artırılmaya çalışılmıştır. Bu Kanunu takip eden Devlet İhale Kanunu'nda ise bu oran %3'e düşürülmüştür.⁷⁷ 4734 sayılı Kamu İhale Kanununda bu sistem önemli ölçüde muhafaza edilerek İhalelerde, teklif edilen bedelin %3'ünden az olmamak üzere, istekli tarafından verilecek tutarda geçici teminat alınacağı hüküm altına alınmıştır.⁷⁸ İhale mevzuatında günümüze kadar yapılan değişikliklerle kamu ihalelerinde rekabetin artırılması için teminat oranları zaman içinde düşürülmüştür.

1926 yılında çıkartılan 05.04.1926 tarihli ve 799 sayılı Kanun ile Orman İhalelerine ilişkin getirilen düzenleme ile süresi iki seneye kadar olan orman ihalelerinde bir senelik muayyen bedelin %7.5'u, iki seneden beş seneye kadar olan ihalelerde %15'i, beş seneden fazla olan ihalelerde %50'si oranında geçici teminat alınacağı hüküm altına alınmıştır.⁷⁹ Kesin teminatın kanuni süresi içinde bu tutarların iki katı olarak alınacağı da hüküm altına alınmıştır.⁸⁰

Kesin teminat tutarı şartnamede belirtilen süre zarfında yatırılmadığı veya temin edilmediği takdirde ihtara gerek olmaksızın ilgililerin evvelce yatırdığı geçici teminat hazineye gelir kaydedilir. Bu takdirde geçici teminat nakit ise doğrudan doğruya gelir kaydedilecektir. Teminat banka kefaletnamesi ise ait olduğu bankadan derhal istenir ve tahsil edilir. Hisse senedi ve tahviller ise borsada derhal satılarak elde edilen tutar gelir kaydedilir. Satıştan elde edilen tutar geçici teminat miktarından fazla ise bakiye kısım sahibine iade edilir. Teminat olarak gösterilen gayrimenkuller de açık artırma yoluyla satışa çıkarılır.

“Ancak eksiltmelerde müteahhidin vazgeçmesinden dolayı sözleşmenin fesih olduğu tarihten başlayarak üç ay içerisinde tekrar eksiltme veya bir ay içinde pazarlık usulüyle yapılacak satın almalar, nakliyat veya inşaat işlerinde, hazine aleyhine bir zarar ve hasara neden olmuşsa zarar ve hasarın gelir kayıt edilen kesin teminat miktarını aşan kısmı ilk müteahhitten ayrıca hükmen istenir ve tahsil olunur (m. 8).”

Bu dönemde, 1924 Anayasası'nın 26'ncı maddesi,⁸¹ kanun koymak, kanunlarda değişiklik yapmak, kanunları yorumlamak, kanunları kaldırmak görevlerini Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne vermiştir. Bu kapsamda, 661 sayılı Kanunun geçici ve kesin teminata ilişkin 8'inci ve 14'üncü maddelerine ilişkin 22 Nisan

⁷⁷ “Madde 25- İsteklilerden, ihale konusu olan işin tahmin edilen bedelinin %3'ü oranında geçici teminat alınır. 10'uncu madde uyarınca yapılacak ihalelerde geçici teminat teklif edilen bedelin, tasfiye idaresince yapılan taşınır mal satışlarında ise satışa esas bedelin %3'ünden az olamaz.”

⁷⁸ “Madde 33-İhalelerde, teklif edilen bedelin %3'ünden az olmamak üzere, istekli tarafından verilecek tutarda geçici teminat alınır. İhale dokümanında belirtilmesi şartıyla, danışmanlık hizmeti ihalelerinde geçici teminat alınması zorunlu değildir.”

⁷⁹ 10.04.1926 tarihli ve 344 sayılı Resmî Gazete.

⁸⁰ 10.04.1926 tarihli ve 344 sayılı Resmî Gazete.

⁸¹ <https://www.anayasa.gov.tr/tr/mevzuat/onceki-anayasalar/1924-anayasasi/>, ET. 12.03.2022.

1341 Târîh ve 661 Numaralı “Müzâyede ve Münâkasa ve İhâlât Kânûnu”nun Sekizinci ve On Dördüncü Maddelerinin Tefsîrine ilişkin 15.02.1926 tarihli ve 84 sayılı meclis yorumu ile

“Hükümet namına vukubulacak müzayede, münakasa ve ihalat hakkındaki 22 Nisan 1341 tarihli kanunun sekizinci ve on dördüncü maddelerine nazaran usulü dairesinde teminat-ı muvakkate vererek müzayede ve münakasalara iştirak etmiş ve uhdelere ihale icra kılınmış olan taliplerin bilahare müddeti zarfında teminat-ı katiyye vermedikleri takdirde teminat-ı muvakkatleri protesto keşidesine ve hükm-i istihsale hacet kalmaksızın hükümetçe irad kaydedilir bu yüzden hazine aleyhine bir güne zarar ve hasar terettüb ettiği surette zarar ve hasar mezkurda ayrıca hükmen talep ve tahsil olunur.”⁸² şeklinde düzenleme getirilmiştir.

Kesin teminat, sözleşmenin tamamen ve şartnameye uygun olarak yerine getirildiği tespit edildiği anda vakit geçirilmeksizin sahibine iade olunur. Kesin teminat olarak gayrimenkul olarak gösterilmişse bunun üstündeki sınırlamalar kaldırılır (m. 9).

VII. EKSİLTME VE ARTIRMA HEYETLERİ VE YETKİLERİ

“Artırma ve eksiltme ve ihalelerin merkez ve bağlı kurumlarda kimler tarafından yerine getirileceği ve bu heyetlerin yetki dereceleri ve yetkileri Bakanlar Kurulunca düzenlenecek özel talimat ile belirlenecektir (m. 21).”⁸³ Bu maddenin uygulanmasını göstermek için 18.06.1925 tarihli ve 2139 sayılı kararname ile yürürlüğe konulan talimatnameyle bu heyetlerin kamu kurumlarında ne şekilde oluşacağı belirlenmiştir.⁸⁴

661 sayılı Kanun ihale heyetlerinde görev alacak kişilerin tarafsızlığını sağlamak için bazı düzenlemeler getirmiştir. Buna göre, *“artırma ve eksiltme görevli komisyon üyeleri ile bunların anne, baba, oğlu ve eşleri artırma ve eksiltmelere doğrudan doğruya veya aracı ile katılamazlar. Kanunun bu hükümleri pazarlık suretiyle yapılacak işlemleri de kapsamaktadır (m. 22).”* Bu Kanunu takip eden 2490 sayılı Kanunun 4’üncü maddesinde ihalelere katılamayacak olanlar daha detaylı bir şekilde düzenlenerek maddenin kapsamı genişletilmiştir. Böylelikle ihale komisyonlarında görevli olan kişilerin ihaleye katılması yasak hısımları arasına “kayınpeder” ve “damat” da eklenmiştir.⁸⁵

⁸² 07.03.1926 tarihli ve 315 sayılı Resmî Gazete. (Bu düzenleme, çalışmanın yazarları tarafından günümüz Türkçesine çevrilmiştir.)

⁸³ “YİRMİ BİRİNCİ MADDE- Muzayede ve münakasa ve ihalâtın merkez ve mülhakatta kimler tarafından icra edileceği ve bu heyetlerin derece icazet ve salâhiyetleri Heyeti Vekilece tanzim edilecek talimatı mahsusla ile tâyin olunacaktır.”

⁸⁴ 10.04.1929 tarihli ve 1164 sayılı Resmî Gazete.

⁸⁵ “DÖRDÜNCÜ MADDE - Aşağıda yazılı kimseler gerek doğrudan doğruya ve gerek bir vasıta ile artırma ve eksiltmelere giremezler: A) Bu kanun hükümlerine göre teşekkül edecek komisyonlar azası; B)

SONUÇ

Kanunlar içinden çıktıkları toplumun sosyo-ekonomik yapısından ve yayımlandığı dönemin şartlarından soyutlanamaz. Özellikle ekonomik alanı doğrudan ilgilendiren ihale düzenlemeleri, piyasayla ilgili olması nedeniyle ekonomik gelişmelerden en çok etkilenen düzenlemelerdir. “Bir başka ifadeyle ihale yöntemleri statik bir işleyiş biçimi olmayıp, zamana ve ait olduğu toplumun zaman içinde değişen ekonomik ilişkilerine uyum göstermektedir.”⁸⁶ Sanayi devrimiyle Avrupa’da ortaya çıkan gelişmelere paralel olarak Osmanlı İmparatorluğunda kamu alım ve satımlarına ilişkin ilk düzenlemeler yapılmıştır. Osmanlı İmparatorluğu döneminde, 1857 yılında yapılan düzenlemeden günümüze kadar gelen süreçte kamu alımlarının sistematiği önemli ölçüde korunmuştur. Türkiye Cumhuriyetinin ilk yıllarında kamunun alım-satım işlemlerini düzenlemek için hazırlanan 661 sayılı Kanun 26 maddeden oluşan kısa bir düzenlemedir. Öte yandan, Kanunun yürürlükte olduğu 9 yıllık dönemde ortaya çıkan ihtiyaçları karşılamak amacıyla çeşitli değişiklikler yapılarak güncel kalması sağlanmıştır. Kanunun kurum olarak kapsamı, günümüz anlamında “merkezi yönetim” kapsamındaki kamu idareleridir. Belediyelerce yapılacak ihaleler ile özel kanun hükümlerine dayanılarak yapılacak inşaat, idare edilecek girişimler ve bayındırlık müesseseleri Kanunun kapsamı dışındadır. Kurtuluş Savaş sonrası yapılanmaya çalışan Türkiye Cumhuriyeti’nin kamu hizmetlerinin zamanında karşılanması hayati bir önemi haizdir. Kamu hizmeti için ihtiyaç duyulan ve piyasadandan temin edilen mal, hizmet ve yapım işlerinin sürekliliğinin sağlanması mali açıdan güçlü bir işletme yapısını gerekli kılmaktadır. Kanun, güçlü bir özel sektör yapısının olmadığı bu dönemde kamu hizmetlerinin sağlıklı yürütülerek, ihtiyaçların zamanında karşılanabilmesi için teminata ilişkin ağır hükümler getirmiştir. Bununla, ihtiyaç duyulan mal, hizmet ve yapım işini karşılayabilecek nitelikte mali yapıya sahip kişi ve kurumların ihalelere teklif vermesini amaçlamıştır. Böylelikle kamu hizmetlerine ilişkin ihtiyaç duyulan mal, hizmet ve yapım işlerinin temini güvence altına alınmaya çalışılmıştır. Zaman içinde ülke ekonomisinin gelişerek, özel sektörün güçlenmesi ile Kanunu takip eden diğer ihale kanunları ile yüksek teminat oranları düşürülerek, ihalelere teklif verebilecek istekli sayısı artırılmaya

Bu komisyonların çalışmalarına esas teşkil edecek ilk veya son işleri ve evrakı hazırlayan, tamamlayan ve ihale neticelerini tatbik ve takip edecek memurlar; C) Artırma ve eksiltmenin yapıldığı yerin en büyük mülki ve askerî memuru; D) A fıkrasındaki komisyonlar azasının ve (B) ile (C) fıkralarındaki memurların ana, baba, evlât, karı, koca, damat, kayınpeder ve kardeşleri ve bunların veya komisyon azalarının şerikleri; E) Bu kanunda yazılı ceza hükümleriyle artırma ve eksiltmelere girmeleri muvakkaten veya müebbeden hükmen menedilmiş kimseler. Birinci maddede yazılı daire ve müesseselerin memurları yalnız artırma işlerine girebilirler. Ancak kendi arazisi ile hayvanlarından çıkan şeyleri ve hayvanlarını Devlete ve doğrudan doğruya alâkadar olmadığı müesseselere satabilirler.”

⁸⁶ Kayadelen, Mehmet, “Yatırımlarda İhale Yöntemleri”, <https://kayadelen.gen.tr/index.php/yazlar/ceitli/39-yatrimlarda-ihale-yoentemleri>, ET. 08.03.2022.

çalışmış, rekabet ilkesi ön plana çıkarılmıştır. Kanunda, “kapalı zarf usulü ile artırma ve eksiltme”, “açık artırma ve eksiltme”, “pazarlık” olmak üzere üç temel usul düzenlenmiştir. Türkiye Cumhuriyeti’nin ilk yıllarından günümüze kadar kamu ihale mevzuatı beş temel kanun ile düzenlenmiştir. Tüm bu mevzuatta adı değişmekle beraber temel ihale usulü “açık ihale usulü” olarak kalmıştır. Osmanlı İmparatorluğu’nun son dönemlerinden günümüze kadar gelen dönemde kamu ihale usullerini düzenleyen “661 sayılı Hükümet Namına Vukubulacak Müzayede, Münakasa ve İhalât Kanunu” bunu takip eden “2490 sayılı Artırma, Eksiltme ve İhale Kanunu”, “2886 sayılı Devlet İhale Kanunu”, “4734 sayılı Kamu İhale Kanunu” ve “4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunlarında” temel usullerin korunarak tarihsel sürekliliğin sağlandığı tespit edilmiştir.

KAYNAKÇA

- Akdoğan M., “Avrupa Birliği Kamu Alımları Direktifleri ve Türkiye Uygulamasına Yanışmasının İlerleme Raporları Işığında Değerlendirilmesi”, İÜHFİM, C. LXXII, S. 2, 2014, s. 683-701.
- Altıparmak, Ç., “İhaleye Fesat Karışırma Suçu “Doğrudan Temin” Alımları İçin Geçerli Olabilir mi?”, Güncel Mevzuat, S. 80, 2012, s. 34-42.
- Altundiş, M., “Hukuki Güvenlik İlkesi”, Yasama Dergisi, S. 10, 2008, s. 60-94, <https://dergipark.org.tr/tr/pub/yasamadergisi/issue/54538/743278>, ET. 12.03.2022.
- Genç, M., “İltizam”, TDV İslâm Ansiklopedisi, <https://islamansiklopedisi.org.tr/iltizam-vergi>, ET. 14.03.2022.
- Gönen D., Işık H., “Açıklamalı Devlet İhale Kanunu ve Yapım Sözleşmelerinin Uygulanması”, 8. Baskı, Ankara, 1993.
- Günday M., “İdare Hukuku”, 9.Baskı, Ankara, İmaj yayınları, 2004.
- Kallek, C., “Müzayede”, TDV İslâm Ansiklopedisi, <https://islamansiklopedisi.org.tr/muzayede>, ET. 25.02.2022.
- Karakuş, E., “Kamu İhalelerinin Denetimi ve Boğaziçi Üniversitesi Örneği”, T.C. Kırklareli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü İşletme Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, 2019.
- Sayın, İ. H., “Açıklamalı Kamu İhale Kanunu ve Kamu ihale Sözleşmeleri Kanunu”, İlksan Matbaası, Ankara, Yazarın Kendi Yayını, Mart 2008.
- Şanlı, B., “Türkiye’de Uygulanan Kur Politikaları”, İstanbul Üniversitesi İktisat Fakültesi Mecmuası, C. 49 / 0, Ekim 2011, s. 183-200.
- Şanslı, C., “Hukukun Ekonomik Analizi Çerçevesinde Kamu İhale Hukuku”, Finans Politik ve Ekonomik Yorumlar, C. 53, S. 612, 2019 s. 52-62, <https://dergipark.org.tr/tr/pub/fpeyd/issue/48035/607485>, ET. 13.03.2022.
- Toprak, E., “Kamu İhaleleri (Kamu Alımlarının Hukuki, Yönetmel ve Siyasal Boyutu)”, Ankara, Turhan Kitabevi, 2016.
- Türkoğlu, Y.- Şakı, T.- Egemen, E., “İhale Hukuku ve İnşaat İşleri”, Ankara, Olgaç Matbaası, 1985.
- Uz, A., “Kamu İhale Hukuku Kamu Alımlarının Hukuksal Rejimi İhale İşlemlerinden Kaynaklanan Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları (Şikayet-İtirazen Şikayet-Yargısal Denetim)”, Ankara, Turhan Kitabevi, 2005.
- Yıldırım, H., “Kamu İhale Hukuku’nun 21’inci Maddesinin (b) Bendinde Yapılan Düzenlemenin Değerlendirilmesi”, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Yıl 6, S. 12, 2018, s. 723-740.
- Yılmaz, B. M., “Kamu Alımlarında İdari Denetim”, Ankara, Yetkin Yayınları, 2007.

İnternet Kaynakları

- 597 Numaralı Müzayede ve Münakasa Kanunu Lâyihası ve Maliye ve Bütçe Encümenleri Mazbataları, <https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d04/c022/tbmm04022051ss0140.pdf>, ET. 08.03.2022.

- Cumhuriyet döneminde ihale kanunları tarihi, (2022, Mart) Erişim Adresi: <https://ihalemektebi.wordpress.com/mevzuat/cumhuriyet-donemi-ihale-kanunlari-tarihi/661-sayilimizayede-munakasa-ve-ihalat-kanunu/>, ET. 08.03.2022.
- Devlet İhale Kanunu (1983, 10 Eylül), Resmi Gazete (Sayı: 18161) Erişim Adresi: <http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.2886.pdf>, ET. 11.03.2022.
- Devlet İhale Kanunu Gereçesi, Erişim Adresi https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TU-TANAK/DM_/d02/c020/dm__02020135ss0483.pdf, ET.11.03.2022.
- Kayadelen, M., “Yatırımlarda İhale Yöntemleri”, <https://kayadelen.gen.tr/index.php/yazlar/ceitli/39-yatrimlarda-ihale-yoentemleri>, ET. 08.03.2022.
- Kamu İhale Kanunu (2002, 22 Şubat). Resmi Gazete (Sayı: 24648) Erişim Adresi: <http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.4734.pdf>, ET. 11.03.2022.
- <https://www.kocaelidenge.com/haber/6594293/cantacilara-tokat-gibi-karar>, ET. 07.03.2022.
- Nişanyan Sözlük, “İhale” maddesi <https://www.nisanyansozluk.com/kelime/ihale>, ET. 02.03.2022.
- T.B.M.M. Zabıt Ceridesi, Devre: 2, İçtima: 2 Cilt: 18, Birleşim: 109, s. 499-516. https://www5.tbmm.gov.tr/develop/owa/td_v2.goruntule?sayfa_no_ilk=499&sayfa_no_son=516&sayfa_no=500&v_meclis=1&v_donem=2&v_yasama_yili=&v_cilt=18&v_birlesim=109, ET. 04.03.2022.
- <https://www.anayasa.gov.tr/tr/mevzuat/onceki-anayasalar/1924-anayasasi/>, ET. 12.03.2022.
- <https://teyit.org/1930-yilinda-1-tlnin-100-dolar-oldugu-iddiasi>, ET. 10.03.2022.
- <https://smartasset.com/investing/inflation-calculator#CpCptS1KZT>, ET. 10.03.2022.
- https://www3.tcmb.gov.tr/enflasyoncalc/enflasyon_hesaplayici.html, ET. 10.03.2022.



İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nde Özel Yaşam ve Kavramın Sonraki İnsan Hakları Belgelerine Etkisi^(*)

Private Life in the Universal Declaration of Human Rights and Its Impact on Subsequent Human Rights Documents

Dr. Öğr. Üyesi Sezen KAMA IŞIK^(**)

Öz

Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından 10 Aralık 1948 tarihinde kabul edilen İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi (İHEB veya Bildirge), II. Dünya Savaşı'nın yıkıcı etkilerinin ardından yok olma tehlikesiyle karşılaşan demokratik rejimlerin kendilerini korumak gayesi ile ortaya koydukları bir belgedir. En yalın hali ile evrensel insan haklarını hukuki bir metinde toplayan Bildirge, klasik hak ve özgürlüklerle sosyal ve ekonomik hak ve özgürlükleri birlikte düzenlemektedir. Belge her ne kadar bağlayıcı olmasa da kendinden sonraki ulusal ve uluslararası tüm belgelere ilham kaynağı teşkil etmiştir.

Bu çerçevede çalışmada İHEB'in Hazırlık Çalışmaları'nda (*travaux préparatoires*) özel yaşam kavramı çerçevesinde gerçekleşmiş tartışmaların ortaya konulması ve özel yaşamın bir şemsiye (kapsayıcı) hak olarak algılanmasına evrilen sürecin tarihsel bir metodla gösterilmesi amaçlanmaktadır. Bir diğer gaye de şemsiye (kapsayıcı) hak belirlemesinin izlerinin sonraki ulusal ve uluslararası insan hakları belgelerindeki genel görünümü ve söz gelimi bugün dahi Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) 8. madde yorumu ile yeni hakların doğuşuna sağladığı geniş çerçeveyi, İHEB'in Hazırlık Çalışmaları'ndaki tartışmalara borçlu olduğunu ortaya koymaktır.

Anahtar Kelimeler

İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi, Hazırlık Çalışmaları, Travaux Préparatoires, Mahremiyet, Özel Yaşam.

Abstract

The Universal Declaration of Human Rights (UDHR), which was adopted by the United Nations General Assembly on December 10, 1948, was drafted by democratic regimes facing extinction as a result of the terrible impacts of World War II in order to defend themselves. Classical rights and freedoms, as well as social and economic rights and freedoms, are regulated by the Declaration, which collects universal human rights in a legislative language. Despite the fact that the document was not legally binding, it served as a model for all following national and supranational documents.

^(*) Araştırma Makalesi / [Makale Geliş Tarihi](#): 19.03.2022 - [Makale Kabul Tarihi](#): 07.07.2022

^(**) İstanbul Medeniyet Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul - Türkiye
[E-posta](mailto:sezen.kama@medeniyet.edu.tr): sezen.kama@medeniyet.edu.tr
[Orcid No](https://orcid.org/0000-0001-9654-9118): <https://orcid.org/0000-0001-9654-9118>

In this context, the aim of this research is to use a historical technique to disclose disputes on the idea of private life in the UDHR Preparatory Studies and to highlight the process that has grown into the perception of private life as an umbrella term. Another goal is to show that the umbrella term's general interpretation in subsequent national and supranational human rights documents, as well as the broad framework it provided for the emergence of new rights in later case law, such as the the European Convention on Human Rights (ECtHR), can be traced back to discussions in the UDHR's Preparatory Studies.

Keywords

The Universal Declaration of Human Rights, Preparatory Studies, Travaux Préparatoires, Privacy, Private Life.

GİRİŞ

“Özel hayat, zamanın başlangıcından bu yana verili olan doğal bir gerçeklik değildir; her toplumca farklı biçimde kurulan tarihsel bir gerçekliktir. Sınırları kesin olarak belirlenmiş bir özel hayat yoktur; özel alanla kamusal alan arasında bizzat insan etkinliğini değiştiren bir ayrım vardır. Özel hayatın ancak ortak yaşama göre bir anlamı olur ve onun tarihi öncelikle tanımının tarihidir.”¹

İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi, II. Dünya Savaşı'nın yıkıcı etkilerinin ardından yok olma tehlikesiyle karşılaşan demokratik rejimlerin kendilerini korumak gayesiyle hazırladıkları bir belgedir. Bildirge ilk ve hala tek olan bir özelliği olarak klasik hak ve özgürlüklerle sosyal ve ekonomik hak ve özgürlükleri bir arada düzenlemektedir. Fakat insan hakları teorisindeki bu önemine rağmen hukuki bağlayıcılığı yoktur. Dolayısıyla bu çalışmada, Bildirge'deki maddenin uygulamasından ziyade yorumlanması önem taşıyacaktır.

Açıklanan anlayışla ele alınmış bu çalışma, Bildirge'nin 12. maddesinde düzenlenen ve kapsayıcı bir ifade ile özel yaşam hakkı olarak adlandırılabilir hukuk ilişkindir. Bu çerçevede öncelikle böylesi kapsamlı ve çok boyutlu bir kavramı bu biçimde kısa bir çalışmada ele almak mümkün görünmemektedir. Dolayısıyla çalışmada kısıtlamalara gidilmiştir. Esas olarak ilk defa Bildirge'nin hazırlık çalışmalarında dile getirilen şemsiye (kapsayıcı) hak olma özelliğine odaklanılacak ve İHEB sonrası evrensel, bölgesel ve yerel düzenleme ve kısıtlı sayıdaki içtihatlar bu doğrultuda ve ana hatları ile ele alınacaktır. Anılan içtihatlar özelinde de kavramın içeriğine yönelik belli başlı olanların seçilmesi yolu tercih edilmiştir.

Bu çerçevede 12. maddenin kapsamını ortaya koyabilmek adına özel yaşam- mahremiyet ikilemindeki terim sorununa Anglo-Amerikan ve Kara Avrupası sistemlerindeki görünümü ele alınarak değinilecektir. Devamında çalışmanın temel amacını oluşturan, İHEB'in teorik temelini anlayabilmek adına “*travaux préparatoires*” denilen hazırlık çalışmalarındaki tartışmalar ve düzenlemeler açıklanacaktır. Bildirge'nin

¹ Antoine PROST, “Özel Hayatın Sınırları ve Alanları”, *Özel Hayatın Tarihi 5- Birinci Dünya Savaşı'ndan Günümüze*, Haz. Philippe Ariés, Georges Duby, Çev. Şehsuvar Aktaş, Yapı Kredi Yayınları, 2010, s. 15.

özel yaşama ilişkin ortaya koyacağı perspektif, kendinden sonraki evrensel ve bölgesel insan hakları belgelerinin hazırlanmasında ve özellikle bu insan hakları belgelerinin uygulamalarında oldukça önem taşımaktadır. Bu bakış açısının izinde ve İHEB'in açtığı yolda Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS), teorinin pratiğe yansımaları bakımından irdelenecektir. Bu bakımdan iki sözleşme özelinde temel bazı içtihatlar, çalışmanın kapsamı uyarınca yalnızca genel görünüşleri ile ele alınacaktır. Nihayetinde ise İHEB'in 12. maddesinde kendine yer bulan özel yaşam düzenlemesinde korunan tüm hakların iç hukukumuzda 1982 Anayasası'nda mevcut olan görünüşleri belirtilerek Anayasa Mahkemesi (AYM) içtihatlarındaki özel yaşam kavramının iz düşümü takip edilecektir.

I. MADDENİN KAPSAMI

A. TERİM SORUNSALI

Özel yaşam² kavramı, İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin 12. maddesinde kendini göstermektedir. Maddenin orijinal şekli;

“No one shall be subjected to arbitrary interference with his privacy, family, home or correspondence, nor to attacks upon his honour and reputation. Everyone has the right to the protection of the law against such interference or attacks.”³

Hiç kimse özel hayatı, ailesi, meskeni veya yazışması hususlarında keyfi karışmalara, şeref ve şöhretine karşı tecavüzlere maruz bırakılamaz. Herkesin bu karışma ve tecavüzlere karşı kanun ile korunmaya hakkı vardır.”⁴

biçimindedir. İlgili madde, bir özel yaşam hakkı ve içeriğinden kısmen söz etmiş (aile, mesken, haberleşme gibi.); fakat bu kavramların hiçbirini tanımlamamıştır.⁵ AİHS'in 8. maddesi ise anılan kavramı, İngilizce versiyonunda; *“Right to respect for private and family life- Özel yaşama ve aile yaşamına saygı hakkı”* olarak düzenlemiştir. İngilizce *“private life- özel yaşam”* olarak kullanılan bu terim de Latince *“privatus”* kökünden gelmektedir.⁶ 1982 Anayasası'nın 20. maddesi de kavramı, *“Özel Yaşamın Gizliliği”* olarak düzenlemektedir.

² Çalışmamızda *“özel yaşam”* kavramı, köken itibarıyla Türkçe oluşu sebebiyle tercih edilmiştir.

³ Universal Declaration of Human Rights, <https://www.un.org/sites/un2.un.org/files/2021/03/udhr.pdf>, Erişim Tarihi: 05.05.2022.

⁴ İnsan Hakları Evrensel Beyanamesi, https://www.ohchr.org/sites/default/files/UDHR/Documents/UDHR_Translations/trk.pdf, Erişim Tarihi: 05.05.2022.

⁵ Gloria Gonzales FUSTER, *The Emergence of Personal Data Protection as a Fundamental Right of the EU, Law, Governance and Technology Series 16*, Springer International Publishing, 2014, s. 37.

⁶ Mahremiyet anlamına gelen İngilizcedeki *“privacy”* kelimesinin kökeni Latince *“privatus”* kelimesine dayanır. Bu bağlamda *“privatum”* kelimesi de ev ve benzeri özel varlıkları içermektedir. Bu kelimenin 16. Yüzyıl öncesinde nadiren kullanıldığı belirtilmektedir. FUSTER, s. 22; Ferdinand David SCHÖEMAN, *Privacy and Social Freedom*, Cambridge University Press, 2008, s. 116.

Hal böyle olmakla birlikte, özellikle İHEB'in ardından Avrupa'daki metinlerde kullanılan bir diğer kavram da “mahremiyet”tir. Öz şekliyle kapalı, gizli, mühürlü, erişilemeyen, özel bir alanı karşılayan mahrem, halka- kamuya açık olmayan anlamında kullanılmaktadır.⁷ Bennett ve Raab ise kamuya ait olan-mahrem olan gibi bir durum yaratıldığında bilhassa kadınlar açısından, kişinin kamusal yaşamdan dışlanması gibi geri dönülemez zararlar oluşabileceğini belirtmektedir. Bu sebeple insan için esas olanın “mahrem bir yaşam” değil “kendi dilediği biçimde” yaşayabileceği bir yaşam olduğunu da değerlendirmektedirler.⁸

Bilindiği üzere mahremiyet, Anglo-Amerikan hukuk terminolojisine 1890 yılında Samuel D. Warren ve Louis Brandeis tarafından yayınlanan “Mahremiyet Hakkı” isimli makale ile girmiştir.⁹ Çalışmada kavramın 19. yüzyıl İngiliz hukukundaki “mahremiyet” fikrinden kaynaklandığı belirtilmektedir.¹⁰ Yine bu çerçevede mahremiyetin, bir bilginin kişinin onayı olmaksızın veya kamusal olarak zaten daha evvelden bilinmedikçe yayımlanmasını yasaklayan 11 Mayıs 1868 tarihli Fransız Basın Kanunu'nda da yer aldığı vurgulanmaktadır.¹¹ Warren ve Brandeis'e göre mahremiyet hakkı en kısa şekliyle kişinin yalnız bırakılması hakkıdır.¹² Mahremiyetin Amerikan hukuk terminolojisindeki doğuşu böyle olsa da Amerikan Anayasası'nda mahremiyet ya da özel yaşam hakkı bulunmamaktadır. Fakat Anayasa'daki birçok maddenin¹³ yargı kararlarındaki yorumlaması ile mahremiyetin birçok boyutu Amerikan hukuk sisteminde korunmaktadır.¹⁴ Bu çerçevede *Griswold v. Connecticut* davası anılabilir. Söz konusu davada, Ameri-

⁷ Sultan UZELTÜRK, *1982 Anayasası ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'ne Göre Özel Hayatın Gizliliği Hakkı*, 2004, s. 3; FUSTER, s. 22.

⁸ Colin J. BENNETT, Charles D. RAAB, *The Governance of Privacy: Policy Instruments in Global Perspective*, The MIT Press, 2006, s. 21.

⁹ Samuel WARREN, Louis BRANDEIS, “The Right to Privacy”, *Harvard Law Review*, Vol. 4, No: 5, Y. 1890, s. 214, ss. 193- 220.

¹⁰ Ancak İngiliz hukukunda mahremiyet kavramına ilk kez 1849 tarihli *Prince Albert- Strange* kararında rastlanmaktadır. *Prince Albert v. Strange*, High Court of Chancery, (1849) 1 Mac & G 25, [1849] EWHC Ch J20, 41 ER 1171, (1849) 18 LJ Ch 120, <http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Ch/1849/J20.html>, Erişim Tarihi: 18.04.2021. Detaylı Bilgi için bkz. Sezen KAMA IŞIK, *Avrupa Veri Koruma Hukukuna Anayasal Bir Bakış*, On İki Levha Yayınları, 2020.

¹¹ Fransa özelinde mahremiyet kavramı ile ilgili sayılabilecek ilk dava 1858 yılındaki *Felix- O'Connell* kararıdır. *Felix c. O'Connell*, Seine Hukuk Mahkemesi, 16.6.1858, aktaran: Megan RICHARDSON, *The Right to Privacy Origins and Influence of Nineteenth- Century Idea*, Cambridge University Press, 2017, s. 64- 67; Detaylı bilgi için bkz. KAMA IŞIK, 2020.

¹² WARREN, BRANDEIS, s. 214.

Warren ve Brandeis'in kült haline gelmiş makalelerinin ardından, mahremiyetin Amerikan haksız fiil hukukunda ne şekilde vücut bulduğunu 1960 yılında Amerikalı bir diğer akademisyen William L. Prosser ele almıştır. William L. PROSSER, “Privacy”, *California Law Review*, Vol. 48, Y: 1960, No: 3, ss. 383- 423.

¹³ *The U.S. Constitution and Other Key American Writings*, Canterbury Classics/ Baker& Taylor Publishing, 2015, San Diego, s. 111- 113.

¹⁴ Daniel J. SOLOVE, Marc ROTENBERG, Paul M. SCHWARTZ, *Information Privacy Law*, 2006, s. 33- 34.

kan Yüksek Mahkemesi 1965'te doğum kontrol haplarının kullanımının yasaklanmasının evliliğe dair mahremiyet hakkını ihlal ettiğine hükmetmiştir. Mahkeme bunu yaparken, Amerikan Haklar Bildirgesi'ni geniş biçimde yorumlayarak bireylerin anayasal bir hak olarak mahremiyet hakkına sahip olduklarını ifade etmiştir.¹⁵ Bu çerçevede Anglo-Sakson hukukunda “*Right to Privacy*” biçimindeki mahremiyet hakkı, Kara Avrupası'nda, “*Kişilik Hakları- Rights of the Personality*” şeklinde kullanılmaktadır.¹⁶ İlâveten hakkın içeriği ve tanımlanmasına ilişkin tartışmalar da bu farklılaşmaya eklenmiştir.¹⁷ Tarihsel süreçte de öncelikle İHEB'de “*mahremiyet/ özel yaşam*” olarak düzenlenen kavramın AIHS'te “*özel yaşama saygı*” ifadesine dönüştüğü görülmektedir.

“*Özel Yaşamın Gizliliği ve Korunması Hakkı*” terimi ise ulusalüstü insan hakları belgelerinde özellikle II. Dünya Savaşı sonrası yoğun bir şekilde yer etmektedir.¹⁸ İHEB'in 12. maddesi, Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin 17. maddesi, Amerikalılararası İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 11. maddesi, Afrika İnsan ve Hakların Hakkı Sözleşmesi'nin 18. maddesi ve AIHS'in 8. maddesi ilgili hakkı ele almaktadır. Bununla birlikte 1967 yılında Uluslararası Hukukçular Komisyonu kavramın çerçevesinin ortaya çıkması için Nordik Konferansı'nı gerçekleştirmiştir.¹⁹ Bu konferansın neticesinde “*Mahremiyet Hakkı*” ilk defa bir metinde tanımlanmıştır.²⁰ Buna göre; “*Mahremiyet Hakkı, kişinin kendi yaşamını, minimum ölçüde müdahalede bulunularak, sürdürmesi için yalnız bırakılma/ kalma hakkıdır*”.²¹ Dolayısıyla mahremiyet hakkı, bilgi gizliliği ve yalnız bırakılma haklarını içeren bir anlama sahiptir.²²

Bu açıklamalardan anlaşılacağı üzere özel yaşam, tanımlanması oldukça güç bir kavramdır ve en genel haliyle, güven duyulan kimseler dışındaki insanlardan

¹⁵ *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965), <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/381/479/>, Erişim Tarihi: 21.11.2021; SOLOVE, ROTENBERG, SCHWARTZ, s. 34.

¹⁶ Stig STRÖMHOLM, *Right of Privacy and Rights of the Personality- A Comparative Survey*, Working Paper prepared for the Nordic Conference on Privacy, International Commission of Jurists, Stockholm, May 1967, s. 25- 26.

¹⁷ Söz konusu tartışmalar için bkz; Gülay ARSLAN ÖNCÜ, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Özel Yaşamın Korunması Hakkı*, Beta, 2011.

¹⁸ ARSLAN ÖNCÜ, s. 2-3.

¹⁹ International Commission of Jurists, “The Protection of Privacy”, *UNESCO International Social Science Journal*, Vol. XXIV, No: 3, 1972, s. 448.

²⁰ Uluslararası Hukukçular Komisyonu (International Commission of Jurists), *UNESCO International Social Science Journal*, The Protection of Privacy, Vol. XXIV, No: 3, 1972, s. 448.

²¹ Uluslararası Hukukçular Komisyonu (International Commission of Jurists), “Conclusions of the Nordic Conference”, Mayıs 1967, Cenevre, s. 2, <http://www.icj.org/wp-content/uploads/2013/06/Right-to-privacy-seminar-report-conclusions-1967-eng.pdf>, Erişim Tarihi: 11.12.2021.

²² David HARRIS, Michael O'BOYLE, Colin WARBRICK, *Law of the European Convention on Human Rights*, 2nd Ed., Oxford University Press, 2009, s. 361- 362.

uzak tutulan ve başkalarının öğrenmesinin istenmediği sır/ giz alanını kapsamaktadır. Bununla birlikte aile, yakınlar, arkadaşlar ile paylaşılan ve fakat bu kişiler harici kişilerle paylaşılmanın tercih edilmediği özel alanı da içeren daha geniş bir kavramdır. Buna göre hem mahremi hem mahrem olmayan alanı içine almaktadır.²³ İşte bu sebeple mahremiyet ve özel yaşam kavramlarının birbirinin karşılığı olabileceğini söylemek güçtür. Ancak kavram birçok temel metinde “*mahremiyet/ privacy*”, “*özel yaşam/ private life*” görünümleri ile yer almaktadır.

B. HAZIRLIK ÇALIŞMALARI VE İNSAN HAKLARI EVRENSEL BİLDİRGESİ

İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi, Birleşmiş Milletler (BM) Genel Kurulu tarafından alınmış bir karardır ve bilindiği üzere hukuki olarak bağlayıcı etkisi yoktur. Buna karşın Bildirge, insan haklarının gelişim çizgisine oldukça büyük katkı sağlamıştır. “*Özel yaşam*” hakkı²⁴ bakımından da durum farklı değildir.

İHEB’in içinde yer alan tüm hakların kapsam ve anlamlarını daha doğru ve detaylı analiz edebilmek için 1940’lı yıllarda, belgenin hazırlanması evresinde geçirilen tüm süreç ve tartışmaların bilinmesi önemli bir yol gösterici olmaktadır. Bu bağlamda öncelikle, “*travaux préparatoires*” denilen hazırlık çalışmalarının haklar bazında detaylı birer incelemesinin yapılması önem taşımaktadır. Özel yaşam bağlamında bir inceleme yaptığımızda öncelikle görülecektir ki, her ne kadar 26 Haziran 1945 tarihli Birleşmiş Milletler Şartı “*insan hakları*” fikrinden genel olarak bahsetmiş olsa da Bildirge, “*mahremiyet- özel yaşam*” kavramının kapsamını keşfetmek için özlü bir metin kullanmıştır denilebilir.²⁵

Hazırlık çalışmalarına geçmeden önce, özel yaşamın korunması hususunda, bu noktada önemli bir belirleme yapmak gerekmektedir. II. Dünya Savaşı sonrası tasarlanan insan hakları sistematüğünde, genel olarak, liberal devlet anayasalarında düzenlenen temel hakların üzerine inşa edilen bir uluslararası insan hakları koruması mevcuttur. Daha açık bir deyişle devletlerin anayasalarında kurgulanan ve zamanla olgunlaşan haklar devlet düzeyinden uluslararası alana geçmiştir. Oysa özel yaşamın korunmasında bu genel durum, tam tersine bir gelişim göstermiştir.²⁶ Bu bağlamda özel yaşam hakkında İHEB’in açtığı kapı, başından beri uluslararası bir korumayı ulusal korumanın önüne geçirmiştir denilebilir.

İHEB, 1946 ile 1948 yılları arasında hazırlanmıştır. Bu süreçte tartışmalarda ilk göze çarpan husus, özel yaşamın şu veya bu şekilde mutlaka metinde yer bu-

²³ UZELTÜRK, s. 2-3.

²⁴ WARREN, BRANDEIS, s. 214.

²⁵ William A. SCHABAS, *The Universal Declaration of Human Rights- The travaux préparatoires*, Volume 1 October 1946 to November 1947, Cambridge University Press, 2013, s. xlv.

²⁶ Oliver DIGGELMANN, Maria Nicole CLEIS, “How the Right to Privacy Became a Human Right”, *Human Rights Law Review*, Vol. 14, Y: 2014, s. 442, ss. 441- 458.

lacağı olmuştur. Diğer bazı maddelerin aksine, İHEB'in hazırlık çalışmalarında özel yaşama dair bir maddenin bulunup bulunmamasına dair bir tartışma yapılmamıştır ve bunun sebebi olarak da o tarihlerde birçok ülkede özel yaşama dair düzenlemeler bulunduğu ve bu kavramın koruma altında olduğu belirtilmiştir.²⁷ Bu bağlamda yalnızca içeriğe yönelik fikir uyuşmazlıkları olmuştur.

Tüm taslak sürecine bakıldığında İnsan Hakları Komisyonu'nun kimi üyeleri, hazırlanacak metnin güçlü uygulama sağlayacak bir “*anlaşma (convention)*” olması gereğini savunurken, diğerleri manifesto ya da beyanname gibi daha yumuşak bir düzenlemeden yana olmuşlardır.²⁸ Bu sebeple özel yaşama dair tartışmalara da bakıldığında, madde özelinde yer alacak ifadelerin daha bağlayıcı olup olmaması hususu, temelde üyeler arasındaki bu görüş ayrılığıyla doğrudan ilgilidir.

Taslak hazırlama evresine geçmeden, Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Bölümü Direktörü John P. Humphrey “*Sekreteryaya Çerçevesi (Secretariat Outline)*” isimli yol gösterici bir belge hazırlamıştır. Bu belgenin içeriğinde dahi özel yaşamın korunmasına dair bir hüküm yer almaktaydı.²⁹ İlgili belgenin İHEB'in hazırlanış aşamasındaki önemi de oldukça büyüktür; çünkü İnsan Hakları Komitesi üyesi Rene Cassin, İnsan Hakları Komisyonu'na taslak bir metin sunarken adı geçen belgeden yararlanmıştı. Ancak Cassin'in İHEB yoluyla özel yaşamın korunmasına sağladığı en önemli katkı, taslağının ilk halinde “*özel yaşam (privacy-private life)*” ifadesini bir şemsiye kavram olarak ilk kez ele alması olmuştur. Cassin'e ait ikinci taslakta da yeniden şemsiye bir kavram olan özel yaşam bağimsız bir biçimde ele alınmamış, yalnızca haberleşme, konut, şöhret gibi sınırlı yönleri ile ilişkilendirilmiştir.³⁰

İHEB'in 1947 tarihli ilk taslağı olan “*Uluslararası Haklar Sözleşmesi*”ne bakıldığında BM Genel Kurulu, Haklar Sözleşmesi'ndeki tüm hakların, iletişimin

²⁷ UN Secretary-General, *Annotations on the Text of the Draft International Covenants on Human Rights*, 1 July 1955, A/2929 at par. 99, <http://repository.un.org/handle/11176/302618>, Erişim Tarihi: 05.08.2021.

²⁸ Commission on Human Rights, 2nd. Session, Summary Record of the 28th Meeting, 4 December 1947, E/CN.4/SR/28, William A. SCHABAS, *The Universal Declaration of Human Rights- The travaux préparatoires*, Volume 1 October 1946 to November 1947, Cambridge University Press, 2013, s. 1126.

²⁹ R. ST. J. MACDONALD, “*Leadership in Law: John P. HUMPHREY and the Development of the International Law of Human Rights*”, *Canadian Yearbook of International Law*, 1992, S. 29, ss. 3-91, s. 3-4; Detaylı bilgi için bkz. John P. HUMPHREY, “*The Memoirs of John P. Humphrey, the First Director of the United Nations Division of Human Rights*”, *Human Rights Quarterly*, Vol. 5, S. 4, 1983, ss. 387-439; SCHABAS, s. lxxxxviii- lxxxix.

³⁰ Drafting Committee on an International Bill of Human Rights, Report on its 1st Session, 01.07.1947, E/CN.4/21, <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/GL9/000/26/PDF/GL900026.pdf?OpenElement>, Erişim Tarihi: 05.06.2022.

gizliliği ve konutun kutsallığı (mahremiyeti) haklarını garanti altına alınmaksızın sağlanamayacağını dile getirmiştir.³¹ İnsan Hakları Komisyonu'nun Taslak Komitesi'nin hazırlamış olduğu 16 Haziran 1947 tarihli "*Hakların Uluslararası Deklarasyonu*"na dair görüşmelere bakıldığında, düzenlemenin ilk revizyonunda İngiltere, Avustralya ve Çin tarafından "*özel yaşamın gizliliği*"nin kişi özgürlüğünün korunması ilkesinin belli bir uygulaması olduğu ve bu nedenle ilgili zaman için, belli bir süre açıkça düzenlenmesine gerek olmayabileceği de belirtilmiştir.³² Düzenlemeye dair ikinci revizyonda İngiltere, her ne kadar "*özel yaşamın gizliliği*" ilkesine prensip olarak karşı olmadıklarını belirtse de birçok istisnai durum olabileceğini ve bu nedenle ilgili düzenlemede geçen "*ihlal edilemez (inviolable)*" düzenlemesinin yerine "*saygı duyulur (respected)*" ifadesinin daha doğru olduğunu belirtmiştir. Bunun yanında Fransa da "*ihlal edilemez (inviolable)*" teriminden kaçınılması gerektiğini ve yerine "*yasalarca düzenlenme ve saygı duyulması (respected and regulated by law)*" ifadelerinin yer alması zaruretini dile getirmiştir. Avustralya'nın temsilcisi ise söz konusu hakkın metinde "*yasa ile koruma (protected by law)*" ifadesi ile yer almasını önermiştir.³³ Bunun üzerine ilgili görüşmede "*Özel Yaşam*" maddesinde, "*özel yaşamın dokunulmazlığı (inviolability of privacy)*" ifadesinin korunması veya Avustralya'nın önerdiği "*yasa tarafından koruma (protected by law)*" ifadesinin yer alması biçiminde iki temel görüş olmuştur.³⁴ Öncesindeki Cassin'in taslağı da "*özel yaşam*"ı bu minvalde, dokunulmaz ve yasa tarafından korunan bir kavram olarak ele almıştır.³⁵

17 Aralık 1947 tarihine gelindiğinde ise İnsan Hakları Bildirgesi Çalışma Grubu, Cassin'in söz konusu revize edilmiş taslağını temel alarak Panama tarafından yapılan bir öneriyi de birleştirerek özel yaşamı yeniden bir şemsiye kavram olarak düzenlemiş ve fakat bu kez düzenlemedeki sıralamasını ikincil hale getirmiştir. Şöyle ki;

"Herkes, itibar, özel yaşam ve aile yaşamına yasa uyarınca makul olmayan müdahaleden korunma hakkına sahiptir. Konut ve haberleşme dokunulmazdır".³⁶

İnsan Hakları Komisyonu, özel yaşama dair yukarıda anılan maddeyi içeren ön taslağı 1947 yılının sonlarına doğru BM Ekonomik ve Sosyal Konsey'e

³¹ SCHABAS, s. 290.

³² *Ibid.*, 802- 803.

³³ *Ibid.*, 851- 852.

³⁴ *Ibid.*, 852.

³⁵ Cassin'in ilk taslağında; "*Özel yaşam, konut, haberleşme ve itibar dokunulmazdır ve yasa ile korunur.*" (md. 9) ibaresi yer almaktadır. Aktaran: DIGGELMANN, CLEIS, s. 442.

³⁶ Report of the Working Group on the Declaration on Human Rights, E/CN.4/57, <https://digitallibrary.un.org/record/561278?ln=en#record-files-collapse-header>, Erişim Tarihi: 09.06.2022.

(ECOSOC) sunmuş ve üye devletlerden 1948 yılı başlarında görüş bildirmelerini istemiştir.³⁷ Devamında Taslak Komitesi üye görüşleri bağlamında gözden geçirilmiş yeni bir taslak hazırlamıştır. Fakat bu taslakta “*özel yaşam*” ifadesi bulunmaması dikkat çekicidir. İlgili madde;

“Herkes, itibar, aile yaşamı konut ve haberleşmesine yasa uyarınca makul olmayan müdahaleden korunma hakkına sahiptir.” demektedir.

Üstelik bu duruma ilişkin olarak raporda bir açıklama görülememektedir.³⁸ Bu farklı tutum sonrası İnsan Hakları Komisyonu özel yaşama dair temel bir değişiklik yapmıştır. Buna göre hem “*özel yaşam*” ifadesi madde metnine, en başta yer almak suretiyle, geri dönmüş hem de yeniden bir şemsiye terim halini almıştır. Maddeye göre;

*“Hiç kimsenin, özel yaşamı, aile yaşamı, konutu, haberleşmesi ve itibarına makul olmayan bir biçimde müdahale edilemez”.*³⁹

Bu düzenleme Çin’in önerisinin kabulü sonrası oluşturulmuştur; fakat düzenlemenin hangi gerekçe hangi gerekçe ile kabul edildiği anlaşılammaktadır.⁴⁰ Ardından anılan taslak nihai değerlendirme için BM Genel Kurulu’nun sosyal, insani ve kültürel ilişkilerle ilgilenen Üçüncü Komitesi’ne sunulmuştur.⁴¹ Komite, taslağın ilgili maddesinde yer alan “*özel yaşam*” düzenlemesini bir miktar değiştirerek 10 Aralık 1948’de kabul edilen İHEB’teki 12. madde düzenlemesine ulaşmıştır;

*“Hiç kimse özel hayatı, ailesi, konut veya haberleşmesi hususlarında keyfi müdahalelere, şeref ve şöhretine karşı tecavüzlere maruz bırakılamaz. Herkesin bu müdahale ve tecavüzlere karşı yasa ile korunmaya hakkı vardır”.*⁴²

³⁷ Commission on Human Rights Report to the Economic and Social Council on the Second Session, UN Economic and Social Council Official Records, Third Year, Sixth Session, Supplement No: 1, Document E/600, 17.12.1948, Lake Success, New York, <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/GL9/011/01/PDF/GL901101.pdf?OpenElement>, Erişim Tarihi: 09.06.2022.

³⁸ Report of the Drafting Committee to the Commission on Human Rights, 21.05.1948, E/CN.4/95, <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/GL9/001/66/PDF/GL900166.pdf?OpenElement>, Erişim Tarihi: 09.06.2022.

³⁹ Commission on Human Rights Report to the Economic and Social Council on the Third Session, 24.05- 28.06.1948, E/800, <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/GL9/900/55/PDF/GL990055.pdf?OpenElement>, Erişim Tarihi: 12.02.2022.

⁴⁰ Commission on Human Rights Summary Record of the Fifty-Fifth Meeting, Third Session, 02.06.1948, Lake Success, New York, E/CN.4/SR.55, 15.06.1948, <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/GL9/902/87/PDF/GL990287.pdf?OpenElement>, Erişim Tarihi: 12.06.2022.

⁴¹ Drafting of the Universal Declaration of Human Rights, Third Session- 3rd Committee, <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/GL9/903/17/PDF/GL990317.pdf?OpenElement>, Erişim Tarihi: 14.06.2022.

⁴² UN General Assembly Report of the Third Committee- Third Session, Draft International Declaration of Human Rights, 07.12.1948, A/777, <https://digitallibrary.un.org/record/622107?ln=en>, Erişim Tarihi: 15.06.2022.

İHEB'in kabul edilmesinden önceki dönemde yerel düzlemde devletlerin anayasalarına bakıldığında ise özel yaşama ilişkin genel bir garantinin ilk etapta mevcut olmayıp evin ya da yazışmaların korunması, beden muayenesi gibi özel hayatın sınırlı bazı yönlerine odaklanılmakta olduğu görülmektedir. Ancak yirminci yüzyılın özellikle ikinci yarısında İHEB'in kabulüyle beraber özel yaşamın bir şemsiye (kapsayıcı) hak olarak kullanılması fikri ile özel yaşam kavramı bütünüyle korunması gereken genel bir hak görünümüne evrilmiştir.⁴³ Ancak hakkın gelişim sürecinde bugün geldiği noktayı İHEB'i kaleme alanlar da muhtemelen tasarlamamış ve hatta tahmin de etmemişlerdir.

II. İNSAN HAKLARI EVRENSEL BİLDİRGESİNİN SOMUT İNSAN HAKLARI BELGELERİNE YANSIMASI

İHEB'in özel yaşama ilişkin 12. maddesi ile şemsiye (kapsayıcı) bir hak oluşturulmuştur. Bu çerçevede İHEB'i evrensel düzeyde somutlaştıran "İkiz Sözleşmeler"lerden Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi ve bölgesel düzeyde somutlaştıran AİHS uygulamalarına genel itibarıyla yakından bakmak gerekmektedir.

A. ULUSLARARASI MEDENİ VE SİYASİ HAKLAR SÖZLEŞMESİ

İHEB'in kabul edilmesinden yaklaşık 17 sene sonra, 12. madde ile neredeyse aynı olan yeni bir madde, "*Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi*"⁴⁴ ile insan hakları uygulama sahnesine çıkmıştır. Sözleşme, kendisiyle aynı zamanda kabul edilen "*Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi*"⁴⁵ ile birlikte İHEB'de bulunan hakların önemli bir bölümünü hukuki açıdan bağlayıcı bir uluslararası sözleşme ile düzenleme altına almıştır.

Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin 17. maddesine göre;⁴⁶

"Hiç kimsenin özel hayatına, ailesine, konutuna ya da haberleşmesine keyfi ya da yasadışı olarak müdahale edilemez; hiç kimsenin şeref ve itibarına yasal olmayan tecavüzlerde bulunulamaz. Herkesin, bu gibi müdahalelere ya da tecavüzlere karşı yasalarca korunma hakkı vardır."

⁴³ DIGGELMANN, CLEIS, s. 442.

⁴⁴ 21 Temmuz 2003 tarih ve 25175 Sayılı Resmî Gazete'de kabul edilen isim "*Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme*"dir; fakat çalışmada "*Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi*" adı kullanılmaktadır. <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2003/07/20030721.htm#2>, Erişim Tarihi: 25.09.2021.

⁴⁵ 11 Ağustos 2003 tarih ve 25196 Sayılı Resmî Gazete'de kabul edilen isim "*Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme*"dir; fakat çalışmada "*Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi*" adı kullanılmaktadır. <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2003/08/20030811.htm>, Erişim Tarihi: 25.09.2021.

⁴⁶ Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme, <https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d22/c016/tbmm22016089ss0150.pdf>, Erişim Tarihi: 01.10.2021.

Ancak iki düzenleme arasındaki tek fark, yalnızca keyfi müdahaleleri değil aynı zamanda yasadışı olan müdahaleleri de yasaklamasıdır. Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin ilk taslağının temelini, İngiltere'nin Uluslararası Haklar Bildirgesi oluşturmaktadır. Bu nedenle özel yaşamın herhangi bir görünüş biçimini de barındırmamaktadır.⁴⁷ İlk olarak Mayıs 1948'de Avustralya delegasyonu özel yaşama ilişkin bir teklif sunmuştur.⁴⁸ 1950 yılına gelindiğinde ise Filipinler, İHEB'deki düzenlemeden esinlenen bir metin teklif etmiştir.⁴⁹ Bu düzenleme Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşme Taslağı'na 17. madde olarak eklenmiştir.⁵⁰ Anılan haliyle hiç değişmeden 16 Aralık 1966 tarihinde BM Genel Kurulu tarafından kabul edilmiştir. Bu durumun gerekçesi, İHEB'in kabul edilmesinin üstünden hatırı sayılır bir zamanın geçmesi ve ayrıca o dönemde özel yaşama ilişkin düzenlemelerin artık devletlerin hemen tümünün anayasalarında yer alması olarak gösterilebilir.⁵¹

İHEB'in 12. maddesinde vücut bulan özel yaşama ilişkin genel ilkenin, tüm farklı hukuk sistemlerinde geçerli olacak biçimde hangi şekilde ifade edileceği hususu oldukça muğlaklı.⁵² Bu sebeple Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin genel prensibi açıklayan bir madde içermesi ve devletlerin bu maddeyi nasıl uygulayacakları konusunda özgür bırakılmaları kararına varılmıştır. Fakat “*özel hayat, konut ve haberleşme*” terimlerinin içeriklerinin belirsiz olduğu konusunda eleştiriler yapılmıştır.⁵³

Hazırlık aşamasının ardından Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi, BM Genel Kurulu'nun 16 Aralık 1966 tarihli ve 2200 A (21) sayılı kararıyla kabul edil-

⁴⁷ Söz konusu durumun temel sebebi, iki düzenlemenin aynı taslak sürecinde ilerlemesidir. Drafting Committee on an International Bill of Human Rights, Report on its 1st Session, 01.07.1947, E/CN.4/21, <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/GL9/000/26/PDF/GL900026.pdf?OpenElement>, Erişim Tarihi: 18.09.2021.

⁴⁸ Commission on Human Rights Drafting Committee, Australia: Draft of Additional Articles for the Draft International Covenant on Human Rights, 06.05.1948, E/CN.4/AC.1/21, <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/DER/NL4/818/28/PDF/NL481828.pdf?OpenElement>, Erişim Tarihi: 05.06.2022.

⁴⁹ Ben SAUL, *The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights Travaux Preparatoires 1948- 1966*, Vol. I, Oxford University Press, 2016; Commission on Human Rights, Comments of Governments on the Draft International Covenant on Human Rights and Measures of Implementation, 16.01.1950, E/CN.4/ 353/Add.3.

⁵⁰ Commission on Human Rights, Report of the Ninth Session, 7 April to 30 May 1953, Economic and Social Council Official Records, 16th Session, Supplement No: 8, New York, s. 8, https://uvalisc.s3.amazonaws.com/travaux/s3fs-public/E-2447__E-CN_4-689.pdf, Erişim Tarihi: 18.09.2021.

⁵¹ Resolution 2200(XXI)- International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, International Covenant on Civil and Political Rights and Optional Protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights, 16.12.1966, A/RES/21/2200, <http://www.un-documents.net/a21r2200.htm>, Erişim Tarihi: 22.09.2021.

⁵² Annotations on the Text of the Draft International Covenants on Human Rights, 01.07.1955, A/2929, <http://repository.un.org/handle/11176/302618>, Erişim Tarihi: 24.09.2021.

⁵³ *Ibid.*

miştir.⁵⁴ 19 Aralık 1966 tarihinde imzaya açılan Sözleşme, 41. madde dışında,⁵⁵ 23 Mart 1976 tarihinde yürürlüğe girmiştir.⁵⁶ Özel yaşam bakımından Sözleşme'nin 17. maddesi, bir yandan devlet tarafından kişinin özel yaşamına, ailesine vb. yönelik keyfi ya da yasadışı müdahaleleri yasaklarken, öte yandan başkaları tarafından gerçekleştirilen benzer müdahalelere ya da saldırılara karşı devletin pozitif koruma sağlamasını öngörmektedir.

Maddenin genel olarak yorumlanması hususunda öncelikle İnsan Hakları Komitesi'nin (İHK veya Komite) 1988 yılında gerçekleştirdiği 32. Oturumda ele aldığı 16 No.lu Genel Yorum'u esas alınmalıdır. Buna göre madde metnindeki "yasadışı" ifadesi "*yasa ile düzenlenmeyen haller dışında müdahalenin gerçekleştirilemeyeceği*" ni karşılarken; "keyfi müdahale"nin hukuka uygun olarak gerçekleştirilen müdahaleleri de kapsayabileceği ifade edilmektedir. Bu çerçevede söz konusu ifade, hukuka uygun müdahalelerde dahi Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin madde ve amaçlarıyla uyumlu olması gerektiğini vurgulamaktadır. "Aile" kavramı açısından ise, taraf devletlerin tümünde kabul edilen aile şekillerini kapsayacak biçimde geniş bir yorumu kabul etmektedir. Ayrıca, özel hayatın gizliliğinin korunmasının kaçınılmaz biçimde göreceli olduğu ifadesi de oldukça dikkat çekicidir.⁵⁷

Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nde yer alan özel yaşamın kapsamına İnsan Hakları Komitesi'nin temel içtihatları doğrultusunda bakıldığında öncelikle cinsel kimlik, cinsel yönelim ve cinsel hayat ile kişinin ismi, kişinin ismini seçmesi ve değiştirmesi, tutuklu ve hükümlülerin haberleşmesi gibi kavramlar girmektedir.⁵⁸ Fakat Komite son yıllarda iklim değişikliği sebebiyle zorunlu ikamet değişikliği gibi durumları da özel yaşam çerçevesinde değerlendirmektedir. Komite öncelikle *Toonen v. Avustralya* başvurusunda, yetişkin erkekler arasında tarafların, serbest iradeleriyle gerçekleştirilen eşcinsel ilişkiyi suç sayan bir yasanın var olması, başvurunun tarafına somut olarak bir uygulama olmasa da başvurusunun özel hayatına

⁵⁴ Resolution 2200 A (XXI) regarding International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, [https://www.un.org/en/development/desa/population/migration/generalassembly/docs/globalcompact/A_RES_2200A\(XXI\)_economic.pdf](https://www.un.org/en/development/desa/population/migration/generalassembly/docs/globalcompact/A_RES_2200A(XXI)_economic.pdf), Erişim Tarihi: 24.05.2022.

⁵⁵ Bahis konusu olan ve 28 Mart 1979 tarihinde yürürlüğe giren 41. madde ise, İnsan Hakları Komitesi'ne ilişkindir ve bu Komite, Sözleşme'nin denetim organı olarak karşımıza çıkmaktadır. İnsan Hakları Komitesi, Sözleşme'nin etkili bir şekilde uygulanmasını denetler ve bu amaçla Sözleşme'ye ayrırlıkla yapılan bireysel başvuruları da değerlendirir. BM Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi md. 40, Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'ne Ek İhtiyari Protokol, <https://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/opccpr1.aspx>, Erişim Tarihi: 25.09.2021.

⁵⁶ International Covenant on Civil and Political Rights. Adopted by the General Assembly of the United Nations on 19 December 1966, <https://treaties.un.org/doc/publication/unts/volume%20999/volume-999-i-14668-english.pdf>, Erişim Tarihi: 24.09.2021.

⁵⁷ Genel Yorum No: 16, Lema UYAR (Der. ve çev.), *Birleşmiş Milletler'de İnsan Hakları Yorumları: İnsan Hakları Komitesi ve Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi 1981-2006*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2006, s. 34-35, ss. 33-36.

⁵⁸ Ibid.

müdahale olarak nitelendirilmiştir.⁵⁹ *Coeriel ve Diğerleri v. Hollanda* başvurusunda ise bir kişinin isminin, seçme ve değiştirme yetkileri ile beraber 17. madde kapsamına girdiğini belirtilmiştir.⁶⁰ *Nimo Mohamed Aden ve Liba Muhammed Hassan v. Danimarka* başvurusu bağlamında ise özel yaşam kavramının içerisine ailenin de girdiği ve taraf devletlerin yerel anlayışlarına göre aileyi oluşturan tüm unsurların anlaşılması gerektiğini kayıt altına almıştır.⁶¹ Bu bağlamda Komite ayrıca suçluların geri verilmesine ilişkin başvurularda ailenin korunması ile özel yaşam hakkını bir arada ele alabilmektedir.⁶² Komite'nin özel yaşam bağlamında gördüğü bir diğer ilginç karar ise, *Hopu ve Bessert v. Fransa*'dır. Anılan başvuru, Tahiti'de başvuru-cuların atalarına ait geleneksel mezarlık alanında otel kompleksi yapılmasına dair işlemine ilişkindir. Komite, taraf devletin bu alanı otel inşaatı için kullanmak isterken, söz konusu yerin başvuru-cular açısından taşıdığı önemi yeterince öngörüp düşünmediklerini belirterek, 17. madde bakımından başvuru-cuların özel yaşam ve aile haklarının ihlal edildiği sonucuna varmıştır.⁶³ İklim değişikliği ve bu sebeple deniz seviyesinin yükselmesinin yaşam hakkını ihlal ederek başvuru-cularun ikamet ettiği adadan göç etmesini zorunlu kıldığı iddiasına ilişkin *Ioane Teitiota v. Yeni Zelanda* başvurusunda Komite, çevresel etmenlerdeki bozulmanın yaşam hakkı ihlaline ve kişileri ikametlerinden mahrum bırakarak özel yaşam haklarından ödün vermelerine sebep olabileceğini belirtmektedir.⁶⁴ Özel yaşama ilişkin bir başvuru olan Komite'nin ilk dönemdeki kararlarından olan 29 Ekim 1981 tarihli *Pinkney v. Kanada* başvurusunda ise gözaltına alınan bir tutuklunun dış dünyadaki görevliler ve ailesi ile haberleşmesinin engellenmesini 17. madde bağlamında değerlendire-erek ihlal kararı vermiştir.⁶⁵ *Garcia v. Kolombiya* kararında ise Komite, 5 Ocak 1993 tarihinde ve gece 2 sularında bir grup silahlı ve sivil giyimli adamın başvuru-cularun evine çatıdan zorla girerek, küçük çocukların ve aile bireylerinin önünde küçük düşürücü ve hakaretamiz ifadelerde bulunmasını ve devamında bir silahtan ateş

⁵⁹ *Nicholas Toonen v. Australia*, Com. No: 488/1992, 31.03.1994, <https://www.ohchr.org/Documents/Publications/SDecisionsVol5en.pdf>, Erişim Tarihi: 26.09.2021.

⁶⁰ *Coeriel et. al. v. Netherlands*, Com. No: 453/991, 31.10.1994, <http://hrlibrary.umn.edu/undocs/html/vws453.htm>, Erişim Tarihi: 26.09.2021.

⁶¹ *Nimo Mohamed Aden and Liba Muhammed Hassan v. Denmark*, Com. No: 2531/2015, 20.12.2019; *Benjamin Ngambi and Marie-Louise Nébol v. France*, Com. No: 1179/2003, 09.07.2004, <https://www.refworld.org/cases,HRC,4162a5a46.html>, Erişim Tarihi: 18.04.2021.

⁶² *Hamida v. Canada*, Com. No: 1544/2007, 11.05.2010, <https://www.refworld.org/cases,HRC,4c19d74b2.html>, Erişim Tarihi: 18.04.2021.

⁶³ *Hopu and Bessert v. France*, Com. No: 549/1993, 30.10.1995, <http://hrlibrary.umn.edu/undocs/549-1993.html>, Erişim Tarihi: 27.09.2021.

⁶⁴ *Ioane Teitiota v. New Zealand*, Com. No: 2728/2016, 07.01.2020, <https://www.refworld.org/cases,HRC,5e26f7134.html>, Erişim Tarihi: 18.04.2021.

⁶⁵ *Larry James Pinkney v. Canada*, Com. No: 27/1978, 29.10.1981, <http://hrlibrary.umn.edu/undocs/newscans/27-1978.html>, Erişim Tarihi: 27.09.2021.

edilip kendilerinin hazırladığı bir açıklamayı zorla imzalatmasını 17. maddenin ihlali olarak değerlendirmiştir.⁶⁶

Görüldüğü üzere İnsan Hakları Komitesi, Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin 17. maddesini yorumlarken İHEB'in ortaya koyduğu perspektif çizgisinde, özel yaşamı genişletici bir yol izlemektedir. Ancak belirtilmelidir ki, bir sonraki başlıkta genel hatları ile ele alınacak olan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin dinamik ve günün koşulları eksenli yorum yöntemleri ile ulaştığı hukuki argümantasyona kıyasla Komite'nin nispeten daha zayıf kararları hüküm altına aldığı gözlemlenmiştir. Bu bakımdan evrensel düzlemdeki özel yaşam anlayışının günümüzde eriştiği seviye daha ziyade AİHM'in eseridir denilebilir. Kaldı ki Komite de pek çok kararında Strazburg içtihadına atıf yapmaktadır.⁶⁷

B. AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ

Avrupa Konseyi 5 Mayıs 1949'da Londra Anlaşması neticesinde kurulmuştur. Konsey'in varoluş gayesi hukukun üstünlüğü ve insan haklarına saygı ilkelere gerçekleştirilmektir. Bu doğrultuda 4 Kasım 1950'de imzalanan ve 3 Eylül 1953'te yürürlüğe giren İnsan Hakları ve Özgürlüklerinin Korunmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi (AİHS) kabul edilmiştir.⁶⁸ AİHS'in "Giriş" bölümünde,

"Aşağıda imzası bulunan Avrupa Konseyi üyesi hükümetler; Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından 10 Aralık 1948'de ilan edilen İnsan Hakları Evrensel Bildirisi'ni, bu Bildiri'nin, metninde açıklanan hakların her yerde ve etkin olarak tanınmasını ve uygulanmasını sağlamayı hedef aldığını,

...

*Evrensel Bildiri'de yer alan bazı hakların ortak güvenceye bağlanmasını sağlama yolunda ilk adımları atmaya kararlaştırarak ... anlaşmışlardır."*⁶⁹

denilerek Sözleşme'nin temel amacı olarak İHEB'in varoluş gayesinin bölgesel düzlemde gerçekleştirilmesi gösterilmiştir. Bu çerçevede İHEB'i kendine bir pusula olarak belirleyen AİHS'in, "Özel Yaşam ve Aile Yaşamına Saygı" başlıklı düzenlemesi 8. maddedir. Anılan maddeye göre;⁷⁰

⁶⁶ *Rafael Armando Rojas Garcia v. Colombia*, Com. No: 687/1996, 03.04.2001, <http://hrlibrary.umn.edu/undocs/687-1996.html>, Erişim Tarihi: 28.09.2021.

⁶⁷ Bkz. *Hamida v. Canada*, Com. No: 1544/2007, 11.05.2010, <https://www.refworld.org/cases,HRC,4c19d74b2.html>, Erişim Tarihi: 18.04.2021.

⁶⁸ Bernard STIRN, *Towards a European Public Law*, Oxford University Press, 2017, s. 24.

⁶⁹ Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_ENG.pdf, Erişim Tarihi: 05.08.2021.

⁷⁰ İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşme, https://www.anayasa.gov.tr/media/3542/aihs_tr.pdf, Erişim Tarihi: 09.09.2021.

“Herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkına sahiptir.

Bu hakkın kullanılmasına bir kamu makamının müdahalesi, ancak müdahalenin yasayla öngörülmüş ve demokratik bir toplumda ulusal güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin ekonomik refahı, düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli bir tedbir olması durumunda söz konusu olabilir.”

İlgili maddeye göre dört alt kategori koruma alanı kapsamındadır.⁷¹ Bunlar; “özel yaşama saygı hakkı”, “aile yaşamına saygı hakkı”, “konuta saygı hakkı” ve “haberleşmeye saygı hakkı”dır. Bu hakları tümüyle beraber düşünerek ayırım yapmanın pratikte pek önemli olmadığı biçiminde fikirler olduğu gibi,⁷² “özel yaşama saygı hakkı”nın diğer alt kategorilerden bağımsız bir anlamı olduğunu savunan görüşler de mevcuttur.⁷³ Ancak AİHM içtihatlarına bakıldığında özel yaşam kavramı ile söz konusu diğer alt kategorilerin bazen kesiştikleri görülse de temelde farklı özgürlük alanlarını korudukları görülmektedir. Bu çerçevede Mahkeme 8. madde ile ilgili kararlarının genelinde ihlal edilen alt kategoriyi de belirtmektedir.⁷⁴

Görüldüğü üzere madde metninde herhangi bir özel yaşam tanımı mevcut değildir. AİHM de *Niemetz v. Almanya* ve diğer pek çok kararında belirttiği üzere, özel yaşam kavramını tanımlama çabasını gereksiz ve imkânsız olarak değerlendirmektedir.⁷⁵ Ancak, Avrupa Konseyi Parlamenterler Danışma Meclisi'nin 428 (19709) Sayılı Kararı'na göre özel yaşam;

“(Z)orunlu olarak bireyin kendi hayatını en az müdahale ile yaşamasını içerir: özel, aile ve ev hayatı, maddi ve manevi bütünlük, onur ve şöhret, aldatılma durumunda olmaktan sakınmak, ilgisiz ve utandırıcı gerçeklerin açıklanmaması, özel fotoğrafların izinsiz yayınlanmaması, güvenilirlik verilen veya alınan bilginin açıklanmasının engellenmesi” şeklinde ifade edilmiştir.⁷⁶

⁷¹ HARRIS, O'BOYLE, WARBRICK, s. 363- 381.

⁷² Clare OVEY, Robin WHITE, *European Convention on Human Rights*, 3rd Ed., Oxford University Press, 2002, s. 218.

⁷³ Louise DOSWALD-BECK, “The Meaning of the ‘Right to Respect for Private Life’ under the European Convention on Human Rights”, *Human Rights Law Journal*, Vol. 4, No: 3, s. 283.

⁷⁴ *X, Y and Z v. The United Kingdom*, Application No: 21830/93, 22.04.1997; *Campbell v. The United Kingdom*, Application No: 13590/88, 25.04.1992, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57771>, Erişim Tarihi: 27.04.2021; *K. and T. v. Finland*, Application No: 25702/94, 12.07.2001, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58576>, Erişim Tarihi: 28.04.2021.

⁷⁵ *Niemetz v. Germany*, Application No: 13710/88, Par. 29, 16.12.1992, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57887>, Erişim Tarihi: 29.09.2021.

⁷⁶ UZELTÜRK, s. 168.

Özel yaşama saygı hakkının tanımsal çerçevesi ilk olarak, Avrupa İnsan Hakları Komisyonu tarafından *X v. İzlanda*⁷⁷ kararında ele alınmıştır. Kararda birçok Anglo-Sakson ve Fransız yazarın özel yaşama saygı hakkını, mahremiyet hakkı, dilediğince yaşama hakkı ve aleniyetten koruma hakkı ile eşanlamlı olarak tanımladıkları ve fakat Komisyon'un bu fikre katılmayıp özel yaşama saygı hakkının bu kapsamla sınırlı olmadığı dile getirilmiştir. Komisyon'a göre, kendi kişiliğini geliştirmek için başkaları ile ilişkiler kurup ilerletmek de özel yaşama saygı hakkı kapsamındadır. Bu karardan günümüze 8. madde, bir şemsiye (kapsayıcı) hak olarak en geniş yorumlanan haklardan biri olmuştur; çünkü AİHM içtihatlarına bakıldığında, birçok farklı konu bu hak kapsamında değerlendirilmektedir.⁷⁸ Bununla birlikte AİHM, 8. maddenin “saygı” ibaresini, İHEB’in *Hazırlık Çalışmaları*'ndaki tartışmaların aksine, yalnızca bir negatif yükümlülük olarak da görmemektedir.⁷⁹

AİHM'in “özel yaşam” kavramını yorumlayış biçimini tahlil etmek açısından *Niemietz v. Almanya* kararı önem taşımaktadır.⁸⁰ İlgili kararda özel yaşamın belli bir dereceye kadar diğer insanlarla ilişkiler kurup geliştirmeyi de kapsamına aldığı belirtilmektedir.⁸¹ Bu çerçevede Mahkeme, özel yaşam kavramını tanımlama çabasını gereksiz ve imkânsız görmektedir. Ancak yine de terimin bireyin kendi yaşamını dilediği ve seçtiği gibi yaşaması anlamına gelen “giz alanı (inner circle)”ndan⁸² daha geniş bir alanı karşıladığı da ortaya koyulmaktadır. Dolayısıyla dış dünya ile özel yaşam birbirlerinden ayrı tutulamayacaklardır.⁸³ Profesyonel ya da mesleki faaliyetlerin özel yaşam kavramı dışında ele alınmasına dair bir ilke de söz konusu değildir ve açıktır ki insanlar çoğunlukla mesleki yaşamları çerçevesinde özel ilişki kurabilmektedir.⁸⁴ İşte bu sebeplerle özel yaşam kavramının bu derecedeki genişliği onu “kapsamlı bir tanım yapmaya elverişsiz” hale getirir.⁸⁵

⁷⁷ *X v. Iceland*, Application No: 6825/74, 18.05.1976, <http://echr.ketse.com/doc/6825.74-en-19760518/i>, Erişim Tarihi: 28.09.2021.

⁷⁸ HARRIS, O'BOYLE, WARBRICK, s. 361.

⁷⁹ HARRIS, O'BOYLE, WARBRICK, s. 382.

⁸⁰ *Niemietz v. Germany*, Application No: 13710/88, 16.12.1992, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57887>, Erişim Tarihi: 29.09.2021.

⁸¹ *Niemietz v. Germany*, Application No: 13710/88, Par. 29, 16.12.1992, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57887>, Erişim Tarihi: 29.09.2021.

⁸² Yaşar SALİHPAŞAOĞLU, “Özel Hayatın Kapsamı: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatları Işığında Bir Değerlendirme”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XVII, Y. 2013, S. 3, s. 235.

⁸³ *Niemietz v. Germany*, Application No: 13710/88, Par. 29, 16.12.1992, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57887>, Erişim Tarihi: 29.09.2021.

⁸⁴ *Niemietz v. Germany*, Application No: 13710/88, Par. 29, 16.12.1992, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57887>, Erişim Tarihi: 29.09.2021.

⁸⁵ *Bensaid v. United Kingdom*, Application No: 44599/98, Par. 47, 06.05.2011, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-59206>, Erişim Tarihi: 29.09.2021.

Maddenin tüm kapsamının belirlenmesi zor ve bu çalışmanın kapsamını aşmaktadır. Ancak AİHM'in şimdiye dek hüküm altına almış olduğu bazı kararlardan yola çıkılarak hangi durumların özel yaşam bağlamında değerlendirildiği ortaya konulabilir. Böylelikle İHEB'den AİHS'e bir şemsiye (kapsayıcı) hak olan özel yaşam kavramının içtihatlarla genişlediği de görülebilecektir. Söz gelimi doğum kontrolü, konut dokunulmazlığı, iletişimin denetlenmesi, arama ve el koyma, gizli izleme, göç hukuku, babalık ve kimliğe ilişkin haklar, çocuk ve aile hukuku, yardımcı üreme, intihar, tutuklu hakları, miras, kiralayan hakları, çevre koruması gibi pek çok husus özel yaşam bağlamında ele alınmaktadır.⁸⁶ Daha spesifik olarak, isim-soyisim,⁸⁷ tıbbi müdahale,⁸⁸ ötanazi,⁸⁹ üreme,⁹⁰ kadına/ çocuğa/ engelliye/ yaşlıya karşı şiddet,⁹¹ çevresel kirlilik,⁹² cinsel kimlik⁹³ gibi önemli başlıklar da bu hak çerçevesinde değerlendirilmektedir.

Bu minvalde AİHM'in tanımsız özel yaşamının çerçevesine bakıldığında öncelikle kişinin kimliği karşımıza çıkmaktadır. Bu çerçevede kişinin ismi,⁹⁴ giyinme tarzı, cinsel yönelimi, babalık ve kimliğe ilişkin haklar özel yaşam başlığı altında incelenmektedir. Örneğin ebeveynlerin çocuklarına vermek istedikleri isimler kişinin kimliğini belirlediği ve ailesiyle bağ kurmasını sağladığı için özel yaşamın ve aile hayatının parçasıdır.⁹⁵ Ancak bu noktada belirtilmelidir ki Mahkeme, isme ilişkin düzenlemelerde devletlere geniş bir takdir marjı tanımaktadır; çünkü konu, kültürel, dini, yerel özellikleri dikkate almayı da gerektirmektedir.⁹⁶

⁸⁶ HARRIS, O'BOYLE, WARBRICK, s. 361; UZELTÜRK, s. 3-5.

⁸⁷ *Ünal Tekeli v. Turkey*, Application No: 29865/96, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-67482>, Erişim Tarihi: 27.04.2021; *Stjerna v. Finland*, Application No: 18131/91, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57912>, Erişim Tarihi: 27.04.2021.

⁸⁸ *Glass v. The United Kingdom*, Application No: 61827/00, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-61663>, Erişim Tarihi: 28.04.2021.

⁸⁹ *Pretty v. United Kingdom*, Application No: 2346/02, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-60448>, Erişim Tarihi: 27.04.2021.

⁹⁰ *S. H. and Others v. Austria [GC]* Application No: 57813/00, D. 03.11.2011.

⁹¹ *Ebcin v. Turkey*, Application No: 19506/05, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-103143>, Erişim Tarihi: 28.04.2021.

⁹² *Lopez Ostra v. Spain*, Application No: 16798/90, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57905>, Erişim Tarihi: 27.04.2021.

⁹³ *Dudgeon v. the United Kingdom*, Par. 51- 52, Application No: 7525/76, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57473>, Erişim Tarihi: 27.04.2021.

⁹⁴ *Ünal Tekeli v. Turkey*, Application No: 29865/96, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-67482>, Erişim Tarihi: 27.04.2021; *Stjerna v. Finland*, Application No: 18131/91, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57912>, Erişim Tarihi: 27.04.2021.

⁹⁵ *Stjerna v. Finland*, Application No: 18131/91, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57912>, Erişim Tarihi: 27.04.2021; *Bulgakov v. Ukraine*, Application No: 59894/00, 31.03.2008, <http://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=001-82241&filename=001-82241.pdf>, Erişim Tarihi: 28.04.2021.

⁹⁶ *Bulgakov v. Ukraine*, Application No: 59894/00, 31.03.2008, <http://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=001-82241&filename=001-82241.pdf>, Erişim Tarihi: 28.04.2021.

Şayet ismin değiştirilmesine zorlama gibi bir durum yoksa özel yaşama ilişkin bir müdahalenin mevcudiyetinden söz etmemektedir.⁹⁷ Kişinin fotoğrafı da kimliğinin diğer önemli bir başlığı olarak özel yaşamı bağlamında değerlendirilmektedir. Bu çerçevede AİHM, kişiyi diğer insanlardan ayıran biricik özelliği olan görüntüsünü, kişinin özerkliği ve gelişim hakkıyla ele almaktadır. Dolayısıyla kişinin, kişisel bir veri niteliğinde de olan görüntüsünü kontrol etme hakkı mevcuttur.⁹⁸ Ancak kamuya mal olan bir kişinin haber niteliği taşıyan durumunun kamu yararı gerekçesiyle izin dışı kayıt altına alınması ihlal olarak değerlendirilmemektedir.⁹⁹

Kişinin kimliği bağlamında bireyin cinsel yönelimi, cinsiyet kimliği, cinsel yaşamı gibi unsurlar ve kişinin kendini belirleme hakkı (*self determination*) da özel yaşam kavramı içerisinde değerlendirilmektedir.¹⁰⁰ Bu bağlamda cinsiyet kimliği, kişinin diğer insanlarla kurduğu ilişkiler bağlamında önem taşımaktadır.¹⁰¹ Ancak cinsel yaşam kapsamında değerlendirilen söz gelimi enest gibi bazı cinsel ilişkiler sağlık, genel ahlak, yaş gibi sebeplerle sınırlandırılabilir ve taraf devletin takdir hakkı çerçevesinde ve demokratik bir toplumda gereklilik kriterini karşıladığından bahisle ihlal oluşturmayabilir.¹⁰² Bu çerçevede, kapalı kapılar ardındaki cinsel ilişkiler madde korumasından yararlanabilir.¹⁰³ Mahkeme'ye göre söz gelimi homoseksüel ilişkiler de özel yaşam kapsamındadır ve toplumun bir kesiminin bu tür ilişkileri ahlak dışı olarak nitelendirmesi bunu değiştirmez.¹⁰⁴

Özel yaşam üst başlığı altında ve kişinin kimliği çerçevesinde yaşam biçimi ve etnik kökeni, kimliği de dikkate alınmaktadır.¹⁰⁵ Bu düzlemde AİHM kişisel

⁹⁷ *Johansson v. Finland*, Application No: 10163/2, 06.12.2007, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-82198>, Erişim Tarihi: 28.04.2021.

⁹⁸ *Reklos and Davourlis v. Greece*, Application No: 1234/05, 15.04.2009, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-90617>, Erişim Tarihi: 30.03.2021; *Evans v. The United Kingdom*, Application No: 6339/05, 10.04.2007, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-80046>, Erişim Tarihi: 30.03.2021.

⁹⁹ *Von Hannover v. Germany*, Application No: 59320/00, 24.09.2004, <http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-61853>, Erişim Tarihi: 28.04.2021.

¹⁰⁰ *Dudgeon v. the United Kingdom*, Par. 51- 52, Application No: 7525/76, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57473>, Erişim Tarihi: 27.04.2021.

¹⁰¹ *Van Kück v. Germany*, Application No: 35968/97, 12.06.2003, https://www.hrw.org/legacy/lgbt/pdf/van_kuck.pdf, Erişim Tarihi: 01.05.2021.

¹⁰² *Stübing v. Germany*, Application No: 43547/08, 12.04.2012, <http://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=001-110314&filename=001110314.pdf&TID=hhtwxvrdyv>, Erişim Tarihi: 16.03.2021.

¹⁰³ *Dudgeon v. The United Kingdom*, Application No: 7525/78, 22.10.1981, <https://www.bailii.org/eu/cases/ECHR/1981/5.html>, Erişim Tarihi: 16.03.2021; *Stübing v. Germany*, Application No: 43547/08, 12.04.2012, <http://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=001-110314&filename=001-110314.pdf&TID=hhtwxvrdyv>, Erişim Tarihi: 16.03.2021.

¹⁰⁴ *Norris v. Ireland*, Application No: 10581/83, 26.10.1988, <http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-57547>, Erişim Tarihi: 26.04.2021.

¹⁰⁵ *Chapman v. The United Kingdom*, Application No: 27238/95, 18.01.2001, <https://www.escri-net.org/caselaw/2008/chapman-v-united-kingdom-application-no-2723895>, Erişim Tarihi: 26.04.2021.

verilerle de ilgili olarak, başvurucuların parmak izleri, hücre örnekleri ve DNA profillerinin cezai takibat sonrasında da saklanmasıyla 8. madde kapsamında etnik kimlik hakkının da ihlal edildiğine hükmedilmiştir.¹⁰⁶

Kişinin fiziksel ve psikolojik bütünlüğü de özel yaşam içerisinde değerlendirilen bir diğer unsurdur.¹⁰⁷ Bu bakımdan özellikle belirtilmelidir ki kişiye yönelik tıbbi müdahaleler de 8. madde kapsamına girmektedir.¹⁰⁸ İlâveten çevresel faktörlerden kaynaklanan kötü koku, çevresel kirlilik gibi durumlar da kişinin fiziksel ve psikolojik bütünlüğüne ve dolayısıyla özel yaşama ilişkindir.¹⁰⁹

Kişinin onuru ve şöhreti İHEB'in 12. maddesinde özel yaşam kapsamında açıkça düzenlenmektedir. Oysa AİHS'in 8. maddesinde böyle bir ifade bulunmamaktadır. Ancak AİHM'e göre kişinin onur ve şöhreti de özel yaşam kapsamındadır.¹¹⁰

İHEB'den bugüne dek bir şemsiye (kapsayıcı) kavram olan özel yaşam özellikle son yıllarda bilişim teknolojilerindeki gelişmelerle birlikte birçok yeni hakkın ortaya çıktığı ortamı sağlamaktadır. Bu bakımdan kişisel verilerin korunması başat bir role sahiptir. Mahkeme, kişiyle ilgili veri toplanması, saklanması, kullanılması, aktarılması gibi işleme aşamalarının tamamını 8. madde doğrultusunda özel yaşam içerisinde incelemektedir.¹¹¹ Öte yandan kişisel verilerin korunmasına ilişkin ilkelerin karmaşık yapısı düşünüldüğünde özel yaşam koruması giderek yetersiz kalmaktadır. Ancak yine de özellikle seksenli ve doksanlı yıllardaki kararlarda özel yaşamın bu şemsiye (kapsayıcı) hak niteliği ve Sözleşme'nin yaşayan bir enstrüman olduğuna ilişkin yorum ilkesi alanda oldukça verimli sonuçlara yol açmıştır. Bu geniş yorumlamanın da

¹⁰⁶ *S. and Marper v. The United Kingdom*, Application No: 30562/04& 30566/04, 04.12.2008, <http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-90051>, Erişim Tarihi: 27.04.2021.

¹⁰⁷ *S. and Marper v. The United Kingdom*, Application No: 30562/04& 30566/04, 04.12.2008, <http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-90051>, Erişim Tarihi: 27.04.2021; *Y.F. and Turkey*, Application No: 24209/94, 22.10.2003, Erişim Tarihi: 30.04.2021; *Juhnke v. Turkey*, Application No: 52515/99, 13.05.2008, <https://www.bailii.org/eu/cases/ECHR/2008/379.html>, Erişim Tarihi: 30.04.2021.

¹⁰⁸ *Glass v. The United Kingdom*, Application No: 61827/00, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-61663>, Erişim Tarihi: 28.04.2021; *Juhnke v. Turkey*, Application No: 52515/99, 13.05.2008, <https://www.bailii.org/eu/cases/ECHR/2008/379.html>, Erişim Tarihi: 30.04.2021.

¹⁰⁹ *Lopez Ostra v. Spain*, Application No: 16798/90, 09.12.1994, <http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-57905>, Erişim Tarihi: 30.04.2021; *Guerra and Others v. Italy*, Application No: 14967/89, 19.02.1998, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58135>, Erişim Tarihi: 30.04.2021.

¹¹⁰ *Chauvy and Others v. France*, Application No: 64915/01, 29.09.2004, <http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-61861>, Erişim Tarihi: 26.04.2021; *Leempoel & SA. ED. Cine Revue c. Belgique*, Requête no: 09.02.2007, <http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-77921>, Erişim Tarihi: 28.04.2021.

¹¹¹ *Klass and Others v. Germany*, Application No: 5029/71, 06.09.1978, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57510>, Erişim Tarihi: 29.04.2021; *Malone v. The United Kingdom*, Application No: 8691/79, 02.08.1984, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57533>, Erişim Tarihi: 30.04.2021; *Leander v. Sweden*, Application No: 9248/81, 26.03.1987, https://www.legislationline.org/download/id/3521/file/Case_of_Leander_v_Sweden_1987_en.pdf, Erişim Tarihi: 21.04.2021; *Amann v. Switzerland*, Application No: 16.02.2000, <http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-58497>, Erişim Tarihi: 21.04.2021.

etkisiyle, her ne kadar Sözleşme’de modern iletişim araçları açıkça düzenlenmese de bu araçlar ve kişisel verilerin işlenmesi ile ilgili konular (telefon görüşmeleri,¹¹² telefon numaraları,¹¹³ bilgisayarlar,¹¹⁴ video ile gözetim,¹¹⁵ ses kaydı,¹¹⁶ internet ve e-mail¹¹⁷ gibi.) Mahkeme tarafından 8. madde bağlamında ele alınmaktadır. Böylece 8. maddenin kademeli olarak genişlemesi olgusu devam etmiş ve etmektedir.

Yukarıda belirtildiği üzere burada kısıtlı biçimde değinilen belli başlı kararlar dahi AİHM’in özel yaşam kavramını sınırları olmayan ve somut olaya göre şekillenen bir metafor olarak ele aldığı ortaya koymaktadır. Bu bağlamda AİHM, gerek AİHS’i yaşayan bir belge olarak görmesiyle gerek dinamik ve çağın gereklerine uygun yorumuyla gerekse de yatay etki doktrini ile özel yaşam hakkının koruma sahasını çok daha ileri bir boyuta taşımıştır. İHEB’in açtığı yolda AİHM, özellikle dijital teknolojilerin etkisi ile bünyesinde kişisel verilerin korunması hakkı,¹¹⁸ unutulma hakkı¹¹⁹ gibi hakların da doğmasına sebep olmuştur. Dolayısıyla İHEB’in 12. maddesinin hakkın tanımlanmasındaki rolünün ardıl insan hakları koruma mekanizmaları için nasıl ilerici ve olumlu anlamda esnek bir zemin sağladığı ortadadır. Bu sayede AİHM çeşitli enstrümanları kullanarak hakkın koruma sahasını çağın gereklerine uygun olarak genişletmiştir. Bu ise insan hakları koruma mekanizmalarının birbirleriyle etkileşimlerini çarpıcı bir biçimde göstermektedir. Şemsiye (kapsayıcı) hak fikrinden doğan ve bölgesel düzeyde özel yaşamı çok daha kapsamlı bir hale getiren AİHM tasarımı, İHEB’in hazırlandığı esnadaki tasarımından çok daha ileri gitmiştir.

¹¹² *Klass and Others v. Germany*, Application No: 5029/71, 06.09.1978, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57510>, 29.11.2017; *Amann v. Switzerland*, Application No: 27798/95, 16.02.2000, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58497>, Erişim Tarihi: 18.10.2017.

¹¹³ *Malone v. United Kingdom*, Application No: 8691/79, 02.08.1984, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57533>, Erişim Tarihi: 06.10.2017; *P.G. and J.H. v. The United Kingdom*, Application No: 44787/98, 25.12.2001, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-59665>, Erişim Tarihi: 02.11.2017.

¹¹⁴ *Leander v. Sweden*, Application No: 9248/81, 26.03.1987, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57519>, Erişim Tarihi: 06.10.2017; *Amann v. Switzerland*, Application No: 27798/95, 16.02.2000, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58497>, Erişim Tarihi: 18.10.2017; *Rotaru v. Romania*, Application No: 28341/95, 04.05.2000, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58586>, Erişim Tarihi: 19.10.2017.

¹¹⁵ *Peck v. The United Kingdom*, Application No: 44647/98, 28.04.2003, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-60898>, Erişim Tarihi: 28.05.2019; *Perry v. The United Kingdom*, Application No: 63737/00, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-61228>, Erişim Tarihi: 29.05.2019.

¹¹⁶ *P.G. and J.H. v. The United Kingdom*, Application No: 44787/98, 25.12.2001, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-59665>, Erişim Tarihi: 02.11.2017.

¹¹⁷ *Copland v. The United Kingdom*, Application No: 62617/00, 03.07.2007, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-79996>, Erişim Tarihi: 29.05.2019.

¹¹⁸ *Klass and Others v. Germany*, Application No: 5029/71, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57510>, Erişim Tarihi: 25.04.2021; *Amann v. Switzerland*, Application No: 27798/95, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58497>, Erişim Tarihi: 25.04.2021; *Malone v. United Kingdom*, Application No: 8691/79, 02.08.1984, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57533>, Erişim Tarihi: 26.04.2021.

¹¹⁹ *M.L. and W.W. v. Germany*, Application No: 60798/10& 65599/10, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-183947>, Erişim Tarihi: 27.04.2021.

III. TÜRK HUKUKUNDAKİ YANSIMALAR

İHEB'in 12. maddesinde yer alan özel yaşam korumasının 1982 Anayasası'ndaki karşılığı birden çok maddededir. Kısaca sıralamak gerekirse; kişi dokunulmazlığı ve maddi ve manevi varlığını düzenleyen 17. madde, özel ve aile hayatının¹²⁰ gizliliğini düzenleyen 20. madde, konut dokunulmazlığını düzenleyen 21. madde, haberleşme özgürlüğünü düzenleyen 22. madde ve ailenin korunmasını düzenleyen 41. madde anayasal korumanın temelleridir.

İlk olarak Anayasa'nın 17. maddesi kişinin maddi ve manevi varlığını koruması ve geliştirmesiyle birlikte, rızası olmadan tıbbi deneylere tabi tutulmasını da yasaklayan hükümlere yer vermektedir. İlaveten madde kapsamı, Anayasa Mahkemesi (AYM) içtihatlarıyla birlikte daha da genişlemiştir. AYM'ye göre; Anayasa'nın 17. maddesinin amacı esas olarak bireylerin maddi ve manevi varlığına karşı devlet tarafından yapılabilecek keyfi müdahalelerin önlenmesidir.¹²¹ Kişinin maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi kavramı da yorum yoluyla da yeni boyutlar kazanmıştır. Bu boyutlar; isim,¹²² fiziksel görünüm, cinsiyet belirleme, cinsel yönelim, cinsel kimlik,¹²³ üreme, kişisel gelişim, tıbbi müdahaleler,¹²⁴ çevresel haklar¹²⁵ gibi alt başlıklara bölünebilir. Bu çalışmanın sınırlı çerçevesi düşünüldüğünde ise Türk hukuku bakımından söz konusu hakka ilişkin yalnızca görece önemli hususlarına değinilmeye çalışılacaktır.

Türk hukukunda kişi dokunulmazlığı ile birlikte maddi ve manevi varlığı geliştirme, sınırlarını çizmenin zor olduğu haklardandır. Gündelik hayatta ortaya çıkabilecek ihlal yollarını sınırlı bir şekilde belirlemek mümkün olmadığı için yargı kararları bu konuda rehber olarak alınmalıdır. AYM işyerinde uygulanan psikolojik tacizleri (*mobbing*)¹²⁶ de kişinin maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkının ihlali olarak değerlendirerek bu hakların içeriği konusunda geniş bir çerçeve çiz-

¹²⁰ Türk Hukuku başlıklı bu bölümde, Anayasa'nın 20. maddesinde aynı yönde bir tercih bulunması sebebiyle, "özel hayat" ibaresi kullanılacaktır.

¹²¹ *Ahmet Acartürk* Başvurusu, Başvuru No: 2013/2084, Karar Tarihi: 15.10.2015, Para. 49.

¹²² *Dilek Tsakiridis* Başvurusu, Başvuru No: 2018/35068, Karar Tarihi: 09.06.2020; *Turgay Karaca* Başvurusu, Başvuru No: 2018/34343, Karar Tarihi: 27.01.2021; *B.U.* Başvurusu, Başvuru No: 2013/2414, Karar Tarihi: 06.01.2016; *N.Ö.* Başvurusu, Başvuru No: 2014/19725, Karar Tarihi: 19.11.2015.

¹²³ *Mustafa Vural* Başvurusu, Başvuru No: 2015/18609, Karar Tarihi: 11.09.2019; *Cemal Duğan* Başvurusu, Başvuru No: 2014/19308, Karar Tarihi: 15.02.2017.

¹²⁴ *Kemal Demirtaş ve Gülcan Demirtaş* Başvurusu, Başvuru No: 2017/18196, Karar Tarihi: 16.09.2020; *B.P.O.* Başvurusu, Başvuru No: 2015/19012, Karar Tarihi: 27.03.2019; *Ahmet Acartürk* Başvurusu, Başvuru No: 2013/2084, Karar Tarihi: 15.10.2015.

¹²⁵ *Egeçep Derneği* Başvurusu, Başvuru No: 2015/17415, Karar Tarihi: 17.04.2019; *Öznur Çiçek Bildik* Başvurusu, Başvuru No: 2013/6595, Karar Tarihi: 21.04.2016; *Gülcan Tutkun Berk* Başvurusu, Başvuru No: 2015/2334, Karar Tarihi: 29.11.2018.

¹²⁶ *Turgay Gökkoyun* Başvurusu, Başvuru No: 2018/11320, Karar Tarihi: 18.06.2020; *Işıl Yaykır* Başvurusu, Başvuru No: 2013/2284, Karar Tarihi: 15.04.2014.

mektedir.¹²⁷ İlaveten cinsel yaşam ile ilgili gelişmeler ile kişinin kendi tercihleri doğrultusunda cinsel kimliğini belirleyebilmesi, cinsiyet değişikliği gibi durumlar da anayasal temelini 17. maddede bulmaktadır.¹²⁸ Bu çerçevede AYM, 2014 yılında verdiği bir kararla cinsel kimliğe ilişkin olarak temel bir değişikliğe neden olmuştur. 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun (TMK) o dönem yürürlükte bulunan 40. maddesine göre cinsiyet değiştirmek için “*üreme yeteneğinden sürekli biçimde yoksun bulunduğunu*” resmi sağlık kurulu raporuyla belgelemek şartı aranmaktaydı. Ancak AYM, somut norm denetimiyle önüne gelen 40. maddedeki bu ibareyi Anayasa'nın 17. maddesine aykırı bularak iptal etmiştir.¹²⁹ Kuşkusuz bu kararı, özel yaşama saygı hakkına yönelen sürekli bir ihlalin ortadan kaldırılması olarak görmek gerekmektedir. Bu bağlamda AYM, henüz TMK 40. maddedeki ibare iptal edilmeden önce cinsiyet değiştirme başvurusu reddedilen bir kişinin yaptığı bireysel başvuruyu incelemiş ve kişinin cinsiyet değiştirmesine izin verilmemesiyle Anayasa'nın 17. maddesinde güvence altına alınan maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkının ihlal edildiğine de karar vermiştir.¹³⁰ Kadının soyadı konusu ise 17. maddeye ilişkin olarak Türk hukukunda değinilmesi gereken önemli ve tartışmalı bir konudur. Bilindiği üzere, TMK'nın 187. maddesine göre, kadın evlenince kocasının soyadını almak durumundadır. Konuyla ilgili olarak AYM, AİHS'in 8. maddesi ve AİHM'in içtihatları ile TMK'nın 187. maddesi arasında bir çatışma olduğunu ve bu çatışmanın Anayasa'nın 90. maddesine atıfta bulunarak, AİHS hükümlerinin ve AİHM içtihatlarının uygulanması yönünde çözümlenmesi gerektiğini belirtmiştir.¹³¹ Böylelikle AYM, TMK'nın kadının evlendiği erkeğin soyadını almasına ilişkin hükmünü adeta ihmal etmiştir.¹³² Ancak AYM'nin ihlali ortadan kaldırmak için izlediği yol yeniden yargılama yapılması yönünde karar vermek olmuştur. Bu yüzden söz konusu karar sadece bireysel bir etki doğurmuş, TMK hükmü yürürlükte kalmaya devam etmiştir.¹³³

¹²⁷ *Ebru Bilgin* Başvurusu, 2014/7998, Karar Tarihi: 19.07.2018.

¹²⁸ *Mustafa Vural* Başvurusu, Başvuru No: 2015/18609, Karar Tarihi: 11.09.2019; *M.K.* Başvurusu, Başvuru No: 2015/13077, Karar Tarihi: 12.06.2018.

¹²⁹ AYM, E. 2017/130, K. 2017/165, 29.11.2017.

¹³⁰ *M. K.* Başvurusu, Başvuru No: 2015/13077, Karar Tarihi: 12.06.2018.

¹³¹ *Sevim Akat Ekşi* Başvurusu, Başvuru No: 2013/2187, Karar Tarihi: 19.12.2013.

¹³² Anayasa Mahkemesi'nin bu kararda sadece kanunilik unsurunu ön plana çıkararak, meselenin özünde yatan kadın-erkek eşitliğini ihmal ettiğini de söylemek mümkündür. Bu konuda detaylı bir analiz için bkz. Erkan DUYMAZ, “*Anayasa Mahkemesi'nin Soyadına İlişkin Kararları Üzerine Düşünceler*”, *Anayasa Hukuku Dergisi*, Cilt: 3, Sayı: 5, 2014, s. 49.

¹³³ Daha sonra yapılan Neşe Aslanbay Akbıyık başvurusunda da aynı gerekçelerle kadının önceki soyadını kullanmasının önünde bir engel olmadığı belirlenmiştir. *Neşe Aslanbay Akbıyık* Başvurusu, 2014/5836, Karar Tarihi: 16.04.2015.

Ancak her iki karar da bireysel sonuç doğurduğu için sorunun temelden bir çözümü sağlanamamıştır. Günümüzde hala kural olarak eşinin soyadını almakta olan kadın, daha sonra eski hale dönmek için yasal yolları tüketerek bireysel başvuru aşamasına erişmek durumundadır. Konuyla ilgili bir diğer

Anayasa'nın özel hayatın gizliliği başlığını taşıyan 20. maddesi ise özel hayata ilişkin ikili bir koruma getirmektedir. İlgili maddenin ilk cümlesi, herkesin aile ve özel hayata saygı gösterilmesini isteme hakkı olduğunu belirtmekte; ikinci cümlesi ile de özel hayat ve aile hayatının gizliliğine dokunulamayacağını hüküm altına almaktadır. Böylelikle Türk hukukunda hem özel hayata saygı gösterme hem de mahremiyet iki farklı kavram olarak ayrı güvence altına alınmış olmaktadır. Maddenin üçüncü fıkrası ise, uluslararası düzenlemelerde giderek ayrı bir hak kategorisi oluşturan başka boyuta işaret etmektedir. 2010 yılında maddeye eklenen 3. fıkra, kişisel verilerin korunmasını bir hak olarak düzenlemektedir.¹³⁴

AYM'nin özel hayatın gizliliğine ilişkin belli başlı kararları, iç hukuk açısından özel yaşam kavramının çerçevesini göstermek ve İHEB'in açtığı yolun izdüşümünü anlamak adına önem arz etmektedir. Bu bağlamda AYM öncelikle özel yaşamı;

“Özel hayat kavramı eksiksiz bir tanımı bulunmayan geniş bir kavram olup “bireyin kişiliğini geliştirmesi ve gerçekleştirilmesi” kavramı, özel hayata saygı hakkının kapsamının belirlenmesinde temel alınmaktadır. Bu yönü ile değerlendirildiğinde bahsi geçen hak, ilişki kurmak ve geliştirmek üzere çevresinde bulunanlarla temas kurma hakkını da içermektedir. Söz konusu olan kişilerin içine aile fertlerinin de dahil olduğunda kuşku bulunmamaktadır ve aile ilişkilerinin normal bir şekilde sürdürülebilmesi, aile fertlerinin birbiriyle zaman geçirebilmesi de özel hayata saygı hakkının konusu kapsamındadır”.

biçiminde ele almaktadır.¹³⁵ Dolayısıyla AYM de AIHM gibi, özel yaşam kavramının bir tanımının yapılmasının mümkün olmadığını düşünmektedir. Bu kavramın ise bir yanıyla istenmeyen müdahalelerden uzak bir özel alanı, diğer yanıyla ise bireyin sosyal bir hayat sürdürebileceği alanı karşıladığını dile getirmektedir.¹³⁶ Çerçevesi bu biçimde çizilen özel yaşam kavramına tutuklu hakları perspektifinden de bakan AYM, tutuklu başvurucunun kendisine gönderilen ve kendisinin gönderdiği mektupların UYAP sisteminde taranması durumunu özel hayatın gizliliği ve haberleşme özgürlüğü bağlamında incelemiş ve mahremiyete bir müdahale olarak değerlendirmiştir.¹³⁷ Bir başka değerlendirmesinde ise çevreye ilişkin olarak gerçekleşen ihlalleri de özel hayata saygı hakkının kapsamında

karar olarak: *Gülsim Genç* Başvurusu, 2013/4439, Karar Tarihi: 06/03/2014.

Detaylı bilgi için bkz. Serap HELVACI, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin ve Anayasa Mahkemesinin Kararları Işığında Evli Kadının Soyadı”, *Public and Private International Law Bulletin*, C. 35, S. 1, Yıl: 2015.

¹³⁴ Detaylı bilgi için bkz. KAMA IŞIK, 2020.

¹³⁵ *Taner Alır* Başvurusu, Başvuru No: 2014/14400, Karar Tarihi: 21/11/2017, para. 21.

¹³⁶ *Serap Tortuk* Başvurusu, Başvuru No: 2013/ 9660, Karar Tarihi: 21.01.2015.

¹³⁷ *Kemal Karanfil* Başvurusu, para. 75, Başvuru No: 2017/24776, Karar Tarihi: 24.05.2018.

incelemiştir. Somut olay özelinde AYM, belediye tarafından herhangi bir arıtım yapılmaksızın kanalizasyonun akarsuya dökülmesinin su kirliliğine neden olması hususunu özel hayata ve aile hayatına saygı hakkı kapsamında gördüğünü belirtmiştir.¹³⁸ Mahkeme bir başka kararında da kişinin zihinsel ve ruhsal bütünlüğünü, cinsel kimliği ile kişisel gelişimini ve özellikle 20. maddenin üçüncü fıkrası bağlamında kişisel verilerini de özel yaşam kapsamında değerlendirmiştir.¹³⁹

AYM konut dokunulmazlığına ilişkin kararlarında konut kavramını özel yaşamın geliştirildiği yer olarak tanımlamaktadır. Bu bağlamda Mahkeme, konuta dair komşuluk kaynaklı ya da çevresel müdahaleleri¹⁴⁰ ve konutta arama ve elkoyma¹⁴¹ konularını 21. madde bakımından değerlendirmektedir. Haberleşme özgürlüğü özelinde ise AYM, ceza infaz kurumlarındaki mektupların denetlenmesi,¹⁴² tutuklu veya hükümlünün avukatıyla telefonla görüşmesi,¹⁴³ iletişimin tespiti, denetlenmesi ve kayıtlar,¹⁴⁴ Bylock¹⁴⁵ gibi konuları genellikle Anayasa'nın 20. ve 22. maddeleriyle bağlantılı olarak ele almıştır. Son olarak aile hayatının korunmasının negatif yönünü düzenleyen 20. madde bakımından aile hayatına saygı yükümlülüğü ve bu kapsamda aile yaşamının temel unsuru olan aile ilişkilerinin normal bir şekilde gelişebilmesi ile aile fertlerinin birlikte yaşama hakkı da özel yaşam bağlamında değerlendirilmektedir.¹⁴⁶

Türkiye özelinde yukarıda aktarılan oldukça kısa bakış çerçevesinde görülmektedir ki AYM özel yaşamı, özellikle AİHM ile koşut bir anlayışla, tanımsız ve gittikçe genişleyen bir yapıda ele almaktadır. Anayasa'nın 20. maddesinde düzenlenen özel hayata saygı hakkı; mahremiyet, şeref ve itibarın korunması, ismin

¹³⁸ *Binali Özkaradeniz ve Diğerleri* Başvurusu, Başvuru No: 2014/4686, Karar Tarihi: 01.02.2018.

¹³⁹ *N. B. B.* Başvurusu, Başvuru No: 2013/5653, Karar Tarihi: 03.03.2016.

¹⁴⁰ *Gülcan Tutkun Berk* Başvurusu, Başvuru No: 2015/2334, Karar Tarihi: 29.11.2018; *Ahmet Bilgin ve Diğerleri* Başvurusu, Başvuru No: 2015/11709, Karar Tarihi: 12.12.2018.

¹⁴¹ *Ayşegül Çengel Kömür ve Diğerleri* Başvurusu, Başvuru No: 2016/56228/23.06.2020; *D.Ö.* Başvurusu, Başvuru No: 2015/4003, Karar Tarihi: 18.04.2019; *Alaaddin Akkaşoğlu ve Akis Yayıncılık San. ve Tic. A.Ş.* Başvurusu, Başvuru No: 2014/18247, Karar Tarihi: 20.12.2017.

¹⁴² *İrfan Kaplan* Başvurusu, Başvuru No: 2017/34518, Karar Tarihi: 23.06.2020; *Abdulkerim Terim ve Diğerleri* Başvurusu, Başvuru No: 2017/14279, Karar Tarihi: 10.03.2020; *Mustafa Baysal* Başvurusu, Başvuru No: 2016/58482, Karar Tarihi: 11.09.2019; *Deniz Şahin ve Suat İncedere* Başvurusu, Başvuru No: 2015/17260, Karar Tarihi: 19.09.2018; *Kamuran Reşit Bekir* Başvurusu, Başvuru No: 2014/20000, Karar Tarihi: 05.04.2017; *Ahmet Temiz* Başvurusu, Başvuru No: 2013/822, Karar Tarihi: 20.05.2015.

¹⁴³ *Sinan Gül* Başvurusu, Başvuru No: 2016/7628, Karar Tarihi: 27.02.2020.

¹⁴⁴ *Murat Haliç* Başvurusu, Başvuru No: 2017/24356, Karar Tarihi: 08.07.2020; *Ulvi Balcıoğlu* Başvurusu, Başvuru No: 2015/3175, Karar Tarihi: 10.10.2019; *Veysel Demirtaş* Başvurusu, Başvuru No: 2013/1222, Karar Tarihi: 20.04.2016; *Yasemin Çongar ve Diğerleri* Başvurusu, Başvuru No: 2013/7054, Karar Tarihi: 06.01.2015.

¹⁴⁵ *Bestami Eroğlu* Başvurusu, Başvuru No: 2018/23077, Karar Tarihi: 17.09.2020.

¹⁴⁶ *Figen Güneştaş ve Diğerleri* Başvurusu, Başvuru No: 2014/18376, Karar Tarihi: 26.10.2017; *Murat Atılğan* Başvurusu, Başvuru No: 2013/9047, Karar Tarihi: 07.05.2015.

ve kişinin kimliğinin korunması, sağlıklı bir çevrede yaşama hakkı ya da giderek gelişen bilişim teknolojilerinin bir getirisi olarak son fıkrasında ele aldığı kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına kadar geniş bir yelpazeyi, AYM içtihatları neticesinde içermektedir. Bu geniş çerçeveli kavram AİHS'in bu alandaki hemen her durumu 8. maddesi kapsamında değerlendirmesinden farklı olarak AYM'de somut olayın bağlamına göre Anayasa'nın 17. maddesindeki kişi dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığı ile incelenebilmektedir. Yine bu bağlamda özel hayata ilişkin iddialarla birlikte Anayasa'nın 21. maddesindeki konut dokunulmazlığı ve 22. maddesindeki haberleşme hürriyeti de AYM'nin değerlendirmesi kapsamındadır. Kuşkusuz özel yaşamın doktrindeki tüm bu genişleyen yorumunun temeli, İHEB'in ortaya koyduğu şemsiye (kapsayıcı) hak anlayışıdır.

SONUÇ

Temel hak ve özgürlükler genel olarak öncelikle devletlerin anayasalarında mevcut olup zamanla olgunlaşarak kendilerine uluslararası alanda yer bulurlar. Oysa özel yaşamın korunmasında, bu genel durumun aksine, öncelikle uluslararası alanda koruma bulan hak devamında anayasal olarak da devletlerin iç hukukunda korunmaya başlanmıştır.¹⁴⁷ Bu bağlamda ilk olarak belirtilmelidir ki özel yaşam hakkı için İHEB'in sistematığı daha en başından uluslararası bir korumayı ulusal korumanın önüne geçirmiştir.

İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin hazırlık çalışmaları özelinde iki nokta dikkat çekmektedir. Bunlardan ilkinde göre, Bildirge'nin ilk taslağı olan Uluslararası Haklar Sözleşmesi'nde özel yaşama ilişkin hakların garanti altına alınmasının, Sözleşme'deki diğer tüm hakların garantisi için şart olduğu ifade edilmiştir. Bunun yanı sıra, özel yaşamın bir şemsiye (kapsayıcı) terim olarak Bildirge'deki madde metninde yer alması kararlaştırılmıştır. Dolayısıyla Bildirge'nin 12. maddesinin mihenk noktası "özel yaşam" kavramıdır.

Bu husus oldukça önemlidir. İHEB'den sonra gelen tüm insan hakları belge ve içtihatlarında bu ön kabulün bir yansıması olmuş ve hakkın gelişimi daha da kapsayıcı bir yöne evrilmiştir. Bilindiği üzere, Karel Vasak insan haklarını sınıflandırmak için hakların tarih sahnesine çıkışını esas almaktadır.¹⁴⁸ Bu bağlamda her dönemin insan onuruna yönelttiği tehditler farklılaşmakta ve insan hakları çeşitlenmektedir. Bu önermenin yerindeliğini ortaya koymak için ise daha İHEB hazırlık çalışmalarında şemsiye (kapsayıcı) bir hak olarak kabul edilen özel yaşam oldukça yerinde bir örnektir.

¹⁴⁷ DIGGELMANN, CLEIS, s. 442.

¹⁴⁸ Karel VASAK, *Human Rights: A Thirty-Year Struggle: the Sustained Efforts to give Force of law to the Universal Declaration of Human Rights*, United Nations Educational, Scientific, and Cultural Organization, November 1977, s. 29.

Yukarıda görüldüğü üzere, İHEB sonrası evrensel bir düzenleme olan Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi nezdinde ve İnsan Hakları Komitesi'nin temel içtihatları doğrultusunda özel yaşam, cinsel kimlik, cinsel yönelim ve cinsel hayat ile kişinin ismi, kişinin ismini seçmesi ve değiştirmesi, tutuklu ve hükümlülerin haberleşmesi gibi kavramları içerisine almaktadır. Öte yandan bölgesel bir belge olan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. maddesinde yer alan özel yaşamın kapsamı ise Sözleşme'nin yaşayan bir belge olmasından kaynaklı olarak günden güne genişlemekte ve şemsiye (kapsayıcı) bir hak olmasının hakkını vermektedir. Bu çerçevede AIHM, isim, soy isim, özel ilişki kurulabilen meslek yaşamı, takip cihazları ile izleme, tıbbi müdahale, ötanazi, üreme, kadına/ çocuğa/ engelliye/ yaşlıya karşı şiddet, çevresel kirlilik, cinsel kimlik gibi önemli başlıkları özel yaşam çerçevesinde ele almaktadır. Ayrıca günümüz bilişim teknolojilerinde yaşanan gelişmelerin etkisi ile kişisel verilerin korunması hakkı, unutulma hakkı gibi hakların da özel yaşam bünyesinde doğmasına sebep olmuş ve olmaya devam edecektir.

Bildirge'nin açtığı bu yolda, Türk hukukundaki gelişim de çok farklı olmamıştır. 1982 Anayasası her ne kadar İHEB'in 12. maddesinde korunan hakları birden çok maddede ele alsada esas olarak Anayasa Mahkemesi'nin özellikle kişinin fiziksel ve ruhsal bütünlüğü, isim, cinsel kimlik, tıbbi müdahale, şiddet, mobbing, mesleki faaliyetler, çevre kirliliği, kişisel veriler, kişisel gelişim gibi başlıkları özel yaşam çerçevesinde değerlendirdiği görülmektedir.

Yukarıda aktarılanlar ışığında görülmektedir ki Bildirge'nin 12. maddesi evrensel, bölgesel ve yerel düzlemde özel yaşam gibi bir kavramın devinim içinde mütemadi bir gelişim göstermesine yol açmıştır. Dolayısıyla denilebilir ki, günümüzde bilişim teknolojilerindeki gelişmelerin insan hakları teorisindeki yansıma ve korumasının özel yaşam çerçevesinde mümkün olabilmesi dahi, Bildirge'nin evrensel düzlemde yarattığı etkinin önemini ortaya koymaktadır.

KAYNAKÇA

- ARSLAN ÖNCÜ, Gülay, “Özel Yaşama ve Aile Yaşamına Saygı Hakkı”, in, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa*, Sibel İNCEOĞLU (Ed.), 2. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2013.
- ARSLAN ÖNCÜ, Gülay, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Özel Yaşamın Korunması Hakkı*, Beta, 2011.
- BENNETT, Colin J., Charles D. RAAB, *The Governance of Privacy: Policy Instruments in Global Perspective*, The MIT Press, 2006.
- Commission on Human Rights Drafting Committee, Australia: Draft of Additional Articles for the Draft International Covenant on Human Rights, 06.05.1948, E/CN.4/AC.1/21, http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=E/CN.4/AC.1/21, Erişim Tarihi: 05.10.2021.
- Commission on Human Rights Drafting Committee, Report of the Drafting Committee the Commission on Human Rights, 21.05.1948, E/CN.4/95, http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=E/CN.4/95, Erişim Tarihi: 09.09.2021.
- Commission on Human Rights, 2nd. Session, Summary Record of the 28th Meeting, 4 December 1947, E/CN.4/SR/28.
- Commission on Human Rights, Comments of Governments on the Draft International Covenant on Human Rights and Measures of Implementation, 16.01.1950, E/CN.4/353/Add.3.
- Commission on Human Rights, Report of the Ninth Session, 7 April to 30 May 1953, Economic and Social Council Official Records, 16th Session, Supplement No: 8, New York, s. 8, https://uvallsc.s3.amazonaws.com/travaux/s3fs-public/E-2447__E-CN_4-689.pdf, Erişim Tarihi: 18.09.2021.
- Commission on Human Rights, Report to the Economic and Social Council on the Second Session of the Commission, UN Economic and Social Council Official Records, Third Year, Sixth Session, Supplement No: 1, Document E/600, 17.12.1948, Lake Success, New York, [http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=E/600\(SUPP\)](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=E/600(SUPP)), Erişim Tarihi: 09.09.2021.
- Commission on Human Rights, Third Session, Summary Record of the Fifty-Fifth Meeting, 02.06.1948, Lake Success, New York, E/CN.4/SR.55, 15.06.1948, http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=E/CN.4/SR.55, Erişim Tarihi: 12.09.2021.
- DIGGELMANN, Oliver, Maria Nicole CLEIS, “How the Right to Privacy Became a Human Right”, *Human Rights Law Review*, Vol. 14, Y: 2014, ss. 441- 458.
- DOSWALD-BECK, Louise, “The Meaning of the ‘Right to Respect for Private Life’ under the European Convention on Human Rights”, *Human Rights Law Journal*, Vol. 4, No: 3, ss. 283- 309.
- Drafting Committee on an International Bill of Human Rights, Report on its 1st Session, 01.07.1947, E/CN.4/21, http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=E/CN.4/21, Erişim Tarihi: 05.08.2021.

- Drafting Committee on an International Bill of Human Rights, Report on its 1st Session, 01.07.1947, E/CN.4/21, http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=E/CN.4/21, Erişim Tarihi: 18.09.2021.
- Drafting of the Universal Declaration of Human Rights, Third Session - 3rd Committee, <https://research.un.org/en/undhr/ga/thirdcommittee>, Erişim Tarihi: 14.09.2021.
- DUYMAZ, Erkan, “*Anayasa Mahkemesi’nin Soyadına İlişkin Kararları Üzerine Düşünceler*”, *Anayasa Hukuku Dergisi*, Cilt: 3, Sayı: 5, 2014, s. 37- 52.
- FUSTER, Gloria Gonzales, *The Emergence of Personal Data Protection as a Fundamental Right of the EU*, Law, Governance and Technology Series 16, Springer International Publishing, 2014.
- Genel Yorum No: 16, Lema UYAR (Der. ve çev.), *Birleşmiş Milletler’de İnsan Hakları Yorumları: İnsan Hakları Komitesi ve Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi 1981-2006*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2006, ss. 33-36.
- General Assembly, Resolution 2200(XXI)- International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, International Covenant on Civil and Political Rights and Optional Protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights, 16.12.1966, A/RES/21/2200, <http://www.un-documents.net/a21r2200.htm>, Erişim Tarihi: 22.09.2021.
- Guide on Article 8 of the Convention - Right to Respect for Private and Family Life, Council of Europe, 2018, s. 18.
- HARRIS, David, Michael O’BOYLE, Colin WARBRICK, *Law of the European Convention on Human Rights*, 2nd Ed., Oxford University Press, 2009.
- HELVACI, Serap, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin ve Anayasa Mahkemesinin Kararları Işığında Evli Kadının Soyadı”, *Public and Private International Law Bulletin*, C. 35, S. 1, Yıl: 2015, ss. 157- 169.
- HUMPHREY, John P., “The Memoirs of John P. Humphrey, the First Director of the United Nations Division of Human Rights”, *Human Rights Quarterly*, Vol. 5, S. 4., 1983, ss. 387-439.
- IŞIK KAMA, Sezen *Avrupa Veri Koruma Hukukuna Anayasal Bir Bakış*, On İki Levha Yayınları, 2020.
- KILINÇ, Ümit, “*İsim ve Soyisim Hakkının Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Korunması*”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı: 89, 2010, s. 255.
- MACDONALD, R. ST. J., “*Leadership in Law: John P. HUMPHREY and the Development of the International Law of Human Rights*”, *Canadian Yearbook of International Law*, 1992, S. 29, ss. 3-91.
- OVEY, Clare, Robin WHITE, *European Convention on Human Rights*, 3rd Ed., Oxford University Press, 2002.
- PROSSER, William L., “Privacy”, *California Law Review*, Vol. 48, Y: 1960, No: 3, ss. 383- 423.

- PROST, Antoine, “Özel Hayatın Sınırları ve Alanları”, *Özel Hayatın Tarihi 5- Birinci Dünya Savaşı'ndan Günümüze*, Haz. Philippe Ariés, Georges Duby, Çev. Şehsuvar Aktaş, Yapı Kredi Yayınları, 2010, ss. 13- 20.
- Report of the Working Group on the Declaration on Human Rights, E/CN.4/57, http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=E/CN.4/57, Erişim Tarihi: 09.09.2021.
- RICHARDSON, Megan, *The Right to Privacy Origins and Influence of Nineteenth- Century Idea*, Cambridge University Press, 2017.
- SALİHPAŞAOĞLU, Yaşar, “Özel Hayatın Kapsamı: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatları Işığında Bir Değerlendirme”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XVII, Y. 2013, Sa. 3, ss. 227- 266.
- SAUL, Ben, *The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights Travaux Préparatoires 1948- 1966*, Vol. I, Oxford University Press, 2016.
- SCHABAS, William A., *The Universal Declaration of Human Rights- The travaux préparatoires*, Volume 1 October 1946 to November 1947, Cambridge University Press, 2013.
- SCHOEMAN, Ferdinand David, *Privacy and Social Freedom*, Cambridge University Press, 2008.
- SOLOVE, Daniel J., Marc ROTENBERG, Paul M. SCHWARTZ, *Information Privacy Law*, New York, 2006.
- STIRN, Bernard, *Towards a European Public Law*, Oxford University Press, 2017.
- STRÖMHOLM, Stig, *Right of Privacy and Rights of the Personality- A Comparative Survey*, Working Paper prepared for the Nordic Conference on Privacy, International Commission of Jurists, Stockholm, May 1967.
- The U.S. Constitution and Other Key American Writings*, Canterbury Classics/ Baker& Taylor Publishing, 2015.
- Uluslararası Hukukçular Komisyonu (International Commission of Jurists), UNESCO International Social Science Journal, The Protection of Privacy, Vol. XXIV, No: 3, 1972.
- Uluslararası Hukukçular Komisyonu (International Commission of Jurists), “Conclusions of the Nordic Conference”, Mayıs 1967, Cenevre, <http://www.icj.org/wp-content/uploads/2013/06/Right-to-privacy-seminar-report-conclusions-1967-eng.pdf>, Erişim Tarihi: 11.12.2021.
- UN Economic and Social Council, Report of the Third Session of the Commission on Human Rights, 24.05- 28.06.1948, E/800, http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=E/800, Erişim Tarihi: 12.09.2021.
- UN General Assembly Resolution 2200 A (XXI) regarding International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/2200%28XXI%29&Lang=E&Area=RESOLUTION, Erişim Tarihi: 24.09.2021.

UN General Assembly, Report of the Third Committee- Third Session, Draft International Declaration of Human Rights, 07.12.1948, A/777, http://www.un.org/en/ga/secretary/view_doc.asp?symbol=A/777, Erişim Tarihi: 15.09.2021.

UN Secretary-General, Annotations on the Text of the Draft International Covenants on Human Rights, 1 July 1955, A/2929 at par. 99, <http://repository.un.org/handle/11176/302618>, Erişim Tarihi: 05.08.2021.

UN Secretary-General, Annotations on the Text of the Draft International Covenants on Human Rights, 01.07.1955, A/2929, <http://repository.un.org/handle/11176/302618>, Erişim Tarihi: 24.09.2021.

UN Secretary-General, Annotations on the Text of the Draft International Covenants on Human Rights, 01.07.1955, A/2929, <http://repository.un.org/handle/11176/302618>, Erişim Tarihi: 24.09.2021.

UZELTÜRK, Sultan, *1982 Anayasası ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'ne Göre Özel Hayatın Gizliliği Hakkı*, 2004.

VASAK, Karel, *Human Rights: A Thirty-Year Struggle: the Sustained Efforts to give Force of law to the Universal Declaration of Human Rights*, United Nations Educational, Scientific, and Cultural Organization, November 1977.

WARREN, Samuel, Louis BRANDEIS, "The Right to Privacy", *Harvard Law Review*, Vol. 4, No: 5, 1890, ss. 193- 220.

Mahkeme Kararları

Felix c. O'Connell, Seine Hukuk Mahkemesi, 16.6.1858,

Griswold v. Connecticut, 381 U.S. 479 (1965), <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/381/479/>, Erişim Tarihi: 21.11.2021.

Prince Albert v. Strange, High Court of Chancery, (1849) 1 Mac & G 25, [1849] EWHC Ch J20, 41 ER 1171, (1849) 18 LJ Ch 120, <http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Ch/1849/J20.html>, Erişim Tarihi: 18.04.2021.

Benjamin Ngambi and Marie-Louise Nébol v. France, Com. No: 1179/2003, 09.07.2004, <https://www.refworld.org/cases,HRC,4162a5a46.html>, Erişim Tarihi: 18.04.2021.

Coeriel et. al. v. Netherlands, Com. No: 453/991, 31.10.1994, <http://hrlibrary.umn.edu/undocs/html/vws453.htm>, Erişim Tarihi: 26.09.2021.

Hamida v. Canada, Com. No: 1544/2007, 11.05.2010, <https://www.refworld.org/cases,HRC,4c19d74b2.html>, Erişim Tarihi: 18.04.2021.

Hopu and Bessert v. France, Com. No: 549/1993, 30.10.1995, http://www.bayefsky.com/html/125_france549adm.php, Erişim Tarihi: 27.09.2021.

Ioane Teitiota v. New Zealand, Com. No: 2728/2016, 07.01.2020, <https://www.refworld.org/cases,HRC,5e26f7134.html>, Erişim Tarihi: 18.04.2021.

Larry James Pinkney v. Canada, Com. No: 27/1978, 29.10.1981, <http://hrlibrary.umn.edu/undocs/newscans/27-1978.html>, Erişim Tarihi: 27.09.2021.

Nicholas Toonen v. Australia, Com. No: 488/1992, 31.03.1994, <https://www.ohchr.org/Documents/Publications/SDecisionsVol5en.pdf>, Erişim Tarihi: 26.09.2021.

- Nimo Mohamed Aden and Liba Muhammed Hassan v. Denmark*, Com. No: 2531/2015, 20.12.2019.
- Rafael Armando Rojas Garcia v. Colombia*, Com. No: 687/1996, 03.04.2001, <http://hrlibrary.umn.edu/undocs/687-1996.html>, Erişim Tarihi: 28.09.2021.
- Amann v. Switzerland*, Application No: 27798/95, 16.02.2000, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58497>, Erişim Tarihi: 18.10.2021.
- Bensaid v. United Kingdom*, Application No: 44599/98, 06.05.2011, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-59206>, Erişim Tarihi: 29.09.2021.
- Bulgakov v. Ukraine*, Application No: 59894/00, 31.03.2008, <http://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=001-82241&filename=001-82241.pdf>, Erişim Tarihi: 28.04.2021.
- Campbell v. The United Kingdom*, Application No: 13590/88, 25.04.1992, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57771>, Erişim Tarihi: 27.04.2021.
- Chapman v. The United Kingdom*, Application No: 27238/95, 18.01.2001, <https://www.eschr-net.org/caselaw/2008/chapman-v-united-kingdom-application-no-2723895>, Erişim Tarihi: 26.04.2021.
- Chauvy and Others v. France*, Application No: 64915/01, 29.09.2004, <http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-61861>, Erişim Tarihi: 26.04.2021.
- Copland v. The United Kingdom*, Application No: 62617/00, 03.07.2007, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-79996>, Erişim Tarihi: 29.05.2021.
- Dudgeon v. The United Kingdom*, Application No: 7525/78, 22.10.1981, <https://www.bailii.org/eu/cases/ECHR/1981/5.html>, Erişim Tarihi: 16.03.2021.
- Ebcin v. Turkey*, Application No: 19506/05, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-103143>, Erişim Tarihi: 28.04.2021.
- Evans v. The United Kingdom*, Application No: 6339/05, 10.04.2007, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-80046>, Erişim Tarihi: 30.03.2021.
- Glass v. The United Kingdom*, Application No: 61827/00, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-61663>, Erişim Tarihi: 28.04.2021.
- Guerra and Others v. Italy*, Application No: 14967/89, 19.02.1998, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58135>, Erişim Tarihi: 30.04.2021.
- Johansson v. Finland*, Application No: 10163/2, 06.12.2007, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-82198>, Erişim Tarihi: 28.04.2021.
- Juhnke v. Turkey*, Application No: 52515/99, 13.05.2008, <https://www.bailii.org/eu/cases/ECHR/2008/379.html>, Erişim Tarihi: 30.04.2021.
- K. and T. v. Finland*, Application No: 25702/94, 12.07.2001, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58576>, Erişim Tarihi: 28.04.2021.
- Klass and Others v. Germany*, Application No: 5029/71, 06.09.1978, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57510>, Erişim Tarihi: 29.04.2021.
- Leander v. Sweden*, Application No: 9248/81, 26.03.1987, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57519>, Erişim Tarihi: 06.10.2021.

- Leempoel & SA. ED. *Cine Revue c. Belgique*, Requête no: 09.02.2007, <http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-77921>, Erişim Tarihi: 28.04.2021.
- Lopez Ostra v. Spain*, Appl. No: 16798/90, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57905>, Erişim Tarihi: 27.04.2021.
- M.L. and W.W. v. Germany*, Application No: 60798/10& 65599/10, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-183947>, Erişim Tarihi: 27.04.2021.
- Malone v. The United Kingdom*, Application No: 8691/79, 02.08.1984, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57533>, Erişim Tarihi: 30.04.2021.
- Niemietz v. Germany*, Application No: 13710/88, 16.12.1992, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57887>, Erişim Tarihi: 29.09.2021.
- Norris v. Ireland*, Application No: 10581/83, 26.10.1988, <http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-57547>, Erişim Tarihi: 26.04.2021.
- P.G. and J.H. v. The United Kingdom*, Application No: 44787/98, 25.12.2001, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-59665>, Erişim Tarihi: 02.11.2021.
- Peck v. The United Kingdom*, Application No: 44647/98, 28.04.2003, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-60898>, Erişim Tarihi: 28.05.2021;
- Perry v. The United Kingdom*, Application No: 63737/00, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-61228>, Erişim Tarihi: 29.05.2021.
- Pretty v. United Kingdom*, Application No: 2346/02, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-60448>, Erişim Tarihi: 27.04.2021.
- Reklos and Davourlis v. Greece*, Application No: 1234/05, 15.04.2009, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-90617>, Erişim Tarihi: 30.03.2021.
- Rotaru v. Romania*, Application No: 28341/95, 04.05.2000, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58586>, Erişim Tarihi: 19.10.2021.
- S. and Marper v. The United Kingdom*, Application No: 30562/04& 30566/04, 04.12.2008, <http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-90051>, Erişim Tarihi: 27.04.2021.
- S. H. and Others v. Austria*, Application No: 57813/00, 03.11.2011.
- Stjerna v. Finland*, Application No: 18131/91, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57912>, Erişim Tarihi: 27.04.2021.
- Stübing v. Germany*, Application No: 43547/08, 12.04.2012, <http://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=001-110314&filename=001-110314.pdf&TID=hhtwxvrdyv>, Erişim Tarihi: 16.03.2021.
- Ünal Tekeli v. Turkey*, Application No: 29865/96, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-67482>, Erişim Tarihi: 27.04.2021.
- Van Kück v. Germany*, Application No: 35968/97, 12.06.2003, https://www.hrw.org/legacy/lgbt/pdf/van_kuck.pdf, Erişim Tarihi: 01.05.2021.
- Von Hannover v. Germany*, Application No: 59320/00, 24.09.2004, <http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-61853>, Erişim Tarihi: 28.04.2021.
- X v. Iceland*, Application No: 6825/74, 18.05.1976, <http://echr.ketse.com/doc/6825.74-en-19760518/i>, Erişim Tarihi: 28.09.2021.

- X, Y and Z v. The United Kingdom*, Application No: 21830/93, 22.04.1997.
- Y.F. and Turkey*, Application No: 24209/94, 22.10.2003, Erişim Tarihi: 30.04.2021.
- Abdulkerim Terim ve Diğerleri* Başvurusu, Başvuru No: 2017/14279, Karar Tarihi: 10.03.2020.
- Ahmet Acartürk* Başvurusu, Başvuru No: 2013/2084, Karar Tarihi: 15.10.2015.
- Ahmet Bilgin ve Diğerleri* Başvurusu, Başvuru No: 2015/11709, Karar Tarihi: 12.12.2018.
- Ahmet Temiz* Başvurusu, Başvuru No: 2013/822, Karar Tarihi: 20.05.2015.
- Alaaddin Akkaşoğlu ve Akis Yayıncılık San. ve Tic. A.Ş.* Başvurusu, Başvuru No: 2014/18247, Karar Tarihi: 20.12.2017.
- AYM, E. 2017/130, K. 2017/165, 29.11.2017.
- AYM, E. 2016/141, K. 2018/27, 28.02.2018.
- Ayşegül Çengel Kömür ve Diğerleri* Başvurusu, Başvuru No: 2016/56228/23.06.2020.
- B.P.O.* Başvurusu, Başvuru No: 2015/19012, Karar Tarihi: 27.03.2019.
- B.U.* Başvurusu, Başvuru No: 2013/2414, Karar Tarihi: 06.01.2016.
- Bestami Eroğlu* Başvurusu, Başvuru No: 2018/23077, Karar Tarihi: 17.09.2020.
- Binali Özkaradeniz ve Diğerleri* Başvurusu, Başvuru No: 2014/4686, Karar Tarihi: 01.02.2018.
- Cemal Duğan* Başvurusu, Başvuru No: 2014/19308, Karar Tarihi: 15.02.2017.
- D.Ö.* Başvurusu, Başvuru No: 2015/4003, Karar Tarihi: 18.04.2019.
- Deniz Şahin ve Suat İncedere* Başvurusu, Başvuru No: 2015/17260, Karar Tarihi: 19.09.2018.
- Dilek Tsakırdıs* Başvurusu, Başvuru No: 2018/35068, Karar Tarihi: 09.06.2020.
- Ebru Bilgin* Başvurusu, 2014/7998, Karar Tarihi: 19.07.2018.
- Egeçep Derneği* Başvurusu, Başvuru No: 2015/17415, Karar Tarihi: 17.04.2019.
- Figen Güneştaş ve Diğerleri* Başvurusu, Başvuru No: 2014/18376, Karar Tarihi: 26.10.2017;
- Gülcan Tutkun Berk* Başvurusu, Başvuru No: 2015/2334, Karar Tarihi: 29.11.2018.
- Işıl Yaykır* Başvurusu, Başvuru No: 2013/2284, Karar Tarihi: 15.04.2014.
- İrfan Kaplan* Başvurusu, Başvuru No: 2017/34518, Karar Tarihi: 23.06.2020.
- Kamuran Reşit Bekir* Başvurusu, Başvuru No: 2014/20000, Karar Tarihi: 05.04.2017.
- Kemal Demirtaş ve Gülcan Demirtaş* Başvurusu, Başvuru No: 2017/18196, Karar Tarihi: 16.09.2020.
- Kemal Karanfil* Başvurusu, Başvuru No: 2017/24776, Karar Tarihi: 24.05.2018.
- M.K.* Başvurusu, Başvuru No: 2015/13077, Karar Tarihi: 12.06.2018.
- Murat Atılğan* Başvurusu, Başvuru No: 2013/9047, Karar Tarihi: 07.05.2015.
- Murat Haliç* Başvurusu, Başvuru No: 2017/24356, Karar Tarihi: 08.07.2020.
- Mustafa Baysal* Başvurusu, Başvuru No: 2016/58482, Karar Tarihi: 11.09.2019.

- Mustafa Vural* Başvurusu, Başvuru No: 2015/18609, Karar Tarihi: 11.09.2019.
- N. B. B.* Başvurusu, Başvuru No: 2013/5653, Karar Tarihi: 03.03.2016.
- N.Ö.* Başvurusu, Başvuru No: 2014/19725, Karar Tarihi: 19.11.2015.
- Neşe Aslanbay Akbıyık* Başvurusu, 2014/5836, Karar Tarihi: 16.04.2015.
- Öznur Çiçek Bildik* Başvurusu, Başvuru No: 2013/6595, Karar Tarihi: 21.04.2016.
- Serap Tortuk* Başvurusu, Başvuru No: 2013/ 9660, Karar Tarihi: 21.01.2015.
- Sevim Akat Ekşi* Başvurusu, Başvuru No: 2013/2187, Karar Tarihi: 19.12.2013.
- Sinan Gül* Başvurusu, Başvuru No: 2016/7628, Karar Tarihi: 27.02.2020.
- Taner Alır* Başvurusu, Başvuru No: 2014/14400, Karar Tarihi: 21/11/2017.
- Turgay Gökkoyun* Başvurusu, Başvuru No: 2018/11320, Karar Tarihi: 18.06.2020.
- Turgay Karaca* Başvurusu, Başvuru No: 2018/34343, Karar Tarihi: 27.01.2021.
- Ulvi Balcıoğlu* Başvurusu, Başvuru No: 2015/3175, Karar Tarihi: 10.10.2019.
- Veysel Demirtaş* Başvurusu, Başvuru No: 2013/1222, Karar Tarihi: 20.04.2016.
- Yasemin Çongar ve Diğerleri* Başvurusu, Başvuru No: 2013/7054, Karar Tarihi: 06.01.2015.



Anayasayı Değişirme İktidarının Sınırları ve Meşruluğu Sorunu: Türkiye Özelinde Bir İnceleme^(*)

The Problem of Limits and Legitimacy of the Power to Amend the Constitution: A Study Specific to Turkey

Dr. Öğr. Üyesi Semih Batur KAYA^(**)

Öz

Bu çalışmada hukukun ilkelerini ve iktidarın kaynağını yok sayan bir anlayışla şekil verilmiş kurucu iktidar anlayışının tersine, demokratik bir hukuk devletinin gereği olarak halkın tasdikine dayanan bir meşruiyete sahip her hukuk metninin yine demokratik bir hukuk düzeni içerisinde gerçekleştirilmesinin mümkün ve yerinde olduğu açıklanmaya çalışılmaktadır. Bu bağlamda kurucu iktidar-türev kurucu iktidar klasik ayrımından hareketle anayasanın değiştirilmesi, yeniden yapılması ve mevcut anayasalardaki değiştirme yasağı hususları çerçevesinde “kurucu iktidar” kavramı olması gereken hukuk bakımından ele alınmaktadır. Bu doğrultuda makalede önce kurucu iktidarın anayasacılık bakımından bir analizi sunulmaktadır. Ardından bir hukuki fenomen olarak kurucu iktidar derinlemesine incelenmektedir. Son olarak Türkiye için kurucu iktidar kavramı analitik bir yaklaşımla ele alınmaktadır. Böylece Türkiye özelinde çeşitli çıkarımlara ulaşılmaktadır.

Anahtar Kelimeler

Kurucu İktidar, Değiştirilemez Hükümler, Yeni Anayasa Yapımı, Meşru Anayasa, Anayasa Yapma Sınırları.

Abstract

In this study, it is tried to explain that, contrary to the understanding of founding power, which is shaped with an understanding that ignores or ignores the principles of law and the source of power, it is possible and appropriate for every legal text that has a legitimacy based on the approval of the people as a requirement of a democratic rule of law. In this context, based on the classical distinction between founding power and derivative founding power, the concept of “constituent power” is discussed in terms of law, which should be within the framework of the amendment and reconstruction of the constitution and the prohibition of change in the existing constitutions. In this direction, the article first presents an analysis of the founding power in terms of constitutionalism. Then, constituent power as a legal phenomenon is examined in depth. Finally, the concept of founding power for Turkey is discussed with an analytical approach. Thus, various inferences are reached for Turkey.

Keywords

Constituent Power, Unchangeable Provisions, Making a New Constitution, Legitimate Constitution, Constitutional Limits.

^(*) Araştırma Makalesi / [Makale Geliş Tarihi](#): 15.02.2022 - [Makale Kabul Tarihi](#): 19.05.2022

^(**) Trabzon Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku Anabilim Dalı, Trabzon - Türkiye
[E-posta](mailto:drsemihbatur@gmail.com): drsemihbatur@gmail.com
[Orcid No](https://orcid.org/0000-0001-5888-1750): <https://orcid.org/0000-0001-5888-1750>

GİRİŞ

Bu çalışmada aşağıda genel kapsamıyla zikrettiğimiz şu üç hususu netleştirme gayretinde olacağız:

- a. İlk olarak kurucu iktidarın niteliği ya da mahiyetini ele alacak ve bu bağlamda ortaya konulan görüşleri irdelleyeceğiz. Öteden beri kurucu iktidarın eylem temelli (de facto) bir güç olduğu yönünde görüşler ortaya konulmakta, kayıt ve şarta bağlanmayan ve sınırsız bir güç olarak kabul edilmektedir. Böyle olunca, kurucu iktidar, hiçbir hukuki esas ve usule tabi tutulamayan hukuk dışı, tamamıyla *de facto* bir güç olmaktadır. Yeri gelmişken hemen belirtelim ki bu görüşe katılmamakta, hatta tamamen tersini savunmaktayız. Çünkü kurucu iktidarın eylem temelli değil, tersine anayasacılık ekseninde hak temelli (right-based) bir yaklaşımla ele alınması gerektiğini düşünüyoruz. Bu bağlamda kurucu iktidar bütünüyle hukuki (de jure) bir kavram olduğundan, doğal olarak hukuk dışında ve hukuka tahakküm eden bir güç değildir. Kurucu iktidar ontolojik meşruiyetini hukukun genel ilkelerinden almakta ve halkın tasdiğiyle bu meşruiyet tamamlanmaktadır.
- b. İkinci olarak kurucu iktidar klasik anlamıyla bir anayasa yapmak veya mevcut bir anayasada değişiklik yapmak iktidarı olarak ortaya konulabilir. Öğretide kurucu iktidarın bünyesinde biri anayasayı yapmak, diğeri ise anayasayı değiştirmek biçiminde bir farklılaşmaya gidildiği görülmektedir. Bu ayrıma uygun ve konuya ilişkin olarak Anayasa Mahkemesi de katılmaktadır.¹ Söz konusu ifadelerin son cümlesi hariç, bu ayrımın yerinde olmadığını, hatta yapay bir ayrım olarak öğretisel değeri dışında makul bir fikir olmadığını düşüncesindeyiz.
- c. Son olarak kurucu iktidar kavramından ne anlaşılması gerektiğini açıklayıp, demokratik bir kurucu iktidarın da değiştirilemez hükümler kısıtlamasına tabi olmaksızın yeni bir anayasa ihdas etmeye muktedir olduğunu ortaya koymaya çalışacağız. Ancak hemen belirtelim ki ülkemizde Anayasa Mahkemesi aksi görüştedir.²

¹ “Bir devletin hukuksal yapısının temelini oluşturan, ulus adına yetki kullanacak anayasal organları, yetkilerin sınırlarını ve birbirleriyle olan ilişkilerini belirleyen, hak ve özgürlükleri düzenleyen anayasayı yapma veya değiştirme işlevi asli ve tali kurucu iktidar işlevidir. Asli kurucu iktidar ülkenin siyasal rejiminde çeşitli etkenlere dayalı olarak ortaya çıkan kesintilerin ürettiği ve ortaya çıkış biçimi itibarıyla hukuksal çerçeve dışında yer alan, yeni hukuksal düzenin temel esaslarının ne olacağını belirleyen anayasa koyucu iradedir. Katılımcı, müzakereci ve uzlaşıcı esas alan demokratik ülkelerde asli kurucu iktidarın sahibi halktır.” E. 2008/16, K. 2008/116, K.T. 5.06.2008.

² “Anayasa’nın 175. maddesine göre kullanılacak Anayasa’yı değiştirme yetkisinin, hukuksal geçerlilik ve etkinlik kazanabilmesi için Anayasa’nın 4. maddesinde teklif edilemez olarak belirlenen hükümlere ilişkin olmaması, teklif ve oylama çoğunluğuna uyularak ve nihayetinde ivedi görüşme yasağı ihlal edilmeden kullanılmış olması gerekir. Teklif edilebilir olmayan bir Anayasa değişikliğinin 148. maddenin ikinci fıkrasında öngörülen teklif çoğunluğu koşulunu yerine getirmiş olması, hukuken ge-

Bu noktadan itibaren hukukun ilkelerini ve iktidarın kaynağını yok veya hiçe sayan bir anlayişla Şekil verilmiş kurucu iktidar anlayişının tersine, demokratik bir hukuk devletinin gereği olarak halkın tasdikine dayanan bir meşruiyete sahip her hukuk metninin yine demokratik bir hukuk dzenini içerisinde gerçekleştirilmesinin mümkün ve yerinde olduğu açıklanmaya çalışılmaktadır.

I. KURUCU İKTİDAR: ANAYASACILIK BAKIMINDAN BİR ANALİZ

A. ANAYASA VE ANAYASACILIK

Anayasa kavram olarak Latince “constitutio” teriminden türetilmiştir. Anayasa kavramını her ne kadar modern anlamıyla 18. yüzyıla birlikte gelişimini nihayetlendirmiş ve Batı dillerine aktarılmış olsa da bu kavram yerine her dönemde farklı terimler kullanılmıştır. 18. yüzyıl öncesi döneme tekabül eden erken dönemlerde anayasa kavramının özellikle siyasal iktidarın yapısal kurgusuna ve ayrıca kuvvetlerin yetki ve etki haritasına karşılık geldiğini belirtmek gerekir. Bu yüzden erken dönemlerde anayasa kavramını yerine kimi geleneksel ya da yazılı normların kullanıldığını görmekteyiz.³ Ancak hemen belirtelim ki, anayasa kavramının yapısal Şartları bu dönemde haklar Şartını karşılamıyordu. Anayasa kavramını daha ziyade; iktidarın sınırlandırılması anlayişı ile hak ve özgürlükleri güvenceye bağlayan normlar manzumesi yerine, siyasal toplumun örgütlenmesine ilişkin devresel normları karşılamaktadır.

Antik Yunan döneminde Aristoteles, Politika adlı yapıtında anayasanın bu yönüne işaret etmekteydi. Nitekim Aristoteles anayasa kavramını ile yönetim olgusunu birbirine özdeş kabul etmekte ve “Atina Anayasası” olarak çeşitli dillere

ersiz nitelikteki bir yasama tasarrufunun sırf sayısal çokluğun gücüyle etkin kılınmasının gereķesi olamaz. Zira kurulu iktidar olan yasama organının işlem ve eylemlerinin geçerliliği, asli kurucu iktidarın öngördüğü anayasal sınırlar içinde kalması koşuluna bağlıdır. Anayasanın 148’inci maddesindeki, Anayasa değişikliklerinde Şekil denetiminin “teklif ... Şartına uyulup uyulmadığı” hususlarıyla sınırlı olduğunu ifade eden hüküm, yukarıdaki açıklamalar işiğinde, “geçerli teklif” koşulunun bulunup bulunmadığına yönelik olarak yapılacak bir denetimi de içerir. Yürürlükteki Anayasamızın ngrdğ düzen, anayasal normlar bütünü ve bu bütünü somutlaştıran ilk c maddede ortaya çıkan bir anayasal düzendir. Kurucu iktidarın siyasal düzene ilişkin temel tercihi Anayasa’nın ilk c maddesinde, bunun somut yansımaları ise diğer maddelerde ortaya çıkmaktadır. 4. madde ise ilk c maddenin güvencesi olma niteliği itibariyle doğal olarak değiştirilmezlik özelliğine sahiptir. Bu durumda Anayasa’nın 4. maddesi dâhil olmak üzere her bir maddede yapılacak değişikliklerin siyasal düzende değişikliklere ve kurucu iktidarın yarattığı anayasal düzende dönüşümlere yol açması mümkündür. O halde Anayasa’nın diğer maddelerinde yapılacak değişikliklerle Anayasa’nın 4. maddesinin yasama organını için çizdiği sınırların aşılma olasılığı göz ardı edilemez. Dolayısıyla Anayasanın ilk c maddesinde değişiklik öngören veya Anayasa’nın sair maddelerinde yapılan değişikliklerle doğrudan doğruya veya dolaylı olarak aynı sonucu doğuran herhangi bir yasama tasarrufunun da hukuksal geçerlilik kazanması mümkün olmadığından, bu doğrutudaki tekliflerin sayısal yönden Anayasa’ya uygun olması tasarrufun geçersizliğine engel oluşturmayacaktır.” E. 2008/16, K. 2008/116, K.T. 5.06.2008.

³ Dieter Grimm, Constitutionalism: Past, Present, and Future, Oxford University Press, Oxford 2016, s. 3.

çevrilmiş eserinde, Yunan site devletlerine ait 158 anayasaya yer vermektedir. Esasen Atina sitesinin kurumlarını ele aldığı bu çalışmada yer verdiği “politeia” kavramı ile “site” ve bu site yönetimine ilişkin ilkeler kastedilmektedir.⁴ Keza aynı dönemin önemli bir diğer düşünürü Platon da *politeia* kavramını “site yönetiminin esasları” (yönetim şekilleri) anlamına gelmek üzere kullanmıştır.⁵

Öte yandan Aristoteles’in eserinde kurguladığı ideal yönetim, genel yarar düsturuna dayanır; fakat bu genel yararı sağlayacak iktidarın sahibi tek kişi ya da bir azınlıktır.⁶ Böyle olmakla birlikte, içinde bulunulan çağ ve koşullar dairesinde “kurulabilir en iyi yönetimi” gerçekçi bir yaklaşımla tespit etmeye çalışmıştır. Bu doğrultuda Aristoteles, Platon gibi “karma anayasa” kavramını gündeme taşıyarak, anayasanın ömrünü bu melez karakterin kuvvetine bağlamıştır. Böyle olunca, karma bir anayasa tasarlamak istikrarlı bir devlet düzeninin teşkili için ön şarttır. Aristoteles hangi anayasal unsurların bir araya getirilmesi gerektiği sorusuna yanıt ararken; zengin sınıfların çıkarına, azınlığın egemenliğine dayanan “oligarşi” ile yoksul sınıfların menfaatine, çoğunluğun egemenliğine dayanan “demokrasi”nin⁷ çeşitli yöntemlerle bir araya getirilmesi gerektiğini belirtir. Şu halde ideal anayasa, ne bir oligarşi anayasası ne de bir demokrasi anayasasıdır. Öyleyse bu ikisinin bir araya getirilmesi ve aşırılıklarının törpülenmesi gerekir ki, bunun da adı “politeia”dır.⁸

Böyle bir yaklaşımın anayasaya yüklediği anlam anayasanın yapısal şartlarının değerine atıf yapmaktadır. Buradan hareketle, modern anlamda anayasa kavramının bünyesinde mündemiç olan devlet iktidarı sınırlandırılmak suretiyle tesis olunan anayasal ortamda hak ve özgürlüklerin korunması düşüncesi ile “politeia” kavramına yüklenmiş anlam arasında doğrudan bir bağ kurulamaz. Anayasa kav-

⁴ Ömer Anayurt, *Anayasa Hukuku Genel Kısım*, Seçkin Yayınları, 4. Baskı, Ankara 2021, s. 36.

⁵ Anayasaya ilişkin bu görüşünden hareketle Aristoteles, bulunduğu dönemde mevcut olan farklı devlet biçimlerini analitik bir yöntemle açıklamıştır. Aristoteles, yönetim biçimlerini tasnif ederken esasında Platon’un izinden gider, ancak belli hususlarda ondan ayrılır. Bu bağlamda O anayasaları analiz ederken iki temel ölçüt kullanır: İlk olarak siyasi iktidar kimin elindedir, işte bunun yanıtlanması gerekir. İkincisi, siyasi iktidarı elinde bulunduranların amacı nedir, buna bakılmalıdır. İşte Aristoteles, bu iki kritere göre tek bir kişinin veya bir grubun menfaatinin kollayan yönetimlerle çoğunluğun genel yararını gözetim yönetimleri arasında bir ayrım gerçekleştirir. (William W. Fortenbaugh, “Aristotle on Prior and Posterior, Correct and Mistaken Constitutions” in David Keyt ve Fred D. Miller (ed.), *A Companion to Aristotle’s Politics*, Blackwell 1991, s. 235. Onun sınıflandırmasında yönetim biçimleri kötünden iyiye şu şekildedir: Tirani (Tekin çıkarı, Tekin yönetimi)- Oligarşi (Zenginlerin çıkarı- Azınlığın yönetimi)- Demokrasi (Yoksulların çıkarı, Çoğunluğun yönetimi)- Politeia (Ortak iyilik, Çoğunluğun yönetimi)- Aristokrasi (Ortak iyilik, Azınlığın yönetimi)- Monarşi (Ortak iyilik, Tekin yönetimi). Fred D. Miller, “Aristotle on the Ideal Constitution” in David Keyt ve Fred D. Miller (ed.), *A Companion to Aristotle’s Politics*, Blackwell 1991, s. 548.

⁶ Christopher J. Shields, *Aristotle*, Routledge, 2007, s. 365.

⁷ Aristoteles, “Keyfi Yönetim, Hukukun Üstünlüğü”, Çev. Mete Tunçay, in Micahel Rosen ve Jonathan Wolff (ed.), *Siyasal Düşünce*, Dost Kitabevi, 2006, s. 150-151.

⁸ Ayrıca bkz. Richard Kraut, *Aristotle: Political Philosophy*, Oxford University Press, 2002, s. 373-376.

ramı, 18. yüzyıldan itibaren (Amerika ve Fransa’da ortaya çıktığı şekliyle) devletin kurucu normatif devreleri anlamının ötesine geçip anayasacılık hareketleriyle birlikte haklar şartını havi bir konuma yükselerek gerçek anlamına kavuşmuştur.

O halde anayasa kavramının, gerçek anlamına kavuştuğu zemin anayasacılıktır. Bu zemini oluşturan anayasacılık; hukuk devleti ve insan hakları anlayışının gelişme ve yaygınlaşmasını müteakip sınırlı iktidarı hedefleyen fiili ve operasyonel (ameliyeci) bir düşünsel akımdır. Söz konusu düşünce akımının fiili ve operasyonel niteliğinin itici gücünü oluşturan sınırlandırma anlayışı en iyi ABD anayasacılığı üzerinden okunabilir.⁹ Şöyle ki; Mayıs 1787’de Philadelphia’da bir araya gelen “kurucu babalar”, anayasal hükümeti kurgulamada yeni bir yöntem ortaya koydular. Bu yolda Alexander Hamilton¹⁰ iktidarın farklı alt iktidar odaklarına düzenli bir şekilde dağıtılmasını, hukuk eliyle ve somut olarak yargı yoluyla denge ve denetim sağlanmasını, halkın yasama meclisinde kendi seçimlerinden sorumlu temsilciler tarafından temsil edilmesi şartlarını ileri sürmüştür. Görüldüğü gibi anayasacılık dairesinde hükümet etmenin yapısal arayışında ABD kurucu babaları tecdedi bir anlayışla, denge ve denetimi esas alan bir anayasal iktidar kurgusu tasarısı ortaya koydular. Bu tasarıyla, bir yandan cumhuriyetçi hükümetin üstünlüğünü muhafaza ederken, diğer yandan eksikliklerini en aza indirmek veya önlemek fonksiyonunu ifa eden güçlü araçlar öngörülmüştür. Tasarının ortaya çıkarılma fikrinin temelinde, doktrin modellemelerinin yokluğu bulunmamakta, bilakis Avrupa hükümet modellerinin yükselen Amerikan Birliğinin ihtiyaçlarına uymamasından kaynaklanan yeni bir hükümet etme kurgusu ihtiyacı yatmaktadır. Gerçekten de ABD kurucu babalarının önerdiği yeni hükümet modeli, güçler ayrılığı dengesi ve netliğinin bulunmadığı İngiliz modelinden farklı olarak oturaklı bir model örgüsüne sahipti.

Keza Devrimci Fransa’da da yeni hükümet arayışları fikri gelişip serpilse de Amerika’dan farklı bir pratiğe sahne oldu. Öyle ki, Fransa’da kuvvetler ayrılığı ilkesi güçler arasındaki denge ve denetimin sağlanması fikrine evrilmek yerine, hükümet işlevlerinin yaygınlaştırılması fikriyatına hizmet ederek güçlerin kendi içindeki bölümlerinin rollerine vurgu yapılmıştır.

⁹ On yedinci ve on sekizinci yüzyıllarda, siyaset filozoflarının dikkatinin merkezi hükümdarlar ve temsilci organlar arasındaki ilişki iken, yürütmenin rolü ve işlevi büyük ölçüde göz ardı edilmişti. Avrupa monarşilerinde, krallar egemen güçler olarak tanındı ve Bakanlar onlar için çalıştı. Zamanla çift yönetici, Monarklar ve Başbakanlara sahip kabine hükümetleri gelişti. Kendi hükümet sistemlerini geliştirmek isteyen post-kolonyal liderler bu modeli yararlı bulmadılar, bunun yerine Avrupa monarşik geleneklerinden kopmaya ve yeni ihtiyaçlarını karşılayacak bir sistem kurmaya çalıştılar. Güney Carolina, New Hampshire ve Pennsylvania gibi koloniler, kralın konseyinin toplantılarını yönetmek için “başkanlar” seçtiler ve 1774 sonbaharındaki Kıta Kongresi’nin ilk toplantılarından bu yana, başkanlık görevlileri aynı unvana sahipti. Bu uygulama, cumhuriyetçi siyasi oluşumların seçilmiş başkanlarını “başkan” olarak adlandırmaya yol açtı. Başkanlık gücü sorunu tartışmalı olmaya devam etti ve Birleşik Devletler Anayasasını hazırlayanlar tarafından büyük ölçüde çözüldü.

¹⁰ Alexander Hamilton, The Federalist Papers No: 9.

Nihayetinde, anayasacılık anlayışı ve bu çerçevede gelişen fiiliyatın¹¹ somutlaştığı anayasal metinlerden şu esasları devşirmek mümkündür:

- Kuvvetlerin tek elde toplanmasının önlenmesi (kuvvetler ayrılığı ve denetim-denge)
- Devlet kudret ve imkanlarının kullanımının üstün ve yazılı kurallarla sınırlandırılması
- Hukuk devletinde hukukun üstünlüğünden taviz verilmemesi
- Özgürlüklerin kamu gücünün keyfi kullanımına karşı korunması.

Gerçekten de Oder'in de ortaya koyduğu gibi,¹² anayasalı devlet ile anayasal devlet farklılaşmasının kökleri, özellikle 18. yüzyıl ve sonrası anayasacılık hareketlerinde mevcuttur. Burjuvazi ve monarşi arasındaki gerilim ve çekişmenin mahsulü olarak ortaya çıkan anayasacılık hareketleri, sınırlı siyasal iktidar anlayışına yol verdi. İşte bu anlayışla geliştirilen anayasalarda, bir taraftan insan haklarına yönelik garantiler muhteva eden hak bildireleri yer aldı, öte taraftan kuvvetlerin sadece devlet erklerini kurgulayan bir metin olmanın ötesine geçerek, aynı zamanda kuvvetlerin fren ve dengelenmesine ilişkin araç ve tekniklere yer verildi. Böylelikle “sınırlı siyasal iktidarın” bir anayasal hukuk düzeninde bizzat hukuk eliyle fiilen temini anayasal metinde somutlaşmaktadır.

Buraya kadar, tarihsel sürecine de kısmen değinerek anayasacılık düşünce akımının somutlaştığı, yani insan hak ve özgürlüklerine saygılı ve bağlı ve keyfiyete karşı onları koruyan temel anayasal metinlere temas ederken, bu metinlerin oluşumunda görev üstlenen yapı ki, bu “kurucu iktidar”dan başkası değildir, ayrıca tahlil edilmesi gerekir. İşte bu noktada, tüm boyutlarıyla ele alınması gereken değer ve önemde bir kavram karşımıza çıkmaktadır.

B. BİR HUKUKİ FENOMEN: KURUCU İKTİDAR

1. Kuramsal Temel

Yeni bir anayasa yapma veya mevcudu değiştirme iktidarı olarak kabul ettiğimiz kurucu iktidar kavramının niteliğini tespitite, anayasa kavramına yüklenen anlam önemli derecede yardımcı ve değerlidir. Öte yandan bu niteliğin tespitinde kurucu iktidar, ya salt bir iktidar hareket tarzı olarak ele alınabilir (eylem temelli yaklaşım) ya da bir *de jure* form (hak temelli yaklaşım) olarak benimsenebilir. Hemen belirtelim ki, kurucu iktidarı hukuki bir form olarak kabul etmekle hak temelli yaklaşımı benimsemekteyiz. Bu sonuca varmakta, anayasacılık anlayışı dairesinde anayasa kavramına yüklenen anlam etkili olmuştur. Daha başlangıçta

¹¹ Anayurt, Anayasa Hukuku Genel Kısım, s. 40.

¹² Bertil Emrah Oder, “Anayasa Nedir? Anayasacılık Nedir?” in İbrahim Ö. Kaboğlu (ed.), Türkiye'nin Anayasa Gündemi, 3. Baskı, İletişim Yayınları, 2016, s. 14.

belirttiğimiz üzere modern anayasa, yapısal ve haklar şartı olmak üzere iki temel bileşenden müteşekkildir. Böyle bir anayasanın yapıcısı olan kurucu iktidar, yine modern anayasa kavramının kazandığı anlam dikkate alınarak nitelendirilmelidir. O halde, devlet yapısının kurgulandığı hükümlerden çok, hak ve özgürlüklerin anayasal metinlerin oluşumunda kazandığı ağırlığın artmasına binaen, ancak hak temelli bir yaklaşımı esas alarak anayasa kurgusunu tasarlayan iktidar, gerçek bir hukuki form olarak kurucu iktidar vasfını kazanabilecektir.

Böyle bir girişten sonra meseleye biraz daha yakından bakalım. Buradaki sorun, esasında yazılı hukukun sıfır noktasındaki ontolojik boyutuyla yakından ilgilidir. Hukuksal pozitivizm, hukukun sıfır noktasındaki kurucu gücü, salt bir fiili mesele olarak görmektedir. Hukukun kökeni de kurucu gücün eylemsel kabiliyetine indirildiğinde ise, içinde bulunulan cari statü “hukuk boşluğu” tezi ile açıklanmaktadır. Bu cari statüde, anayasa gibi hukuksal düzenin en üst ve bağlayıcı belgesinin ihdası aşamasında kurucu iktidarı bağlayan hiçbir pozitif ya da supra-pozitif kural bulunmamaktadır. Öte yandan bu statü, kurucu iktidar için hukuk boşluğundan doğan zemine istinaden mutlak ve sınırsız bir eylem kabiliyeti bahsetmektedir. Hukuki bir olgu olarak anayasa ihdasına, hele ki ontolojik aşamada (çünkü bu aşamada hukuk yoktur veya kadük haldedir), salt eylem kabiliyeti ile yaklaşmak ise hukukun sürekliliği tezini hiçe sayan anakronik bir yaklaşımdır. Üstelik bu aşamada hukuk boşluğu tezine dayanılarak kullanılan yetkiler, anayasa ihdasının hem muhtevasına hem de yöntemine şamildir.

Buraya kadar dikkat çekmeye çalıştığımız hukuksal pozitivizmin hukuk boşluğu tezinin kabulünden doğan sonuçların, anayasacılığın esasları olan kuvvetler ayrılığı, hukuk devleti ve çoğulcu demokrasi anlayışlarıyla bağdaşmayacağı aşikârdır. Anayasacılık yaklaşımını benimseyen kurucu iktidarın hareket kabiliyeti ve faaliyetlerinin mahsulü olarak anayasa ihdası, anayasasızlaştırma sonucuna varmaz. Böyle olunca, her ne kadar sosyal ve siyasi sistemin yeniden kurgulanması tezine¹³ katılsak da, anayasa ihdasında cari statünün hukuk boşluğu olduğu anlayışından doğan hukuk ihdasında serbesti tezine katılmıyoruz.

Nitekim Çağlar, isabetli olarak belirttiği gibi¹⁴

“... klasik teorinin, kurucu iktidarın ‘hukuk boşluğu’nda çalıştığı hipotezi her zaman doğrulanmaz. Akdeniz yeni demokrasileri, Anayasaların yapılmasında, Liberal Avrupa ortak anayasa hukuku, asli kurucu iktidarı kayıtlamıştır... Klasik anayasa hukukunun Fransa’da ‘Ancien Regime’in tasfiyesini meşrulaştırıcı teorik ve kavramsal cihazları, hukukun sıfır noktası tezi gibi, zamanlı ve mekanlı cihazlardır ve bu anlamda

¹³ Bakır Çağlar, Anayasa Bilimi, BFS Yayınları, 1989, s. 85.

¹⁴ Çağlar, s. 85.

yeni şarabı eski şişelere koymak her zaman için geçerli bir teknik sayılmaz. Kurallar siyasi-sosyal boşlukta inşa edilmeyeceğine göre, anayasa yapma ve değiştirme, hukuk dogmatiği ile sınırlı bir teknik, bir problem olmanın ötesinde, anayasa ontolojisi konusudur”.

Şu halde, anayasa ihdasının ontolojik değeri bakımından yegane sınır anayasacılık anlayışıdır. Ayrıca belirtmek gerekir ki, bu kurucu iktidar faaliyeti esnasında hukuk boşluğu da yoktur; zira cari hukuksal düzenin normatif kurgusu ve modern hukukun pozitif üst ilkeleri herhalde geçerliliğini korur. Öte yandan ülkenin içinde bulunduğu koşullar, toplum yapısı, sosyal ve siyasal ve kültürel değişim ve dönüşümlerin etkisi elbette yeni bir anayasa ve onun ilkelerinin ihdasında belirleyici unsurlardır. Dolayısıyla devletin kuvvet ve teşkilatının yeniden yapılandırılmasını ve devlet kudretini sınırlandıran haklar şartını ve sürekliliği sağlayan hukuk ilkelerini tayin eden anayasa ihdas etmek, özünde sadece normatif bir düzen oluşturma işlemidir. Dolayısıyla kurucu gücün kaynağı ne olursa olsun bir radikal değişim olarak yeni bir anayasa ihdas etmek, bu kurucu gücün anayasa ihdası ile kendi meşruiyeti ile beraber devleti ve ilkeleriyle beraber modern bir hukuk düzenini tesis etmek gayesi olsa da, bu hedefe ulaşma modern hukukun benimsediği genel hukuk ilkeleriyle örtüştüğü ölçüde gerçekleşmiş olur. O halde anayasa ihdası süreci, hukukun genel ilkeleri ve pozitif hukuk üstü kriterlerden bütünüyle bağımsız bir şekilde sonuçlanmaz.

Böyle olmakla birlikte, Herdegen’in de belirttiği üzere anayasa ihdasının muhtemel şartları şu üç hedefe matuftur:¹⁵

- Anayasanın ortadan kaldırılmasının meşruluğu anlamında anayasal düzenin devamlılığı
- Anayasa ihdasının demokratik meşruluğu
- İnsan haklarının korunması

Şu var ki demokratik usullere uyularak ve meşruiyet dairesinde bir anayasa yapımından; bir anayasal düzenin temadisi dairesinde hukuksal barışa ve devamlılığa dayanan meşruluğu esas alarak herhangi bir ihtilali ara verme söz konusu olmaksızın meydana gelen anayasa değişimi anlaşılmalıdır. İhtilalden doğan yeni anayasa ise hukuk düzeninin köklü değişimine yol açtığından iç ve dış meşruiyet yönünden bazı tehlikeleri de beraberinde getirir. Elbette ki, herhangi bir ihtilalci anayasa değişimi olmaksızın düzende mündemiç meşru geçiş söz konusu ise, eğer ortadan kaldırılan anayasanın meşruiyeti ölçüsünde bir meşruluk da ortaya konulamıyorsa, bu durum doğrudan bir hukuk politikası eksikliğinin nişanesidir. Açıkçası anayasa yapılanmasındaki demokratik meşruluk -yalnızca anaya-

¹⁵ Matthias Herdegen, “Anayasa Yapımının Sınırları” Çev. Naim Demirel, in Otto Depenheuer ve Christoph Grabenwarter (ed.), Anayasa Teorisi, Lale Yayıncılık, 2014, s. 365-366.

sal devamlılık ya da sadece uluslararası hukuk yükümlülüğünün gerekçesinden öte- yeni anayasanın uluslararası toplum ve ülke vatandaşlarının nazarında hukuki ve fiili tanınmasına hizmet eder. Burada anayasa metninde yer alan insan hakları, yani haklar şartının sağlanması ise, hukukun genel ilkeleri standartlarını ortaya koyduğu gibi anayasanın meşruiyetinin, zorunlu muhteva şartını karşılar. Görülüyor ki, yukarıda değindiğimiz Herdegen'in anayasal değişim hedeflerine varan bir anayasa yapım sürecinin gerçekleşebilmesi bir ihtilali ara vermeyi gerektirmediği gibi, bilakis anayasa yapım sürecine herhangi bir hukuki eksiklik olmaksızın başlanabilmesi ve demokratik usul ve meşruluk şartları sağlanarak da tamamlanması mümkündür.

2. Kurucu İktidar Kavramına Mahsus Bir Sorun: Pozitivizmin Çıkması

Hans Kelsen, oldukça kapsamlı ve etkileyici bir şekilde norm ve normlardan müteşekkil hukuka ilişkin “saf hukuk kuramı” teorisini ortaya koymuştur. Kelsen saf hukuk kuramı teorisyle hukuksal pozitivizmin çatısı altında normtaivist pozitivizmin kurucu babası olmuştur. Bu kuram, hukukun alan tasnifi içerisinde yer alan ulusal veya ulusal üstü hukuk normlarının yorumu değildir; genel bir hukuk kuramıdır. Saf hukuk kuramı yalnızca inceleme konusunu, yani nesnesini bilmeyi amaç edinir. Hukukun ne olduğu ve nasıl yapıldığı sorularına yanıt vermeye çalışır; hukukun ne olması gerektiğini veya nasıl yapılması gerektiğiyle ilgilenmez. Dolayısıyla kuram bir hukuk bilimidir, hukuk politikası değildir. Bu kuram hukuk bilimini tüm yabancı unsurlardan temizlemeyi hedefler.¹⁶

Kelsen'e göre hukuk toplumsal bir fenomendir, toplum ise açıkça gözlemlenebilir ve bir araştırma nesnesi olarak doğadan bütünüyle farklıdır; çünkü tamamen farklı unsurlardan örülmüş bir ağ görünümü taşır. Şu hâlde hukuk bilimi doğa bilimleriyle birleşemez. Dolayısıyla hukuk doğanın mümkün olduğunca kesin bir şekilde karşısında konumlandırılmalıdır.¹⁷ Hukuk, hukuki bilincin yegâne nesnesi olan normdan müteşekkil ve norm ise doğa alanında herhangi bir uygulaması olmayan bir kategoridedir. Doğada meydana gelen olayları hukuki olarak karakterize etmek, içeriği fiili olaylara belirli bir şekilde karşılık gelen normların geçerliliğini savunmaktır.¹⁸

Kelsen'e göre normun geçerliliğinden bahsetmek her şeyden önce normun, zamanda ve mekânda mevcut doğal gerçeklikle karşıtlık içerisindeki kendine özgü varoluşunu, ortaya çıktığı yolu vurgulamak demektir. Bu tür bir norm zaman ve mekânda yoktur; zira doğanın parçası değildir. Ancak norm kendisini vaz eden vakıyyla karıştırılmamalıdır. Buna rağmen normun muhtemel içeriği fiili

¹⁶ Hans Kelsen, *Saf Hukuk Kuramı*, Çev. Ertuğrul Uzun, Nora Kitap, 2016, s. 1.

¹⁷ Kelsen, s. 2-3.

¹⁸ Kelsen, s. 7.

bir olayın muhtemel içeriğiyle aynıdır, zira norm içeriği bu fiili olaya, her şeyin ötesinde insan davranışına matuftur. Şu hâlde norm aynı zamanda içeriğinde davranışın hem nerde hem de ne zaman gerçekleşeceğini veya norm diliyle, “gerçekleşmesi gerektiğini”, de belirlemelidir. Kişi davranışını çerçeveleyen normların geçerliliği çoğunlukla (ve dolayısıyla özellikle de hukuk normlarının geçerliliği) mekâna ve zamana bağlı bir geçerliliktir. Çünkü bu normların zamanda ve mekânda yer alan olaylardan ibaret bir muhtevastan bahsedilebilmektedir. Bir normun geçerli olması daima şu veya bu zamanda ya da mekânda geçerli olması anlamına gelir ki, belli bir zamanda ve yerde meydana gelebilecek olaylara atıfta bulunulur.¹⁹

Kelsen, hukuku norm olarak karakterize etmekte ve hukuk bilimini normların bilinişi ile sınırlandırmaktadır. Böylece hukuk doğadan ve norm bilimi olarak hukuk bilimi doğal olaylar gibi determinist yasalar çerçevesinde açıklamaya çalışan tüm diğer bilimlerden ayrılmış olur. Hatta bu şekilde hukuk bilimi, hukuk normlarıyla yorumlanan, hukuki vakıalar olarak sunulan doğal olayların sebep ve sonuçlarını soruşturan bilimden de ayrılır.²⁰

Buraya kadar yaptığımız saf hukuk kuramı anlayışı çerçevesinde kurucu iktidar kavramının normatif değeri üzerine odaklanalım.

- a. Görüldüğü gibi Kelsen kapalı sistem bir hukuk düzeni inşa etmektedir. Bu kapalı devre hukuk sisteminde norm, hukukun kendisi olarak karşımıza çıkmakta, bizzat hukuku temsil etmektedir. Nitekim Kelsen “*yasanın hukukun tamamı olduğu kabul edilirse, hukuka uygunluk, yasallık ile eşanlamı olur*” demek suretiyle bunu doğrulamaktadır. Saf hukuk kuramına göre normun kaynağı, yani hukukun kökeni ise iradedir. Kelsen ideyi ve buna bağlı değerler dizisini reddetmektedir. Dolayısıyla Kelsen tıpkı doğa gibi ahlak ve adaleti de hukukun dışında tutmaktadır. Bu yaklaşımla Kelsen hukuku zincirlerinden kurtardığını iddia etmektedir. Ayrıca hukukun meşruiyet kaynağı olarak konumlandırılmaması gerektiğini belirtmektedir. Kelsen’in adeta kültleştirdiği irade ise iktidarın somutlaşmış bir biçimi olarak devlet şeklinde var olmaktadır. Bu bağlamda devletle hukuku özdeşleştirmekte, hukukun içeriğinin her şey olabileceğini söyleyerek hukuku iradeye, yani bunun somutlaşmış biçimi olarak devlete indirgemektedir. Bu da “hukuk boşluğu” tezine ve dolayısıyla pozitivist kurucu iktidar kabulüne olağanüstü elverişli bir zemin hazırlamaktadır.
- b. Öte yandan Kelsen’e göre nasıl özel hukuk teorisi daha baştan, bireyin hukuk kişiliğinin objektif hukuktan mantıksal ve zamansal olarak önce gel-

¹⁹ Kelsen, s. 8.

²⁰ Kelsen, s. 10.

diğini kabul ediyorsa, kamu hukuku teorisi de aslen iradenin ve eylemin kolektif bir birliği olan devletin, hukuktan bağımsız ve önce var olduğunu varsayar. Fakat devlet kendini ve elbette sahip olduğu kuvveti de bir düzene tabi tutmak için, kendisine yükümlülük yüklemek ve haklarını tanzim etmede kullanmak üzere kendi hukukunu, yani norm ihdası suretiyle objektif hukuk sistemini kurgulayarak tarihsel misyonunu gerçekleştirmeye devam eder. Demek ki devlet -esasen hukuk üstü, güçlü bir makro-insan veya sosyal organizma sıfatıyla devlet-, hem hukukun ihdasının ön şartıdır hem de hukuk onun varlığını tanımaya ve pekiştirmeye yaramaktadır. Çünkü devlet ancak hukukla var olur, kamu gücünün yanı sıra topluma karşı yükümlülükleri de hukukla tanımlanır.²¹ Devletin zamansal olarak önde tutulması, hukukun *a priori* varlığı tezine Kelsenci bir itirazdır. Kelsen'in saf hukuk kuramı, özellikle de mevcut toplumsal düzeni meşrulaştırmaya veya değerini reddetmeye yarayacak ideolojik araçlar sağlamak suretiyle şu veya bu şekilde siyasal çıkara hizmet etmeyi de reddeder. Böylelikle Kelsen, bilerek veya bilmeyerek, az veya çok ideolojik karaktere sahip olan geleneksel hukuk biliminin de en sert muhalifi pozisyonunu kazanmaktadır. O halde saf hukuk kuramının, ideolojiye karşıt konumu sebebiyle, hiç kuşkusuz, mahiyeti itibarıyla bilişin nesnesini ortaya çıkarmayı isteyen hakiki hukuk bilimi ortaya koyduğu söylenebilecektir.²² Oysaki, ideolojik bir karakteri reddeden, siyasi çıkarla bağı olmayı veya ona hizmet etmeyi dolaylı bir şekilde dahi kabul etmeyen saf hukuk kuramı, objektif hukuk öncesi devletin kudretiyle tesis edilen hukukun oluşumundaki kurucu iktidarın, nihayetinde bir egemenin iradesinin tecellisi olmak hasebiyle sübjektif bir olguya bağlandığı gerçeğini gözden kaçırmaktadır.

- c. Kelsen, normu yani hukuku doğadan nasıl ayırırıyorsak, aynı şekilde ideal bir fenomen olan hukuku diğer ideal fenomenlerden de, özellikle diğer norm tiplerinden de ayırmalıyız demektedir. Buradaki amaç her şeyden önce hukuku zincirlerinden kurtarmak, hukuk ile ahlak arasında sürekli kurula gelen bağı kaldırmaktır. Burada asıl reddedilen şey hukukun ahlakın bir parçası olduğu ve dolayısıyla her yasanın, hukuk kaynağı olması hasebiyle, bir anlamda ve bir dereceye kadar ahlaki olduğu anlayışıdır. Ahlaki bir bakış açısından hukuk, adaletle eş anlamlıdır. Adalet; amacına, herkesi tatmin ederek mükemmel ulaşan mutlak anlamda doğru sosyal düzen için kullanılan ifadedir. Adalet arzusu ise psikolojik açıdan insanın yalnız bir varlık olarak erişemeyeceği, toplum içinde peşine düştüğü ebedi mutluluk arayışıdır. Böyle bir kabulde adalet, toplumsal mutluluğa verilen ad olur. Ancak beşerî zihnin

²¹ Kelsen, s. 121-122.

²² Kelsen, s. 18.

adaletin tesisi sorununu çözüme yönündeki bin yıllık çabalarının başarısızlığının da bize gösterdiği gibi, adaletin içeriği saf hukuk kuramınca belirlenemez ve rasyonel biliş de bu muhteveyata ulaşmada aciz kalır. Çünkü adalet ideasının mutlak geçerliliği çerçevesinde, pozitif hukuktan farklı ve üstün bir form olarak tahayyül edilmesi gereken adalet, -Platonik ideanın doğal gerçekliği dahil- bütün deneyimlerin ötesindedir. İşte hukuk ve adalet düalizmi bu ontolojik düalizmle aynı metafizik karaktere sahiptir. Dolayısıyla nasıl ki Platonik ideayı kendinde eşyanın esasını deneyime yönelmiş rasyonel bilişte sabitlemek mümkün değilse, aynı biçimde adaletin ne olduğu sorusuna da bu şekilde yanıt vermek mümkün değildir. Şimdiye kadar bu çizgideki tüm çabalar, “iyiyi yap, kötüden kaçın”, “herkese sahip olduğu şeyi ver”, “altın ortadan sapma” vb. gibi tamamen boş formüllere ulaşmıştır.²³ Kelsen bu bağlamda “*Doğadan, akıldan veya ilahi iradeden doğan verili mutlak iyi bir sosyal düzen varsa, yasakoyucunun eylemleri, güneşin en parlak olduğu anda yapay bir ışıklandırma kurmak kadar aptalca olacaktır*” demektedir.²⁴

Sonuç olarak Kelsen’in norm veya hukuka yaklaşım biçimi kurucu iktidar bağlamında iradeci ve fakat farklı bir sorun alanına yol açmaktadır. Hemen belirtelim ki, hukuk iradeye ve bunun türevi olan norma indirgenemez. Zira hukukun kaynağı ve kökeni salt irade değildir. Esasen hukuka vücut veren Kelsen’in bütünüyle reddettiği değerler dizisi olup aksine kurallar, ilke ve değerlerin birleşiminden müteşekkildir. İkinci olarak hukukun genel ilkeleri, supra-pozitif ilkelere; ahlak, adalet, eşitlik ve özgürlük üst kavramlarından ayrı düşünülemez. Tam tersine adalet, eşitlik ve özgürlük hukukun nüvesi ve gayesi olan umdelerdir. Bu da başta kurucu iktidarın hukuk ihdası olmak üzere anayasa yapma yetkisi kapsamında üretilen hukuku da kuşatmaktadır. Son ve önemli bir husus da devlet ve hukuk özdeşliği kurmak şeklindeki sakil düşüncedir. Bırakın hukukun devletin somutlaşmış hali olması görüşünü kabul etmeyi, tam tersine bir devlette hukukun asıl olup devleti kurgulayan bir temel düzen olduğunun benimsenmesi gerekir. İktidar ve elbette ki kurucu iktidar, devlet dahil her türlü görünüm biçimiyle hukuki ve hukuka uygun bir olgu olmak zorundadır ve meşruiyetini buradan alır. Sonuç olarak Kelsen’in saf hukuk kuramı, hukuku ve devleti açıklamakta eksik kalmakta ancak tam da bu yönüyle egemenin iradesine bağlı bir tür hukuk ihdas etme yetkisine karşılık gelen pozitivistlerin kurucu iktidar anlayışı bakımından elverişli bir faraziye olarak görülebilmektedir. Nihai olarak, Kelsen’in hukuk devleti kavramını tamamen pozitif hukuk perspektifiyle hukuka uygunluğu yasallıkla eşit tutan anlayışının devlet ve hukuk kavramlarının kazandığı modern anlamlar düşünüldüğünde kabul edilemez olduğuna ayrıca vurgu yapalım.

²³ Kelsen, s. 13-15.

²⁴ Kelsen, s. 16.

II. KURUCU İKTİDARIN FARKLILAŞMASI: ASLI VE TÜREV KURUCU İKTİDARIN SUNİ ANLAMLI

Klasik bir yaklaşımla ele alındığında kurucu ve şekillendirici bir kurucu iktidar anayasa ihdasıyla yürürlükteki bir metnin değiştirilmesini hedeflemekten çok var olan bir anayasa ile bağlı olmaksızın, orijinal ve tamamen yeni (*ab initio*) bir anayasa yapmayı gaye edinmektedir. Böyle olunca kurucu iktidarın kendi içerisinde farklılaştığı, asli ve türev kurucu iktidar tasnifi içerisinde incelendiği gözlenmektedir. Asli kurucu iktidar yeni bir anayasa ihdası makamında iken, türev kurucu iktidardan ise yeni ihtiyaçlar, tecrübeler ve anayasa hukukundaki gelişmeler ışığında anayasaya yeni hükümler veya kurumlar eklenmesi yahut var olan hükümlerin değiştirilmesi gibi yine anayasa tarafından usule bağlanan süreçleri²⁵ hayata geçiren iktidar anlaşılmalıdır.

Anayasa değişikliğinde meşruiyetin temeli, yürürlükteki anayasa tarafından kanun koyucuya tanınan yetki ve ruhsattır. Gerçekten de Abbe Emmanuel Joseph Sieyès, “Üçüncü Sınıf Nedir?” başlıklı ünlü makalesinde, “anayasa kurucu iktidar” (*pouvoir constituant*) ile “anayasayı değiştirici iktidar” (*pouvoir constituant dérivé*) arasında bir ayrım a gider. Bu ayrım asli kurucu iktidar türev kurucu iktidar tasnifine uyan biçimde anayasa kurucu iktidar, daha ağır koşullarda ortaya çıkan ve komplike yapısıyla ön planda olan anayasa koymanın özel bir görünüm biçimini hayata geçiren güç olarak anlaşılmalıdır. Türev kurucu iktidar ise “*pouvoir constituant dérivé*” anlamında asli kurucu iktidarın ihdas ettiği pozitif hukukun oluşturduğu²⁶ bir kuvvettir.

Ancak biz kurucu iktidar kavramı üzerindeki bu tasnifin suni olduğu kanaatindeyiz. Çünkü ister yeni bir anayasa yapılsın ister mevcut anayasada değişikliğe gidilsin, hukuk sistemini temelinden etkileyen tam veya kısmi hukuk ihdasının herhalde referandum sürecinden geçirilerek meşruiyetinin halka dayandırılması bizim savımızı destekler niteliktedir.²⁷ Zira demokratik bir hukuk devletinde referandum dayanmayan asli veya tali bir değişim usulü benimsenmediğine göre kurucu iktidarın kendi içerisinde tasnifi çabaları esasında öğretisel bir değer taşımaktadır. Anayasa üzerindeki hukuk ihdasının failinin iktidar değerini anlatabilmek ve vurgulamak için bu ayrım üzerinde durulduğunu düşünüyoruz.

²⁵ Herdegen, s. 366.

²⁶ Herdegen, s. 367.

²⁷ Burada biz, referandum yoluyla anayasanın kısmen veya tamamen değiştirilmesi ya da baştan bir yeni anayasa yapılması arasında anayasa koyma tekniği bakımından bir fark görmemekteyiz. Böyle olmakla birlikte, anayasa değişikliği sürecinde referandumu zorunlu kılmayan, isteğe bağlı kılan ya da sayısal çoğunluklara göre alternatifler öngören anayasalar için asli ve türev iktidar ayrımı bir fark yaratmaz mı sorusu akla gelebilir. Biz burada anayasa koyma tekniği açısından koyulacak anayasa hükmünün maddi muhtevasını dikkate almayı tercih ediyoruz. Böyle olunca, bu hallerde de anayasa koyma tekniği bakımından asli ve türev kurucu iktidar özü itibarıyla anlamını yitirmektedir.

Gerçekten de anayasa değişimi referandum ile gerçekleştiğinde *pouvoir constituant* ve *pouvoir constituant dérivé* arasındaki fark değerini kaybetmemektedir. Herdegen'in ortaya koyduğu gibi,²⁸ referandum neticesinde ortaya çıkan halk iradesi ile gerçekleştirilen değişikliklerde, parlamenter sistemdeki kanun koyucunun kararında olduğu gibi, bu tür bir karar karşılaştırmalı anayasalara göre değerlendirilmeli midir? Nitekim Fransız Anayasa Konseyi 6 Kasım 1962 tarihli ünlü kararında, halkoyu ile tecelli eden kanun taslağını denetlemeyi reddetmiştir. Söz konusu kanun taslağının hedefi Fransız Devlet Başkanının doğrudan halk tarafından seçimine yönelikti. 1958 Fransız Anayasasınının 61. maddesi Anayasa Konseyine, anayasa değişikliği öngören kanunları da diğer kanunlar gibi, anayasaya uygunluk açısından denetleme yetkisi vermiştir. Fakat 61. madde bu yetkinin kanun vasfını taşıyan tüm metinlere ilişkin mi olacağı, yoksa yalnızca parlamentonun yaptığı kanunlarla mı sınırlı kalacağını açıkça ortaya koymamaktadır. Anayasa Konseyi diğer anayasal organların faaliyetlerini kontrol eden bir organ olarak hareket eder ve böylelikle denetim yetkisini yalnızca parlamento kanunuyla sınırlar. Çünkü referandum yoluyla kabul edilen kanunlarda halk iradesi doğrudan tecelli etmektedir. Keza söz konusu bu gerekçe ile Fransız Anayasa Konseyi referandum yoluyla kabul edilen 1992 tarihli Avrupa Birliği Sözleşmesinin Onaylanmasına İlişkin Kanunun muhteva bakımından denetlenmesini hukuka aykırı bulmuştur. Bu iki kararın mantığında, Konseyin halk oylaması yoluyla yeni bir anayasa yapıldığında yetki sınırının oluştuğu ve bu nedenle de muhteva kontrolünden vazgeçmesi gerektiği yatmaktadır. Bu yaklaşım tarzının devlet güçlerinin hukuk mantığı içerisinde yerli yerine oturtulduğunun bir delili mahiyetini taşımakta, bir anayasal organ olarak kendini sınırlayan Konsey kendi meşruiyetinin de kaynağı olan anayasanın asıl sahibi olan halkın kararını denetleme kudretini kendinde görmemektedir.

Bu savı destekleyen ikinci bir nokta kurucu iktidar mantığının içinde yer almaktadır. Çünkü kurucu iktidarın yeni bir anayasa yapmasıyla ya da var olan bir anayasada değişiklikte bulunması arasında norm ihdası bakımından bir fark bulunmamaktadır. Her iki sonuçta da normlar hiyerarşisinin en tepesinde olan anayasa düzeyinde bir norm koyma tekniği bulunmaktadır. Her ne kadar bizim 1982 Anayasasında olduğu gibi bazı anayasal normların değişmezliği, dokunulmazlığı babında koruyucu anayasal normları barındırsa da, esasen anayasa normları arasında bir hiyerarşi kurulmamalıdır. Bir anayasa, bünyesinde kendi kurmuş olduğu düzeni koruyacak ne kadar çok hüküm yerleşik bulursa da temelinde referandum yoluyla halk çoğunluğunun tasdikine istinaden meşruluk ve yürürlük kazanmakta olduğuna göre, halkın kendi tasdiki ile yürürlüğe koyduğu bir yazılı metnin kısacacında kendi iradesini ipotek aldığını kabul etmek ve savunmak demokratik hu-

²⁸ Herdegen, s. 367-368.

kuk devletinin anlayışı ve gereğine uymamaktadır. Demek ki, yeni bir anayasayı ihdas etmek referandum yoluyla halkın tasdiki ile gerçekleşeceğine göre, mevcut anayasanın halkın ve onun temsilcilerinin iradesi üzerinde onu baskılayan bir argüman olarak kullanmak ve yine mevcut anayasayı adeta Demokles'in kılıcı gibi söz konusu iradelerin oluşum ve açılımlarını kısıtlayan ve gölgeleyen kutsanmış bir metin pozisyonuna taşımak, bizzat demokratik anayasal düzen kavramıyla çelişmektedir.

O halde, bir anayasanın kısmen veya tamamen değiştirilmesi ya da baştan bir yeni anayasa yapılması arasında anayasa koyma tekniği açısından bir fark bulunmamaktadır. Kaldı ki bazı anayasa değişiklikleri, anayasal düzeninin kur-gusunu öylesine değiştirmektedir ki yapılan değişiklik, mahiyeti itibariyle nere-deyse yeni bir anayasa yapma boyutuna varmakta, bu durumda bunu gerekleşten iktidarın nasıl vasıflandırılacağı sorununun öğretisel anlam dışında bir değeri kalmamaktadır. Nitekim, 1876 Osmanlı Anayasasında gerçekleştirilen 1909 Ana-yasa değişikliği ile Türkiye Cumhuriyeti'nin 1982 Anayasasında gerçekleştirilen 2017 Anayasa değişikliği bu ağırlıkta yapılmış anayasal değişim örnekleri olarak gösterilebilir.

III. TÜRKİYE'DE KURUCU İKTİDARA (ANAYASA YAPICI) ANALİTİK YAKLAşIM

A. Türkiye'de Kurucu İktidara Yaklaşımın Eleştirisi

Türkiye'de bugüne kadar 1876, 1921, 1924, 1961 ve 1982 tarihli olmak üzere beş farklı anayasa ihdas edilmiştir. Bu bakımdan nicelik olarak Türkiye'nin oldukça önemli bir anayasa birikiminin olduğu söylenebilir. Ancak bu denli anayasa ihdas edilmesine ve söz konusu anayasalarda da farklı zaman-larda birçok değişikliğe gidilmesine rağmen anayasa tartışmaları, Türk siyasal ve hukuksal hayatının en temel tartışması olmaya devam etmektedir. Geline-n noktada vesayetçi, otoriter ve dolayısıyla anti-demokratik kimliğiyle ön plana çıkan 1982 Anayasası yerine yeni bir anayasa yapma istemi de yine gündemi işgal etmektedir.

Ancak bu noktada ülkemizde anayasa tartışmalarının kilit kavramı olan kurucu iktidar kavramına hukuksal pozitivizm ekseninde paradoksal ve aşkın bir anlam yüklenmektedir. Buna göre ülkemizde kurucu iktidar eylem temelli bir yaklaşımla ele alınmakta ve olağanüstü koşulların (darbe, devrim, savaş, kaos gibi) ancak kurucu iktidarı doğurabileceği genel kabulü, sav olarak ileri sürülmektedir. Böyle olunca, ülkemizde yeni bir anayasanın ihdası paradok-sal bir soruna dönüşmekte, sıfır bir anayasa yapımı ve güncellenmiş bir hu-kuk düzeni oluşumunun n tıkanmakta ve sonuçta statükocu bu görüş ne çıkmaktadır.

Nitekim bu görüşün önde gelen temsilcisi Gözler'e göre²⁹

“... ‘halk’ın Anayasa tarafından kurulmadığı, halkın egemen olduğu, aslı kurucu iktidara her zaman sahip olduğu yolunda düşünceler ileri sürülebilir; ancak bu düşüncelerin hukukî bir değeri yoktur. Kaldı ki, 1982 Anayasasının 175’inci maddesi çerçevesinde anayasa değişikliği usulünde, halkoylaması yoluyla iradesini açıklayan organ, ‘halk’ değil, referanduma gidip geçerli oy kullanan ‘seçmenler’dir. Seçmen kavramı ile halk kavramının aynı şey olmadığı ise aşikârdır. Dolayısıyla anayasa değişikliği sürecinde referandum yoluyla iradesini açıklayan seçmen topluluğu, bir aslı kurucu iktidar değil, tali kurucu iktidar, yani bir kurulmuş iktidardır. Kurulmuş bir iktidar olarak da yeni bir anayasa yapma yetkisine sahip değildir.”

Böyle bir kabul, esasında yukarıda bahsettiğimiz asli kurucu iktidar ve türev kurucu iktidar suni ayrımından doğmaktadır. Bu görüşe göre yeni bir anayasa ihdas etme ya da anayasa kanunu yazma iktidarını karşılamak üzere asli kurucu iktidar kavramı kullanılmakta, var olan bir anayasada öngörülen usul ve esaslar çerçevesinde anayasanın değiştirilmesi ise türev kurucu iktidar kavramıyla karşılanmaktadır.³⁰ Ancak bu ayırmada asli kurucu iktidar vasfının kazanılması devrim, hükümet darbesi, savaş ve benzeri olağanüstü olaylar sonucunda ortaya çıkan ve hukuk boşluğu tezi çerçevesinde yeni bir anayasa ihdas etmekle mümkün olabilmekte, böylesi olağanüstü olayların mevcut olmadığı hallerde, anayasanın yine anayasaca belirlenen süreç dahilinde ve sınırlı nitelikte değiştirilmesini gerçekleştiren iktidara ise türev kurucu iktidar vasfını kazandırmaktadır.³¹ Ancak biz bu tür bir tasnifin suni olduğuna yukarıda değinmiştik. Aynı tasnifi öğretisel anlamda benimsemekle beraber Özbudun,

“Ancak bu, asli kurucu iktidarın, mutlaka anayasal düzende böyle bir kesintinin olması halinde ortaya çıkacağı anlamına gelmez. Bir ülkenin, böyle bir kesinti olmaksızın da, ihtiyaçlar gerektirdiği takdirde tümüyle yeni bir anayasa yapması elbette mümkündür. Aksini iddia etmek, yeni bir anayasanın ancak zor kullanımını içeren kesintiler sonucunda yapılabileceği anlamına gelir ki, bunu ne mantıkla, ne de demokratik ilkelerle bağdaştırmak mümkündür. Demokratik ilkeler, asli kurucu iktidarın tek ve asli sahibinin halk olmasını zorunlu kılar.”³²

²⁹ Kemal Gözler, “Asli Kurucu İktidar-Tali Kurucu İktidar Ayrımı: TBMM Yeni Bir Anayasa Yapabilir Mi?” in Ece Göztepe ve A. Çelebi (ed.), Demokratik Anayasa: Görüşler ve Öneriler, Metis Yayınları, 2012, s. 52.

³⁰ Mehmet Merdan Hekimoğlu, “Bu Meclis Anayasa Yapabilir Mi?”, http://www.ekonomikyorumlar.com.tr/files/articles/1526374707_39.pdf, 8-11, s. 8, Erişim Tarihi 7.03.2021.

³¹ Kemal Gözler, Kurucu İktidar, Ekin Yayınları, 1998, s. 65 vd.

³² Ergun Özbudun, Türk Anayasa Hukuku, 18. Baskı, Yetkin Yayınları, 2018, s. 165.

ifadeleriyle meseleyi doğru bir yaklaşımla ele aldığını ortaya koymaktadır.

Kaldı ki, klasik pozitivistin savunucusu olduğu kurucu iktidar anlayışının yaygın bir uygulaması ile karşılaşmak da kolay değildir. Nitekim Parla bu doğrultuda aynen şunları belirtmektedir:³³

“Demokrasilerde anayasaların yapılması ve değiştirilmesinde kurucu meclis yönteminin, çeşitli yöntemlerden sadece biri -ve seyrek başvuru- olduğu yakın tarihin incelenmesinde ortaya çıkmaktadır. Batı anayasa hukukunda zaten çok yer tutmayan ve ad hoc (arızî) bir yöntem olarak nitelenen ve Latin Amerika ülkeleri ile totaliter Avrupa’ya özgü kabul edilen bu yöntemin İkinci Dünya Savaşı’nın ertesinde üç önemli Avrupa ülkesinde (Fransa, İtalya, Almanya) kullanılabilmiş olmasının tek açıklaması veya gerekçesi, bu kurucu meclislerin tam anlamıyla genel seçim ve partilerin temsili esaslarına dayandırılmış, kısaca geçici parlamentolar kimliğini taşımış olmalarıdır... 1958 Beşinci Cumhuriyet Fransa’sına ve Türkiye’de yanlış verilere dayandırılan ve yanlış değerlendirilen De Gaulle olayına gelince, hemen belirtmeliyiz ki, 1958 Fransız anayasası bazılarının sandığı gibi korporatif veya atanmış bir kurucu meclisin eseri değildir. 1956 genel seçiminden çıkmış bir partiler parlamentosunun ürünüdür. Bu kimliği ile kurucu meclis olarak çalışmış olan 554 üyeli Millet Meclisi’nin dökümü şöyledir: Komünistler 149, MRP 71, Sosyalistler 90, Radikal Sosyalistler 34, Demokratik ve Sosyalist Birlik 5, Radikaller 33, Sosyal Cumhuriyetçiler 18, Bağımsızlar 95, Öteki Sol 95, Öteki Sağ 55”.

O halde anayasanın değiştirilmesi olanağının atipik veya anti-demokratik olay ve olgulara bağlı kılınması, meşruluk zeminini meşru olmayan olay ve olgularda arayarak demokratik hukuk devletinin anayasal düzeninin sonunu planlamak hüviyetindedir. Bu sebeple, anayasayı yapma kudretinin demokratik bir iktidarın imkanı dahilinde tutulması aynı zamanda anayasal oluşumu meşru bir zemin üzerinde inşa ettiği gibi tüm yönleriyle istikrarın korunmasına hizmet eder.³⁴ Teziç’e göre de³⁵

“Anayasa kavramı aslında, değiştirilebilme imkanını da içermektedir. Hukuki açıdan, anayasa da bir kanundur ve her kanun gibi zaman içinde değiştirilebilir niteliktedir. Siyasi açıdan anayasa, devlet teşkilatını, birey haklarını, belli bir dönem mevcut siyasi ve sosyal verilerine bağ-

³³ Taha Parla, “Anayasalar ve Kurucu Meclisler Üzerine Bazı Karşılaştırmalı Notlar”, 1984, 38(3-5), İktisat Fakültesi Mecmuası, s. 213, 215.

³⁴ Ayrıca bkz. Osman Can, “Anayasayı Değiştirme İktidarı ve Denetim Sorunu”, 2007, 62(3), Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, s. 108.

³⁵ Erdoğan Teziç, Anayasa Hukuku, 7. Baskı, Beta Yayınları, 2001, s. 167, 170.

lı olarak saptamaktadır. Bu veriler zaman içerisinde değişebileceğine göre, devlet teşkilatını ve birey haklarını değişmez kurallara bağlamak mümkün değildir. Nihayet, anayasanın milli egemenlik ilkesinden kaynaklandığı durumlarda, onun değiştirilmesine karşı çıkmak, bu ilke ile de bağdaşmaz. Çünkü bir milletin, kendi anayasasını değiştirmesini yasaklaması, egemenliğinden vazgeçmesi demektir.. Kaldı ki, bir dönemin kurucu iktidarının gelecekteki kurucu iktidarı sınırlaması, ya da bir öncekinin sonrakine üstünlüğü iddia edilemez. Aksi takdirde, ortaya çıkan değiştirme zorunluluğunun engellenmesi, anayasal düzendeki değişikliklerin zor kullanarak yapılmasına imkan tanımak olur ki, hukukçu hiçbir zaman şiddet yolunu öneremez.”

Gerçekten de kurucu iktidar bir anayasa ihdas etme faaliyeti olduğuna göre bu gücün oluşumu ve işleyişi anayasacılık ve bunun beraberinde getirdiği kuvvetler ayrılığı, hukuk devleti ve çoğulcu demokrasi bakımından sorgulanmalıdır. Anayasacılığın itici gücü olan bu ilkeler kurucu iktidarın ontolojisinden pratiğine kadar her aşamada dikkate alınmalıdır.

Burada asıl üzerinde durulması gereken konu demokratik kurucu iktidar kavramı olmalıdır. Buna göre kurucu iktidarın kuruculuk vasfını halkın iradesinden aldığı göz önünde bulundurulmalıdır. Böyle olunca kuruculuk yetkisini halktan alan meşru bir meclis bir anayasayı baştan yapabileceği gibi onu tümünden de değiştirebilir. Zaten anayasa bir “toplum sözleşmesi”dir. Şu halde toplumsal değişim ve dönüşümü oluşturan dinamikler, toplumsal sözleşmenin tamamen değişimini de gerektirebilecektir. Öneme binaen tekrar etmek gerekirse, hukuk yoluyla halkın siyasal birliğini tesis eden toplum sözleşmesi niteliğindeki anayasa, yine toplumun kendi iradesi doğrultusunda baştan ya da kısmi şekilde yapılandırılabilir.

Doktrinde Can’ın³⁶ “*Kurucu iktidar somut bir organ ya da kurum değil, bir işlevdir. Yürürlükteki hukuk düzenini ihlal suretiyle ortaya çıkabildiği gibi, bu hukuk düzeninin normatif verilerine dokunmaksızın bu düzeni yenisiyle ikame edebilir. Dolayısıyla “yasa dışı” bir sosyal grup olabileceği gibi, “yasal” bir organ da bu işlevi üstlenebilir. Örneğin tüm parti ve toplumsal güçlerin çağrısıyla ortaya çıkan kurucu bir meclis kurucu iktidar yetkisini kullanabileceği gibi, hâlihazırdaki bir parlamento da bu yetkiyi kullanabilir.*” şeklinde ifadeleri yer almaktadır. Yukarıdaki ifadelere dikkat edildiğinde bir işlev ve yetki olarak tarif olunan kurucu iktidar kavramı çerçevesinde parlamentonun yeni bir anayasa yapabileceği sonucuna giderken, “yasa dışı sosyal bir grub”un dahi kurucu iktidar vasfını kazanabileceği söylemiyle en azından bir kafa karışıklığını ortaya

³⁶ Can, Anayasayı Değiştirme İktidarı, s. 106.

koymakta, pozitivistlerin kurucu iktidar anlayışı ile demokratik kurucu iktidar kavramı olumlaması arasında gidip gelmektedir.

O halde meseleye ülkemiz açısından baktığımızda, TBMM'nin kurucu iktidar yetkisi kullanmak suretiyle yeni bir anayasa ihdas ederek kurucu referandum³⁷ yoluyla yürürlüğe koyabilmesinde bir mahsur olmadığını söylemek mümkündür. Şunu önemle belirtelim ki, TBMM'nin bu usul içerisinde yeni bir anayasayı yaparak yürürlüğe koymasının önünde, yürürlükteki 1982 Anayasası herhangi bir engel teşkil etmemektedir. Bu süreç işletilirken, mümkün olduğunca katılımcı, şeffaf ve dolayısıyla demokratik şekilde yönetilmeli toplumsal tüm kesimlerinin talep ve tercihlerini karşılayabilecek bir metnin oluşumu bakımından yine tüm toplum katmanlarının görüşlerinin toplanarak dikkate alındığı bir usul benimsenmelidir. Ancak böyle yapıldığında bir toplumsal sözleşme mahiyetinde bir anayasa ihdas edilmiş olur.

B. TÜRKİYE'DE TÜREV KURUCU İKTİDARIN YETKİ SINIRI: DEĞİŞMEZ HÜKÜMLER SORUNU

1. Genel Olarak Türk Anayasalarında Değiştirilemez Hükümler

Osmanlı-Türk anayasal gelişmelerine anayasa tarihi yönünden bakıldığında, 1876 Kanunî Esası, 1924 Anayasası, 1961 Anayasası ve 1982 Anayasalarının katı anayasa anlayışını haiz olduklarını görmekteyiz. Karşılaştırmalı anayasaya hukuken bakımından, katı anayasa sistemini benimsemiş olan anayasalarda kabul gördüğü üzere bizim 1924, 1961 ve 1982 Anayasalarının da değiştirilmez hükümler içerdiği gözlenmektedir.

Kanun-i Esaside bu yönde bir hüküm bulunmamakta, fakat Cumhuriyet dönemi anayasalarında ilk kez 1924 Anayasası ile başlamak üzere hepsinde değiştirilmez hükümlere yer verilmiştir. Nitekim 1924 Anayasasının, değişiklik sürecini düzenleyen 102. maddesi değiştirilmez hükümleri de belirlemiştir. Gerçekten de, Anayasanın 102. maddesinde devletin şeklinin Cumhuriyet olduğu hakkındaki 1. maddenin değiştirilmesinin dahi teklif edilmeyeceği hükmüne yer verilmişti. Keza 102. maddenin 4. fıkrası “Bu kanunun, Devlet şeklinin Cumhuriyet olduğu hakkındaki birinci maddesinde değişiklik ve başkalaama yapılması hiçbir türlü teklif dahi edilemez” hükmünü havidir.

Söz konusu 1924 Anayasasının 102. maddesi Anayasanın değiştirilmez hükmü kapsamını dar tutarak değiştirilmezliği, Cumhuriyet yönetim şekline teksif etmiştir. Gerçi, 1924 Anayasası tasarısının TBMM’de görüşülmesi esnasında, değiştirme yasağının genişletilmesi yönünde teklifler gelmiştir, ancak bu görüşler kabul görmemiştir. Örneğin Bozok Mebusu Hamdi Bey’in; Devletin dinini,

³⁷ Hekimoğlu, s. 11.

başkentini ve resmi dilini belirleyen 2. maddesinin; egemenliğin kayıtsız şartsız millete ait olduğunu söyleyen 3. maddesinin ve TBMM'nin milletin tek ve gerçek temsilcisi olduğunu, egemenliği millet adına yalnız onun kullanacağını düzenleyen 4. maddesinin de değiştirilmesinin yasaklanmasını istemiştir. Fakat getirilen bu öneri Meclis çoğunluğu tarafından reddedilmiştir.³⁸

1961 Anayasasına gelirse, burada da değiştirme yasağı varlığını korumuştur. Nitekim Anayasanın 9. maddesi, bu sefer madde numarası belirtmeksizin, Devlet şeklinin Cumhuriyet olduğu hakkındaki Anayasa hükmünün değiştirilemeyeceğini ve değiştirilmesinin teklif edilemeyeceğini öngörmüştür. Fakat özellikle Anayasa Mahkemesi uygulamasında bu yasak geniş yorumlanmış ve değiştirilmesi yasaklanan Cumhuriyetin sıradan bir Cumhuriyet olmadığı argümanıyla, bu kavramın, Anayasanın 2. maddesindeki nitelikleri de içermesi gerektiğine karar verilmiştir.

Nitekim Yüksek Mahkeme, 27.1.1977 günlü, E. 1976/43 ve K. 1977/4 sayılı kararında aynen şunları vurgulamıştır:³⁹

"... Anayasanın 9. maddesi ile değiştirilmesi yasaklanan Türkiye Cumhuriyetinin temel nitelikleri, Anayasanın 2. maddesinde ve bu maddenin gönderme yaptığı Başlangıç kısmında açık biçimde belirtilmiştir. Bu bakımdan 9. maddedeki yasak, yalnız 'Cumhuriyet' sözcüğünün değiştirilmesini değil, 2. madde ve bu maddenin gönderme yaptığı Başlangıç kısmında belirtilen nitelikleri de kapsar. Anayasanın 2. maddesi, Türkiye Cumhuriyetini, insan haklarına ve başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan milli, demokratik, laik ve sosyal bir hukuk devleti olarak tanımlamıştır. Buna göre, bu ilkelerden soyutlanmış devleti, Anayasanın tanımladığı 'Cumhuriyet' olarak kabul etme olanağı yoktur".⁴⁰

³⁸ Erdal Onar, 1982 Anayasasında Anayasayı Değiştirme Sorunu, 1993, s. 7.

³⁹ a. 16.6.1970 günlü, E. 1970/1, K. 1970/31 sayılı Karar.
b. 13.4.1971 günlü, E. 1970/41, K. 1971/37 sayılı Karar.
c. 15.4.1975 günlü, E. 1973/19, K. 1975/87 sayılı Karar.
d. 23.3.1976 günlü, E. 1975/167, K. 1976/19 sayılı Karar.
e. 12.10.1976 günlü, E. 1976/38, K. 1976/46 sayılı Karar.
f. 12.10.1976 günlü, E. 1976/26, K. 1976/47 sayılı Karar.

⁴⁰ Gerçekten de 1961 Anayasası tasarısının Temsilciler Meclisinde görüşülmesi sırasında, değiştirme yasağının yalnızca Devlet şeklinin Cumhuriyet olduğuna yönelik hüküm için değil, fakat Cumhuriyetin bazı nitelikleri için de söz konusu olması istenmiş idi. Bu meyanda, üyelerden Necip Bilge, şöyle demiştir: *"... Kanaatimce, sadece Devlet şeklinin Cumhuriyet olduğu hakkındaki hükmün değişmezliğinin ifade edilmesi yeterli değildir. Çünkü bugün dünyanın en saçgısından, en solcusuna kadar bütün diktatörlükleri, rejimlerinin Cumhuriyet olduğunu ifade ve ilan etmektedirler... Onun için, ben şahsen, sadece Cumhuriyetin değil, Cumhuriyetimizin vasıflarından olan demokratik ve laik olduğu şeklindeki prensibin de değişmezliği şeklinde bir hükmün konmasının daha uygun olacağı kanaatindeyim..."* Aktaran Onar, s. 8.

Açıkça görüldüğü üzere, Yüksek Mahkeme kararlarıyla Cumhuriyet kavramının kapsamı genişletilmiş ve Anayasada yer verilen Cumhuriyet'in temel ilkeleri de bu kavram kapsamında kabul edilerek değişmezlik yasağının muhtevasına dahil edilmiştir. Bu hükmün tesisinde Anayasa Mahkemesinin cumhuriyet kavramının salt lafzi ya da tarihsel yorumla⁴¹ değerlendirmeyip dinamik yorum metodu uyguladığını söylemek yerinde olacaktır. Böylelikle yorum yoluyla anayasa hükümlerinin mahiyetini genişleten bir yargı aktivasyonu gösterilmiştir.

2. 1982 Anayasasında Değiştirilemez Hükümler Sorunu

a. Genel Olarak

1982 Anayasası, 1924 ve 1961 Anayasasına nazaran değiştirilmez hükümlerin kapsamını daha geniş tutmuştur. Gerçekten de 1982 Anayasasının değiştirilemeyecek hükümler başlıklı 4. maddesine göre

“Anayasanın 1’inci maddesindeki Devletin şeklinin Cumhuriyet olduğu hakkındaki hüküm ile, 2’nci maddesindeki Cumhuriyetin nitelikleri ve 3’üncü maddesi hükümleri değiştirilemez ve değiştirilmesi teklif edilemez”.

Öte yandan 1982 Anayasasının hazırlık sürecinde de değiştirilemezlikle ilgili hükmün önemli tartışmalara sebep olduğunu görmekteyiz. Danışma Meclisindeki görüşmelerde bazı üyeler tarafından değiştirme yasağı kapsamının geniş tutulması ve özellikle 2. maddedeki Cumhuriyetin niteliklerini de kapsaması gerektiği dile getirilmiş olsa da bu öneriler o aşamada kabul görmemiştir. Danışma Meclisinde değiştirilemezlik kapsamı 1924 ve 1961 Anayasalarında olduğu gibi yönetim şeklinin Cumhuriyet olduğu hükmü ile sınırlı tutulmuştur. Gerçekten de Karagöz’ün belirttiği üzere⁴² Danışma Meclisinin 18 Ağustos 1982 tarihli 129. birleşiminin 5. oturumunda değiştirilemez hükümlerle ilgili oldukça heyecanlı tartışmaların yapıldığı görülmektedir. Danışma Meclisindeki görüşmelerde değiştirilemez hükümlere ilişkin iki temel yaklaşım ortaya konulmuştur. İlk yaklaşıma göre; değiştirilemezlik kapsamına Devlet yönetim şeklinin Cumhuriyet olduğu hakkındaki hükme 2. maddedeki Cumhuriyetin niteliklerinin de eklenmesi olmuştur. İkinci öneri ve teklif ise Kamer Genç tarafından öne sürülmüştür.

⁴¹ Zira bu hususta 1961 Anayasasının Temsilciler Meclisinde görüşülmesi sırasında, değişiklik yasağının, Cumhuriyetin bazı niteliklerini de içermesi yolundaki önerilere Anayasa Komisyonu sözcüsü Aksoy şu açıklamalarda bulunmuştur: “... Anayasaya bunu da koymak millet’in hakimiyet sahasını biraz daha daraltmak demek olur. Eski Anayasamızda yer alan istisnayı, Fransa’da da olduğu gibi devam ettiriyoruz. Ne kadar faydalı olursa olsun, buna yenilerini eklemeyi doğru bulmuyoruz. Aksi halde ‘Demokratik’ten başka ‘Laiklik’e de, ‘Sosyalliğe’ de teşmil edelim mi sormak, kaçınılmaz mukadder adımları teşkil edecektir. Yani yasaklar halkası artık namütenahi genişleyebilir. Demokrasinin korunmasını başka yollardan temin etmeliyiz”. Aktaran Onar, s. 10-11.

⁴² Kasım Karagöz, “Yeni Anayasada Değiştirilemez Hükümler Sorunu”, 2013, 50, Yeni Türkiye Dergisi s. 592.

Kamer Genç değiştirilemezlik kapsamının Devlet şeklinin Cumhuriyet olduğu hükmü ile sınırlı tutulmasını önermiştir. Tam bu noktada Anayasa Komisyonu Başkanı Orhan Aldıkaçtı ise daha etkili gerekçeler ileri sürerek değiştirilemezlik hükmünün yalnızca yönetim şeklinin Cumhuriyet olduğu hükmü ile sınırlandırılması, kapsamının ikinci maddedeki Cumhuriyetin niteliklerini de kapsayacak şekilde genişletilmemesini istemiştir. Bu doğrultuda Aldıkaçtı aynen şu değerlendirmelerde bulunmuştur:⁴³

“Bir toplum olduğu gibi kalmaz ve bir toplum daima gelişir. Gelişmekte olan bir toplumun dayandığı sosyal değerler zamanla değişir. Hukuk kuralları dahi değişir. Bir toplumun dayandığı sosyal kuralların yahut hukuk kaidelerinin değişmeyeceğini, değişmesinin mümkün olmayacağını düşünmek, eşyanın tabiatına aykırı bir durumdur. Türkiye Cumhuriyeti'nin değişmezliğini ilan eden madde dahi; realist olalım arkadaşlar bir gün memlekette böyle bir şey olması mümkün değil, gerekçede bunu belirttik, sakın bize böyle bir fikir verilmesin; ama değiştirilirse ne yapılır? Çoğunluk değiştirirse ne yaparız. Hiçbir şey yapamayız. Çoğunluğun kararına uyarız yahutta isyan ederiz, karşı karşıya dövuşürüz. Fakat bunun dışında, eğer bir hukuk kuralı değiştirilecek olursa, değiştirilmek istenirse; bir sosyal değer değiştirilmek istenirse, buna karşı çıkmaz. Buna karşı çıkmaya çalışmak, bunu toplumu olduğu yerde bırakmak fikrine eş anlamına gelir. Yani, toplumun birtakım değerleri olacak, o değerler katiyen değişmeyecek... Bu sözlerim fazla soyut gibi görünür. Size, isterseniz somut bir örnek verelim. Farz edelim ki, 1920 yılında Türkiye'de bir anayasa yapılmış olsun ve bu anayasa devletin dininin İslam olduğu ilkesine dayansın ve bu ilke de aynı düşünceye yahut aynı ilkeye uyularak değişmez bir hüküm, değişmez bir ilke olarak ilan edilsin. Sonra nasıl ilan edecektik laiklik ilkesini?...”

Görüldüğü gibi, Danışma Meclisi yalnızca yönetim şeklinin Cumhuriyet olduğu hakkında hükmün, o da yalnızca tarihsel nedenlerle, belki bir siyasi korumaya amacıyla sadece Cumhuriyetle sınırlandırılmasını istemiştir.⁴⁴ Ancak Milli Güvenlik Konseyinin önüne geldiğinde en çok tartışmalı metnin Anayasanın 4. maddesi olarak ortaya çıktığını görmekteyiz.

b. Değiştirme Yasağının Hukuki Değeri

Değiştirme yasağının hukuki değerinin tespitinde önceden ileri sürülmüş görüşleri dikkate alarak meseleye yaklaşmak yerinde olur. Bazı kamu hukukçuları,⁴⁵

⁴³ Aktaran Karagöz, s. 593.

⁴⁴ Karagöz, s. 594.

⁴⁵ Teziç, s. 168.

esasinda anayasalarda değiştirilemeyeceği öngörülen hükümlerin hukuki bakımdan bir değeri söz konusu olmadığını ifade etmektedirler. Çünkü belirli bir dönemin kurucu iktidarı, geleceğin kurucu iktidarından daha üstün kabul edilmemelidir. Gerçekten de bir dönemin kurucu iktidarı kendi değiştirilemez hüküm ve ilkelerinin fikri kıskacına alarak gelecek kuşakların hukuk düzenini değiştirebilme iradesini hapsedmemelidir. Yine bu yaklaşımı benimseyenler, böyle bir yasağın cari olduğu hukuk sisteminde anayasayı değiştirme yetkisini haiz kurucu iktidar anayasada öngörülen usullere uyarak, yasaklayıcı maddeyi yürürlükten kaldırıp, ikinci bir aşamada da, değiştirilmesi yasak hususları yeniden siyasi tercihine göre düzenleyerek tüm sınırlamalardan sıyrılabilme formülünü uygulayabilir.

Buradan hareketle, bu türden değiştirilemezlik yasağı vazedenden kurucu iktidarların, sadece yeni bir anayasa ihdas etme fikrinden öte böyle hükümler vasıtasıyla kendi siyasal ideallerini cisimleştirecek sonraki nesillere dayattığı söylenebilir. Bu yüzden de zahiren geleceğin kurucu iktidarları bakımından bağlayıcı gibi görünseler de esasen değiştirilemezlik noktasında hukuki bir değeri haiz değillerdir. Zaten söz konusu bu yasaklamaların hukuki olmaktan ziyade tarihi ve siyasi bir değer ve geçerliliği vardır. Bu yasakların neticesi de somut hukuki müeyyidelerden mahrumdur, yalnızca yasama organına yönelik manevi müeyyidelerden ibarettir.⁴⁶

1982 Anayasası özelinde düşünürsek, değiştirilmesi yasak hükümleri öngören hükmün değiştirilmesini yasaklama iradesine sahip olduğu halde, diğer bir ifade ile değiştirme yasağını yasaklama tekniğini uygulayarak hükmün hukuki koruma değerini yükseltmeye çalışmaması, kurucu iktidarın bilinçli bir tercihidir.⁴⁷ Değiştirme yasağını yasaklama tekniğinin uygulanmadığı bir anayasa bakımından, bu kez değiştirilmesi açık bir şekilde yasaklanmayan bu normun değiştirilemeyeceğini söylemek, bu normun muhtevasını yorum yoluyla genişletmekten başka bir anlam taşımaz.⁴⁸ Öte yandan, değiştirme yasağını düzenleyen hüküm istisnai nitelikte olup dar yorumlanır. Bir başka açıdan meseleye bakıldığında, anayasayı değiştirebilmek genel kural, değiştirme yasağı kuralı ise istisnai nitelikte olduğundan genişletici yorum yöntemi ile mahiyetinin genişletilmesi hukuk mantığına aykırıdır.⁴⁹

⁴⁶ Mustafa Erdoğan, *Anayasa Hukuku*, 6. Baskı, Orion Yayıncılık, 2011, s. 330.

⁴⁷ Aynı yönde bkz. Adnan Küçük, "Yeni Anayasa Yapımı Eşiğinde: Demokratik İradenin 'Anayasadaki Değiştirilmesi Yasak Hükümler'le Bağlanması", in Murat Yanık, Hüseyin Özcan ve Ahmet Akcan (ed.), *Uluslararası Anayasa Kongresi Metinler Kitabı 3*, İstanbul Kültür Üniversitesi Yayınları, 2012, s. 210.

⁴⁸ Ayrıca Erdoğan'ın da ortaya koyduğu gibi, değiştirilmesi yasaklanan hükümlerin değiştirilmesi yolunun açık olması, değiştirilebilmesinin de hukuken mümkün olması yalnızca bir hukuki olanaktır; söz konusu bu olanağın kullanılması ise esas itibarıyla ortamdaki siyasal güç ilişkilerine bağlı bir mefhumdur. Erdoğan, s. 331.

⁴⁹ Kemal Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Esasları*, Ekin Yayınları, 2010, s. 120-121.

Bu savın, hukukun genel ilkeleri gibi bazı kayıtlarla, toplumsal değişim ve dönüşüm ekseninde değerlendirilmesi ve bu odaktan hareket edilmesi bağlamında yerinde olduğu söylenebilir. Gerçekten de toplumdaki devinim ister istemez süreç içerisinde hukuki belgelere de yansır. Öyle olmasaydı anayasacılık hareketleri ve tarihinden söz edilemezdi. Kaldı ki, eğer anayasanın yapısal şartlarında ya da haklar şartında hukuki yollardan değişiklik yapılması önlenirse, bu değişiklik anti-demokratik ve hukuksal olmayan yollardan gerçekleştirilme kapısına yönlendirecektir. O halde çözümün hukuk içerisinde aranması elzemdir.⁵⁰

Bu konuda farklı bir görüş de söz konusu değişmezlik yasağının hiçbir hukuki değerinin olmadığı söylenmesinin yerinde olmadığı şeklindedir. Öyle ki, bazı anayasalarda bu yasaklamalar için açık bir şekilde müeyyide ve esas yönünden denetim öngörülmüş olmasa dahi Federal Almanya, Türkiye ve Hindistan'da olduğu gibi, anayasa değişikliklerini esastan denetleme yetkisini kendinde gören yüksek mahkemelerin mevcut oldukları ortadadır. Böyle olunca, anayasadaki değiştirme yasaklarının bütünüyle hukuki müeyyideden yoksun oldukları söylemeyecektir.⁵¹ İkinci olarak, şu argümanı ileri sürmek de yerinde olmaz; önce değiştirme yasağı getiren madde kaldırılıp, daha sonra da değiştirilmesi yasaklanan hükümlerin değiştirilebileceği yöntemini uygulamak, buna hiçbir hukuki engelin bulunmadığını söylemek de haklı olmayacaktır. Zira bu yöntem tipik bir "hile-i ser'iyye"dir. Ayrıca bu tür bir yol hukukun genel ilkeleri tarafından himaye edilemez. Burada yasaklanan şey, söz konusu hükümlerin devrimle, hükümet darbesiyle değiştirilmesi değildir; aksine yasaklanan, bu hükümlerin, anayasal sınırlar dahilinde kalınarak, kurucu iktidar tarafından değiştirilmesidir.⁵² Nitekim Gören'e göre⁵³

"Bazı temel Anayasa ilkelerinin yazılı bir değişmezlik kuralı ile değişmezliği, ancak Anayasayı değiştirme yetkisi konusunda yazılı olmayan belli sınırların bulunması halinde kabul edilebilir. Çünkü Anayasa değişikliğinin yazılı olmayan sınırları olmasaydı Anayasayı değiştiren yasa koyucu kolaylıkla yazılı değişmezlik kuralını dikkate almayabilirdi. Önce değişmezlik kuralını kaldırabilir ve daha sonra değişmezlik kuralı ile korunan ilkeleri değiştirebilir ve kaldırabilirdi. Ancak aslında değişmezlik kuralının Anayasada normlandırılmasıyla zımnen -yazılı olmadan- bu kuralın kendisinin değiştirilemez olduğu şart koşulmuştur."

⁵⁰ Aynı yönde bkz. Teziç, s. 167-168.

⁵¹ Küçük, s. 211.

⁵² Gözler, Kurucu İktidar, s. 142-143; Küçük, s. 211.

⁵³ Zafer Gören, "Anayasa Koyan Erk ve Anayasa Değişikliklerinin Sınırları", 2009, 8(16), İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, s. 6.

Buraya kadar yaptığımız farklı görüşlere ait açıklamalar dikkate alınınca, bu girift meselenin hali noktasında ikili bir ayırım çerçevesinde konuyu irdelemek gerekir. İlk ihtimal, açıkça yapılan günceli kavramaya çalışan olağan anayasa değişikliklerinin değiştirilmesi yasak hükümlere aykırı olduğunun tespiti hususunda Anayasa Mahkemesine esastan denetim yetkisinin verilmiş olmasıdır. İkinci ihtimal, anayasada değiştirilmesi yasak hükümler bulunması ve fakat Anayasa Mahkemesine, anayasa değişikliklerinin değiştirme yönünde korunan hükümler de dahil esası yönünden anayasaya uygunluğunu denetleme yetkisinin açıkça verilmemiş olmasıdır. İlk ihtimal çerçevesinde düşünürsek, anayasa kuralları arasında hiyerarşik bir yapı öngör¼lm¼ř olmakta; dolayısıyla değiştirme yasağına ilişkin hükümler üst norm olarak vasıflandırılarak herhangi bir anayasa değişikliğinin esas yönünden bu normlara uygunluğunun denetimi yolu ihdas edilmiş olmaktadır. Yine bu ihtimal dairesinde değiştirme yasağını öngören anayasal normların hukuki değerden yoksunluğu değil ancak üst¼nl¼ę¼nden bahsedebilmek m¼mk¼n olur. İkinci ihtimalde ise, anayasa değiştiren kanunlar yine anayasada açıkça Anayasa Mahkemesinin sadece şekil denetimine tabi kılınmişsa, bu halde değiştirme yasağı hük¼mlerinin bir blokaj değerinden bahsetmemiz uygun d¼řmeyecektir. Belki bu noktada değiştirme yasağını içeren hük¼mleri anayasaya derceden kurucu iktidar, tamamen abesle mi iştugal etmiştir sorusu da cevaplanmak gerekir. Bu sorunun cevabı, ilgili hukuk düzenindeki denetim organının, örneğin anayasa mahkemesinin yorum ve kararları göz önünde bulundurularak verilebilir. İkinci ihtimali düzenleyen anayasalarda yapılan değişikliklerin üst denetim organınca esasa girilerek ve değiştirilemez hük¼mleri de dahil tüm anayasa göz önünde tutularak ele alınması, değiştirilen anayasa yür¼rl¼kte kaldığı müddetçe hüsn¼ kabul gösterilebilecek bir yargı aktivizmi sayılabilir. Elbette ki, j¼ristokrasi sıfatlandırmasının yapılabileceği sınırlara ulaşmamak kaydıyla. Ancak bu durum anayasanın tamamını değiştiren kanunun denetimi söz konusu olduğunda geçerli olmamak gerekir. Çünkü artık mevcut anayasanın dikkate alınmasını gerektiren ve ona göre şekillenmiş bir hukuk düzeninin varlığı irade edilmemektedir. Hangi usulle şekillenmiş olursa olsun kurucu iktidarın maksat ve iradesi yeni bir anayasal düzen oluşturmak, kurgulamak olduğu için, bu iradenin ortaya koyduğu yeni anayasanın eskisine uygunluğundan bahsetmek ise abesle iştugal olacaktır. Bu yüzden değiştirme yasağı içeren hük¼mlere bir hukuki değer atfetmek belki doğrudan hukuka aykırılık teşkil eder. O halde bu hük¼mler, b¼t¼n¼yle yasama kudretine ilişkin, maddi yaptırım olmayan, siyasal ve tarihi bazı direktiflerden ibaret şekilde kabul edilmelidir.

DEĞERLENDİRME VE SONUÇ

Buraya kadar anlatılanlardan sonra belki de ilk cevaplandırılması gereken soru, demokratik bir hukuk devletinde normal bir dönemde yeni bir anayasa ihdası iktidarına sahip bir kurucu iktidar temerküz edebilir mi? Yukarıda vurguladığımız üzere her ne kadar katılmasak da doktrinde kurucu iktidar, asli kurucu iktidar ve türev kurucu olmak üzere farklılaştığı görülmektedir. Buna göre özellikle asli kurucu iktidar, bir devletin anayasasının “sıfırdan” ihdas edilmesi süreci ile ilgili olup, hukuki hiçbir bağ ile kayıtlı olmayıp bir “devleti” anayasal olarak kuran, kurulan devlete hukuki ve siyasi statü tayin eden, adeta yoktan anayasa yapan iktidar şeklinde nitelendirilmektedir. Asli kurucu iktidar böyle olunca mevcut anayasa üzerinde değişiklik yapma iktidarı da türev olarak vasıflandırılmaktadır. Böyle bir suni ayrıma katılmadığımız gibi, kurucu iktidarı adeta devleti yeni baştan kuran bir iktidar olarak tarif eden yaklaşıma da katılmıyoruz.

Öte yandan, anayasa normları arasında hiyerarşik bir yapının varlığı tezi de dayanaksız bir yaklaşımdır. Anayasalar toplumsal sözleşme olması hasebiyle öyle hassas kurgulanmaya çalışılmış metinlerdir ki, bazen bir hükmünün değiştirilmesi dahi anayasanın ruhuna (meta-juridique yapısına) tesir eder, devletin tüm karakteristik yapısına müdahale etme hükmünü taşır. Böyle olunca, türev kurucu iktidar da asli kurucu iktidar niteliği kazanır ki, bu ayrımın yapaylığının bir diğer delili olmaktadır. Şu halde, hukuki bir ara vermeye (hukuk boşluğu) ihtiyaç olmaksızın, sosyolojik, kültürel ve hatta ekonomik ve teknolojik gelişmelerin doğurduğu hukukun yeniden tanzimi ihtiyacı ortaya çıkması halinde bütünüyle yeni bir anayasa yapılması elbette mümkündür. Bir kez daha vurgulayalım ki, klasik kurucu iktidar ayrımı içerisindeki iktidar anlayışının benimsenmesi durumu ontolojik yapısı bakımından daha baştan bir meşruluk krizi doğurur.

Yeni bir anayasa ihdası iktidarı konusunu bu şekilde netleştirdikten sonra, anayasanın değiştirilmesi yahut yeni bir anayasa yapılması konusunda yürürlükteki mevcut anayasanın değiştirilemez hükümler sorununu da bu çerçevede ele almak gerekir. Nitekim Tanör,⁵⁴ Anayasanın 2. maddesiyle ilgili olarak;

“Artık 1961 Anayasasındaki gibi liberal ve demokratik bir içeriği kalmayan ‘Başlangıç’ bölümündeki ‘temel ilkeler’in de değiştirilemez ve değiştirilmeleri dahi teklif edilemez anayasa hükümleri haline gelmesi son derece ciddi bir sorundur. Bu nitelikteki bir ilkeler topluluğuyla bir ülkenin yakın ve uzak geleceğinin dondurulmak ve ipotek altına konulmak istenmesi, gelişme ve insan haklarına saygı gibi kavramlar açısından da haksız ve zoraki bir dayatmadır. Herhalde kimsenin, Türkiye Cumhuriyeti’nin ebediyete kadar 1982 Anayasasının 2’nci maddesiyle

⁵⁴ Bülent Tanör, İki Anayasa, Beta Yayınları, 1986, s. 167.

‘Başlangıç’ bölümünde yer alan temel ilkelerle yönetilebileceğini ve yönetilmesi gerektiğini söyleyebilme hakkı yoktur; herhangi bir anayasa koyucunun kendini bu kadar basiretli ve ileriye görür sayabilmesi mümkün değildir. Anayasalar, devletin dayandığı temel ilkeler sürekli değişirler. ‘İdeal’in artık bulunduğunu sanmak bu gelişmeyi tökezletir. ‘Devletin bütünlüğü, resmi dili, bayrağı, milli marşı ve başkenti’yle ilgili 3. maddenin de değiştirilemez kılınması ise fuzulidir. Bu konular başka ülkelerin anayasalarında da düzenlenmektedir; ancak bunların bir de ‘değiştirilemez’ sayılmalarına hiçbir gerek yoktur. 1982 Anayasa koyucusu, bu noktada da gereksiz ve aşırı bir duyarlılık göstermiştir.’

sözleriyle bu düzenlemeleri ve bu tercihin arkasındaki saiki eleştirmektedir.

Bu konuda Özbudun’un bizim de katıldığımız görüşüne⁵⁵ göre, anayasa hukuku öğretisinde oldukça tartışma arz eden bu sorunu, hislerden ve ön kabullerden uzak ve bu bağlamda diğer bazı demokratik nitelik barındıran tecrübelerin eşliğinde tartışmakta fayda bulunmaktadır. Bu bakımdan gerçekten de, bazı Batı demokrasilerinin anayasalarında değiştirilemez hükümlerin bulunduğu doğrudur. Ne var ki, bunun Avrupa demokrasilerinde genel kabul gördüğü görüşü yerinde değildir.

Gerçekten de mutlak değişmezlik hususu, Avrupa demokrasilerinde kural mahiyeti taşımamaktadır, ancak istisna teşkil etmektedir. Gerçekten de kimi ülke anayasalarında değişmezlik mevzusu, yalnızca devlet şeklinin cumhuriyet olduğunu belirtir ve bununla sınırlıdır (Fransa m. 89; İtalya m. 139). Bazı diğer Avrupa Devletlerinin anayasalarında yalnızca demokrasinin mahiyeti veya esas ilkelerini muhafaza eden hükümlere değişmezlik niteliği bahsedilmiştir. Örneğin Çek Cumhuriyeti Anayasasına göre (m. 9/2) “hukuk devletiyle yönetilen demokratik devletin temel gerekleri”ne dair bir değişiklik gerçekleştirilemez. İsviçre Anayasasına göre (m. 193, 194) bütünüyle yeni bir anayasanın kurulması veya anayasa değişikliğinin, “milletlerarası hukukun uyulması zorunlu kuralları”nı ihlal etmesi gerekir. Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasasınının 79’uncu maddesine göre 1’inci ve 20’nci madde muhteviyatındaki ilkelere ve federal devlet şekline aykırılık teşkil eden anayasa değişiklikleri gerçekleştirilemez. Söz konusu madde muhtevaları; insan onurunun yönelik dokunulmazlık, insan haklarına ilişkin dokunulmazlık ve vazgeçilmezliği, istibdada karşı direnme hakkı, bütün kamusal nitelik taşıyan iktidarların halktan neşet ettiği, Federal Almanya Cumhuriyetinin demokratik ve sosyal bir devlet olduğu gibi, demokrasinin esasını betimleyen ilkelere işaret etmektedir.

⁵⁵ Ergun Özbudun, Türkiye’nin Anayasa Krizi, Liberte Yayınları, 2009, s. 204-205.

Görüldüğü üzere, Avrupa demokrasilerinde anayasaların değiştirilemez hükümleri bağlamında birbiriyle kesinkes bir şekilde bağdaşan bir uygulama mevcut değildir. Gerçekten de, bu tür hükümleri hiç düzenlemeyen ülke anayasaları olduğu gibi, değiştirme yasağını yalnızca cumhuriyet ilkesi veya demokrasinin esaslı ilkeleriyle tahdit eden ülke anayasaları da söz konusudur. Buradaki temel endişe, demokrasi ve insan haklarını korumaktır. Bazı ülkeler, özel önem atfettikleri hükümleri değiştirme yasağı ile değil, güçleştirilmiş bir anayasa değişikliği yöntemiyle korumayı tercih etmiştir. Fakat hemen belirtelim ki,⁵⁶ 1982 Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında olduğu gibi, “toplumun huzuru, milli dayanışma ve adalet” türü her yoruma açık muğlak kavramlara, 2’nci maddenin atıfta bulunduğu “Başlangıç” bölümündeki “Türk milli menfaatleri”, “Türk varlığı”, “Türklüğün tarihi ve manevi değerleri”, “Atatürk... medeniyetçiliği” nev’inden çok daha muğlaklık ve esnek deyimlere; bayrağın şekli, milli marş ve başkente değişmezlik yükleyen diğer bir demokratik anayasa bulmak mümkün gözükmemektedir.

Öte yandan her ne kadar anayasayı değiştirme kudretine kimi “maddi” sınırlar tayin edilse dahi, söz konusu bu yasaklamaların müeyyidesinin ne olacağı; bir diğer ifade ile söz konusu değiştirilmezlik hükümlerine aykırılığın anayasa mahkemelerince denetlenip denetlenmeyeceği bir başka sorun teşkil etmektedir. Karşılaştırmalı anayasalara bakıldığında anayasa mahkemelerine bariz bir biçimde bu yetkiyi ihdas eden Avrupa ülkeleri Türkiye haricinde, yalnızca Moldova (m. 141), Ukrayna (m. 159), Azerbaycan (m. 153) ve Romanya (m. 144/a) gibi ülkelerden ibarettir.⁵⁷ Bu dört ülkede de gerçekleştirilen anayasal denetim, ön-denetim mahiyetini taşımaktadır. Anayasalarda bu tür bariz bir yetki ihdas edici hükmün bulunmadığı durumlarda anayasa mahkemeleri çoğunlukla kendilerini böylesi bir denetim gerçekleştirmeye yetkili bulmamaktadır. Fransız Anayasa Konseyi ile Slovenya, Macaristan ve İrlanda anayasa mahkemelerinin içtihadı bu doğrultudadır. Özbudun ‘un belirttiği gibi⁵⁸ durumun bu şekilde olması esasen doğru olandır. Çünkü Kıta Avrupası anayasa yargısı modelinde anayasa mahkemeleri genel bir yargı yetkisine sahip değildirler; ancak anayasadan kaynaklanan “sınırlı ve özel” yargı yetkisini haizdirler. Buna karşılık Almanya ve Avusturya’da anayasa mahkemeleri, açık bir yetki hükmü olmamasına rağmen, “federal ve eyalet kanunlarının bu Temel Kanuna uygunluğu”nu denetleme ifadesindeki kanun deyimini, anayasayı da muhteva edecek şekilde yorumlamakta ve anayasa değişikliklerinin anayasanın değiştirilemez hükümlerine uygunluğu mevzusunu denetlemektedir.

Öte yandan ve son olarak Avrupa Hukuk Yoluyla Demokrasi Komisyonu’nun değiştirme yasaklarına yönelik yaklaşımını da ortaya koymakta yarar vardır. Kısa

⁵⁶ Bkz. Özbudun, Türkiye’nin Anayasa Krizi, s. 207.

⁵⁷ Özbudun, Türkiye’nin Anayasa Krizi, s. 208.

⁵⁸ Özbudun, Türkiye’nin Anayasa Krizi, s. 208.

adıyla Venedik Komisyonu 11-12.12.2009 tarihlerindeki toplantısında “Anayasa Değişiklikleri Hakkında Raporu” kabul etmiştir. Raporunda Avrupa demokrasi-lerinde anayasa değişikliklerinin mevcut durumu, sorunları ve taşınması gerekli hususlar üzerinde bazı tespit ve sonuçlarla beraber önerilerde bulunulmuştur. Komisyon Raporu şu hususların altını çizmektedir:⁵⁹

“... Komisyon, anayasalara dokunulmaz hükümlerin konulmasının uygun olup olmayacağı konusunda genel bir kanaate sahip değildir. Çünkü bu tarz hükümler konulması anayasacılığın zorunlu bir unsuru olmayıp pek çok anayasal sistem bunlardan yoksun bir biçimde başarılı olarak yürümektedir. Diğer yandan anayasalarda bu tür hükümlere yer verilmesinin tarihsel nedenlerle açıklanabileceği bazı devletlerde anayasal sistemin ayrılmaz bir parçası olduğu görülmektedir. Bununla birlikte potansiyel olarak tartışılabilir ve hayli karmaşık nitelikli dokunulmaz hükümlerin dikkatlice ve sadece demokratik düzenin temel ilkeleri bakımından konulması düşünülmelidir. Bir anayasal demokrasi devletin yapısı ve en temel ilkelerini amaçlamış olsa da reforma ilişkin tartışmalara imkân sunulması gerekmektedir. Dahası, eğer toplum çoğunluğu bir reform yapılmasını gerekli görmekteyse sınırlanmaması gereken demokratik bir karar ortaya çıkmış demektir. Tüm tarihsel veriler göstermektedir ki, belirli bir dönemde işlemiş anayasalar için mutlak dokunulmaz hükümler uygulamada asla mutlak olmamaktadır. Durumlar değişmiş ve siyasi baskıda hayli güçlenmişse dokunulmaz da olsa şu ya da bu biçimde bu kurallar da ister istemez değişeceklerdir. Bu bağlamda anayasal değiştirilmezlik politik çatışmaları uzatıcı negatif bir etkiye sahip olur ve gelecekte reform baskısının giderek artarak topluma maliyetinin çok daha yüksek olacağı bir değişime dönüşebilir. Bu temelde Komisyon, anayasalara değişmezlik hükümleri konulmasına genel itibarla son derece ihtiyatlı ve sınırlayıcı yorum yaklaşımı çerçevesinde bakmaktadır. Anayasal dokunulmazlık zırhıyla mutlak koruma altına alınmış kavram ve ilkelerin yukarıdaki yaklaşım çerçevesinde değerlendirilip belirli ölçüde anayasal dinamik yorum yolunun kullanımı-na kapılar açık tutulmalıdır”.

⁵⁹ Venedik Komisyonunu söz konusu bu raporunu aktaran Ömer Anayurt, “Anayasada Değişmezlik Hükümleri ve Yeni Anayasa İçin Öneriler”, 2013, 9(50), Yeni Türkiye Dergisi, s. 582, 583.

KAYNAKÇA

- Anayurt Ömer, “Anayasada Değişmezlik Hükümleri ve Yeni Anayasa İçin Öneriler”, 2013, 9(50), Yeni Türkiye Dergisi, s. 575-585.
- Anayurt Ömer, Anayasa Hukuku Genel Kısım, Seçkin Yayınları, 4. Baskı, 2021.
- Aristoteles, “Keyfi Yönetim, Hukukun Üstünlüğü” Çev. Mete Tunçay in Micahel Rosen ve Jonathan Wolff (ed.), Siyasal Düşünce, Dost Kitabevi, 2006.
- Can Osman, “Anayasayı Değiştirme İktidarı ve Denetim Sorunu”, 2007, 62(3), Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, s. 101-139.
- Çağlar, Bakır, Anayasa Bilimi, BFS Yayınları, 1989.
- Erdoğan Mustafa, Anayasa Hukuku, 6. Baskı, Orion Yayıncılık, 2011.
- Fortenbaugh William W., “Aristotle on Prior and Posterior, Correct and Mistaken Constitutions” in David Keyt ve Fred D. Miller (ed.), A Companion to Aristotle’s Politics, Blacwell, 1991.
- Gören Zafer, “Anayasa Koyan Erk ve Anayasa Değişikliklerinin Sınırları”, 2009, 8(16), İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, s. 1-15.
- Gözler Kemal, Kurucu İktidar, Ekin Yayınları, 1998.
- Gözler Kemal, Anayasa Hukukunun Genel Esasları, Ekin Yayınları, 2010.
- Gözler Kemal, “Asli Kurucu İktidar-Tali Kurucu İktidar Ayrımı: TBMM Yeni Bir Anayasa Yapabilir Mi?” in Ece Göztepe ve A. Çelebi (ed.), Demokratik Anayasa: Görüşler ve Öneriler, Metis Yayınları, 2012.
- Grimm Dieter, Constitutionalism: Past, Present, and Future, Oxford University Press, 2016.
- Hamilton Alexander, The Federalist Papers, No: 9.
- Hekimoğlu Mehmet Merdan, “Bu Meclis Anayasa Yapabilir Mi?”, http://www.ekonomik-yorumlar.com.tr/files/articles/1526374707_39.pdf, s. 8-11, Erişim Tarihi 7.03.2021.
- Herdegen Matthias, “Anayasa Yapımının Sınırları” Çev. Naim Demirel, in Otto Depenheuer ve Christoph Grabenwarter (ed.), Anayasa Teorisi, Lale Yayıncılık, 2014.
- Karagöz Kasım, “Yeni Anayasada Değiştirilemez Hükümler Sorunu”, 2013, (50), Yeni Türkiye Dergisi, s. 586-596.
- Kraut Richard, Aristotle: Political Philosophy, Oxford University Press, 2002.
- Küçük Adnan, “Yeni Anayasa Yapımı Eşiğinde: Demokratik İradenin ‘Anayasadaki Değiştirilmesi Yasak Hükümler’le Bağlanması”, in Murat Yanık, Hüseyin Özcan ve Ahmet Akcan (ed.), Uluslararası Anayasa Kongresi Metinler Kitabı 3, İstanbul Kültür Üniversitesi Yayınları, 2012, s. 204-238.
- Miller Fred D., “Aristotle on the Ideal Constitution” in David Keyt ve Fred D. Miller (ed.), A Companion to Aristotle’s Politics, Blacwell, 1991.
- Oder Bertil Emrah, “Anayasa Nedir? Anayasacılık Nedir?” in İbrahim Ö. Kaboğlu (ed.), Türkiye’nin Anayasa Gündemi, 3. Baskı, İletişim Yayınları, 2016.
- Onar Erdal, 1982 Anayasasında Anayasayı Değiştirme Sorunu, Yayınevi Yok, 1993.

¼zbudun Ergun, T¼rkiye'nin Anayasa Krizi, Liberte Yayınları, 2009.

¼zbudun Ergun, T¼rk Anayasa Hukuku, 18. Baskı, Yetkin Yayınları, 2018.

Parla Taha, "Anayasalar ve Kurucu Meclisler Üzerine Bazı Karşılaştırmalı Notlar", 1984, 38(3-5), İktisat Fak¼ltesi Mecmuası, s. 207-221.

Shields Christopher J., Aristotle, Routledge, 2007.

Tan¼r B¼lent, İki Anayasa, Beta Yayınları, 1986.

Teziç Erdoğan, Anayasa Hukuku, 7. Baskı, Beta Yayınları, 2001.



Türk Hukuk Camiasının Duguit'ye Teveccühü: Literatür Merkezli Bir Değerlendirme^(*)

The Turkish Legal Community's Concern to Duguit: A Literature-Based Assessment

Dr. Emre PARTALCI^(**)

Öz

Özgün fikirleriyle Léon Duguit (1859-1928) döneminin en önde gelen ve en şöhretli hukukçularından bir tanesidir. Türkiye'de hukuk literatüründe Duguit'in etkisi, başka pek çok önemli hukukçuya nazaran daha derin görünmektedir. Bu çalışmada Türkçede Léon Duguit külliyyatı değerlendirilmekte ve Duguit'in düşüncelerinin Türkiye'de yaygınlık kazanmasında etkili olan isimler ele alınmaktadır. Duguit'in Türkiye'deki etkinliği tespit edildikten sonra, bunun sebepleri üzerinde durulmaktadır. Duguit'in Fransızca yazıyor olması, literatürde de değinilmiş olan bir sebep olmakla beraber, yegane gerekçe değildir. II. Meşrutiyet döneminde ve Cumhuriyetin kuruluş evresinde Duguit'ye gösterilen alanın farklı gerekçeleri olduğu görülmektedir. Son olarak, Cumhuriyetin kuruluşundan günümüze değin geçen süre zarfında Duguit'ye gösterilen ilgi de, sayısal veriler ışığında değerlendirilmektedir.

Anahtar Kelimeler

Léon Duguit, Türkçe Literatürde Duguit, Türk Hukuk Tarihi, II. Meşrutiyet Dönemi, Cumhuriyet Dönemi.

Abstract

With his original ideas, Léon Duguit (1859-1928) is one of the foremost and most famous jurist of his time. Duguit's influence in the legal literature in Turkey seems to be more profound than that of many other prominent jurist. In this study, the works of Léon Duguit in Turkish is evaluated and the persons that are influential in the prevalence of Duguit's thoughts in Turkey are discussed. After determining the effectiveness of Duguit in Turkey, the reasons for this are emphasized. The fact that Duguit writes in French is a reason that has also been mentioned in the literature, but it is not the only reason. It is seen that the interest shown to Duguit during the II. Meşrutiyet and the establishment phase of the Republic had different reasons. Finally, the interest shown to Duguit from the establishment of the Republic to the present is evaluated in the light of numerical data.

Keywords

Léon Duguit, Duguit in Turkish Literature, Turkish Legal History, Era of the II. Meşrutiyet, Era of Republic of Turkey.

^(*) Araştırma Makalesi / [Makale Geliş Tarihi](#): 01.06.2022 - [Makale Kabul Tarihi](#): 20.06.2022

^(**) Sakarya Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Sakarya - Türkiye
[E-posta](mailto:epartalci@sakarya.edu.tr): epartalci@sakarya.edu.tr
[Orcid No](https://orcid.org/0000-0001-9926-5305): <https://orcid.org/0000-0001-9926-5305>

GİRİŞ

Léon Duguit döneminin en önde gelen ve en şöhretli hukukçularından bir tanesidir. Bordeaux’da Duguit’in ardılı olan Bonnard,¹ hayatını kaybetmesinin ardından hakkında şu sözleri sarf etmiştir:

“O hukuk biliminin en ünlü temsilcilerindendi. Çağdaş hukuk düşüncesinin önemli bir anıtı olarak kalacaktır. Çünkü onun meydana getirdiği özgün öğreti o kadar önemli ve kapsamlıdır ki, kimse bunu göz ardı edemez. Öğretisi hukuk biliminde derin izler bırakacaktır. Öğretisine karşı çıkanları dahi bazı meseleleri gözden geçirmeye ve fikirlerini düzeltmeye mecbur etmiştir”.²

Bu sözler herhangi bir merhumu hayırla yad etmekten fazla bir anlama sahiptir. Çünkü Duguit yaşadığı süre zarfında gerçekten de etkili olmuş bir hukukçudur. Ona atfedilen değeri örneklendirmek bakımından Columbia Üniversitesi, Coimbra Üniversitesi (Portekiz), Buenos Aires Üniversitesi ve Bükreş Üniversitesinde vermiş olduğu ders ve konferanslar³ ile Mısır kralının daveti üzerine o dönem henüz kurulan Mısır Üniversitesi’nin Hukuk Fakültesinin kurucu dekanlığı görevine getirilmesinden⁴ söz edilebilir. Bonnard’ın belirttiği üzere öğretisine karşı çıkanlar dahi onu gözardı edememektedirler. Sözgelimi 1925-1927 yılları arasında yayımlanan *Sovyet Devlet ve Hukuk Ansiklopedisinde* Duguit için bir madde ayrılmış, bu maddeyi Sovyet hukuk kuramının önde gelen temsilcilerinden Paşukanis kaleme almıştır.⁵ Etkisi ölümünün ardından da devam etmiştir. Buna bir örnek Latin Amerika üzerinden verilebilir: Kolombiya’nın 1936 tarihinde kabul edilen anayasasında, Duguit’in görüşlerinin çeşitli açılardan etki ettiği

¹ Edhem Menemenci, “Profesör Roger Bonnard’a Göre Sübjektif Hukuk”, *İÜHFİM*, C. I, S. I, 1935, s. 48.

² Roger Bonnard’ın “*Leon Duguit-Ses Oeuvres, Sa Doctrine*”den aktaran Léon Duguit, *Kamu Hukuku Dersleri*, Çev. Süheyp Derbil, Ankara, Ankara Üniversitesi Yay., 1954, s. III (Çevirmenin Önsöz’ü).

³ M. C. Mirow, “Léon Duguit”, *Great Christian Jurists in French History*, Ed. Olivier Descamps, Rafael Domingo, Cambridge, Cambridge University Press, 2019, s. 360.

⁴ Duguit, *Kamu Hukuku Dersleri*, s. 1.

⁵ Evgeny Pashukanis, “Leon Duguit”, İngilizceye Çev. Peter B. Maggs, *Pashukanis: Selected Writings on Marxism and Law*, Ed. Piers Beirne, Robert Sharlet, London, New York vd., Academic Press, 1980, s. 165-168. Bu madde Türkçeye çevrilmiştir (Bkz. Evgeny Pashukanis, “Leon Duguit”, Çev. Can Şimşek, *Hukuk Kuramı*, C. 2, S. 1, Ocak-Şubat 2015, s. 30-32). Ansiklopedinin yayımlandığı dönem itibarıyla Paşukanis’in Sovyetler Birliğindeki konumuna bakarak, onun görüşlerinin Sovyetler Birliğinin Duguit’ye ilişkin “resmî” görüşü yansıttığı ifade edilebilir (Bkz. Onur Karahanoğulları, “Paşukanis ve Sönümleneci Hukuk Kuramı”, *Modern Zamanlar Bir Yokmuş Bir Varmış, Fikret Başkaya’ya Saygı II*, Ankara, NotaBene Yayınları, 2013, s. 103, 104. Buna karşın Ekim Devriminin ardından sosyalist devrime Duguit’in görüşlerine dayanan bir hukuki temel tanımlama teşebbüsünün olduğu da ifade edilmelidir (Bruno Debaenst, “Le droit social, le droit individuel et la transformation de l’État”, *The Formation and Transmission of Western Legal Culture*, Ed. Serge Dauchy, Georges Martin vd., Cham (İsviçre), Springer, 2016, s. 430, 431).

görülmektedir.⁶ Kolombiya'nın yanı sıra Şili (1925) ve Arjantin (1949) anayasalarında mülkiyetin toplumsal bir işlev olarak nitelenmesinde Duguit'nin görüşlerinin önemli rol oynadığı belirtilmektedir.⁷

Bu makalede Duguit'nin Türkiye'de gördüğü alakaya açıklama getirmek amaçlanmaktadır. Ancak onun Türkiye'de gördüğü alaka, hiç şüphesiz, dünyanın geri kalanında gördüğüyle ortak bir paydaya sahiptir. Bu sebeple, en başta, Duguit'nin gördüğü teveccühün sebepleri üzerinde durmak gerekmektedir. Bu bakımdan öncelikle Duguit'nin dünya ölçeğinde şöhretine dayanak teşkil eden özgün görüşleri üzerinde durmak gerekir.

Duguit'nin kuramını eksiksiz bir şekilde ortaya koymak bu makalenin kapsamını aşar. Ayrıca bu makalenin ilerleyen sayfalarında görüleceği üzere, onun görüşlerini hemen hemen eksiksiz şekilde Türkçe kaynaklardan öğrenmek mümkündür. Burada, bu makale özelinde yarar sağlayacak belli başlı ayırt edici yönleri ortaya koymak yeterli görünmektedir. Bunun içinse, bizatihi Duguit'nin kendi görüşlerini hülasa ettiği, 1908'de *École des hautes études sociales*'de verdiği konferanstaki şemaya yaslanılabilir.

Duguit'nin görüşlerinin temelini sosyolojik bir hukuk yaklaşımı oluşturur. August Comte ve Emile Durkheim'in pozitivizmini hukuk alanına tatbik etmiştir.⁸ Ona göre hukuka dayanak teşkil edecek olguya dayalı bilginin kaynağı toplumsal ilişkilerdir. İnsanların toplumsal bir varlık olmak dolayısıyla tabi oldukları bir kural vardır. Bu kural, “toplumsal dayanışma (*solidarité sociale*)” ya da (Duguit'nin zaman zaman tercih ettiği diğer bir kavram olan) “toplumsal karşılıklı bağlılık (*interdépendance sociale*)” olgusuna dayanır.⁹ Hukuka bu bakış açısından yönelen Duguit, merkezî kavramı “hak” olan bir hukuku metafizik olarak nitelemektedir. Ona göre iradeye, menfaate ya da başka hangi istinat noktasına dayandırılmaya çalışılırsa çalışılınsın,¹⁰ bireyin ya da toplumun sahip olduğu mutlak bir “hak” konsepti, toplumsal dayanışma ya da toplumsal karşılıklı bağlılık temelinde dayalı hukukla telif edilemez. Buradan hareketle Duguit, bireyin mutlak hakları

⁶ Ana Carolina, Mercado Gazabón, *La influencia de León Duguit en la reforma social de 1936 en Colombia*, Bogotá, Universidad del Rosario, Facultad de Jurisprudencia, 2015, s. 65-73; David Schneiderman, “Özelleştirmeye Anayasal Yaklaşımlar: Neo-Liberal Anayasacılığın Ağırlığı Üzerine Bir İnceleme”, çev. Umut Koloş, *IÜHFİM*, C. LXXIII, Sy. 1, 2015, s. 513, 514.

⁷ M. C. Mirow, “León Duguit and the Social Function of Property in Argentina”, *León Duguit and the Social Obligation Norm of Property: A Translation and Global Exploration*, Ed. Paul Babie, Jessica Viven-Wilksch, Singapore, Springer, 2019, s. 281 vd.; M. C. Mirow, “Origins of the Social Function of Property in Chile”, *Fordham Law Review*, Vol. 80, Issue 3, December 2011, s. 1214.

⁸ Bahir Güneş Türközer, *Toplumsal Gerçeklik Olarak Hukuk: Leon Duguit Sistematiği*, Ankara, 1996, s. 81 vd.

⁹ Léon Duguit, *Hak Kavramı ve Devletin Dönüşümü Üzerine Üç Konferans*, Çev. Edip Serdengeçti, Haz. Emre Partalçı, İstanbul, Pinhan Yay., 2019, s. s. 24, 25; Duguit, *Kamu Hukuku Dersleri*, s. 15.

¹⁰ Duguit, *Kamu Hukuku Dersleri*, s. 22-25.

olduğu fikrine dayanan bir hukuk anlayışına karşı çıkmaktadır.¹¹ Bu yaklaşımın en önemli çıktısı ise mülkiyette görülmektedir. Duguit mülkiyeti toplumsal bir işlev olarak tanımlamaktadır.¹² Ona göre mülkiyetin salt bireysel amaçlara tahsis edilmesi, mülkiyetin içeriğinin sübjektivist ilkelere göre düzenlenmesine örnek teşkil eder.¹³ Halbuki mülkiyet toplumsal bir kurumdur; “zenginliğin bireysel ya da kolektif amaçlara tahsis edilmesi” anlamında mülkiyete hukuki anlamını kazandıran da “tahsis” değil, bu tahsisin toplumsal açıdan korunması ve güvence altına alınması gerekliliğidir.¹⁴

Duguit, sübjektif hakkın/hukukun yerine objektif hukuku ya da hukuk kaidesini koymaktadır. Ona göre insanlığın erişmiş olduğu pozitif aşamanın hukuku, metafizik öğelerden temizlendikten sonra olgulara istinat edilerek ortaya konacak olan hukuktur.¹⁵ Bu olguların aranıp bulunacağı yer ise toplumsal dayanışmanın hâkim olduğu toplumsal ilişkilerdir. Bu noktada Duguit’in bireyci değil, toplumcu bir hukuk anlayışına sahip olduğu söylenebilir. Bireyin, toplumsal olguyu paranteze alarak ileri sürebileceği bir hakkı yoktur. Hukuk, toplumsal olana kaynaklık eden olgulara dayandığı nispette hukuktur.¹⁶ August Comte’a atıfla dile getirdiği şu cümle, onun toplumcu hukuk anlayışını özetler gibidir: “Bu dünyada kimsenin daima vazifesini yapmaktan başka bir hakkı yoktur”.¹⁷

Duguit’in hak kavramına yönelttiği eleştirilerin bir uzantısı siyasi iktidara ve egemenlik düşüncesine yönelmektedir. Bireyin mutlak hakların bakımından olduğu gibi, siyasal iktidara mutlak bir irade bahşettiğini düşündüğü egemenlik düşüncesi de ona göre metafizik bir düşüncedir; olgulara istinat etmez. Duguit yöneten-yönetilen ayrımını bir vakıa olarak teslim eder; ne var ki yönetenlerin egemen olarak tanımlanması ve buna bağlanan sonuçları bir kurgu olarak kabul eder ve dışlar.¹⁸ Gözlemediği maddi/toplumsal olgu da ona göre, egemenlik kavramının insanlığın pozitif evresinde bertaraf edilmekte olduğudur.¹⁹ Duguit’in devlet aygıtına yönelen son bir gözleminden daha söz edilebilir. Ona göre sendikal faaliyetlerin toplumsal yaşamda tuttuğu yer nispetinde siyasal iktidarda ve yönetimde sendikaların etkinliğinde artış gerçekleşmektedir. Toplumsal işbölü-

¹¹ Duguit, *Hak Kavramı ve Devletin Dönüşümü Üzerine Üç Konferans*, s. 11 (Yayına hazırlayanın önsözü).

¹² M. C. Mirow, “The Social-Obligation Norm of Property: Duguit, Hayem, and Others”, *Florida Journal of International Law*, Vol. 22, 2010, s. 207-209.

¹³ Türközer, *Toplumsal Gerçeklik Olarak Hukuk*, s. 290, 291.

¹⁴ Türközer, *Toplumsal Gerçeklik Olarak Hukuk*, s. 289 vd.

¹⁵ Duguit, *Hak Kavramı ve Devletin Dönüşümü Üzerine Üç Konferans*, s. 11 (Yayına hazırlayanın önsözü).

¹⁶ Duguit, *Hak Kavramı ve Devletin Dönüşümü Üzerine Üç Konferans*, s. 11, 12 (Yayına hazırlayanın önsözü).

¹⁷ Duguit, *Kamu Hukuku Dersleri*, s. 134.

¹⁸ Duguit, *Kamu Hukuku Dersleri*, s. 52 vd.

¹⁹ Duguit, *Kamu Hukuku Dersleri*, s. 63 vd.

münde sendikaların üstleneceği rolün artması nispetinde, devletin hâlihazırda üstlenmiş olduğu rolün azalacağını ve gitgide bir denetleme ve gözetim faaliyetinden ibaret kalacağını öngörmektedir.²⁰

Duguit'nin hukuk dünyasında kazandığı konuma dayanak teşkil eden görüşleri böylece özetlenebilir. Duguit'nin Türkiye'de gördüğü ilginin objektif yönünü onun düşünceleri teşkil ettiğinden, aşağıdaki değerlendirmelerde Duguit'nin görüşlerinin buradaki dar çerçeve içinde de olsa akılda tutulması gerekir. Duguit, eğer Türkiye'de kayda değer bir alakayı celbettiyse, bunun Türkiye'ye özgü, subjektif gerekçeleri de olsa gerektir. Bu gerekçeleri tespit için, bu makalede ilk olarak Duguit'nin eserlerinin Türkiye'de bulunduğu karşılık ortaya konmaya çalışılacaktır. Bu noktada bir açıklama yapmak, Duguit'nin Türkiye'deki bulunduğu karşılığın kapsamını belirtmek gerekiyor. Teveccühüne odaklanılan "hukuk camiası", bu makale özelinde, Duguit'nin görüşlerinin Türkiye'de yaygınlaşmasına daha dolaysız şekilde katkıda bulunanlardır. Daha açık bir ifadeyle, Duguit'den yapılan çeviriler ile Duguit'nin görüşlerini eserlerinde ve üniversite kürsülerinde hukukçularla tanıştıran akademisyenlere odaklanılmaktadır. Bu, kapsamı bir açıdan daraltmak diğer bir açıdansa geniş tutmaktır: Duguit'nin görüşlerinin hukukumuzda yansımaları ve etkisinin nihai belirlenimini yapmak bakımından, hiç değilse yasama etkinliği ile yargı faaliyeti içinde durumun tespiti gerekir. Kapsam bu yönü dışlamakla daralmaktadır. Diğer taraftan Duguit'nin görüşlerinin çeşitli vasıtalarla aktarılmasının ve yaygınlaştırılmasının hukuki metinlere yansımaya gerekçeleri de pekala olabilir. Kapsamın, yasama ve yargı etkinliği içinde Duguit'nin karşılığıyla kayıtlı tutulmasının, onun görüşlerini Türkiye'ye getirmekle murat edilenlerin daha bütünlüklü olarak resmedilmesini mümkün kılacağı kanısındayız.

I. TÜRKÇEDE DUGUIT ÇEVİRİLERİ

Duguit'den Türkçeye yapılan tespit edebildiğimiz ilk tercüme 1910-11 yıllarında Anayasa Hukuku kitabının basın özgürlüğüne ilişkin kısa bir bölümüdür. Bu metin Âyan Meclisi'nin onayı ile Âyan Meclisi Kalemince yayımlanmıştır.²¹ *Fransa'da Hürriyet-i Matbuat ve Matbuat Nizamnameleri* başlığını taşıyan çeviri 15 sayfadır.²² Bu ilk tercümenin dönemin "hürriyet" şiarının bir yansıması olduğunu öne sürmek pekala mümkündür.²³ Bununla beraber Duguit'nin şöhretinin esas kaynağı olan gö-

²⁰ Duguit, *Hak Kavramı ve Devletin Dönüşümü Üzerine Üç Konferans*, s. 82 vd.; Duguit, *Kamu Hukuku Dersleri*, s. 73 vd.

²¹ Tunaya bu çevirinin, Ayan Meclisinin önyak olduğu bir broşür çeviri dizinin parçası olduğunu belirtmektedir (Tarık Zafer Tunaya, *Siyasî Müesseseler ve Anayasa Hukuku*, 2. Bs., İstanbul, Siyaset İlimi Serisi No. 9, 1969, s. 136).

²² Léon Duguit, *Fransa'da Hürriyet-i Matbuat ve Matbuat Nizamnameleri*, Çev. Mehmed Münir [Erteğün], İstanbul, Matbaa-ı Amire, 1326 [1910-11], 15 s.

²³ Duguit, *Hak Kavramı ve Devletin Dönüşümü Üzerine Üç Konferans*, s. 9 (Yayına hazırlayanın önsözü).

rüşleri yansıtan bir metin olarak nitelemek kolay değildir. Anayasa Hukuku kitabının ilgili bölümünden yapılan çeviri, Fransa’da basın özgürlüğüne ilişkin mevzuatı tarihî seyri içinde değerlendirmektedir. Çeviri bu bakımdan daha ziyade basın özgürlüğünün tanınması, tanıtılması gibi bir amaçla yayınlanmış görünmektedir.²⁴

Duguit dendiğinde akla gelen düşüncelerin bir çeviri vasıtasıyla doğrudan aktarılması, öyle görünüyor ki Kavasoglu Fuad’ın (h. 1271- ?) *Hakk-ı Esasî (Hukuk-ı Esasiye) Mebâhisinden*²⁵ başlıklı kısa metni ile 1912 yılında gerçekleşmiştir. *Muhamat* adlı dergide yayımlanan ve Duguit’in *Manuel de Droit Constitutionnel*²⁶ eserinden yapılan bu çeviri Duguit’in düşüncelerinin merkezinde yer alan konulara; siyasal iktidarın meşruiyeti, milli egemenlik ve iktidar olgusu gibi meselelere temas etmekle birlikte tüm bu meseleleri layıkıyla aktarabilecek hacme sahip değildir.²⁷ Daha kapsamlı bir girişim ise Kavasoglu’nun çevirisiyle aynı yıl içerisinde Yorgaki Effimianidis’ten²⁸ (1878-1959) gelmiştir. Effimianidis, Duguit’in *Les Transformations Générales du Droit Privé Depuis le Code Napoléon*²⁹ adlı eserini kısmen ve kısaltılarak çevirmiş ve *Hukuk-ı Hususiyenin Tahavvülât-ı Umumiyesi* başlığıyla tefrika halinde yayımlamıştır.³⁰ Altı bölümde oluşan özgün eserin “hukukun ve hukuk metodolojisinin son dönemdeki dönüşümü” ve “özgürlük ve mülkiyet, sözleşme ve kusurdan doğan bireysel sorumluluk bağlamında özgürlüğün toplumsal karşılıklı bağlılık ve toplumsal dayanışma ile ilişkisi” başlıklı ilk iki bölümü kısaltılarak çevrilmiş; “hukukta irade özerkliği ve hukuki eylemlerle ilişkisi” başlıklı üçüncü bölümün ise sadece ilk alt başlığı kısaltılarak çevrilmiş ve çeviri burada sona ermiştir.

²⁴ Emre Partalci, “II. Meşrutiyet’te Siyasal İktidarın Sorgulanması: Bir Léon Duguit Çevirisi”, *Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları*, S. 17, 2014 (Bahar), s. 79.

²⁵ Léon Duguit, “Hakk-ı Esasî (Hukuk-ı Esasiye) Mebâhisinden”, Çev. Kavasoglu Fuad, *Muhamat*, Sy. 7, 10 Kanunısani 1327 [23 Ocak 1912], s. 211-215 (Bu metnin çevriyazısı için bkz. Partalci, “II. Meşrutiyet’te Siyasal İktidarın Sorgulanması: Bir Léon Duguit Çevirisi”, s. 87-93).

²⁶ Léon Duguit, *Manuel de Droit Constitutionnel: Théorie générale de l’état - Organisation politique*, Paris, Fontemoing, 1907, VIII+1140 s.

²⁷ Kavasoglu Fuad’ın çevirisinin, çevirinin yayımlandığı dönemde Osmanlı Devletinde vuku bulan siyasi gelişmelere yönelik göndermelerle yüklü olduğu şeklinde değerlendirme için bkz. Partalci, “II. Meşrutiyet’te Siyasal İktidarın Sorgulanması: Bir Léon Duguit Çevirisi”, s. 85-87.

²⁸ Effimianidis’in hayatı ve eserleri hakkında bkz. Hasan Taner Kerimoğlu, “İmparatorluk’tan Cumhuriyet’e Bir Rum Aydını: Yorgaki Effimianidis ve Eserleri”, *Belgi Dergisi*, C. 2, Sy. 18, Yaz 2019/II, s. 1545-1562.

²⁹ Léon Duguit, *Les Transformations Générales du Droit Privé Depuis le Code Napoléon*, Paris, Félix Alcan, 1912, II + 206 s.

³⁰ Léon Duguit, “Hukuk-ı Hususiyenin Tahavvülât-ı Umumiyesi”, Çev. Yorgaki Effimianidis *Muhamat*, S. 17, 13 Zilhicce 1330/10 Teşrinisani 1328 [23 Kasım 1912], s. 515-521; S. 19, 14 Safer 1331/10 Kanunısani 1328 [23 Ocak 1913], s. 586-589; S. 20, 16 Rebiülevvel 1331/10 Şubat 1328 [23 Şubat 1913], s. 626-627; S. 22, 16 Cemaziyelevvel 1331/10 Nisan 1329 [23 Nisan 1913], s. 697-699; S. 23, 16 Cemaziühahir 1331/10 Mayıs 1329 [23 Mayıs 1913], s. 718-720; S. 29, 23 Muharrem 1332/10 Kanunuevvel 1329 [23 Aralık 1913], s. 892-895.

Parça parça yapılmış olan bu ilk çevirileri, Duguit'nin eserlerinin bütünlüklü çevirileri takip etmiştir. Duguit'nin *Le Droit Social, Le Droit Individuel et la Transformation de l'État*³¹ başlıklı metni, Edip Serdengeçti tarafından *Darülfünun Hukuk Fakültesi Mecmuası*'nda tefrika edilmiştir.³² Duguit'nin fikirlerinin dünyaya yayılmasında etkili olan bu metin,³³ Paris'te *L'École des Hautes Études Sociales*'de (Toplumsal Araştırmalar Okulu) verilen konferanslara dayanmaktadır. Duguit'nin alamet-i farikası olan objektif hukuk/sübjektif hukuk ayrımı ve egemenlik eleştirisi gibi meseleleri genel hatlarıyla ortaya koymaktadır.

Duguit'nin iki önemli eseri Ethem Menemencioğlu tarafından çevrilmiştir. Bunlardan ilki 5 ciltlik *Traité de droit constitutionnel*'in ilk iki cildir.³⁴ Ethem Menemencioğlu bu ciltleri *Hukuk-ı Esasiye*³⁵ başlığıyla tercüme etmiştir. Diğeri ise Duguit'nin Columbia Üniversitesinde vermiş olduğu derslerin notlarından oluşan *Souveraineté et liberté*³⁶ yani Egemenlik ve Özgürlük ya da Menemencioğlu'nun başlığı ile *Hâkimiyet ve Hürriyet*'tir.³⁷

1928 yılında Abdullah Cevdet'in dergisi *İçtihat*'ta kısa bir Duguit çevirisi çıkmıştır. Çevirmen bilgisi yer almayan *Belçika'da Usul-ı İntihabdan* (Belçika'da Seçim Usulünden) başlıklı metin,³⁸ Duguit'nin *Anayasa Hukuku*'nun ikinci cildinden çevrilmiştir.³⁹ *İçtihat*'ta yayımlanan kısa metin, tespit edilebildiği kadarıyla eski harflerle yapılan son çeviridir. Latin harfleriyle yazılan Türkçede, karşılaşılan ilk çeviri ise yine Ethem Menemencioğlu'na aittir. Her ne kadar Menemencioğlu'nun

³¹ Léon Duguit, *Le Droit Social, Le Droit Individuel et la Transformation de l'État*, Paris, Felix Alcan, 1908, 154 s.

³² Léon Duguit, "Ferdî Hukuk, İctimaî Hukuk ve İstihale-i Devlet", çev. Serdengeçtizade Edib, *Darülfünun Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. 2, Sy. 16, 1340 [1924], s. 497-516; C. 3, Sy. 17, 1341 [1925], s. 599-626; C. 3, Sy. 18, 1341 [1925], s. 746-767 (Bu metin, özgün çeviriyi ilave olarak sadeleştirilmiş haliyle beraber 2019'da yeniden yayımlanmıştır: Léon Duguit, *Hak Kavramı ve Devletin Dönüşümü Üzerine Üç Konferans*, Çev. Edip Serdengeçti, Haz. Emre Partalçı, İstanbul, Pinhan Yay., 2019, 184 s.).

³³ Debaenst, "Le droit social, le droit individuel et la transformation de l'État", s. 431. Eser, aralarında Rusça (1909), İspanyolca (1909), İngilizce (1909) ve Rumcanın (1923) da olduğu birçok dile çevrilmiştir (Debaenst, "Le droit social, le droit individuel et la transformation de l'État", s. 430).

³⁴ Menemencioğlu çeviriye 1921-1925 yılları arasında yapılan ikinci baskıyı esas almıştır. Künyeler şöyledir: Léon Duguit, *Traité de Droit Constitutionnel*, Tome 1, Deuxième Édition, Paris, Ancienne Librairie Fontemoing, 1921, XI+593 s.; Léon Duguit, *Traité de Droit Constitutionnel*, Tome 2, Deuxième Édition, Paris, Ancienne Librairie Fontemoing, 1923, 719 s.

³⁵ Léon Duguit, *Hukuk-ı Esasiye: Kaide-i Hukukiye, Devlet Meselesi*, C. 1, Çev. Menemenlizade Ethem, İstanbul, Türkiye Cumhuriyeti Maarif Vekaleti Neşriyatı, 1339 [1923], 428+10 s.; Léon Duguit, *Hukuk-Esasiye: Devlet Nazariye-i Umumiye*, C. 2, Çev. Menemenlizade Ethem, İstanbul, Türkiye Cumhuriyeti Maarif Vekaleti Neşriyatı, 1340 [1924], 493 s.

³⁶ Léon Duguit, *Souveraineté et Liberté*, Paris, Félix Alcan, 1922, 208 s.

³⁷ Léon Duguit, *Hâkimiyet ve Hürriyet*, Çev. Menemenlizade Ethem, İstanbul, İkdam Matbaası, 1341 [1925], 180 s.

³⁸ Léon Duguit, "Belçika'da Usul-i İntihabdan", *İçtihad*, Sy. 249, 1928, s. 4754.

³⁹ Duguit, *Hak Kavramı ve Devletin Dönüşümü Üzerine Üç Konferans*, s. 9, 10.

ismi kapağında yazar gibi yer alsada *Leon Duguit'nin Cemiyet, Hukuk ve Devlet Nazariyeleri* başlıklı kitap Duguit'nin *Manuel de Droit Constitutionnel*'inin kısmî çevirisidir.⁴⁰ Menemencioğlu'nun bu kitabının yayımlandığı 1939 yılında, Tarık Zafer Tunaya da *Les Transformations de Droit Public*⁴¹ adlı eserin Giriş kısmını çevirerek *Yeni Türk* dergisinde yayımlamıştır.⁴² Tunaya, bir dipnotla çeviriyi sürdürdüğünü ifade etmiş; lakin çevirinin devamı gelmemiştir.

Burada değinilmesi gereken iki Duguit çevirisi daha mevcuttur. Bunlardan ilki Duguit'nin Kahire'deyken vermiş olduğu derslerin notlarından oluşan *Leçons de Droit Public Général*'e aittir.⁴³ 1954 yılında Süheyp Derbil tarafından *Kamu Hukuku Dersleri* başlığıyla dilimize aktarılmıştır.⁴⁴ İkincisi *Souveraineté et Liberté*'nin Cemal Bâli Akal tarafından yapılan derlemede yer alan kısmî çevirisidir.⁴⁵ Derlemede eserin "Egemenlik Nedir?", "Egemenliğin Hukuki Kaynağı Olarak Ulus" ve "Dış İlişkilerde Ulusal Egemenlik" başlıklarını taşıyan beş, altı ve yedinci bölümleri çevrilmiştir.

II. DUGUIT'NİN TÜRKİYE'DEKİ "TİLMİZLERİ"

Duguit'ye akademik camianın teveccühünü görmenin bir diğer yolu da onun çalışmalarından etkilenen ve başkalarının da etkilenmesine katkı sunan üniversite hocalarını incelemekten geçer. Duguit'nin eserlerinin Türkçeye kazandırılması onun görüşlerinin Türkiye'de öğrenilmesinin bir veçhesini teşkil etmektedir. Duguit'nin görüşlerinin tanınması ve özellikle hukukçulara öğretilmesi bakımından diğer veçheye, üniversite kürsülerinde ya da müstakil çalışmalar yoluyla görüşlerinin aktarılmasıdır. Bu bakımdan bu başlık altında, Duguit ile ilgili her neviden yazına katkı sunanlar değil,⁴⁶ fakat belli gerekçelerle Duguit'ye derslerinde ya da eserlerinde daha fazla yer verenler konu edilmektedir.

⁴⁰ Etem Menemencioğlu, *Leon Duguit'nin Cemiyet, Hukuk ve Devlet Nazariyeleri*, İstanbul, Maarif Matbaası, 1939, VII+224 s. Eserin "İçindekiler" kısmı, Duguit'nin *Manuel*'inin 1911 tarihli ikinci basısı (Léon Duguit, *Manuel de Droit Constitutionnel: Théorie générale de l'État. Libertés publiques - Organisation politique*, Deuxième Édition, Paris, Fontemoing, 1911, VIII+469 s.) ve bundan sonraki basılarla örtüşmektedir. Menemencioğlu'nun çevirisi eserin ilk iki bölümünü kapsamaktadır (Partalci, "II. Meşrutiyet'te Siyasal İktidarın Sorgulanması: Bir Léon Duguit Çevirisi", s. 78; ayrıca bkz. Cemal Bâli Akal, "Hans Kelsen'in 'Demokrasi'si", *Güncel Hukuk*, S. 174, Kasım-Aralık 2018, s. 48-51; Zafer Toprak, "İkinci Meşrutiyet Yıllarında 'Hukuk-ı Nisvân' ya da Osmanlı Kadın Hukuku", *Toplumsal Tarih*, Sy. 248, Ağustos 2014, s. 46).

⁴¹ Léon Duguit, *Les Transformations de Droit Public*, Paris, Armand Colin, 1913, XIX+285 s.

⁴² Léon Duguit, "Amme Hukukunun Tahavvülleri", Çev. Tarık Zafer Tunaya, *Yeni Türk*, C. 7, S. 83, 1939, s. 488-491.

⁴³ Léon Duguit, *Leçons de Droit public général*, Paris, Boccard, 1926, 340 s.

⁴⁴ Léon Duguit, *Kamu Hukuku Dersleri*, çev. Süheyp Derbil, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1954, IX+170 s.

⁴⁵ Léon Duguit, "Egemenlik ve Özgürlük", çev. Didem Köse, Sedef Koç, *Devlet Kuramı*, Ed. Cemal Bâli Akal, Ankara, Dost Yayınları, 2013 (İlk Baskı Yılı: 2000), s. 379-400.

⁴⁶ Duguit ile ilgili tespit edilebilen Türkçe yazın Ek'te gösterilmiştir. Bkz. Aş. Ek: *Léon Duguit'nin Kuramını İnceleyen Türkçe Makaleler*.

Duguit'nin *Anayasa Hukuku* kitabı, çevrilmesinden önce de, hukuk-ı esasiye derslerinin kaynaklarına temel teşkil etmektedir; Babanzade İsmail Hakkı'nın⁴⁷ (1876-1913) ve Celaledin Arif Bey'in⁴⁸ (1875-1928) hukuk-ı esasiye kitapları Duguit'nin *Manuel*'inden esinler ve doğrudan aktarımlar içermektedir.⁴⁹ Tunaya bu durumu, II. Meşrutiyet'in ardından hukuk-ı esasiye dersini verecek yeterli donanıma sahip kadroların henüz bulunmayışına bağlamaktadır.⁵⁰

Serdengeçti "Duguit'nin teorisini ülkemizde ilk takdir eden ve üniversite öğrenimine dahil eden" kimsenin Darülfünun Hukuk Fakültesinin Anayasa Hukuku müderrisi Celaledin Arif Bey olduğunu belirtmektedir.⁵¹ Ona göre Celaledin Arif Bey doğrudan doğruya Duguit'nin görüşlerine bağlıdır.⁵² Ona göre 1923 yılı itibarıyla Duguit'nin pozitivist yaklaşımının Bordeaux'dan sonra en ileri götürüldüğü yer de İstanbul Darülfünunudur ki bunun kapısını açan da Celaledin Arif Bey olmuştur.⁵³

Celaledin Arif Bey ile ilgili bu son sözlerin sahibi olan Edip Serdengeçti'den (1896-1958) de burada bahsetmek gerekir. Serdengeçti'nin Duguit'nin *Le Droit Social, Le Droit Individuel et la Transformation de l'État* adlı eserini dilimize kazandırdığından söz edilmişti. Serdengeçti bu esere yazdığı "mukaddime"de eseri çevirmesinin üzerinden beş yıl geçtiğini belirtmektedir⁵⁴ ki bu durumda çeviriye takriben 1920'de tamamladığı söylenebilir. Bu tarihte Serdengeçti öğrencidir.⁵⁵ Serdengeçti çevirisini Celaledin Arif Bey'e götürmüş ve ondan bir takriz yazısı istemiştir. Celaledin Arif Bey bu isteği kabul etmiş ne var ki henüz yazı yazılmadan İstanbul'un işgali hadisesi gerçekleşmiş ve Celaledin Arif Bey Anadolu'ya geçtiği için yazı kaleme alınamamıştır.⁵⁶

⁴⁷ [Babanzade] İsmail Hakkı, *Hukuk-ı Esasiye*, Müdavimîn-i Mülkiye Kütüphanesi, 1325, 672 s.

⁴⁸ Celaledin [Arif], *Hukuk-ı Esasiye (Birinci Sınıf)*, Dersaadet, Ahmed Saki Bey Matbaası, 1325, 210 s.; Celaledin Arif, *Hukuk-ı Esasiye (İkinci Sınıf Dersleri)*, Dersaadet, Ahmed Saki Bey Matbaası, 1325, 229 s.

⁴⁹ Tunaya, *Siyasî Müesseseler ve Anayasa Hukuku*, s. 134; Toprak, "İkinci Meşrutiyet Yıllarında 'Hukuk-ı Nisvân' ya da Osmanlı Kadın Hukuku", s. 38, 41, 45.

⁵⁰ Tunaya, *Siyasî Müesseseler ve Anayasa Hukuku*, s. 132, 133.

⁵¹ Edip Serdengeçti, "Türk İnkılabı: Devlet Şekilleri ve Türkiye Büyük Millet Meclisi", Haz. Emre Partalçı, *Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları*, S. 28, 2019 (Güz), s. 145.

⁵² Edip Serdengeçti, "Prof. Dr. Richard Honig - Hukuk Felsefesi", *İÜHFİM*, C. 1, S. 4., 1935, s. 549. Celaledin Arif Bey'in Hukuk-ı Esasiye'inde Duguit etkilerinin tespit edildiği bir çalışma için bkz. Anıl İbrahim Bakırcı, "Cumhuriyet Öncesi Türk Anayasa Hukuku Doktrininde Devletin Hukuki Kişiliği Sorunu: Celalettin Arif Bey Örneği", *Adalet Dergisi*, S. 67, 2021/2, s. 359-378.

⁵³ Serdengeçti, "Türk İnkılabı: Devlet Şekilleri ve Türkiye Büyük Millet Meclisi", s. 145.

⁵⁴ Duguit, "Ferfî Hukuk, İctimaî Hukuk ve İstihale-i Devlet", s. 497.

⁵⁵ Serdengeçti'nin hayatı için bkz. Emre Partalçı, *Darülfünun Hukuk Fakültesinden Bir Sayfa: Edip Serdengeçti ve Mülkiyet Düşüncesi*, İstanbul, On İki Levha Yay., 2020, s. 5 vd.

⁵⁶ Duguit, "Ferfî Hukuk, İctimaî Hukuk ve İstihale-i Devlet", s. 497; Ufuk Gülsoy, "Celâleddin Ârif" *DİA*, C. 7, 1993, s. 247.

Serdengeçti'nin Duguit'nin tilmizlerinden olarak zikredilmesinin gerekçesi yapmış olduğu çeviri ve Celaleddin Bey ile olan ilişkiden ibaret değildir. Serdengeçti 1921 yılında savunmuş olduğu doktora tezinde⁵⁷ en büyük ilhamı Duguit'nin düşüncelerinden almış görünmektedir. Mülkiyetin tarihsel gelişimini ve gelecekte göstereceği hususiyetleri ele alan eserde, geleceğe yönelik beklentilere Duguit'nin görüşlerinin ışık tuttuğu görülmektedir.⁵⁸

Ethem Menemencioğlu'nun Duguit'nin görüşlerinin ülkemizde yaygınlaşmasında en önemli pay sahibi olduğunu söylemek herhalde yanlış olmayacaktır. Her ne kadar Duguit'den tercüme ettiği dört cildin üçünün eski harflerle yayımlanmış olması, zamanla erişilebilirliklerini etkilemişse de, hukukçu kuşaklar, uzun yıllar onun çevirilerinden Duguit'yi öğrenmişlerdir. Menemencioğlu'nun *Hâkimiyet ve Hürriyet*'e yazdığı önsözden, çevirdiği kadar çevirmeye niyetlendiği Duguit metinleri olduğu anlaşılmaktadır. Sözü edilen sayfalarda *Traite*'nin beş cildinden yayımlanmış olan ilk üç cildi çevirdiğini söylemektedir. Halbuki *Hukuk-ı Esasiye*'nin Türkçe yayımlanmış olan iki cildi bulunmaktadır. Aynı yerde *Hukuk-ı Ammede Tahavvülât*'ın (*Les Transformations du Droit Public*) da çevirisini tamamlamış olduğunu ve yayınlamayı ümit ettiğini ifade etmektedir.⁵⁹ Önünde, tamamlaması halinde bu iki çeviriyi yayımlayabileceği uzun yıllar olduğuna göre Menemencioğlu bu çevirileri tamamlayamamış olmalıdır.

Ali Fuad Başgil'in (1893-1967) eserleri içinde, Duguit'yle ilişki kurmak imkansız değilse de güçtür. Duguit'nin Başgil'in görüşlerine etkisini değerlendiren bir çalışma, bu etkiyi kavramsal düzeyde takip etmenin güçlüğüne ve buna karşılık derinden derine var olan bir bağlılığa işaret etmekte ve Başgil'in Duguit'den "ilham aldığı" tespitinde bulunmaktadır.⁶⁰ Başgil'in üniversite kürsüsünde verdiği dersler bakımından ise durum farklı görünmektedir. Başgil'in derslerinde, öğrenciler tarafından Duguit'yi çok seven bir hoca olarak tanınmasını sağlayacak

⁵⁷ Serdengeçdizâde Hüseyin Edip, *Mülkiyet Nehcinin Vech-i Tekâmülü*, İstanbul, Matbaa-yı Askeriye, 1339-1921, V+288 s. Bu tez yakın zamanda çeviri yazı olarak yayımlanmıştır: Edip Serdengeçti, *Mülkiyet Rejiminin Gelişimi: Mülkiyetin Toplumsal ve Hukuki Niteliği Hakkında İnceleme*, Haz. Emre Partalci, İstanbul, On İki Levha Yay., 2021, XXII+239.

⁵⁸ Partalci, *Edip Serdengeçti ve Mülkiyet Düşüncesi*, s. 135 vd.

⁵⁹ Duguit, *Hakimiyet ve Hürriyet*, s. 1 (Çevirmenin Önsöz'ü). Menemencioğlu aynı yerde Duguit'nin *École des hautes études sociales*'te verdiği konferanslardan oluşan metninin de Maarif Vekaleti aracılığıyla yayınlanacağını ifade etmektedir. Ne var ki ifadesi, Serdengeçti tarafından yapılan ve *Darülfünun Hukuk Fakültesi Mecmuasında* yayınlanan tefrikanın mı yoksa kendisi tarafından yapılmış başka bir çevirinin mi yayınlanacağı noktasında açık değildir. Serdengeçti'nin çevirisinin *Mecmuada* yayımlanması ile *Hakimiyet ve Hürriyet*'in yayımlanması aynı yıla (1924) denk gelmekle beraber, Serdengeçti'nin çeviriyi bir süredir yapmış ve yayınlamak için teşebbüste bulunmuş olması Menemencioğlu'nun Serdengeçti'nin çevirisinden haberdar olduğu ve onun yayımlanmasından söz ettiği düşüncesine ağırlık kazandırmaktadır.

⁶⁰ Ahmet Emre Ateş, "Léon Duguit and Ali Fuad Başgil: the Case of Influence of the French Republic Law over the Turkish Constitution Law", *International Journal of Turcologia*, Vol. IV, N. 7, s. 41-43.

bir profil çizdiği anlaşılmaktadır. İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi öğrencilerinin çıkardığı *Guguk* adlı karikatür dergisinde Ali Fuad Başgil'e yönelen iğnelmelerin büyük kısmı Duguit ile ilgilidir.⁶¹ *Guguk*'ta yer alan ve Ali Fuad Başgil aracılığıyla Duguit'nin öğrenciler üzerindeki etkisini gösteren bir şiir şöyledir:

“*Koridorlarda, bahçede herkes mekik dokudu,
Başgil Esasiyeden bütün yıl ninniler okudu
Düğü'ye hayran olduk, nuşettik liberalizmi,
Okuduk birer birer sosyalizmi, sendikalizmi*”⁶²

Eserleri dolayısıyla değilse bile verdiği derslerle Başgil'in, Duguit'nin görüşlerini hukukçu gençlerle sık sık paylaştığı ve onun görüşlerinin tanınırlığına ve yaygınlaşmasına katkı sağladığı öne sürülebilir.

Son olarak Duguit'nin teorisine yönelik bir çözümlemenin yazarı olmak dolayısıyla Ömer Yörükoğlu ile Duguit'nin görüşlerini monografik bir eserle ortaya koyan Bahir Güneş Türközer'i ismen de zikretmek gerekir. Ömer Yörükoğlu'nun *Leon Duguit'nin Hukuk Kaidesi Teorisi* başlıklı doçentlik tezi ayrı bir kitap olarak basılmamıştır.⁶³ Bahir Güneş Türközer'in 1994 tarihli doktora tezine dayanan *Toplumsal Gerçeklik Olarak Hukuk: Leon Duguit Sistematigi* başlıklı eseri ise 1996 yılında yayımlanmıştır.⁶⁴ Bu iki eser yazarlarının geniş çalışma alanları içinden birer ürün olmakla beraber, Duguit'ye ilişkin başlıca akademik yazını teşkil etmek bakımından kayda değerdir.

III. KARŞILAŞTIRMA

Crozat, 30'lu yıllara değin tüm dünyada hukukçuların çoğunluğunun Hauriou, Duguit, Esmein ya da Kelsen gibi büyük hukukçuların sistemlerine bağlandıklarını söylemektedir.⁶⁵ Bu bağlamda değerlendirildiğinde Duguit'ye Türkiye'de gösterilen rağbet de bir hususiyet göstermez. Ancak meseleye biraz daha yakından bakıldığında, Türkiye'de Duguit'nin gördüğü ilginin sayılan diğer isimlere nazaran daha fazla olduğu söylenebilir. Bu bakımdan şöhreti Duguit ile yarışan başka hukukçularla karşılaştırma yapmak yararlı görünüyor. Türkiye'de kamu hukuku fikriyatını Duguit kadar etkilemiş iki örnek ele alınabilir. Bunlardan biri Hans Kelsen (1881-1973) diğer ise Georg Jellinek'tir (1851-1911). Bu iki ismin

⁶¹ Tarık Özcan, “Ali Fuad Başgil'e *Guguk*'tan Bakmak”, *Ord. Prof. Dr. Ali Fuat Başgil'in Anısına Armağan*, Haz. Abuzer Kendigelen, İstanbul, On İki Levha Yay., 2019, s. 116.

⁶² Özcan, “Ali Fuad Başgil'e *Guguk*'tan Bakmak”, s. 120, 121.

⁶³ Ömer Yörükoğlu, *Leon Duguit'nin Hukuk Kaidesi Teorisi*, Yayınlanmamış Doçentlik Tezi, İstanbul, 1968. Tezin iki nüshası İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kütüphanesi koleksiyonunda yer almaktadır.

⁶⁴ Bahir Güneş Türközer, *Toplumsal Gerçeklik Olarak Hukuk: Leon Duguit Sistematigi*, Ankara, 1996.

⁶⁵ Charles Crozat, “Asrı Hazır Doktrininde Devlet Telâkkisi”, *Üniversite Konferansları 1936-1937*, İstanbul, Ülkü Basimevi, İstanbul Üniversitesi Yayınlarından No. 50, 1937, s. 17.

“tilmizleri”ne değinmeksizin onların eserlerinden yapılan çevirilere bakılarak bir karşılaştırma yapmak bazı sonuçlara erişmek açısından yararlı olabilir. Kelsen’in tespit edilebildiği kadarıyla Türkçeye dört makalesi⁶⁶ ve iki kitabı⁶⁷ tercüme edilmiştir. Kelsen’in *opus magnumu* olarak nitelenen *Saf Hukuk Kuramı* Türkçeye ancak 2020 yılında çevrilmiştir. Jellinek’ten Türkçeye çevrildiği tespit edilen yegane yapıtın yayınlanma tarihi ise 2017’dir.⁶⁸

Bu karşılaştırma hiç şüphesiz bir keyfilik barındırmaktadır. Örneğin ilk eserini 1905’te vermiş olmasına rağmen ona şöhretini kazandıran eserleri 1920’lerden itibaren yazmış olması, Kelsen’in, bilhassa cumhuriyetten önceki dönemde Duguit ile karşılaştırılmasını da imkansız kılar. Kelsen ve Jellinek’in devleti hukuki açıdan değerlendirdiğini, buna karşılık Duguit’nin devleti toplumsal açıdan ele aldığını da gözden kaçırmamak gerekir.⁶⁹ Yine de burada amaçlanan Türkiye’de kamu hukukuna en çok etki eden isimleri tespit edip kıyaslamak değil; Duguit ile ilgili bir sonuca varmaktır. Yapılan karşılaştırma da bu bağlamda araçsaldır.

Kelsen ve Jellinek’in eserlerini Alman dilinde vermiş olmaları, Duguit’ye nazaran daha az çevrilmiş olmalarını pekala açıklayabilir. Sonuçta Fransızca uzun yıllar Türk hukukçuların çoğunluğunun yabancı dili olmuştur. Ancak bu açıklamanın sınırları iyi ortaya konmalıdır. Çünkü Fransızcadan her türlü hukuk metni de Türkçeye çevrilmemiştir. Bu bakımdan eserlerini Fransızca kaleme alan iki hukukçuyla daha karşılaştırma yapmak yararlı olabilir. Adhémar Esmein (1848-1913) Tunaya’ya göre ülkemizde II. Meşrutiyet döneminin anayasa hukukuna damgasını vurmuş isimlerden -Duguit’yle birlikte- bir tanesidir. II. Meşrutiyet dönemini “Esmein ve Duguit Çağı” olarak nitelemektedir⁷⁰ Ona göre bu iki ismin etkinliğinin başlıca gerekçesi de Fransızcanın iyi bilinmesidir.⁷¹ Buna

⁶⁶ Kelsen’in Türkçeye çevrildiği tespit edilebilen makaleleri şunlardır: Hans Kelsen, “Berlin Beyannamesine Nazaran Almanya’nın Hukuki Durumu”, Çev. Vakur Versan, *İÜHFİM*, C. XI, Sy., 3-4, 1945, s. 283-292; Hans Kelsen, “Birleşmiş Milletler Teşkilatından Çekilme Hakkı”, Çev. Hicri Fişek, *AÜHFİM*, C. 6, Sy. 2-3-4, 1949, s. 95-111; Hans Kelsen, “Mahz ‘Hukuk Nazariyesi’ Nedir?”, Çev. Orhan Münir Çağıl, *İÜHFİM*, C. XXII, Sy. 1-4, 1956, s. 398-417; Hans Kelsen, “Nedensellik ve İsnadiyet”, Çev. Zeki Hafzçoğulları, *AÜHFİM*, C. 35, Sy. 1-4, 1978, s. 219-233.

⁶⁷ Kelsen’in *Vom Wesen und Wert der Demokratie* adlı yapıtı iki kez Türkçeye çevrilmiştir: Hans Kelsen, *Demokrasi: Mahiyeti - Kıymeti*, Çev. Ethem Menemencioglu, İstanbul, Kültür Bakanlığı Yayınları, İstanbul Üniversitesi Ana İlim Kitapları Tercümelere Serisi, 1938, 130 s. (Metinden anlaşılan bu çeviri Fransızcadan yapılmıştır); Hans Kelsen, *Demokrasi: Doğası - Değeri*, Çev. Yasin Uysal, Ankara Dost Kitabevi, 2019, 94 s. Diğer çeviri *Reine Rechtslehre*’dir: Hans Kelsen, *Saf Hukuk Kuramı*, Çev. Ertuğrul Uzun, İstanbul, Nora Kitap, 2020, 223 s.

⁶⁸ Georg Jellinek, *İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi Üzerine*, Çev. Rezzan İtişgen Dülger, Muzaffer Dülger, İstanbul, Pinhan Yay., 2017, 128 s.

⁶⁹ Yavuz Abadan, *Amme Hukuku ve Devlet Nazariyeleri*, Ankara, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yay., 1952, s. 109.

⁷⁰ Tunaya, *Siyasî Müesseseler ve Anayasa Hukuku*, s. 132 vd.

⁷¹ Tunaya, *Siyasî Müesseseler ve Anayasa Hukuku*, s. 133.

karşın Esmein'in etkisi onun eserlerinin çevrilmesi ya da görüşlerini merkeze alan monografik eserler ortaya konulması şeklinde karşılık bulmamış görünmektedir. Esmein'in bir eserinin Türkçeye çevrildiği ya da doğrudan doğruya onun görüşlerinin değerlendirildiği bir esere tarafımızdan rastlanmamıştır. Ülkemizde Anayasa hukuku ve idare hukukunda etkili olmuş Maurice Hauriou (1856-1929) ise Esmein'e nazaran daha fazla ilgiye mazhar olmuş ise de Duguit'ye kıyasla bu ilgi daha dar bir döneme yoğunlaşmış ve hem de daha sınırlı bir literatüre kaynaklık etmiştir. Hauriou'nun *Précis de Droit Administratif*'ini değerlendiren bir kitap tanıtımı yazılmış,⁷² üç metni Türkçeye çevrilmiştir.⁷³

Bu dar kapsamlı karşılaştırmaya dayanarak Duguit'nin Türkiye'deki etkisinin yegane gerekçesinin, eserlerini Fransızca yazması olmadığı ileri sürülebilir. Duguit'nin eserlerini kaleme aldığı dil etkilidir; fakat tek gerekçe değildir. Şu halde eserlerin yazdığı dilin dışında, eserlerin içeriği de, hiç şüphesiz, bu etkinin bir gerekçesidir. Bu bakımdan eserlerin içeriğini, başka yazarların içeriklerinden ayırt eden ne gibi yönler olduğu üzerinde durmak gerekir. Bu çalışmada söz konusu inceleme, salt Duguit'nin eserlerinin ayırt edici yönlerine açıklamak şeklinde değil, Türkiye'de hangi görüşünün hangi bağlamda ilgi gördüğü ile değerlendirilecektir. Değerlendirme iki devreye ayrılabilir: II. Meşrutiyet dönemi ile Cumhuriyet'in kuruluş yılları ve sonrası.

IV. DUGUIT'NİN ETKİSİ

A. II. MEŞRUTİYET DÖNEMİNDE DUGUIT

Duguit'den ilk çeviriler II. Meşrutiyet'ten sonra yapılmıştır. İlk iki çeviri, konu itibarıyla birbirinden çok uzak görünür. Bununla beraber bu ilk iki çeviride yayınlanma amaçları bakımından ortak bir payda tespit etmek mümkün görünüyor.

Duguit'den yapılan ilk çeviri olarak zikredilen *Fransa'da Hürriyet-i Matbuat ve Matbuat Nizamnameleri* başlıklı metin, Duguit dendiğinde akla ilk gelen görüşleri merkezine almış bir metin değildir. Duguit'nin *Anayasa Hukuku* kitabının basın özgürlüğüne ilişkin kısmının çevirisi olup Fransız Devriminden itibaren bu konuya ilişkin oluşan mevzuatı değerlendirmektedir. Bu bakımdan söz konusu metin, Duguit'den bir çeviri yapmaktan çok basın özgürlüğüne ilişkin bir çeviri yapmak amacının ürünü gibi görünmektedir. Bu bakımdan yapılan çevirinin pratik bir değeri olduğu söylenebilir: II. Meşrutiyet temel hak ve özgürlükler mese-

⁷² Charles Crozat, "Hauriou, Muhtasar-ı Hukuk-ı İdare, Onbirinci Tab Birinci Cüz (Precis de Droit Administratif 11 edition 1 er.fascicule), Paris, 1927", *Darülfünun Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. V, Sy. 31, 1927, s. 798-799.

⁷³ Tespit edilebilen eserler şunlardır: Maurice Hauriou, "Hukuk Fakülteleri ve Gayeleri", Çev. M. Ke-maleddin, *Darülfünun Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. V, Sy. 32, 1927, s. 909-913; Maurice Hauriou, "Müessese ve Tesis Teorisi: İçtimaf Vitalizm Denemesi", Çev. Tarık Zafer Tunaya, *İÜHFM*, C. IX, Sy. 3-4, 1944, s. 672-683; Maurice Hauriou, "Fransız Danıştayının Bir Kararı Üzerine Notlar", Çev. Samim Bilgen, *İdare Dergisi*, Sy. 173, 1945, s. 115-126.

lesini gündeme getirmiştir ve Duguit'nin eserinin ilgili kısmından bu meselenin bir kısmını açıklamak için yararlanılmıştır.

Kavasoğlu Fuad'ın çevirisi, iktidarın meşruiyeti ve egemenlik gibi konularda Duguit'nin görüşlerinin bazı hususiyetlerini sergilemektedir. Ancak bu çevirinin de pratik bir değeri bulunmaktadır. Kavasoğlu Fuad, çeviri marifetiyle İttihat ve Terakki eleştirisi yapmaktadır. Çevirisinde özellikle, “kralın mutlak olduğu kabul edilen haklarının, Fransız Devrimiyle beraber içeriğine dokunulmaksızın olduğu gibi ulusa devredildiği” ve “bu mutlak hakların kralda ne idiye ulusa ait olduğunda da o olduğu” vurgusunun yapıldığı bölümü seçtiği görülmektedir.⁷⁴ Çevirinin yayımlandığı dönem de II. Abdülhamid'in “istibdadı”nı yıkan İttihat ve Terakki Fırkasının, başka bir tür “istibdada” neden olduğu etkinliklerinin ardına rastlamaktadır.⁷⁵ Bu bakımdan metnin üstü örtük bazı mesajlar içerdiği görülmektedir.

Bu iki çevirinin ortaklaştığı husus, pratik bir amaca yönelmeleri ve Duguit'nin metinlerini bu amaç için yararlı gördükleri için konu etmeleridir. Amaç doğrudan doğruya Duguit'nin görüşlerini yaygınlaştırmak olmadığına göre bu iki çeviri özelinde çeviriye kaynaklık eden metinlerin Fransızca olmasının tercih sebebi olduğu da pekala ileri sürülebilir. İlk iki çeviri olmaları bir tesadüf müdür yoksa Duguit'nin şöhreti bu bakımdan bir etken olarak değerlendirilebilir mi tespit etmek güçtür. Ancak ilk iki çeviri olmalarında Duguit'nin şöhretinin payı olsa bile bu, söz konusu metinlerde Duguit'nin ikinci planda olduğu gerçeğini değiştirmez. Bu iki metin kendi programı, ajandası bulunan birer çeviridir. Duguit'den çevrilmiş olmaları ve sonuç itibarıyla Duguit'nin Türkiye'de bilinirliğine katkı sundukları teslim olunmakla beraber çevirenlerin öncelikli amacı bu değildir. Kısmi birer çeviri olmaları da bu fikri destekler görünmektedir. Çeviri faaliyetine temel teşkil eden metinlerin “seçimi” bu çevirileri belli bir bağlamda düşünmeye itmektedir. Bu bakımdan 1928 tarihli *Belçika'da Usul-ı İntihabdan* başlıklı çeviri de aynı minvalde değerlendirmeye uygundur.

B. CUMHURİYETİN İLK YILLARI VE DUGUIT

Cumhuriyet'in kuruluşuna giden süreç ve kuruluşu takip eden ilk yıllarda Duguit çevirilerinde görülen artış hiç de tesadüf eseri değildir. Ancak Duguit çevirilerinin konjonktürle ilgili boyutunu açıklığa kavuşturmak için genç Cumhuriyet'e giden sürecin düşünsel art-alanı hakkında bazı açıklamalar yapmak gerekiyor.

Bu dönemde Duguit'ye olan alaka, karşılıkları Duguit'de de görülen, ancak onda karşılaşılandan daha geniş kapsamlı bir pozitivizm ve solidarizm alakası içinde ve bunlarla beraber organizmacı ve müdahaleci bir devlet kavrayışı ile birlikte değerlendirilmelidir.

⁷⁴ Partalci, “II. Meşrutiyet'te Siyasal İktidarın Sorgulanması”, s. 86.

⁷⁵ Partalci, “II. Meşrutiyet'te Siyasal İktidarın Sorgulanması”, s. 83-85.

“Maddi vakalar ehemmiyet vermek”⁷⁶ anlamında bir pozitivistizmin Türkiye’deki varlığı çok gerilere götürülebilir.⁷⁷ Mardin pozitivistizmin belli başlı ayırt edici özelliklerini “Fransız İhtilalinin yalnızca rasyonel yanlarını kabul etmesi”, “bir toplum bilimi meydana getirme çabası”, “kurulu düzene inanarak insanların haklarından ziyade topluma karşı vazifelerinden söz edilmesi” olarak saymaktadır.⁷⁸ Daha ziyade III. Napolyon devrinin özellikleri olmakla beraber sonraki dönemi ve Türk entelektüel hayatını da etkilediğini belirtmektedir.⁷⁹

Toprak ise Fransa’daki böylesi bir pozitivist yaklaşımın Türkiye’deki karşılığına işaret etmektedir. O, II. Meşrutiyet’ten 30’lu yıllara değin Türkiye ile Fransız III. Cumhuriyeti arasında bir gönül bağının varlığından söz eder. Bu gönül bağının mayasını ise “aydınlanmacı” bakış açısı oluşturmaktadır.⁸⁰ Ona göre Fransız III. Cumhuriyetine olan alaka çok yönlüdür; siyasette Eugene Pierre, sosyolojide Emile Durkheim, tarihte Charles Seignobos, iktisatta Charles Gide ana referansları oluşturmaktadır. Hukuk açısından ise Duguit’nin pozitivist hukuk anlayışı gündemi oluşturmaktadır.⁸¹

Pozitivism ile beraber solidarizmin de Duguit’ye olan ilginin bir gerekçesi olarak ele alınması gerekmektedir. Solidarizm (dayanışmacılık, tesanütçülük) de Fransa menşelidir. Marksist kolektivism ile liberal bireycilik arasında bir denge bulma çabası olarak revaç bulmuştur.⁸² Her müdahaleci öğretisi gibi solidarizm de doğal hukukun bireysel haklarının yerine işlevi koymaktadır: bireyin toplum içinde doğal hakları yoktur, birtakım işlevleri vardır. Birey toplumun üyesi olmak dolayısıyla bazı vazifeleri yerine getirmekle mükelleftir.⁸³ III. Cumhuriyet Fransası ile olan rabıta dolayısıyla Türkiye’de de 20’lerde etkinlik kazanmıştır.⁸⁴ Türkiye’nin reel-politiği de bu akımın güçlenmesinde etkili olmuştur. “Tarihi zaruretler ve halin icapları” Türkiye’yi müdahaleci ve devletçi bir çizgiye gö-

⁷⁶ Mardin, burada ele alınan dönemden söz ederken pozitivism kavramının kapsamını bu şekilde belirlemektedir. Bkz. Şerif Mardin, *Jön Türklerin Siyasî Fikirleri (1895-1908)*, 21. Bs., İstanbul, İletişim Yay., 2017, s. 59.

⁷⁷ İlk çeviri faaliyetleri ve Yeni Osmanlılar ile İttihat ve Terakki cemiyetlerinin etkinliklerinden başlayarak ve pozitivismin farklı veçhelerini içeren düşünceleri serdeden belli başlı isimleri ve dergileri değerlendiren bir çalışma için bkz. Murtaza Korlaeçi, *Pozitivismin Türkiye’ye Girişi*, İstanbul, İnsan Yay., 1986, s. 201 vd.

⁷⁸ Mardin, *Jön Türklerin Siyasî Fikirleri (1895-1908)*, s. 179.

⁷⁹ Mardin, *Jön Türklerin Siyasî Fikirleri (1895-1908)*, s. 180.

⁸⁰ Zafer Toprak, *Darwin’den Dersim’e: Cumhuriyet ve Antropoloji*, İstanbul, Doğan Kitap, 2012, s. 184, 185.

⁸¹ Toprak, *Darwin’den Dersim’e: Cumhuriyet ve Antropoloji*, s. 185.

⁸² Mardin, *Jön Türklerin Siyasî Fikirleri (1895-1908)*, s. 249.

⁸³ Sıddık Sami Onar, *İdare Hukuku: Birinci Cilt*, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1942, s. 16.

⁸⁴ Zafer Toprak, *Türkiye’de Popülizm: 1908-1923*, İstanbul, Doğan Kitap, 2013, s. 385; Taha Parla, *Türkiye’de Siyasal Kültürün Resmî Kaynakları 3: Kemalist Tek-Parti İdeolojisi ve CHP’nin Altı Ok’u*, İstanbul, İletişim Yay., 1992, s. 255.

türürken⁸⁵ bu gidiş komünizme varmamış hatta ona karşı bir kalkan olarak işlev görmüştür.⁸⁶ Hülasa solidarizm, liberal aşırı bireycilikle komünist kolektivismi arasında bir denge aracı ve bir “üçüncü yol” olarak görülmüştür.⁸⁷

Parla’ya göre solidarist-korporatist-kapitalist çizgi Durkheim-Gökalp kaynaklı olup⁸⁸ CHP’nin 1935 programına değin varlığını korumuştur. 1935 Programında yurttaşların bireysel ve toplumsal haklarının, “devletin varlık ve otorite sınırı ile kısıtlanması” ve “gerçek ve tüzel kişilerin faaliyetinin kamu yararına aykırı olamayacağı” deklare edilmekle bu çizgi açılmış ve birey-devlet dengesinde ağırlık devlete kaymıştır.⁸⁹

Duguit’den yapılan bütünlüklü çevirilerin yapıldığı tarihi aralık, Cumhuriyetin ilk yıllarına denk düşmektedir. Bu çeviriler ile cumhuriyetin ilk yıllarında hâkim olan pozitivist ve solidarist yaklaşımlar arasında paralellik kurmak mümkün görünmektedir.

Edip Serdengeçti’nin yaptığı çeviri bakımından resmi bir desteğe mazhar olduğu ileri sürülemez. Buna karşılık Durkheim-Gökalp çizgisinde bir pozitivism ve solidarizme olan yakınlığı eserlerinden takip edilebilir.⁹⁰ Gökalp’e olan bağıni kendisi açık surette ifade etmektedir.⁹¹ Bu itibarla Serdengeçti’nin çevirisi Cumhuriyetin ilk yılları için tasvir edilen manzarayla örtüşen münferit bir teşebbüs hüviyeti taşımaktadır.

Ethem Menemencioğlu’nun *Hukuk-ı Esasiye* çevirisi *Türkiye Cumhuriyeti Maarif Vekaleti Neşriyatından* çıkmış olmak itibarıyla devlet desteğine mazhar olmuştur denebilir. Bu bakımdan dönemin düşünsel ikliminin doğrudan bir yansıması olarak değerlendirilmesi mümkündür. Menemencioğlu bu tercümeyle 1923 yılında yazdığı önsözde “siyasi iktidara sahip olanların beyanlarından, batıl inançların ve metafizik anlayışların terk edileceğini ve bunların yerine gerçek özgürlüğün tesis edilmesini sağlayacak pozitif fikir ve anlayışların ikame edileceğinin anlaşıldığını” ifade etmekte ve çevirdiği kitabın buna katkısı olması halinde duyacağı gururdan söz etmektedir.⁹² Bu sözler Menemencioğlu’nun kişisel olarak pozitivist öncüllere olan bağlılığını göstermektedir.

⁸⁵ Onar, *İdare Hukuku*, s. 24.

⁸⁶ Toprak, *Türkiye’de Popülizm: 1908-1923*, s. 385.

⁸⁷ Taha Parla, *Türkiye’de Siyasal Kültürün Resmî Kaynakları 2: Atatürk’ün Söylev ve Demeçleri*, İstanbul, İletişim Yay., 1991, s. 217; Parla, *Türkiye’de Siyasal Kültürün Resmî Kaynakları 3*, s. 142.

⁸⁸ Parla, *Türkiye’de Siyasal Kültürün Resmî Kaynakları 3*, 44, 172.

⁸⁹ Parla, *Türkiye’de Siyasal Kültürün Resmî Kaynakları 3*, s. 33.

⁹⁰ Partalci, *Edip Serdengeçti ve Mülkiyet Düşüncesi*, s. 43.

⁹¹ Edip Serdengeçti, “Toprakta Benimseme”, *Capitolium*, Y. I, Sy. 3, İstanbul, Kânunusani 1935, s. 179. 174-181.

⁹² Duguit, *Hukuk-ı Esasiye Cilt 1*, s. 5 (Çevirmenin Önsöz’ü).

Ertesi sene, 1924 Anayasasının kabulünden dört ay kadar sonra kaleme aldığı *Hakimiyet ve Hürriyet*'in önsözünde ise bu kez genç cumhuriyetin Duguit'nin pozitivizminden ziyade onun metafizik olarak nitelediği ilkelere istinat ettiğini ifade etmektedir. Ona göre hem anayasa hem de idare şekli Duguit'de müşahade edilen pozitif kavrayıştan uzaktadır.⁹³ 1924 Anayasasına bakıldığında Menemencioğlu'nun Duguit ile bağdaştıramadığı yönlerin neler olduğu hemen göze çarpar. İkinci madde devletin dininin İslam olduğunu söylemektedir ki bunun “metafizik öğelerden arınmış” bir anayasa olarak değerlendirmek mümkün değildir. Yanı sıra Beşinci Fesil'da yer alan temel hak ve hürriyetlere ilişkin “Türklerin Hukuku Ammesi” başlıklı maddelerde doğal hukuk vurgusunun ağır bastığı görülür (Madde 68. Her Türk hür *doğar... Hukuk-ı tabiiyeden olan hürriyetin* herkes için hududu başkalarının hududu hürriyettir. Madde 70. Şahsi masuniyet, vicdan, tefekkür, kelâm, neşir, seyahat, akit, sây ü amel, temellük ve tasarruf, içtima, cemiyet, şirket, hak ve hürriyetleri Türklerin *tabii hukukundandır*).⁹⁴

Serdengeçti ve Menemencioğlu özelinde, bu iki ismin Cumhuriyet'e hâkim olan idealleri paylaştıkları görülmektedir. Duguit'ye olan ilgileri de onun görüşlerinin bu ideallerin hukuki karşılıklarını gerçekleştirmek noktasında işlevselliği olsa gerektir. Duguit'nin görüşleri, Cumhuriyet ile beraber resmileşen söylemlerle örtüşmektedir. Birer hukukçu olarak Serdengeçti ve Menemencioğlu, resmi ideallere bağlılıkları nispetinde, bu idealleri hukuk alanında incelten bir kuram olarak Duguit'nin görüşlerini Cumhuriyet'in gündemine taşımaktadır.

C. 1930'LARDAN GÜNÜMÜZE TÜRKİYE'DE DUGUIT: SAYISAL DEĞERLENDİRME

Şerif Mardin 1966'da “başka ülkelerde eserleri kütüphanelerin tozlu raflarına terk edilen Leon Duguit'nin görüşlerinin Türkiye'de olağandışı bir inatla savunulduğunu söylemektedir.⁹⁵ Ona göre bunun sebebi “Türklerin organik toplum ve devlet teorilerine gösterdikleri rağbet”tir.⁹⁶ Mardin'in tespiti, Cumhuriyet'in ilk yıllarında cari olan pozitivist ve solidarist yaklaşımların belli çevrelerce belirli oranda sürdürüldüğünü, Duguit'ye ise bu istikamette bir ilgi olduğu şeklinde değerlendirilebilir.

Mardin'in tespitini veri kabul edip, 60'lı yıllara değin Duguit'yi merkeze alan çalışmalara bir göz atmak yararlı olabilir. Daha önce zikredilen çeviriler dışında 60'lı yıllara değin Duguit hakkında yazılmış olan makaleler ya da makale çevirileri, tespit edilebildiği kadarıyla 10 tanedir. Bu metinlerin ilki 1935

⁹³ Duguit, *Hakimiyet ve Hürriyet*, s. 3 (Çevirmenin Önsöz'ü).

⁹⁴ <https://www.anayasa.gov.tr/tr/mevzuat/oncelki-anayasalar/1924-anayasasi>/Görülme tarihi: 29.04.2022.

⁹⁵ Şerif Mardin, *Türk Modernleşmesi*, İstanbul, İletişim Yay., 1991, s. 176, 185.

⁹⁶ Mardin, *Türk Modernleşmesi*, s. 185.

sonuncusu ise 1951⁹⁷ tarihli dir. Yörükoğlu'nun daha önce değinilen 1968 tarihli doçentlik tezi 60'lı yıllarda tespit edilebilen yegane çalışmadır. 70'lerde herhangi bir müstakil çalışma tespit edilememiştir. 80'li yıllarda bir makale (Berzek), 90'lı yıllarda bir kitap (Türközer) çıkmıştır. 2000'lerden günümüze bir çeviri (Akal'ın derlemesinde), iki makale çevirisi (Sfez, Pashukanis), iki makale (Surlu, Toprak) ve iki transliterasyon (Serdengeçti, Kavasoglu Fuad) metni yayınlanmıştır.

1935'ten Süheyp Derpil'in 1954 tarihli çevirisine değin geçen 19 yıllık süre zarfında Duguit'ye ilişkin müstakil eser (çeviri, makale, makale tercümesi gibi) sayısı 13 iken 1954'ten 2000'lere kadar 46 yıllık dönemde bu sayı 3'tür. 2000'lerde (2022'ye değin) ise sayı 7'dir. Salt sayısal veriyi değerlendirmekle varılabilecek sonuçlar vardır. Yapılabilecek ilk tespit, 19 yıllık ilk tarihsel kesitte yapılan çalışmaların sayısının (13), 54'ten günümüze geçen 68 yıllık zaman diliminde yapılandan (10) fazla olduğudur. Mardin'in, Duguit'nin görüşlerinin olağandışı bir inatla savunulduğuna ilişkin tespitini yaptığı yıl (1966), görünen o ki bu inatın aslında sona ermekte olduğu bir zaman dilimine tekabül etmektedir. Genel olarak 20. yüzyılın ikinci yarısında Duguit'ye olan ilgi azalmış ve "olağan" düzeye inmiştir denebilir. Son bir tespit olarak, 2000'li yıllarda Duguit'ye olan ilgide, önceki yarım yüzyıllık periyoda kıyasla bir artış olduğu söylenebilir.

Sayısal veri Cumhuriyet döneminde bir noktadan sonra Duguit'ye gösterilen ilgide azalma olduğunu gösteriyor. Bunun gerekçesi olarak iki gelişmenin etkili olduğunu düşünmek mümkündür. Birinci çok partili hayata geçiş ve CHP iktidarının sona ermesidir. CHP 1935 yılında, parti programında solidarist-korporatist-kapitalist çizgiyi belli oranda terk etmiş olsa bile birey-devlet dengesinde devlete ağırlık veren bir çizgiyi benimsemeyi sürdürdüğü anlaşılmaktadır. 1950 yılında Demokrat Parti'nin iktidara gelmesiyle bu yaklaşımda bir gevşeme olduğu⁹⁸ ve

⁹⁷ Burada değerlendirilen metinler içine daha önce zikredilmiş olan çevirilerin katılmamış olduğunu yeniden hatırlatmakta yarar var. Çeviriler hesaba katıldığı takdirde bu tarih 1954'e (Derpil'in çevirisi) çekilebilir.

⁹⁸ Demokrat Parti'nin 1946 tarihli programı tek parti döneminin solidarist yaklaşımından izler taşıdığı görülmektedir. Programın 5. maddesi "Aile ve mülkiye esaslarına dayanan Türk Cemiyetinde, içtimaî adalet ve insanî *tesanüt* prensiplerinin millî vicdanda kökleşmesi ve tatbikatta geniş yer bulması için çalışmayı vazife biliriz" ve 6. Maddesi "İçtimaî iş bölümünün tabii neticesi olarak çiftçilik, işçilik, tüccarlık, sanayicilik, avukatlık ve memurluk gibi, yurddaşların teşkil ettikleri iş ve çalışma zümrelerinin karşılıklı münasebet ve menfaatlerinin umumî menfaat çerçevesi içinde içtimaî adalet ve insanî *tesanüt* prensiplerine uygun olarak ahenkleştirilmesi lüzumuna ve imkânına inanıyoruz" şeklinde olup dayanışma ve toplumsal iş bölümü vurgusu taşımaktadır (*Demokrat Parti Programı 1946* https://acikerisim.tbmm.gov.tr/xmlui/bitstream/handle/11543/917/200805461_1946.pdf?sequence=1&isAllowed=y (görüntülenme tarihi: 25.05.2022)). 1950 yılında hükümet programını okurken Menderes'in sarf ettiği cümleler ise daha farklıdır: "[...] zamanla müdahaleci kapitalist, bürokratik ve inhisarcı bir devlet tipi ortaya çıkmıştır. Bu tip devletin; masrafları mütemediyen artarak memleketi borçlanma yoluna sokmuş olmasını ve iş ve istihşâl hayatını kısırlaştırarak iktisâdi kaynaklarımızın gelişmesine engel olmuş bulunmasını tabii görmek lazımdır" (*Hükümetler, Programları*

bunun Duguit'ye olan ilgiye de yansıdığı pekala ileri sürülebilir. Bu gelişmeye paralel başka bir gelişme, bu ilkiyle beraber değerlendirildiği takdirde bu iddia tahkim edilebilir. Bu gelişme II. Dünya Savaşıdır. II. Dünya Savaşı 1945'te sona erdiğinde, savaşı çıkaran Alman Faşizmiyle birlikte müdahaleci doktrinlerin tümünü anti-liberal olarak mahkum etmiştir.⁹⁹ II. Dünya Savaşı sonrasında hâkim konuma yükselen değerler Türkiye'de de karşılığını bulmuş görünmektedir.¹⁰⁰

SONUÇ

Bu makalede Türkiye'de Léon Duguit'nin etkisi ve bunun nedenleri değerlendirilmeye çalışıldı. Duguit'nin görüşlerine Türkiye'de farklı zaman aralıklarında rağbetin arttığı ya da azaldığı görüldü. Tunaya, Duguit'ye olan teveccühü açıklarken onun Fransızca yazmasını ön plana çıkartmaktadır. Ancak bu makalede dilin, Duguit'nin Türkiye'deki etkisini açıklamak bakımından ancak tali bir etkisi olduğu bulgulanmıştır.

Duguit'ye farklı zaman dilimlerinde değişen şekilde bir ilgi mevcuttur. Mardin'e katılarak 60'lı yıllara değin bu ilginin "olağanüstü" olduğu kabul edilebilir görünüyor. Ancak 60'lı yıllara değin görülen ilgi arasında da bir ayırım yapmak gereği hissedilmiştir. Bu bakımdan makalede II. Meşrutiyet Döneminde, bilhassa ilk çevirilerde görülen pratik kaygılar ile ilerleyen dönemde, bilhassa Cumhuriyet'in ilk yıllarında pozitivist ve solidarist düşüncenin etkinliği altında gösterilen ilgi arasında bir ayırım yapılmıştır. İlk çevirilerde Duguit'nin metinleri, daha çok başka amaçlara hizmet etmesi için araç olarak kullanılmıştır. Bütünlüklü çevirilerin yapıldığı dönemde ise Türkiye'de etkinliği artan bir pozitivism ve

ve Genel Kurul Görüşmeleri, C. 2, Haz. İrfan Neziroğlu, Tuncer Yılmaz, Ankara, TBMM Yay., Ekim 2013, s 751). Menderes konuşmasının devamında da üretim hayatını "devletin zararlı müdahalesinden ve bürokratik engellerden kurtarmak"tan söz etmektedir. "[...] iktisâdi ve mali görüşlerimizin esas bir taraftan devlet müdahalelerini asgariye indirmek diğer taraftan iktisâdi sahada devlet sektörünü mümkün olduğu kadar daraltmak ve buna emniyet vermek suretiyle hususi teşebbüs sahasını mümkün olduğu kadar genişletmek diye ifade olunabilir (*Hükümetler, Programları ve Genel Kurul Görüşmeleri*, s. 753). Dolayısıyla Demokrat Parti döneminde hiç değilse iktisadi anlamda liberal bir istikamet tutulduğu söylenebilir.

⁹⁹ Parla, faşizm ile solidarizmi korporatizmin iki alt türü olarak değerlendirmektedir. Ancak korporatif devlet iki dünya savaşı arasında Avrupa'nın faşist ülkelerinde görüldüğü içindir ki pratikte faşizm ile solidarizm arasındaki ayırım silikleşmiştir (Taha Parla, *Ziya Gökalp, Kemalizm ve Türkiye'de Korporatizm*, 2. Bs., İstanbul, İletişim Yay., 1993, s. 90, 96).

¹⁰⁰ Örneğin Parla, CHP'nin ilk kez 1947 parti programında yer alan ifadeleri II. Dünya Savaşından kaynaklanıyor görmektedir: "[...] 'özgürlüğün, insanca yaşamının ve uygar her hukuk düzeninin esas ve siyasal hakların kaynağı' olduğu söylenmiş, 'insan kişiliğinin ve topluluğunun serbestçe serpilip gelişmesi için zorunlu ve yaşamsal bir koşul' olan düşünce, vicdan, söz, yazı, yayım, toplanma, dernek, sendika ve siyasi parti kurma ... gibi hak ve özgürlükler'i sağlamayı partinin görev bildiği ifade edilmiştir. Bunlar, C.H.P. Programı'nda ilk kez boy gösteren sözlerdir, öncesi yoktur, dünya savaşından sonra çevre koşullarının baskısıyla programa alındığı ortadadır" Parla, *Türkiye'de Siyasal Kültürün Resmî Kaynakları 3*, s. 34.

solidarizm etkisi görülmektedir. Makalede, söz konusu düşünsel art-alanla, bu dönemde ortaya çıkan Duguit çevirileri arasında bir bağ kurulmuştur.

20. yüzyılın ikinci yarısında, Duguit'ye olan ilgide kayda değer bir azalma olduğu ileri sürülebilir. Bunun sebebi de sosyo-politik gelişmelerle açıklanabilir görünüyor. Demokrat Parti'nin iktidara gelmesiyle beraber liberal bir ekonomik anlayışın benimsenmesi ve II. Dünya Savaşının neticesinde solidarizmin faşizmle benzer bir akıbet paylaşması ile Duguit'ye olan ilginin azalması arasında ilişki kurmak mümkün görünmektedir. Son olarak 2000'li yıllarla beraber Duguit'ye ilgide bir artış olduğu tespit edilmiştir. Bu tespitle iktifa edilmiştir; çünkü artışın gerekçelerini açıklamak bakımından biraz daha vakit geçmesi gerektiği düşünülmektedir.

EK: Léon Duguit'nin Kuramını İnceleyen Türkçe Makaleler ve Makale Çevirileri¹⁰¹

- Berzek, Ayşe Nur: "Leon Duguit", *Marmara Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, C. 1, S. 1, 1984, ss. 529-541.
- Gedik, Ali Fuat: *Hukuk ve Sosyologlar*, İstanbul, Cumhuriyet Matbaası, 1945.
- Gurvitch, Georges: Hukuk Sosyolojisinin Kurucuları: II - Duguit, Levy ve Hauriou", Çev. Hâmile Topçuoğlu, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 8, Sy. 1-2, 1951, ss. 703-725.
- Günel, Yılmaz: "Duguit ve Devlet Nazariyesi", *AÜSBF Dergisi*, C. 19, S. 2, 1949, ss. 283-304.
- Jeze, Gaston: "Duguit'nin İdare Hukuku Üzerindeki Tesiri", çev. Hasan Şükrü Adal, *Siyasal Bilgiler Mecmuası*, Sahibi: Siyasal Bilgiler Okulası Talebe Kurumu, S. 52, 1935, ss. 28-37.
- Jeze, Gaston: "Leon Duguit'nin Fransız İdare Hukuku Üzerindeki Tesiri", çev. Hüseyin Nail Kubalı, *İÜHFİM*, C. 7, S. 1, 1941, ss. 336-352.
- Pashukanis, Evgeny: "Leon Duguit", Çev. Can Şimşek, *Hukuk Kuramı*, C. 2, S. 1, Ocak-Şubat 2015, ss. 30-32.
- Seviğ, Vedat Raşit: "Leon Duguit'ye Göre Hukuk Kaidesi, Sübjektif Hak ve Hakimiyet", *İÜHFİM*, C. 15, S. 1, 1949, ss. 338-357.
- Sfez, Lucien: "Duguit ve Devlet Kuramı: Temsil ve İletişim", Çev. Ayça Ciniç, *Devlet Kuramı*, Ed. Cemal Bâli Akal, Ankara, Dost Kitabevi, 2000, ss. 403-421.
- Surlu, Aydan Ömür: "Léon Duguit'nin Devlet ve Hukuk Anlayışı", *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XII, S. 3-4, 2009, ss. 107-132.
- Toprak, Zafer: "Hukuk-ı Esasiyye ve Hukuk-ı Nisvân: Leon Duguit'te Kadın Hukuku (1923)", *Legal Hukuk Dergisi: Rona Aybay'a Armağan*, C. 2, 2014, ss. 2209-2234.
- Tosun, Kemal: "Hukukta Pozitivizm ve Duguit'nin Telakkisi", *İş: Aylık Felsefe Ahlâk ve İçtimaiyet Mecmuası*, C. 12, S. 58/59, No. 6-7, 1947, ss. 9-14.
- Tosun, Kemal: "Hukukta Pozitivizm ve Duguit'nin Telakkisi", *İş: Aylık Felsefe Ahlâk ve İçtimaiyet Mecmuası*, C. 13, S. 69, No. 5, 1947, ss. 2-7.
- Tunaya: Tarık Zafer: "Duguit Bakımından Amme Hizmeti", *Yurt Üniversiteliler Dergisi*, C. 1, S. 1, 1940, ss. 15-16.
- Yeğengil Rasih: "Hukukta Positivisme veya Duguit'in Hukuk Telakkisi", *Adalet Ceridesi*, S. 11, 1935, ss. 1755-1769.

¹⁰¹ İçeriği Duguit'nin kuramına hasrolunan çalışmalar listelenmiştir. Anayasa Hukuku, İdare Hukuku, Genel Kamu Hukuku, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisine ilişkin genel kitaplar ile ders kitaplarında yer alan Duguit bölümleri listeye dahil edilmemiştir.

KAYNAKÇA

- Abadan, Y.: *Amme Hukuku ve Devlet Nazariyeleri*, Ankara, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yay., 1952.
- Akal, C. B.: “Hans Kelsen’in ‘Demokrasi’si’”, *Güncel Hukuk*, S. 174, Kasım-Aralık 2018, ss. 48-51.
- Ateş, A. E.: “Léon Duguit and Ali Fuad Başgil: the Case of Influence of the French Republic Law over the Turkish Constitution Law”, *International Journal of Turcologia*, Vol. IV, N. 7, ss. 22-47.
- [Babanzade] İ. H., *Hukuk-ı Esasiye*, Müdavimîn-i Mülkiye Kütüphanesi, 1325, 672 s.
- Bakırcı, A. İ.: “Cumhuriyet Öncesi Türk Anayasa Hukuku Doktrininde Devletin Hukuki Kişiliği Sorunu: Celalettin Arif Bey Örneği”, *Adalet Dergisi*, S. 67, 2021/2, ss. 359-378.
- Carolina, A.; Gazabón, M.: *La influencia de León Duguit en la reforma social de 1936 en Colombia*, Bogotá, Universidad del Rosario, Facultad de Jurisprudencia, 2015.
- Celaledin [Arif], *Hukuk-ı Esasiye (Birinci Sınıf)*, Dersaadet, Ahmed Saki Bey Matbaası, 1325, 210 s.
- Celaledin Arif, *Hukuk-ı Esasiye (İkinci Sınıf Dersleri)*, Dersaadet, Ahmed Saki Bey Matbaası, 1325, 229 s.
- Crozat, C.: “Asrı Hazır Doktrininde Devlet Telâkkisi”, *Üniversite Konferansları 1936-1937*, İstanbul, Ülkü Basımevi, İstanbul Üniversitesi Yayınlarından No. 50, 1937.
- Crozat, C.: “Hauriou, Muhtasar-ı Hukuk-ı İdare, Onbirinci Tab Birinci Cüz (Precis de Droit Administratif 11 edition 1 er.fascicule), Paris, 1927”, *Darülfünun Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. V, Sy. 31, 1927, ss. 798-799.
- Debaenst, B.: “Le droit social, le droit individuel et la transformation de l’État”, *The Formation and Transmission of Western Legal Culture*, Ed. Serge Dauchy, Georges Martin vd., Cham (İsviçre), Springer, 2016, ss. 429-431.
- Demokrat Parti Programı 1946*, https://acikerisim.tbmm.gov.tr/xmlui/bitstream/handle/11543/917/200805461_1946.pdf?sequence=1&isAllowed=y Görülme Tarihi: 25.05.2022.
- Duguit, L.: “Amme Hukukunun Tahavvülleri”, Çev. Tarık Zafer Tunaya, *Yeni Türk*, C. 7, Sy. 83, 1939, ss. 488-491.
- Duguit, L.: “Belçika’da Usûl-i İntihabdan”, *İçtihad*, Sy. 249, 1928, ss. 4754.
- Duguit, L.: “Egemenlik ve Özgürlük”, çev. Didem Köse, Sedef Koç, *Devlet Kuramı*, Ed. Cemal Bâli Akal, Ankara, Dost Yayınları, 2013 (İlk Baskı Yılı: 2000), ss. 379-400.
- Duguit, L.: “Ferdî Hukuk, İctimaî Hukuk ve İstihale-i Devlet”, çev. Serdengeçtızade Edib, *Darülfünun Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. 2, Sy. 16, 1340 [1924], ss. 497-516; C. 3, Sy. 17, 1341 [1925], ss. 599-626; C. 3, Sy. 18, 1341 [1925], ss. 746-767.
- Duguit, L.: *Fransa’da Hürriyet-i Matbuat ve Matbuat Nizamnameleri*, Çev. Mehmed Münir [Erteğün], İstanbul, Matbaa-ı Amire, 1326 [1910-11].

- Duguit, L.: *Hak Kavramı ve Devletin Dönüşümü Üzerine Üç Konferans*, Çev. Edip Serdengeçti, Haz. Emre Partalçı, İstanbul, Pinhan Yay., 2019.
- Duguit, L.: *Hâkimiyet ve Hürriyet*, Çev. Menemenlizade Ethem, İstanbul, İkdam Matbaası, 1341 [1925].
- Duguit, L.: “Hakk-ı Esasî (Hukuk-ı Esasiye) Mebâhisinden”, Çev. Kavasoglu Fuad, *Muhamat*, Sy. 7, 10 Kanunısani 1327 [23 Ocak 1912], ss. 211-215.
- Duguit, L.: *Hukuk- Esasiye: Devlet Nazariye-i Umumiye*, C. 2, Çev. Menemenlizade Ethem, İstanbul, Türkiye Cumhuriyeti Maarif Vekaleti Neşriyatı, 1340 [1924].
- Duguit, L.: *Hukuk-ı Esasiye: Kaide-i Hukukiye, Devlet Meselesi*, C. 1, Çev. Menemenlizade Ethem, İstanbul, Türkiye Cumhuriyeti Maarif Vekaleti Neşriyatı, 1339 [1923].
- Duguit, L.: “Hukuk-ı Hususiyenin Tahavvülât-ı Umumiyesi”, Çev. Yorgaki Effimianidis *Muhamat*, Sy. 17, 13 Zilhicce 1330/10 Teşrinisani 1328 [23 Kasım 1912], ss. 515-521; Sy. 19, 14 Safer 1331/10 Kanunusani 1328 [23 Ocak 1913], ss. 586-589; S. 20, 16 Rebiülevvel 1331/10 Şubat 1328 [23 Şubat 1913], ss. 626-627; Sy. 22, 16 Cemaziyevvel 1331/10 Nisan 1329 [23 Nisan 1913], ss. 697-699; Sy. 23, 16 Cemaziyühahir 1331/10 Mayıs 1329 [23 Mayıs 1913], ss. 718-720; Sy. 29, 23 Muharrem 1332/10 Kanunuevvel 1329 [23 Aralık 1913], ss. 892-895.
- Duguit, L.: *Kamu Hukuku Dersleri*, Çev. Süheyp Derbil, Ankara, Ankara Üniversitesi Yay., 1954.
- Duguit, L.: *Le Droit Social, Le Droit Individuel et la Transformation de l'État*, Paris, Felix Alcan, 1908.
- Duguit, L.: *Leçons de Droit public général*, Paris, Boccard, 1926.
- Duguit, L.: *Les Transformations de Droit Public*, Paris, Armand Colin, 1913.
- Duguit, L.: *Les Transformations Générales du Droit Privé Depuis le Code Napoléon*, Paris, Félix Alcan, 1912.
- Duguit, L.: *Manuel de Droit Constitutionnel: Théorie générale de l'État. Libertés publiques - Organisation politique*, Deuxième Édition, Paris, Fontemoing, 1911.
- Duguit, L.: *Manuel de Droit Constitutionnel: Théorie générale de l'état - Organisation politique*, Paris, Fontemoing, 1907.
- Duguit, L.: *Souveraineté et Liberté*, Paris, Félix Alcan, 1922.
- Duguit, L.: *Traité de Droit Constitutionnel*, Tome 1, Deuxième Édition, Paris, Ancienne Librairie Fontemoing, 1921.
- Duguit, L.: *Traité de Droit Constitutionnel*, Tome 2, Deuxième Édition, Paris, Ancienne Librairie Fontemoing, 1923.
- Gülsoy, U.: “Celâleddin Ârif”, *DİA*, C. 7, 1993, ss. 246-247.
- Hauriou, M.: “Fransız Danıştayının Bir Kararı Üzerine Notlar”, Çev. Samim Bilgen, *İdare Dergisi*, Sy. 173, 1945, ss. 115-126.
- Hauriou, M.: “Hukuk Fakülteleri ve Gayeleri”, Çev. M. Kemaleddin, *Darülfünun Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. V, Sy. 32, 1927, ss. 909-913.

- Hauriou, M.: “Müessese ve Tesis Teorisi: İçtimaî Vitalizm Denemesi”, Çev. Tarık Zafer Tunaya, *İÜHFM*, C. IX, Sy. 3-4, 1944, ss. 672-683.
- Hükümetler, Programları ve Genel Kurul Görüşmeleri*, C. 2, Haz. İrfan Neziroğlu, Tuncer Yılmaz, Ankara, TBMM Yay., Ekim 2013.
- Jellinek, G.: *İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi Üzerine*, Çev. Rezzan İtişgen Dülger, Muzaffer Dülger, İstanbul, Pinhan Yay., 2017.
- Karahançoğulları, O.: “Paşukanis ve Sönümlenmecî Hukuk Kuramı”, *Modern Zamanlar Bir Yokmuş Bir Varmış, Fikret Başkaya'ya Saygı II*, Ankara, NotaBene Yayınları, 2013, ss. 101-145.
- Kelsen, H.: “Berlin Beyannamesine Nazaran Almanya'nın Hukuki Durumu”, Çev. Vakur Versan, *İÜHFM*, C. XI, Sy., 3-4, 1945, ss. 283-292.
- Kelsen, H.: “Birleşmiş Milletler Teşkilatından Çekilme Hakkı”, Çev. Hicri Fişek, *AÜHFD*, C. 6, Sy. 2-3-4, 1949, ss. 95-111.
- Kelsen, H.: *Demokrasi: Doğası - Değeri*, Çev. Yasin Uysal, Ankara Dost Kitabevi, 2019.
- Kelsen, H.: *Demokrasi: Mahiyeti - Kıymeti*, Çev. Ethem Menemencioğlu, İstanbul, Kültür Bakanlığı Yayınları, İstanbul Üniversitesi Ana İlim Kitapları Tercüme Serisi, 1938.
- Kelsen, H.: “Mahz ‘Hukuk Nazariyesi’ Nedir?”, Çev. Orhan Münir Çağıl, *İÜHFM*, C. XXII, Sy. 1-4, 1956, ss. 398-417.
- Kelsen, H.: “Nedensellik ve İsnadiyet”, Çev. Zeki Hafızoğulları, *AÜHFD*, C. 35, Sy. 1-4, 1978, ss. 219-233.
- Kelsen, H.: *Saf Hukuk Kuramı*, Çev. Ertuğrul Uzun, İstanbul, Nora Kitap, 2020.
- Kerimoğlu, H. T.: “İmparatorluk'tan Cumhuriyet'e Bir Rum Aydını: Yorgaki Effimianidis ve Eserleri”, *Belgi Dergisi*, C. 2, Sy. 18, Yaz 2019/II, ss. 1545-1562.
- Korlaelçi, M.: *Pozitivizmin Türkiye'ye Girişi*, İstanbul, İnsan Yay., 1986.
- Mardin, Ş.: *Jön Türklerin Siyasî Fikirleri (1895-1908)*, 21. Bs., İstanbul, İletişim Yay., 2017.
- Mardin, Ş.: *Türk Modernleşmesi*, İstanbul, İletişim Yay., 1991.
- Menemenci[oğlu], E.: “Profesör Roger Bonnard'a Göre Sübjektif Hukuk”, *İÜHFM*, C. I, S. I, 1935, ss. 48-59.
- Menemencioğlu, E.: *Leon Duguit'nin Cemiyet, Hukuk ve Devlet Nazariyeleri*, İstanbul, Maarif Matbaası, 1939.
- Mirow, M. C.: “Léon Duguit and the Social Function of Property in Argentina”, *Léon Duguit and the Social Obligation Norm of Property: A Translation and Global Exploration*, Ed. Paul Babie, Jessica Viven-Wilksch, Singapore, Springer, 2019, ss. 267-285.
- Mirow, M. C.: “Léon Duguit”, *Great Christian Jurists in French History*, Ed. Olivier Descamps, Rafael Domingo, Cambridge, Cambridge University Press, 2019, ss. 358-371.
- Mirow, M. C.: “Origins of the Social Function of Property in Chile”, *Fordham Law Review*, Vol. 80, Issue 3, December 2011, ss. 1183-1217.

- Mirow, M. C.: "The Social-Obligation Norm of Property: Duguit, Hayem, and Others", *Florida Journal of International Law*, Vol. 22, 2010, ss. 191-226.
- Onar, S. S.: *İdare Hukuku: Birinci Cilt*, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1942.
- Özcan, T.: "Ali Fuad Başgil'e Guguk'tan Bakmak", *Ord. Prof. Dr. Ali Fuat Başgil'in Anısına Armağan*, Haz. Abuzer Kendigelen, İstanbul, On İki Levha Yay., 2019, ss. 109-136.
- Parla, T.: *Türkiye'de Siyasal Kültürün Resmî Kaynakları 2: Atatürk'ün Söylev ve Demeçleri*, İstanbul, İletişim Yay., 1991.
- Parla, T.: *Türkiye'de Siyasal Kültürün Resmî Kaynakları 3: Kemalist Tek-Parti İdeolojisi ve CHP'nin Altı Ok'u*, İstanbul, İletişim Yay., 1992.
- Parla, T.: *Ziya Gökalp, Kemalizm ve Türkiye'de Korporatizm*, 2. Bs., İstanbul, İletişim Yay., 1993.
- Partalacı, E.: *Darülfünun Hukuk Fakültesinden Bir Sayfa: Edip Serdengeçti ve Mülkiyet Düşüncesi*, İstanbul, On İki Levha Yay., 2020.
- Partalacı, E.: "II. Meşrutiyet'te Siyasal İktidarın Sorgulanması: Bir Léon Duguit Çevirisi", *Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları*, Sy. 17, 2014 (Bahar), ss. 77-95.
- Pashukanis, E.: "Leon Duguit", İngilizceye Çev. Peter B. Maggs, *Pashukanis: Selected Writings on Marxism and Law*, Ed. Piers Beirne, Robert Sharlet, London, New York vd., Academic Press, 1980, ss. 165-168.
- Pashukanis, E.: Leon Duguit, Çev. Can Şimşek, *Hukuk Kuramı*, C. 2, S. 1, Ocak-Şubat 2015, ss. 30-32.
- Schneiderman, D.: "Özelleştirmeye Anayasal Yaklaşımlar: Neo-Liberal Anayasacılığın Ağırlığı Üzerine Bir İnceleme", çev. Umut Koloş, *İÜHFİM*, C. LXXIII, Sy. 1, 2015, ss. 505-530.
- Serdengeçti, E.: "Prof. Dr. Richard Honig - Hukuk Felsefesi", *İÜHFİM*, C. 1, S. 4., 1935, ss. 535-550.
- Serdengeçti, E.: "Toprakta Benimseme", *Capitolium*, Y. I, Sy. 3, İstanbul, Kânunusani 1935, ss. 174-181.
- Serdengeçti, E.: "Türk İnkılabı: Devlet Şekilleri ve Türkiye Büyük Millet Meclisi", Haz. Emre Partalacı, *Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları*, S. 28, 2019 (Güz), ss. 139-146.
- Serdengeçdizâde H. E.: *Mülkiyet Nehcinin Vech-i Tekâmülü*, İstanbul, Matbaa-yı Askeriye, 1339-1921, V+288 s. (Serdengeçti E.: *Mülkiyet Rejiminin Gelişimi: Mülkiyetin Toplumsal ve Hukuki Niteliği Hakkında İnceleme*, Haz. Emre Partalacı, İstanbul, On İki Levha Yay., 2021, XXII+239).
- Toprak, Z.: *Darwin'den Dersim'e: Cumhuriyet ve Antropoloji*, İstanbul, Doğan Kitap, 2012.
- Toprak, Z.: "İkinci Meşrutiyet Yıllarında 'Hukuk-ı Nisvân' ya da Osmanlı Kadın Hukuku", *Toplumsal Tarih*, Sy. 248, Ağustos 2014, ss. 36-46.
- Toprak Z.: *Türkiye'de Popülizm: 1908-1923*, İstanbul, Doğan Kitap, 2013.

- Tunaya, T. Z.: *Siyasî Müesseseler ve Anayasa Hukuku*, 2. Bs., İstanbul, Siyaset İlmî Serisi No. 9, 1969.
- Türközer, B. G.: *Toplumsal Gerçeklik Olarak Hukuk: Leon Duguit Sistematiği*, Ankara, 1996.
- Yörükoğlu, Ö.: *Leon Duguit'nin Hukuk Kaidesi Teorisi*, Yayınlanmamış Doçentlik Tezi, İstanbul, 1968.
- <https://www.anayasa.gov.tr/tr/mevzuat/onceki-anayasalar/1924-anayasasi/> Görülme Tarihi: 29.04.2022.



Duguit'nin Egemenlik Kavramı Üzerine Eleştirileri ve Uluslararası Hukuk Bağlamında Egemenlik Kavramı^(*)

Duguit's Criticism on the Concept of Sovereignty and the Concept of Sovereignty in the Context of International Law

Arş. Gör. Görkem KAYACIK^(**)

Öz

Duguit'nin hukuk felsefesi ve devlet teorisi kamu hukuku alanında önemli bir konum teşkil etmektedir. Yazarın sosyoloji biliminden sıklıkla yararlandığı ve bu iki sosyal bilim alanı arasında bir bağ kurarak hukuka sosyolojik bir bakış açısı getirdiği söylenebilir. Bu noktada yazar döneminin birçok farklı hukukçusu gibi pozitivist bir çizgiyi benimsemekle birlikte benimsediği sosyolojik yaklaşım ile özgünleşir. Devlet teorisinin genel kabul görmüş kavramlarına bu çerçevede getirdiği eleştiriler ise o dönemde sıklıkla eleştirilse de günümüzde çoğu teorisyence benimsenmiş hususların erken birer örneğini teşkil etmektedir. Duguit'ye göre “devletin kişiliği, milli irade, egemenlik” gibi kavramlar sosyolojik olgular olarak gözlemlenmesi mümkün şeyler değildir ve bu nedenle metafizik birer kurgu olarak, devlet teorisine kaynak teşkil edemezler. Özellikle “egemenlik” kavramı devletin temel unsurlarından biri olarak lanse edilse de bu kavram ile ne kamu hukukunu ne de uluslararası hukuku bağdaştırmak mümkün değildir. Bu kavramları bağdaştırmaya yönelik teoriler ise başarısızlığa mahkûmdurlar. Sağlam temeller üzerinde yükselen ve pozitif olgularla bağdaşır bir kamu hukuku ve uluslararası hukuk inşa etmek adına yapılması gereken, zaten gerçekle uyumlu bir yanı olmayan fakat sadece kabul edildiği için var olan egemenlik kavramından vazgeçmektir.

Anahtar Kelimeler

Léon Duguit, Egemenlik Kavramı, Uluslararası Hukukta Egemenlik, Devlet Egemenliği, Ulusal Egemenlik.

Abstract

Duguit's legal philosophy and state theory constitute an important position in the field of public law. It can be said that the author frequently benefited from the science of sociology and brought a sociological perspective to law by establishing a link between these two social sciences. At this point, the author adopts a positivist line like many different legal philosopher of his time, but becomes specific with the sociological approach he has adopted. Although his criticisms of the generally accepted concepts of the

^(*) Araştırma Makalesi / [Makale Geliş Tarihi](#): 11.05.2021 - [Makale Kabul Tarihi](#): 10.05.2022

^(**) Sakarya Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Sakarya - Türkiye
[E-posta](mailto:gorkemkayacik@sakarya.edu.tr): gorkemkayacik@sakarya.edu.tr
[Orcid No](https://orcid.org/0000-0001-7530-2722): <https://orcid.org/0000-0001-7530-2722>

state theory were frequently criticized in that period, they constitute an early example of the issues adopted by most theorists today. According to Duguit, concepts such as “*the personality of the state, national will, sovereignty*” are not things that can be observed as sociological phenomena and therefore, as metaphysical fictions, they cannot constitute a source for the theory of the state. Although the concept of “*sovereignty*” is introduced as one of the basic elements of the state, it is not possible to reconcile this concept with either public law or international law. Theories to reconcile these concepts are doomed to failure. What needs to be done in order to build a public law and international law that is based on solid foundations and is compatible with positive facts, is to abandon the concept of sovereignty, which is not compatible with reality, but exists only because it is accepted.

Keywords

Léon Duguit, Concept of Sovereignty, Sovereignty in International Law, State Sovereignty, National Sovereignty.

GİRİŞ

Léon Duguit, 20. Yüzyılın en önemli hukukçularından biri olarak kabul edilmekle birlikte¹ onun devlet teorisine getirdiği yıkıcı yaklaşım ve bu yaklaşım neticesinde tetiklediği tartışmalar göz önüne alındığında önemli bir devlet teorisini olarak da kabul edilmesi mümkündür. Duguit’in genel olarak hukuk bilimine ve bilhassa da devlet teorisine yaptığı en önemli katkı o güne kadar birer ön kabul olarak kabul edilmiş kavramları tartışmaya açması ve bunları radikal biçimde reddetmesi neticesinde tüm teorisyenleri bu kavramları tekrar düşünmeye sevk etmesidir.² Bunun yanı sıra her ne kadar “devletin kişiliği, devletin iradesi, milli irade ve egemenlik” gibi kavramları tümünden reddetmeye varan fikirleri ağır eleştirilere maruz kalsa da³ Duguit’in benimsediği metodoloji ile bu kavramları metafizik addetmesi ve etkilendiği Comte⁴ gibi sosyal olguların pozitif tezahürlerini gözleme tabi tutması neticesinde ortaya koyduğu tahliller oldukça önemlidir.⁵ Nihayetinde Duguit’in sosyoloji biliminin metodolojisini ve kavramlarını hukuk bilimine uygulayarak ortaya koyduğu sosyolojik hukuk yaklaşımı yazarın hukuk bilimine yaptığı bir diğer değerli katkıyı teşkil etmektedir.

¹ Muvaffak Akbay, **Umumi Amme Hukuku Dersleri**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 3. Baskı, Ankara 1958, s. 329.

² Bu noktada Laski’den aktaran Akbay, Duguit’in teorisine taraftar olan veya olmayan her hukukçunun “... hukuki zihniyetini bu yeni görüş tarzına ayarlamak zorunda kaldığını...” ifade etmektedir. Muvaffak Akbay, **Umumi Amme Hukuku Dersleri**, s. 329. Günal da benzer tespitlerde bulunarak Duguit’in teorisinin, onu göz ardı etmeye imkân vermeyecek mahiyetteki etkisine işaret etmektedir. Yılmaz Günal, **Duguit ve Devlet Nazariyesi**, Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, C.: 19, S.: 02, 1964, s. 284.

³ Okandan, eleştirilerin genel olarak, Duguit’in bu kavramları reddi sebebiyle “anarşiye sebep olmak” noktasında toplandığını ifade etmektedir. Hatta bu eleştirilerin Duguit’ye Esmein tarafından “*gerçekle alakası olmayan anarşist*”, Hauriou tarafından da “*kürsü anarşisti*” denmesine kadar giden bir ağırlıkta olduğunu Okandan aktarmaktadır. Recai Galip Okandan, **Umumi Amme Hukuku Dersleri Cilt II**, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 2. Baskı, İstanbul 1959, s. 950.

⁴ Adnan Güriz, **Hukuk Felsefesi**, Siyasal Kitabevi, 14. Baskı, Ankara 2019, s. 283.

⁵ Duguit’in teorisinin temelindeki metodolojide büyük ölçüde Comte ve Durkheim’dan esinlenmiştir. Aydın Ömür Surlu, **Léon Duguit’in Devlet ve Hukuk Anlayışı**, Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl 2009, Cilt 13, Sayı 3-4, s. 107.

Duguit'nin çalışmalarına konu ettiği, yeniden ele alınmasını önerdiği ve hatta reddiye içerisine girdiği kavramlardan biri de “egemenlik” kavramıdır. Birçok farklı eserinde, “devletlerin egemenliği” ve “milli egemenlik” kavramları üzerinden konuyu ele alan yazarın, egemenlik üzerine fikirlerini toplu bir şekilde sunduğu, Columbia Üniversitesinde verdiği derslere dayanan “egemenlik ve özgürlük” isimli bir eseri de bulunmaktadır.⁶ Çalışmamızda özellikle bu yazıdan ve Duguit'nin diğer eserlerinden yararlanarak, “egemenlik” kavramına ilişkin geliştirilen yaklaşımı, özellikle uluslararası hukukta devletlerin egemenliği üzerinden ele alacak, Duguit'nin farklı uluslararası hukuk teorilerine getirdiği eleştirileri inceleyeceğiz. Bunun için ilk olarak Duguit'nin hukuk bilimi ve devlet teorisi açısından doktrinindeki yerini tespit edecek, sonrasında ise “egemenlik” kavramına dair teorilerle birlikte Duguit'nin yaklaşımını aktaracağız.

I. DUGUIT'NİN DEVLET TEORİSİ

Duguit'nin devlet teorisi, döneminin klasik devlet teorilerine getirdiği eleştiriler ve reddiyeler üzerinden şekillenmiştir ve kıymetini de buradan almaktadır. Birçok yazar Duguit'nin eleştirdiği fikirlerin yerine sağlam bir teori koymakta bu fikirlere getirdiği eleştirilerde olduğu kadar başarılı olamadığını ifade etmektedir.⁷ Bu nedenle Duguit'nin devlet teorisini, reddettiği genel kabul görmüş fikirler üzerinden ele almak faydalı olacaktır. Belirtmek gerekir ki Duguit'nin giriştiği ve neticesinde birçok farklı kamu hukukçusunu karşısına aldığı bu eleştirilerin temelinde benimsemiş olduğu metodoloji yatmaktadır. Duguit'nin reddettiği “*devletin kişiliği, milli irade, egemenlik*” gibi hususların her biri bu metodolojinin farklı konulara uygulanması neticesinde ortaya çıkmışlardır. Dolayısıyla hepsinden önce Duguit'nin metodolojisini anlamak gerekmektedir. Duguit metodolojisini üç başlık altında tanımlamaktadır. Bu tanıma göre toplumsal olguları bilimsel bir yöntemle ele almak, bu olguları somut tezahürleri üzerinden anlamlandırmak ve bu somut tezahürlerin doğrulanmadığı durumları herhangi bir önyargıya dayanmaksızın reddetmek gerekmektedir. Bu bağlamda fiziksel dünyada bir karşılığı olmayan, bilimsel metotlarla doğrulanamayan bu fizikötesi kavramlar tümünden reddedilmelidir.⁸

⁶ Duguit, “*Traité Droit Constitutionnel*” adlı eserinde de klasik egemenlik doktrinine getirdiği eleştiriler için bu esere işaret etmektedir. Léon Duguit, **Traité de Droit Constitutionnel Cilt II**, Ancienne Librairie Fontemoing & Cie, 3. Baskı, Paris 1921, s. 118. Léon Duguit, **Egemenlik ve Özgürlük**, Cemal Bali Akal (Der.), **Devlet Kuramı** içinde s. 193-211, Dost Yayınları, 5. Baskı, Ankara 2018.

⁷ Muvaffak Akbay, **Umumi Amme Hukuku Dersleri**, s. 349.

⁸ Leon Duguit, **Kamu Hukuku Dersleri** (Çev.: Süheyy Derbil), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1954, s. 14. Abdülhak Kemal Yörük, **Hukuk Felsefesi Dersleri**, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1958, s. 253. Stéphane Pinon, **Le Positivisme Sociologique: L'itinéraire De Léon Duguit**, Université Saint-Louis - Bruxelles - Revue interdisciplinaire d'études juridiques, C.: 2 S.: 67 2011, s. 75.

Duguit'nin görüşleri genel anlamda “sosyolojik pozitivizm” olarak tanımlanmakta,⁹ devlet teorisi açısından ise “realist teori” olarak adlandırılıp, “kuvvet ve mücadele teorileri” içerisinde konumlandırılmaktadır.¹⁰ Yazarın görüşlerine getirilen bu adlandırma ve sınıflandırmalar onun fikirlerinin esas hatlarını ortaya koyar. Bu noktada Duguit'nin fikirlerinin “sosyolojik” ve “pozitivist” yanı Comte ile başlayan bilimsel pozitivist yaklaşımın bir tezahürü olmakla birlikte bunun yanında Durkheim gibi sosyologların geliştirdiği sosyolojik kavramların hukuk ve devlet teorisine uygulanması da teorinin sosyolojik yanını teşkil eder.¹¹ Duguit'nin, Durkheim'in “toplumsal işbölümü” teorisinden hareketle geliştirdiği¹² “sosyal dayanışma” fikri ve idare edenler ile idare edilenler arasındaki ayrım çerçevesinde gelişen toplumsal iktidar mücadeleleri bağlamında ele aldığı devlet kavramı ise “kuvvet ve mücadele teorileri” içerisine dâhil edilebilecek bir devlet teorisini meydana getirir.

Duguit'nin devlet teorisinin başlangıç noktası, insanın toplumsallığı ve bu toplumsallık yoluyla ihtiyaçlarını karşılamalarını sağlayan bir dayanışma teşkil etmeleridir. Bu noktada ilk olarak devlet ile toplumun birbirinden ayrıldığı görülür ve bu yaklaşım sosyolojinin de temel aldığı bir yaklaşımdır. Duguit'ye göre insan hiçbir zaman birey olarak var olmamıştır, devamlı toplumsal bir yaşantının içerisinde ki zaten hak dediğimiz olgu da bu toplumsal yaşantı içerisinde diğer insanlarla girişilen ilişkinin bir ürünüdür. Devlet ise bu toplumsal yaşantı içerisinde meydana gelen birtakım olguların neticesinde ortaya çıkmış bir kavramdır. Durkheim'ın işbölümü teorisi burada kendine bir yer edinerek bu toplumsal yaşantının gereği olarak sürdürülmesi ve geliştirilmesi gereken bir olgu olarak kabul edilir. Buna göre insanların toplumsal ve bireysel ihtiyaçlarını daha etkili bir şekilde gidermesi amacıyla toplumsal bir işbölümü meydana gelmekte ve böylece toplum içerisinde bir sosyal dayanışma oluşmaktadır. Bu dayanışmanın devamlılığı ve gelişimi ise toplum içerisinde şekillenen sosyal normlar ile sağlanmaktadır.

Devletin ortaya çıkması sürecinde karşımıza çıkan ilk toplumsal olgu işbölümü iken bir diğer olgu işbölümü neticesinde gelişen bireysel faaliyetlerin bir şekilde yol açtığı, yönetenler ve yönetilenler temelinde gerçekleşen bir tür toplumsal tabakalaşmadır.¹³ Geniş anlamda devlet kavramı da yönetilenler ile yöne-

⁹ Adnan Güriz, **Hukuk Felsefesi**, s. 294.

¹⁰ Recai Galip Okandan, **Umumi Amme Hukuku Dersleri Cilt I**, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 2. Bası, İstanbul 1959, s. 51, 60. Akbay, **Umumi Amme Hukuku Dersleri**, s. 329.

¹¹ Hamide Topçuoğlu, **Hukuk Sosyolojisi**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul 1969, s. 69.

¹² Stéphane Pinon, **Le Positivisme Sociologique: L'itinéraire De Léon Duguit**, s. 73. Pinon, Duguit'nin “*l'État, le droit objectif et la loi positive*” adlı eserinde Durkheim'in “*Toplumsal İşbölümü*” adlı eserine on doğrudan atfın olduğunu aktarır.

¹³ Duguit'nin bu bağlamdaki görüşleri devletin varlığını insanlar arasındaki bir iktidar mücadelesine dayandırmaktadır. Aydın Ömür Surlu, **Léon Duguit'nin Devlet ve Hukuk Anlayışı**, s. 117.

tenler arasındaki bu ayrıma dayanmaktadır.¹⁴ Duguit bu noktada toplumsal tabakalaşmaya neyin yol açtığı hususunda bir açıklamada bulunmasa da ilkelerde bu durumun fiziki güç üstünlüğünden kaynaklandığını fakat başka üstünlüklerin de bu durumu sağlayabileceğini ifade etmektedir.¹⁵ Duguit'nin bu konuda benimsediği pozisyon ve bahsettiği hususlar, klasik sosyolojinin toplumsal tabakalaşmaya dair teorileri ile paraleldir.¹⁶ Bir grup insanın, fiziki olabileceği gibi, dini, ekonomik, siyasi veya askeri, çeşitli iktidar ağları içerisinde sağladıkları üstünlük neticesinde toplumsal konulardaki iradelerini, diğerlerine kabul ettirmeleri idare edenler ile idare edilenler arasındaki bu ayrımı doğurmaktadır.¹⁷ İşte devlet değişimimiz iktidar örgütlenmesi de Duguit'ye göre bu noktada ortaya çıkmaktadır.¹⁸

Duguit'nin devleti tanımlarken başvurduğu bir diğer kavram ise yine olgulardan yola çıkarak, devletin faaliyetlerinin gözlemlenmesi neticesinde vardığı kamu hizmetleridir. Duguit'ye göre içeriği zamanın şartlarına ve diğer başka değişkenlere göre farklılaşan kamu hizmetlerinin yürütülmesi ve böylece sosyal dayanışmanın sağlanması devletin esas görevidir.

Toparlayacak olursak devlet Duguit'ye göre, toplumsal işbölümü sonucunda bir şekilde ortaya çıkan idare edenler ve edilenler farklılaşmasında, idare edenlerin yine toplumsal işbölümünden kaynaklanan sosyal dayanışmanın devamını ve gelişimini sağlayacak şekilde kamu hizmetlerini yürütmek noktasındaki iradelerinin, idare edilenlerin iradelerine üstünlük kurmasından başka bir şey değildir. Kavramsal olarak ise devlet, geniş anlamda her toplumda var olan yönetilen ile yöneten ayrımına denk düşerken modern terminolojide bu siyasi farklılaşmanın belirli bir derecede gelişmeye ve kompleksliğe eriştiği halleri işaret etmektedir.¹⁹ Bu tanım neticesinde, Duguit'nin benimsediği metodoloji de dikkate alındığında devletin ne olmadığı ortaya çıkmaktadır. Döneminin yaygın kabul görmüş birçok kavramını, olgusal olarak gözleme tabi tutulamayacakları için reddeden Duguit'ye göre bu tanımda verilen olguların dışındaki şeyler metafizik birer öge olarak devleti tanımlamaya yaramadığı gibi aksine bir tanımda bulunmayı zorlaştırmaktadır. Devletlerin insan iradelerinden ayrı ve onları aşan bir iradesi

¹⁴ Léon Duguit, *Traité de Droit Constitutionnel Cilt I*, Ancienne Librairie Fontemoing & Cie, 2. Baskı, Paris 1921, s. 394.

¹⁵ Léon Duguit, *Traité de Droit Constitutionnel Cilt I*, s. 394. Okandan, Duguit'nin özellikle iktisadi iktidarın bu tabakalaşmaya yol açtığını ifade ettiğini aktarmakla birlikte, fiziki kuvvetin yanında *manevi, dini, fikri, iktisadi ve siyasi* iktidarların da bu tabakalaşmaya yol açabileceğini ifade etmektedir. Recai Galip Okandan, *Umumi Amme Hukuku Dersleri Cilt II*, s. 946. Benzer bir ifade için bkz. Muvaffak Akbay, *Umumi Amme Hukuku Dersleri*, s. 343.

¹⁶ Bryan S. Turner, *Klasik Sosyoloji*, İletişim Yayınları, 2. Baskı, İstanbul 2015, s. 343-359.

¹⁷ Duguit aynı zamanda bu durumun kaçınılmaz olarak ortaya çıkacağına da işaret etmektedir. Léon Duguit, *Traité de Droit Constitutionnel Cilt I*, s. 395.

¹⁸ Yılmaz Günel, *Duguit ve Devlet Nazariyesi*, s. 286.

¹⁹ Léon Duguit, *Traité de Droit Constitutionnel Cilt I*, s. 395.

mevcut değildir, bu noktada milli bir iradenin varlığından söz etmek mümkün olmayacaktır. Gerçekte olan bazı insanların iradelerinin devlete izafe edilmesinden başka bir şey değildir. Dolayısıyla devletlerin üstün iradelerinden bahsedilemeyeceği üzere egemenlik gibi bir sıfatı haiz olmaları da mümkün değildir. Egemenlik gibi, kaynağını başka hiçbir yerden almayan, kendinden kaynaklı bir iktidarın varlığı metafizik bir husus olduğundan bilimsel olarak bu kavramın kabulü mümkün olmayacaktır. Sonuç olarak, kendisine bir irade atfedilemeyen devletin üstün kılacağı bir iradesinin olmamasından yola çıkarak kendine özgü, mutlak bir iktidarının olması mümkün olmadığından ona bir kişilik atfetmek de mümkün değildir ve devletin onu yönetenlerden ayrı bir kişiliğinin olduğundan da bahsetmeye imkân yoktur.²⁰ Dolayısıyla Duguit’de devlet dediğimiz yapı tamamıyla idare edenler ile idare edilenleri teşkil eden gerçek kişiler arasındaki iktidar ilişkilerine indirgenir.²¹

II. DUGUIT’YE GÖRE EGEMENLİK KAVRAMI

Egemenlik kavramı, devletin batıdaki hukuki-siyasi kavramsallaşma sürecinde ortaya çıkmış öznel bir iktidarı betimlemektedir²² ve genel olarak kavramsallaşmanın başlangıcı kabul edilen ve kavramın sınırlarını çizen Bodin’den itibaren ele alınır.²³ Bodin’den başlayarak tarihsel süreç içerisinde anlamını bulan modern bir kavram olarak egemenlik, devletin esas unsurlarından biri olarak sayılmakta,²⁴ hatta modern devleti modern yapan unsurun egemenlik olduğu ileri sürülmektedir.²⁵ Öte yandan görece yakın zamanda değişen yaklaşımlar ile devletin esaslı unsuru olarak egemenlik kavramı yerine “devlet iktidarı” gibi farklı kavramların kullanılmaya başlandığı²⁶ ve egemenlik kavramını terk etme eğiliminin geliştiği²⁷ gözlemlenmektedir. Ortaya çıkan bu değişimin temelinde egemenlik kavramının kendisini yaratan tarihsel süreçten bağımsız düşünülemez yapıyı nedeniyle

²⁰ Aydan Ömür Surlu, **Léon Duguit’in Devlet ve Hukuk Anlayışı**, s. 118.

²¹ Emeric Travers, **Complexification Sociale Et Effacement De La Souveraineté Chez Léon Duguit**, *Revue Française d’Histoire des Idées Politiques*, S.: 19, 2019, s. 197.

²² Ali Murat Özdemir, Abdurrahman Saygılı, H. Gökçe Zabunoğlu, Aynur Demirli, Ebubekir Aykut, Ezgi Nur Türkoğlu Karacova, Göksu Uğurlu, Ozan Giray Şahin, **Genel Kamu Hukuku - Kuramsal Yaklaşım**, İmge Kitabevi, Kuramsal yaklaşım, 1. Baskı, Ankara 2019, s. 115.

²³ Cemal Bali Akal, **İktidarın Üç Yüzü**, Dost Kitabevi Yayınları, 7. Baskı, Ankara 2014, s. 64 vd.

²⁴ Birden Güngören Bulgan, **Georg Jellinek’in Hak ve Devlet Kuramı**, s. 134 vd.

²⁵ Gérard Mairet, **Egemenlik İlkesi: Modern İktidarın Tarihi ve Temelleri** (çev.: Murat Eşen), Açılım Kitap, 1. Baskı, İstanbul 2020, s. 9-10.

²⁶ Recai Galip Okandan, **Umumi Amme Hukuku Dersleri Cilt II**, s. 909 vd. Duguit de bu durumu tespit etmiş ve bir terminolojik belirsizliği varlığını ifade etmiştir. Bkz. Léon Duguit, **Egemenlik ve Özgürlük**, s. 379. Benzer yönde, kavramın farklı dillerde kullanımları ve terminolojik belirsizlik için bkz. Olivier Beaud, **Egemenlik, Güç, İktidar**, *Siyaset Felsefesi Sözlüğü* (Philippe Raynaud, Stéphane Rials (Yay. Haz.) içinde, İletişim Yayınları, 3. Baskı, İstanbul 2017, s. 271.

²⁷ Olivier Beaud, **Egemenlik, Güç, İktidar**, s. 271.

yeni iktidar ilişkilerine uygulanmasının zorluğu ve egemenliğin toplumsal iktidar ilişkileri ile bağdaştırılmayan mutlaklık gibi unsurlara sahip olması, egemenlik üzerine yapılan çalışmaların her birinin farklı bir tanım getirmek suretiyle onu anlamlandırmayı zorlaştıracak bir literatür meydana getirilmeleri gibi nedenler yer almaktadır.

Bu kavramsal karmaşanın ve kavramı günümüze tatbik etmenin zorluklarının farkında olan Duguit de öncelikle kavramı kullanırken neyi kastettiğine açıklık getirmiş ve devamında kavramın geliştiği tarihsel süreci ele alarak tanımlamaya girişmiştir. Ona göre her ne kadar bu kavram metafizik bir temele dayanması neticesinde kabul edilebilir olmasa da kavramın tarihsel gelişimi sosyal bir olgu olarak toplumsal dönüşümün önemli bir parçası olması hasebiyle önem arz eder.²⁸ Duguit egemenlik kavramını, "... *kamusal güç, devlet gücü, siyasi otorite...*" gibi terimlerle eş anlamlı olarak kullandığını, bunlar içerisinde egemenliğin en kısa ve kullanışlı olan olduğu için onu tercih ettiğini ifade etmektedir.²⁹ Kavramı bu şekilde yerine yerleştirdikten sonra egemenliğin bir tür *irade* olduğunu ifade eder.³⁰ İradeyi de fizik biliminin en temel kavramı olan enerji ile bir tutarak, aynı fizikte olduğu gibi potansiyel halde, yani henüz eyleme geçip sonuçlar doğurmamış bir halde bulunan bir iradenin, enerjinin kinetik hale geçişi gibi eyleme geçişi tetikleyen, kendinden kaynaklanan bir amaç ile birlikte eyleme dönüşmesiyle açıklar. İradî eylemin değerini belirleyen öncelikli unsurun da kinetik hale geçişi sağlayan bu amaç olduğundan bahseder.³¹ İradeyi bu şekilde açıkladıktan sonra egemenliğin de bir tür irade olduğunu fakat diğer iradelerden onu ayıran bazı hususların olduğu ifade edilir.³² Buna göre egemenlik "... *kendinden başka hiçbir şey tarafından belirlenemeyen, ... eylem alanını ve konusunu kendisi belirleyen...*" bir iradedir, egemenlik iradesi mutlak, bölünmez ve devredilmez bir ilk güçtür.³³ Diğer iradeler önünde mutlak bir üstünlüğü vardır, bu noktada egemenin

²⁸ Emeric Travers, **Complexification Sociale Et Effacement De La Souveraineté Chez Léon Duguit**, s. 192. Léon Duguit, **Egemenlik ve Özgürlük**, s. 380.

²⁹ Léon Duguit, **Egemenlik ve Özgürlük**, s. 379. Gözler de benzer bir kabulü benimsemiş görünmektedir. Bkz. Kemal Gözler, **Anayasa Hukukunun Genel Esasları**, 12. Baskı, Bursa 2020, s. 162.

³⁰ Egemenlik kavramının bir irade olarak kabul edilmesi, iktidar kavramının da bir iradenin başka iradelere karşı üstün kılınması hali olarak tanımlandığı anlayışlarla bağdaşmakta ve egemenlik ile iktidar kavramları arasındaki ilişkiyi göstermektedir.

³¹ Léon Duguit, **Egemenlik ve Özgürlük**, s. 381-382.

³² Léon Duguit, **Egemenlik ve Özgürlük**, s. 383.

³³ Duguit klasik doktrin içerisinde egemenliğin tanımını Esmein'den aktararak, egemenliğin bireysel iradelerin üzerinde yer alan ve doğal olarak herhangi bir üstün veya rakip güç tanımayan, içte ve dışta iki veçhesi olan bir kavram olarak ele alındığını ifade etmektedir. Léon Duguit, **Traité de Droit Constitutionnel Cilt II**, s. 108. Duguit'nin burada aktardığı egemenliğin unsurları, Bodin'in ortaya koyduğu ve Bodin'den beri kabul edilen unsurlardır. Bu unsurlar artık her genel kamu hukuku ve anayasa hukuku ders kitabında yer aldığı üzere içerikleri genel olarak bilindiğinden ve yazının esas konusu Duguit'nin bunlara getirdiği eleştiriler olduğundan burada bunlara değinmeye gerek duyulma-

hakları vardır ama iradesini sınırlayacağı için bir yükümlülüğünün olması mümkün değildir.³⁴ Duguit'nin burada yer verdiği egemenliğin vasıfları, sosyal birer olgu olarak önem arz etmeleri nedeniyle aktarılmakla birlikte Duguit'ye göre bu nitelermelerle birlikte egemenlik kavramı "... somut gerçekliğe yabancı ve bugün çökmekte olan metafizik bir yapıdır..."³⁵

Duguit egemenliğin vasıflarından bu şekilde bahsettikten sonra egemenliğin kaynağı sorununa da değinir. Diğer bütün iradelere üstün bir irade nasıl var olabilir ve bu üstünlüğünün kaynağı nedir sorusunu ve bu sorulara verilen cevapları ele alır. Egemenliğin, insani bir iradenin başka bir insani iradeden üstün olmasının tanrısal unsurlara başvurmada açıklanamayacağını ifade eder.³⁶ Bu noktada "tabiatüstü tanrısal hak" ve "dolaylı tanrısal hak" olarak adlandırdığı kuramları aktarır. Bu kuramlardan ilkinde göre egemen iradenin kaynağı doğrudan tanrıdır ve bu iradeyi diğer iradelere üstün kılan onun tanrıdan kaynaklanan bu hakka dayanmasıdır.³⁷ "Dolaylı tanrısal hak" kuramında ise egemen iradenin kaynağı yine tanrısal olmakla birlikte bu iradenin kullanılması için yöneticiler yetkilendirilmiştir. Burada iktidarın ilkesi ve yetkisi olarak da yapılan ikili ayrım Ortaçağ'dan itibaren Roma'dan günümüze gelen *potestas* ve *auctoritas* kavramları ile karşılanmış ve Paulus'un "*omnis potestas a deo*" deyişiyile ifade edilmiştir.³⁸ Dolayısıyla bu kuramda da egemen iradeyi üstün kılan onun tanrısal niteliğidir.³⁹ Bir diğer kuram ise modern egemenlik kuramı olarak da adlandırılan,⁴⁰ Duguit'nin "ulusal egemenlik öğretisi" dediği kuramdır.⁴¹ Bu kuramı ortaya atanlar egemenliğin yeryüzüne indiğini yani bünyesindeki tanrısalıktan kurtulduğunu iddia ederler, zira Avrupa'da kilisenin iktidarının merkezi krallıklar lehine olarak kaybı neticesinde dünyevi bir iktidarı işaret eden kralın iktidarı üstünlük kazanmıştır ve

miştir. Duguit'nin bu unsurları nasıl aktardığına bkz. Léon Duguit, **Traité de Droit Constitutionnel Cilt II**, s. 118-125. Léon Duguit, **Manuel de Droit Public Français - I - Manuel de Droit Constitutionnel**, Ancienne Librairie Fontemoing & Cie, Paris, 1907, s. 126-134. Fakat belirtmek gerekir ki egemenliğin klasik tanımındaki unsurların uluslararası hukuk bağlamında kara parçaları dışında, açık denizlerde uygulanması, egemenliğin sürekliliği ve devredilmez niteliği açısından mümkün görünmemektedir. Bu noktada açık denizlerde egemenlik ile ilgili olarak bkz. Sezercan Bektaş, **Uluslararası Deniz Yatağının İşletilmesi ve Deniz Yatağı Uluslararası Otoritesi**, Legem Yayıncılık, Ankara 2017, s. 64 vd.

³⁴ Léon Duguit, **Egemenlik ve Özgürlük**, s. 383-387.

³⁵ Léon Duguit, **Egemenlik ve Özgürlük**, s. 384. Aydan Ömür Surlu, **Léon Duguit'nin Devlet ve Hukuk Anlayışı**, s. 119.

³⁶ Léon Duguit, **Traité de Droit Constitutionnel Cilt I**, s. 409.

³⁷ Léon Duguit, **Egemenlik ve Özgürlük**, s. 388. Abdurrahman Saygılı, **Kutsal Canavar Devlet**, 3. Baskı, Ankara 2015, s. 136.

³⁸ Abdurrahman Saygılı, **Kutsal Canavar Devlet**, s. 137.

³⁹ Léon Duguit, **Egemenlik ve Özgürlük**, s. 391.

⁴⁰ Abdurrahman Saygılı, **Kutsal Canavar Devlet**, s. 137.

⁴¹ Léon Duguit, **Egemenlik ve Özgürlük**, s. 391.

böylece egemenlik yukarıda sayılan unsurlarını haiz olmuştur.⁴² Akabinde ise bu egemenlik kraldan ulusa geçmiş ve böylece ulusal egemenlik dediğimiz kavram ortaya çıkmıştır. Fakat Duguit'ye göre ulusal egemenlik öğretisinin ortaya koyduğu egemenlik anlayışı da kendinden önceki kuramlardan farklı değildir, zira burada olan sadece tanrısal hakkın önce krala, kraldan da ulusa geçmesinden ibarettir ve kavram bünyesindeki tanrısalılıktan bir şey kaybetmemiştir.⁴³ Egemenliğin kralın kişiliğinden ulusa aktarımı, nihayetinde egemen iradenin sahibi olacak bir kişiliğin yaratımını zorunlu kılmış ve böylece kendini oluşturan bireylerden fazlası olarak ayrı bir irade teşkil eden ulusal irade, ulus-devletin kişiliğinde hayat bulmuştur. Böylece kurmaca bir şekilde devletin tüzel kişiliği oluşturulmuş olmaktadır. Duguit'ye göre “ulusal egemenlik, devletin kişiliği” gibi kavramlar yüzyıllar boyunca krallara atfedilen tanrısal gücün ulusa atfedilmesinden başka bir yenilik getirmemektedir. Bu haliyle bu kuram da bir dogmaya dayandığı üzere metafizik bir yapı teşkil etmekte gerçekte hiçbir şekilde bağdaşmamaktadır.⁴⁴ Ulusun kendisini oluşturan bireylerden farklı bir iradesinin olduğu fikri hiçbir gerçekliğe dayanmadığı gibi, bir iradenin başka bir iradeye neden üstün olduğunu açıklayacak herhangi bir pozitif açıklama da mümkün değildir.⁴⁵ Ulus, Duguit'ye göre sosyal bir olgu olarak vardır ve bir insanlar grubundan fazlasıdır fakat bu hal ona bir kişilik ve irade atfetmeye el vermemektedir.⁴⁶ Duguit son olarak bu ulusal egemenlik dogmasınının yavaş yavaş önemini kaybettiğine işaret etmekle birlikte, bu dogmanın yerini başka birinin almayacağını söylemenin de mümkün olmadığını ifade etmektedir.⁴⁷

III. DUGUİT'YE GÖRE ULUSLARARASI HUKUK AÇISINDAN EGEMENLİK

Egemenlik teorisi genelde iç egemenlik ve dış egemenlik olarak ayrılarak incelenmekte, iç egemenlikle devletin ülkesi veya vatandaşları üzerindeki iktidarı kastedilirken, dış egemenlikte ise devletlerin diğer devletlerle ve uluslararası örgütlerle girdiği iktidar ilişkileri kastedilmektedir.⁴⁸ Duguit de bu ayrımı benimsemiş görünmekte ve iç egemenliğin akabinde devletlerin dış egemenliğine ilişkin görüşlerini ortaya koymuş ve yine egemenlik kavramının uluslararası ilişkiler

⁴² Abdurrahman Saygılı, *Kutsal Canavar Devlet*, s. 137.

⁴³ Léon Duguit, *Egemenlik ve Özgürlük*, s. 391.

⁴⁴ Léon Duguit, *Egemenlik ve Özgürlük*, s. 393-395.

⁴⁵ Emeric Travers, *Complexification Sociale Et Effacement De La Souveraineté Chez Léon Duguit*, s. 197. Léon Duguit, *Traité de Droit Constitutionnel Cilt I*, s. 409.

⁴⁶ Léon Duguit, *Egemenlik ve Özgürlük*, s. 392.

⁴⁷ Léon Duguit, *Egemenlik ve Özgürlük*, s. 395.

⁴⁸ Léon Duguit, *Traité de Droit Constitutionnel Cilt II*, s. 108. Andrew Heywood, *Siyasetin ve Uluslararası İlişkilerin Temel Kavramları* (Çev.: Fahri Bakırcı), Felix Kitap, 5. Baskı, Ankara 2020, s. 91. Kemal Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Esasları*, s. 162-164.

bakımından da kabulünün mümkün olmadığını belirtip bu hususta eleştirilerde bulunmuştur.⁴⁹ Duguit'nin bu eleştirileri egemen ve eşit devletler arasındaki münasebetleri konu edinen bir hukuk sisteminin var olup olamayacağı üzerine ortaya atılmış iki temel uluslararası hukuk teorisine yöneliktir.

Bu teorilerden ilki Duguit'nin Fransız hukukçuların benimsediğini ifade ettiği teoridir. Buna göre uluslararası düzenin eşit ve egemen sülheleri olan devletler aynı gerçek kişiler gibi özgür ve özerktirler. Devletlerin bu özgürlükleri, diğer devletlerle çeşitli münasebetlere girmeyi de kapsar. Bu noktada devletler, diğer devletlerin de bu özgürlüklere sahip olabilmeleri için birbirlerinin özgürlüklerine saygı duymalı ve bu özgürlüklere aykırı hareket etmemelidir. Bu nedenle devletler, aralarında gerçekleştirdikleri sözleşme ilişkilerinde sözlerini tutmalıdırlar. Duguit, bu teorisinin devletlerin diğer devletlerin özgürlüklerine saygı bağlamında kendi iradelerini sözleriyle sınırlamaları ile egemenlik fikrinin bağdaşmadığının farkında olduğunu ve bu çelişkiyi giderip bu iki teoriyi bağdaştırmaya çalıştığını ifade eder.⁵⁰ Bu iki teoriyi bağdaştırmayı mümkün kılan “*sic rebus stantibus*” ilkesi olmuştur. Bu ilkenin benimsenmesi ile devletlerin sözleşmeleri ile bağlandıkları durum değiştiğinden bahisle bu sözlerini tutmamalarının yolu açılmakta ve devletler egemen kalmayı sürdürebilmesi mümkün olmaktadır. Duguit'ye göre şartların değişip değişmediği hususundaki değerlendirmeyi yapma kudretini yetkisini haiz olan devletlerin, menfaatleri başka yönde olduğu hallerde bu ilkeye dayanarak sözleşmeyle bağlanmaktan kurtulabilmektedir ki bu hal hukukun doğasındaki zorlayıcı unsurun bertaraf edilmesidir.⁵¹ Bu neticede ortaya atılan teori bir uluslararası hukuk var etmek adına temeli çürük bir hukuki yapı inşa etmiştir.⁵² Bu noktada Duguit'nin önermesi bu bağdaşmaz unsurları uzlaştırma çabasıdan vazgeçilmesi ve uluslararası bir hukukun varlığına imkân vermeyen egemenlikten vazgeçilmesidir.⁵³

İkinci teori ise Jellinek'in ortaya attığı ve daha sonra çoğunlukla Alman teorisyenler tarafından benimsenen⁵⁴ “kendi kendini sınırlama” görüşüdür. Bu görüşe göre uluslararası hukuk, sülheleri olan egemen devletlerin birbirleriyle girdikle-

⁴⁹ Léon Duguit, **Egemenlik ve Özgürlük**, s. 396. Haşim Özpolat, **Tanrının Siyasetinden Siyasetin Tanrısına Egemenlik Kuramının Dönüşümü**, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Yıl 2017, Cilt 23, Sayı 2, s. 161.

⁵⁰ Léon Duguit, **Egemenlik ve Özgürlük**, s. 398. Léon Duguit, **Kamu Hukuku Dersleri**, s. 67. Duguit eserinde devletlerin nasıl olup da bir sözleşmeyle gerçek anlamda bağlanabileceğini sorarak bu durum ile egemenlik teorisi arasındaki çelişkiye de işaret etmektedir. Léon Duguit, **Traité de Droit Constitutionnel Cilt II**, s. 118.

⁵¹ Léon Duguit, **Egemenlik ve Özgürlük**, s. 398-399.

⁵² Léon Duguit, **Egemenlik ve Özgürlük**, s. 399.

⁵³ Léon Duguit, **Kamu Hukuku Dersleri**, s. 67. Léon Duguit, **Kamu Hukuku Dersleri**, s. 68.

⁵⁴ Birden Güngören Bulgan, **Georg Jellinek'in Hak ve Devlet Kuramı**, On İki Levha Yayıncılık, 2. Baskı, İstanbul 2020, s. 150.

ri ilişkiler dâhilinde kendi iradeleriyle egemenliklerini sınırlamaları ile mümkün olmaktadır.⁵⁵ Devletler *içten gelen bir sınırlama* ile egemenliklerini sınırlamakta ve böylece uluslararası hukukun gereklerine uyarken aynı zamanda egemen kalabilmektedirler.⁵⁶ Bu teoriye göre uluslararası hukuku var eden devletlerin bu hukuka uyma iradeleridir.⁵⁷ Bu teori egemenlik kavramının devletlerin kendilerini sınırlandıran bir iradeye tabi olduğu bir durumla bağdaşmadığının farkındadır ve esasında bu problemi çözmek için geliştirilmiştir.⁵⁸ Fakat Duguit'ye göre bu teori her ne kadar ustaca inşa edilmiş olsa da açık bir safsatayı barındırmaktadır.⁵⁹ Bu teori mümkün kılmak istediği uluslararası hukuku çok zayıf bir temel üzerine inşa etmektedir.⁶⁰ Zira Duguit'ye göre “... gönüllü bir bağımlılık gerçek bir bağımlılık değildir...”, devletler bu halde, hukuk kurallarına uyup uymama iradesi kendi ellerinde olduğundan, menfaatleri gerektirdiği zaman uluslararası hukuk kurallarına uymayabilecektir.⁶¹

SONUÇ

Duguit'nin egemenlik üzerine düşünceleri, kendinden sonraki teorisyenleri oldukça etkilemiştir. Döneminin hâkim görüşlerine getirdiği eleştiriler, oldukça şiddetli karşılıklar bulmuş ve böylece Duguit'nin eleştirdiği kavramları yeniden tartışmaya açmıştır. Her ne kadar Duguit'nin kamu hukuku teorisinde “yıkıcı” bir etki yarattığından bahisle bu eleştiriler olumsuzlansa da unutulmamalıdır ki bir alanda gelişimin sağlanması ve meselelere yeni açıklamaların getirilmesi her zaman için önce hâkim olanın yıkılmasını gerekmektedir. Duguit'nin yarattığı etkinin de bu açıdan bakıldığında ne kadar önemli olduğu, Duguit sonrasında kamu hukuku alanında ortaya atılan yeni teoriler göz önüne alındığında daha açık bir şekilde görünecektir.⁶² Egemenlik kavramı özelinde ise kavramın metafizik yanını vurgulayan eleştiriler, yerinde birer eleştiri olarak kavramın tarihsel süreç içerisinde, bünyesindeki kutsallığı ve aşkın yapısını daima koruduğunu ve ulusal egemenlik fikri ile de bu halin her ne kadar aksi iddia edilse de devam ettiğini ortaya

⁵⁵ Bulgan, **Georg Jellinek'in Hak ve Devlet Kuramı**, s. 153-154.

⁵⁶ Léon Duguit, **Traité de Droit Constitutionnel Cilt II**, s. 118. Léon Duguit, **Kamu Hukuku Dersleri**, s. 68.

⁵⁷ Enver Bozkurt, Yasin Poyraz, Selcan Erdal, **Devletler Hukuku**, Legem Yayıncılık, 10. Baskı, Ankara 2018, s. 17. Ömer İlhan Akipek, **Devletler Hukuku Birinci Kitap**, İstiklal Matbaası, Ankara 1963, s. 45. Bulgan, **Georg Jellinek'in Hak ve Devlet Kuramı**, s. 154.

⁵⁸ Léon Duguit, **Egemenlik ve Özgürlük**, s. 399. Bulgan, **Georg Jellinek'in Hak ve Devlet Kuramı**, s. 153-154.

⁵⁹ Léon Duguit, **Kamu Hukuku Dersleri**, s. 68-69.

⁶⁰ Léon Duguit, **Egemenlik ve Özgürlük**, s. 399.

⁶¹ Léon Duguit, **Egemenlik ve Özgürlük**, s. 399. Léon Duguit, **Kamu Hukuku Dersleri**, s. 69. Teoriye getirilen bu eleştiri oldukça yaygındır. Bkz. Ömer İlhan Akipek, **Devletler Hukuku Birinci Kitap**, s. 46. Enver Bozkurt, **Devletler Hukuku**, s. 17. Bulgan'a göre Jellinek de teorinin hukuku aşan yönünün farkındadır. Bkz. Bulgan, **Georg Jellinek'in Hak ve Devlet Kuramı**, s. 151.

⁶² Muvaffak Akbay, **Umumi Amme Hukuku Dersleri**, s. 330.

sermekte ve bu yöndeki eleştirilere önderlik etmektedir. Kavramın kullanımından tümünden vazgeçilmesini teklif eden Duguit'ye göre egemenlik zaten pratikte var olan bir unsur değildir. O halde yapılması gereken pratikte var olmayan bu unsurdan vazgeçmektir ki ancak bu halde bir kamu hukukunun ve uluslararası hukukun kurulması mümkün olacaktır.⁶³ Uluslararası hukuk ile egemenliği bağdaştırmak adına ortaya atılan teoriler ise bu iki kavramı bağdaştırmayı başaramamıştır.⁶⁴ Duguit bu görüşünü "... *Egemenlik kavramının ölümünü tamamlamalıdır. O ölmüştür ama öyle ölümler vardır ki öldürülmek ister...*" ifadesiyle aktarmaktadır.⁶⁵ Öte yandan Duguit'nin kamu hukukuna yaptığı bir diğer önemli katkı benimsediği sosyolojik yaklaşım ile ortaya koyduğu devlet teorisidir. Bu teoriye dair Güriz "... *bireyci devlet görüşünden sosyal hukuk devleti anlayışına geçişte önemli ve yararlı bir fonksiyon ifa ettiği söylenebilir...*" demektedir.⁶⁶

⁶³ Léon Duguit, **Kamu Hukuku Dersleri**, s. 68.

⁶⁴ Léon Duguit, **Egemenlik ve Özgürlük**, s. 400.

⁶⁵ Léon Duguit, **Kamu Hukuku Dersleri**, s. 68.

⁶⁶ Adnan Güriz, **Hukuk Felsefesi**, s. 308.

KAYNAKÇA

- Akal, Cemal Bali, **İktidarın Üç Yüzü**, Dost Kitabevi Yayınları, 7. Baskı, Ankara 2014.
- Akbay, Muvaffak, **Umumi Amme Hukuku Dersleri**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 3. Baskı, Ankara 1958.
- Akipek, Ömer İlhan, **Devletler Hukuku Birinci Kitap**, İstiklal Matbaası, Ankara 1963.
- Beaud, Olivier, **Egemenlik, Güç, İktidar**, Siyaset Felsefesi Sözlüğü (Philippe Raynaud, Stéphane Rials (Yay. Haz.) içinde, İletişim Yayınları, 3. Baskı, İstanbul 2017.
- Bektaş, Sezercan, **Uluslararası Deniz Yatağının İşletilmesi ve Deniz Yatağı Uluslararası Otoritesi**, Legem Yayıncılık, Ankara 2017.
- Bozkurt, Enver- Poyraz, Yasin- Erdal, Selcan, **Devletler Hukuku**, Legem Yayıncılık, 10. Baskı, Ankara 2018.
- Duguit, Léon, **Egemenlik ve Özgürlük**, Cemal Bali Akal (Der.), Devlet Kuramı içinde s. 193-211, Dost Yayınları, 5. Baskı, Ankara 2018.
- Duguit, Léon, **Kamu Hukuku Dersleri** (Çev.: Süheyp Derbil), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1954.
- Duguit, Léon, **Manuel de Droit Public Français - I - Manuel de Droit Constitutionnel**, Ancienne Librairie Fontemoing & Cie, Paris, 1907.
- Duguit, Léon, **Traité de Droit Constitutionnel Cilt I**, Ancienne Librairie Fontemoing & Cie, 2. Baskı, Paris 1921.
- Duguit, Léon, **Traité de Droit Constitutionnel Cilt II**, Ancienne Librairie Fontemoing & Cie, 3. Baskı, Paris 1921.
- Gözler, Kemal, **Anayasa Hukukunun Genel Esasları**, 12. Baskı, Bursa 2020.
- Günal, Yılmaz, **Duguit ve Devlet Nazariyesi**, Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, C.: 19, S.: 02, 1964.
- Güngören Bulgan, Birden, **Georg Jellinek'in Hak ve Devlet Kuramı**, On İki Levha Yayıncılık, 2. Baskı, İstanbul 2020.
- Güriz, Adnan, **Hukuk Felsefesi**, Siyasal Kitabevi, 14. Baskı, Ankara 2019.
- Heywood, Andrew, **Siyasetin ve Uluslararası İlişkilerin Temel Kavramları** (Çev.: Fahri Bakırcı), Felix Kitap, 5. Baskı, Ankara 2020.
- Mairet, Gérard, **Egemenlik İlkesi: Modern İktidarın Tarihi ve Temelleri** (çev.: Murat Eşen), Açılım Kitap, 1. Baskı, İstanbul 2020.
- Okandan, Recai Galip, **Umumi Amme Hukuku Dersleri**, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 2. Bası, İstanbul 1959.
- Özdemir, Ali Murat- Saygılı, Abdurrahman- Zabunoğlu, H. Gökçe- Demirli, Aynur- Aykut, Ebubekir- Türkoğlu Karacova, Ezgi Nur- Uğurlu, Gökse- Şahin, Ozan Giray, **Genel Kamu Hukuku - Kuramsal Yaklaşım**, İmge Kitabevi, Kuramsal yaklaşım, 1. Baskı, Ankara 2019.
- Özpolat, Haşim, **Tanrının Siyasetinden Siyasetin Tanrısına Egemenlik Kuramının Dönüşümü**, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Yıl 2017, Cilt 23, Sayı 2, s. 143- 166.

- Pinon, Stéphane, **Le Positivisme Sociologique: L'itéraire De Léon Duguit**, Université Saint-Louis - Bruxelles - Revue interdisciplinaire d'études juridiques, C.: 2 S.: 67 2011, s. 69-93.
- Saygılı, Abdurrahman, **Kutsal Canavar Devlet**, 3. Baskı, Ankara 2015.
- Surlu, Aydan Ömür, **Léon Duguit'nin Devlet ve Hukuk Anlayışı**, Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl 2009, Cilt 13, Sayı 3-4, s. 107 - 132.
- Topçuoğlu, Hamide, **Hukuk Sosyolojisi**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul 1969.
- Travers, Emeric, **Complexification Sociale Et Effacement De La Souveraineté Chez Léon Duguit**, Revue Française d'Histoire des Idées Politiques, S.: 19, 2019, s. 191-221.
- Turner, Bryan S., **Klasik Sosyoloji**, İletişim Yayınları, 2. Baskı, İstanbul 2015.
- Yörük, Abdülhak Kemal, **Hukuk Felsefesi Dersleri**, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1958.



Uygulama ve Öğretide İddianamenin İadesi^(*)

Demurrer of the Indictment in Practice and Teaching

İbrahim KESKİN^(**)

Öz

İddianamenin iadesi kurumu, 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununda (CMUK) yer almayıp, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunuyla (CMK) mevzuatımıza giren önemli yeniliklerden birisidir. Bu yenilik sayesinde ceza muhakemesinde soruşturma ve kovuşturma safhalarının arısına üçüncü bir evre girmiş, öğretide bu evreye ara muhakeme evresi adı verilmiştir. Ara muhakeme evresi, Cumhuriyet savcısı tarafından tanzim edilen iddianamenin yetkili mahkemeye teslim edilmesiyle başlayıp iddianamenin mahkeme tarafından kabul edilmesiyle sona ermektedir. Bu düzenlemenin getirilmesi ile amaçlanan kamu davası öncesinde kanuni şartları taşımayan, yeterli bilgi içermeyen ve hatalı düzenlenen iddianamelerin süzgeçten geçirilip filtre edilmesidir. Yargılama faaliyeti hızlandırılmak suretiyle makul sürede yargılama yapılmakta, gereksiz iş yükü oluşturan davaların önüne geçilerek “lekelenmeme hakkı” korunmaktadır. Aynı zamanda mahkemelerin soruşturma aşamasında toplanmayan delilleri toplaması, dosyada bulunan eksiklikleri gidermesi engellenmektedir. Böylece kovuşturma ile soruşturmanın bir elde (mahkeme) toplanması suretiyle “adil yargılama ilkesi”nin ihlalinin önlenmesi amaçlanmıştır.

İddianamesinin iade olabileceği ihtimalini göz önünde bulunduran Cumhuriyet savcısı daha dikkatli hareket edip soruşturma evresinde tüm delilleri toplayacaktır. Bu şekilde hareket edilmesi neticesinde kovuşturma evresinde ceza mahkemelerinin önüne gelecek iddianameler sağlam temellere dayanan iddialardan oluşacak ve hukuk devleti ilkesine hizmet edilmiş olacaktır. Kovuşturma öncesinde tüm deliller eksiksiz toplanmak suretiyle ceza yargılamasında yüksek oranda beraat kararlarının önüne geçilecektir.

Anahtar Kelimeler

İddianame, İddianamenin İadesi, Kamu Davası, Ara Muhakeme, Lekelenmeme Hakkı.

Abstract

The institution of returning the indictment is not included in the Criminal Procedure Code (CMUK) numbered 1412, but is one of the important innovations that entered our legislation with the Criminal Procedure Code (CMK) numbered 5271. Thanks to this innovation, a third phase has entered between the investigation and prosecution phases in criminal procedure, and this phase is called the intermediate trial phase in the doctrine. The intermediate trial phase starts with the

^(*) Araştırma Makalesi / [Makale Geliş Tarihi](#): 19.03.2022 - [Makale Kabul Tarihi](#): 24.04.2022

^(**) Cumhuriyet Başsavcısı, Kırıkkale Adliyesi, Kırıkkale - Türkiye
[E-posta](mailto:ab42202@adalet.gov.tr): ab42202@adalet.gov.tr
[Orcid No](https://orcid.org/0000-0003-0945-9785): <https://orcid.org/0000-0003-0945-9785>

submission of the indictment issued by the public prosecutor to the competent court and ends with the acceptance of the indictment by the court. The introduction of this regulation aims to filter and filter the indictments that do not meet the legal requirements, do not contain sufficient information, and are prepared incorrectly before the public trial. By accelerating the proceedings, the trial is carried out in a reasonable time, and the “right not to be tarnished” is protected by preventing the cases that create unnecessary workload. At the same time, the courts are prevented from collecting the evidence that was not collected during the investigation phase and eliminating the deficiencies in the file. Thus, it is aimed to prevent the violation of the “fair trial principle” by consolidating the prosecution and investigation on one hand (court).

Considering the possibility of extradition of the indictment, the public prosecutor will act more carefully and collect all the evidence during the investigation phase. As a result of acting in this way, the indictments that will come before the criminal courts during the prosecution phase will consist of well-founded allegations and the principle of the rule of law will be served. By collecting all the evidence completely before the prosecution, high rates of acquittal in criminal proceedings will be prevented.

Keywords

Indictment, Demurrer of Indictment, Public Case, Intermediate Procedure, Right to Good Reputation.

GİRİŞ

CMUK’un yürürlükte bulunduğu dönemde, ceza yargılamalarında yüksek oranda beraat kararları görülmekteydi. Bu gerçeklik ve yakınma sonrasında, soruşturma ve kovuşturma evreleri arasında bir “orta aşama, orta evre” olarak iddianamenin iadesi kurumu tasarlanmış ve kabul edilmiştir.

Açılan kamu davalarındaki yüksek beraat oranları, ülkemize özgü bir gerçeklik olarak belirmiştir. Bu durumun sebebi, soruşturma aşaması tamamlanmadan, soruşturmada yeterli delil toplanmadan “basit şüphe” üzerine kamu davalarının açılmasıdır. Soruşturma evresi sonunda toplanan delillerin suçun işlendiği hususunda “yeterli şüphe” oluşturmadığı anlaşılmıştır. İddianamelerde şüphelilere atfedilen eylemler, var olan delillerle bağlantı kurularak açıklanmamıştır.

İddianamenin iadesi kurumu CMK’nın 174. maddesinde düzenlenmiştir. Madenin ilk halinde 5353 ve 7188 sayılı Kanunlarla değişiklikler yapılmıştır. 5353 sayılı Kanun değişikliğinden önce CMK’nın 174. maddesinde, “*iddianamenin CMK’nın 170. maddesindeki unsurları içermediğinin tespit edilmiş olması*” şeklinde düzenleme bulunmaktaydı. Bu düzenleme “*yeterli şüpheye ulaşmadan iddianame düzenlemesi*” halini kapsamamaktaydı. Değişiklik ile CMK’nın 170. maddesinin tamamına yollama yapmıştır. Artık CMK’nın 170/2. maddesi kapsamında “*suçun işlendiği hususunda yeterli şüphe oluşturuyorsa*” iddianame düzenlenecektir.

7188 sayılı Kanun değişikliğinden önce “*suçun sübutuna etki edeceği mutlak sayılan*” bir delilin toplanmaması iddianamenin iadesi nedeni iken değişiklik sonrasında, “*suçun sübutuna doğrudan etki edecek mevcut bir delilin toplanmaması*” iade nedeni olarak kabul edilmiştir.

7188 sayılı Kanunun 23. maddesiyle ceza muhakemesi hukukunda, seri muhakeme usulü kabul edilmiştir. Kanunun 20. maddesiyle, CMK'nın 174/1 fıkrasının (b) ve (c) bentleri değiştirilmiş ve (d) bendi eklenmiştir. Yapılan değişiklikler ile “seri muhakeme usulünün uygulanmaması”, “önödeme” veya “uzlaştırma” tâbi olduğu açıkça anlaşılan işlerde bu usullerin uygulanmaması iade sebebi olarak kabul edilmiştir. Yine, soruşturma ve kovuşturma şartı olarak kabul edilen “*soruşturma veya kovuşturma yapılması izne veya talebe bağlı olan suçlarda izin alınmaksızın veya talep olmaksızın düzenlenen*” iddianameler iade edilecektir.

7188 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikler Cumhuriyet savcılarının soruşturma başlatma, yürütme ve sonuçlandırma aşamalarındaki yetkilerinin artırılmasına yöneliktir. Bu düzenlemeler, alternatif çözüm yollarında Cumhuriyet savcılarının takdir yetkilerini artırmayı hedeflemiştir.¹ Değişiklerin yapılaş amacı, uzun süren yargılama süreçlerinin önüne geçebilmektir. Yargılama sürecinin kısaltılması hedeflenmiştir. Bu bakımdan iddianamenin iadesi kurumu kamu davasının tek celsede bitirilmesine yönelik yapılan yasal düzenlemelerden bir tanesidir.

Cumhuriyet savcısı “*ihbar veya başka bir suretle bir suçun işlendiği izlenimini veren bir hali öğrenir öğrenmez, kamu davasını açmaya yer olup olmadığına karar vermek üzere hemen işin gerçeğini araştırmaya başlayacaktır*” (CMK m. 160/1). Kamu davasını açma görevi Cumhuriyet savcısı tarafından yerine getirilecektir. Soruşturma evresinde, “*maddi gerçeğin araştırılması, adil bir yargılamanın yapılabilmesi için, şüphelinin leh ve aleyhine olan deliller toplanarak muhafaza altına alınmalıdır.*” Şüphelinin sahip olduğu hakların korunması Cumhuriyet savcısının yetki ve görevindedir.

Ceza yargılamasının amacı suç konusu olan eylemlerle ilgili maddi gerçeğin araştırılması ve somut bir şekilde ortaya konulmasıdır. “Maddi gerçeğin araştırılması” ve “adil bir yargılamanın yapılabilmesi için” yürütülen faaliyetlerin bütünü “iddia”, “savunma” ve “yargılama” dan oluşmaktadır. Bu faaliyetlerde yer alan süljelere “yargılama süljeleri” denilmektedir. Yargılamada bu makamları temsilen hâkim, Cumhuriyet savcısı, şüpheli (sanık) ve müdafii bulunmaktadır. Bu süljelerin yargılama faaliyeti sırasında, bir takım hak ve yükümlülükleri vardır. Bu süljeler olmaksızın yargılama faaliyeti yapılamaz. Bunların yanı sıra “müşteki”, “mağdur”, “suçtan zarar gören”, “malen sorumlu” gibi yargılama faaliyetlerine katılanlar da bulunmaktadır. Yargılama faaliyetine katılma hakları bulunan gerçek ve tüzel kişilerin kendisini avukat ile temsil ettirmesi halinde avukat “vekil” sıfatını alacak ve yargılama faaliyetinin süljesi olacaktır. Adil bir yargılama ve gerçeğin kendisine ulaşılabilmesi için bu süljelerin hepsinin yargılama faaliyetine dâhil edilmeleri gerekmektedir.

¹ Kızıllarlan, H. (2019). “7188 Sayılı Kanun’la Ceza Muhakemesi Hukukuna Getirilen Seri Muhakeme ve Basit Muhakeme Usulleri”, *Bahçeşehir Üniversitesi HFD*, 14 (183-184), s. 1911.

Soruşturma evresinde suç şüphesi altında bulunan kişiye “şüpheli” (CMK m. 2/1a) denilmektedir. Kovuşturmanın başlama anından hükmün kesinleşmesine kadar suç şüphesi altında bulunan kişiye ise “sanık” (CMK m. 2/1b) denilmektedir. Ceza yargılamasında sanık, adil ve hızlı bir yargılama için hakları yasal güvence altına alınmış asıl yargılama süjesidir. İşbu sebeple iddianamenin sonuç kısmında “*şüphelinin sadece aleyhine olan deliller değil, lehine olan deliller de ileri sürülmelidir*” (CMK m. 170/5). Bu noktada en önemli delil şüpheli savunmasının tespit edilmesidir. “*Soruşturma evresi sonunda topladığı deliller, suçun işlendiği hususunda yeterli şüphe oluşturuyorsa Cumhuriyet savcısı bir iddianame düzenleyecektir.*” Cumhuriyet savcısı iddianamesini düzenlerken yargılama sırasında şüphelinin mahkûm olacağına dair kanaat taşınmalıdır. Yeterince iyi yapılmayan bir soruşturma ve toplanmayan deliller, kovuşturma aşamasında bu eksikliklerin giderilmesini sonuçlayacaktır. Adil ve hızlı bir yargılama faaliyeti ile soruşturmadaki eksikliklerin giderilmesi adına “iddianamenin iadesi” kurumu düzenlenmiştir.

Çalışmamızda iddianamenin iadesi kurumu kavramsal ve hukuki çerçevesiyle ele alınacaktır. Süresi, şartları, usulü, uygulanamayacağı haller, sonuçları, öğreti ve konu ile ilgili yüksek mahkeme kararlarına yer verilecektir. 7188 sayılı Kanun kapsamında yapılan değişiklikler ve bu değişikliklerin sonuçları değerlendirilecektir.

I. İDDİANAMENİN İADESİ KAVRAMI, HUKUKİ NİTELİĞİ, AMACI

A. GENEL OLARAK

İddianame 1412 sayılı CMUK’un 163. maddesinde düzenlenmişti. 5271 sayılı CMK’nın 170. maddesi 1412 sayılı Kanunla paralel bir düzenleme yapmıştır. Yasal düzenlemelere göre kamu davası iddianame ile açılır. Kamu davası açan bir belgenin iddianame olarak kabul edilebilmesi için Cumhuriyet savcısı tarafından hazırlanması gerekmektedir. Bu belge, kamu davasının açılmasına yönelik olmalı, görevli ve yetkili mahkemeye sunulmalıdır. Kamu davası iddianame ile açılrsa da dosyada her zaman iddianame bulunmayabilir. Bazı resmî kurumlardan gelen belgeler “*iddianame yerine geçen belge*” olarak kabul edilmektedir.² Bunlar Cumhuriyet başsavcılığının üst yazısı ile mahkemeye tevdi olunur. Örneğin; 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu’nun 53/4. maddesine göre, “*Lüzum-u muhakemesi kesinleşen Yükseköğretim Kurulu ve Yükseköğretim Denetleme Kurulu başkan ve üyelerinin yargılanması Yargıtay ilgili ceza dairesine, diğer görevlilerin yargılanmaları suçun işlendiği yer adliye mahkemelerine aittir.*” Lüzum-u muhakeme kararı iddianame yerine geçen belgedir. Bu halde ortada bir iddiana-

² Soyaslan, D. (2016). *Ceza Muhakemesi Hukuku* (6. baskı). Ankara: Yetkin Yayınları, s. 376.

me bulunmadığı için kanunilik ilkesinin gereği olarak iddianamenin iadesi de (dava açan belgenin) söz konusu olmayacaktır.³

B. KAVRAMSAL ÇERÇEVE

İddianame, Cumhuriyet savcısının kamu davasını açtığı yazılı belgedir. Kelime sonundaki “name” sözcüğünde de belirtildiği üzere yazılı olmalıdır. Mağdur, fail, fiil, suç ve hukuki vasıflandırmanın yapıldığı, soruşturma evrakının özetidir. Öğretide iddianame birden fazla şekilde tanımlanmıştır: “İddia makamının bir mütalaasıdır”,⁴ “İçeriği bakımından son soruşturmayı yapacak olan mahkemeye verilen ve bu mahkemenin uyuşmazlığı çözmesini isteyen belgedir”.⁵ Başka bir tanımlamaya göre, şüpheli hakkındaki iddiaların özetlendiği, şüphelinin cezalandırılmasının istendiği, yetkili ve görevli mahkemeye yönelik düzenlenen ve kamu davasının açıldığını belgeleyen belgedir.⁶

İddianamenin iadesi ise soruşturma evresinde yetkili ve görevli mahkemeye gönderilen iddianamenin, mahkeme tarafından incelendikten sonra kanunda sayılan sınırlı sebeplere bağlı olarak Cumhuriyet başsavcılığına iadesidir.⁷ 5271 sayılı kanun öncesinde hazırlanan CMK tasarısında iddianamenin değerlendirildiği, soruşturma ve kovuşturma evreleri arasında, bir orta aşama belirlenmişti. Bu orta aşamada mahkemeye “iddianamenin reddi” ve “iddianamenin iadesi” şeklinde iki ayrı yetki verilmişti. “İddianamenin iadesi” kurumu iddianamedeki basit eksiklik ve tamamlanabilecek hatalar için öngörülmüştü. Yeterli şüphe bulunmayan, yeniden soruşturma işlemleri yapılmasını zorunlu kılan iddianameler için “iddianamenin reddi” kurumu düzenlenmişti. Kanunda her iki kurum “iddianamenin iadesi” başlığı altında düzenlenmiştir.

CMK’nın 223/7. maddesine göre, “Aynı fiil nedeniyle, aynı sanık için önceden verilmiş bir hüküm veya açılmış bir dava varsa davanın reddine karar verilecektir.” Madde metninde “ret” kavramı esas alınmıştır. Kanun koyucunun bilinçli tercihi olan “iddianamenin iadesi” kavramı yerine “iddianamenin reddi” tanımlaması daha uygun olabilirdi. Zira iade edebilmek için öncelikle bir “kabul iradesi” gerekir. Mahkeme tarafından kabul edilmemiş iddianamenin iadesinin

³ Centel, N. ve Zafer, H. (2019). *Ceza Muhakemesi Hukuku* (16. baskı). İstanbul: Beta Basım Yayım, s. 371; Toroslu, N. ve Feyzioğlu, M. (2006). *Ceza Muhakemesi Hukuku*. Ankara: Savaş Yayınları, s. 271.

⁴ Kunter, N. (1981). *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku* (7. baskı). İstanbul: Kazancı Matbaası, s. 653.

⁵ Yurtcan, E. (2002). *Cumhuriyet Savcısının ve Ceza Yargıcının El Kitabı* (1. baskı). Ankara: Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı Yayınları, s. 38.

⁶ Yıldırım, E. (2020). “Son Düzenlemeler Özelinde İddianamenin İadesi Kurumu”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 11(42), s. 175.

⁷ Karakurt, A. (2009). “Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda İddianamenin İadesi”, *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 8-9 (8-9-10-11), s. 72.

yapılması da doğru değildir. İddianamenin iadesi üzerine soruşturma işlemlerine kaldığı yerden devam edilecektir. Dosya, “UYAP soruşturma defterine” yeniden kayıt edilecektir. Yeni soruşturma numarası alacaktır. Tamamlanacak soruşturma işlemleri sonrasında yeniden kamu davası açılması halinde, yeni bir iddianame değerlendirme numarası alacaktır. Bu usulü işlemlerin hepsi “iade” değil “ret” tanımlamasının daha yerinde olacağını göstermektedir.

C. HUKUKSAL ÇERÇEVE

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) 6. maddesine göre, “*Herkes davasının, medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili uyuşmazlıklar ya da cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamaların esası konusunda karar verecek olan, yasayla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından, kamuya açık olarak ve makul bir süre içinde görülmesini isteme hakkına sahiptir.*” Bu madde de düzenlenen “makul sürede yargılanma ilkesi” bakımından, tüm delillerin zamanında toplanması önemlidir. Bu ilkeye öğretilde “hızlılık ilkesi” denilmektedir.⁸

CMK'ya göre, “... yetkili mercilerce suç şüphesinin öğrenilmesinden iddianamenin kabulüne kadar geçen evre, soruşturma evresidir” (CMK m. 2/e). Öğretilde bu tanım eleştirilmiştir. Suç şüphesi öğrenilemeyeceğinden, “*suçun işlendiğinin öğrenilmesi*” tanımlamasının daha doğru olacağı belirtilmiştir.⁹ Özen'e göre, soruşturma evresi, kovuşturma evresinin nasıl şekilleneceği, yürütüleceği ve hatta uyuşmazlığın nasıl sonuçlanacağını temelinin atıldığı ilk evredir.¹⁰ Soruşturma aşamasında delillerin takdiri ve değerlendirilmesini yapacak yasal yetkili kurum Cumhuriyet savcısıdır.¹¹

Tartışmalı konulardan bir diğeri de iddianamenin değerlendirilmesinin yapıldığı aşamanın, soruşturma/kovuşturma evrelerinden hangisine dâhil olduğudur. CMK'nın 170/2. maddesine göre, “*soruşturma evresi sonunda toplanan deliller, suçun işlendiği hususunda yeterli şüphe oluşturuyorsa Cumhuriyet savcısı iddianame düzenleyecektir.*” İddianamenin düzenlenmesiyle soruşturma evresi tamamlanacaktır. İddianamenin “kabul” veya “iadesine” dair değerlendirme, soruşturma evresi dışında bulunan bir sonraki aşamadır. Kovuşturma evresi, “*iddianamenin kabulüyle başlayıp, hükmün kesinleşmesine kadar geçen evredir*” (CMK m. 2/1f). Bu tanımlamalar kapsamında, iddianamenin değerlendirilmesi kovuşturma evresinde olmayıp, ara bir muhakeme aşamasıdır. Bizim de katıldığımız öğretildeki görüşlere göre, “*iddianamenin iadesi, soruşturma evresi ile kovuşturma*

⁸ Özbek, V. Ö. ve Kanbur, M. N. ve Doğan, K. ve Bacaksız, P. ve Tepe, İ. (2012). *Ceza Muhakemesi Hukuku*, (3. baskı). Ankara: Seçkin Yayınevi, s. 62, Yıldırım, 2020: 174).

⁹ Özbek, V. Ö. (2006). *Ceza Muhakemesi Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayınevi, s. 184.

¹⁰ Özen, M. (2009). “Kamu Davası Açma Konusunda Benimsenen İlkeler, Cumhuriyet Savcısının Takdir Yetkisi ve İddianamenin İadesi”. *Ankara Barosu Dergisi*. 67(3), ss. 17-28, s. 18.

¹¹ Soyaslan, 2016: 345.

*evresi arasında bir ara muhakeme evresidir.*¹² Öğretideki çoğunluğun bu görüşüne karşı “*iddianamenin iadesinin ayrı bir evre olarak kabul edilemeyeceği de*” belirtilmektedir.¹³ Bu görüş sahiplerine göre, kanuna göre yetkili mercilerce suç şüphesinin öğrenilmesinden iddianamenin kabulüne kadar geçen evre soruşturma evresidir (CMK m. 2/1e). İddianamenin kabulüyle başlayıp, hükmün kesinleşmesine kadar geçen evre kovuşturma evresidir (CMK m. 2/1f). İddianamenin kabulüne, dava dosyasının incelenmesi ve iddianamenin değerlendirilmesinden sonra karar verilmektedir. Bu inceleme ve iddianamenin iadesi soruşturma aşamasında yapılmaktadır¹⁴ Bu husus kanun sistematığı ile de uyum içindedir. İddianamenin iadesini düzenleyen CMK’nın 174. maddesi “soruşturma” başlığı altında ikinci kitapta düzenlenmiştir. İddianamenin değerlendirmesi sürecinde incelemeyi yapan mahkeme, iddia makamı ve şüphelinin (varsa müdafinin) bulunmadığı bir zamanda bu incelemeyi yapmaktadır.

Ceza yargılaması hukukundaki önemli ilkelerden biri; “davasız yargılama olmaz ilkesidir.” Kural olarak bir fiilin yargılanmasına başlanabilmesi için, o fiilin suç teşkil ettiği ve failin cezalandırılması gerektiği ileri sürülmelidir. Bu iddia faaliyetidir. Kamu davası açılmadıkça yargılama makamı re’sen harekete geçerek yargılama yapamaz.¹⁵ Mahkeme hükmünü iddianamede unsurları gösterilen “fiil” ve “fail” hakkında verebilir. Dava konusu yapılmayan bir fiil sebebiyle mahkeme kendiliğinden yargılama yapamaz. Fiilin hukuki yorumunda mahkeme serbest olup, iddia ve savunmalarla bağlı değildir.

Suçun işlendiğine dair yeterli şüphe mevcut ve kanıtlar yeterliyse Cumhuriyet savcısı kamu davasını açmak ve yargılama sonucuna kadar takip etmek zorundadır. Buna “kamu davasının mecburiliği ilkesi” denilmektedir. Bu ilkeye göre, “*soruşturma evresi sonunda toplanan deliller, suçun işlendiği hususunda yeterli şüphe sebebi oluşturmaktaysa, Cumhuriyet savcısı iddianame düzenlemek zorundadır.*”¹⁶ Yeterli şüphe ve yeterli delil bulunup bulunmadığı hususunda tak-

¹² Turhan, F. (2006). *Ceza Muhakemesi Hukuku*. Ankara: Asil Yayınevi, s. 329; Yenidünya, A. C. (2007). “5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nda Kamu Davasının Açılması, İddianamenin Unsurları ve İadesi”. *E-Akademi Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi*. 60(Şubat), s. 2; Öztürk, B. ve Erdem, M. R. (2006). *Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 650; Yenisey, F. ve Nuhoglu, A. (2017), *Ceza Muhakemesi Hukuku* (5. baskı). Ankara: Seçkin Yayınevi, s. 578; Gökçen, A. ve Balci, M. ve Alşahin, M. E. ve Çakır, K. (2020). *Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*. Ankara: Adalet Yayınevi, s. 560; Meraklı, S. (2014). “İddianamenin İadesi Kurumunun Ceza Muhakemesi Kanunu Bakımından Değerlendirilmesi”. *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 15(özel sayı), s. 1507; Karakurt, 2009: 80; Özen, 2009: 23; Centel ve Zafer, 2019: 593; Özbek vd., 2012: 490.

¹³ Feyzioğlu, M. (2006). *Meclis Soruşturması*. Ankara: Savaş Yayınevi, s. 135.

¹⁴ Şahin, C. (2007). *Ceza Muhakemesi Hukuku-I*. Ankara: Seçkin Yayınevi, s. 21; Karakurt, 2009: 81.

¹⁵ Yenidünya, 2007: 3.

¹⁶ Kızılarslan, 2019: 1910.

dir yetkisi Cumhuriyet savcısına aittir.¹⁷ “Yeterli şüphe” yapılacak delil değerlendirilmesi kapsamında şüphelinin mahkûm olma ihtimalinin, beraat etme ihtimalinden fazla olmasıdır.¹⁸ Kamu davasının mecburiliği ilkesi “araştırma”, “kamu davasını açma” ve “kamu davasını yürütme” mecburiyeti olmak üzere üç alt başlığa ayrılmaktadır.¹⁹

CMK’nın 170/2. maddesinde kabul edilen “kamu davasının mecburiliği (yasallığı) ilkesi” Kara Avrupası hukuk sistemlerinde önemini yitirmiştir. Bu sistem yerine “kamu davasının açılmasında takdirilik sistemi” benimsenmiştir. Buna “maslahata uygunluk ilkesi” de denilmektedir. 7188 sayılı Kanun ile getirilen düzenleme esasında kamu davasının mecburiliği ilkesini yumuşatan, “uygunluk”, “takdirilik” ve “maslahata uygunluk” ilkeleriyle birlikte, ceza yargılamasının daha hızlı ve ekonomik olmasını amaçlamaktadır.²⁰ Cumhuriyet savcısı yaptığı soruşturma sonucunda dava açmak için yeterli şüpheye ulaşırsa bile kamu davası açmamayı, dava açmaya göre failin lehine görürse dava açmama yetkisine sahip olmalıdır.²¹

Kamu davası açılmasında mecburilik ilkesinde dava açılması zorunludur. Suçun hukuki nitelendirilmesi Cumhuriyet savcısına aittir. Mahkeme iddianamede gösterilen olaylarla ilgili olarak ibraz edilen ve yargılama sırasında ibraz edilecek deliller kapsamında karar verecektir.²² Bu gelişime uygun olarak Cumhuriyet savcısına kamu davası açmada mecburilik ilkesinin yanı sıra, kanununun 171. maddesinde kamu davasını açmada takdir yetkisi tanınmıştır. Bu yetki, kanuni sınırlar ve belirlenen hallerde, dava açma koşulları gerçekleşse bile (yeterli şüphe) kamu davası açmada Cumhuriyet savcısının takdir yetkisine sahip bulunmasıdır.²³ Kamu davasının açılmasında takdir hakkı bulunduğu hallerde Cumhuriyet savcısı olayı inceleyerek faile ceza verilmemesini gerektiren sebepleri tespit ettiğinde kamu davasını açmayacaktır. Öğretide, hâkime ait delil değerlendirme mahiyetinde bulunan bu yetkinin Cumhuriyet savcısına neden verildiği eleştirilmiştir.²⁴

“Delil takdiri” olarak nitelendirilen bu hallerde, şahsi cezasızlık sebeplerinin varlığı veya cezanın kaldırılması için şahsi neden olarak kabul edilen etkin pişmanlık hükümlerinin uygulandığı hallerde, Cumhuriyet savcısı kovuşturmayaya

¹⁷ Soyaslan, 2016: 366.

¹⁸ Noyan, E. (2006). *Ceza Davası*. Ankara: Adalet Yayınevi, s. 301; Meraklı, 2014: 1606.

¹⁹ Yenidünya, 2007: 4.

²⁰ Kızılsan, 2019: 1910.

²¹ Keyman, S. (1970). *Ceza Muhakemesinde (Asıl Ceza Muhakemesinde) Savcılık*. Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, s. 95.

²² Yargıtay 1. Ceza Dairesi. K. 2022/475 (24 Ocak 2022). UYAP.

²³ Özen, 2009: 20.

²⁴ Soyaslan, 2016: 367.

yer olmadığına karar verecektir (CMK m. 171). “Şahsi cezasızlık sebepleri” suç işlendiği anda mevcut olup failin cezalandırılmasını engelleyen kişiye bağlı sebeplerdir. “Cezayı kaldıran şahsi sebepler” suçun işlendiği zamanda bulunmayan suç işlendikten sonra beliren ve faile ceza verilmesini engelleyen veya azaltan şahsi nedenlerdir.²⁵ CMK’nın 171. maddesi “yasallık sistemini” hafifleten istisnai bir durumdur. Kanaatimizce bu düzenlemeyle, Cumhuriyet savcılarının delilleri serbestçe takdir etme yetkilerinin kapsamı genişletilmiştir. Ceza kanununda belirtilen tüm “etkin pişmanlık” hallerinde değil sadece “ceza verilmemesini gerektirecek hallerde” takdir yetkisi bulunmaktadır.²⁶ Aynı şekilde karşılıksız yararlanma suçunda, etkin pişmanlık halinde mağdurun, kamunun veya özel hukuk tüzel kişisinin uğradığı zararın soruşturma tamamlanmadan önce ödenmesi halinde kamu davası açılmayacaktır (TCK m. 168/5). Yargıtay’a göre, “Ödeme süresi ve yerinin soruşturma merciince sanığa bildirilmeden, bildirime ilişkin belge denetime esas şekilde dosyaya konmadan, sanığa dava açılmasını engelleme imkânı tanınmadan kamu davası açılması durumunda iddianame iade edilecektir.”²⁷

Yine “uzlaştırma” ve “önödeme” kapsamındaki suçlar hariç olmak üzere kanunda belirtilen ve nispeten hafif suçlarda yeterli şüphenin varlığına rağmen kamu davasının açılmasının ertelenmesine karar verilebilir. Bu halde, Cumhuriyet savcısı kamu davası açılmasını beş yıl süre ile erteleyebilir (CMK m. 171/2). Bu kararın verilebilmesi için, şüphelinin “daha önce kasıtlı bir suçtan dolayı hapis cezası ile mahkûm olmaması”, “suç işlemekten çekineceği kanaatine ulaşılması”, “kararın şüpheli ve toplum açısından kamu davası açılmasından daha yararlı olması”, “suçun işlenmesiyle mağdurun veya kamunun uğradığı ve Cumhuriyet savcısı tarafından tespit edilen zararın, aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesi” gerekir.

D. İDDİANAMENİN İADESİ KURUMUNUN AMACI

İddianamenin iadesi, soruşturma bitiminde hazırlanıp mahkemeye sunulan iddianamenin mahkemece incelenmesi ve eksikliklerin tespit edilmesinden sonra kanunda sayılan sınırlı sebeplerle geri gönderilmesidir.²⁸ Bu düzenlemenin getirilmesi ile amaçlanan kamu davası öncesinde kanuni şartları taşımayan, yeterli bilgi içermeyen ve hatalı düzenlenen iddianamelerin süzgeçten geçirilip filtre edilmesidir.²⁹ Suç isnadının yargılamanın devamı sırasında değil, soruşturmanın

²⁵ Koca, M. ve Üzülmüş, İ. (2010). *Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler* (3. baskı), Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 351.

²⁶ Özen, 2009: 20.

²⁷ Yargıtay 6. Ceza Dairesi. K. 2022/4327 (28 Mart 2022). UYAP; Yargıtay 6. Ceza Dairesi. K. 2021/12940 (07 Ocak 2021). UYAP.

²⁸ Karakurt, 2009: 7.

²⁹ Meraklı, 2014: 160.

tamamlanmasından sonra somutlaşmasıdır.³⁰ Böylece, yargılama faaliyeti hızlandırılacak, makul sürede yargılama yapılacak, gereksiz iş yükü oluşturan davaların önüne geçilecek ve ‐lekelenmeme hakkı‐ korunacaktır.

İddianamenin iadesi, hukuken geçerli bütün delillerin eksiksiz toplanmasından sonra iddianamenin düzenlenerek mahkemeye verilmesi amacıyla getirilmiştir. Böylece kamu davasının tek veya zorunlu hallerde birbirini takip eden birden fazla celsede ve mümkünse tek günde bitirilmesi hedeflenmiştir.³¹ Çünkü iddianamenin iadesi kurumunun kabulü öncesinde soruşturma aşamasında yapılmakta olan çoğu işlem kovuşturma aşamasında tekrarlanmakta, delillerin toplanması için duruşmalar ertelenmekteydi. Aynı dosyaya birden çok hâkimin bakması, her yeni hâkimin dosyayı yeniden ele alması sonucunu doğurmaktaydı.³² İddianamenin iadesi kurumu hızlı bir yargılama yapılması ve parçalı yargılamanın engellenmesini hedeflemektedir.

Centel ve Zafer'e göre, iddianamenin iadesi ile daha özenli iddianamelerin hazırlanması, kişilerin lekelenmeme hakkının korunması, delil araştırmasına girilmesi suretiyle mahkemelerin zaman kaybının ve davaların uzamasının önlenmesi amaçlanmıştır.³³ Özbek vd. göre, iddianamenin iadesi kurumuyla soruşturma sürecinin çok iyi bir şekilde tamamlanarak iyi şekilde hazırlanmış bir dosya ile kovuşturmanın en kısa sürede tamamlanması hedeflenmiştir.³⁴ CMK'nın 174. madde gerekçesinde de belirtildiği üzere iddianamenin iadesi kurumuyla güdülen amaç ‐kamu davasının bir oturumda sonuçlanmasını sağlayacak alt yapı kurumunu oluşturmaktır.‐

İddianamenin iadesi ‐lekelenmeme hakkı‐ kapsamında, kişi hak ve özgürlüklerinin korunması amacıyla gösterilen çabalardan bir tanesidir. Soruşturma aşamasına ilişkin bu düzenlemeden sonra, 694 sayılı KHK'nın 145. maddesini aynen kabul eden, 01.02.2018 tarih ve 7078 sayılı Kanunun 140. maddesi ile soruşturmaya başlamadan önceki aşamada da ayrıntılı düzenleme yapılmıştır. CMK'nın 158/6. maddesine göre, ‐İhbar ve şikâyet konusu fiilin suç oluşturmadığının herhangi bir araştırma yapılmasını gerektirmeksizin açıkça anlaşılması veya ihbar ve şikâyetin soyut ve genel nitelikte olması durumunda soruşturma yapılmasına yer olmadığına karar verilir. Bu durumda şikâyet edilen kişiye şüpheli sıfatı verilemez.‐ Bu düzenleme, kamu davasının mecburiliği ilkesinin ‐leke-

³⁰ Feyzioğlu, 2006: 31.

³¹ Artuç, M. (2019). *Açıklamalı Pratik Ceza Muhakemesi Kanunu* (3. baskı). Ankara: Adalet Yayınevi, s. 816.

³² Özen, 2009: 23.

³³ Centel ve Zafer, 2008: 468.

³⁴ Özen, M. (2007). 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu Üzerine Düşünceler. *TBB Dergisi*. 68, ss. 393-408, s. 401; Özbek vd., 2012: 490.

lenmeme hakkı” kapsamındaki istisnası olmasından kaynaklanmaktadır. Kanun gerekçesinde, “*soyut ve dayanaksız ihbar ve şikâyetler için savcıların soruşturma yapılmasına yer olmadığına karar verilebilmesi ve bu kararların ayrı bir sisteme kaydedilerek kişilerin lekelenmeme haklarının sağlanması amaçlanmıştır.*” denilmiştir.³⁵ Düzenlemenin amacı aynı zamanda lekelenmeme hakkının sağlanmasıdır.

E. İDDİANAMENİN İADESİ KARARININ SONUÇLARI

İddianame iade edilmekle kamu davası açılmamış sayılır. İade kamu davasının açılmasını engelleyici etki ve sonuca sahiptir. İade sebeplerinde mahkemelelerin yetkisi sınırlıdır. Kanundaki iade sebepleri sınırlı sayıda sayılmıştır. Bu sebepler haricinde iddianame iade edilemez.³⁶ Mahkemenin iade sebepleri hususunda, takdir hakkı yoktur.³⁷

Soruşturma sürecinde iddianamenin iade edilmesinin bazı pratik fayda ve sonuçları bulunmaktadır. Bunları kısaca özetleyecek olursak;

1. Kapsam ve İçerik Olarak Daha Kaliteli İddianamelerin Hazırlanması

Kapsam ve içerik olarak fiil ve fail örüntüsünün iyi kurulduğu iddianameler yargılamada zaman kazanma ve sonuç almaya elverişlidir. Yargılama hızlı ve adil olmalıdır. Mümkün olan en kısa sürede yani tek celsede veya zorunlu hallerde birkaç celsede kovuşturma tamamlanmalı ve hüküm verilmelidir. Bu sonuca ulaşmak için iddianame tanzimi öncesinde tüm deliller eksiksiz toplanmalıdır. Kamu davası açılmasının yasal şartları oluşmalıdır. İddianame ve ekleri doğru ve eksiksiz olarak mahkemeye tevdi edilmelidir.³⁸

2. Beraat Kararı ile Sonuçlanabilecek Kamu Davalarının Açılmasının Önlenmesi

Soruşturma aşamasında toplanan delillerin eksikliği, “yeterli şüphe” oluşmadan “başlangıç şüphesi” ile açılan kamu davaları, olayın delillerle yeterince ilişkilendirilememesi, iddianamenin zorunlu unsurların eksik ve hatalı olması, beraat kararı verilmesinin sebeplerinden bazılarıdır. Beraat kararlarındaki yüksek oranlar soruşturma evresinin usulüne uygun yapılmadığı, yeterli delil toplanmadan basit ve başlangıç şüphesi ile kamu davalarının açıldığı gerçeğini ortaya koymuştur. Bu durum “lekelenmeme hakkının” ihlali ile sonuçlanmaktadır. Uzun süren kamu davaları bazen sanık haklarının ihlal edilmesine neden olmaktadır. Bu gerçeklik, ara bir formül olarak iddianamenin iadesi kurumunu değerli kılmıştır.

³⁵ 694 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname, madde 145 gerekçesi.

³⁶ Artuç, 2019: 553.

³⁷ Artuç, 2019: 816.

³⁸ Şahin, 2007: 115.

3. Soruşturmanın Daha Etkin Yapılması ve Kovuşturma Evresinin Kısa Sürede Tamamlanması

Soruşturma evresinin iki fonksiyonu vardır. Soruşturma evresi “açıklayıcı” ve “hazırlayıcı”dır. Soruşturmanın açıklayıcı olması soruşturmaya konu edilecek olayların araştırılması, tespiti ve bunların soruşturmaya dâhil edilmesidir. İddianame ve kovuşturma yer olmadığına dair kararlara konu olacak olayların aydınlatılmasıdır. Hazırlayıcı olması ise bir sonraki evre olan kovuşturma evresine yönelik tüm olgu ve delillerin, makul sürede maddi olay ve hukuka uygun şekilde toplanmasıdır. Böylece kovuşturma evresinin mümkün olan en kısa sürede tamamlanması hedeflenmektedir.³⁹

4. Adil Yargılanma Hakkının Güvence Altına Alınması

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin (AİHS) 6/2. maddesine göre, “*Bir suç ile itham edilen herkes, suçluluğu yasal olarak sabit oluncaya kadar masum sayılır.*” Hukuk sistemlerinde bu varsayımı “suçsuzluk karinesi”, “masumluk karinesi” ya da “masumiyet karinesi” denilmektedir.⁴⁰ Bu karine 1982 Anayasasında da yer almıştır. “Temel haklar ve ödevler” başlıklı ikinci bölümün 38/4. fıkrasındaki düzenleme şöyledir: “*Suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar, kimse suçlu sayılamaz.*” Anayasamızın “temel hak ve hürriyetlerin kullanılmasının durdurulması” başlıklı 15/2 son cümlesine göre, “*suçluluğu mahkeme kararı ile saptanıncaya kadar kimse suçlu sayılamaz.*” Çağdaş hukuk sistemlerinde, insan onurunun korunması bakımından “lekelenme hakkı” önemlidir. Bu hak korunması gereken temel haklardandır. Kamuoyunun şüpheli veya sanığa bakışını, önyargısını önleyici etkiye sahiptir. Hızla değişen kamuoyu gündeminde, açılan soruşturmalar daha fazla gündem olmakta, ilgilinin sonradan aklanması aynı toplumsal ilgiyi doğurmamaktadır. Bu gerçeklik, kişinin toplum önünde itibarsızlaşmasına neden olmaktadır. Genel ve soyut ithamlar sonrasında, ilgili hakkında doğrudan soruşturma aşamasına geçilmesi “*lekelenme hakkının*” ve “*masumiyet karinesinin*” ihlalini sonuçlamaktadır.⁴¹

İddianamenin iadesi kurumuyla amaçlanan, soruşturma aşamasında delillerin hızlı ve eksiksiz şekilde toplanmasıdır. Bu şekilde kovuşturma hızlıca tamamlanacak ve nihayetinde “*makul süre içinde yargılanma hakkı*” sağlanarak, adil yargılanma hakkı güvence altına alınacaktır.⁴²

Toplanması gereken tüm deliller toplanmadan ve zorunlu soruşturma işlemleri yapılmadan kamu davasının açılması halinde, mahkeme delilleri toplamakla

³⁹ Yurtcan, E. (2005). *Ceza Yargılaması Hukuku* (11. baskı), İstanbul: Vedat Kitapçılık, s. 368.

⁴⁰ Feyzioğlu, M. (1999). “Suçsuzluk Karinesi: Kavram Hakkında Genel Bilgiler ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi”. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 48(1-4), s. 136.

⁴¹ Kızıllı, H. (2019). Soruşturma Yapılmasına Yer Olmadığı Kararları (Syok) ve Bu Kararların Ceza Muhakemesi Sistematiği Açısından İrdelenmesi, *TBB Dergisi*, 144, ss. 59-104, s. 68.

⁴² Meraklı, 2014: 1603.

zaman kaybedecektir. “Adil yargılanma hakkı” kapsamında bu zaman kaybının önlenmesi amaçlanmıştır. Mümkün olan en kısa sürede kovuşturmanın sonuçlanması amacıyla iddianamenin değerlendirilmesi, kanunda belirtilen eksik ve hatalı görülen hususların tespiti halinde iadesi düzenlenmiştir.⁴³

II. İDDİANAMENİN İADESİ KARARININ ŞARTLARI

İddianamenin iadesi sebepleri, CMK’nın 174. maddesinde sınırlı sayıda sayılmıştır. Bu sebepler genişletilemez. Sayılan sebeplerin genişletilmesinde hâkimin takdir hakkı bulunmamaktadır.

A. HUKUKEN GEÇERLİ BİR İDDİANAMENİN YOKLUĞU: İDDİANAMENİN CEZA MUHAKEMESİ KANUNUNDA DÜZENLENEN ŞARTLARA AYKIRI DÜZENLENMESİ

İddianame üç kısma ayrılır. Birinci kısımda şüpheli, müşteki, mağdur, müdafii, suç, suç yeri, suç tarihi, şikâyet tarihi, sevk maddeleri gibi bilgiler yer alır. İkinci kısımda suça dair deliller ile bunların olayla ilişkilendirilmesi yapılır. Olay özetlenir ve hukuki olarak vasıflandırılır. Fail tarafından dış dünyada gerçekleştirilen olgular anlatılır. Üçüncü kısımda ise şüphelinin cezalandırılması istenir. Talep edilen ceza, güvenlik tedbirleri ve diğer sonuç talepler belirtilir.⁴⁴

Davanın açıldığı tarih iddianamenin görevli ve yetkili mahkeme tarafından kabul edildiği tarihtir. İddianame yetkili ve görevli mahkemeye yönelik hazırlanmalıdır. İddianame kapsamından ek bir araştırma faaliyetine ihtiyaç duymaksızın, açık ve kesin olarak mahkemenin yetki ve görevinin bulunduğu belirlenmelidir. Görev ve yetki yönünden iddianamenin iadesi için iddianamede bariz bir çelişki ya da yanlışlık bulunmalıdır. İddianame ancak bu halde iade edilebilir. Mahkeme kendi hukuki değerlendirmesi ile Cumhuriyet savcısından farklı düşünmekteyse burada “görev ve yetki uyuşmazlığı” söz konusudur. Mahkeme CMK’nın 4 ve 12. maddeleri kapsamında yetkili ve görevli olup olmadığını inceleyecektir. Mahkemeler arasında doğabilecek uyuşmazlıklarda “ortak yüksek görevli mahkeme” nihai kararı verecektir.⁴⁵

CMK’nın 170/3(h) düzenlemesine göre, yüklenen suç ve uygulanması gereken kanun maddeleri iddianamede gösterilmelidir. Yargılamanın uzamaması için yargılamada uygulanması gereken kanun maddeleri eksiksiz gösterilmelidir. Uygulanması gereken kanun maddelerinin eksik veya hatalı gösterilmesi iade sebebi değildir. Suçun hukuki niteliğinin değişmesi ek savunma yolu ile giderilebilir.

⁴³ Yenidünya, A. C. ve İçer, Z. (2016), *Ceza Muhakemesi Hukuku*. Ankara: Adalet Yayınevi, s. 260; Karakurt, 2009: 72.

⁴⁴ Soyaslan, 2016: 366.

⁴⁵ Aydın, M. (2013). Ceza Muhakemesinde Yetki ve Görev Meselesinde Bazı Sorunlara İlişkin Değerlendirmeler. *S.D.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi*. 3(1), ss. 29-60, s. 40.

CMK'nın 226/1. maddesine göre, ek savunma hakkı tanınmak suretiyle hüküm kurulabilir. İade sebebi yapılamaz.⁴⁶

1. Suçun İşlendiği Hususunda Yeterli Şüphe Sebebi Oluşmadan İddianamenin Düzenlenmiş Olması

Soruşturma evresinde toplanan deliller suçun işlendiği hususunda “yeterli şüphe” oluşturuyorsa Cumhuriyet savcısı bir iddianame düzenleyecektir (CMK m. 174/2). Toplanan delillerin kapsamı ve yapılacak yargılamada sanığın mahkûm olma ihtimali beraat etme ihtimalinden daha fazlaysa “yeterli şüphe” vardır. Sanığın mahkûm olma olasılığı kuvvetle muhtemel ise “kuvvetli şüphe” vardır.⁴⁷ Kuvvetli şüphe yeterli şüphenin bir sonraki aşamasıdır. Yeterli şüphe oluşmadan yani suçun sübutuna doğrudan etki edecek mevcut bir delil toplanmadan iddianamenin düzenlenmesi iade sebebidir.

2. İddianamede Bulunması Zorunlu Unsurların Eksik Olması

İddianamenin iadesi sebepleri CMK'nın 170/3. maddesinde dokuz bent halinde sayılmıştır. Görevli ve yetkili mahkemeye hitaben düzenlenen iddianamede bu bilgiler bulunmalıdır. “Şüphelinin kimliği”, “müdafii”, “maktul”, “mağdur veya suçtan zarar görenin kimliği”, “mağdurun veya suçtan zarar görenin vekili veya kanuni temsilcisi”, “açıklanmasında sakınca bulunmaması halinde ihbarda bulunan kişinin kimliği”, “şikâyette bulunan kişinin kimliği”, “şikâyetin yapıldığı tarih”, “yüklenen suç ve uygulanması gereken kanun maddeleri”, “yüklenen suçun işlendiği yer, tarih ve zaman dilimi”, “suçun delilleri”, “şüphelinin tutuklu olup olmadığı; tutuklanmışsa gözaltına alma ve tutuklama tarihleri ile bunların süreleri” iddianamede gösterilmelidir. Bu unsurların bir veya daha fazlasının iddianamede bulunmaması iade sebebidir.

Şüphelinin adı ve soyadı, baba ve ana adı, doğum tarihi, oturduğu yer, mesleği iddianamede gösterilmelidir. İddianameye şüpheliyi diğerlerinden ayıran özellikleri olabildiğince yazmak gerekir. Katılmadığımız bir görüşe göre, şüphelinin kimliği ile kast edilen açık kimliğidir. Yani şüpheli hakkında iddianame düzenlenebilmesi için kimliğinin resmi bir belge ile ispatı zorunlu değildir. Aksine bir iddia veya tespit bulunmaması durumunda, şüphelinin kimliği ile tutarlı beyanına dayanılarak iddianame düzenlenebilir.⁴⁸ Bize göre de, şüphelinin kimliğinin tespitine elverişli vize, pasaport veya diğer bilgileri bulunmalıdır. Şüphelinin açık kimlik bilgileri özellikle yazılmalıdır. Noyan'a göre, vatandaşlar için Türkiye Cumhuriyeti kimlik numarasının yazılması özellikle gerekir.⁴⁹

⁴⁶ Gökçen ve Balcı ve Alşahin ve Çakır, 2020: 593.

⁴⁷ Öztürk ve Erdem, 2006: 485.

⁴⁸ Artuç, 2019: 818.

⁴⁹ Noyan, 2006: 303.

Şahsi hürriyeti sınırlayan bütün haller nedeniyle geçirilmiş süreler hüküm kesinleşmeden önce gerçekleşmişse bunlar hükmolunan hapis cezasından “mahsup” (indirme) edilebilir (TCK m. 63). Ceza usul kurallarına uymama veya keyfi adli işlemler nedeniyle, suç soruşturması veya kovuşturması sırasında kişilerin uğrayabilecekleri “maddi veya manevi zarar halleri” CMK’nın 141. maddesinde 8 bent halinde düzenlenmiştir. Bu haller gerçekleştiğinde zarar gören kişilerin devleti dava etmek ve zararlarının giderilmesini istemek hakkına sahiptir. Gözaltı ve tutuklama sürelerinin iddianamede gösterilmesi TCK’nın 63. maddesi uyarınca cezadan mahsup ve CMK’nın 141/1. maddesi uyarınca tazminat istenebilmesi bakımından önem arz etmektedir.

“Dava zamanaşımı” suç işlendiği tarihten itibaren belli bir süre geçtiği halde davanın açılmadığı, sonuçlandırılmadığı hallerde, devletin cezalandırma hakkından vazgeçmesidir. Yüklenen suçun işlendiği yer, tarih ve zaman dilimi TCK’nın 66. maddesi uyarınca dava zamanaşımı süresinin hesaplanması açısından da önemlidir.

Adli sicil veya nüfus kayıt örneğinin dosya içerisine konulmaması gibi basit bir inceleme ile UYAP veya dosyadan anlaşılacak hususlar yani suçun sübutu bakımından önemli olmayan konular iddianamenin iadesi sebebi değildir.⁵⁰ Yargıtay’a göre, “kişilerin nüfus ve adli sicil kayıtlarının dosyada yer almaması iade nedeni olarak kabul edilemez.”⁵¹ Yine, “bilirkişi raporu alınması mahkemenin takdirinde olup bu husus iddianamenin iadesi sebebi yapılamaz, gerek görüldüğünde mahkemesince bilirkişi incelemesi yaptırılabilir.”⁵² “şüphelinin akıl hastalığına ilişkin raporunda belirtilen eksikliğin suçun sübutuna etki edeceği mutlak sayılan mevcut delil niteliğinde değildir.”⁵³

3. Yüklenen Suçu Oluşturan Olayların Mevcut Delillerle İlişkilendirilmemesi

CMK’nın 170/4. maddesine göre, “iddianamede, yüklenen suçu oluşturan olaylar, mevcut delillerle ilişkilendirilerek açıklanacaktır.” Mevcut delil kavramından anlaşılması gereken, soruşturma aşamasında Cumhuriyet başsavcılığı tarafından ulaşılabilmesi mümkün iken eksik soruşturma yapılması nedeniyle ulaşılamayan delildir.⁵⁴ Uygulamadaki kötü örnekleri engellemek adına, 08.07.2021 tarihli ve 7331 sayılı Kanununun 19. maddesi ile maddeye ilave yapılmıştır. Yüklenen suçu oluşturan olayların ve suçun delilleriyle ilgisi bulunmayan bilgilere iddianamede yer verilemeyecektir.

⁵⁰ Centel ve Zafer, 2019: 595.

⁵¹ Yargıtay 8. Ceza Dairesi. K. 2019/12609 (21 Ekim 2019). UYAP.

⁵² Yargıtay 12. Ceza Dairesi. K. 2021/2734 (16 Mart 2021); Yargıtay 18. Ceza Dairesi. K. 2019/1297 (15 Ocak 2019). UYAP; Yargıtay 1. Ceza Dairesi. K. 2022/475 (24 Ocak 2022). UYAP.

⁵³ Yargıtay 1. Ceza Dairesi. K. 2021/13763 (01 Kasım 2021). UYAP.

⁵⁴ Özen, 2009: 25.

İddianamenin olay kısmında eylem ve deliller ilişkilendirilmelidir. Olaylar ile delillerin sıralanması ve bu suretle delillerin takdirinin mahkemeye bırakılması, yani eylem ve delil ilişkilendirilmesi yapılmaksızın düzenlenen iddianame iadeye konu olacaktır. İddianameye konu olay anlatılırken suçun unsurları, kanundaki ifadeler kullanılarak vurgulanmalı ve suç vasıflandırılmalıdır. Yani sadece olayın anlatılması yeterli değildir. Olay mevcut delillerle ilişkilendirilmeli, açıklanmalıdır. Bu durum delillerin somut bir biçimde ortaya konulması ile mümkündür. Deliller somut olarak gösterilmelidir. Olaylarla deliller arasında ilişki kurulmalıdır.⁵⁵ İddianamede yüklenen suç oluşturulan olaylar ile elde edilen delillerin ilişkilendirilmemesi bir iade sebebi olarak kabul edilmektedir.⁵⁶

Yargıtay'a göre, "... 'şüphelilerin üzerlerine atılı suçları işledikleri anlaşılmıştır.' şeklindeki vasıflandırmada, şüphelilere yüklenen ve suç olduğu kabul edilen eylemlerin neler olduğundan bahsedilmeksizin sadece mağdur sanıkların ifadelerine yer verilerek sevk maddelerine göre cezalandırılmalarına isteme şeklindeki iddianamenin, eylemler açıklanmadığı için suç yüklemeye niteliğinde sayılamayacağı, dolayısıyla anılan belgen hukuken iddianame sayılamayacaktır.'⁵⁷ "... iddianamede eylemlerin açık bir şekilde belirtilmemesi, eylemlerin delillerle ilişkilendirilerek açıklanmaması gibi hususların varlığı halinde, CMK'nın 170. maddesine göre ancak mahkemenin iddianamenin iadesi yetkisinin gerekçesi olabileceği, mahkeme tarafından iddianame kabul edildikten sonra ise, varsa eksikliklerin kovuşturma aşamasında mahkemesince giderilmesi gerekir.'⁵⁸

4. İddianamenin Sonuç Kısmında Şüphelinin Leh ve Aleyhinde Olan Hususların Belirtilmemesi

İddianamenin sonuç bölümünde şüphelinin leh ve aleyhinde olan hususlar açıkça gösterilmelidir (CMK m. 170/5). Emredici nitelikte olan bu kural şüpheli savunmasının tespit edilmesiyle uygulama alanı bulacaktır. Adil, hızlı, etkili ve yeterli bir soruşturma için şüpheli yargılama öncesi iddiadan haberdar edilmelidir. Şüpheliye savunma hakkı tanınmalıdır. Savunma hazırlamak üzere yeterli süre ve imkân sağlanmalıdır.⁵⁹ Böylece şüpheli hakkında yapılmakta olan soruşturmaya yön verebilmelidir.

Mahkeme tarafından leh ve aleyhte delil değerlendirmesi iddianame metni ile soruşturma evrakı içeriğinden yapılacaktır. Bunun dışına çıkmak suretiyle mahkeme re'sen araştırma yapamaz, delil toplayamaz. Dosya kapsamından sanık lehine ilave deliller belirlenemiyorsa mahkeme iddianamede şüpheli lehine de-

⁵⁵ Artuç, 2019: 819.

⁵⁶ Elmas, B. (2016). Yargıtay Kararları Işığında İddianamenin İadesi. *TAAD*, 7(28), s. 217.

⁵⁷ Yargıtay 4. Ceza Dairesi. K. 2013/11412 (15 Nisan 2013). UYAP.

⁵⁸ Yargıtay 4. Ceza Dairesi. K. 2020/17772 (24 Kasım 2020). UYAP.

⁵⁹ Şahin, C. (2004). Sanığın Savunmasını Hazırlamak İçin Gerekli Zamana ve Kolaylıklara Sahip Olma Hakkı (İHAS 6/3-b). *GÜHFD*, 8(1-2), ss. 259-306, s. 260.

lillere yer verilmediği gerekçesiyle iddianameyi iade edemez. Bu durum Cumhuriyet savcısının şüpheli lehine delil toplama görevini denetlemek bakımından sonuç almaya elverişli mahiyette değildir.⁶⁰

CMK'nın 170/5. maddesine göre, “İddianamenin sonuç kısmında, şüphelinin sadece aleyhine olan hususlar değil, lehine olan hususlar da ileri sürülür.” Öte yandan Anayasanın 90/5. maddesi uyarınca iç hukukumuzun bir parçası olan, AİHS ve bu sözleşmenin yorumunu yapan bağlayıcı nitelikteki Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin (AİHM) adil yargılanma hakkına ilişkin kararları uyarınca da etkili, yeterli ve adil bir soruşturmanın yürütülebilmesi için şüphelinin suçlamalardan haberdar edilerek kendisine savunma hakkı tanınması gerekmektedir.⁶¹

5. İşlenen Suç Dolayısıyla İlgili Kanunda Öngörülen Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin Açıkça Belirtilmemesi

TCK'da işlenen bir suç karşılığı olarak uygulanabilecek yaptırımlar, ceza ve güvenlik tedbirleri olarak belirlenmiştir. “Cezalar” hapis ve adli para cezasıdır. Suç karşılığında kanunda ceza olarak yalnızca hapis cezası öngörülebileceği gibi hapis cezası adli para cezası ile seçenek olarak veya bu cezaların her ikisi birlikte de öngörülebilir. “Güvenlik tedbirleri” failin tehlikelilik durumu gözetilerek işlenmiş olduğu suçu tekrarlaması ihtimaline karşın uygulanan, toplumu ve kendisini koruyan ceza hukuku yaptırımlarıdır. Faili ve toplumu koruma amaçlı yaptırımlardan oluşmaktadır.⁶² İşlenen suç dolayısıyla ilgili kanunda öngörülen ceza ve güvenlik tedbirlerinden hangilerine hükmedilmesinin istendiği iddianamede belirtilmelidir. Böylece şüpheli cezalandırılma tehlikesi altında bulunduğu isnadı daha ayrıntılı öğrenecek ve savunmasını daha ayrıntılı hazırlayabilecektir.⁶³

Suçun tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde iddianamede ilgili tüzel kişi hakkında uygulanabilecek olan güvenlik tedbirleri de açıkça gösterilmelidir. Bu hususların belirtilmemiş olması iddianamenin iadesi sebebidir. İşlendiği iddia olunan suç, tüzel kişi aleyhine güvenlik tedbiri hükmedilebilecek suçlardan olmalıdır. Ayrıca bu suç, tüzel kişi yararına ve onun faaliyeti kapsamında, yetkili organ veya temsilcinin katılımıyla işlenmelidir. Bu hususta yeterli şüphe bulunmalıdır.⁶⁴

⁶⁰ Karakurt, 2009: 94.

⁶¹ AİHS 6 Rehberi, Adil Yargılanma Hakkı (Ceza Hukuku yönü), (2021). İstanbul Barosu, ss. 2-142; Case of Imbrioscia/Switzerland, B. No: 13972/88, 24.11.1993; Case of Borgers/Belgium, B. No: 12005/86, 30.01.1991; Altıparmak, C. (2006). Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Altıncı Maddesi Kapsamında Adil Yargılanma Hakkının Esasları. *TBB Dergisi*, 63, s. 265; Feyzioğlu, Metin. (2004). Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Madde 6/3-A Uyarınca İsnadın Bildirilmesi ve Türk Hukuku, *TBB Dergisi*, 55, ss. 102-125, s. 104; Şahin, 2004: 260.

⁶² Koca ve Üzülmöz, 2010: 534.

⁶³ Karakurt, 2009: 95.

⁶⁴ Centel, N. (2016). Ceza Hukukunda Tüzel Kişilerin Sorumluluğu-Şirketler Hakkında Yaptırım Uygulanması. *Ankara Üni. Hukuk Fak. Dergisi*. 65(4), ss. 3313-3326, s. 3317.

B. SUÇUN SÜBUTUNA DOĞRUDAN ETKİ EDECEK MEVCUT BİR DELİL TOPLANMADAN İDDİANAMENİN DÜZENLENMESİ

17.10.2019 tarih ve 7188 sayılı Kanununun 20. maddesi ile değiştirilen CMK'nın 174/1 (b) maddesine göre, “suçun sübutuna doğrudan etki edecek mevcut bir delil toplanmadan düzenlenen” iddianamelerin iadesine karar verilecektir. “Suçun sübutuna doğrudan etki edecek mevcut bir delil” ne anlama gelmektedir? Bu tanım öğreti ve uygulamada tartışmalıdır. İfadeden kastedilenin ne olduğu açık değildir. Düzenlemenin ilk halinde “suçun sübutuna etki edeceği mutlak sayılan” ibaresi bulunmaktaydı. Hangi delilin suçun sübutuna etki edeceği ve mutlak sayılması gerektiği hususunda tartışmalar bulunmaktadır.⁶⁵ Özbek vd. göre, suçun sübutuna etki edecek mutlak delilden kasıt, yeterli suç şüphesinin varlığını ortaya koyacak delillerin toplanmamış olmasıdır.⁶⁶ Bu delillerin tespitinin farklı uygulama ve yorumlamalara neden olduğu görülmüştür.⁶⁷ Yargıtay’a göre, suçun sübutuna etki edeceği mutlak sayılan mevcut delil; suçun işlendiği hususunda yeterli şüphe oluşturacak delillerin toplanmasıdır. “Suçun işlendiği hususunda yeterli şüphe oluşturacak” delillerin toplanmamış olması iade nedenidir.⁶⁸ Yargıtay, uyuşturucu veya uyarıcı madde ticareti yapma suçlarında, suçta konu madde niteliğinin uzman bir bilirkişi aracılığıyla tespit edilmemesi halini bu madde kapsamında iade nedeni olarak kabul etmiştir.⁶⁹ Yine “Şüphelilerin açık kimlik bilgileri dosyada bulunan pasaport bilgileri ile tespit edildiğinde, dosyaya toplanan bilgi ve belgeler birlikte değerlendirildiğinde, APFIS kayıtlarının suçun sübutuna etki edeceği mutlak sayılan bir delil değildir”.⁷⁰

Düzenlemenin mahkemelerin iade yetkisini sınırladığı belirtilmektedir. Soruşturma aşamasında eksik toplanan deliller sebebiyle tek veya iki oturumda karar verilemeyecektir. Bu hüküm, davaların uzun sürmesini engelleme amacı gütmektedir. Kovuşturma aşamasında maddi gerçeğe ulaşmak ve adil bir yargılamayı gerçekleştirmek üzere mahkeme delilleri toplmalıdır.⁷¹ CMK'nın 217. maddesi mahkemenin resen delil toplayamayacağına ilişkin değerlendirmenin yasal dayanağını oluşturmaktadır. Düzenlemeye göre, “Hâkim, kararını ancak duruşmaya getirilmiş

⁶⁵ Kahraman, E. G. (2014). Yeterli Şüphe Kavramının İddianamenin İadesi Kurumu Bakımından Değerlendirilmesi. *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, (16)1, ss. 123-150, s. 135; Elmas, 2016: 221.

⁶⁶ Özbek vd., 2012: 323.

⁶⁷ Feyzioğlu, M. (2006). Ceza Muhakemesi Kanunu'na Göre İddianamenin Hazırlanması ve Kabulüne İlişkin Bazı Düşünceler. *Ceza Hukuku Dergisi*. 1(1), s. 32.

⁶⁸ Yargıtay 12. Ceza Dairesi. K. 2019/9923 (08 Ekim 2019). UYAP.

⁶⁹ Yargıtay 10. Ceza Dairesi. K. 2008/18058 (01 Aralık 2008). UYAP.

⁷⁰ Yargıtay 11. Ceza Dairesi. K. 2019/5527 (24 Haziran 2019). UYAP; Yargıtay 6. Ceza Dairesi. K. 2021/2807 (18 Şubat 2021). UYAP.

⁷¹ Karakurt, 2009: 97.

ve huzurunda tartışılmış delillere dayandırabilir.” Yargıtay eski tarihli bir kararında “kanunun sözüne değil, özüne itibar ederek delillerin toplanması ve değerlendirilmesi mahkeme tarafından yapılmalıdır. Bu mahkemeye ait bir görevdir” demektedir.⁷² Bu karardan anlaşılması gereken, madde metninin lâfzî yorumunun kabulü, ceza yargılamasının esasını oluşturan maddi gerçeğin araştırılması ilkesine aykırı olduğudur. Bize göre de, bu görüşün kabulü mümkün değildir. Mahkemeye kanunda yer almayan bir yükümlülük yüklenmesi doğru değildir.

Yeterli şüphe; şüpheli hakkında açılan kamu davasında şüphelinin mahkûm olma ihtimalinin beraat etme ihtimalinden daha fazla olmasıdır.⁷³ Yeterli şüphenin hangi derecede olduğunun takdiri Cumhuriyet savcısına aittir. Yeterli şüphenin bulunmadığı gerekçe gösterilerek iddianamenin iadesine karar verilemez. İddianame değerlendirmesi aşamasında yeterli şüphe oluşturacak deliller de bir değerlendirme yapılması “ihzas-ı rey” anlamına gelebilecektir. Hatta bu değerlendirmenin yargılamanın yapılacağı mahkeme dışında başka bir mahkeme tarafından yapılmasının uygun olacağı belirtilmektedir. Bu durum yargılama yapacak mahkemede daha başlangıçta farklı bir kanaat oluşmasının öne geçebilecektir.⁷⁴ “Mahkeme fiilin nitelen-dirilmesinde, iddia ve savunmayla bağlı değildir” (CMK m. 225/2). Kanaatimizce mahkemenin iddianameyi kabul etmesi sanığın suçluluğunu göstermez. Mahkeme sanığın suçluluğuna dair yeterli delilin varlığını kabul etmiş (ihzas-ı rey) sayılmaz.⁷⁵

İddianamede suçun sübutuna etki edeceği mutlak sayılan mevcut tüm deliller toplanmalıdır. Ancak toplanması gerekli olan mevcut deliller delil yasaklarıyla sınırlıdır. Kanunların izin verdiği sınırlar kapsamında fiilen elde edilmesi mümkün olan tüm deliller toplanmalıdır. Tüm soruşturma işlemlerine rağmen ulaşılamayıp bu sebeple toplanamayan delillerden dolayı iddianame iade edilemez. Bu kapsamda toplanma imkânı bulunan tüm deliller toplanmalıdır. Anlaşılması gereken “yeterli suç şüphesinin varlığını ortaya koyan” delillerdir. Bu iade sebebini suçun sübutuna etki edeceği mutlak olan bir delilin toplanması hali ile sınırlandırmak gerekir.⁷⁶ Bize göre de, bu iade sebebi toplanma imkânı bulunduğu halde bu delilin toplanmaması haliyle sınırlıdır. Cumhuriyet savcısının tüm çaba ve araştırmasına rağmen bu delile ulaşılamamışsa iddianame iade edilmemelidir. Olay kapsamından toplanması mümkün olmayan bir delil var ve bu delil toplanmamışsa iddianame iade edilemez.⁷⁷

⁷² Yargıtay 9. Ceza Dairesi. K. 2021/9421 (12 Aralık 2005). UYAP.

⁷³ Parlar, A. ve Hatipoğlu, M. (2008). 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu Yorumu ve İlgili Mevzuat (2. Cilt). Ankara, s. 434; Centel ve Hamide, 2008: 425.

⁷⁴ Özbek vd., 2012: 496.

⁷⁵ Özen, 2007: 401; Özen, 2009: 24.

⁷⁶ Karakurt, 2009: 82.

⁷⁷ Artuç, 2019: 82.

Suçun sübutuna doğrudan etki edecek mevcut bir delilin içeriği her somut olaya göre belirlenmelidir. Deliller soruşturmayı yürüten Cumhuriyet savcısının hukuki bilgisi ve imkânları dâhilindedir. Toplanması imkân dâhilinde olan, atılı suçun fail tarafından işlendiğine dair oluşan şüphenin derecesine etki eden delillerdir.⁷⁸ Ceza yargılamasının temel amacı ve devletin asli görevi ve hatta varlık sebebi adil yargılanma hakkını temin etmektir. Kanun bu amaç çerçevesinde yazılmıştır.⁷⁹ Ceza yargılama sistemimize göre kamu davası tüm delillerin eksiksiz toplanması sonrasında açılmalıdır. Duruşmada iddia ve savunma makamları dinlenmelidir. Toplanan deliller aleni duruşmada tartışılmalıdır. Ara vermeksizin duruşma yapılmalıdır. Davanın makul sürede bitirilebilmesi için duruşmaya ancak zorunlu hallerde ara verilmelidir. Hızlı, kesintisiz ve adil bir yargılama için “suçun sübutuna doğrudan etki edecek mevcut deliller” yargılama öncesinde toplanmalıdır. Bu delillerin toplanmaması halinde savunma makamı iddianame kapsamından iddiayı öğrenemeyecek, etkili bir savunma hazırlayamayacaktır. Mevcut delillerin eksiksiz toplanması, olayla ilişkilendirilmesi, tartışılması, olayın hukuki vasıflandırılması, yargılama makamının daha doğru bir hükme varmasını sağlayacaktır. Bu çaba, “adil yargılama hakkının” tesisi bakımından iddia makamına sorumluluk yüklemektedir. Adil yargılama ilkesi kovuşturma aşaması ile sınırlandırılmaz. Bu ilke, soruşturma ve kovuşturma aşamalarının her ikisinde de geçerlidir. Soruşturma aşamasında toplanan deliller kovuşturmayı doğrudan etkilemektedir. Suça konu olayın hukuksal vasıflandırılması, delillerle ilişkilendirilmesi, suç delillerinin tespiti, soruşturma aşamasında yapılmaktadır.

CMK'nın 230/1(b) düzenlemesine göre, dosya içerisinde bulunan ve hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen deliller kararda belirtilmelidir. Bu kapsamda, hukuka aykırı deliller iddianamede açıkça gösterilmelidir. Yine CMK'nın 217/2. maddesine göre, “yüklenen suç, hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş her türlü delille ispat edilebilir. Hukuka aykırı şekilde elde edilen deliller ispat aracı olmaz.” Hukuka aykırı yolla elde edilen deliller kovuşturma aşamasında olduğu gibi soruşturma aşamasında da kullanılamaz. Hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen delillerin iddianamede belirtilmemesi iddianamenin iadesi sebebi olarak kabul edilmelidir.

Kaçak veya gaiplik halleri ve benzeri istisnai durumlarda şüphelinin ifadesi alınmadan da dava açılabilir. Kural olarak “şüphelinin ifadesi” toplanması gereken en önemli delillerden birisidir. Şüpheli ifadesinin “suçun sübutuna etki edecek mutlak bir delil” olup olmadığı ve yine bu eksikliğin iade nedeni yapıлып yapılamayacağı hususu öğretisi ve uygulamada tartışmalıdır. Yargıtay şüpheli sa-

⁷⁸ Gökçen ve Balcı ve Alşahin ve Çakır, 2020: 593.

⁷⁹ Öztürk, B. (2016). Ceza Muhakemesinde Adil Yargılanma Yükümlülüğü. *İstanbul Kültür Üniversitesi Dergisi*. 15(1-2), s. 413.

vunması alınmamasının iddianamenin iade sebebi olmayacağına dair yerleşik içtihatlarda bulunmuştur.⁸⁰ Bu kararların ortak noktası, iddianamenin iadesi sebepleri arasında “*şüpheli savunmasının alınmamış olmasının*” yer almadığıdır. Bu sebeple şüpheli savunmasının alınmaması iddianamenin iadesi sebebi yapılamaz.

Yargıtay’a göre, “*suçun şüpheli tarafından işlendiği hususunda yeterli şüphenin olduğu, bu itibarla tüm aramalara rağmen bulunamayan ve hakkında yakalama emri düzenlenen şüphelinin savunmasının alınmamış olması, iddianamenin iadesi sebepleri arasında yer almaz.*”⁸¹ Ancak, Yargıtay’ın farklı yöndeki içtihatları da vardır. Örneğin; başka bir kararındaki şu ifadeler dikkat çekicidir: “*Mütemadi suçlarda yakalama ile fiili kesintinin gerçekleşeceği, işlenmeye devam edilen bir suçla ilgili olarak örgüt mensubu şüpheli hakkında açılan kamu davasının sonuçlandırılma imkânı bulunmadığı, soruşturma evrakının Cumhuriyet başsavcılığında değil mahkemede beklemesini sağlama dışında, usul ekonomisi bakımından bir yarar sağlamayacağı, yargılamanın makul sürede bitirilmesi ilkesinin de ihlal edileceği gözetildiğinde, şüphelinin savunması tespit edilmeden kamu davası açılınca iddianame iade edilebilir.*”⁸² Bize göre de, bu içtihat uygulama birliğini sağlaması bakımından faydalı olmuştur. Ancak, mütemadi olmayan veya yakalamalı suçlarda daha önce sorgusu yapılmamış olan sanıklar hakkında kovuşturma yapılabileceği (CMK m. 247/3) hükmüne aykırılık oluşturmaktadır.

C. ÖNÖDEMEYE VEYA UZLAŞTIRMAYA YA DA SERİ MUHAKEME USULÜNE TÂBİ OLDUĞU SORUŞTURMA DOSYASINDAN AÇIKÇA ANLAŞILAN İŞLERDE, ÖNÖDEME VEYA UZLAŞTIRMA YÂDA SERİ MUHAKEME USULÜ UYGULANMAKSIZIN İDDIANAME DÜZENLENMESİ

7188 sayılı Kanununun 20. maddesiyle, CMK’nın 174/1 c maddesi yeniden düzenlenmiştir. “*Önödeme (CMK m. 75) veya uzlaştırmaya (CMK m. 253) ya da seri muhakemeye (CMK m. 250) tâbi olduğu soruşturma dosyasından açıkça anlaşılabilir işlerde, önödeme veya uzlaştırma yâda seri muhakeme usulü uygulanmaksızın düzenlenen iddianameler*” iade edilecektir. Uzun süren yargılamalarda ki sorunların çözümüne dair atılan adımlarda soruşturma ve kovuşturma makamlarının iş yükünün azaltılmasına yönelik tedbirler öncelikle göze çarpmaktadır. Türk hukuk sisteminde önödeme (TCK m. 75), uzlaştırma (CMK m. 253), seri

⁸⁰ Yargıtay 12. Ceza Dairesi. K. 2019/9923 (08 Ekim 2019). UYAP; Yargıtay 18. Ceza Dairesi. K. 2016/16813 (31 Ekim 2016). UYAP; Yargıtay 10. Ceza Dairesi. K. 2021/6711 (02 Haziran 2021). UYAP; Yargıtay 18. Ceza Dairesi. K. 2016/16813 (31 Ekim 2016). UYAP; Yargıtay 15. Ceza Dairesi. K. 2016/8000 (26 Ekim 2016). UYAP; Yargıtay 16. Ceza Dairesi. K. 2020/4895 (24 Eylül 2020). UYAP.

⁸¹ Yargıtay 13. Ceza Dairesi. K. 2020/9945 (21 Ekim 2020). UYAP; Yargıtay 4. Ceza Dairesi. K. 2021/5951 (24 Şubat 2021). UYAP.

⁸² Yargıtay 16. Ceza Dairesi. K. 2018/3935 (30 Ekim 2018). UYAP.

muhakeme usulü (CMK m. 250), kovuşturma aşamasında basit yargılama usulü (CMK m. 251) kurumları bu çabaya dair önemli adımlardır. Bu usullerin getirilmesinde asıl amaç yargının iş yükünün azaltılmasıdır. Böylece daha etkin ve hızlı bir soruşturma ve yargılama ile toplumda suçun işlenmesi ile bozulan dengenin yeniden tesis edilmesi amaçlanmıştır. Bu usuller nispeten basit ve önem derecesi itibariyle hafif suçlarda kabul edilmiştir. Tarafların kabulü ile bu suçlar klasik ceza yargılama sistemi dışına çıkarılmıştır.⁸³

Seri muhakeme usulü ceza yargılama hukukunda oldukça yeni bir kurumdur. Maddenin ilk halinde sadece önödeme veya uzlaştırma usulü düzenlenmişti. Dava engeli olarak iddianamenin iadesinin sadece bu hallerle sınırlı tutulması eleştirilmiştir. Öğretide “soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı olan suçlar” (TCK m. 73/1) bakımından geçerli bir şikâyetin bulunmaması halinin de iddianamenin iadesi sebebi olarak düzenlenmesi gerektiği belirtilmiştir.⁸⁴

1. Önödeme

Önödeme ceza yargılama hukukunda “yargılamasız cezalandırmanın” bir türüdür.⁸⁵ Bu kurum uzlaşma kapsamındaki suçlar hariç olmak üzere uygulanabilir. “*Yalnız adli para cezasını gerektiren veya kanun maddesinde öngörülen hapis cezasının yukarı sınırı altı ayı aşmayan suçlar*” kapsam dâhilindedir (TCK m. 75). Fail “*adli para cezası maktu ise bu miktarı, değilse aşağı sınırını günlük belirlenecek toplam rakam üzerinden soruşturma giderleri ile birlikte, Cumhuriyet savcılığınca yapılacak tebligat üzerine on gün içinde ödediği takdirde*” hakkında kamu davası açılmayacaktır. Önödeme yargılamada iş yükünün azaltılması için kabul edilmiş bir kurumdur.⁸⁶ Soruşturmaya konu suç önödemeye tabi bir suç ve şüpheli hakkında yanlışlıkla iddianame düzenlenmişse, bu durum iddianemenin iadesi nedeni sayılmıştır. Cumhuriyet savcısı, önödeme yoluyla soruşturmayı sona erdirecektir.

2. Uzlaştırma

Uzlaştırma kurumu, TCK ve CMK ile yapılan önemli reformlar arasındadır. Türk ceza hukuku sistemine ilk kez, CMK’nın 253, 254 ve 255. maddeleri ile getirilmiştir. Uzlaştırmanın ceza uyuşmazlığının çözüm sürecini hızlandırma, yargılama giderlerini azaltma gibi amaçları bulunmaktadır.⁸⁷ Uzlaştırma alternatif bir çözüm yolu olarak uyuşmazlığın sona erdirilmesidir. Kanunda sayılan suçlarda

⁸³ Kızıllarslan, 2019: 1911.

⁸⁴ Özbek vd., 2012: 500.

⁸⁵ Dönmezer, S. ve Erman, S. (1994). *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, Cilt. 3 (11. baskı), İstanbul: Der Yayınları, s. 2121.

⁸⁶ Koca ve Üzülmöz, 2010: 643.

⁸⁷ Eriş, A. U. (2018). Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaştırma ve Uzlaştırma Eğitimi. *TBB Dergisi*. 31(137), ss. 241-270, s. 243.

şüpheli veya sanık ile mağdur veya suçtan zarar görenlerin kanun ve yönetmelikte belirlenen usul ve esaslara uygun olarak anlaşmasıdır. Başka bir anlatımla ceza yargılamasında tarafların belirlenen bir edim karşılığında anlaşması, uyuşmazlığı sona erdirmesidir. Suçun faili bakımından ceza soruşturması, kovuşturması sona ermektedir. Karşılığında mağdur veya suçtan zarar gören tatmin edilmektedir. Aralarında bir uzlaşma sağlanmaktadır.

3. Seri Muhakeme Usulü

Seri muhakeme usulü 17.10.2019 tarih ve 7188 sayılı Kanunla yapılan değişik sonrası, CMK’da düzenlenmiş yeni bir usuldür. Bu usulde genel hükümlere tabi klasik yargılama sisteminin sakıncaları giderilmek istenmiştir. Genel yargılama sistemini tamamlayıcı niteliktedir. Kanun maddesinde açıkça sayılan (katalog) suçlarla sınırlı olmak üzere, kanunda belirtilen şartlar altında uygulanabilecek istisnai nitelikte özel bir ceza muhakemesi yoludur. Alternatif bir yöntemdir. Seri muhakeme usulünün yasallaşmasının en temel sebebi yargının iş yükünü azaltmaktır. Bu usulün ceza muhakemesi sistemindeki yeri amaca uygunluk ve “*adil yargılanma ilkesine*” uygunluğuna dair tartışmalı konular vardır.⁸⁸

Seri muhakeme usulünde olağan yargılama sürecinin dışında daha hızlı, etkili ve orantılı bir ceza tesisi ile suç sonrası bozulan kamu düzeninin yeniden sağlanması amaçlanmıştır. Mahkemelerin iş yükünün azaltılması hedeflenmiştir. CMK’nın 250. maddesinde onbeş fıkra halinde⁸⁹ düzenlenmiştir. Suç tipleri incelendiğinde, suçların mağdurunun kişi değil kamu olduğu, başka bir tanımlamayla herkesin mağdur bulunduğu suçlar olduğu görülmektedir.⁹⁰

Bu suçlara ilişkin soruşturmalarda delillerin toplanması ve koruma tedbirlerine başvurulması olağan soruşturma yöntemleriyle aynıdır. Seri muhakeme usulünde şüpheli daha az bir ceza beklentisiyle bu usulü kabul etmekte ve muhakeme süreci başlamaktadır. Seri muhakeme usulünün uygulanması şüpheli lehinedir. Seri muhakeme usulü kapsamında olup, öncelikle bu usul uygulanmaksızın düzenlenecek iddianamelerin iade edileceği kabul edilmiştir.

⁸⁸ Ersoy, U. (2020). Seri Muhakeme ve Basit Yargılama Usullerinde İtiraz Kurumuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri. *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 28 (2), ss. 857-885, s. 857.

⁸⁹ Hakkı Olmayan Yere Tecavüz Etmek (TCK m. 154/2,3); Genel Güvenliğin Kasten Tehlikeye Sokulması (TCK m. 170); Trafik Güvenliğini Tehlikeye Sokma (TCK m. 179/2,3); Gürültüye Neden Olmak (TCK m. 183); Parada Sahtecilik (TCK m. 197/2, 3); Mühür Bozma (TCK m. 203); Resmi Belgenin Düzenlenmesinde Yalan Beyanda Bulunmak (TCK m. 206); Kumar Oynanması İçin Yer ve İmkân Sağlanması (TCK m. 228/1); Başkasına Ait Kimlik veya Kimlik Bilgilerinin Kullanılması (TCK m. 268); Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanuna Muhalefet Etmek (m. 13/1,3,5; m. 15/1,2,3); Orman Kanununa Muhalefet (m. 93/1); Rulet, Tilt, Langırt ve Benzeri Oyun Alet ve Makineleri Hakkında Kanuna Muhalefet (m. 2); Kooperatifler Kanununa Muhalefet (Ek 2/1,1.bent).

⁹⁰ Ersoy, 2020: 861.

D. SORUŞTURMA VEYLA KOVUŞTURMA YAPILMASI İZNE VEYLA TALEBE BAĞLI OLAN SUÇLARDA, İZİN ALINMAKSIZIN VEYLA TALEP OLMAKSIZIN İDDİANAME DÜZENLENMESİ

Ceza kanunlarındaki bazı suçlarda, soruşturma ve kovuşturma veya sadece kovuşturma yapılabilmesi için mağdur dışındaki bazı makamlar tarafından gerçekleştirilmesi gereken bazı şartlar bulunabilmektedir.⁹¹ 7188 sayılı Kanunun 20. maddesine göre, soruşturma veya kovuşturma yapılması izne veya talebe bağlı olan suçlarda, izin alınmaksızın veya talep olmaksızın düzenlenen iddianame iade edilecektir. Kamu görevlileri hakkında izin alınmaması veya vergi suçlarında yetkili organın mütalaasının bulunmaması bu kapsamdadır. 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanununun 3. maddesi uyarınca, memurlar ve diğer kamu görevlilerinin görevleri sebebiyle işledikleri suçlarda izin alınmaması iddianamenin iadesi nedenidir. Yine 213 sayılı Vergi Usul Kanununun 367. maddesi uyarınca Vergi Dairesi Başkanlığı veya defterdarlık mütalaası olmaksızın düzenlenen iddianameler iade edilecektir. Komisyon mütalaası, kovuşturma yani dava şartıdır.⁹²

2937 sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Milli İstihbarat Teşkilatı Kanununun 26. maddesi hükmü de bu kapsamdadır. Hükme göre, “*MİT mensuplarının veya belirli bir görevi ifa etmek üzere kamu görevlileri arasından Cumhurbaşkanlığı tarafından görevlendirilenlerin, görev alanına giren suçları işledikleri iddiasıyla haklarında soruşturma yapılması Cumhurbaşkanının iznine bağlıdır.*” Yine, 2802 sayılı Kanunun 82. maddesi uyarınca görevden doğan veya görev sırasında işlenen suçlardan dolayı hâkim ve cumhuriyet savcılarını ile en üst dereceli kolluk amirleri hakkında soruşturma izni alınmalıdır (CMK m. 161/5). Yine Anayasanın 83. maddesi uyarınca yasama dokunulmazlığının kaldırılması “karar” şartına bağlıdır.

Şikâyete bağlı suçlarda, usulüne uygun şikâyetin bulunmamasının bu madde kapsamında değerlendirilmesi gerektiği kanaatindeyiz. TCK’nın 73/1. maddesine göre, “*soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı olan suç hakkında yetkili kimse altı ay içinde şikâyette bulunmadığı takdirde soruşturma ve kovuşturma yapılamayacaktır.*” Usulüne uygun şikâyet dava şartıdır.⁹³ Şikâyete tabi suçlarda, usulüne uygun şikâyet bulunmadığı takdirde açılacak kamu davasında iddianame iade edilmelidir.

⁹¹ Koca ve Üzülmöz, 2010: 360.

⁹² Yargıtay 11. Ceza Dairesi. K. 2019/6167 (05 Kasım 2019). UYAP.

⁹³ Akbulut, İ. (1994). Ceza Davalarının Uzamasının Sebepleri. *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. 54(56), s. 176.

E. İDDİANAMENİN SUÇUN HUKUKİ NİTELENDİRİLMESİ SEBEBİYLE İADE EDİLEMEMESİ

Soruşturma evresi sonunda toplanan deliller, suçun işlendiği hususunda yeterli şüphe oluşturuyorsa; Cumhuriyet savcısı iddianame düzenleyecektir. (CMK m. 170/2). Bu hüküm uyarınca, Cumhuriyet savcısının dava açması zorunlu olup suçun hukuki nitelendirilmesini yapma görevi Cumhuriyet savcısına aittir. Mahkeme iddianamede gösterilen olaylar kapsamında, ibraz edilen deliller ve yargılama sırasında ibraz edilebilecek delillerle birlikte değerlendirme yaparak bir karar verecektir.

Ceza soruşturmasından sonuç çıkarma Cumhuriyet savcısının görevidir. Sonuç çıkarma aşamasında Cumhuriyet savcısı suçun hukuki nitelendirmesini yapacaktır. “Tipikliği” yani eylemin kanunun hangi maddesindeki suçu oluşturduğunu Cumhuriyet savcısı iddia edecektir. Mahkeme bu iddia ile bağlı değildir. Ancak hâkim kararını “iddianamede unsurları gösterilen suçla ilişkin fiil ve fail hakkında verecektir” (CMK m. 225/1). Hâkim, Cumhuriyet savcısının yaptığı iddia ve hukuki nitelendirme ile bağlı olmadığından iddianameyi bu yönden iade edemeyecektir. Diğer unsurları itibarıyla CMK’nın 170. maddesine uygun olarak düzenlenmiş olan iddianameyi kabul edecektir. İddianamenin kabulünden sonra suçun hukuki nitelendirmesini yapacaktır (CMK m. 226/1). Olayın tespitini yaparak suçun hukuki unsurlarını belirleyecektir.

Mahkeme, hukuki nitelendirme yani esasa ilişkin değerlendirme yaparak göreve ilişkin iade yapamaz. Ancak kovuşturma aşamasında “görevsizlik” veya “yetkisizlik” kararı verebilir.⁹⁴ Eylemin hukuki nitelendirilmesi dışında, görev yönünden açık hukuki yanlıgı varsa iddianamenin iadesi mümkündür. Yani mahkemenin görevsiz (madde yönünden yetkisiz) hale geldiği durumlarda iade kararı verilebilir.⁹⁵ Bu durum iddianamenin iadesi yasağı kapsamında değildir.⁹⁶ Görevsizlik (CMK m. 3) ve yetkisizlik (CMK m. 12) kararlarının verilmesi hukuki nitelendirme olarak kabul edilemez. Yargıtay’a göre de, iddianame de görev ve yetki konusunda çok açık bir yanlışlık veya çelişki varsa iddianamenin iadesi mümkündür. Cumhuriyet savcısının hukuki nitelendirmesi ile mahkemenin hukuki nitelendirmesi farklı ise bu halde iddianame kabul edildikten sonra kovuşturma evresinde “görevsizlik” veya “yetkisizlik” kararları verilmelidir.⁹⁷ Bizim de benimsediğimiz bu görüşe göre, suç üst derecedeki mahkemenin görev alanına girmektedirse “görevsizlik kararı” verilmelidir. Burada, görevsizlik kararı söz ko-

⁹⁴ Artuç, 2019: 817-824.

⁹⁵ Centel ve Zafer, 2019: 431.

⁹⁶ Özbek vd. 2012: 501.

⁹⁷ Yargıtay 10. Ceza Dairesi. K. 2010/6048 (14 Mayıs 2010). UYAP; Yargıtay 11. Ceza Dairesi. K. 2006/8292 (18 Ekim 2006). UYAP; Yargıtay 14. Ceza Dairesi. K. 2014/21 (18 Şubat 2014). UYAP; Yargıtay 16. Ceza Dairesi. K. 2017/5408 (21 Haziran 2017). UYAP.

nusu olduğundan mahkeme “iddianamenin iadesi kararı” değil “madde yönünden görevsizlik” kararı vermelidir.⁹⁸

III. İDDİANAMENİN İADESİNDE SÜRE SORUNU

Cumhuriyet savcısı tarafından tamamlanan soruşturma evrakı iddianame ile birlikte görevli ve yetkili mahkemeye gönderilir. Mahkeme iddianamenin kendisine tevdiinden itibaren on beş gün içerisinde inceleyerek, eksik ve hatalı noktaları belirlemek suretiyle, dosyayı Cumhuriyet başsavcılığına iade edebilir. İade edilmeyen iddianameler on beş gün sonunda kabul edilmiş sayılır.⁹⁹ On beş günlük yasal iade süresinin “hak düşürücü” veya “düzenleyici” süre mi olduğu tartışmalıdır. Feyzioğlu’na göre, 15 günlük süre davayı açan iddia makamına değil, mahkemeye hitap ettiğinden bu süre düzenleyici niteliktedir.¹⁰⁰ Bizim de katıldığımız görüşe göre, iade süresi kesin ve hak düşürücü niteliktedir.¹⁰¹

İddianamenin değerlendirmesi süresi dava zamanlaşımı sürelerinden farklıdır. Burada süre kesilmez ve durmaz. Hak düşürücü sürelerden farklı olarak, iddianamenin iadesi süresi eski hale getirilemez.¹⁰²

İddianame değerlendirme süresinde iade edilmemişse kabul edilmiş sayılacaktır. İddianamenin kabulüyle kamu davası açılacak ve kovuşturma evresi başlayacaktır. Yargıtay eski tarihli kararlarında “15 günlük iade süresinin, soruşturma evrakının fiziki olarak mahkemeye teslim edildiği tarihten başladığını” kabul etmekteydi.¹⁰³ Yeni tarihli kararlarında ise elektronik ortamda (UYAP) yapılan işlemlerde sürelerin UYAP kayıtlarındaki elektronik imza tarihi esas alınarak hesaplanması gerektiğini belirtmiştir. Elektronik imzalı belgenin elle atılan imzalı belgeyle çelişmesi halinde UYAP’ta kayıtlı olan güvenli elektronik imzalı belgeye üstünlük tanınacaktır. UYAP ortamında gerçekleştirilen işlem, elektronik imza ile onaylanma sürecinin tamamlanması ile hukuki varlık kazanacaktır. Mahkeme UYAP ekranına düşen iddianamede bu tarih esas alınacaktır.¹⁰⁴ Yargıtay’a göre, “CMK’nın 174/3. fıkrası uyarınca, iddianamenin ve soruşturma evrakının verildiği tarihten itibaren onbeş günlük süre sonunda iade edilmeyen iddianame kabul edilmiş sayılacaktır.”¹⁰⁵ Fiziki dosyanın mahkemeye geç gönderilmesi sonuca etkili değildir.¹⁰⁶

⁹⁸ Özen, 2009: 28.

⁹⁹ Soyaslan, 2016: 368.

¹⁰⁰ Feyzioğlu, 2006: 32.

¹⁰¹ Şahin, 2007: 118; Özen, 2009: 26; Karakurt, 2009: 22.

¹⁰² Öztürk ve Erdem, 2006: 647.

¹⁰³ Yargıtay 10. Ceza Dairesi. K. 2019/6341 (14 Ekim 2019). UYAP.

¹⁰⁴ Yargıtay 16. Ceza Dairesi. K. 2019/5939 (04 Ekim 2019). UYAP.

¹⁰⁵ Yargıtay 4. Ceza Dairesi. K. 2017/28180 (15 Aralık 2017). UYAP; Yargıtay 19. Ceza Dairesi. K. 2021/6163 (03 Haziran 2021). UYAP; Yargıtay 4. Ceza Dairesi. K. 2021/29885 (22 Aralık 2021). UYAP.

¹⁰⁶ Yargıtay 3. Ceza Dairesi. K. 2019/18341 (14 Ekim 2019). UYAP.

IV. İDDIANAMENİN İADESİ KARARINA KARŞI GİDİLECEK KANUN YOLU

İddianamenin iadesi kararına karşı “itiraz kanun yolu” (CMK m. 268) açıktır. İade kararı itiraz üzerine kesinleşmişse, bu karar Cumhuriyet başsavcılığını bağlayıcı, kesin nitelikte bir karardır. Cumhuriyet savcısı bu kararın gereğini yerine getirmelidir. İade kararı, kamu davasının açılmasını yani kovuşturma evresine geçilmesini engeller. İade kararı sonrasında yapılacak soruşturmada, yeni delillerin elde edilmesi veya başka şüphelilerin varlığının belirlenmesi halinde yeniden iddianame düzenlenebilir. Yeni iddianamede başka suç ve şüphelilere yer verilebileceği gibi kovuşturmaya yer olmadığına dair karar da verilebilir. İddianamenin iadesinden sonra, iade gerekçelerine uymak koşuluyla “serbestlik ilkesi” geçerlidir.¹⁰⁷ Yeniden düzenlenen iddianamenin ilk iade kararında belirtilen gerekçelerin giderilmediği gerekçesiyle yeniden iade edilebilmesi mümkündür. Kanun metninde iddianamenin bir veya daha fazla kez iadesine dair bir sınırlama bulunmamaktadır. Özetle; ilk iade kararında belirtilen hususlar düzeltilmemişse, aynı iddianamenin birden fazla kez iade edilmesi mümkündür. İddianamenin iadesi ve yeniden yapılan soruşturma sonrasında farklı bir olay iddianame konusu da yapılabilir. Bu yeni ve bağımsız bir iddianamedir. Bu iddianamenin de iadesi mümkündür. İade kararı sonrasında hangi sürede eksikliklerin giderileceğine dair kanunda açık bir hüküm bulunmamaktadır.

İddianamenin iadesi kararına karşı sadece Cumhuriyet savcısı itiraz edebilir (CMK m. 174/5). İtiraz süresi dosyanın Cumhuriyet savcısına geri geldiği tarihten itibaren yedi gündür (CMK m. 268/1). Ceza muhakemesinin diğer sülheleri bu karara karşı kanun yoluna başvurmaz. Şüpheli ve müdafinin iddianamenin iadesini talep etme veya iddianamenin kabulüne itiraz hakkı bulunmamaktadır. Ancak Cumhuriyet savcısına yardım etme adına, bilgi ve belge temini, ifadesine başvurulması gereken kişilerin hazır edilmesi veya ek ifade vermek suretiyle yardım edebilirler. Cumhuriyet başsavcılığını itiraz etmeye yönlendirebilirler. Ancak yargılama süjesi olan savunmanın (şüpheli, vekili veya müdafii) iddianamenin hazırlanması, mahkemeye sunulması, incelenmesi ve iade edilmesi süreçlerinde yer almaması ve haberdar olmaması sebebiyle, bu durum fiilen zordur.¹⁰⁸ Kanaatimizce bu durum, “silahların eşitliği” ve “hak arama özgürlüğüne” aykırıdır. AİHS’nin 6/3 a bendine (haberdar edilme hakkı) göre bu hususta yeni bir düzenleme yapılmalıdır.

“Kamu davasının açılması için yeterli şüphe oluşturacak delil elde edilememesi” veya “kovuşturma olanağının bulunmaması” hâllerinde, soruşturma aşaması bitiminde kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verilecektir. Bu karara karşı suçtan zarar gören itiraz edebilir. İtirazı inceleme mercii “kararı veren

¹⁰⁷ Özen, 2009: 27.

¹⁰⁸ Centel ve Zafer, 2019: 598.

Cumhuriyet savcısının yargı çevresinde görev yaptığı ağır ceza mahkemesinin bulunduğu yer sulh ceza hâkimliğidir.” Sulh ceza hâkimliği istemi yerinde bulursa kararı kaldıracaktır. Anayasanın 138/4. maddesine göre, mahkeme kararlarına uyulması zorunludur. “*Mahkeme kararları değiştirilemez ve bunların yerine getirilmesi geciktirilemez.*” Bu kapsamda Cumhuriyet savcısı yeni iddianame düzenlenmelidir. Bu iddianamenin de iade edilmesi mümkündür. Bu halde Cumhuriyet savcısı iddianame düzenleyerek mahkemeye verecektir. Bu durumda da iddianamenin iadesi mümkündür.¹⁰⁹

V. İDDİANAMENİN KABULÜ KARARI

İddianamenin kabulü kararı verilmesiyle kamu davası açılacaktır. Kovuşturma evresi başlayacaktır. Şüpheli, “sanık” sıfatını alacaktır. Mahkeme tensip zaptı yapacak ve duruşma gününü belirleyecektir. Çağrı kâğıdı ile birlikte iddianame sanığa tebliğ edilecektir. Duruşmada hazır bulunması gereken kişileri çağıracaktır.

SONUÇ

Ceza yargılaması hukukunun asıl amacı maddi gerçeğe ulaşmaktır. Bu amaçla ulaşmak için tüm sùjelerin yargılamaya katılımı sağlanmalıdır. Çağdaş ceza yargılamasında muhakeme sùjesi olan “şüpheli” soruşturmanın konusu yani objesi değildir. Şüpheli hak ve yükümlülükleri bulunup yargılamanın ilerlemesine etki eden kişidir.

Ceza yargılaması sùjelerinden bir diğeri olarak Cumhuriyet savcısı iddia faaliyetini yürütmektedir. “*İhbar veya başka bir suretle, bir suçun işlendiği izlenimini veren bir hâli öğrenen Cumhuriyet savcısı, kamu davasını açmaya yer olup olmadığına karar vermek üzere işin gerçeğini araştırmaya başlayacaktır.*” Cumhuriyet savcısı şüphelinin leh ve aleyhinde olan delilleri toplayacaktır. Topladığı delilleri muhafaza altına alıp, şüphelinin haklarını koruyacaktır. Cumhuriyet savcısı yürütüp tamamladığı soruşturmadan bir sonuç yani “karar” çıkartacaktır. Toplanan deliller, suçun işlendiği hususunda yeterli şüphe sebebi oluşturmaktaysa Cumhuriyet savcısı iddianame düzenleyecektir.

Adalet sistemimizde kabul edilen “kişilerin lekelenmeme hakkı” (CMK m. 158/6), “eksiksiz soruşturma” ve “kovuşturmanın tek oturumda ve ara vermeksizin bitirilmesi” ilkeleri uyarınca Cumhuriyet Savcısı makul sürede bütün delilleri toplmalıdır. Topladığı delillerden sonuç çıkartırken filtreleme yapmalıdır. Sadece mahkûmiyet kararı ile sonuçlanacak olayları iddianameye konu etmelidir. Beraatla sonuçlanacak olaylar dava konusu yapmamalıdır. Suçun işlendiği hususunda yeterli şüphe sebebi yoksa iddianame düzenlenmemelidir. Ancak buna rağmen kamu davası açılmışsa yasal şartları kapsamayan, yeterli belge ve bilgi içermeyen hatalı

¹⁰⁹ Gökçen ve Balcı ve Alşahin ve Çakır, 2020: 564.

düzenlenen iddianameler süzgeçten geçirilmelidir. Bu filtreme gereksiz yere açılan kamu davalarını engelleyecektir. Bu durum makul sürede yargılama, kovuşturma aşamasının hızlandırılması, lekelenmeme hakkının korunması bakımından önem taşımaktadır. Soruşturma aşaması uzun sürebilir. Ancak, kovuşturma evresi yeni bir delil toplanmasına gerek olmaksızın kısa sürmelidir. Bu evre bir veya iki oturumda bitirilmelidir. Soruşturma sürecinde hedeflenen bu olmalıdır.

Belirtilen prensiplerin uygulamaya geçirilebilmesi bakımından mevzuatta ilk kez CMK'nın 160/2. maddesinde düzenleme yapılmıştır. Ceza yargılama sistemine iddianamenin iadesi kurumu getirilmiştir. Bu kurum öncesinde soruşturma evresine yeterince önem verilmemesi, delillerin eksiksiz toplanmaması, yeterli şüphe sebebi bulunmadan kamu davasının açılması, iddianamenin unsurlarına yer verilmemesi, olayların delillerle ilişkilendirilmemesi şeklinde önemli sorunlar bulunmaktaydı.

CMK'nın 174. maddesinde iddianamenin iadesi sebepleri sınırlı sayıda sayılmıştır. Bu sebeplerden başkası iade nedeni yapılamaz. Bu sebepler yargısal içtihat ve yorum yoluyla genişletilemez. Başka sebeplerle veya muhakeme koşullarının gerçekleşmemesi sebebiyle iddianamenin iade edebileceğinin kabulü kanun koyucunun iradesine aykırılık oluşturacaktır. Bize göre bu durum iddianamenin iadesi kurumundan beklenen amaçla bağdaşmayacaktır.

Yetki ve görevli mahkeme tarafından iddianamenin kabul edilmesiyle şüpheli “sanık” sıfatını alacaktır (CMK m. 176/1). İddianame değerlendirmesi aşamasında, iddia ve yargılama makamının katılımı dışında şüphelinin savunma, delil bildirme hakkı yoktur. Şüpheli, iddia ve suçlamanın asıl muhatabıdır.

Ceza yargılamasının temel ilkelerinden olan “meramını anlatma ilkesi” gereği, şüpheliye “savunmada bulunma”, “kendini ifade etme”, “aleyhindeki iddia ve delilleri çürütme” ve “dinlenmeden mahkûm edilmeme” hakları tanınmalıdır. Bu aşamada, iddianamenin şüpheliye tebliği, yazılı beyanda bulunma veya delillerini sunma hakkı tanınmalıdır. Bu doğrultuda yapılacak yasal bir düzenleme, kurumun “filtreleme” özelliğini artıracaktır.

İddianamenin iadesi kararına karşı, Cumhuriyet savcısının itiraz hakkı bulunmaktadır. Buna karşılık şüpheli veya müdafinin “iddianamenin kabulü” kararına karşı itiraz veya başvurabileceği başka bir kanun yolu bulunmamaktadır. Bu gerçeklik, “iddia ve savunmada silahların eşitliği ilkesine” aykırılık oluşturmaktadır.

Muhakeme, iddia, savunma ve yargılama makamlarından oluşmaktadır. İddianamenin mahkemeye gönderilmesi ile kabul edilmesi sürecindeki evreye “ara muhakeme” evresi denilmektedir. Oysa bu evrede “savunma” makamı yer almamaktadır. Bu sebeple bu ara evrenin “muhakeme” terimi ile tanımlanması doğru bir yaklaşım değildir.

KAYNAKÇA

- AİHS 6 Rehberi, Adil Yargılanma Hakkı (Ceza Hukuku yönü). (2021). *İstanbul Barosu Yayınları*, ss. 2-142.
- Akbulut, İ. (1994). Ceza Davalarının Uzamasının Sebepleri. *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*. C. 54(56), ss. 172-188.
- Altıparmak, C. (2006). Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Altıncı Maddesi Kapsamında Adil Yargılanma Hakkının Esasları. *TBB Dergisi*. 63, ss. 244-270.
- Artuç, M. (2019). *Açıklamalı Pratik Ceza Muhakemesi Kanunu* (3. baskı). Ankara: Adalet Yayınevi.
- Aydın, M. (2013). Ceza Muhakemesinde Yetki ve Görev Meselesinde Bazı Sorunlara İlişkin Değerlendirmeler. *S.D.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi*. 3(1), ss. 29-60.
- Centel, N. (2016). Ceza Hukukunda Tüzel Kişilerin Sorumluluğu-Şirketler Hakkında Yaptırım Uygulanması. *Ankara Üni. Hukuk Fak. Dergisi*. 65(4), ss. 3313-3326.
- Centel, N. ve Zafer, H. (2019). *Ceza Muhakemesi Hukuku* (16. baskı). İstanbul: Beta Basım Yayım.
- Dönmezer, S. ve Erman, S. (1994). *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, Cilt. 3, (11. baskı), İstanbul: Der Yayınları.
- Ersoy, U. (2020). Seri Muhakeme ve Basit Yargılama Usullerinde İtiraz Kurumuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri. *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 28(2), ss. 857-885.
- Eriş, A. U. (2018). Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaştırma ve Uzlaştırma Eğitimi. *TBB Dergisi*. 31(137), ss. 241-270.
- Elmas, B. (2016). Yargıtay Kararları Işığında İddianamenin İadesi. *TAAD*. 7(28), ss. 207-234.
- Feyzioğlu, M. (2006). *Meclis Soruşturması*. Ankara: Savaş Yayınevi.
- Feyzioğlu, M. (1999). Suçsuzluk Karinesi: Kavram Hakkında Genel Bilgiler ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 48(1-4), ss. 135-163.
- Feyzioğlu, Metin. (2004). Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Madde 6/3-A Uyarınca İsnadın Bildirilmesi ve Türk Hukuku. *TBB Dergisi*, (55), ss. 102-125.
- Feyzioğlu, M. (2006). Ceza Muhakemesi Kanunu'na Göre İddianamenin Hazırlanması ve Kabulüne İlişkin Bazı Düşünceler. *Ceza Hukuku Dergisi*. 1(1), ss. 31-36.
- Gökçen, A. ve Balcı, M. ve Aışahin, M. E. ve Çakır, K. (2020). *Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*. Ankara: Adalet Yayınevi.
- Kahraman, E. G. (2014). Yeterli Şüphe Kavramının İddianamenin İadesi Kurumu Bakımından Değerlendirilmesi. *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, (16)1, ss. 123-150.
- Karakurt, A. (2009). Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda İddianamenin İadesi. *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 8-9(8-9-10-11), ss. 71-114.

- Keyman, S. (1970). *Ceza Muhakemesinde (Asıl Ceza Muhakemesinde) Savcılık*. Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları.
- Kızıllarlan, H. (2019). 7188 Sayılı Kanun'la Ceza Muhakemesi Hukukuna Getirilen Seri Muhakeme ve Basit Muhakeme Usulleri. *Bahçeşehir Üniversitesi HFD*. 14(183-184), ss. 1885-1960.
- Kızıllarlan, H. (2019). Soruşturma Yapılmasına Yer Olmadığı Kararları (Syok) ve Bu Kararların Ceza Muhakemesi Sistematiği Açısından İrdelenmesi. *TBB Dergisi*. 144, ss. 59-104.
- Koca, M. ve Üzülmüş, İ. (2010). *Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler* (3. baskı). Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Kunter, N. (1981). *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku* (7. baskı). İstanbul: Kazancı Matbaası.
- Meraklı, S. (2014). İddianamenin İadesi Kurumunun Ceza Muhakemesi Kanunu Bakımından Değerlendirilmesi. *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 15(özel sayı), ss. 1595-1652.
- Noyan, E. (2006). *Ceza Davası*. Ankara: Adalet Yayınevi.
- Özbek, V. Ö. (2006). *Ceza Muhakemesi Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayınevi.
- Özbek, V. Ö. ve Kanbur, M. N. ve Doğan, K. ve Bacaksız, P. ve Tepe, İ. (2012). *Ceza Muhakemesi Hukuku*. (3. baskı). Ankara: Seçkin Yayınevi.
- Özen, M. (2009). Kamu Davası Açma Konusunda Benimsenen İlkeler, Cumhuriyet Savcısının Takdir Yetkisi ve İddianamenin İadesi. *Ankara Barosu Dergisi*. 67(3), ss. 17-28.
- Özen, M. (2007). 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu Üzerine Düşünceler. *TBB Dergisi*. 68, ss. 393-408.
- Öztürk, B. ve Erdem, M. R. (2006). *Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Öztürk, B. (2016). Ceza Muhakemesinde Adil Yargılanma Yükümlülüğü. *İstanbul Kültür Üniversitesi Dergisi*. 15(1-2), ss. 413-428.
- Öztürk, B. ve Erdem, M. R. (2006). *Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayınevi.
- Parlar, A. ve Hatipoğlu, M. (2008). *5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu Yorumu ve İlgili Mevzuat* (2. cilt). Ankara.
- Soyaslan, D. (2016). *Ceza Muhakemesi Hukuku* (6. baskı). Ankara: Yetkin Yayınları.
- Şahin, C. (2004). Sanığın Savunmasını Hazırlamak İçin Gerekli Zamana ve Kolaylıklara Sahip Olma Hakkı (İHAS 6/3-b). *GÜHFD*, 8(1-2), ss. 259-306.
- Şahin, C. (2007). *Ceza Muhakemesi Hukuku-I*. Ankara: Seçkin Yayınevi.
- Toroslu, N. ve Feyzioğlu, M. (2006). *Ceza Muhakemesi Hukuku*. Ankara: Savaş Yayınları.
- Turhan, F. (2006). *Ceza Muhakemesi Hukuku*. Ankara: Asil Yayınevi.

- Yenidünya, A. C. (2007). 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda Kamu Davasının Açılması, İddianamenin Unsurları ve İadesi. *E-Akademi Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi*. 60(Şubat), ss. 1-25.
- Yenidünya, A. C. ve İçer, Z. (2016), *Ceza Muhakemesi Hukuku*. Ankara: Adalet Yayınevi.
- Yenisey, F. ve Nuhoglu, A. (2017), *Ceza Muhakemesi Hukuku* (5. baskı). Ankara: Seçkin Yayınevi.
- Yıldırım, E. (2020). Son Düzenlemeler Özelinde İddianamenin İadesi Kurumu. *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*. (11)42, ss. 173-202.
- Yurtcan, E. (2005). *Ceza Yargılaması Hukuku* (11. baskı). İstanbul: Vedat Kitapçılık.
- Yurtcan, E. (2002). *Cumhuriyet Savcısının ve Ceza Yargıcının El Kitabı* (1. baskı). Ankara: Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı Yayınları.
- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Yargıtay Kararları;
Case of Imbrioscia/Switzerland, B. No: 13972/88, 24/11/1993.
Erişim adresi: <https://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf>, (19.04.2022).
- Case of Borgers/Belgium, B. No: 12005/86, 30/01/1991.
Erişim adresi: <https://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf>, (19.04.2022).
- Yargıtay 1. Ceza Dairesi. K. 2021/13763 (01 Kasım 2021). UYAP.
- Yargıtay 1. Ceza Dairesi. K. 2022/475 (24 Ocak 2022). UYAP.
- Yargıtay 2. Ceza Dairesi. K. 2021/1004 (19 Ocak 2021). UYAP.
- Yargıtay 3. Ceza Dairesi. K. 2019/18341 (14 Ekim 2019). UYAP.
- Yargıtay 4. Ceza Dairesi. K. 2013/11412 (15 Nisan 2013). UYAP.
- Yargıtay 4. Ceza Dairesi. K. 2017/28180 (15 Aralık 2017). UYAP.
- Yargıtay 4. Ceza Dairesi. K. 2020/17772 (24 Kasım 2020). UYAP.
- Yargıtay 4. Ceza Dairesi. K. 2021/29885 (22 Aralık 2021). UYAP.
- Yargıtay 4. Ceza Dairesi. K. 2021/5951 (24 Şubat 2021). UYAP.
- Yargıtay 6. Ceza Dairesi. K. 2021/12940 (07 Ocak 2021). UYAP.
- Yargıtay 6. Ceza Dairesi. K. 2021/2807 (18 Şubat 2021). UYAP.
- Yargıtay 6. Ceza Dairesi. K. 2022/4327 (28 Mart 2022). UYAP.
- Yargıtay 8. Ceza Dairesi. K. 2011/3620 (23 Mayıs 2011). UYAP.
- Yargıtay 8. Ceza Dairesi. K. 2019/12609 (21 Ekim 2019). UYAP.
- Yargıtay 9. Ceza Dairesi. K. 2021/9421 (12 Aralık 2005). UYAP.
- Yargıtay 10. Ceza Dairesi. K. 2008/18058 (01 Aralık 2008). UYAP.
- Yargıtay 10. Ceza Dairesi. K. 2019/6341 (14 Ekim 2019). UYAP.
- Yargıtay 10. Ceza Dairesi. K. 2010/6048 (14 Mayıs 2010). UYAP.
- Yargıtay 10. Ceza Dairesi. K. 2021/6711 (02 Haziran 2021). UYAP.
- Yargıtay 11. Ceza Dairesi. K. 2019/6167 (05 Kasım 2019). UYAP.

- Yargıtay 11. Ceza Dairesi. K. 2006/8292 (18 Ekim 2006). UYAP.
- Yargıtay 11. Ceza Dairesi. K. 2019/5527 (24 Haziran 2019). UYAP.
- Yargıtay 12. Ceza Dairesi. K. 2019/9923 (08 Ekim 2019). UYAP.
- Yargıtay 12. Ceza Dairesi. K. 2021/1231 (08 Şubat 2021). UYAP.
- Yargıtay 12. Ceza Dairesi. K. 2021/2734 (16 Mart 2021). UYAP.
- Yargıtay 13. Ceza Dairesi. K. 2020/9945 (21 Ekim 2020). UYAP.
- Yargıtay 14. Ceza Dairesi. K. 2014/21 (18 Şubat 2014). UYAP.
- Yargıtay 15. Ceza Dairesi. K. 2016/8000 (26 Ekim 2016). UYAP.
- Yargıtay 16. Ceza Dairesi. K. 2018/3935 (30 Ekim 2018). UYAP.
- Yargıtay 16. Ceza Dairesi. K. 2019/5939 (04 Ekim 2019). UYAP.
- Yargıtay 16. Ceza Dairesi. K. 2017/5408 (21 Haziran 2017). UYAP.
- Yargıtay 16. Ceza Dairesi. K. 2020/4895 (24 Eylül 2020). UYAP.
- Yargıtay 18. Ceza Dairesi. K. 2016/16813 (31 Ekim 2016). UYAP.
- Yargıtay 18. Ceza Dairesi. K. 2016/16813 (31 Ekim 2016). UYAP.
- Yargıtay 18. Ceza Dairesi. K. 2019/1297 (15 Ocak 2019). UYAP.
- Yargıtay 19. Ceza Dairesi. K. 2021/6163 (03 Haziran 2021). UYAP.